

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Izabela Kuciak
Luiza Łamejko

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2014 r. przez Modertrans Poznań spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Komunikacji Miejskiej w Gdańsku spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, przy udziale wykonawcy H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny wniosków, w tym wezwanie wykonawcy H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;

2. kosztami postępowania obciąża Przystępującego – H. Cegielski spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego – Modertrans Poznań spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Przystępującego H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, na rzecz Odwołującego Modertrans Poznań spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu kwotę 18 600 zł 00 gr [słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych, zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907] na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Skład orzekający:

Uzasadnienie

I. Zamawiający – Zakład Komunikacji Miejskiej w Gdańsku spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest „*Modernizacja 14 sztuk wagonów tramwajowych trójczłonowych, dwukierunkowych typu N8C*”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający, po etapie „prekwalifikacji” zaprosił do składania ofert trzech wykonawców, w tym między innymi H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu.

III. W dniu 7 sierpnia 2014 r., Odwołujący złożył odwołanie, wobec:

- 1) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu oraz zaproszenia tego wykonawcy do złożenia oferty, pomimo złożenia przez H. Cegielski nieprawdziwych informacji co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a więc informacji mogących mieć, a nawet mających wpływ na wynik postępowania;
- 2) zaniechania wykluczenia H. Cegielski z postępowania i uznania, że spełnia on warunki udziału w nim, pomimo braku wykazania ich spełnienia w zakresie wiedzy i doświadczenia z uwagi na niedysponowanie przez H. Cegielski zasobami podmiotu trzeciego w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia ani też gwarantującym rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów;
względnie
- 3) zaniechania wezwania wykonawcy H. Cegielski do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia udostępnianych na zasadach art. 26 ust. 2b ustawy;
- 4) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy H. Cegielski, pomimo braku spełnienia przez tegoż wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia z uwagi na to, że przedmiot umów wskazanych w „*Wykazie wykonanych dostaw*” załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie obejmował ani dostaw nowych pojazdów szynowych niskopodłogowych lub częściowo niskopodłogowych ani nie dotyczył modernizacji takich pojazdów;
względnie

5) zaniechania wezwania wykonawcy H. Cegielski do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia udostępnianych na zasadach art. 26 ust. 2b ustawy.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3, w zw. z art. 50 ust. 1 oraz art. 51 ust. 1 ustawy, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy i art. 50 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 22 ust. 1 i art. 22 ust. 5 ustawy oraz art. 83 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, mimo że podał on nieprawdziwe informacje mogące mieć, a nawet mające wpływ na wynik postępowania.
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 50 ust. 1 i art. 51 ust. 1 ustawy, art. 7 ust. 1 w zw. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy i § 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* oraz art. 22 ust. 1 i 5 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz zaproszenie go do złożenia oferty pomimo, że nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia,
- 3) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów mających wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo że wykonawca nie wykazał spełniania tych warunków.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia dopuszczenia H. Cegielski do udziału w postępowaniu oraz zaproszenia go do złożenia oferty;
2. dokonania powtórnego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w ich rezultacie wykluczenia wykonawcy H. Cegielski z postępowania z tytułu podania nieprawdziwych informacji, które mogły lub miały mieć wpływ na wynik postępowania,
względnie
3. dokonania powtórnego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w ich rezultacie wykluczenie wykonawcy H. Cegielski z postępowania z tytułu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,
względnie

4. powtórnego badania i oceny wniosków, a w jej rezultacie nakazanie Zamawiającemu wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następującą argumentację, mającą uzasadniać podniesione zarzuty:

[1] w zakresie zarzutów wskazujących na podstawę do wykluczenia H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu z powodu złożenia nieprawdziwych informacji:

H. Cegielski przedłożył „Wykaz wykonanych dostaw”, obejmujący trzy pozycje, rzekomo stanowiące trzy dostawy nowego tramwaju. Wykaz ten miał udowodniać, jakoby „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (...) wykonawca dostarczył co najmniej trzy nowe pojazdy szynowe niskopodłogowe lub częściowo niskopodłogowe”. [ogłoszenie o zamówieniu (sekcja III.2.3); odpowiedź nr 1 na pytanie do ogłoszenia – pismo Zamawiającego z dnia 14.07.2014 r. nr rej. 83/210/DM/2014]. Informacje podane przez H. Cegielski prezentowały między innymi:

[1] rzekomą dostawę tramwaju dla Przedsiębiorstwa Mikołajewskiej Rady Miejskiej MIKOŁAJEWELEKTROTRANS [“Projekt Mikołajów”] oraz

[2] rzekomą dostawę na rzecz Przedsiębiorstwa Naukowo Technicznego STG Usługi Konsultingowe z Zakresu Inżynierii [“Projekt STG”].

Dostawy te rzekomo były zrealizowane przez Dom Handlowy UKWZ – Ukraina sp. z o.o., na zasoby którego w zakresie wiedzy i doświadczenia H. Cegielski powoływał się na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy.

Oprócz tego postępowania, H. Cegielski posłużył się ostatnio tymi samymi projektami, tego samego podmiotu, na tej samej zasadzie [art. 26 ust. 2b ustawy] w jeszcze w dwóch innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Chodziło o przetargi prowadzone przez: [a] Tramwaje Śląskie S.A. oraz [b] Tramwaje Warszawskie sp. z o.o.

W każdym z tych postępowań przetargowych wykryto, że projekty: [a] Mikołajów oraz [b] STG nie były żadnymi dostawami; a w jednej z tych spraw zapadło orzeczenie Izby [KIO 1472/14], potwierdzające fałsz dokładnie tych samych informacji, które H. Cegielski zaprezentował Zamawiającemu w niniejszym postępowaniu.

Tutaj, H. Cegielski skonstruował Wykaz dostaw ze strony 25 swojego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w sposób mający upozorować, jakoby Projekt Mikołajów stanowił rzeczywiście „dostawę” tramwaju [str. 25 wniosku o dopuszczenie]. Dodatkowo, załączył dokonane przez siebie takie tłumaczenie Informacji od rzekomego odbiorcy tramwaju w Projekcie Mikołajów [pana D.W. L.....], które miało wykazać, jakoby – istotnie – „dostawa” została zrealizowana w sposób należyty i zgodnie z „*postanowieniami zawartymi w podpisanej umowie*” [str. 27 wniosku H. Cegielski]. W świetle oświadczeń H. Cegielski chodziło zatem niezbitnie o „dostawę” i to dostawę zrealizowaną „należycie”. Tymczasem:

Z osobnego wyjaśnienia pana D.W. L..... – a więc tej samej osoby, która miała złożyć podpis pod referencjami znajdującymi się na stronie 26–27 wniosku o dopuszczenie H. Cegielski do postępowania – wynika, że umowa, którą H. Cegielski ubierał w szatę „dostawy” nie była żadną dostawą tramwaju, ale dotyczyła w rzeczywistości jazd próbnych tego tramwaju; tego, że do żadnej dostawy nigdy tam nie doszło, dowodzi wyraźnie okoliczność, że p. D.W. oświadcza, że *„nie ma żadnej informacji o tym, kto jest właścicielem wagonu i dokąd był on wysłany po przeprowadzeniu testów”*.

Nadto, z powszechnie dostępnych materiałów prasowych również wiadomo, że przeprowadzane przez Dom Handlowy Ukraina testy tramwaju w Mikołajewie nie były dostawą, między innymi z tego powodu, że tramwaj ten przez rzekomych odbiorców po prostu nie został zakupiony; w świetle materiałów prasowych „dostawą” nie był też Projekt STG.

Co więcej, na rozprawie z dnia 30 lipca 2014 r. w sprawie KIO 1472/14 H. Cegielski, przyznał, że nie ma wiedzy co do tego, czy umowy dotyczące, nie mniej ni więcej, tylko Projektu Mikołajów oraz Projektu STG były „dostawami”. Uwzględniając między innymi przyznanie tego faktu, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła w sprawie KIO 1472/14, że Projekt Mikołajów oraz Projekt STG „dostawami” nie były.

Oznacza to, że informacje H. Cegielski prezentujące Projekt Mikołajów oraz Projekt STG jako „dostawy” są Informacjami fałszywymi, przy czym niezgodność tych informacji z prawdą dotyczy opisanie tych Projektów jako dostaw, zniekształceniu prawdy co do prawdziwego przedmiotu tych zadań, oraz podania dat ich wykonania jako wykonania „dostaw”.

Orzecznictwo sądów oraz KIO wymagają, aby dyskwalifikujące podanie nieprawdziwych informacji było zamierzone, aby było rezultatem zawinionego działania H. Cegielski [KIO 522/14, KIO 516/14, KIO 563/14, KIO 432/14 wyrok SO Warszawa –

Praga z 19 lipca 2012r. IV Ca 683/12, SO Toruń wyrok z 6 grudnia 2012r. VI Ga 134/12 www.uzp.gov.pl. Krajowa Izba Odwoławcza, rozważając zebrany w danej sprawie materiał dowodowy [art. 190 ust. 7 ustawy], jest oczywiście uprawniona i zobowiązana do korzystania z dowodów pośrednich. Przepisy ustawy nie ograniczają Izby w zakresie możliwości uznania za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania, jeżeli wniosek taki można wyprowadzić z innych ustalonych faktów [„domniemanie faktyczne”]. Co więcej, skorzystanie z instytucji dowodów pośrednich, czy też „domniemanie faktyczne” może być wręcz bezwzględnie konieczne dla rozstrzygnięcia niektórych kategorii odwołań. Będzie tak w tych wypadkach, gdzie wymaganie dowodu bezpośredniego, dokumentu prywatnego, zeznań świadka, przyznania faktu przez stronę byłoby nieracjonalne lub naiwne, a więc – na przykład – w odniesieniu do deliktów prawa konkurencji takich jak złożenia oferty w warunkach zmowy przetargowej lub złożenia oferty mającej stanowić przejaw utrudniania dostępu do rynku. Nierzetelni przedsiębiorcy, pozostają przedsiębiorcami na profesjonalizowanym rynku, co w sposób oczywisty odnosi się również do unikania lub wręcz zapobiegania powstawaniu dokumentów lub oświadczeń, które mogłyby grozić negatywnymi rozstrzygnięciami organów orzeczniczych.

Podobnych okoliczności dotyczą odwołania o wykluczenie z udziału w postępowaniu wskutek umyślnego podania nieprawdziwych informacji. Gdyby w każdym wypadku w postępowaniu odwoławczym wymagać dźwignięcia ciężaru dowodu wskutek dokumentu lub przyznania się „sprawcy” do winy umyślnej [art. 190 ust. 5 ustawy], to przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy w istocie – byłby martwy; niektóre typy deliktów zamówieniowych w rzeczywistości wymykałyby się kognicji Krajowej Izby Odwoławczej, co byłoby niedopuszczalne. Dlatego, w ocenie Odwołującego, trzeba przyjąć, że zawinione podanie nieprawdziwych informacji może i powinno być przez Izbę ustalane na podstawie dowodów pośrednich, na podstawie całokształtu istotnych okoliczności danego odwołania.

Zamierzonego wprowadzania w błąd przez H. Cegielskiego dowodzą przede wszystkim następujące fakty:

- po pierwsze, H. Cegielski w taki sposób zaprojektował i zredagował swoje własne tłumaczenie „Informacji” zawartej na stronie 27 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że miało ono wywołać u Zamawiającego i konkurentów wrażenie, jakoby „zrealizowano dostawę”; zgodna z rzeczywistością informacja została niedopowiedziana i w istocie ukryta pod wyselekcjonowanymi sformułowaniami tego tłumaczenia;
- dopiero zweryfikowanie tej informacji u jej wystawcy [np. oświadczenie D.W. L..... z 25 lipca 2014 r.] pozwalało odkryć, że „zgodność z postanowieniami umowy”, na którą na stronie 27 wniosku powoływał się H. Cegielski oznaczała w istocie zgodność

z postanowieniami umowy innej niż umowa dostawy – chodziło o umowę dotyczącą testów, wskutek której nie doszło do nabycia tramwaju.

Informacja ta może i potwierdzała należyte wykonanie umowy, tyle, że wbrew dezinformacjom H. Cegielskiego – nie była to „dostawa”, ale testy, po których tramwaj udał się w dalszą podróż.

Jeszcze donioślejszy jest fakt, że na rozprawie z 30 lipca 2014 r. w sprawie KIO 1472/14 H. Cegielski ostatecznie przyznał [art. 190 ust. 5 ustawy], że nie wie, jakie umowy Dom Handlowy Ukraina rzekomo zawarł co do Projektu Mikołajów oraz Projektu STG. H. Cegielski nie był w stanie podać na rozprawie żadnych, nawet dość ogólnych informacji na temat rodzaju tych umów. Protokół z rozprawy z 30 lipca 2014 r. dowodzi zatem, że H. Cegielski świadomie i w sposób uporządkowany, podawał Zamawiającemu informacje jakoby Projekt Mikołajów oraz Projekt STG były „dostawami”, ukrywając przy tym prawdziwy zasób swoich informacji. Gdyby nie dociekania Odwołującego [a także składu orzekającego w sprawie KIO 1472/14] oraz otwartość niektórych rzekomych odbiorców „dostaw”, to H. Cegielski odniósłby korzyść ze swojej nierzetelności w postaci zakwalifikowania się do postępowania ze szkodą dla Odwołującego, Zamawiającego oraz uczciwej konkurencji.

