

Sygn. akt: KIO/1131/10

WYROK
z dnia 23 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 czerwca 2010 r. przez **EST Energy Sp. z o.o., ul. Kołłątaja 1, 05-400 Otwock** w postępowaniu prowadzonym przez **Dom Pracy Twórczej w Radziejowicach, ul. H. Sienkiewicza 4, 96-325 Radziejowice**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu
2. kosztami postępowania obciąża **Dom Pracy Twórczej w Radziejowicach, ul. H. Sienkiewicza 4, 96-325 Radziejowice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **EST Energy Sp. z o.o., ul. Kołłątaja 1, 05-400 Otwock** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza zapłatę kwoty wpisu w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) przez **Dom Pracy Twórczej w Radziejowicach, ul. H. Sienkiewicza 4, 96-325 Radziejowice** na rzecz **EST Energy Sp. z o.o., ul. Kołłątaja 1, 05-400 Otwock**, która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Płocku**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e n i e

Dom Pracy Twórczej w Radziejowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę, montaż i rozruch agregatu prądotwórczego”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12 maja 2010 r., pod nr: 127906.

W postępowaniu tym firma EST Energy Sp. z o.o. z siedzibą w Otwocku (dalej: „Odwołujący”) w dniu 7 czerwca 2010 r. złożyła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie.

Odwołujący złożył odwołanie od niezgodnej – w jego ocenie – z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu nie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wskazał on, że powyższa decyzja Zamawiającego jest niezasadna. Podkreślił, że w wyniku wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia opisanego w SIWZ przedłożył on wymagane przez Zamawiającego dokumenty. Podkreślił, że Zamawiający nie może żądać w dokumentach potwierdzających wykonanie dostaw lub usług niczego ponad potwierdzenie, że dostawy lub usługi zostały wykonane należycie. Takimi dokumentami mogą być nie tylko listy referencyjne, ale także protokoły odbioru, które w niniejszym przypadku przedłożone przez Odwołującego w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów, stanowią protokoły odbioru technicznego. Jego zdaniem mimo, że nie pada w nich słowo referencja dokumentują, że świadczona usługa została wykonana należycie. W uzupełnionym wykazie dostaw widnieje nazwa i adresy odbiorców dostaw, przedmiot dostawy, data wykonania oraz wartość zrealizowanych dostaw zgodnie z wymogami Zamawiającego. Załączone przez Odwołującego protokoły odbioru technicznego potwierdzają, że system odebrano sprawny, co jest także potwierdzeniem, że dostawa została wykonana w sposób należyty.

Odwołujący powołał się na dotychczasowe orzecznictwo KIO, wskazując na to, że na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu co do doświadczenia i należytego wykonania dostaw, czy usług, wykonawcy mogą przedkładać także oprócz referencji także inne dokumenty, w tym protokoły odbioru oraz potwierdzające to, iż brak jest podstaw do stawiania wymogu, aby wystawca takiego dokumentu posługiwał się wprost sformułowaniem: „usługi zostały wykonane należycie”.

Odwołujący wskazał na przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), podkreślając, że obowiązek złożenia dokumentu potwierdzającego, że dostawa została wykonana należycie, został określony w tych przepisach, jednak nie określają one formy takiego dokumentu, co nie wyklucza uznania informacji o odbiorze sprawnego systemu jako informacji o należyтым wykonaniu dostawy w rozumieniu przepisów przywołanego rozporządzenia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny ofert, uznanie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wniósł o wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zamawiający w piśmie z dnia 21 czerwca 2010 r. złożonym w tej samej dacie do akt sprawy wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości
- 2) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał na *essentailia negotii* umowy na dostawy, które stanowią: strony umowy, przedmiot dostawy, termin wykonania oraz cena i które powinny wynikać z dokumentu mającego potwierdzać należyte wykonanie zamówienia. Podkreślił, że protokół odbioru technicznego przedstawiony przez Odwołującego potwierdza jedynie, że w określonym dniu dostarczony agregat będący częścią większego systemu, działał poprawnie. Dokument ten – zdaniem Zamawiającego – nie potwierdza jednak, czy agregat został dostarczony w umówionym terminie oraz w umówionej cenie. Tym samym w jego ocenie nie można uznać, iż jest to dokument potwierdzający należyte wykonanie całości zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że nie kwestionuje możliwości dostarczenia dokumentów innych niż referencje w celu potwierdzenia prawidłowości wykonania zamówienia jednakże w przypadku Odwołującego dostarczone protokoły nie zawierają wszystkich danych, które

