

Sygn. akt: KIO 2483/13

WYROK

z dnia 5 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Bogdan Artymowicz

Barbara Bettman

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2013 r. przez wykonawcę **Zakłady Produkcyjne B-D S.A. w Zawierciu**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Dremex sp. z o.o. w Głogowie Małopolskim**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy S.A. w Katowicach**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie części 6 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części, w tym wezwanie wykonawcy **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Dremex sp. z o.o. w Głogowie Małopolskim**, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 6.1.1 SIWZ, z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu,

2. kosztami postępowania obciąża **Katowicki Holding Węglowy S.A. w Katowicach** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Zakłady Produkcyjne B-D S.A. w Zawierciu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w Katowicach** na rzecz wykonawcy **Zakładów Produkcyjnych B-D S.A. w Zawierciu** kwotę **18.780 zł 90 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy siedmiuset osiemdziesięciu złotych dziewięćdziesięciu

groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz stawiennictwa na rozprawę przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Katowicki Holding Węglowy S.A. w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa rozpór stalowych dwustronnego działania do obudowy chodnikowej do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w okresie od dnia zawarcia umowy do dnia 31.12.2014 r.”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 sierpnia 2013 r., nr 2013/S 164-286137.

W dniu 14 października 2013 r. zamawiający przesłał faksem wykonawcy Zakłady Produkcyjne B-D S.A. w Zawierciu, zwanemu dalej „odwołującym”, informację o zaproszeniu go do udziału w aukcji elektronicznej, m.in. w zakresie części VI. Do udziału w aukcji elektronicznej został zaproszony m.in. również wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dremex sp. z o.o. w Głogowie Małopolskim, zwany dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
 - 2) zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego do wyjaśnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
 - 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego w zakresie części 6
- odwołujący wniósł w dniu 23 października 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- a) art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, pomimo iż zobowiązanie udzielone przez podmiot trzeci nie zapewnia realnego udostępnienia tych zasobów przystępującemu, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu i zaniechanie odrzucenia jego oferty,
- b) art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, pomimo iż dokument ten nie określa

zakresu udziału ww. podmiotu w wykonywaniu zamówienia, czego wymaga pkt I.1.6.1. pkt 1 SIWZ,

- c) § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) poprzez zaniechanie żądania dokumentów i informacji wymienionych w tym przepisie, pomimo iż z zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynika, że przystępujący realnie będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem tego podmiotu,
- d) art. 26 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 3 ww. rozporządzenia poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia referencji udzielonych przez Metal Holding Sp. z o.o. podmiotowi trzeciemu, pomimo iż z dokumentu tego wynika, że dostawy nie zostały wykonane na rzecz Metal Holding Sp. z o.o., lecz na rzecz oddziałów Kompanii Węglowej S.A. oraz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., a tym samym brak jest podstaw do uznania, że dostawy zostały wykonane należycie,
- e) art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz § 1 ust. 5 ww. ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów poprzez zaniechanie zwrócenia się do Kompanii Węglowej S.A. oraz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. o przedłożenie dodatkowych dokumentów lub informacji, pomimo że z referencji udzielonych przez Metal Holding Sp. z o.o. podmiotowi trzeciemu wynika, że dostawy nie zostały wykonane na rzecz Metal Holding Sp. z o.o., lecz na rzecz oddziałów Kompanii Węglowej S.A. oraz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., a więc brak jest podstaw do uznania, że dostawy zostały wykonane należycie,
- f) art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z § 7 ust. 2 ww. rozporządzenia poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia referencji udzielonych przez Metal Holding S.A., pomimo iż zostały one poświadczane za zgodność przez przystępującego, a nie przez podmiot trzeci.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przywołał postanowienia pkt I.1.6.1. pkt 1 SIWZ, w których zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jaki musieli spełniać wykonawcy aby ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zdaniem odwołującego przystępujący nie wykazał spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący powołał szereg orzeczeń Izby i wywiódł, że przystępujący nie był uprawniony do posłużenia się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, skoro zasoby te są nieprzenoszalne (szczególnie dotyczy to doświadczenia), a jedyną formą realnego dysponowania tymi zasobami jest podwykonawstwo, które jednak zgodnie z pkt I.2.9 SIWZ zostało przez zamawiającego zabronione. W związku z tym przystępujący nie był uprawniony do wykazania warunku udziału w postępowaniu w oparciu o wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, a tym samym podlegał wykluczeniu, a jego oferta powinna zostać odrzucona.