Nieprawdziwymi są również te informacje H. Cegielskiego, w których podaje on, jakoby zapewnił sobie rzeczywisty i realny dostęp do zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia. Skoro Dom Handlowy Ukraina nie wykonał dostaw w projektach: [a] Mikołajów oraz [b] STG, to tym samym nie legitymuje się rzeczywistym i realnym doświadczeniem, nabytym na co najmniej trzech zadaniach o cechach wymaganych w tym postępowaniu.

Także i co do tej okoliczności H. Cegielski musiał mieć pełną świadomość, gdyż w toku sprawy KIO 1472/14 przyznał także, że wiedział o tym, że Dom Handlowy Ukraina nie jest producentem tramwajów, tylko pośrednikiem w ich sprzedaży. A pośrednik nie ma wiedzy z zakresu know-how produkcji tramwajów [§ 3 Porozumienia ze strony 34 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu], wiedzy co do wniosków i uwag płynących z eksploatacji wagonów [§ 4 Porozumienia].

W powyższych okolicznościach faktycznych, złożenie przez H. Cegielskiego nieprawdziwych informacji: [a] co do powołania się na „dostawy” w Projekcie Mikołajów oraz Projekcie STG, a także [b] co do zasobów rzekomo udostępnianych przez Dom Handlowy Ukraina było świadome i zamierzone, gdyż prawo zamówień publicznych nie definiuje „winy umyślnej”, a w myśl przepisów kodeksu cywilnego z winą umyślną mamy do czynienia wtedy, gdy określony podmiot, przewidując możliwość wyrządzenia negatywnych skutków godzi się na nie [por. Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 24 września 2009 r. III Ca

202/2009, Przegląd Orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Gdańsku 2012/2, poz. 5, s. 67 oraz Sąd Apelacyjny w Białymstoku wyrok z 20 lutego 2013 r. I ACa 846/2012 LexPolonica 5168083, a także B. Lanckoroński [w:] *Kodeks Cywilny, Komentarz do art. 415 k.c.* – LEGALIS, Banaszczyk [w:] *Kodeks Cywilny. Komentarz do art. 1 – 449 [10]. Tom i., Komentarz do art. 415 k.c.* – LEGALIS, G. Bieniek [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania – komentarz do art. 415, LexPolonica*].

Z przytoczonego orzecznictwa oraz doktryny prawa cywilnego wynika jak widać, że już przewidywanie możliwości przekroczenia normy połączone z akceptacją tego przekroczenia pozwala mówić o zachowaniu umyślnym” [por. np. P. Machnikowski, *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2014r. s. 434].

Wykazane powyżej okoliczności świadczą o tym, że decyzja H. Cegielski była świadoma, a przy tym naganna. Wykluczenie związane z przedkładaniem fałszywych informacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie dwie dalsze przesłanki. Po pierwsze, wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje oraz – po drugie – informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości. Wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji może nastąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji, a także w sytuacji jednoznacznego stwierdzenia tej nieprawdziwości. Dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością, w sposób nie budzący wątpliwości [KIO 797/14]. Wypełnienie tych przesłanek w postępowaniu Zamawiający zignorował, tym samym, naruszył przywołane w odwołaniu przepisy prawa.

[2] w zakresie zarzutów wskazujących na podstawę do wykluczenia H. Cegielski – Fabryka Pojazdów szynowych Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu – niewykazanie realnego dostępu do zasobów podmiotu trzeciego:

H. Cegielski nie wykazał rzeczywistego udostępnienia przez podmiot trzeci zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Dom Handlowy Ukraina – podmiot udostępniający H. Cegielski zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia nie jest producentem tramwajów, które wskazane są w „Wykazie wykonanych dostaw”, jak i w referencjach. Okoliczność ta została przyznana przez H. Cegielski w piśmie z dnia 1 lipca 2014 r. złożonym w przetargu dla Tramwajów

Śląskich S.A., w którym H. Cegielski załączył do oferty identyczny wykaz, jak w przedmiotowym postępowaniu [pismo H. Cegielski z dnia 1 lipca 2014 r. do Tramwajów Śląskich S.A].

Co więcej, skoro Dom Handlowy Ukraina nie jest producentem tramwajów wskazanych w „Wykazie wykonanych dostaw” [s. 25 oferty], to treść Porozumienia [s. 32–35 oferty] zawiera zobowiązanie do świadczeń, których spełnienie nie jest możliwe przez podmiot nie będący producentem. Dołączone do oferty Porozumienie wraz z zobowiązaniem do udostępnienia zasobów są więc czynnością pozorną, mającą na celu obejście przepisów ustawy, tj. wykazanie dysponowania zasobami podmiotów trzecich, których podmiot trzeci w rzeczywistości nie może udostępnić.

Ponadto z informacji uzyskanych w Ambasadzie Rzeczypospolitej Polskiej w Kijowie wynika, że pracownik ambasady udał się pod oficjalne adresy Domu Handlowego Ukraina w Kijowie i „nie stwierdził w tym miejscu istnienia żadnego przedsiębiorstwa/biura”, spółka STG Usługi Konsultingowe z Zakresu Inżynierii z Kijowa [poz. 2 z „Wykazu wykonanych dostaw” – s. 25 oferty] wstrzymała działalność, zaś pan J..... I....., na rzecz którego Funduszu miał być dostarczony tramwaj wskazany w poz. 3 „Wykazu wykonanych dostaw”, został objęty sankcjami i Ambasada Rzeczypospolitej Polskiej rekomenduje zachowanie szczególnej ostrożności w kontaktach biznesowych z podmiotami z nim powiązanymi [pismo Tramwajów Warszawskich sp. z o.o. z dnia 23.07.2014 r. [pkt 4 b)].

W świetle powyższego jest jasne, że do żadnego wymaganego art. 26 ust. 2b ustawy – a więc realnego i rzeczywistego – udostępnienia zasobów przez Dom Handlowy Ukraina na rzecz H. Cegielski nie doszło. H. Cegielski przedstawił dokumenty, które pozorowały spełnienie warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia; warunek ten wykazywały był jedynie „formalnie”. Postępowanie o zamówienie jest w pewnej mierze postępowaniem formalnym, opartym na dokumentach, nie oznacza to jednak, że Zamawiający jest zobligowany przyjąć oświadczenia za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, nawet jeśli z całokształtu okoliczności i dokumentów wynika, że spełnienie warunku jest fikcyjne. Takiemu rozumieniu sprzeciwiają się zasady postępowania o zamówienie, w szczególności wynikające z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 5 ustawy [por. KIO 297/13; KIO 300/13].

Tutaj spełnienie warunku jest iluzoryczne i prowadzi do wypaczenia zasadniczego celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu,

o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, mają swój ustawowy cel – weryfikację zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia – art. 22 ust. 5 ustawy [por. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 16 maja 2013 r., sygn. akt II Ca 397/13; wyrok KIO z dnia 7 lutego 2013 r., KIO 154/13; uchwała KIO z dnia 20 października 2012 r., sygn. akt KIO/KD 86/12, wyrok KIO z dnia 22 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 292/13, KIO 295/13, KIO 309/13]. Nie ulega przy tym wątpliwości, iż instytucja z art. 26 ust. 2b ustawy nie służy „papierowemu” wykazywaniu spełnienia warunków przy pomocy podmiotów trzecich jedynie w celu uzyskania zamówienia, lecz jest silnie związana z realnym dysponowaniem zasobami podmiotów trzecich na etapie realizacji zamówienia. Wymowa europejskich [art. 54 ust. 5 dyrektywy 2004/17/WE] i polskich przepisów [por. art. 26 ust. 2b ustawy, który zgodnie z jednolitym orzecznictwem powinien być interpretowany prowsólnotowo, a nadto § 1 ust. 6 Rozporządzenia nie pozostawia w tej kwestii żadnych wątpliwości i jest w tym zakresie jednoznaczna – należy dopuścić posiłkowanie się zasobami podmiotów trzecich, jeśli ma ono charakter realny, dający podstawy do uznania, że jakkolwiek wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne samodzielnie nie spełnia danego warunku udziału w postępowaniu, to na podstawie złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego znajdzie się w takiej sytuacji, jakby dany zasób posiadał [Por. np. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 20 grudnia 2012 r., IX Ga 347/12; wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2014 r., KIO 48/14; wyrok KIO z dnia 21 maja 2013 r., KIO 1007/13 KIO 1021/13 KIO 1050/13 KIO 1054/13; wyrok KIO z dnia 30 lipca 2012 r., KIO 1498/12; wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011, KIO 2255/11 KIO 2260/11 KIO 2283/11, wyrok KIO z dnia 2 listopada 2011 r. KIO 2227/11; wyniki kontroli Prezesa UZP z dnia 17 września 2013 r. w sprawie KU/155/13/DKUE, www.uzp.gov.pl]. Powyższe potwierdza również wyrok Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej [sprawa C–176/98 Holst Italia], w którym orzekł, iż usługodawca w celu dowiedzenia, że spełnia wszystkie kryteria natury ekonomicznej, finansowej i technicznej zezwalające na uczestnictwo w przetargu, może przedstawiać zaświadczenia dotyczące innych podmiotów, jednak pod warunkiem, że jest on w stanie wykazać, iż w danym momencie zasoby tego drugiego podmiotu pozostają do jego dyspozycji w takim zakresie, w jakim są niezbędne dla prawidłowej realizacji zamówienia [Por. także: wyrok TSUE w sprawie C–94/12 Swm Costruzioni 2 and Mannocchi Luigino, pkt 33; wyrok TSUE w sprawie C–5/97 Ballast Nedam Groep, pkt 12; wyrok TSUE w sprawie C–389/92 Ballast, pkt 17]. Skoro H. Cegielski odwołał się – celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia – do zasobów Domu Handlowego Ukraina i powołał na łączące go z tym podmiotem porozumienie o współpracy, to Zamawiający miał obowiązek ocenić, czy taka relacja ma rzeczywisty charakter, w tym czy daje gwarancje prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający niesłusznie przyjął, iż H. Cegielski będzie dysponował zasobami Domu Handlowego Ukraina w stopniu

niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, a relacja pomiędzy H. Cegielski a Domem Handlowym Ukraina gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Samo ogólne oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów oraz przedłożenie wystawionych na rzecz tego podmiotu referencji nie wystarcza do uznania, że wykonawca udowodnił zamawiającemu realność udostępnienia potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia [KIO 945/11]. W realiach niniejszego postępowania, o braku rzeczywistego [a nie tylko „papierowego”] dostępu do zasobów Domu Handlowego Ukraina świadczy zaś dobitnie fakt, że sam wykonawca „korzystający” z tych zasobów [H. Cegielski] nie wie, jakie umowy zostały wykonane przez Dom Handlowy Ukraina na rzecz podmiotów wskazanych w Wykazie dostaw”.

[3] w zakresie zarzutów wskazujących na podstawę do wykluczenia H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu – niewykazanie dostaw ani usług w zakresie wymaganym przez Zamawiającym celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu:

Przedmiot umów wskazanych w „Wykazie wykonanych dostaw” załączonym do oferty H. Cegielski nie obejmuje ani dostaw nowych pojazdów szynowych niskopodłogowych lub częściowo niskopodłogowych ani nie dotyczy modernizacji takich pojazdów, a w konsekwencji H. Cegielski nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Tutaj Zamawiający naruszył Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 50 ust. 1, art. 50 ust. 1 ustawy, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 22 ust. 5 oraz art. 50 ust. 1 ustawy – ewentualnie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2 b ustawy.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 2 ustawy, przez „dostawę” należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Jest to zatem definicja o szerszym zakresie niż definicja umowy dostawy zawarta w art. 605 k.c., a ponadto dostawa może odbyć się na podstawie innej umowy niż te wymienione w art. 2 pkt 2 ustawy.

Z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, iż rzekome *dostawy* zrealizowane przez Dom Handlowy Ukraina nie mieszczą się w pojęciu dostaw zgodnie z definicją obowiązującą na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie są to umowy dostawy zdefiniowane w art. 605 k.c. [jedna z postaci dostawy w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy], skoro sam wykonawca potwierdza, że podmiot udostępniający mu zasoby nie jest producentem tramwajów. Nie są to również [w szczególności w odniesieniu do poz. 1 i poz.

