

WYROK

z dnia 3 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2013 r. przez **Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe „Transgór” Spółka Akcyjna w Rybniku** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Hażlach**

przy udziale wykonawców **A.S.A Eko Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Zabrze, Zakład Oczyszczania Miasta Tros Eko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ustroń**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe „Transgór” Spółka Akcyjna w Rybniku** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe „Transgór” Spółka Akcyjna w Rybniku** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bielsku-Białej**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Hażlach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Hażlach.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 19 marca 2013 roku Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe „Transgór” Spółka Akcyjna w Rybniku (dalej: odwołująca się) wniosła odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującej z postępowania pod nazwą „odbior i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Hażlach, zadanie III.” oraz w konsekwencji wyboru, jako najkorzystniejszej oferty konkurencyjnej, a także na czynność zatrzymania wadium w związku z nieuzupełnieniem dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący się wniosła o:

1. unieważnienie w zakresie zadania nr III wyboru jako najkorzystniejszej oferty nr 1 złożonej przez konsorcjum firm: ASA Eko Polska sp. z o.o. Zabrze oraz Zakład Oczyszczania Miasta Tros Eko sp. z o.o. Ustroń
2. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującej się
3. uznanie uzupełnionych przez odwołującą dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie załączonym do oferty, tj. sprawozdań M-09 składanych pod rygorem odpowiedzialności karnej do Głównego Urzędu Statystycznego;
4. wybór oferty odwołującej się jako najkorzystniejszej;
5. unieważnienie czynności zatrzymania wadium odwołującej się,

a w przypadku uznania, przez Izbę, że jedynie określony rodzaj dokumentów może służyć potwierdzeniu należytego wykonania usług odwołująca się wniosła o:

6. Wykluczenie konsorcjum firm: ASA Eko Polska sp. z o.o. Zabrze oraz Zakład Oczyszczania Miasta Tros Eko sp. z o.o. Ustroń z postępowania ze względu na załączenie jako dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług referencji wystawionych przez podmiot, na rzecz którego usługa nie była wykonywana.

Czynnościom zamawiającego odwołując się zarzuciła naruszenie art. 7 ust. 1, ust. 3; art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, §1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, w związku z art. 25 ust. 2, art. 46 ust. 4a, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

- oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołująca się podniosła, że w treści otrzymanej w dniu 5 marca 2013r. wyłącznie listem poleconym informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (przesłanej w dniu 4 marca 2013 roku), zamawiający poinformował odwołującą się o wykluczeniu jego oferty, ponieważ zdaniem zamawiającego nie dołączono żadnego dokumentu potwierdzającego, że usługi wskazane w wykazie usług potwierdzające spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia zostały wykonane należycie.

Odwołująca się wskazała, że zamawiający w rozdziale IV ust. 2 lit. b) SIWZ wymagał dla potwierdzenia warunku wiedzy i doświadczenia wykazania, że co najmniej przez 12 miesięcy odbierał zmieszane odpady komunalne oraz odbierał selektywnie zebrane odpady komunalne z co najmniej 2.000 nieruchomości z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania.

W dniu 28 stycznia 2013 r., w odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ (pytanie nr 3 w piśmie o sygn. PR.271.28.2012), w treści którego wykonawca spytał, czy zamawiający uzna spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia w przypadku wskazania wykonania usług w zakresie odbioru odpadów komunalnych z podaniem wartości, liczby obsługiwanych osób zbliżonej do przedmiotu zamówienia ok. 10300 osób, zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej. Oznacza to, że na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia można było wskazać:

1. usługi polegające na odbieraniu zmieszanych odpadów komunalnych oraz odbieraniu selektywnie zebranych odpadów komunalnych z co najmniej 2.000 nieruchomości, lub
2. usługi odbioru odpadów komunalnych od osób w liczbie zbliżonej do przedmiotu zamówienia, tj. ok. 10300 osób;