Z ostrożności odwołujący wywiódł, że zobowiązanie podmiotu trzeciego jest dotknięte istotnymi brakami i powinno podlegać uzupełnieniu zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wywiódł, że zamawiający w pkt I.1.6.1. pkt 1 SIWZ dał wykonawcom wytyczne jaką treść ma posiadać zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotów trzecich, wymagając, aby określało ono m.in. zakres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Analiza treści zobowiązania udzielonego przez podmiot trzeci prowadzi natomiast do wniosku, że nie został określony zakres jego udziału w wykonaniu przedmiotowego zamówienia; wskazano jedynie, że udostępniona jest wiedza oraz doświadczenie oraz okres udzielenia zasobów. Tym samym zobowiązanie nie spełniało warunków określonych w SIWZ. Zakres udziału podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia powinien wynikać z dokumentu pochodzącego od tego podmiotu, składanego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem tylko z niego wynikają określone obowiązki tego podmiotu wobec wykonawcy, na podstawie których zamawiający mógłby ocenić realność udostępnienia zasobu. Zobowiązanie, z którego nie wynikał fakt realnego dysponowania przez przystępującego wiedzą i doświadczeniem posiadanym przez podmiot trzeci obligowało zamawiającego do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwania do uzupełnienia tego dokumentu.

Zdaniem odwołującego zamawiający nie skorzystał z możliwości jakie daje § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, pomimo iż zobowiązanie było bardzo ogólne i nie stanowiło dowodu realnego dysponowania wiedzą i doświadczeniem przez przystępującego, nie wskazując na zakres i sposób udziału podmiotu trzeciego, o którym mowa w pkt I.1.6.1. pkt 1 SIWZ.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że referencje, jakie podmiot trzeci uzyskał od Metal Holding sp. z o.o. budzą wątpliwości co do tego, czy mogą być uznane za dowód należytego wykonania dostaw. Z treści referencji wynika bowiem, że dostawy zostały faktycznie wykonane na rzecz Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. oraz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., a nie na rzecz Metal Holding. Referencje powinny być więc wystawione przez Kompanię Węglową S.A. oraz Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Z złożonych referencji nie wynika, że dostawy zostały wykonane należycie na rzecz odbiorcy końcowego, którym nie był Metal Holding sp. z o.o. Mając więc na uwadze specyfikę dostaw rozporządzeń stalowych, których prawidłowość wykonania można ocenić dopiero po ich zamontowaniu, to tylko odbiorca końcowy dostawy jest w stanie stwierdzić czy dostawy zostały wykonane zgodnie z jego oczekiwaniami, wyrażonymi w zawartej z wykonawcą umowie. Wobec tego zamawiający był zobligowany do wyjaśnienia treści referencji na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a gdyby te były niesatysfakcjonujące - do wezwania do uzupełnienia tego dokumentu. Ponadto zamawiający był zobligowany do zwrócenia się bezpośrednio do

Kompanii Węglowej S.A. oraz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., z zapytaniem czy dostawy zostały należycie wykonane.

W końcowej części uzasadnienia odwołujący podniósł, że dokument referencji złożonych przez przystępującego jest dotknięty brakiem formalnym. Jak wynika z pkt I.1.6.10 oraz I.1.10.5. SIWZ, „w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczone za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty.” Treść SIWZ stanowi powtórzenie § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów. Jeśli więc dokument w postaci referencji dotyczy podmiotu trzeciego, to potwierdzić go za zgodność z oryginałem powinien ten podmiot. Tymczasem referencje zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez przystępującego, co obligowało zamawiającego do uruchomienia procedury za art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) wykluczenia z postępowania przystępującego i odrzucenia jego oferty, a następnie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia żądania określonego w pkt 1 o:
 - a) wezwania przystępującego do uzupełnienia zobowiązania udzielonego przez podmiot trzeci w taki sposób, aby wynikało z niego realne dysponowanie zasobami w postaci wiedzy i doświadczenia, w tym zakres i sposób dysponowania,
 - b) wezwania przystępującego do złożenia dokumentów i informacji wymienionych w § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane,
 - c) wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień co do należytego wykonania dostaw przez podmiot trzeci, określonych w referencjach z dnia 27 sierpnia 2012 r.,
 - d) zwrócenia się do Kompanii Węglowej S.A. oraz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. o złożenie dodatkowych dokumentów lub informacji, z których wynikałoby, że podmiot trzeci należycie wykonał dostawy rozpór stalowych do obudowy chodnikowej,
 - e) wezwania do uzupełnienia referencji w ten sposób, aby były one poświadczone za zgodność przez podmiot trzeci,
 - f) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz

- 3) w przypadku przeprowadzenia aukcji elektronicznej przed rozpatrzeniem niniejszego odwołania - unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz przeprowadzenia aukcji elektronicznej i dokonanie czynności zgodnie z pkt 2 i 3,
- 4) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dremex sp. z o.o. w Głogowie Małopolskim. Wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Zamawiający w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę przystępującego, zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej z 14 października 2013 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron i uczestnika postępowania oraz dokumenty złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Stwierdzono również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołanie stwierdzono, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba stwierdziła, że w świetle kryteriów oceny ofert oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu. Zarzucał on zamawiającemu, że zaniechał wykluczenia wykonawcy, którego ofertę sklasyfikowano na

pierwszym miejscu. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał wykluczenia wykonawcy, który złożył tę ofertę, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania tej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

1. Zarzut zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.1.1. SIWZ.

Ustalono, że zamawiający wymagał w pkt 5.1.2. SIWZ, aby o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia. W pkt 6.1.1. SIWZ zamawiający przesądził, że w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w pkt. 5.1. niniejszej SIWZ, zamawiający żąda złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, głównych dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. dostaw rozpór stalowych z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców o łącznej wartości nie mniejszej niż: w odniesieniu do części 6 zamówienia 2 365 000,00 zł netto.

Zamawiający wymagał również załączenia do wykazu dowodów, potwierdzających fakt należytego wykonania dostaw.

Zamawiający przesądził również, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie niniejszego warunku, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów żąda przedłożenia dokumentów dotyczących zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Niezależnie od powyższego zamawiający w pkt 6.1.3 SIWZ wskazał, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w pkt 5.1 SIWZ, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Ustawy, Wykonawca

przedstawi w tym celu pisemne zobowiązanie takich podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W pkt 9 SIWZ zamawiający zdecydował, że wykonawca nie może powierzyć wykonania żadnej części zamówienia podwykonawcom.

Przystępujący, celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 6.1.1. SIWZ złożył wykaz wykonanych usług, w którym wskazano na wiedzę i doświadczenie wynikające z uprzedniej realizacji dostawy rozpor stalowych do obudowy chodnikowej w 2011 r. o wartości ponad 8 mln zł, wykonanej na rzecz odbiorcy Metal Holding sp. z o.o.

Do wykazu załączono referencje z 27 sierpnia 2012 r. wystawione przez Metal Holding sp. z o.o. dla P.P.U.H. „Promet” sp.j. W treści referencji wskazano, że P.P.U.H. Promet sp.j. sprzedała do Metal Holding sp. z o.o. rozporę stalowe do obudowy chodnikowej (...) z przeznaczeniem do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. oraz Jastrzębskiej Spółki Węglowej. Podkreślono, że powyższe dostawy zostały wykonane należyście.

Złożono również zobowiązanie P.P.U.H. „Promet” sp.j. do oddania na rzecz przystępującego zasobu wiedzy i doświadczenia wskazanych w wykazie dostaw i dowodach potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należyście. Wskazano, że zasób ten zostanie oddany do realizacji przedmiotowego zamówienia, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz gwarancji.

Zamawiający nie wzywał przystępującego do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.1.1. SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Dostrzeżenia wymaga, że wykluczenie wykonawcy z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp musi być, co do zasady, poprzedzone procedurą wezwania do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dopiero w razie nieuzupełnienia tych dokumentów zamawiający jest zobligowany do wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie „wzywa” jednoznacznie wskazuje, że zamawiający ma nie tylko uprawnienie, ale obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia.

Nie było spornym pomiędzy stronami, że zamawiający nie wzywał przystępującego do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 6.1.1. SIWZ. Odwołujący nie podniósł w odwołaniu ani nie wykazał, aby zachodził którykolwiek z opisanych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyjątków od zasady wzywania. Nie można było zatem ustalić, że oferta odwołującego pomimo uzupełnienia podlegałaby odrzuceniu, ani że postępowanie podlegałoby unieważnieniu. A zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako chybiony.

