

Sygn. akt: KIO 192/16

WYROK
z dnia 25 lutego 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2016 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2016 roku przez wykonawcę FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Kompanię Węglową S.A. z siedzibą w Katowicach przy udziale wykonawcy MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą *Dzierżawa kombajnów chodnikowych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. - dostawy planowane do realizacji od 2016 r.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 grudnia 2015 roku pod numerem 015/S 235-426960.

12 lutego 2016 roku Odwołujący w oparciu o art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 oraz w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w ramach zadań: 4, 6, 9, 10, 12, 15, 16, 17, 18 objętych postępowaniem prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dzierżawę kombajnów chodnikowych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. - dostawy planowane do realizacji od 2016 r.”

1. czynność badania i oceny ofert: zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy; zaniechania uznania oferty wykonawcy MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy ; zaniechania odrzucenia oferty MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pomimo sprzeczności oferty z treścią SIWZ;
2. zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach pomimo tego, że oferta tego wykonawcy podlegać powinna odrzuceniu,
3. przeprowadzenia aukcji z udziałem wykonawcy MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach pomimo, że oferta tego wykonawcy podlegać powinna odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 ustawy przez uznanie, że wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień odnośnie dokumentów i oświadczeń uprawniony jest do złożenia wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ dokumentów;

2. art. 26 ust. 2b ustawy w zw. z § 1 ust. 6 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) przez uznanie, że wykonawca MMC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego tj. PSC „Corum Ukrainę” w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w trakcie realizacji zamówienia i w związku z tym zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do przedłożenia dodatkowych dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 6 pkt 2 wskazanego powyżej rozporządzenia;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy MMC Poland sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, a w ślad za tym zaniechanie uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą będącego skutkiem uznania, że wykonawca MMC Poland Sp. z o.o. spełnił postawione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia;
4. art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 2 pkt 9b w zw. z art. 36a i 36 b ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy MMC Poland Sp. z o.o. pomimo, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania w zakresie korzystania przez niego z podwykonawców przy realizacji zamówienia;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 82 ust. 2 w zw. z art. 36 b ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty MMC Polska Sp. z o.o. w sytuacji, gdy treść oferty tego wykonawcy jest wewnętrznie sprzeczna w zakresie informacji co do udziału podwykonawcy w realizacji przedmiotu zamówienia oraz jest sprzeczna z treścią pkt VIII ppkt 3) SIWZ oraz załącznika nr 4 do SIWZ;
6. art. 91 b ust. 1 ustawy przez zaproszenie do aukcji wykonawcy MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach pomimo, że oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy w zw. z zarzutami postanowionymi w pkt 1-6 oraz przeprowadzenia aukcji z udziałem tego podmiotu;

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,

- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert w ramach zadań: 4, 6, 9, 10, 12, 15, 16, 17, 18,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w ramach zadań: 4, 6, 9, 10, 12, 15, 16, 17, 18,
- 4) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy MMC Poland sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i uznania jego oferty za odrzuconą ewentualnie nakazania odrzucenia oferty wykonawcy MMC Poland sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,
- 5) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności aukcji elektronicznej w ramach zadań: 4, 6, 9, 10, 12, 15, 16, 17, 18,
- 6) nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej w ramach zadań: 4, 6, 9, 10, 12, 15, 16, 17, 18 bez udziału wykonawcy MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach
- 7) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
- 8) zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący otrzymał pismo Zamawiającego o zaproszeniu do aukcji elektronicznej w dniu 3 lutego 2016 r. Na interes prawny Odwołującego we wniesieniu odwołania wskazują następujące okoliczności: Odwołujący złożył ofertę w ramach wszystkich zadań objętych przedmiotowym postępowaniem. Zamawiający w SIWZ przewidział w przedmiotowym postępowaniu przeprowadzenie aukcji elektronicznej w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. Pismem z dnia 3 lutego 2016 r, Zamawiający poinformował Odwołującego wysyłając drogą elektroniczną (mailem) zaproszenia do aukcji elektronicznej wyznaczonej na dni od 8 - 10 lutego 2016 r. Zamawiający dopuścił i zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej łącznie 5 lub 6 wykonawców w zależności do zadania. W dniach 8 - 10 lutego 2016 r. przeprowadzona została aukcja elektroniczna w ramach wszystkich 19 zadań objętych przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W wyniku przeprowadzenia aukcji, Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę w ramach zadań nr: 1, 2, 3, 5, 7, 8, 11, 13, 14, 19. W ramach pozostałych zadań tj. 4, 6, 9, 10, 12, 15, 16, 17, 18 jako najkorzystniejsze oferty złożyli pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu. Uwzględnienie odwołania i wykluczenie z postępowania wykonawcy MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w ramach zadań, w których Odwołujący nie złożył jako najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji tego także unieważnienie czynności aukcji elektronicznej i jej ponowne przeprowadzenie bez udziału wykonawcy MMC Poland Sp. z

o.o. w Katowicach, z całą pewnością wpłynie na ostateczny wynik aukcji, zarówno w zakresie podmiotu, którego oferta okaże się najkorzystniejsza, jak i w zakresie zaoferowanej w toku aukcji ceny. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość przesłankom wniesienia odwołania określonym w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dzierżawę kombajnów chodnikowych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. - dostawy planowane do realizacji od 2016 r. W pkt VII SIWZ Zamawiający przewidział, iż w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, w ramach wszystkich zadań objętych postępowaniem, przeprowadzi aukcję elektroniczną jeżeli w postępowaniu zostaną złożone co najmniej trzy oferty nie podlegające odrzuceniu. W dniu 3 lutego 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego wysyłając drogą elektroniczną (mailem) zaproszenia do aukcji elektronicznej wyznaczonej na dni od 8 - 10 lutego 2016 r.

Po otrzymaniu zaproszenia do aukcji elektronicznej, Odwołujący zapoznał się z ofertami pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, jak również z aktami postępowania. Po analizie akt przedmiotowego postępowania Odwołujący ustalił, że Oferty wszystkich wykonawców, w tym także wykonawcy MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach zostały przez Zamawiającego ocenione jako zgodne z przepisami obowiązującego prawa, jak również jako zgodne z SIWZ i zostały dopuszczone do dalszego postępowania tj. do aukcji elektronicznej.

W zakresie zarzutów: I, II, III

Zgodnie z treścią pkt X SIWZ *Warunki wymagane od Wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne:*

„O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

- 1. Posiadania wiedzy i doświadczenia to znaczy: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali dostawy (w tym w formie dzierżawy, leasingu, odpłatnego użyczenia) maszyn/urządzeń górniczych przeznaczonych do urabiania lub ładowania w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, o wartości brutto nie mniejszej niż:*

- 1 000 000,00 PLN (w przypadku, gdy wykonawca składa ofertę na jedno, dwa, trzy,

lub cztery zadania),

- 2 000 000,00 PLN (w przypadku gdy wykonawca składa ofertę na pięć i więcej zadań).

Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana metodą spełnia/nie spełnia na podstawie złożonych przez Wykonawców, a wymaganych przez Zamawiającego dokumentów".

Zgodnie z treścią pkt XII SIWZ *Dokumenty i oświadczenia w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu'.*

1. Zamawiający żąda przedłożenia wraz z ofertą:

1) wykazu wykonanych / wykonywanych dostaw potwierdzających spełnienie warunku opisanego w SIWZ oraz załączenia dowodów, że te dostawy zostały wykonane zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SIWZ wraz z niżej wymienionymi dowodami wykonania zamówienia.

Dowodami są:

a) poświadczenie;

b) oświadczenie Wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej.

Wykonawca może w miejsce poświadczeń, o których mowa powyżej przedkładać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw.

2. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu oraz potencjale technicznym i osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolnościach finansowych 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 za dowód przyjmuje się pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Zgodnie z treścią załącznika nr 3 do SIWZ *„Zgodnie z art. 26 ust. 2b 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”.

Wykonawca MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w swojej ofercie na stronie 25 zamieścił wykaz wykonanych dostaw, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, zgodnie ze wzorem zamieszczonym przez Zamawiającego w SIWZ. W wykazie tym zamieścił jedną dostawę na rzecz odbiorcy Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. KWK „Borynia-Zofiówka-Jastrzębie” Ruch „Jas - Mos”. Na stronie 26 oferty zamieszczono dokument potwierdzający należyte wykonanie - referencje z dnia 22 października 2015 r.

W załączniku nr 3 do SIWZ zamieszczono informację:

- *przez wykonanie zamówienia należy rozumieć jego ostateczny odbiór;*
- *data dostawy wpisać jako datę zakończenia „do nadal”, podając wartość zrealizowanego zamówienia do upływu terminu składania ofert”.*

W miejscu „data dostawy” wykonawca MMC Poland sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach wpisał „uruchomienie 23 grudnia 2014 r.”.

Podczas badania ofert Zamawiający powziął wątpliwości co do przedłożonych dokumentów i wezwał wykonawcę MMC Poland sp. z o.o. do złożenia w tym zakresie wyjaśnień.