Odwołująca się w wykazie załączonym do oferty wskazała liczbę ponad 2.600 nieruchomości, z którymi zawarto umowy na odbieraniu zmieszanych odpadów komunalnych oraz odbieraniu selektywnie zebranych odpadów komunalnych (w większości umiejscowionych w gminie Rybnik). Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia nie podważał prawidłowości załączonego do oferty wykazu usług wykonywanych na rzecz właścicieli

nieruchomości tam wskazanych, a jedynie odnosił się do treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych umów. Z uwagi na wysoką liczbę nieruchomości, umów i tym samym osób, które powinny potwierdzić należyte ich wykonanie, odwołująca się do dnia składania ofert 26 lutego 2013 roku (wyznaczonego na ostateczny do uzupełnienia dokumentów) nie uzyskała odpowiedniej ilości referencji, tj. nie zdobyła wszystkich wymaganych podpisów. W związku z tym odwołująca się wystąpiła do zamawiającego w dniu 25 lutego br. o ponowne wydłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów, jednak zamawiający nie przychylił się do tej prośby. Odwołujący podniosła, że sukcesywnie zbiera potwierdzenia należytego wykonywania umów, a niewykazanie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w sposób żądany przez zamawiającego w wymaganym terminie wynika z faktu braku wyznaczenia odpowiedniego terminu do uzupełnienia referencji oraz przede wszystkim nieuwzględnienia dokumentów złożonych w uzupełnieniu z dnia 26 lutego 2013 r., a nie z niedbalstwa odwołującej się.

Odwołująca się na wezwanie z dnia 13 lutego 2013 roku przesłała jako dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług, sprawozdania M-09 o wywozie i unieszkodliwianiu odpadów komunalnych, uznawane przez zamawiających w innych przetargach, których przedmiotem jest świadczenie usług odbioru odpadów. Sprawozdanie M-09 o wywozie i unieszkodliwianiu odpadów, składane corocznie przez wykonawcę zgodnie z art. 30 pkt 3 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz. U. Nr 88, poz. 439 ze zm.) oraz rozporządzenia Rady Ministrów „w sprawie programu badań statystycznych statystyki publicznej na rok 2011”. Dokument ten składany jest pod rygorem odpowiedzialności karnej określonej w art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 roku o statystyce publicznej (Dz.U. 2012 r., poz. 591 ze zm.) Zgodnie z tym przepisem „kto wbrew obowiązkowi przekazuje dane statystyczne niezgodne ze stanem faktycznym, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”, a zatem należy przyjąć, że informacje podawanych przez odwołującą w sprawozdaniu M- 09 są wiarygodne.

Odwołująca się podkreśliła, że dokument ten jest akceptowany przez zamawiających, jako dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi, ponieważ potwierdza ilość (masę) wywiezionych w danym roku odpadów z podziałem na gospodarstwa domowe, placówki handlowe oraz komunalne oraz wskazanie ilości budynków mieszkalnych (nieruchomości) objętych zbieraniem odpadów (kolumna nr 9 tabeli z działu 1 - odpady komunalne zebrane w ciągu roku). Sprawozdania M-09 potwierdzają we wskazanej kolumnie fakt zrealizowania odbioru odpadów (a więc w przypadku umów, których przedmiotem jest odbiór odpadów oznacza to należyłą realizację tych umów) z ponad 8 tysięcy nieruchomości w gminie Rybnik obsługiwanych przez odwołującą się. Biorąc pod uwagę fakt, że sprawozdanie M-09 musi obejmować dane nt. wszystkich nieruchomości w danej gminie, dokument ten potwierdza

odbiór odpadów z nieruchomości obsługiwanych przez odwołującą się, w tym z 2600 nieruchomości wskazanych w wykazie usług załączonym do oferty.

Odwołująca się wskazała, że świetle obowiązku prawspólnotowej wykładni przepisów prawa krajowego, zamawiający ma obowiązek przyjąć dokumenty inne niż poświadczenia odbiorców usługi. Dyrektywa wskazuje wręcz na prawo wykonawcy do zastąpienia ich własnym oświadczeniem, w każdej uzasadnionej sytuacji. Niemożność uzyskania w krótkim wyznaczonym przez zamawiającego czasie pełnej liczby poświadczeń uprawniałaby do takiego zachowania. Tym bardziej więc zastąpienie poświadczeń oświadczeniem własnym z towarzyszącym mu dokumentem urzędowym M09 jest właściwym potwierdzeniem prawidłowości wykonywanych usług.

Odwołująca się podniosła, że zamawiający w sposób całkowicie odmienny potraktował wykonawców A.S.A Eko Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Zabrze, Zakład Oczyszczania Miasta Tros Eko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ustroń. Pominął bowiem fakt braku wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przy ocenie oferty tych wykonawców. W ocenie odwołującej się, gdyby przyjąć rozumowanie zamawiającego, iż wyłącznie poświadczenia należytego wykonania usług wystawione przez odbiorcę usług mogą być uwzględniane, to umowy wskazane w poz. 1-6 wykazu nie mogą być brane pod uwagę przez zamawiającego, ponieważ ich należyte wykonanie nie zostało potwierdzone przez podmiot, z którym te umowy zawarto, tj. przez właścicieli nieruchomości, a jedynie przez Gminy Jasienica oraz Goleszów, na terenie których umowy były realizowane. Urzędy Gmin Jasienica oraz Goleszów nie są stronami tych umów i nie dokonują ich odbioru, a więc nie weryfikują w żaden sposób poprawności ich wykonania. Z powyższego wynika, iż referencje załączone do wykazu nie potwierdzają należytego wykonania odbioru odpadów od ponad 2000 nieruchomości. Odnosząc się do pozycji nr 9 wykazu należy wskazać, że nie potwierdza ona spełniania warunku odbioru odpadów od liczby ok. 10000 osób, a jedynie od ok. 6600 osób. Pozycje nr 7 oraz 8 wykazu dotyczą natomiast wiedzy i doświadczenia firmy Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. (dalej: „MPGK”) a nie Wykonawców, co oznacza konieczność udostępnienia tego potencjału na zasadzie art. 26 ust. 2b) ustawy Pzp. w celu potwierdzenia spełniania warunku. Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. udostępniło swój potencjał wiedzy i doświadczenia w oświadczeniu dołączonym do oferty konsorcjum ASA poprzez: doradztwo, konsultacje oraz przekazanie know-how, nie wskazując, że będzie podwykonawca w ramach realizowanej umowy. Konsorcjum ASA nie wskazało w formularzu oferty, że w ramach realizacji zadania nr III będzie korzystać z podwykonawstwa.

W zakresie zarzutu dotyczącego zatrzymania wadium odwołująca się wskazała, że brzmienie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie dopuszcza zatrzymania wadium w sytuacji, gdy nieuzupełnienie dokumentów nie wynika z okoliczności leżących po stronie wykonawcy – odwołującej się. W kontekście ww. okoliczności - krótkiego terminu składania ofert w porównaniu do dużej ilości referencji koniecznych do uzyskania od klientów, należy uznać, że powód nieuzupełnienia dokumentów nie leżał po stronie odwołującej się.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że odwołująca się w złożonej ofercie przedstawiła jedynie wykaz wykonanych usług w okresie od 01.01.2010 do 31.12.2012 r. Nieprawdą jest, że w dniu składania ofert wykonawca dołączył 1200 podpisów. W ofercie nie było ani jednego podpisu z referencjami. Zamawiający pismem z dnia 12.02.2013 roku wezwał do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że usługi lub dostawy były lub są wykonywane należycie. W odpowiedzi wykonawca w dniu 26.02.2013 roku dostarczył wyjaśnienie wraz z załącznikami. Ilość dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie nie odpowiadała warunkowi udziału w postępowaniu, jakiego wymagał zamawiający, a część dokumentów nie miała znamion referencji.

Wykonawcy A.S.A Eko Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Zabrze, Zakład Oczyszczania Miasta Tros Eko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ustroń (dalej: przystępujący) poparli stanowisko zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w rozdziale IV ust. 2 lit. b SIWZ wymagał dla potwierdzenia warunku wiedzy i doświadczenia wykazania, że co najmniej przez 12 miesięcy odbierał zmieszane odpady komunalne oraz odbierał selektywnie zebrane odpady komunalne z co najmniej 2.000 nieruchomości z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania.

Odwołująca się w wykazie załączonym do oferty wskazała liczbę ponad 2.600 nieruchomości, z którymi zawarto umowy na odbieraniu zmieszanych odpadów komunalnych oraz odbieraniu selektywnie zebranych odpadów komunalnych (w większości umiejscowionych w gminie Rybnik). Do oferty nie załączono dokumentów, z których wynikałoby, że wykazane usługi wykonane zostały należycie. Zamawiający w dniu 13 lutego 2013 roku wezwał odwołującą się do uzupełnienia dokumentów do dnia 22 lutego 2013 roku. Na wniosek odwołującej się zamawiający przedłużył mu termin do złożenia dokumentów do dnia 26 lutego 2013 roku.

Odwołująca się na wezwanie z dnia 13 lutego 2013 roku przesłała jako dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług, sprawozdania M-09 o wywozie i unieszkodliwianiu odpadów komunalnych. Odwołująca się podkreśliła, że dokument ten jest akceptowany

przez zamawiających, jako dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi, ponieważ potwierdza ilość (masę) wywiezionych w danym roku odpadów z podziałem na gospodarstwa domowe, placówki handlowe oraz komunalne oraz wskazanie ilości budynków mieszkalnych (nieruchomości) objętych zbieraniem odpadów (kolumna nr 9 tabeli z działu 1 - odpady komunalne zebrane w ciągu roku). Sprawozdania M-09 potwierdzają we wskazanej kolumnie fakt zrealizowania odbioru odpadów (a więc w przypadku umów, których przedmiotem jest odbiór odpadów oznacza to należyłą realizację tych umów) z ponad 8 tysięcy nieruchomości w gminie Rybnik obsługiwanych przez odwołującą się.

Izba ustaliła, że przystępujący w ofercie złożyli wykaz wykonanych usług, gdzie w poz. 1-6 wykazu uwzględnił usługi wykonywane na terenie gmin: Jasienica i Goleszów. Załączyli do nich dokumenty wystawione przez Urzędy Gmin Jasienica i Goleszów, w których potwierdzono fakt należytego wykonywania wskazanych usług. W pozycjach 7 i 8 przystępujący wykazali doświadczenie Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W myśl § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w celu ustalenia wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych, których opis sposobu spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający żąda wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Choć w praktyce dokumenty potwierdzające prawidłowe wykonanie robót, dostaw lub usług często nazywa się referencjami, należy pamiętać, że niekoniecznie wymaganym

dokumentem będzie dokument o nazwie „referencja”. Prawodawca pozostawił bowiem dużą swobodę w tym zakresie, wymagając jedynie, aby z przedstawionego dokumentu wynikało, że usługi zostały wykonane należycie. W konkretnych przypadkach za takie dokumenty mogą zostać uznane np. pisemne potwierdzenia prawidłowego wykonania, protokoły odbiorów końcowych, a nawet pismo zamawiającego skierowane do wykonawcy po zakończeniu realizacji zamówienia, towarzyszące zwracanej gwarancji należytego wykonania. Do zamawiającego zależy ostateczna ocena, czy dany dokument jest wystarczającym potwierdzeniem prawidłowego wykonania zadania wykazywanego jako doświadczenie wykonawcy.

Prawodawca nie ograniczył również kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia, a w szczególności nie ograniczył go do zamawiających z sektora publicznego. W orzecznictwie podkreśla się też, że nie istnieją ściśle określone w przepisach sformułowania czy wyrażenia, które powinny zostać zawarte w treści referencji. Bezwzględnie powinno się w nich znaleźć potwierdzenie prawidłowego wykonania zobowiązania, którego dokument dotyczy.

Należy również zwrócić uwagę na przepis art. 48 ust. 2 lit. a pkt ii Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zgodnie z którym, w zależności od charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia robót budowlanych, dostaw i usług, dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić wykaz dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych lub prywatnych. Dowody dostaw i usług należy przedstawić:

- w przypadku, gdy odbiorcą była instytucja zamawiająca – w formie zaświadczeń wydanych lub poświadczonych przez właściwy organ;
- w przypadku, gdy odbiorcą był nabywca prywatny – postaci zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia – w postaci oświadczenia wykonawcy.

Z powyższego wynika, że wykonawca ma szereg możliwości, aby udowodnić, że wykazane przez niego usługi zostały wykonane należycie. Niemniej jednak – zdaniem Izby – odwołująca w przedmiotowym postępowaniu nie złożyła dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług.

Dokumentem takim nie jest sprawozdanie o wywozie i utylizacji odpadów komunalnych, czyli formularz M-09. Analiza treści tego dokumentu pozwala na uzyskanie

informacji przede wszystkim co do ilości odpadów oraz ilości obsługiwanych w tym zakresie budynków mieszkalnych, co w niniejszej sprawie nie jest kwestionowane. Formularz nie zawiera natomiast danych co do jakości wykonywanych usług. Wywodzenie przez odwołującą się, iż z samego faktu odbioru odpadów wynika, że usługa ta była wykonana należycie, jest zbyt daleko idące.

Izba przeanalizowała również pismo odwołującej się, skierowane do zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 13 lutego 2013 roku. W piśmie odwołująca się wyjaśnia przyczyny niemożności uzyskania od nabywców usług potwierzeń, iż wykonywane przez odwołującą się usługi były wykonane należycie. W piśmie brak jest natomiast oświadczenia odwołującej się, iż realizacja robót została wykonana w sposób prawidłowy.

Tym samym Izba uznała, że odwołująca się nie wykazała, iż usługi, które zawarła w wykazie mającym potwierdzać fakt posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, zostały wykonane należycie. Tym samym zarzuty odwołania w tym zakresie należy uznać za niezasadne.

W ocenie Izby za nieuzasadniony należy uznać również zarzut dotyczący przedstawienia przez przystępujących niewłaściwego dokumentu, potwierdzającego należyte wykonanie usług wykazanych w pozycjach 1-6 złożonego przez nich wykazu. Należy zwrócić uwagę, że zarzut został sformułowany w taki sposób ewentualny, to jest na wypadek uznania przez Izbę, że jedynie określony rodzaj dokumentów może służyć potwierdzeniu należytego wykonania usług. W takim przypadku odwołująca się wniosła o wykluczenie przystępujących z postępowania ze względu na załączenie jako dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług referencji wystawionych przez podmiot, na rzecz którego usługa nie była wykonywana.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż Izba nie uznała, że jedynie określony rodzaj dokumentów może służyć potwierdzeniu należytego wykonania usług. Izba wskazała wyżej, że dokumentów takich może być wiele, byleby tylko wynikało z nich, że wskazane usługi były wykonywane należycie. Odnosząc się do referencji wystawionych przez Urzędy Gmin Jasienica i Goleiszów Izba stwierdziła, iż wystawione one zostały na podstawie opinii uzyskanych od właścicieli nieruchomości, będących nabywcami usług. W ocenie Izby dowodzi to w sposób wystarczający fakt należytego ich wykonania.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego nieuprawnionego zatrzymania wadium przez zamawiającego, a to z uwagi na treść art.192 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie w razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy mającego istotny lub mogącego mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Tymczasem w niniejszej sprawie

brak jest jakiegokolwiek związku między wynikiem postępowania - wyborem oferty najkorzystniejszej a czynnością zatrzymania wadium.

Niemniej jednak Izba stwierdza, iż zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zatrzymuje wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. W przedmiotowym przypadku bezspornym jest, iż zamawiający w sposób prawidłowy wezwał odwołującą się w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających fakt należytego wykonania usług. Odwołująca się w wyznaczonym terminie uzupełniła dokumenty, ale z dokumentów tych nie wynika fakt spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W przepisie art. 46 ust. 4 pkt 4a ustawy Pzp mowa jest wprost o niezłożeniu dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, oraz pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż zgodnie z utrwaloną wykładnią przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp obowiązek wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń dotyczy nie tylko sytuacji, w której wykonawca nie złożył fizycznie wymaganych dokumentów lub oświadczeń, ale także sytuacji, w której ze złożonych dokumentów lub oświadczeń nie wynika potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do samego wykonawcy, jaki i oferowanych przez niego dostaw, usług lub robót budowlanych. Z sytuacją stanowiącą podstawę do zatrzymania wadium mamy do czynienia w przypadku, gdy wykonawca faktycznie (fizycznie) nie uzupełni dokumentów (oświadczeń, pełnomocnictw). Innymi słowy, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca zachowuje się zupełnie biernie, tzn. w ogóle nie składa wymaganych dokumentów (oświadczeń). Tak np. orzekła KIO w wyroku z dnia 9 marca 2009 r. (znak KIO/UZP 220/09):

art.46 ust.4a ustawy PZP, z uwagi na jego restrykcyjny charakter, powinien być interpretowany w sposób ścisły. W tym przypadku chodzi o brak „fizyczny” dokumentu lub oświadczenia, tzn. nie uzupełnienie, a nie także o brak, w rozumieniu złożenia dokumentu nie potwierdzającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Innymi słowy, sankcji w postaci zatrzymania wadium podlegałoby tylko niezłożenie przez wykonawcę dokumentów lub oświadczeń w ogóle.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....