2. Zarzut zaniechania czynności wezwania przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 6.1.1. SIWZ z tego powodu, że złożona przez przystępującego kserokopia dokumentu referencyjnego dotyczącego podmiotu trzeciego nie została potwierdzona za zgodność z oryginałem przez ten podmiot

W zakresie ww. zarzutu aktualne pozostają ustalenia poczynione przez Izbę przy rozstrzygnięciu zarzutu nr 1.

Ustalono ponadto, że w pkt 6.10 SIWZ zamawiający wskazał, że *w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczone za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty.*

Nie było spornym pomiędzy stronami, że przystępujący wykazując spełnianie warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 6.1.1. SIWZ polegał, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, na zasobach należących do podmiotu trzeciego, jakim było Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe Promet Kazimierz G., Ewa G.-S. sp.j. w Bestwinie.

Ustalono także, że celem wykazania warunku udziału w postępowaniu przystępujący złożył m.in. kserokopie należących do P.P.U.H. Promet referencji wystawionych 27 sierpnia 2013 r. przez Metal Holding sp. z o.o. Referencje dotyczyły należytego wykonania dostaw rozpór stalowych przez P.P.U.H. Promet dla Metal Holding sp. z o.o.

Kserokopia referencji została poświadczona za zgodność z oryginałem przez przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Dostrzeżenia wymaga, że z § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wynika ogólna zasada co do form, w jakich powinny być składane dokumenty dotyczące sytuacji podmiotowej wykonawcy. Co do zasady, dokumenty te powinny być składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Jednakże zasada ta doznaje modyfikacji, w przypadku dokumentów dotyczących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jak i dokumentów podmiotu trzeciego. Jak wynika z § 7 ust. 2 powołanego rozporządzenia, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty. Treść §7 ust. 2 rozporządzenia została przez zamawiającego powtórzona w postanowieniu pkt 6.10 SIWZ.

Dostrzeżenia wymaga, że przepis §7 ust. 2 rozporządzenia reguluje zbiorczo dwie grupy sytuacji. Pierwsza dotyczy poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących jednego z wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia, natomiast druga - poświadczania dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego. Zasada dotycząca poświadczania za zgodność z oryginałem jest prosta. W każdym z tych przypadków poświadczania dokonuje wyłącznie ta osoba, której dokument dotyczy. Zatem jeżeli dokument dotyczy wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia, poświadczania dokonuje wyłącznie ten wykonawca, zaś w przypadku dokumentów dotyczących podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, poświadczania dokonuje wyłącznie ten podmiot. Na powyższe wskazuje wprost użyte przez ustawodawcę dwukrotnie sformułowanie „odpowiednio”.

Złożony przez przystępującego, celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, dokument referencyjny z 27 sierpnia 2013 r. dotyczył niewątpliwie podmiotu trzeciego tj. P.P.U.H. Promet sp.j., albowiem to ten podmiot jest jego adresatem i właścicielem. W tej sytuacji, w myśl §7 ust. 2 rozporządzenia, powtórnego w pkt 6.10 SIWZ, potwierdzić go za zgodność z oryginałem powinien ten podmiot. Tymczasem referencje zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez przystępującego. Powyższe obligowało zamawiającego do wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Złożenie dokumentu w formie, której nie dopuszcza rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów oraz postanowienia SIWZ, należy utożsamiać w skutkach z niezłożeniem

dokumentu w ogóle. Należało zatem dojść do wniosku, że zamawiający przedwcześnie uznał, iż przystępujący w prawidłowy sposób wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 6.1.1) SIWZ. Skoro zamawiający zaniechał dokonania czynności wezwania, która w myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, Izba nakazała mu jej wykonanie.