W piśmie z dnia 29 stycznia 2016 r. wykonawca MMC Poland Sp. z o.o. przyznał, że umowa z dnia 30 lipca 2014 r. stanowi dostawę w formie dzierżawy, a umowa ta obowiązuje nadal. Wykonawca przyznał także, że w wykazie zamieszczonym na stronie 25 oferty wskazał całą wartość umowy, a nie tylko część zrealizowaną do dnia złożenia ofert. Wykonawca argumentował to tym, że dostawa sprzętu miała już miejsce, gdyż kombajn został dostarczony, zamontowany, uruchomione, a to uprawnia do wskazania całej wartości umowy, a nie tylko jej części zrealizowanej do dnia upływu terminu składania ofert.

Jednocześnie, z ostrożności, wykonawca do pisma wyjaśniającego załączył szereg dokumentów tj. ponownie złożył załącznik nr 3 do SIWZ - wykaz wykonanych lub wykonywanych dostaw, gdzie dodano dostawę kombajnu przez spółkę Corum Ukraina na rzecz Metinvest. Ponadto załączono list referencyjny wystawiony w dniu 22 grudnia 2014 r. przez spółkę Metinvest dla AO „Corum Ukraina”, zobowiązanie Corum Ukraina z dnia 23 grudnia 2015 r. do oddania do dyspozycji MMC Poland Sp. z o.o. niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W dokumencie tym, jako sposób wykorzystania zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazano „konsultacje, doradztwo techniczne, przekazanie know-how”. Jednocześnie w

dokumencie zobowiązania do oddania zasobów zaznaczono, że Corum Ukraina nie będzie uczestniczyła jako podwykonawca w realizacji zamówienia. Na podstawie tak przedłożonych dokumentów i złożonych wyjaśnień Zamawiający uznał, że MMC Poland Sp. z o.o. spełnia wymagania zamieszczone w SIWZ w pkt X w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący nie zgodził się z powyższym.

I.

Wskazał, że w pierwszej kolejności powstaje wątpliwość, czy wykonawca wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów może z własnej inicjatywy uzupełnić brakujące dokumenty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP. W wyroku z dnia 5 marca 2015 r. (sygn. KIO 302/15), Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że *„Gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zamawiający, zaś rolą wykonawcy jest realizacja wytycznych zamawiającego (jeśli nie są kwestionowane). Zatem, wykonawca, który w sposób dowolny reaguje na wezwania zamawiającego musi się spotkać z jego negatywną reakcją. Role wykonawcy i zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są odmienne i wkraczanie przez wykonawcę we władztwo zamawiającego nie może być tolerowane. Instytucja przewidziana w art. 26 ust. 4 p.z.p. nie może prowadzić do uzupełniania dokumentów, o którym mowa w przepisie art. 26 ust. 3 p.z.p.”*.

W powyższej sprawie stan faktyczny był analogiczny do zaistniałego w niniejszej sprawie tj. w wyniku wezwania przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień odnośnie złożonych dokumentów, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, wykonawca z własnej inicjatywy dodatkowo uzupełnił jeden z brakujących, nie załączonych do oferty dokumentów. W takim stanie faktyczny Izba uznała, że takie działanie wykonawcy było nieuprawnione. Tym samym, Zamawiający dokonując oceny oferty wykonawcy MMC Poland Sp. z o.o. nie powinien brać pod uwagę dokumentów przedłożonych wraz z pismem z dnia 29 stycznia 2016 r. jako złożonych niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający powinien uwzględnić zatem tylko jedną dostawę wskazaną pierwotnie na stronie 25 oferty w dokumencie wykaz wykonanych lub wykonywanych dostaw. Jeżeli chodzi o dostawę wskazaną pierwotnie w ww. dokumencie to w świetle wyjaśnień MMC Poland sp. z o.o. nie ma wątpliwości, że wskazana umowa jest umową dzierżawy, która do dnia upływu terminu składania ofert nie została jeszcze zrealizowana w całości, a okres dzierżawy nadal trwa. Do dnia upływu terminu składania ofert zrealizowano umową jedynie na kwotę 682.962,42 zł.

Nie może być wątpliwości, że zobowiązanie z umowy dzierżawy ma charakter świadczenia ciągłego. Przedmiotem umowy dzierżawy jest „oddanie dzierżawcy rzeczy do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony”. Zatem, nie ma żadnych podstaw prawnych twierdzenie wykonawcy MMC Poland Sp. z o.o., że w chwili dostawy przedmiotu dzierżawy do zamawiającego nastąpiło wykonanie całego zobowiązania wykonawcy oraz, że jest on uprawniony do traktowania swojego zobowiązania z umowy dzierżawy jako wykonanego w całości. Przez „dostawy” w rozumieniu pkt X SIWZ oraz § 1 ust. 1 pkt 3) rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. należy rozumieć dostawy w rozumieniu ustawy, pod którym to pojęciem mieszczą się różne umowy w sensie cywilistycznym, w tym m.in.; umowa dzierżawy na co wprost wskazuje pkt X SIWZ. Zatem, nie ma wątpliwości, że przypadku umowy dzierżawy, w załączniku nr 3 do SIWZ w miejscu „data dostawy” należało wpisać „do nadal” z podaniem wartości zrealizowanego zamówienia do upływu terminu składania ofert tj. wartości naliczonego czynszu (zgodnie z wytycznymi zamieszczonymi pod tabelą zawartą w załączniku nr 3 do SIWZ). W świetle tego, wykonawca MMC Poland sp. z o.o. do dnia upływu terminu składania ofert zrealizował dostawy jedynie na kwotę 682.962,42 zł brutto, co z kolei oznacza, że wykonawca ten nie spełnił wymagań w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia postawionych w pkt X SIWZ.

II.

Analizując dokumenty przedłożone przez wykonawcę MMC Poland sp. z o.o. wraz z pismem z dnia 29 stycznia 2016 r. należy zauważyć, że wykonawca ten nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia, a tym samym wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, co powinno skutkować wykluczeniem go z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Na stronie 9 oferty wykonawca MMC Poland Sp. z o.o. złożył oświadczenie o tym, że w zakresie realizacji zamówienia nie będzie korzystał z podwykonawców. Ponadto w dokumencie „zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” z dnia 23 grudnia 2015r. wystawionym przez podmiot Corum Ukraina, a złożonym wraz z wyjaśnieniami z dnia 29 stycznia 2016 r. podano, że „oświadczamy, że wzajemna współpraca stron związana z oddaniem do eksploatacji zasobów nie oznacza automatycznego udziału naszej firmy w realizacji części przedmiotu zamówienia”. Oznacza to, że Corum Ukraina, na referencje którego powołuje się wykonawca MMC Poland Sp. z o.o. na pewno nie będzie uczestniczyła w realizacji zamówienia w formie podwykonawcy MMC Poland Sp. z o.o. We wskazanym powyżej

zobowiązaniu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów jako sposób wykorzystania zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazano „konsultacje, doradztwo techniczne, przekazanie know-how”. Ponadto wskazano, że „Powyższe zobowiązanie będzie realizowane na podstawie umowy współpracy określającej zobowiązania naszej firmy (...) podczas realizacji zamówienia przez wykonawcę żeby zapewnić realizację umowy we właściwy sposób, który spełnia wymagania określone w dokumentacji przetargowej”. Trudno uznać, że na podstawie tak ogólnie podanych informacji, z jednoczesnym wyraźnym zaznaczeniem, że Corum Ukraina nie będzie uczestniczyło w realizacji zamówienia jako podwykonawca, wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że rzeczywiście będzie w sposób realny dysponował zasobami tego podmiotu w zakresie wiedzy i doświadczenia w stopniu niezbędnym do realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO w analizowanym zakresie: wyrok KIO z 21 lipca 2015 r. (KIO 1431/15), wyrok KIO z 25 czerwca 2015 r. (KIO 1275/15), wyrok KIO z 8 maja 2015 r. (KIO 857/15), wyrok KIO z 4 maja 2015 r. (KIO 804/15).

Przedmiotem postępowania jest dzierżawa kombajnów chodnikowych dla oddziałów zamawiającego. Nie ma wątpliwości, że podstawą dla należytego wykonania umowy dzierżawy jest dysponowanie przez wykonawcę przedmiotem dzierżawy na podstawie tytułu prawnego, który uprawnia wykonawcę do oddania przedmiotu podmiotowi trzeciemu do odpłatnego korzystania. Umową, która ma być zawarta w rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma być objęte także świadczenie usług serwisu. Ponadto na uwagę zasługuje fakt, że w ramach wszystkich zadań przedmiotem dostawy miało być łącznie 55 kombajnów chodnikowych. Oznacza to, że wykonawca składając ofertę powinien dysponować wiedzą, a przede wszystkim doświadczeniem w jednoczesnej dostawie większej ilości maszyn i urządzeń górniczych, których wartość zamawiający określił na 2.000.000 zł w ramach jednego zamówienia. Nie sposób domyślić się na czym ma konkretnie polegać udzielanie konsultacji i doradztwa technicznego oraz przekazanie know how przez podmiot Corum Ukraina na rzecz wykonawcy MMC Poland Sp. z o.o. przy założeniu, że powinno ono skutkować przekazaniem wiedzy i doświadczenia w dostawie maszyn i urządzeń górniczych o określonej ilości i wartości. Wobec tak ogólnie określonego sposobu dysponowania zasobami Corum Ukrainę w postaci wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę MMC Poland sp. z o.o., w świetle przytoczonych powyżej orzeczeń KIO, Zamawiający powinien być co najmniej powziąć uzasadnione wątpliwości w tym zakresie i skorzystać z uprawnień jakie daje mu § 1 ust. 6 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) tj. zamawiający powinien zażądać od wykonawcy

MMC Poland Sp. z o.o. dodatkowych dokumentów dla wykazania, że wykonawca będzie dysponował zasobami innego podmiotu w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz, że stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Zamawiający nie podjął w tym zakresie żadnych kroków. W oparciu o złożone przez wykonawcę MMC Poland sp. z o.o. dokumenty Zamawiający powinien był uznać, że wbrew nakazowi zawartemu w art. 26 ust. 2b ustawy, wykonawca nie udowodnił, że będzie rzeczywiście dysponował w trakcie realizacji zamówienia zasobami podmiotu Corum Ukrainę, na którego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia się powołuje, a co za tym idzie nie udowodnił posiadania wymaganych w SIWZ wiedzy i doświadczenia, a co za tym idzie jego powinien on zostać w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4) wykluczony z postępowania w ramach wskazanych w niniejszym odwołaniu zadań, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą. Tym samym, w świetle art. 91 b ust. 1 ustawy wykonawca ten nie powinien zostać zaproszony do aukcji.

W zakresie zarzutów: IV, V

Zgodnie z treścią pkt VIII:

- 1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.*
- 2. Zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. dysponowania kombajnami chodnikowymi stanowiącymi przedmiot zamówienia. Zastrzeżenie to nie jest skuteczne w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu,, na zasadach określonych art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę części zamówienia, którą/e zamierza powierzyć Podwykonawcy/om, zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SIWZ.”*

W załączniku nr 4 do SIWZ zamieszczono formularz „Wykaz podwykonawców, którym wykonawca zamierza zlecić część zamówienia”.

Jednocześnie w załącznikach 2a - 2c do SIWZ Zamawiający wymagał podania producenta kombajnu.

Wykonawca MMC Poland sp. z o.o. składając ofertę, na stronie 9 oferty zamieścił załącznik nr 4 do SIWZ - wykaz podwykonawców, w którym nie wskazał żadnego podmiotu będącego podwykonawcą. Tym samym wykonawca oświadczył, że nie będzie korzystał w postępowaniu z podwykonawców.

Jednocześnie w dokumencie „formularz oferty” jako załącznik do niego wykonawca wskazał m.in. załącznik nr 4. Nie ma więc wątpliwości, że dokument ten stanowi część oferty.

Jednocześnie na stronach 6-8 oferty jako producenta kombajnów wykonawca MMC Poland Sp. z o.o. wskazał „Corum Ukraina”.

Następnie, jako załącznik do pisma z dnia 29 stycznia 2016 r. wykonawca załączył na stronie 8 dokument „zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia” wystawiony przez Corum Ukraina, w którym to dokumencie wskazano, że *„Powyższe zobowiązanie będzie realizowane na podstawie umowy współpracy określającej zobowiązania naszej firmy (w szczególności w zakresie dostaw, montażu i uruchomienia kombajnów chodnikowych(...))”*.

Uwzględniając przytoczone powyżej fragmenty oferty wykonawcy MMC Poland Sp. z o.o. należy uznać, że w ofercie wykonawcy podano kilka wzajemnie wykluczających się informacji dotyczących korzystania w postępowaniu z podwykonawstwa. Z jednej strony oświadczone wyraźnie, że wykonawca nie będzie korzystał z podwykonawców, na co wskazuje treść załącznika nr 4 do SIWZ (str. 9 oferty). Inne informacje wynikające z oferty i dokumentów załączonych do niej wskazują jednakże, że takie oświadczenie jest oświadczeniem nieprawdziwym, gdyż wykonawca w rzeczywistości zamierza korzystać z podwykonawcy. Wskazuje na to wyraźne oświadczenie firmy Corum Ukraina, która oświadcza, że zobowiązanie firmy Corum Ukraina względem MMC Polska Sp. z o.o. będzie obejmowało m.in. dostawę, montaż i uruchomienie kombajnów chodnikowych. Oznacza to, że całość przedmiotu umowy dzierżawy zostanie wykonana przez Corum Ukraina, które dostarczy kombajny (w sensie fizycznym), ale także je zamontuje i uruchomi. To oświadczenie z kolei pozostaje w związku ze wskazaniem w ofercie na stronach 6-8 jako producenta kombajnów właśnie firmy Corum Ukraina. W świetle przedłożonych dokumentów nie może być zatem wątpliwości, że Corum Ukraina wyprodukuje kombajny będące przedmiotem umowy dzierżawy, dostarczy je fizycznie do zamawiającego, zamontuje i uruchomi. To z kolei wyczerpuje definicję podwykonawstwa zawartą w art. 2 pkt 9b) ustawy, *zgodnie z którą* „umowa o podwykonawstwo - należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami”. *Skoro zatem Corum Ukraina ma wyprodukować kombajny chodnikowe będące przedmiotem dzierżawy, ma je dostarczyć do zamawiającego,*

zamontować i uruchomić to tym samym wykonuje część (przeważającą część) dostaw będących przedmiotem zamówienia publicznego.

Oferta MMC Poland Sp. z o.o. w zakresie załącznika nr 4 do SIWZ (str. 9 oferty) tj. oświadczenia o korzystaniu z podwykonawców przy realizacji zamówienia jest sprzeczna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a dokładnie z postanowieniem pkt VIII ppkt 3) SIWZ oraz załącznika nr 4 do SIWZ, zgodnie z którymi w przypadku korzystania przez wykonawcę z podwykonawców, wykonawca zobowiązany jest wskazać części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom wypełniając załącznik nr 4 do SIWZ. Wobec powyższego, oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Niezależnie od tego, należy wskazać, że nie wypełniając tabeli stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ, a tym samym składając oświadczenie, że nie będzie korzystał przy realizacji zamówienia z podwykonawców, pomimo że z pozostałych przedłożonych wraz z ofertą dokumentów wyraźnie wynika, że wykonawca zamierza z podwykonawcy Corum Ukraina korzystać, MMC Poland sp. z o.o. złożyło nieprawdziwe informacje, co z kolei zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 lutego 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Uczestnik postępowania odwoławczego MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w trakcie posiedzenia z udziałem stron złożył pismo z dnia 22 lutego 2016 roku „Odpowiedź wykonawcy na odwołanie”.

Odwołujący złożył w trakcie rozprawy oświadczenie, że cofa zarzut opisany w pkt 1 wskazanych na wstępie odwołania zarzutów odwołania tj. *art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 ustawy przez uznanie, że wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień odnośnie dokumentów i oświadczeń uprawniony jest do złożenia wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ dokumentów.*

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje:

- art. 26 ust 2 b ustawy *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 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,*
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.*
- art. 24 ust. 4 ustawy – *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

- art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy: *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: posiadania wiedzy i doświadczenia*

- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.*

- art. 2 pkt 9b ustawy – *O ile w ustawie jest mowa o: umowie o podwykonawstwo – należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami,*

- art. 36a ustawy:

1. *Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.*

2. *Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę:*

1) *kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi;*

2) *prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.*

3. *Zastrzeżenie, o którym mowa w ust. 2, nie jest skuteczne w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1.*

- art. 36b ustawy

1. *Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, lub podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1.*

2. *Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.*

- art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3*

- art. 82 ust. 2 ustawy - *Ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu,*
- art. 91b ust. 1 ustawy - *Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.*

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231):

§ 6. *Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:*

- 1) *w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy – dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9–11, a także innych dokumentów, dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;*
- 2) *dokumentów dotyczących w szczególności:*
 - a) *zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,*
 - b) *sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,*
 - c) *charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,*
 - d) *zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.*

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony*

postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że czynność Zamawiającego wezwania MMC Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej: MMC) do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu była prawidłowa. Tym samym nie sposób zgodzić się z argumentacją przedstawianą na rozprawie przez MMC.

Zgodnie z treścią pkt X SIWZ *Warunki wymagane od Wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne*:

„O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

2. Posiadania wiedzy i doświadczenia to znaczy: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali dostawy (w tym w formie dzierżawy, leasingu, odpłatnego użyczenia) maszyn/urządzeń górniczych przeznaczonych do urabiania lub ładowania w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, o wartości brutto nie mniejszej niż:

- 1 000 000,00 PLN (w przypadku, gdy wykonawca składa ofertę na jedno, dwa, trzy, lub cztery zadania),

- 2 000 000,00 PLN (w przypadku gdy wykonawca składa ofertę na pięć i więcej zadań).

Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana metodą spełnia/nie spełnia na podstawie złożonych przez Wykonawców, a wymaganych przez Zamawiającego dokumentów".

Zgodnie z treścią pkt XII SIWZ *Dokumenty i oświadczenia w celu wykazania spełnienia*

warunków udziału w postępowaniu'.

3. Zamawiający żąda przedłożenia wraz z ofertą:

2) wykazu wykonanych / wykonywanych dostaw potwierdzających spełnienie warunku opisanego w SIWZ oraz załączenia dowodów, że te dostawy zostały wykonane zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SIWZ wraz z niżej wymienionymi dowodami wykonania zamówienia.

Dowodami są:

c) poświadczenie;

d) oświadczenie Wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej.

Wykonawca może w miejsce poświadczeń, o których mowa powyżej przedkładać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw.

Z treści załącznika nr 3 do SIWZ pod nazwą: *Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, kolumna: wartość zamówienia brutto w zł w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert* – wynika, przy uwzględnieniu postanowień ukształtowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu oraz zestawieniu z nim wymagań określonych w załączniku nr 3 do SIWZ wynika, że w przypadku, gdy wykonawca wykaże się, jak MMC, doświadczeniem polegającym na realizacji umowy, której przedmiotem była „dostawa kombajnu w formie dzierżawy” – co wskazał MMC w złożonych w dniu 29 stycznia 2016 roku wyjaśnieniach – będzie realizacja umowy dzierżawy sprzętu a nie wartość sprzętu. Sam MMC na rozprawie potwierdził, że *wskazane 2 094 800,70 w pierwotnym wykazie to wartość czynszu najmu*, co potwierdza, że w sposób jednoznaczny Zamawiający jak również wykonawca rozumiał warunek udziału w postępowaniu jak i jego sposób wykazania. Tym samym, wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów było zasadne.

Izba zaznacza jednocześnie, że zgodnie z ukształtowanym przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu również akceptowalnym przez Zamawiającego było wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, przez wykazanie zrealizowania dostawy maszyn/urządzeń górniczych przeznaczonych do urabiania lub ładowania o odpowiedniej, określonej w warunku wartości dostawy.

Izba wskazuje że poza dyskusją pozostaje, słuszność podnoszonego w doktrynie i orzecznictwie (w tym w orzecznictwie TS UE) postulatu realność udostępnienia i dysponowania określonymi zasobami podmiotów trzecich na czas realizacji zamówienia. Realność w ślad z ustawodawstwem unijnym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji i konkretnego zamówienia – należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia i w tym zakresie należy ją badać uwzględniając treść złożonego dokumentu. Zatem wymagane udowodnienie udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci winno służyć wykazaniu realności takiego udostępnienia, tj. udowodnieniu faktu, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie udostępnionym potencjałem i zasobami rzeczywiście dysponował i mógł je wykorzystać. Wykazanie to następuje przy wykorzystaniu dowolnych środków dowodowych, w tym przy pomocy wskazanego przykładowo w treści art. 26 ust. 2b („w szczególności”) pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. Wykonawca winien więc dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, a także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy stanowi, iż wykonawca może polegać na potencjale podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru prawnego łączących ich stosunków, a ocena charakteru i wagi tych stosunków, może być jednym z elementów składających się na ocenę udowodnienia okoliczności, o których mowa w tym przepisie.

W rozpoznawanej sprawie MMC przedstawił za pismem z dnia 29 stycznia 2016 roku *Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia*. Z treści złożonego przez MMC zobowiązania wynika zakres udostępnionych na rzecz MMC zasobów przez PSC CORUM Ukraine, która to oddała do dyspozycji niezbędne zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, w szczególności w zakresie wszelkich zrealizowanych dostaw, montażu i uruchomienia kombajnów chodnikowych. W dokumencie tym również wskazany został sposób wykorzystania zasobów przez MMC przy wykonaniu zamówienia, które zostało określone w treści zobowiązania przez odesłanie do nazwy przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia przez zobowiązanie do konsultacji i doradztwa technicznego oraz przekazanie know-how. Udostępniający zasoby wskazał również, że udostępni niezbędne zasoby na okres

korzystania z nich przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia publicznego, przez cały okres realizacji i w celu jego należytego wykonania, jak również wskazał, że odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia zasobów z własnej winy. Udostępniający zasoby oświadczył również, że zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów będzie realizowane na podstawie umowy współpracy określającej zobowiązania udostępniającego podczas realizacji zamówienia przez wykonawcę, tak aby zapewnić realizację umowy we właściwy sposób, który spełnia wymagania określone w dokumentacji przetargowej. Udostępniający zasoby zastrzegł jednocześnie w dokumencie, że wzajemna współpraca stron związana z oddaniem do eksploatacji zasobów nie oznacza automatycznego udziału udostępniającego zasoby w realizacji części przedmiotu zamówienia.

Zaznaczyć należy, że podwykonawstwo jest najpełniejszą formą udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, jednakże nie może być traktowane jako forma bezwzględnie obowiązująca. Z postanowień zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby w sposób jednoznaczny wynikało, że wzajemna współpraca MMC będącego wykonawcą w postępowaniu oraz podmiotu udostępniającego zasoby nie oznacza automatycznego udziału tego ostatniego w realizacji zamówienia. Zgodnie z art. 26 ust. 2 b ustawy wykonawca składający ofertę może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W wyroku z dnia 7 lutego 2011 r., sygn. akt V Ca 3036/10 Sąd Okręgowy w Warszawie wskazał, że: *„Podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym - nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą do udostępnienia potencjału jest stosunek prawny pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem, przy czym ustawa nie stawia żadnych ograniczeń czy wymogów wobec tego stosunku.”* Zaznaczyć należy, że MMC złożył w ofercie oświadczenie, że nie będzie przy realizacji zamówienia korzystał z podwykonawstwa, a Odwołujący nie wykazał, że takim podwykonawcą będzie podmiot udostępniający zasoby. Ze zobowiązania, na które powoływał się Odwołujący, wynika, że zobowiązanie będzie realizowane na podstawie umowy współpracy określającej zobowiązania udostępniającego zasoby, w szczególności w zakresie dostaw montażu i uruchomienia kombajnów chodnikowych wraz z dodatkowymi urządzeniami, należytego wsparcia technicznego, doradztwa, nadzoru i serwisu, jednocześnie zakres zasobów jaki został MMC oddany do dyspozycji zgodnie

z oświadczeniem odnosi się do konsultacji, doradztwa technicznego oraz przekazanego know-how. Umowa współpracy podmiotów, na co wskazywał w cytowanym wyżej orzeczeniu Sąd Okręgowy, nie jest w żaden sposób ograniczana czy też definiowana przez ustawodawcę, tym samym jej zakres, tak jak w tym wypadku, niewątpliwie może być szerszy, bowiem łączy on swoim stosunkiem podmioty poza postępowaniem o udzielenie zamówienia. Tym samym skoro umowa współpracy dotyczy podmiotów poza postępowaniem o udzielenie zamówienia, to odnośnie wskazywanego przez Odwołującego zakresu umowy współpracy obejmującego dostawę nie będą miały zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych ale niewątpliwie przepisy, wskazywanego w trakcie rozprawy przez Odwołującego Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczenia częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i zapłacenia ceny (art. 605 Kc). Zaznaczyć należy, że umowa dostawy w doktrynie przedmiotu charakteryzowana jest jako ta, która tworzy między stronami stosunek długotrwały, tworząca podstawy organizacji współpracy gospodarczej pomiędzy stronami mająca na celu unormowanie obowiązków i uprawnień pomiędzy stronami. Zaznaczyć należy również, że Odwołujący nie wskazał na żadne postanowienia SIWZ, które zobowiązywałyby wykonawcę do wykazania lub nakładała na niego obowiązek dysponowania przedmiotem na podstawie konkretnej podstawy prawnej. W zasadzie indywidualną dla każdego podmiotu gospodarczego i zależną jedynie od uwarunkowań, której zasadności oceny w zakresie dla tego podmiotu jest podstawa dysponowania określonym przedmiotem.

Fakt odniesienia się w zobowiązaniu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów do umowy współpracy pomiędzy podmiotami będącymi udostępniającym a MMC odnieść należy do wykazania jednej z ustawowych przesłanek, której ocena charakteru i wagi stosunków niewątpliwie wpływa na ocenę wykazania okoliczności, o których mowa w tym przepisie. Wskazane zostało w jakim zakresie wykorzystywane będą oddane do dyspozycji zasoby a wyżej przywołane odniesienie do umowy współpracy w sposób jednoznaczny potwierdza zakres udostępnionych zasobów. Ocena realności udostępnionych zasobów każdorazowo dokonywana musi być z uwzględnieniem uwarunkowań danego zamówienia. Tym samym skoro, zgodnie z ofertą wykonawcy MMC – na co wskazywał również Odwołujący – oferował kombajny chodnikowe producenta CORUM Ukraine, to zasadne jest, że w ramach realizacji zamówienia będzie korzystał z konsultacji, doradztwa technicznego jak również know-how producenta tych maszyn co stanowiło zakres zobowiązania. Zaznaczyć należy również, że udostępniający zasoby oświadczył, zobowiązał się do solidarnej odpowiedzialności z wykonawcą MMC za szkodę Zamawiającego powstałą

wskutek niedostępności zasobów z własnej winy, co również należy oceniać w pryzmacie realności złożonego zobowiązania.

Reasumując, w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, wskazane przez Odwołującego naruszenia przepisów nie znajdują w ocenie Izby uzasadnienia, wykonawca MMC wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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).

Izba wskazuje, że nie zostały zasądzone koszty uczestnikowi postępowania odwoławczego, bowiem zgodnie z § 5 ust. 3 pkt. 1 ww. w przypadku oddalenia odwołania, Izba zasądza od Odwołującego na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego koszty jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego i wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie uwzględnił odwołania w całości jak również uczestnik postępowania odwoławczego nie składał sprzeciwu.

Przewodniczący: