

Sygn. akt: KIO 2140/12

## WYROK

z dnia 18 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **QB - ENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, 80-258 Gdańsk, Al. Grunwaldzka 164/7 i B..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Q - BART B..... K..... z siedzibą w Gdańsku, 80-258 Gdańsk, Al. Grunwaldzka 164/8** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 3811 w Krakowie, 30-901 Kraków, ul. Krakowska 2 Rząska,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Megatherm Sp. z o.o. z siedzibą w Chmielowicach, 46-070 Chmielowice, ul. Łąkowa 2; Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, 45-260 Opole, ul. Olsztyńska 25** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2140/12 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddała odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia QB - ENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, 80-258 Gdańsk, Al. Grunwaldzka 164/7 i B..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Q - BART B..... K..... z siedzibą w Gdańsku, 80-258 Gdańsk, Al. Grunwaldzka 164/8 i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **QB - ENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, 80-258 Gdańsk, Al. Grunwaldzka 164/7** i **B..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Q - BART B..... K..... z siedzibą w Gdańsku, 80-258 Gdańsk, Al. Grunwaldzka 164/8** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Jednostka Wojskowa 3811 w Krakowie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Obsługę kotłowni na paliwo stałe zlokalizowanych na terenie kompleksów wojskowych administrowanych przez Jednostkę Wojskową 3811 Rząska”. Przedmiotowe postępowanie podzielono na 4 zadania.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 sierpnia 2012 r., nr 2012/S 154-257597.

W dniu 27 września 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia QB - ENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i B..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Q - BART B..... K..... z siedzibą w Gdańsku, zwanych dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej dla zadania nr 4 oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Megatherm Sp. z o.o. z siedzibą w Chmielowicach i Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, zwanych dalej „konsorcjum Megatherm”.

W dniu 5 października 2012 r. (pismem z dnia 4 października 2012 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 4 października 2012 r.) wobec czynności polegającej na niezgodnym z prawem zaniechaniu czynności wezwania konsorcjum Megatherm do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez niewyjaśnienie okoliczności spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wybór oferty wykonawcy, który może tego warunku nie spełniać,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 4,

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wezwania konsorcjum Megatherm do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego wykazu usług w zakresie umożliwiającym weryfikację złożonych informacji,

3. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż treść wykazu wykonanych usług złożonego przez konsorcjum Megatherm budzi uzasadnione wątpliwości w zakresie potwierdzenia spełnienia wymaganego warunku doświadczenia. Dlatego też zamawiający powinien zastosować procedurę wyjaśnień przewidzianą art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Jak wynika ze spornego wykazu, konsorcjum Megatherm, miało wykonać trzy usługi, tzn. zawrzeć trzy odrębne umowy, na rzecz tego samego zamawiającego, w tych samych obiektach, w trakcie jednego sezonu grzewczego 2011/2012, ale w rozbiciu na trzy okresy, obejmujące odpowiednio trzy miesiące i kolejno po dwa miesiące. Kierując się wiedzą i doświadczeniem życiowym zamawiający powinien zdawać sobie sprawę, że w branży eksploatacji obiektów ciepłowniczych niecelowe i nierealne byłoby zawieranie kontraktów na obsługę kotłowni, na okresy krótsze niż tzw. sezon grzewczy. Wątpliwości budzi ponadto brak weryfikacji przez zamawiającego, czy obiekty wskazane w wykazie w ogóle istnieją (wobec braku sprecyzowania ich lokalizacji). Ponadto Zamawiający nie zweryfikował roli podmiotu, który był zleceniodawcą dla Konsorcjum M.PUW, mianowicie Przedsiębiorstwa Usługowo Handlowego „Ann-Pol” w Opolu, gdyż jest to firma zajmująca się sprzętaniem budynków, natomiast nie można uzyskać żadnej informacji aby miała ona eksploatować jakiegokolwiek obiekty ciepłownicze.

Nadto odwołujący podniósł, iż w przedmiotowym postępowaniu istotny jest również fakt, iż ofertę złożyło Konsorcjum. Skoro zatem zamawiający żądał wykazania się doświadczeniem w postaci wykonania w ostatnich 3 latach trzech usług podobnych do przedmiotu zamówienia, to konsorcjum spełni ten warunek, jeżeli trzema dostawami wykaże się co najmniej jeden konsorcjant. Nie stanowi spełnienia warunku wykazanie się, np. jedną usługą przez jednego konsorcjanta oraz dwoma usługami przez drugiego członka konsorcjum. W takim wypadku całe konsorcjum podlegałoby wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jeden z uczestników konsorcjum – firma Megatherm, został wpisany do rejestru przedsiębiorców w dniu 24.02.2012 r. Dlatego nie może on wykazać wykonania usług od 01.10.2011 do 24.02.2012 r. Z przedłożonego wykazu nie wynika natomiast bez żadnej wątpliwości, który z uczestników konsorcjum miałby wykonywać przedmiotowe usługi i czy faktycznie wykonane zostały wymagane trzy zadania przez jednego z członków konsorcjum. Wykaz bowiem obejmuje okres po zarejestrowaniu firmy Megatherm, wobec czego jest możliwa również sytuacja, że żaden z członków konsorcjum

nie może wykazać wymaganego doświadczenia. Również ta okoliczność uzasadnia zastosowanie trybu wyjaśnień z art. 26 ust 4 ustawy Pzp.

W dniu 5 października 2012 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 8 października 2012 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Megatherm przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w treści SIWZ (pkt 9 „Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków oraz wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających ich spełnienie”) wskazał, iż „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy nie wykluczeni na podstawie art. 24 ustawy Pzp oraz spełniający warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i wymagania określone w niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności dotyczące: (...)

9.2 Posiadania wiedzy i doświadczenia:

W celu potwierdzenia, że Wykonawca posiada niezbędną do wykonania zamówienia wiedzę i doświadczenie, do oferty należy dołączyć następujące dokumenty:

Zamawiający uzna, iż Wykonawca spełnia powyższy warunek udziału w postępowaniu jeśli wykaże, że wykonał co najmniej trzy usługi – dla każdego zadania zgodne z przedmiotem zamówienia (obsługa i eksploatacja kotłowni, dostawa paliwa) o wielkości nie mniejszej niż 500 kW mocy zamówionej w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu

składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wzór zał. nr 7 do SIWZ.

Do wykazu wykonanych usług Wykonawca może dołączyć dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie (referencje). (...)"

Nadto Izba ustaliła, iż w tabeli „Wykazu wykonywanych usług” (załącznik nr 7 do SIWZ) zamawiający wymagał podania „Nazwy i przedmiotu usługi, jego lokalizacji, nazwy i adresu zamawiającego”, „mocy zamówieniowej”, „daty wykonania usługi od-do” oraz „całkowitej wartości usługi”. Wzór przedmiotowego wykazu zawierał także informację „Wykonawca może dołączyć dokumenty potwierdzające, że ww. usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (referencje)”.

Konsorcjum Megatherm w załączeniu do oferty złożyło „Wykaz wykonywanych usług”, w którym wyspecyfikowano następujące usługi:

1. W kolumnie 2 „Nazwa, przedmiotu usługi, jego lokalizacja, nazwa i adres zamawiającego” wpisano „obsługa kotłowni na paliwo stałe w Katowicach, Łazach, Dębicy i Chmielowicach; Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „ANN-POL”, 45-260 Opole, ul. Olsztyńska”; w kolumnie 3 „moc zamówieniowa” wpisano „Powyżej 0,5 MW”; w kolumnie 4 „data wykonania usługi od-do” wpisano „01.10.2011 – 31.12.2011” oraz w kolumnie 5 „całkowita wartość usługi” wpisano „249 858,45”.
2. W kolumnie 2 „Nazwa, przedmiotu usługi, jego lokalizacja, nazwa i adres zamawiającego” wpisano „obsługa kotłowni na paliwo stałe w Katowicach, Łazach, Dębicy i Chmielowicach; Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „ANN-POL”, 45-260 Opole, ul. Olsztyńska”; w kolumnie 3 „moc zamówieniowa” wpisano „Powyżej 0,5 MW”; w kolumnie 4 „data wykonania usługi od-do” wpisano „01.01.2012 – 29.02.2012” oraz w kolumnie 5 „całkowita wartość usługi” wpisano „165 195,70”.
3. W kolumnie 2 „Nazwa, przedmiotu usługi, jego lokalizacja, nazwa i adres zamawiającego” wpisano „obsługa kotłowni na paliwo stałe w Katowicach, Łazach, Dębicy i Chmielowicach; Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe „ANN-POL”, 45-260 Opole, ul. Olsztyńska”; w kolumnie 3 „moc zamówieniowa” wpisano „Powyżej 0,5 MW”; w kolumnie 4 „data wykonania usługi od-do” wpisano „01.03.2012 – 30.04.2012” oraz w kolumnie 5 „całkowita wartość usługi” wpisano „167 949,47”.

Odwołujący zakwestionował powyższy wykaz podnosząc m.in., iż wykaz ten budzi uzasadnione wątpliwości w zakresie potwierdzenia spełnienia wymaganego warunku doświadczenia, wobec których zamawiający powinien zastosować procedurę wyjaśnień przewidzianą art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do wyjaśnienia złożonych w ofercie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a więc

zarówno tych dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków podmiotowych, jak i tych, które są składane na potwierdzenie spełnienia wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Tak więc zamawiający jedynie w sytuacji, gdy treść dokumentu składanego przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu budzi jakieś wątpliwości ma prawo przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, występując do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień dotyczących treści takiego właśnie dokumentu. W niniejszym stanie faktycznym treść przedłożonego przez konsorcjum Megatherm dokumentu (wykazu wykonywanych usług) nie wzbudziła u zamawiającego - co konsekwentnie podkreślał on na rozprawie - żadnych wątpliwości. W celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia żądał on bowiem złożenia jedynie stosownego wykazu, wypełnionego w sposób ściśle w nim określony, a więc z podaniem konkretnie wskazanych informacji. Poza przedmiotowym wykazem wykonawca nie był zobowiązany do złożenia jakichkolwiek dodatkowych dokumentów, w tym także referencji. Na podstawie tak uzyskanych informacji zamawiający jednoznacznie stwierdził, iż złożony przez konsorcjum Megatherm i w sposób wymagany wypełniony wykaz wykonywanych usług potwierdza, iż wykonawca ten spełnia postawiony przez niego w SIWZ warunek posiadania wiedzy i doświadczenia. W ocenie Izby faktycznie tak jest. W wykazie zostały bowiem podane wszelkie wymagane informacje. Tak więc stawianie na obecnym etapie postępowania zarzutu, iż użyty przez zamawiającego w kolumnie 2 tabeli wykazu wykonanych usług wyraz „lokalizacja” należy rozumieć inaczej i utożsamiać z adresem jest nieuprawnione. Jak słusznie podniósł zamawiający termin ten należy bowiem rozumieć szerzej, a mianowicie jako miejsce znajdowania się przedmiotu zamówienia, jego położenie, a nie adres. Nietrafiony jest również zarzut braku weryfikacji istnienia i wiarygodności firmy wskazanej w wykazie (Przedsiębiorstwa Usługowo – Handlowego „ANN-POL” z siedzibą w Opolu), jako tej na rzecz, której zamówienie było realizowane. Firma ta – wbrew twierdzeniom odwołującego – prowadzi tego typu działalność jaka objęta jest przedmiotem niniejszego zamówienia. Na okoliczność tę zamawiający przedłożył informację z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej a przystępujący (konsorcjum Megatherm) okazał Izbie plik referencji obejmujących usługę obsługi kotłowni wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi. Tym samym argument odwołującego nie znajduje potwierdzenia w materiale dowodowym niniejszej sprawy, zwłaszcza, że to na odwołującym - zgodnie z art. 6 k.c. – spoczywa ciężar dowodu. Tymczasem stawiane przez niego zarzuty oraz argumenty przytaczane na ich poparcie opierają się na niczym nieuzasadnionych przypuszczeniach.

Nadto stwierdzić należy, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum) przy ocenie spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp należy brać pod uwagę łączny potencjał techniczny i

kadrowy wykonawców, ich łączną wiedzę i doświadczenie oraz łączną sytuację ekonomiczną i finansową. Tylko taki bowiem sens mogą mieć przepisy o wspólnym ubieganiu się o zamówienie. Tym samym zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....