3. Zarzut zaniechania czynności wezwania przystępującego do wyjaśnienia treści referencji udzielonych przez Metal Holding sp. z o.o. podmiotowi trzeciemu

W zakresie ww. zarzutu aktualne pozostają ustalenia poczynione przez Izbę przy rozstrzygnięciu zarzutu nr 1, w tym zwłaszcza fragment złożonych przez przystępującego referencji z 27 sierpnia 2012 r. wystawionych przez Metal Holding sp. z o.o. dla P.P.U.H. „Promet” sp.j, z którego wynika, że P.P.U.H. Promet sp.j. sprzedała do Metal Holding sp. z o.o. rozpory stalowe do obudowy chodnikowej (...) z przeznaczeniem do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. oraz Jastrzębskiej Spółki Węglowej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

Odwołujący z przywołanego fragmentu dokumentu referencyjnego wywodził, że dostawy rozpor stalowych nie zostały wykonane na rzecz Metal Holding Sp. z o.o., lecz na rzecz oddziałów Kompanii Węglowej S.A. oraz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., a tym samym brak jest podstaw do uznania, że dostawy zostały wykonane należycie. Jednakże stanowisko odwołującego nie znajdowało odzwierciedlenia w treści dokumentu. Odwołujący pominął fakt, że z tego samego dokumentu referencyjnego w sposób jednoznaczny wynikało, że podmiot trzeci, tj. P.P.U.H. Promet sp. j. „sprzedał” do Metal Holding sp. z o.o. rozpory stalowe do obudowy chodnikowej. A zatem wynikało z tego, że referencje odnoszą się do transakcji jaką była umowa sprzedaży, zawarta pomiędzy P.P.H.U. Promet jako sprzedawcą a Metal Holding sp. z o.o. jako kupującym. Skoro zatem to Metal Holding sp. z o.o. był stroną umowy, to w ocenie Izby ta właśnie firma była uprawniona do oceny sposobu wykonania zobowiązania przez P.P.H.U. Promet. Efektem pozytywnej oceny przebiegu tej transakcji i sposobu wykonania zobowiązania był przedstawiony zamawiającemu dokument referencyjny.

Skoro – jak twierdził odwołujący – P.P.U.H. Promet jako konsorcjant wspólnie z Metal Holding sprzedał rozpory stalowe Kompanii Węglowej i JSW, to winien tę okoliczność faktyczną wykazać. Ciężar dowodu w tym zakresie, stosownie do art. 6 KC w zw. z art. 14

ustawy Pzp spoczywał na odwołującym. Zaś dowód taki strona postępowania odwoławczego obowiązania była przeprowadzić, w myśl art. 190 ustawy Pzp. Skoro odwołujący spornego faktu nie wykazał, to nie można było ustalić, że dostawy rozpór stalowych zostały wykonane przez P.P.H.U. Promet nie na rzecz Metal Holding sp. z o.o., ale na rzecz oddziałów Kompanii Węglowej oraz Jastrzębskiej Spółki Węglowej. Okoliczność, iż - jak wynika z referencji - odbiorcą końcowym sprzedanych Metal Holding rozpór stalowych były oddziały Kompanii Węglowej i Jastrzębska Spółka Węglowa nie zmieniała faktu, że kupującym rozpory stalowe od P.P.U.H. Promet był Metal Holding sp. z o.o. Dostrzeżenia wymagało również to, że okoliczność iż nabyte przez Metal Holding sp. z o.o. rozpory są w chwili obecnej użytkowane przez inne podmioty pozostawała bez znaczenia z punktu widzenia opisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu. Treścią warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia objęte było należyte wykonanie dostawy rozpór stalowych o określonej wartości i w określonym czasookresie, nie zaś wykonanie dostawy rozpór do określonego rodzaju odbiorcy.

Przedstawiona wyżej argumentacja przemawia za tym, że zamawiający nie miał obowiązku zwrócenia się w trybie § 1 ust. 5 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów do odbiorców końcowych tj. Kompanii Węglowej S.A. oraz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. o złożenie dodatkowych dokumentów lub informacji. Stosownie do przywołanego przepisu, *w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.*

W ocenie Izby ustalony w sprawie stan faktyczny nie obligował zamawiającego do skorzystania z dyspozycji tego przepisu. Z referencji ani z wykazu usług nie wynikało w żaden sposób, że zamówienie zostało niewykonane lub wykonanie nienależycie. Dokument referencyjny precyzyjnie określał strony, przedmiot i czasokres transakcji. Co istotne, wystawca wskazał w nich w sposób jednoznaczny, że dostawy zostały wykonane należycie. Wreszcie - jak wynika z treści referencji - pochodziły one od strony umowy sprzedaży, która była uprawniona do oceny jakości wykonania zobowiązania przez sprzedającego. Zamawiający nie miał zatem jakichkolwiek podstaw do powzięcia wątpliwości co do treści złożonych mu dokumentów, co obligowałoby do wszczęcia procedury z § 1 ust. 5 rozporządzenia.

W konsekwencji należało stwierdzić, że zarzut zaniechania wyjaśnienia treści dokumentów złożonych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

4. Zarzut zaniechania czynności wezwania do uzupełniania dokumentów i informacji wymienionych w § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane

W zakresie ww. zarzutu aktualne pozostają ustalenia poczynione przez Izbę przy rozstrzygnięciu zarzutu nr 1.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Stosownie do powołanego przepisu § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Dostrzeżenia wymaga, że – jak wynika z literalnego brzmienia ww. przepisu – domaganie się przez zamawiającego dokumentów, o których mowa w tym przepisie, jest uprawnieniem a nie obowiązkiem zamawiającego. Obowiązek złożenia ww. dokumentów może być nałożony w postanowieniach SIWZ. Tymczasem – jak wynika z postanowienia pkt 6.1.1. SIWZ zamawiający zdecydował się na skorzystanie z uprawnienia, jakie daje mu ww. przepis w znacznie ograniczonym zakresie. Zamawiający domagał się jedynie złożenia dokumentów, które określałyby zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. A zatem zarzut zaniechania żądania od przystępującego dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 6 rozporządzenia pkt a- c należało ocenić jako chybiony. Odnosnie zaś informacji odnośnie zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, dokumenty zawierające ww. informacje znalazły się w treści oferty przystępującego. Zgodzić należało się z odwołującym, że samo zobowiązanie podmiotu trzeciego, załączone do oferty, było nazbyt ogólne, lakoniczne i nie stanowiło dowodu możliwości polegania za zasobach

podmiotu trzeciego. Stanowiło jedynie powielenie ogólnych sformułowań z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, co – jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby – nie stanowi dowodu, że wykonawca będzie dysponował zasobem cudzej wiedzy i doświadczenia przy realizacji zamówienia. Zamawiający bowiem na tej podstawie nie mógł żadną miarą stwierdzić – w jaki sposób tak specyficzny zasób jakim jest wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego, który jest nierozzerwalnie związany z tym podmiotem, zostanie wykorzystany przy realizacji zamówienia. Ponadto, z dokumentu tego nie wynikała wymagana przez zamawiającego informacja odnośnie zakresu udziału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia.

Jednakże informacje odnośnie zakresu udziału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia można było odnaleźć w innych miejscach oferty. Podkreślenia wymaga, że z oświadczenia złożonego przez wykonawcę w formularzu ofertowym wynikało, że podmiot trzeci tj. P.P.U.H. Promet sp. j. jest producentem oferowanych przez przystępującego rozpor stalowych. Na uwagę zasługiwało również to, że przystępujący załączył do oferty certyfikat, deklarację techniczno-ruchową, deklarację zgodności, odnoszące się do oferowanych rozpor stalowych wystawione przez podmiot trzeci. Ponadto na str. 36 oferty znalazło się oświadczenie podmiotu trzeciego, zgodnie z którym przystępujący może korzystać z uprawnień i rozwiązań technicznych wskazanych w dokumentach stanowiących podstawę do wydania certyfikatu. Na podstawie powyższego można było ustalić, że przy produkcji i dostawie rozpor zostanie wykorzystana wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego której ucieleśnieniem są należące do niego certyfikaty i rozwiązania techniczne wskazane w dokumentach stanowiących podstawę wydania certyfikatu, którymi wykonawca posługiwać się będzie dostarczając przedmiot zamówienia. W oparciu o powyższe można było ustalić, że przystępujący zagwarantował sobie realny dostęp do zasobu wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia.

Z kolei okres udostępniania zasobu w sposób jednoznaczny wynikał z pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia, wskazano w nim, że zasób zostaje udostępniony „na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia oraz gwarancji”. Zatem zarzut należało uznać za niezasadny.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość wynagrodzenia do kwoty 3.600,00 zł, maksymalnie dopuszczalnej w myśl ww. przepisu.

Uwzględniono również poniesione przez stronę koszty stawiennictwa na rozprawę przed Izbą w wysokości 180,90 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....