2 „Wykazu wykonanych dostaw”] pozostałe umowy, wskazane w art. 2 pkt 2 ustawy, jak i inne umowy, z którymi wiąże się uzyskanie prawa do korzystania z tramwajów. Pojęcie „dostawy” ma bowiem – w reżimie zamówień publicznych – określoną treść. Przez „dostawę” należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu [art. 2 pkt 2 ustawy]. Chodzi nie tylko o umowy o przeniesienie własności rzeczy, energii lub praw, lecz również umowy o korzystanie z cudzych rzeczy lub praw [Por. R. Szostak, Udzielanie drobnych zamówień wyłączonych spod przepisów PZP, Zamówienia Publiczne. Doradca, Nr 4/2014, s. 11.]. Z dostawą w rozumieniu ustawy, wiąże się pozyskanie przez odbiorcę dostawy tytułu prawnego do używania przedmiotu dostawy. Nabycie własności wiąże się – naturalnie – z uzyskaniem prawa do używania rzeczy [art. 140 k.c. w zw. z art. 14 w zw. z art. 2 pkt 2 ustawy]. Skutek ten jest zatem oczywisty w odniesieniu do pierwszej z umów, w których mowa w art. 2 pkt 2 ustawy, a więc umowy sprzedaży [art. 535 k.c. w zw. z art. 155 §1 k.c. w zw. z art. 14 w zw. z art. 2 pkt 2 ustawy]. Podobnie wygląda kwestia co do pozostałych umów wymienionych w art. 2 pkt 2 ustawy, czyli: (a) umowy najmu [art. 659 §1 k.c. w zw. w zw. z art. 14 w zw. z art. 2 pkt 2 ustawy], (b) umowy dzierżawy [art. 693 §1 k.c. w zw. z art. 14 w zw. z art. 2 pkt 2 ustawy], (c) umowy leasingu [art. 709 [1] k.c. w zw. z art. 14 ustawy w zw. z art. 2 pkt 2 ustawy]. Istotą umów z art. 2 pkt 2 ustawy, jest nabycie przez odbiorcę dostawy prawa do używania rzeczy lub prawa. Wskutek dostawy w rozumieniu ustawy zamawiający nie musi uzyskiwać prawa własności, ale musi uzyskiwać tytuł prawny do używania przedmiotu dostawy. Interpretacja ta znajduje również pełne oparcie w prawie unijnym. Zgodnie z definicją Art. 1 ust. 2 lit. c) dyrektywy sektorowej oraz art. 1 ust. 2 lit. c) dyrektywy klasycznej, „zamówienia na dostawy” oznaczają zamówienia inne niż zamówienie na roboty budowlane, których przedmiotem jest kupno, dzierżawa, najem lub leasing – z opcją lub bez opcji wykupu – produktów. Ponieważ art. 2 pkt 2 ustawy implementuje do krajowego porządku prawnego dyrektywy w sprawie zamówień publicznych to powinien on być interpretowany zgodnie z tymi dyrektywami, a jeżeli dana dyrektywa poddana została interpretacji TSUE – to zgodnie z tą interpretacją [por. w tej mierze m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z 26 czerwca 2013 r., V CSK 366/12 niepubl., SN w uchwale z 19 listopada 2010 r., III CZP 79/10, OSNC 2011, nr 4, poz. 41 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z 27 czerwca 2008 r., III CZP 25/08, OSNC 2009, nr 9, poz. 127].

Trybunał Sprawiedliwości w sprawie C–272/91, w ślad za opinią Rzecznika Generalnego, stwierdził, że przez dostawy, o których mowa w unijnym prawie zamówień publicznych należy rozumieć te kontrakty, które dają zamawiającym prawo do używania pewnych produktów [TSUE, wyrok C–272/91, akapit 25 uzasadnienia, opinia Rzecznika Generalnego w tej sprawie, akapit 40 opinii].

Co więcej, tak przedstawione rozumienie „dostawy” z art. 2 pkt 2 ustawy jest również spójne z wykładnią systemową oraz aksjologią zamówień publicznych, a także z zasadami wydatkowania środków UE i regułami postępowania z finansami publicznymi – wydatki publiczne muszą być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów [art. 41 ust. 3 pkt 1 a ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych].

Odmienne pojmowanie „dostawy” prowadziłyby do nieakceptowalnych skutków, a więc na przykład do konieczności uznawania za dostawę np. umowy przewozu lub dokonania przeglądu technicznego lub wykonania testów albo jazd próbnych [odbiorcą tak rozumianej „dostawy” byłby podmiot zapewniający usługi utrzymania pojazdu lub wykonujący testy albo jazdy próbne].

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Tramwaje Śląskie S.A. wykonawca H. Cegielski również powołał się na zasoby Domu Handlowego Ukrainy w trybie art. 26 ust. 2b ustawy przedkładając identyczne jak w niniejszym postępowaniu zobowiązanie Domu Handlowego Ukrainy oraz te same referencje.

W wyroku z dnia 1 sierpnia 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1472/14, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wykazywane „dostawy nie dotyczą realizacji dostaw w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy. Naturalnie, wyrok ten nie wiąże innych składów orzekających Izby, natomiast, powinien mieć znaczenie dla oceny okoliczności i wiarygodności dowodów oraz argumentów prezentowanych w tej sprawie.

IV. Zamawiający na posiedzeniu złożył pisemne oświadczenie o uwzględnieniu odwołania. W piśmie Zamawiający podał, że w związku z ujawnieniem się nowych okoliczności, o których mowa w odwołaniu wykonawcy Modertrans Poznań sp. z o.o. jak również które stały się Zamawiającemu znane w związku z postępowaniami prowadzonymi przez Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. oraz Tramwaje Śląskie SA, Zamawiający postanowił uwzględnić odwołanie. Zamawiający wskazał, że w świetle argumentacji przedstawionej przez Odwołującego, Zamawiający doszedł do wniosku, że Wykonawca H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. nie udowodnił Zamawiającemu dysponowania potencjałem wiedzy, a przede wszystkim doświadczenia podmiotu trzeciego – Domu Handlowego UKWZ – Ukraina sp. z o.o. Zamawiający podkreślił, że w art. 26 ust. 2b ustawy, ustawodawca przesądził, że na zasadzie wyjątku od zasady samodzielnego spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi

stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zamawiający ocenił, że, w świetle zarzutów odwołania, dowody, które mu przedłożył Wykonawca H. Cegielski nie potwierdzają, aby wykonawca ten zapewnił sobie możliwość realnego polegania na zasobach wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego – Domu Handlowego Ukraina. Zdaniem Zamawiającego, za wypełnienie obowiązku udowodnienia możliwości polegania na zasobie doświadczenia wynikającego z art. 26 ust. 2b ustawy nie może być uznane powoływanie się na dostęp do usług polegających na:

- 1) przeprowadzeniu szkolenia;
 - 2) udostępnieniu wiedzy;
 - 3) przekazaniu uwag i wniosków płynących ze zrealizowanych dostaw;
- gdyż wszystkie te elementy świadczą jedynie o udostępnieniu wiedzy, ale nie świadczą o udostępnieniu doświadczenia.

Tak właśnie zostało to sformułowane w § 4 ust. 1 „Porozumienia o współpracy” z dnia 11.06.2014 r., zawartego pomiędzy H. Cegielski o Domem Handlowym Ukraina. Zgodnie z tymi postanowieniami:

- a) *pisemnych instrukcjach;*
- b) *przekazywaniu dokumentacji eksploatacji tramwajów, głównych schematów systemów tramwaju, celem wykorzystania istniejących rozwiązań konstrukcyjnych przy realizacji zamówienia;*
- c) *kontakcie mailowym.”*

Powyższe czynności nie dowodzą, zdaniem Zamawiającego, możliwości skorzystania z doświadczenia podmiotu trzeciego, a jedynie z jego wiedzy. Oddelegowanie pracowników, które jako jedyne mogłoby być brane pod uwagę, należy czytać łącznie z § 4, co oznacza, że pracownicy mogą być oddelegowaniu do przeprowadzenia szkoleń [nadal jest to przekazanie tylko wiedzy] lub do nadzoru nad procesami technologicznymi i innymi czynnościami, o których mowa w § 4 ust. 2, co oznaczałoby, że nie będą to pracownicy podmiotu trzeciego, lecz producenta wagonów. W ocenie Zamawiającego, o ile przyjąć można, że w drodze kontaktu mailowego, telefonicznego, wideokonferencji, kontaktu pisemnego, czyli najogólniej mówiąc doradztwa, można nabyć wiedzę teoretyczną potrzebną do wykonania zamówienia, o tyle niemożliwym jest nabycie w ten sposób wymaganego doświadczenia. W efekcie konsultacji zostaną przekazane teorie, być może wynikające z doświadczeń, które można utożsamiać z wiedzą. Jednakże doświadczenie to zbiór niewyuczonych, automatycznych reakcji wynikających z już nabytych praktycznych

umiejętności. Proces ich zdobywania kształtowany jest przez czynnik czasu, czego efektem jest biegłość i wprawa przy wykonywaniu określonych czynności, wynikająca z uprzedniego wykonywania analogicznych prac. A zatem doświadczenia nie da się przekazać w inny sposób, niż poprzez uczestnictwo podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Uczestnictwa Domu Handlowego Ukraina w wykonaniu przedmiotu zamówienia, wykonawca H. Cegielski nie udowodnił. Zdaniem Zamawiającego, przedłożone „Porozumienie o współpracy”, w świetle informacji uzyskanych z odwołania oraz z postępowań prowadzonych przez Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. i Tramwaje Śląskie SA, nie dowodzi możliwości faktycznego korzystania z zasobów Domu Handlowego Ukraina. W związku z tym nie jest to „stosowna sytuacja”, o której mowa w art. 48 ust. 3 *dyrektywy 2004/18AA/E Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi*: „Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów”.

Wykonawca H. Cegielski nie może się wykazać ani jedną własną usługą [modernizacją lub dostawą tramwaju w ciągu ostatnich 3 lat] wymaganą przez Zamawiającego, mimo że jest producentem tramwajów, posłużył się więc doświadczeniem Domu Handlowego Ukraina, który nawet nie jest jego przedstawicielem handlowym, lecz zupełnie niepowiązanej rosyjskiej spółki. Rola Domu Handlowego Ukraina w wykonaniu niniejszego zamówienia jest zupełnie iluzoryczna, a właściwie polega jedynie na użyczeniu referencji, co ma pomóc wykonawcy H. Cegielski w uzyskaniu zamówienia, ale nie w jego realizacji.

Na rozprawie Zamawiający postulował wykluczenie H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu z powodu złożenia nieprawdziwych informacji a także wobec niewykazania realnego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego – Domu Handlowego UKZW – Ukraina.

V. Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu po stronie Zamawiającego, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłoszone zostało przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła:

[1] Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu, by wykonawca: *„w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (...) wykonawca dostarczył co najmniej trzy nowe pojazdy szynowe niskopodłogowe lub częściowo niskopodłogowe”*. [ogłoszenie o zamówieniu (sekcja III.2.3)].

[2] We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o zamówienie, wykonawca H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu złożył wykaz dostaw, w którym wskazał trzy dostawy, które miały zostać wykonane przez Dom Handlowy „UKWZ – Ukraina” sp. z o.o. na rzecz trzech odbiorców:

1] Przedsiębiorstwo Komunalne Mikołajewskiej Rady Miejskiej „МΥΚΟΛΑЈВЕЛЕКТРОТРАНС” – МИКОЛАЇВЕЛЕКТРОТРИС, Ukraina, miasto Mikołajów – umowa z 07.11.2011 r., wykonana 11.11.2011 r., której przedmiotem ma być: *„dostawa nowego tramwaju modelu 71–623, częściowo niskopodłogowego z napędem energoelektronicznym prądu przemiennego”*;

2] spółka z ograniczoną odpowiedzialnością „Przedsiębiorstwo Naukowo–Techniczne STG Usługi Konsultingowe z Zakresu Inżynierii” [ООО „Научно – Техническое предприятие СТГ Инженеринг”], Ukraina, miasto Kijów – umowa z 20.04.2012 r., wykonana 08.05.2012 r., której przedmiotem ma być: *„dostawa nowego tramwaju modelu 71–623, częściowo niskopodłogowego z napędem energoelektronicznym prądu przemiennego”*;

3] Fundusz Dobroczynny Deputowanego Ukrainy Iwanyszczenko J..... W..... [Благотворительный фонд дародного Украины Ивапющенко Ю.В.], Ukraina, miasto Jenakijewe – umowa z 05.09.2012 r., wykonana 05.10.2012 r., której przedmiotem jest *„dostawa nowego tramwaju modelu 71–623, częściowo niskopodłogowego z napędem energoelektronicznym prądu przemiennego”*.

Wykaz dostaw opatrzony został trzema dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw:

1] pochodzącym od Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „МΥΚΟΛΑЈВЕЛЕКТРОТРАНС” – МИКОЛАЇВЕЛЕКТРОТРИС, Ukraina, miasto Mikołajów, o treści: *„firma „Dom Handlowy UKWZ–Ukraina” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Ukraina , 03187, m. Kijów, ulica Akademika Hłuszkowa, dom nr 22, m. 100, dostarczyła wagon tramwajowy częściowo niskopodłogowy model 71–623 do Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „Мυκοłajwelektrotrans”, Mikołajów 11 listopada 2011 roku. Powyższa dostawa została zrealizowana w sposób należyty zgodnie*

z postanowieniami zawartymi w podpisanej umowie.”, podpisane przez dyrektora tego podmiotu – D.W. L..... i opatrzone pieczęcią podmiotu.