mogłyby sklasyfikować wykonane przez Odwołującego prace jako wykonane należycie. Do wskazanych protokołów nie dołączono żadnych dodatkowych dokumentów, które udowadniałyby prawidłowość wykonania zamówień. Podkreślił, że skoro kwestionowane przez Zamawiającego dokumenty zostały przedłożone w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów skierowanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający nie miał możliwości ponownego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO wskazując, że z dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia w każdym przypadku powinno wynikać wykonanie robót, dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym.

Zamawiający podkreślił również, że to na wykonawcy zgodnie z zasadami postępowania w sprawie zamówienia publicznego ciąży obowiązek wykazania odpowiedniego przygotowania do wykonania zamówienia, a Zamawiający nie ma w tym zakresie obowiązku prowadzenia szczegółowego postępowania dowodowego, za wyjątkiem wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający może oprzeć się wyłącznie na dokumentach przedstawionych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, które to dokumenty przedłożone przez Odwołującego nie wykazują wprost że zamówienie zostało wykonane należycie i z tego względu nie mogą być uwzględnione przez Zamawiającego.

Podniósł także, że z przekazanych przez Odwołującego dokumentów nie wynika, że dostawa została wykonana prawidłowo oraz to, czy zostały spełnione przez Odwołującego normy wartościowe dla konkretnej dostawy, gdyż przedłożony protokół odbioru agregatu mógł być jedynie częścią większego zamówienia, którego wartość osiągnęła wskazane przez odwołującego w wykazie dostaw wartości.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący został

bowiem wykluczony z udziału z postępowania, a jego oferta w efekcie została odrzucona przez Zamawiającego, która to czynność jest przedmiotem zarzutów zawartych w odwołaniu. Gdyby jednak jego oferta podlegała ocenie zostałyby z racji na przyjęte przez Zamawiającego kryterium cenowe w postępowaniu i najniższą zaoferowaną przez tego wykonawcę cenę ofertową, uznana za najkorzystniejszą. Tym samym zatem interes tego wykonawcy w uzyskaniu niniejszego zamówienia doznała konkretnego uszczerbku w sferze praw wykonawcy oraz jego interesu gospodarczego, objawiającego się z możliwości utraty dostępu do zamówienia i przewidywanych z tytułu jego realizacji zysków.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
2. treści oferty Odwołującego,
3. pisma Zamawiającego z dnia 21 maja 2010 r., stanowiącego wezwanie do uzupełnienia dokumentów skierowane do Odwołującego,
4. pisma Odwołującego z dnia 24 maja 2010 r., stanowiącego uzupełnienie dokumentów na wezwanie Zamawiającego,
5. oświadczeń i wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na piśmie i ustnie do protokołu z rozprawy.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie treści SIWZ ustalono, że Zamawiający w rozdziale VI pkt 1.1) SIWZ, wskazując na żądanie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (rozdział V pkt 1.2)) zażądał przedłożenia przez wykonawców wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wykaz powinien zawierać co najmniej 2 dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia (tj. dostawa agregatu prądotwórczego) o wartości minimum 80 000 zł brutto każda.

Odwołujący na potwierdzenie spełniania tego warunku w ofercie przedłożył wykaz z trzema wykonanymi dostawami, z czego wyłącznie jedna (zamówienie na rzecz PKN

ORLEN S.A.) – biorąc pod uwagę datę jej realizacji – odpowiadała wymogom Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający pismem z dnia 21 maja 2010 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania dokumentów o wykaz dostaw wraz z potwierdzeniem, że wykonane zostały one należycie, przytaczając zapis Specyfikacji w tym zakresie dotyczący warunku wiedzy i doświadczenia.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący przy piśmie z dnia 24 maja 2010 r. uzupełnił brakujące dokumenty, przesyłając:

- 1) wykaz dostaw z czterema nowymi dostawami:
 - dla Uczelni Warszawskiej na rzecz Szpitala Onkologicznego w Wieliszewie,
 - dla BM Bulding z Warszawy,
 - dla ZPUE – EST na rzecz „Mazowsze” Państwowy Zespół Ludowy Pieśni i Tańca im. T. Sygietyńskiego w Otrębusach,
 - dla Michała Śliwińskiego w Radzanowie na rzecz Ferma Michał Śliwiński w Radzanowie,
- 2) protokół odbioru technicznego nr 01120809 z dnia 12 sierpnia 2009 r. dotyczący agregatu typu FV 460 ACG dla Uczelni Warszawskiej na rzecz Szpitala Onkologicznego w Wieliszewie;
- 3) protokół odbioru technicznego nr 01061009 z dnia 6 października 2009 r. dotyczący agregatu typu DVAS 630 EST na rzecz BM Bulding z Warszawy;
- 4) protokół odbioru technicznego nr 01121009 M z dnia 12 października 2010 r. dotyczący agregatu typu DVAS 630 EME dla ZPUE – EST na rzecz „Mazowsze” Państwowy Zespół Ludowy Pieśni i Tańca im. T. Sygietyńskiego w Otrębusach;
- 5) protokół odbioru technicznego nr M1130110 z dnia 13 stycznia 2010 r. dotyczący agregatu typu DPA 450 EST dla Michała Śliwińskiego w Radzanowie na rzecz Ferma Michał Śliwiński w Radzanowie.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że przedłożone przez Odwołującego w wyniku uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumenty potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego wiedzy i doświadczenia, w tym także co do przedłożenia w tym zakresie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw.

W pierwszym rzędzie należy stwierdzić, że zgodnie ze znowelizowanym art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, faktycznie to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że spełnia

warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego. Wskazany przepis w tym zakresie jest bezwzględny i nakazuje zamawiającemu wykluczenie z udziału w postępowaniu tych wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może być jednak interpretowany przez Zamawiającego w sposób rozszerzający, tj. – tak jak w niniejszej sprawie – że Zamawiający *de facto* przekłada na wykonawcę obowiązek przedłożenia dodatkowych dokumentów, które w sposób wyraźny, werbalnie wyrażony potwierdzałyby, że dana dostawa w określonym przedmiocie wartości i zakresie i czasie realizacji została należycie wykonana.

Należy w tym miejscu wyraźnie podkreślić, że dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia, zgodnie również z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), wykonawca przedkłada dwa rodzaje dokumentów. Są to: prywatny dokument wykonawcy – jego oświadczenie wiedzy odnośnie uzyskanego doświadczenia, które stanowi w tym przypadku wykaz dostaw oraz inne dokumenty, które potwierdzają prawidłowość wykazanych w ramach doświadczenia prac (dostaw). Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw, usług, czy też robót budowlanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zostały w sposób jednoznaczny i konkretny zdefiniowane w obowiązujących przepisach ustawy Pzp, jak i przywołanego rozporządzenia w sprawie dokumentów, poprzez określenie ich treści, formy, zakresu itp. Przepisy te nie wskazują w żadnym przypadku, że na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia wykonawcy powinni przedkładać wyłącznie referencje, ponieważ dokument referencji nie stanowi jakiegoś urzędowo zdefiniowanego dokumentu. Tym samym zatem na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia można przedłożyć każdy dokument, wystawiony przez podmiot, na rzecz którego dane zamówienie było realizowane, który będzie potwierdzał należyte wykonanie zamówienia, czyli prawidłowość jego wykonania. Wśród takich dokumentów wymienia się również protokoły obioru prac, wykonanych bez zastrzeżeń na rzecz podmiotu wystawiającego takie dokument. Powyższe stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie Krajowe Izby Odwoławczej i potwierdzone orzecznictwem sądowym. Zgodnie ze wskazanym stanowiskiem Izby oraz sądów okręgowych rozpoznających sprawy skarg na orzeczenia KIO, dokumenty przedstawiane na potwierdzenie należytego wykonania określonych prac nie muszą potwierdzać wszystkich okoliczności związanych z wykazywanym zrealizowanym zamówieniem, także w kontekście określanego przez zamawiającego warunku. Wystarczy jeśli dokument przedłożony na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia potwierdza tę okoliczność, nawet jeśli nie wskazuje dokładnie jaka była wartość zrealizowanego zamówienia, czy też termin jego

realizacji. Te informacje wynikać bowiem powinny z oświadczenia wykonawcy, tj. wykazu wykonanych dostaw, usług, czy robót budowlanych. Istotne jest jednak, aby na podstawie tych dwóch dokumentów istniała możliwość identyfikacji wykazywanego w ramach doświadczenia zamówienia, przede wszystkim co do przedmiotu i podmiotu, na rzecz którego zamówienie zostało wykonane. Dokumenty te bowiem powinny się wzajemnie uzupełniać.

W analizowanej sprawie Odwołujący przedłożył w wyniku uzupełniania dokumentów oprócz wykazu dostaw, protokoły odbioru technicznego, które miały potwierdzać należyte wykonanie dostaw wykazanych w wykazie dostaw. Izba uznała, że informacje zawarte w tych protokołach pozwalają po pierwsze na identyfikację i ustalenie tożsamości zlecenia wykazanego w wykazie dostaw ze zleceniem wskazywanym w wykazie dostaw, po drugie zaś, że zlecenia te zostały wykonane należyście. Użyte w protokole sformułowanie: „*system odebrano sprawny*”, bez wprowadzenia w protokole w tym zakresie jakichkolwiek uwag co do prawidłowości tego odbioru (czyli np. zgłoszenia jakichś zastrzeżeń, czy uchybień), pozwala na jednoznaczne przyjęcie, że wykazywane zamówienia zostały wykonane należyście.

Argumentację Zamawiającego podniesiona w toku rozprawy, iż z protokołów tych nie wynika, iż mieliśmy do czynienia z dostawą nowych agregatorów, gdyż zapisy w protokole mogą świadczyć o przekazaniu agregatorów, np. po usłudze naprawy, z tytułu rękojmi, Izba uznała za niezasadną. Przekonującym w tym zakresie było stanowisko Odwołującego, który wskazał, że wykazywane prace w ramach protokołów technicznego odbioru dotyczą dostawy nowych agregatów, o czym świadczą adnotacje na protokołach odnośnie przepracowanych godzin przez agregat. W jednym przypadku mamy tutaj zapis o 0 godzin, w pozostałych o 1 godzinie, bądź 1 godzinie i 15 minutach, co uzasadnione było w każdym odrębnym przypadku koniecznością wykonania w tym czasie testów na oddawanych agregatorach, co też zostało każdorazowo odzwierciedlone zostało w protokołach, odpowiednimi adnotacjami.

Również argumentacja Zamawiającego o tym, że przedstawiane protokoły potwierdzają odbiór jakiegoś większego systemu, w ramach którego mogłyby być realizowane dostawy agregatów, co również – w jego ocenie – nie jest wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Izba uznała za niezasadne. Niewątpliwie przedmiotem odbioru prac w ramach wykazywanych protokołów odbioru technicznego było wykonane zlecenia uruchomienia jakiegoś większego systemu obejmującego jednakże bez wątpienia uruchomienie agregatu prądotwórczego, co potwierdza również zakres prac wymaganych w ramach warunku doświadczenia - tj. dostawy agregatu prądotwórczego. Na powyższe wskazują konkretne przywołane dane techniczne związane z dostarczonym agregatem - jego typ, producent i numer, a także wskazanie ilości przepracowanych przez agregat godzin. Nie ma zatem wątpliwości, że

przedmiotem zlecenia była dostawa agregatów prądotwórczych, co było także przedmiotem określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do wykazywanej wartości zleceń, w związku z tym, iż obejmowały one oprócz dostaw także uruchomienie, czy też testy systemu, mógł co najwyżej zwrócić się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w tym przedmiocie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie powinien był jednak z całą pewnością wykluczać z tego powodu wykonawcę z udziału w postępowaniu. Niezależnie od powyższego Izba ocenia, że wartość wykazywanych zleceń, nawet gdyby przyjąć że obejmowała swoim zasięgiem oprócz samej dostawy także uruchomienie agregatu, czy całego większego systemu, jest adekwatna do wartości wymaganych w ramach warunku doświadczenia wartości i potwierdza spełnianie warunku doświadczenia (wartość wykazywanych zleceń: 195 200, 250 100, 272 000, 180 000 zł brutto, podczas gdy Zamawiający wymagał tylko 80 000 zł brutto).

Tym samym zatem Izba uznała, że Zamawiający wykluczając Odwołującego z udziału w postępowaniu naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Stwierdzając wskazane naruszenie przepisów ustawy Pzp Izba postanowiła uwzględnić odwołanie, uznając jednocześnie, że stwierdzone naruszenie ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert powinno bowiem doprowadzić w efekcie do zmiany wyniku postępowania, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 – 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....