2] pochodzącym od Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością „Przedsiębiorstwa Naukowo–Technicznego STG Usługi Konsultingowe z Zakresu Inżynierii” [ООО „Научно – Техническое предприятие СТГ Инженеринг”], Ukraina, miasto Kijów, o treści: *„Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością „Przedsiębiorstwo Naukowo–Techniczne STG Usługi Konsultingowe z Zakresu Inżynierii” w Kijowie, współpracuje z firmą „Dom Handlowy UKWZ – Ukraina” Sp. z o.o. od kwietnia 2012 roku po zawarciu umowy na dostawę wagonu tramwajowego model 71–623 produkcji Ust' Katawskiej Fabryki Wagonów, Postanowienia umowy zostały w pełni zrealizowane w ustalonych terminach. Pokreślić należy, że firma „Dom Handlowy UKWZ – Ukraina” Sp. z o.o. sprawnie reagowała na wszystkie prośby lub żądania naszej jednostki organizacyjnej i dała się poznać jako partner niezawodny i odpowiedzialny. Wyrażamy szczerą wdzięczność za sumienne wywiązanie się z zawartej umowy na dostawę i mamy nadzieję na wzajemnie korzystną współpracę w przyszłości.”;*

3] pochodzącym od Funduszu Dobroczynnego Deputowanego Ukrainy I..... J..... W..... [Благотворительный фонд дародного Украины Ивапющенко Ю.В.], Ukraina, miasto Jenakijewe, o treści: *„Fundusz Dobroczynny Deputowanego Ukrainy I..... J.....W. w mieście Jenakijewe obwodu donieckiego współpracuje z firmą „Dom Handlowy UKWZ – Ukraina” Sp. z o.o. od 5 września 2012 roku po zawarciu umowy na dostawę wagonu tramwajowego model 71–623 produkcji Ust' Katawskiej Fabryki Wagonów. Postanowienia umowy zostały w pełni zrealizowane w ustalonych terminach. Pokreślić należy, że firma „Dom Handlowy UKWZ – Ukraina” Sp. z o.o. sprawnie reagowała na wszystkie prośby lub żądania naszej jednostki organizacyjnej i dała się poznać jako partner niezawodny i odpowiedzialny. Wyrażamy szczerą wdzięczność za sumienne wywiązanie się z zawartej umowy na dostawę i mamy nadzieję na wzajemnie korzystną współpracę w przyszłości.”.*

Wykonawca H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. z w Poznaniu załączył dodatkowo we wniosku zobowiązanie Domu Handlowego „UKWZ – Ukraina” sp. z o.o., w którym ten podmiot zobowiązuje się do oddania wykonawcy H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. z w Poznaniu: *„wiedzy i doświadczenia, w zakresie wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dostawy 3 nowych pojazdów szynowych częściowo niskopodłogowych, tj. 3 nowych tramwajów częściowo niskopodłogowych z napędem energoelektronicznym na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia na modernizację 14 sztuk wagonów tramwajowych trójczłonowych,*

dwukierunkowych typu N8C". Zobowiązanie opatrzone zostało szczegółowym *Porozumieniem o współpracy* z dnia 21 lipca 2014 r. zawartym między Przystępującym a Domem Handlowym „UKWZ – Ukraina” sp. z o.o. w Kijowie, które w § 1 – 6 wskazywało obowiązki stron:

„§1

1. Udostępniający zobowiązuje się do udostępnienia Wykonawcy swoich zasobów wiedzy i doświadczenia – w związku z zamówieniem publicznym (znak postępowania: 83/210/DM/2014) na wykonanie zadania pn. Modernizacja 14 sztuk wagonów tramwajowych trój członowych, dwukierunkowych typu NSC, w którym zamawiającym jest Zakład Komunikacji Miejskiej w Gdańsku Sp. z o.o.

2. Wiedza i doświadczenie Udostępniającego polega na wykonywaniu dostaw nowych pojazdów szynowych częściowo niskopodłogowych.

Wiedza i doświadczenie Udostępniającego wynikają w szczególności ze zrealizowanych umów na dostawę nowych tramwajów częściowo niskopodłogowych z napędem energoelektronicznym prądu przemiennego.

3. Udostępnienie, o którym mowa w ust. 1 następuje na okres korzystania z niego przez Wykonawcę przy wykonaniu zamówienia publicznego – tzn. przez cały okres realizacji zamówienia, łącznie z okresem gwarancji i rękojmi.

§ 2

1. Udostępniający przekazuje Wykonawcy dokumenty dotyczące wykonania dostawy 3 nowych wagonów tramwajowych modelu 71–623 (tramwaj częściowo niskopodłogowy z napędem energoelektronicznym prądu przemiennego), tzn. referencje , że dostawy zostały wykonane należycie, a także dodatkowo dokumenty dotyczące niepodlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu, wydawane zgodnie z prawem ukraińskim.

2. Wykonawca upoważniony jest do posługiwania się dokumentami określonymi w ust. 1 w postępowaniu nr 83/210/DM/2014 na wykonanie zadania pn. Modernizacja 14 sztuk wagonów tramwajowych trójczłonowych, dwukierunkowych typu N8C w którym zamawiającym jest Zakład Komunikacji Miejskiej w Gdańsku Sp. z o.o.

§ 3

Udostępniający zobowiązuje się do udostępnienia Wykonawcy posiadanego przez siebie know how , swoich procedur technologicznych i opisu metod realizacji zadań w zakresie dotyczącym materiałów, części, podzespołów i zespołów oraz wymagań stawianych systemom zabudowanym w tramwaju.

§ 4

1. Udostępniający;

1) przeprowadzi szkolenia po podpisaniu przez Wykonawcę Umowy z Zamawiającym, ale nie później jak 7 dni przed rozpoczęciem realizacji zamówienia, dla kadry handlowej oraz

inżynieryjno–technicznej bezpośrednio zaangażowanej w realizację zamówienia, dotyczące zagadnień określonych w § 3. Szkolenia odbędą się w Poznaniu, na terenie firmy H Cegielski Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o.

2) udostępni wiedzę w zakresie rozwiązań konstrukcyjnych poprzez udostępnienie materiałów technicznych oraz schematów i opisów konstrukcyjnych w ciągu 20 dni od podpisania porozumienia na okres trwania realizacji zamówienia.

3) przekaze uwagi i wnioski płynące ze zrealizowanych dostaw' oraz z eksploatacji dostarczonych tramwajów, w szczególności ze sposobem rozwiązania zaistniałych problemów i trudności eksploatacyjnych ,

2. Udostępniający będzie wykonywał czynności polegające na nadzorze nad procesami technologicznymi stosowanymi przy wykonaniu zamówienia, nadzorze nad zachowaniem właściwych i wymaganych parametrów technicznych tramwajów, kontroli poszczególnych etapów końcowego montażu oraz nadzorze przed odbiorami końcowymi.

§ 5

1. Świadczenia, o których mowa w § 4 będą polegały na:

- a) konsultacjach telefonicznych oraz mailowych,*
- b) oddelegowaniu odpowiednio wyspecjalizowanych pracowników,*
- c) przeprowadzaniu wideokonferencji,*
- d) pisemnych instrukcjach,*
- e) udostępnieniu materiałów technicznych oraz schematów i opisów konstrukcyjnych,*
- f) kontakcie mailowym,*

2. Udostępniający zapewnia możliwość kontaktu zarówno telefonicznego, jak i mailowego w każdy dzień roboczy w godzinach od 8 do 16 czasu polskiego.

§ 6

1 – Udostępniający zobowiązuje się, oprócz świadczeń wskazanych w § 4–5, do udzielania Wykonawcy, w miarę swoich możliwości, wsparcia także w inny sposób – który okaże się użyteczny dla realizacji przez niego zamówienia publicznego.

2. Niniejsze porozumienie nie obejmuje wykonywania przez Udostępniającego prac podwykonawczych związanych z wykonywaniem zamówienia publicznego (podwykonawstwa).”

Wykonawca H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu złożył we wniosku dodatkowo własne oświadczenie, zgodnie z którym, wykazując spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia polega na zasobach firmy dom Handlowy „UKWZ – Ukraina”, która przekaze swoją wiedzę i doświadczenie w formie doradztwa, konsultacji, wsparcia merytorycznego. Przystępujący podał, że „w/w. podmiot nie będzie

uczestniczył w realizacji części zamówienia w charakterze podwykonawcy, a całość zamówienia zrealizujemy samodzielnie”.

Wykonawca H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu w toku postępowania odwoławczego złożył dodatkowo oświadczenia pochodzące od Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „MYKOŁAJWELEKTROTRANS” – МИКОЛАЇВЕЛКТРОТРИС; spółki z ograniczoną odpowiedzialnością „Przedsiębiorstwo Naukowo–Techniczne STG Usługi Konsultingowe z Zakresu Inżynierii” [ООО „Научно – Техническое предприятие СТГ Инженеринг”] oraz Funduszu Dobroczynnego Deputowanego Ukrainy I..... J..... W..... [Благотворительный фонд дародного Украины Ивапющенко Ю.В.], dotyczące zadań wykonanych na rzecz tych podmiotów przez Dom Handlowy „UKWZ – Ukraina”. Przystępujący złożył, m.in. oświadczenie z 7 sierpnia 2014 r. pochodzące od Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „MYKOŁAJWELEKTROTRANS” – МИКОЛАЇВЕЛКТРОТРИС, podpisane przez D.W. L..... w którym podano, że *„Przedsiębiorstwo Komunalne Mikołajewskiej Rady Miejskiej „Nikołajwelektrotrans” potwierdza, że „Dom Handlowy UKWZ – Ukraina” Sp. z o.o. zrealizował dostawę wagonu tramwajowego modelu – 71–623 zgodnie z postanowieniami podpisanej umowy z dn. 11.11.2011 r. W okresie od dn. 11.11.2011 r. do 02.03.2012 r. (okres eksploatacji próbnej) Przedsiębiorstwo Komunalne Mikołajewskiej Rady Miejskiej „Nikołajwelektrotrans” miało prawo do użytkowania wagonu tramwajowego wyłącznie w trybie ustalonym w umowie. W okresie od dn. 21.11.2011 r. do 28.11.2011 r. ten tramwaj był wykorzystywany przez Przedsiębiorstwo Komunalne Mikołajewskiej Rady Miejskiej „Nikołajwelektrotrans” również w celach promocyjnych jako egzemplarz pokazowy (informacja w Internecie).”.*

Odwołujący złożył w ramach postępowania odwoławczego pismo z 16 lipca 2014 r. pochodzące od Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „MYKOŁAJWELEKTROTRANS” – МИКОЛАЇВЕЛКТРОТРИС, podpisane przez D.W. L....., w którym podano: *„Firma „Dom Handlowy UKZW – Ukraina” Sp. z o.o. wywiązała się z dostarczenia wagonu tramwajowego modeli 71–623 zgodnie z umową Nr 153 z dnia 07.11.2011 roku. Przedmiot umowy: dostarczyć KP NGS „Mikołajówwelektrotrans” w celu przejścia prób jezdnych wagonu modelu 71–623 w warunkach eksploatacji w Mikołajowie. Próby jezdne zostały przeprowadzone w DP „Naukowo – Badawczy i Konstrukcyjno – Technologiczny Instytut Gospodarki Miejskiej” w okresie od dnia 24.11.2011 r. – do dnia 12.12.2011 roku, zgodnie z Programem – metodyka prób PMW 71–623.000.001 „Wagon tramwajowy typu 71–623”.*

Odwołujący złożył dodatkowo w toku postępowania odwoławczego wydruk z poczty elektronicznej [mail], podpisany przez D.W. L....., zgodnie z którym: „W naszym zakładzie przeprowadzane były próbne jazdy wagonu tramwajowego modelu 71–623. W celu testowania wagon został dostarczony przez Sp. z o.o. „Dom Handlowy UKWZ – Ukraina”. NIE MAMY żadnej informacji o tym, kto jest właścicielem wagonu i dokąd był on wysłany po przeprowadzeniu testów” a także materiały prasowe, pochodzące z internetu, w których podano, że na Ukrainie tramwaj typu dostarczonego przez Dom Handlowy „UKWZ – Ukraina”, produkowany przez Ust’ Katawskie Zakłady jest jednym z dwóch, a także że dostawa dla Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „МЫКОЛАЈВЕЛЕКТРОТРАНС” – МИКОЛАЇВЕЛЕКТРОТРАНС związana była z testowaniem i certyfikacją wagonów.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE

W odwołaniu, Odwołujący w zakresie przesłanek materialnoprawnych, o których stanowi art. 179 ust. 1 ustawy podał, że jako wykonawca nie podlegający wykluczeniu z postępowania i posiadający stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujący odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym i ekonomicznym do wykonania zamówienia, Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Wykluczenie z postępowania wykonawcy H. Cegielski jest zgodne z dążeniem Odwołującego do uzyskania zamówienia, bowiem wyeliminowanie konkurentów, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu może zwiększyć szansę Odwołującego na uzyskanie zamówienia [wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2636/10].

Biorąc pod uwagę tak zaprezentowane uzasadnienie, należało stwierdzić, że Odwołujący legitymuje się przesłankami materialnoprawnymi, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

II. ROZSTRZYGNIECIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Znalazły potwierdzenie te zarzuty odwołania, które wskazywały na niewłaściwą ocenę dokumentów złożonych przez H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do zadania wykazanego w poz. 1 wykazu dostaw, to jest na rzecz Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „МЫКОЛАЈВЕЛЕКТРОТРАНС” – МИКОЛАЇВЕЛЕКТРОТРАНС, jak również zarzuty

wskazujące na niewykazanie efektywnego przekazania zasobów podmiotu trzeciego temu wykonawcy, w oparciu o treść art. 26 ust. 2b ustawy.

[1] w zakresie zarzutów wskazujących na podstawę do wykluczenia H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu z powodu złożenia nieprawdziwych informacji:

Podkreślenia na wstępie wymaga, że informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na szczegółowe warunki i wymagania określone przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ] lub ogłoszeniu, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez danego wykonawcę. Jak wskazuje się w orzecznictwie, *„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności”* [wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. sygn. akt: ACa 1018/05, niepubl].

Zgodzić się zatem należy z ogólną tezą formułowaną przez Odwołującego, zgodnie z którą, wina umyślna, wyrażająca się w złożeniu nieprawdziwych informacji, jako odnosząca się do sfery subiektywnej zawsze będzie trudna a niekiedy nawet niemożliwa do wykazania, jednak należy w tym zakresie rozpatrywać także winę w zamiarze ewentualnym, gdy zainteresowany wprawdzie wyraźnie nie chce złożyć nieprawdziwych informacji, ale przez niewystarczającą staranność czy brak wymaganej w danych okolicznościach dociekliwości i zbadania dokumentów i informacji, którymi zamierza posłużyć się w postępowaniu, godzi się na to, że być może podane informacje okażą się nierzetelne a przez to – nieprawdziwe.

Jakkolwiek jednak postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, wykonawcy winni zatem wykazać podwyższoną staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności, co stawia zasadnym oczekiwanie dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ewentualnego zadawania pytań wobec brzmienia dokumentacji postępowania, starannego i szczegółowego zbadania dokumentów pochodzących od podmiotu trzeciego, to jednak staranność ta nie może sięgać tak daleko, by można było wnioskować o złożeniu nieprawdziwych informacji na podstawie dokumentów złożonych w celu wykazania

spełnienia warunku udziału w postępowaniu, które odpowiadają na brzmienie warunku udziału w postępowaniu, co do którego – w świetle okoliczności sprawy wykonawca podejmuje starania w celu jego spełnienia i wykazując wymagany stopień staranności finalnie warunku nie spełnia. Odróżnić bowiem trzeba sytuację, kiedy wykonawca, mimo zachowania wskazanej staranności, nie odpowiada na postawione w danym postępowaniu przez zamawiającego wymagania nie w sposób świadomy, ale w rezultacie zdarzeń i działań, przed którymi, mimo tej staranności, uchronić się nie zdołał.

Podkreślenia wymaga bowiem, że dla wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie jest wystarczające samo wykazanie nieprawdziwości przekazanych informacji, tożsame ze stwierdzeniem, że przedstawiana w postępowaniu sytuacja nie miała miejsca albo miała inny przebieg, albowiem dla zaistnienia przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest dodatkowo ustalenie, że w danych okolicznościach mamy do czynienia ze złożeniem takich informacji, co nakazuje sięgać do sfery subiektywnej wykonawcy: jego zamiaru, wiedzy o prawdziwości lub nie określonych faktów, możliwości powzięcia takiej wiedzy, zachowania wymaganej w danych stosunkach i w ramach profesjonalnego działania staranności, profesjonalizmu wykonawcy. Z powyższego wynika z jednej strony obowiązek zadbania przez wykonawcę, by podawane informacje i składane dokumenty były przez niego zweryfikowane, obowiązek krytycznego podejścia do dokumentów pochodzących od podmiotu trzeciego, w tym zbadania – w miarę możliwości – wiarygodności swego kontrahenta, którego dokumentami wykonawca zamierza się posłużyć w postępowaniu. Nie jest bowiem wyjaśnieniem i usprawiedliwieniem dla złożenia nieprawdziwych informacji sam tylko fakt pozyskania dokumentów od podmiotu trzeciego i pełne zaufanie dla jego deklaracji i dokumentów. Wykonawca posługując się dokumentami i oświadczeniami pochodzącymi od podmiotu wobec niego zewnętrznego [przykładowo, podmiotu trzeciego na zasobach którego polega na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy] przyjmuje odpowiedzialność za te oświadczenia. Niemniej, ta odpowiedzialność nie może mieć nieograniczonego zakresu, sprowadzającego się oczekiwania od wykonawcy przyjęcia na siebie pozycji śledczej wobec podmiotu, dokumentami którego się posługuje i podejmowania środków wykraczających poza standardowe, przyjęte w stosunkach gospodarczych i wynikające z profesjonalnego charakteru działalności, czynności. Jakiegokolwiek generalizacje są tu zatem niewłaściwe, zaś każda sytuacja wymaga indywidualnej oceny, w ramach ustalenia stanu świadomości wykonawcy w złożeniu nieprawdziwych informacji. Na powyższe zwracało orzecznictwo. Przykładowo, w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19.07.2012r. sygn. akt IVCa 63/12 stwierdzono jednoznacznie iż *„przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ma zastosowanie tylko w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem*

podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu do uzyskania zamówienia publicznego. Jednocześnie zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji nie było skutkiem omyłki.” Dlatego też za niezasadne należy uznać wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z powodu np. wprowadzenia w błąd przez podmiot trzeci czy błędnego zinterpretowania przepisów prawa, postanowień ogłoszenia, co skutkowało podaniem przez niego nieprawdziwych informacji, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślenia przy tym wymaga, że także Odwołujący stawiając powyższy zarzut, oparł swoje przekonanie o nieprawdziwości złożonych informacji nie o uchwytnie okoliczności wynikające z treści dokumentów, znajomości stanu faktycznego, dające się poznać właśnie mechanizmami mieszczącymi się w ramach staranności wymaganej w związku z posłużeniem się dokumentami podmiotu trzeciego, ale o okoliczności poznane następczo – w toku innego postępowania odwoławczego, w którym ujawniane były różne okoliczności dotyczące dostaw i którymi zaskakiwany był sam zainteresowany H. Cegielski, na co wskazują przykładowo, przywoływane przez Odwołującego stwierdzenia, iż wykonawca ten [czy też jego pełnomocnik reprezentujący na rozprawie] nie był w stanie podać, czy wykazywane zadania były dostawami, czy miały miejsce. Na gruncie analizowanej sprawy trudno oczekiwać, by wykonawca był w stanie ze stuprocentową pewnością stwierdzić, że określone zadania miały charakter pełnowartościowej dostawy, odpowiadającej pojęciu dostawy w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie – jak ma to miejsce – jazd testowych czy próbnych, szczególnie gdy miało to miejsce w innym kraju. Oczywistym jest zatem, że wykonawca w takim wypadku musi bazować na oświadczeniach podawanych mu przez kontrahenta, przedkładanych przez niego dokumentach, i – jeśli nie budzą one wątpliwości, nie wykazują wad o charakterze formalnoprawnym, są wewnątrznie i wzajemnie spójne, przedstawiają stan rzeczy w sposób wiarygodny – dać wiarę zawartym w nich stwierdzeniom.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Natomiast zgodnie z pkt 4 tego przepisu wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dostrzeżenia także wymaga w tym miejscu, iż gdyby każdorazowo utożsamiać niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu ze złożeniem nieprawdziwych informacji, regulacja art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie miałaby

innego zastosowania aniżeli sytuacji, gdy wykonawca w ogóle nie złożył jakichkolwiek dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełniania postawionego warunku udziału w postępowaniu. Stąd należy raczej przyjąć, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy stanowi samodzielną przesłankę wykluczenia wykonawcy, która w konkretnym układzie faktycznym może kumulować się z opisanym w pkt 3 tego przepisu złożeniem nieprawdziwych informacji. Przyjęcie, że każdorazowo zawarte w wykazie dostaw oświadczenia, złożone w dobrej wierze, z uwzględnieniem wymaganej w danych okolicznościach staranności płynącej z profesjonalnego charakteru działalności wykonawcy, z których nie będzie wynikało wykazanie postawionego warunku udziału w postępowaniu stanowią o złożeniu nieprawdziwych informacji oznaczałoby, że podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy nigdy nie miałaby zastosowania.

Należy stwierdzić, że każdy wykonawca składa w ofercie cały szereg dokumentów i oświadczeń celem uzyskania zamówienia, gdyż taki jest cel wykonawcy w postępowaniu. Jednakże dokonane po przeprowadzeniu oceny dokumentów stwierdzenie, iż wykonawca deklarując spełnienie warunku – nie spełnia go, nie może być automatycznie utożsamiane z podaniem nieprawdziwych informacji. W tej materii zasadne jest wskazanie na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r. [sygn. akt: XXIII Ga 416/11] gdzie sąd wskazał, iż sankcję wynikającą z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp można zastosować jedynie w określonych przypadkach, tj. w razie podania nieprawdziwych informacji mogących lub mających wpływ na wynik postępowania. Ponadto w uzasadnieniu tego wyroku sądu czytamy dalej, że zakładanie iż każda nieprawdziwa informacja podana w toku postępowania, niezależnie od jej wagi, ma wpływ na wynik postępowania jest bezpodstawne, gdyż *„w świetle art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp przyjęcie domniemania faktycznego, iż wszelkie informacje składane są przez wykonawcę w celu uzyskania zamówienia są informacjami, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania, jest w ogóle niedopuszczalne”*.

Ponadto, zamawiający wykluczając z tego powodu wykonawcę, musi mieć pewność co tego, że nastąpiło złożenie nieprawdziwych informacji, a ich złożenie było wynikiem celowego i zamierzonego działania wykonawcy i ponadto te informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 7 stycznia 2009 r., sygn. akt XII Ga 433/08 stwierdził, że *„dla zastosowania sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, nie jest więc wystarczające jedynie „uprawdopodobnienie” przez zamawiającego złożenia nieprawdziwych informacji.”*. Aktualną jest tutaj również zasada, że powstałe wątpliwości, niedające się usunąć w drodze czynności dowodowych należy rozstrzygać na korzyść zainteresowanego, czyli w tym wypadku – wykonawcy.

Przenosząc powyższe, ogólne rozważania na grunt rozpatrywanej sprawy, stwierdzenia wymaga, że złożenie nieprawdziwych informacji, upatrywane przez Odwołującego [a także finalnie – także przez Zamawiającego, który uwzględnił odwołanie] w fakcie podania, że w zakresie zadań wskazanych w wykazie dostaw mamy do czynienia z dostawą nie uwzględnia, że w okolicznościach analizowanej sprawy, nic nie wskazuje, by działanie wykonawcy miało charakter świadomego. Przede wszystkim, spośród trzech podanych dostaw, stwierdzenie, że nie odpowiada ona postawionemu warunkowi [że nie wykazano, by nosiła ona cechy dostawy] dotyczy tylko zadania wykonanego dla Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „МΥΚΟΛΑЈЕВЕЛЕКТРОТРАНС” – МИКОЛАЇЕВЕЛКТРОТРИНС. Co do pozostałych dwóch zadań Odwołujący nie sprostował wykazaniu, ani tego, że nie miały one miejsce, ani tego, że ich zakres nie koresponduje z postawionym warunkiem, wreszcie tego, czy że nie stanowiły one dostawy. Samo zaś stwierdzenie, że w świetle złożonych dokumentów dotyczących wykazania dysponowania zasobami należącymi do podmiotu trzeciego nie mamy do czynienia z realnym dysponowaniem zasobem podmiotu trzeciego [o czym w dalszej części uzasadnienia – w jego pkt [2] nie stanowi jeszcze o złożeniu nieprawdziwych informacji. Jak wskazano wyżej, należy odróżnić niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu od złożenia nieprawdziwych informacji. Ustawa nie stawia znaku równości między tymi sytuacjami, a fakt, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie stanowi automatycznie, że złożono nieprawdziwe informacje.

Na podstawie dokumentów złożonych w postępowaniu nie można stwierdzić, że zadanie wykonane dla Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „МΥΚΟΛΑЈЕВЕЛЕКТРОТРАНС” – МИКОЛАЇЕВЕЛКТРОТРИНС miało charakter dostawy, w rozumieniu takim, jakie funkcjonuje na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie oceny dowodów, wzięto pod uwagę, że wniosek powyższy wynika z pism pochodzących od Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „МΥΚΟΛΑЈЕВЕЛЕКТРОТРАНС” – МИКОЛАЇЕВЕЛКТРОТРИНС [składanych w imieniu tego podmiotu oświadczeń p. D.W. L.....], złożonych przez Przystępującego. Dla stwierdzenia powyższego nie brano pod uwagę złożonych przez Odwołującego materiałów pochodzących z Internetu. Jakkolwiek wynika z nich obraz trudnej sytuacji w zakresie komunikacji miejskiej na Ukrainie, a także że tramwaj, który trafił do Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „МΥΚΟΛΑЈЕВЕЛЕКТРОТРАНС” – МИКОЛАЇЕВЕЛКТРОТРИНС jest drugim na Ukrainie i podlega dopiero testowaniu, certyfikacji, [a zatem materiały te potwierdzają wniosek, że w przypadku Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „МΥΚΟΛΑЈЕВЕЛЕКТРОТРАНС” –

МИКОЛАЇВЕЛЕКТРОТРИНС nie mamy do czynienia z dostawą a próbami, jazdami testowymi], to uwzględniono, że mają one charakter jedynie materiałów z Internetu, stanowią ogólne notatki na stronach poszczególnych podmiotów na Ukrainie, niejako promocyjnych, o wątpliwej wartości informacyjnej, w szczególności dla stwierdzenia tak poważnych tez, jak to, czy dostawa miała miejsce i jaki był jej charakter prawny. Jak zwrócono uwagę w wyroku Sądu Najwyższego z 10 lutego 2010 r, sygn. V CSK 269/09, „*Samo zamieszczenie w Internecie informacji o fakcie nie nadaje mu cechy faktu powszechnie znanego; o uznaniu określonego faktu za fakt powszechnie znany nie przesądza źródło wiedzy o tym fakcie, lecz rodzaj faktu, który charakteryzuje się tym, że wiadomość o nim powinien powziąć z różnych źródeł każdy rozsądny i mający doświadczenie życiowe mieszkaniec miejscowości, w której znajduje się siedziba sądu. Dotyczy to więc ogólnie znanych wydarzeń historycznych, politycznych, zjawisk ekonomicznych, przyrodniczych itp. Należy mieć przy tym na względzie, że w Internecie znajdują się informacje dotyczące niemal wszystkich dziedzin, jak również zdarzeń o zasięgu globalnym, krajowym i lokalnym. Konsekwentnie, przyjmując stanowisko Sądu Apelacyjnego, należałoby wszystkie te fakty uznać za notoryjne, choć niewątpliwie nimi nie są w rozumieniu art. 228 § 1 k.p.c.*”

Także mail złożony przez Odwołującego, mający pochodzić od p. D.W. L....., w którym podano, że zadanie polegało na próbnym jeździe wagonu tramwajowego, jeździe testowych i że finalnie wagon został po tych testach w nieznane miejsce wysłany, ma znaczenie drugorzędne, wobec złożenia pism przez Przystępującego, z których wynika że jazdy tramwaju w Przedsiębiorstwie Komunalnym Mikołajewskiej Rady Miejskiej „MYKOŁAJEWELEKTROTRANS” – МИКОЛАЇВЕЛЕКТРОТРИНС miały charakter próbnych, jezd pokazowych.

Zasadnicze znaczenie dla oceny, że nie zostało wykazane, iż zadanie wykonane na rzecz Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „MYKOŁAJEWELEKTROTRANS” – МИКОЛАЇВЕЛЕКТРОТРИНС miało charakter dostawy miały pisma p. D.W. L..... I tak, z pisma z dnia 16 lipca 2014 r. wynika, że wagon tramwajowy miał być dostarczony w celu przejścia prób jezdnych i że takie próby zostały przeprowadzone w DP „Naukowo – Badawczy i Konstrukcyjno – Technologiczny Instytut Gospodarki Miejskiej” w okresie od dnia 24.11.2011 r. – do dnia 12.12.2011 roku. W kolejnym piśmie, datowanym na 7 sierpnia 2014 r. p. D.W. L..... ponownie potwierdził, że w okresie od dn. 11.11.2011 r. do 02.03.2012 r. miał miejsce okres eksploatacji próbnej tramwaju a sam podmiot miał prawo do użytkowania wagonu tramwajowego „*wyłącznie*”

w trybie ustalonym w umowie”, oraz, że w okresie od dn. 21.11.2011 r. do 28.11.2011 r. tramwaj był wykorzystywany również w celach promocyjnych jako egzemplarz pokazowy.

W oparciu o powyższe, niezbitym jest ustalenie, że ujęte w poz. 1 wykazu zadanie, na rzecz Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „МΥΚΟΛΑЈЕВЕЛЕКТРОТРАНС” – МИКОЛАЇЕВЕЛЕКТРОТРАНС miało charakter jedynie testowania wagonu, jego prób. To ustalenie prowadzi zaś do oceny, że w zakresie zadania wskazanego w poz. 1 wykazu dostaw, wykonanego na rzecz Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „МΥΚΟΛΑЈЕВЕЛЕКТРОТРАНС” – МИКОЛАЇЕВЕЛЕКТРОТРАНС nie zostało wykazane spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Podkreślenia bowiem wymaga, że na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca przyjął jako zasadę, że zadaniem wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. To wykonawca zatem obowiązany jest do takiego zaprezentowania swojej sytuacji, które da zamawiającemu przekonanie, że spełnione są stawiane warunki udziału w postępowaniu. Ewentualne wątpliwości w tej mierze, obciążają więc wykonawcę, zaś skutkiem pozostawienia ich nierozwianymi przez wykonawcę, jest uznanie warunku udziału w postępowaniu za niespełniony, a w konsekwencji – wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.” Dostrzeżenia także wymaga, że przepis ten jest nieodłącznie związany z obowiązkiem wykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu, stanowi niejako rozwinięcie przepisu ogólnego dotyczącego tych warunków, to jest art. 22 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 i 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; posiadania wiedzy i doświadczenia; dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; sytuacji ekonomicznej i finansowej. Przytoczony przepis służy zatem zabezpieczeniu

interesów Zamawiającego, któremu wykonawcy muszą wykazać, że posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, niezbędną wiedzę i doświadczenie, dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. To podstawowe wymogi ekonomiczno – techniczne, które mają zapewnić [albo przynajmniej uprawdopodobnić] realizację zamówienia w sposób co najmniej poprawny. Innymi słowy, warunki udziału w postępowaniu to cechy i właściwości wykonawcy wyrażające minimum wymagań, jakie zapewniają właściwe wykonanie zamówienia.

Dostrzec trzeba dalej, że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 [lub może żądać jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wskazane kwoty]. Zgodnie z natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2a powołanej ustawy, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

Tym samym, wszelkie nierozwiane wątpliwości skutkują uznaniem, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W świetle dokonanych ustaleń, nie ma zaś podstaw do przyjęcia, że ujęte w poz. 1 wykazu dostaw złożonego przez Przystępującego we wniosku zadanie wykonane dla Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „MYKOŁAJEWELEKTROTRANS” – МИКОЛАЇВЕЛЕКТРОТРАНС stanowiło dostawę a nie jedynie jazdy próbne i testy.

Co do pozostałych dwóch zadań: wykonanego na rzecz spółki z ograniczoną odpowiedzialnością „Przedsiębiorstwo Naukowo–Techniczne STG Usługi Konsultingowe z Zakresu Inżynierii” [ООО „Научно – Техническое предприятие СТГ Инженеринг”] oraz Funduszu Dobroczyнного Deputowanego Ukrainy I..... J..... W..... [Благотворительный фонд дародного Украины Ивапющенко Ю.В.] – co do pierwszego Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu ani tym bardziej – złożenia w tej mierze nieprawdziwych informacji, zaś co do drugiego zadania – nie kwestionował przedmiotu oraz okoliczności dostawy. Wskazywane w odwołaniu takie okoliczności, jak nieścisłości w zakresie adresu Domu Handlowego „UKWZ – Ukraina” w Kijowie oraz istnienia spółki STG

Usługi Konsultingowe z Zakresu Inżynierii z Kijowa, zostały przez Przystępującego wyjaśnione na rozprawie. Przystępujący wykazał w szczególności, że zawarte w odwołaniu stwierdzenia co do tego, że spółka STG Usługi Konsultingowe z Zakresu Inżynierii z Kijowa nieścisłościami ma nie istnieć [zamknąć swoją działalność] wynikają z istnienia dwóch podmiotów o podobnej nazwie i błędem Odwołującego w zakresie właściwej identyfikacji odpowiedniego podmiotu, składając na tę okoliczność dokumenty i numery rejestrowe wraz z opisem zakresu działalności dotyczące właściwego podmiotu. Okoliczności tej Odwołujący zaś nie zaprzeczył, nie złożył jakiegokolwiek dowodu, który wskazywał, że jest inaczej.

Okoliczność, że p. J..... I....., na rzecz którego funduszu miał być dostarczony tramwaj wskazany w poz. 3 „Wykazu wykonanych dostaw”, został objęty sankcjami nie ma zaś wpływu na ocenę, czy dostawę wykonano i jaki ma ona charakter i zakres.

Ponadto, nie mogły wywołać rezultatu w postaci uznania, że w zakresie dostawy wykonanej na rzecz STG Usługi Konsultingowe z Zakresu Inżynierii z Kijowa nie mamy do czynienia z dostawą i że w tej mierze Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje, materiały pochodzące z Internetu, jakie Odwołujący złożył na posiedzeniu. Jak wskazano wyżej, stwierdzenie, że złożono w postępowaniu nieprawdziwe informacje winno mieć postać jednoznacznego, nie budzącego wątpliwości ustalenia, że określony stan rzeczy miał inny przebieg, aniżeli podawany w postępowaniu. dla takiego stwierdzenia nie mogą być uznane za wystarczające materiały, których źródłem jest Internet, z natury posiadające ograniczoną wiarygodność. Tego rodzaju materiały jak złożone przez Odwołującego, przeciwstawione dokumentom podpisanym przez uprawnione osoby, nie mogły zostać uznane za bardziej wiarygodne, aniżeli dokumenty złożone w postępowaniu a także na posiedzeniu przez Przystępującego.

Końcowo, podkreślenia wymaga, że nie mogły stanowić podstawy dla dokonania ustaleń w postępowaniu odwoławczym ustalenia dokonane w innym postępowaniu, to jest w sprawie o sygn. akt KIO 1472/14. Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem prowadzonym w warunkach kontryktoryjnych, gdzie ustalenie określonych faktów jest następstwem inicjatywy dowodowej podejmowanej przez zainteresowane kierunkiem i przebiegiem tego postępowania strony. Oznacza to tyle, że jakiegokolwiek ustalenia, szczególnie gdy mają one postać przyznania w innym postępowaniu przez stronę [a dokładniej – jej pełnomocnika reprezentującego w postępowaniu odwoławczym], takie jak przywoływane w odwołaniu przyznanie przez H. Cegielski, „*że nie ma wiedzy co do tego, czy umowy dotyczące, nie mniej ni więcej, tylko Projektu Mikołajów oraz Projektu STG były „dostawami”.*”, nie mogą zostać uznane za wiążące w innym postępowaniu, a powinny być

przedmiotem wykazania.

Ustalenia dokonane w innym postępowaniu nie mogą też być uznane za fakty znane składowi orzekającemu z urzędu. Pomijając kwestię, czy można w ogóle mówić o faktach, kiedy mamy do czynienia nie z ustaleniem stanu faktycznego na podstawie określonego dowodu, ale z przyznaniem, ponadto przyznaniem nie pozytywnym, ale wskazującym, że określona kwestia nie jest pytanemu znana [nie ma on o niej wiedzy], wreszcie, gdy nie dotyczy ona faktu a jedynie oceny, jaki charakter prawny miały określone zdarzenia [czy zadania dla jednostek wskazanych w wykazie były dostawami], dostrzeżenia wymaga, że także w tym wypadku powyższe powinno być przedmiotem stosownej inicjatywy dowodowej zainteresowanego, tj. Odwołującego. Stąd ustaleń w tej mierze dokonano na podstawie złożonych przez każdą z zainteresowanych stron dowodów, które poddano wszechstronnej ocenie [art. 190 ust. 7 ustawy].

Reasumując, fakt, że nie wykazano, by zadanie na rzecz Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „MYKOŁAJEWELEKTROTRANS” – МИКОЛАЇЕВЕЛЕКТРОТРИНС stanowiło dostawę, wobec wymagania przez Zamawiającego dla wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia trzech dostaw, skutkuje uznaniem, że wykonawca H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu nie wykazał w tej mierze spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zarzut wskazujący na złożenie nieprawdziwych informacji w tej mierze – okazał się jednak nieuzasadnionym.

[2] w zakresie zarzutów wskazujących na podstawę do wykluczenia H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu – niewykazanie realnego dostępu do zasobów podmiotu trzeciego:

Podkreślenia wymaga, że treść przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że posłużenie się w postępowaniu o zamówienie publiczne zasobami należącymi do podmiotu trzeciego ma służyć do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w związku z potrzebą posiadania odpowiedniego zasobu do realizacji zamówienia. Przepis stanowi, że uzyskane zasoby muszą być niezbędne dla realizacji zamówienia. Wskazany przepis stanowi: *„Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia,*

w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.”

Warunki udziału w postępowaniu to odnoszące się do właściwości podmiotowej wykonawcy właściwości, od których spełnienia uzależniony jest udział wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia.

Przepisy art. 22, art. 25 i 26 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazują, że postawione przez zamawiającego warunki są związane z posiadaniem odpowiednich walorów i zasobów dla celu zagwarantowania prawidłowej realizacji zamówienia – stanowią one przymioty wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Zasadą jest zatem, że wykonawca ubiegający się o zamówienie samodzielnie, względnie działając w konsorcjum [art. 23 ustawy] spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy stanowi *lex specialis* od wyrażonej w art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ogólnej zasady, że to wykonawca samodzielnie [względnie działając w ramach konsorcjum – art. 23 ustawy] spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przepis został wprowadzony jako szczególna regulacja umożliwiająca wykonawcy, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu [i z tą sytuacją samodzielnego niespełnienia warunku powiązaną] ubieganie się o zamówienie, jeśli w sposób opisany w tym przepisie udowodni, że odpowiednimi zasobami w momencie realizacji zamówienia będzie dysponował jak własnymi. Zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy [art. 7 ust. 3 ustawy]. Niezbędną właściwością wykonawcy, który może być wybrany w postępowaniu, jest spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego [art. 22 ust. 1 ustawy].

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy został zatem przez ustawodawcę potraktowany jako element mechanizmu służącego wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu – jest on umiejscowiony w Dziale II *Postępowanie o udzielenie zamówienia*, Rozdziale 1 *Zamawiający i wykonawcy*, to jest w tej części ustawy, która dotyczy pojęcia wykonawcy oraz cech, jakie winien spełniać podmiot ubiegający się o zamówienie, to jest warunków udziału w postępowaniu.

Taka intencja wynika także z uzasadnienia do ustawy, mocą której przepis art. 26 ust 2b ustawy został wprowadzony [ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz.U. z 2009 Nr 206 poz. 1591]: „Zwiększeniu konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienie przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma służyć przepis art. 26 ust. 2b nowelizacji, stanowiący wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 2 dyrektywy klasycznej, stosownie do którego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca będzie mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takich podmiotów. Ten przepis nie będzie miał zastosowania do zamówień zastrzeżonych, o których mowa w art. 22 ust. 2, albowiem uprawnionymi do ubiegania się o nie będą wyłącznie wykonawcy, których ponad 50 % zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne.” Wynika to następnie z treści dyrektyw, których wdrożeniu ów przepis miał służyć. Wprowadzenie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy było konsekwencją transpozycji do prawa krajowego postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi [Dz. Urz. UE L 134/114z 30.04.2004 r., ze zm.] oraz art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych [Dz. Urz. UE L 134/1 z 30.04.2004 r., ze zm.]. Zgodnie z regulacją zawartą w dyrektywie klasycznej, wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Warunkiem powyższego jest wykazanie przez takiego wykonawcę zamawiającemu, że będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, np. przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. Natomiast na gruncie art. 54 ust. 5 dyrektywy sektorowej wykonawca może, w uzasadnionych przypadkach zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a tymi podmiotami. W takim przypadku wykonawca musi wykazać zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając na przykład odpowiednie zobowiązanie tych podmiotów.

Na temat stosowania wymienionych przepisów Dyrektyw [dyrektyw je poprzedzających] wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości. W orzeczeniu z dnia 14 kwietnia 1994 roku w spr. C-176/98 [dostępne na stronie: <http://www.uzp.gov.pl>], Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że: „[...] przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienia publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia. Ocena, czy taki wymagany dowód został przeprowadzony należy do sądu krajowego.” Natomiast w orzeczeniu z dnia 18 listopada 2004 r. w spr. C-126/03 [dostępne na stronie: <http://www.uzp.gov.pl>], Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że „[...] prawdą jest, iż w celu dopuszczenia usługodawcy do uczestnictwa w procedurze zaproszenia do składania ofert to na usługodawcy zamierzającym powołać się na zdolność techniczną instytucji lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio związany, ciąży obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście dysponować środkami tych instytucji lub przedsiębiorstw, które jednak nie stanowią jego własności, a które są niezbędne do wykonania zamówienia.” W orzeczeniu z dnia 2 grudnia 1999 r. w spr. C-176/98 Holst Italia [orzeczenie dostępne na stronie www.uzp.gov.pl], Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał natomiast: „Tak więc, jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od prawnego charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia.” W orzeczeniu z dnia 18 listopada 2004 r. w spr. C-126/03 [orzeczenie dostępne na stronie www.uzp.gov.pl], ETS uznał: „w celu dopuszczenia usługodawcy do uczestnictwa w procedurze zaproszenia do składania ofert to na usługodawcy zamierzającym powołać się na zdolność techniczną instytucji lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio związany, ciąży obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście dysponować środkami tych instytucji lub przedsiębiorstw, które jednak nie stanowią jego własności, a które są niezbędne do wykonania zamówienia.”

Wymowa tych orzeczeń jest zatem jednoznaczna: posłużenie się zdolnościami innych podmiotów jest dopuszczalne, pod warunkiem jednak że ma ono charakter realnego – że udostępnione zasoby pozostają w dyspozycji wykonawcy w celu realizacji zamówienia. Zwrócić przy tym warto uwagę, że pośrednio Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

zakreślił takie sytuacje: odnoszą się one przede wszystkim do różnego rodzaju powiązań pomiędzy podmiotami funkcjonującymi w ramach jednego organizmu gospodarczego [grupy kapitałowej]; wyraz tego, że instytucja co do zasady dedykowana jest właśnie tego rodzaju sytuacjom dał także ustawodawca wspólnotowy jak i krajowy, podkreślając, że wykonawca, może posługiwać się zasobami należącymi do innego podmiotu, niezależnie od łączących go z nim powiązań.

Niektóre z tych kwestii zostały podkreślone w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, np. w art. 63 ust. 1 wskazano, że w odniesieniu do doświadczenia zawodowego poleganie na zdolności innych podmiotów może nastąpić tylko wtedy, gdy podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi. Jednocześnie przepisy te wskazują na obecne stanowisko ustawodawcy europejskiego co do pewnych instytucji, które nie zostały w sposób dostateczny opisane w dyrektywie 2004/18/WE, a jednocześnie nie stanowią odmiennego niż w dyrektywie 2004/18/WE uregulowania tych instytucji. Zatem, chociaż jeszcze nie obowiązują, przepisy te mogą być istotną przesłanką co do interpretacji przepisów dyrektywy 2004/18/WE.

Słuszność prezentowanego stanowiska potwierdza zatem wykładnia prowspólnotowa przepisów ustawy. W analizowanej sprawie mamy bowiem do czynienia z przepisami, które wdrażają przepisy prawa wspólnotowego [między innymi wskazane wcześniej dyrektywy] – dotyczy to zarówno spornego przepisu art. 26 ust. 2b ustawy, jak i całej zawartej w ustawie regulacji. Ustawa Prawo zamówień publicznych jest bowiem regulacją o charakterze nie neutralnym z punktu widzenia regulacji wspólnotowej, przez co miałyby być pozostawioną wyłącznie zainteresowaniu krajowego ustawodawcy. Przeciwnie – ustawa Prawo zamówień publicznych w przeważającym zakresie wyraża zasady i regulacje wspólnotowe. Na podmiocie obowiązującym do stosowania przepisów ciąży tym trudniejsze zadanie, gdy stosowane przepisy stanowią transpozycję przepisów prawa wspólnotowego, bowiem wymaga to uwzględnienia również prowspólnotowej wykładni stosowanych przepisów, nie tylko w zakresie odczytania ich treści, ale również dla celu oddania celu, jakiemu przepis wspólnotowy ma służyć. Na kierunek i sposób dokonywania wykładni prowspólnotowej wskazuje się w literaturze; jako przykład można jedynie podać, adresowane do sądów, ale nie tracące na aktualności wobec wszystkich podmiotów stosujących prawo, wytyczne dotyczące interpretacji prawa krajowego: „*Krajowe sądy i trybunały powinny tak wyklądać prawo wewnętrzne, aby w pełni [z uwagi na effet utile] stosowało ono nie tylko literę, ale i ducha prawa wspólnotowego [...]*” [E. Łętowska, *Między Scyllą i Charybdą – sędzia polski między Strasburgiem i Luksemburgiem*, Europejski Przegląd Sądowy, 1/2005]. Kierunek

wykładni dyrektywy nadaje orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości [obecnie: Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej]. To zaś – zgodnie z wcześniej przytoczonymi tezami, wskazuje na realny charakter udostępnienia odpowiednich zasobów jak i niezbędność takich zasobów do realizacji zamówienia.

Należy też zwrócić uwagę, że ideą weryfikowania kwalifikacji wykonawców na etapie składania ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest to, aby zamówienia udzielić podmiotowi posiadającemu dany potencjał, czyli temu, który daną wiedzę i doświadczenie już posiadał, a nie takiemu, który będzie uczył się dopiero w trakcie wykonywania zamówienia. Gdyby instytucja zamawiająca czyniła takie założenia, to nie stawiałaby wykonawcom warunku posiadania specjalnego doświadczenia jako warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe oznacza, że treść zobowiązania, bądź innego dokumentu składanego w oparciu o przepis art. 26 ust. 2b ustawy winna opisywać taki stosunek prawny, który nie będzie miał charakteru iluzji przekazania wiedzy i doświadczenia [jedynie referencji podmiotu trzeciego], ale który będzie stwarzał taką sytuację prawną, bądź jej przyrzeczenie, w oparciu o którą można powiedzieć, że wykonawca znajduje się w sytuacji, jakby wykonał zadania wymagane jako referencyjne w treści warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe oznacza, że zasadą jest, przy przekazaniu zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie, uczestnictwo podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia.

Chodzi bowiem o doprowadzenie do sytuacji, w której wykonawca jakkolwiek nie posiada odpowiedniego, wymaganego w postępowaniu zasobu, ale – z zastosowaniem art. 26 ust. 2b ustawy – udowodni zamawiającemu, że znalazł się w takiej sytuacji prawnej, odpowiedniej do charakteru udostępnianego zasobu i jego cech w konkretnej sytuacji, w której udostępnionym zasobem w momencie realizacji zamówienia dysponuje jak własnym. Odnosi się to jednak do rzeczywistego dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, co w świetle dyrektyw dotyczy stosownych sytuacji.

Powyższe determinuje wniosek, że przy udostępnieniu wiedzy i doświadczenia zasadą jest udział podmiotu trzeciego, który udostępnił wiedzy i doświadczenia, w realizacji zamówienia.

Powyższe okoliczności determinują wniosek, że wykonawca jest uprawniony do posługiwania się zasobami należącymi do innych podmiotów, pod tym warunkiem, że udostępnienie tych zasobów dotyczy stosownych sytuacji – ma charakter realny, wiąże się

z potrzebą posiadania zasobu do realizacji zamówienia.

Na gruncie analizowanej sprawy, analiza złożonych przez H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu dokumentów wskazuje, że podmiot trzeci, to jest Dom Handlowy UKWZ – Ukraina, wbrew zobowiązaniom poczynionym w Porozumieniu o współpracy z 21 lipca 2014 r. nie posiada samodzielnie takiej wiedzy i doświadczenia, które by umożliwiły mu wywiązanie się z zobowiązań poczynionych w tym dokumencie. Jak wynika bowiem z treści Porozumienia, podmiot ten zobowiązał się względem H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu do udostępnienia *posiadanego przez siebie know how, swoich procedur technologicznych i opisu metod realizacji zadań w zakresie dotyczącym materiałów, części, podzespołów i zespołów oraz wymagań stawianych systemom zabudowanym w tramwaju*. Dodatkowo podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu wiedzy w zakresie rozwiązań konstrukcyjnych, poprzez udostępnienie materiałów technicznych oraz schematów i opisów konstrukcyjnych. Jednocześnie zobowiązał się on również do wykonywania czynności polegających na nadzorze nad procesami technologicznymi stosowanymi przy wykonywaniu zamówienia, nadzorze nad zachowaniem właściwych i wymaganych parametrów technicznych tramwajów, kontrolą poszczególnych etapów końcowego montażu tramwaju oraz nadzorze przed odbiorami technicznymi. Analiza postanowień Porozumienia o współpracy wskazuje, iż świadczenia te nie są możliwe do spełnienia przez podmiot niebędący producentem tramwajów. Wiedzę, a przede wszystkim doświadczenie [za które uznaje się wszak praktyczne umiejętności nabyte wskutek uprzednio wykonywania określonego świadczenia] co do procesów technologicznych i konstrukcyjnych z zakresu budowy tramwajów może posiadać jedynie taki podmiot, który skonstruował tramwaj. Zamawiający dokonując oceny wiarygodności tego dokumentu musiał brać zatem pod uwagę całokształt jego treści, wszystkie jego zapisy, w tym także te, które wynikają z zobowiązania podmiotu trzeciego, jak i własnego oświadczenia H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu. Wszystkie te trzy dokumenty: zobowiązanie Domu Handlowego „UKWZ – Ukraina” sp. z o.o. w Kijowie, Porozumienie o współpracy z 21 lipca 2014 r. a także oświadczenie H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu, razem dają obraz relacji, której następstwem ma być udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez Dom Handlowy „UKWZ – Ukraina” sp. z o.o. w Kijowie. Dla oceny realnego transferu na rzecz H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu wiedzy i doświadczenia, wszystkie te dokumenty należy czytać więc łącznie. Biorąc pod uwagę konieczność oceny realności polegania na zasobie podmiotu trzeciego, należało uznać, że sposób wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego wskazany w porozumieniu właściwy jest dla producenta tramwajów, a nie dla dystrybutora

i pośrednika, jakim jest Dom Handlowy „UKWZ – Ukraina” sp. z o.o. Na taką rolę podmiotu trzeciego wskazuje całokształt okoliczności sprawy. Zwrócić w tym miejscu należy uwagę na relatywnie krótkie terminy dostaw wskazane co do wykonanych dostaw [odpowiednio 4 dni, 19 dni i 31 dni od zawarcia umowy – wykaz dostaw]. Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego wskazują zaś, że standardowe terminy dostaw tramwajów wynoszą kilkanaście miesięcy, a nie dni. Na rolę Domu Handlowego Ukraina wskazuje także pismo producenta tramwajów, tj. Federalnej Agencji kosmicznej Federalnego Państwowego Przedsiębiorstwa Unitarnego „Państwowe Kosmiczne Centrum Naukowo – Produkcyjne im. M.W. Chruciczewa” „Ust–Katawskie Zakłady Budownictwa Wagonów im. S.M. Kirowa”. I tak, w dokumencie z 13 sierpnia 2014 r. złożonym przez Przystępującego, producent stwierdził, że Dom Handlowy „UKWZ – Ukraina” sp. z o.o. jest partnerem Federalnego Państwowego Przedsiębiorstwa Unitarnego „Ust–Katawskie Zakłady Budownictwa Wagonów im. S.M. Kirowa”, a także że Dom Handlowy „UKWZ – Ukraina” sp. z o.o. realizował prace doradcze, konsultacyjne i techniczne w ww. zakresie technicznego przygotowania produkcji dla FGUP „UKWZ im. S.M. Kirowa” – szczególnie wykorzystując wiedzę w zakresie rozwiązań konstrukcyjnych dotyczącą budowy tramwajów, standardów państwowych Ukrainy, wymagania zajezdni tramwajowych, doświadczenie [w zakresie] warunków eksploatacji na Ukrainie, udzielał zaleceń w zakresie konstrukcyjnej i technologicznej produkcji tramwajów w celu ich najlepszego dostosowania do infrastruktury miast eksploatujących wagony tramwajowe na terytorium Ukrainy. Z pisma tego wyłania się zatem rola Domu Handlowego „UKWZ – Ukraina” jako swego rodzaju pełnomocnika zakładów produkujących tramwaje na terytorium Ukrainy – Dom Handlowy Ukraina miał bowiem służyć producentowi pomocą w przekazywaniu informacji odnośnie standardów państwowych Ukrainy, a także zbierać od kontrahentów dane odnośnie wymagań zajezdni i wynikłych stąd warunków eksploatacji pojazdów na Ukrainie. Wszystkie okoliczności prowadzą do wniosku, zgodnie z którym rola Domu Handlowego Ukraina przy realizacji dostaw sprowadzała się do pośrednictwa pomiędzy fabryką tramwajów a podmiotami, które nabyły tramwaje w Kijowie i Jenakijewie. Taką też wiedzę i doświadczenie Dom Handlowy Ukraina w trakcie realizacji dostaw nabył i tylko w takim zakresie mógł udostępnić H. Cegielski Fabryce Pojazdów Szynowych sp. z o.o. Oczywistym jest bowiem, że w zakresie jakichkolwiek dóbr i wartości, ich dysponent może przenieść na inny podmiot nie więcej, aniżeli sam posiada: Dom Handlowy „UKWZ - Ukraina” mógł przenieść tyle zdobytego w swej działalności, ile sam posiada. Konsekwentnie, w tej sytuacji niemożliwym jest spełnienie świadczeń wynikających z Porozumienia, takich jak choćby przeszkolenie przez Dom Handlowy „UKWZ – Ukraina” sp. z o.o. kadry inżynieryjno–technicznej Przystępującego zaangażowanej w realizację zamówienia, oddelegowanie wyspecjalizowanych pracowników, którzy mieliby sprawować nadzór nad pracami montażowymi tramwaju, nadzór nad odbiorami końcowymi czy nad

procesami technologicznymi. Nie jest właściwe przyjęcie tezy, że wykonując Porozumienie o współpracy, Dom Handlowy „UKWZ – Ukraina” może korzystać zarówno z zasobów własnych jak i dodatkowo także częściowo korzystać z potencjału technicznego i osobowego innych podmiotów i osób np. „Ust’ Katawskie Zakłady Budowy Wagonów” im. S.M. Kirowa. W tym zakresie dostrzeżenia wymaga, że ustawa jedynie jako wyjątek od zasady samodzielnego spełniania warunków dopuszcza poleganie za zasobach podmiotu trzeciego. Nie zna instytucji polegania za zasobach dalszego podmiotu trzeciego [przekazywania zasobów przez podmiot trzeci w sposób „kaskadowy”]. Ponadto, w treści Porozumienia Dom Handlowy „UKWZ – Ukraina” jednoznacznie wypowiedział się o udostępnieniu „swojego” know how, jak również „swoich” procedur technologicznych, metod realizacji w zakresie tak materiałów, części podzespołów i zespołów tramwaju [§ 3 porozumienia o współpracy].

Tym samym, skoro Dom Handlowy „UKWZ – Ukraina” nie mógł poczynić zobowiązań do udostępniania zasobów, które nie mieszczą się w zakresie posiadanego przez niego doświadczenia, to treść Porozumienia o współpracy okazała się w istocie iluzoryczna, obejmując jedynie przekazanie dokumentów referencyjnych. Uznano w konsekwencji, że Przystępujący nie udowodnił, że zapewnił sobie dysponowanie zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, a tym samym nie wykazał warunku udziału w postępowaniu. Odmienne stanowisko i zaakceptowanie dokumentów jedynie formalnie odpowiadających treści ustawy, bez należytej weryfikacji ich treści, oznaczałoby zaakceptowanie sytuacji, w której zamawiający dokona wyboru wykonawcy, który nie będzie zdolny w sposób należyty zrealizować zamówienie publiczne. Przyjęcie takiej praktyki powodowałoby, że stawianie warunków udziału w postępowaniu stawałoby się w ogóle bezcelowe, weryfikacja wykonawców nie miałaby żadnej wartości dla zamawiającego, a w konsekwencji realizację zamówień powierzałoby się podmiotom nie mającym do tego kwalifikacji. Tymczasem, jak wynika z motywu 39 dyrektywy, zamawiający ma prawo wymagać od wykonawców szczególnego poziomu kompetencji w celu dopuszczenia ich do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tego rodzaju praktyce sprzeciwia się zarówno cel regulacji art. 26 ust. 2b ustawy, jak i wskazywane regulacje i wykładnia prowspólnotowa.

Z powyższych względów uznano, że wykonawca H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu nie sprostął wykazaniu, że udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego, jakim jest Dom Handlowy „UKWZ – Ukraina” w oparciu o zobowiązanie tego podmiotu oraz załączone doń porozumienie o współpracy będzie w sposób realny przekładało się na uzyskanie wiedzy i doświadczenia wymaganych w postępowaniu.

[3] w zakresie zarzutów wskazujących na podstawę do wykluczenia H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu – niewykazanie dostaw ani usług w zakresie wymaganym przez Zamawiającym celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu:

Biorąc pod uwagę argumentację zaprezentowaną w odwołaniu, dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący nie wykazał zasadności podniesionego zarzutu w odniesieniu do wszystkich trzech zadań, ujętych w Wykazie dostaw złożonych przez H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu.

Podzielając w pełni stanowisko Odwołującego co do definicji i rozumienia pojęcia dostawy zarówno na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych jak i w świetle przepisów kodeksu cywilnego, dostrzeżenia wymaga, że na podstawie okoliczności ustalonych w sprawie, w odniesieniu do dostaw jakie wykazał wykonawca H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu, nie sposób jednoznacznie przesądzić, że wszystkie one nie miały charakteru dostawy i że każdorazowo nie mamy do czynienia z przeniesieniem na rzecz nabywcy tramwajów odpowiednich praw, właściwym dla przeniesienia własności czy też innego tytułu z którym wiąże się określone władztwo nad rzeczą. Odwołujący powyższego nie wykazał, w swojej argumentacji odsyłając jedynie do ustaleń wcześniejszego orzeczenia wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 1 sierpnia 2014 r., to jest w sprawie KIO 1472/14. Po pierwsze – w uzasadnieniu tego orzeczenia uznano jedynie zadanie wykonane na rzecz Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „MYKOŁAJWELEKTROTRANS” – МИКОЛАЇВЕЛЕКТРОТРИНС, Ukraina, miasto Mikołajów za niestanowiące dostawy, ze względów analogicznych, jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Wbrew stanowisku Odwołującego, jakoby w „w wyroku z dnia 1 sierpnia 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1472/14, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wykazywane „dostawy nie dotyczą realizacji dostaw w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy.”, wniosek taki nie wynika z uzasadnienia tego orzeczenia. Wskazano w nim bowiem, że „Słusznie odwołujący podniósł, że z żadnych postanowień Specyfikacji nie wynika, że przy wykazaniu doświadczenia zawodowego należy przedstawić dostawy, w których wykonawca był jednocześnie producentem.” a także, że „Dopiero na rozprawie uczestnik po stronie zamawiającego przedłożył dowody na okoliczność zakwestionowania charakteru umowy (dostawa a dostarczenie) oraz czy skutkiem wykonania umowy przez Dom Handlowy UKWZ Ukraina było faktyczne użytkowanie przez odbiorców dostarczonych wagonów. W ocenie Izby nieistotne są dla rozstrzygnięcia sprawy kwestie czy była to dostawa czy dostarczenie, skoro z SIWZ nie

wynika obowiązek po stronie dostarczającego wagon bycie jego producentem. Zresztą sam tłumacz przysięgły miał wątpliwości z tłumaczeniem czy chodzi w wersji oryginalnej o dostawę czy o dostarczanie a kwestia znaczenia tych słów w prawie ukraińskim nie była podnoszona. Izba uznaje referencje jako potwierdzające należytą dostawę w rozumieniu SIWZ zamawiającego. Tym bardziej, że do oferty załączono szczegółową umowę o współpracy udzielającego doświadczenie. Przy czym Izba nie podziela poglądu uczestnika po stronie zamawiającego, że handlujący wagonami nie może posiadać wiedzy specjalistycznej z zakresu produkcji, technologii, techniki tego czym handluje w tym wypadku wagonów tramwajowych. Na rozprawie pełnomocnik zamawiającego stwierdził, że producent wagonów z Rosji to jest fabryka UST' Katawska taki model sprzedaży prowadzi to znaczy przez domy handlowe takie jak D.H. UKWZ Ukraina z Kijowa. Niemniej na rozprawie uczestnik po stronie zamawiającego przedstawił oświadczenie Dyrektora z NIKOLAJEVA Pana Lisowskiego, który potwierdził dostarczenie i jazdy próbne tramwaju ale oświadczył jednocześnie, że jego przedsiębiorstwo nie użytkuje tego tramwaju, który został dalej przekazany. Ponadto z informacji prasowych internetowych Miejski Transport Elektryczny NIKOLAEV wynika, że pierwszy wagon przeznaczony jest do dotarcia i późniejszej certyfikacji. Reasumując powyższe Izba nie uznaje dostarczenia wagonów tramwajowych w celu jazd próbnych. Izba uznaje dostarczanie wagonów tramwajowych w celu użytkowania co jest zbieżne z przedmiotem zamówienia.”

Po drugie – ustalenia dokonane w innej sprawie nie wiążą składu orzekającego przy rozstrzygnięciu odwołania, choć w zakresie, jaki był wspólny postępowaniom odwoławczym w którym wydano niniejsze orzeczenie jak i w sprawie o sygn. KIO 1472/14, ocena we wspólnym obu sprawom zakresie [w odniesieniu do zadania wykonanego na rzecz Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „МІКОЛАЇВЕЛЕКТРОТРАНС” – МИКОЛАЇВЕЛЕКТРОТРАНС] jest analogiczna.

Innymi słowy, Odwołujący na gruncie postępowania odwoławczego nie wykazał, że zadania wykazane w wykazie dostaw przez wykonawcę H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu nie stanowią dostawy, z wyłączeniem zadania na rzecz Przedsiębiorstwa Komunalnego Mikołajewskiej Rady Miejskiej „МІКОЛАЇВЕЛЕКТРОТРАНС” – МИКОЛАЇВЕЛЕКТРОТРАНС, które to zadanie – z uwagi na ustalenie, że miało jedynie charakter testów, jazd próbnych – nie mogło być uznane za dostawę.

III. ROZSTRZYGNĘCIE O ŻĄDANIACH ODWOŁANIA:

Mając na względzie przytoczone wyżej argumenty, dostrzegając potrzebę wyeliminowania wątpliwości, co do dokumentu, którym posłużył się w postępowaniu Przystępujący, nakazano Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny wniosków, w tym wezwanie wykonawcy H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wykonawca H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów, do czego obowiązany jest Zamawiający każdorazowo, gdy złożone przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu [art. 26 ust. 3 ustawy].

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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].

Uwzględniono przy tym koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika reprezentującego Odwołującego w wysokości 3 600 zł. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający uwzględnił odwołanie, zaś wykonawca, który przystąpił po jego stronie złożył sprzeciw wobec tego uwzględnienia, Przystępujący został obciążony kosztami postępowania odwoławczego. Nie uwzględniono wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów postępowania: Zamawiający wprawdzie uwzględnił odwołanie zaś postawione zarzuty okazały się po części uzasadnione, co finalnie skutkowało uwzględnieniem przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania, to jednak to uwzględnienie oraz stanowisko prezentowane przez Zamawiającego nie okazało się trafnym w całości. Zamawiający prezentował bowiem stanowcze stanowisko, zgodnie z którym wykonawca H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu powinien zostać wykluczony z postępowania, a także że podstawą tego wykluczenia winien być m.in. przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Nie potwierdziły się jednak tak określone zarzuty i twierdzenia co

do złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, jak i postulat definitywnego wykluczenia wykonawcy H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. w Poznaniu z postępowania.

Powyższe determinowało ocenę, że zasądzenie kosztów na rzecz Zamawiającego jest nieuzasadnione.

Skład orzekający: