

**WYROK**

**z dnia 21 grudnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **S....., S..... Starkam Spółka Jawna, 40-219 Katowice, ul. Zakopiańska 1a** w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy Spółka Akcyjna, 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18,**

przy udziale wykonawcy **Dräger Safety Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-902 Bytom, ul. Chorzowska 25,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

**1) oddala odwołanie;**

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **S....., S..... Starkam Spółka Jawna, 40-219 Katowice, ul. Zakopiańska 1a** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy S....., S..... Starkam Spółka Jawna, 40-219 Katowice, ul. Zakopiańska 1a na rzecz Katowickiego Holdingu Węglowego Spółka Akcyjna, 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18, kwotę **4 085 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące osiemdziesiąt pięć złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby (3 600 zł i 485 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. 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 Katowicki Holding Węglowy Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę aparatów uciezkowych regenerujących do kopalń Katowickiego Holdingu Węglowego Spółka Akcyjna”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 10/10/2012 r., nr 2012/S 195-321391 (zamówienie sektorowe).

Odwołujący S....., S..... Starkam Spółka Jawna z siedzibą w Katowicach wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, w jego ocenie, czynności Zamawiającego polegających na naruszeniu przepisów:

1) art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 25 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 44 przez uznanie, że wykonawca Dräger Safety Polska Sp. z o.o. przez przedłożenie listu referencyjnego z dnia 14.10.2010 r. spełnił obowiązek w zakresie złożenia oświadczenia Odbiorcy o wykonaniu przez tegoż wykonawcę dostaw i należywym wykonaniu dostaw wykazanych w wykazie stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ;

2) art. 7 ust. 1 i 3 przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez, między innymi, zaniechanie wezwania do uzupełnienia i do złożenia oświadczenia odnośnie wymaganych, na podstawie ustawy oraz postanowień SIWZ, dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykonawcy Dräger Safety Polska Sp. z o.o. w związku z oczywistą sprzecznością treści oświadczenia zawartego w wykazie stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, a treścią listu referencyjnego z dnia 14.10.2010 r. w przedmiocie oznaczenia odbiorcy dostaw wykonanych przez tegoż wykonawcę i dostaw wykonanych przez inny podmiot nie będący wykonawcą oraz załączenia listu referencyjnego odnoszącego się odnośnie dostaw wykonanych do innego odbiorcy, aniżeli odbiorca wskazany w wykazie stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ przez samego wykonawcę Dräger Safety Polska Sp. z o.o., a w przypadku ich nie uzupełnienia lub złożenia dokumentów, które w dalszym ciągu nie będą

potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz nieudzielenia wyjaśnień przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Dräger Safety Polska Sp. z o.o. i tym samym całkowicie chybionego dokonania wyboru oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej;

3) art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z zaniechaniem wykluczenia z postępowania wykonawcy Dräger Safety Polska Sp. z o.o., pomimo że do wykazu dostaw stanowiących załącznik nr 4 SIWZ wykonawca ten nie dołączył wymaganego przez Zamawiającego oświadczenia odbiorcy o należyтым wykonaniu dostaw wykazanych w wykazie, co wynika wprost z przedłożonego listu referencyjnego z dnia 14.10.2010 r., bowiem dotyczy on innego Odbiorcy KGHM Polska Miedź S.A., a co powinno skutkować wykluczeniem z postępowania Dräger Safety Polska Sp. z o.o. jako nie spełniającego kryteriów dopuszczenia do udziału w przetargu i konsekwentnie odrzuceniem jego oferty i wyborem oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej;

4) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z zaniechaniem wykluczenia z postępowania wykonawcy Dräger Safety Polska Sp. z o.o., bez wzywania do uzupełnienia braków i złożenia wyjaśnień, ze względu na złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w wykazie dostaw stanowiącym załącznik nr 4, o czym świadczy sprzeczność treści oświadczenia o wykazie dostaw a listu referencyjnego, co miało bezpośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego wyboru oferty Dräger Safety Polska Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) wykluczenie Dräger Safety Polska Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w następstwie uznania jej oferty za podlegającą odrzuceniu;
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego;
- 4) wyboru oferty Odwołującego.

Z ostrożności procesowej, w przypadku nie uwzględnienia powyższego, Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą czynności Zamawiającego w postaci wyboru oferty Dräger Safety Polska Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o uzyskanie zamówienia publicznego,
- 3) zobowiązanie Zamawiającego do wezwania Dräger Safety Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia zgodnie z ustawą i postanowieniami SIWZ oraz w przypadku nie złożenia dokumentów lub nie złożenia wyjaśnień w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia zgodnie z ustawą i postanowieniami SIWZ wykluczenia wykonawcy;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia zasad zamówień określonych w ustawie Pzp, doznał uszczerbku interes *prawny* Odwołującego ubiegającego się o udzielenie zamówienia przez naruszenie

zasady równości stron, co w konsekwencji utrudniło Odwołującemu udział w postępowaniu. Interes *prawny i faktyczny* w złożeniu odwołania wynika z faktu, że w postępowaniu zostały złożone jedynie dwie oferty, przy czym oferta Odwołującego nie została odrzucona, a nadto Odwołujący nie został wykluczony. Tym samym, w przypadku wykluczenia Dräger Safety Polska Sp. z o.o. zostanie wybrana oferta Odwołującego i Odwołujący uzyska zamówienie. Ponadto, w przypadku nie złożenia odwołania i nie uzyskania zamówienia, Odwołujący poniesie wymierną szkodę majątkową, bowiem jego oferta została skalkulowana na poziomie 10% dochodu w przypadku realizacji zamówienia przez Odwołującego, którego to dochodu nie uzyska w przypadku nie złożenia odwołania i nie uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, co następuje. W postępowaniu wpłynęły dwie oferty, to jest oferta Odwołującego oraz oferta Dräger Safety Polska Sp. z o.o. Żaden z wykonawców nie został wykluczony, nadto żadna z złożonych ofert nie została odrzucona. Zamawiający kierując się kryterium ceny (100 %) dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Dräger Safety Polska Sp. z o.o.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający swoim postępowaniem naruszył podane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp, powodując brak zapewnienia warunków uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 22 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać oferenci, którzy spełniają m.in. warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu odnośnie zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszenia do składania ofert na oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 ustawy Pzp). Wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli Zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty (art. 44 ustawy Pzp).

Podniósł, że Zamawiający w rozdziale I ust. 5 SIWZ zatytułowanym: Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, w ust. 5.1. pkt 2) wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający oceni spełnienie warunków udziału w postępowaniu wg formuły „spełnia”, „nie spełnia” na podstawie złożonych dokumentów. Wykonawca musi wykazać spełnienie każdego z warunków. Niespełnienie któregokolwiek warunku spowoduje wykluczenie wykonawcy (5.2). W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w ust. 5.1 zamawiający zażądał od wykonawców złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonanych, dostaw aparatów ucieczkowych regeneracyjnych odpowiadających przedmiotowi zamówienia na kwotę 3.000.000,00 zł w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu,

dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie przez Odbiorcę (zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ - ust. 6.1).

Wykonawca zgodnie z ust. 6.9 SIWZ miał składać wszystkie dokumenty w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność przez wykonawcę. Dokumenty sporządzone w języku obcym Wykonawca miał złożyć wraz z tłumaczeniem na język polski. (ust. 6.12.)

W związku z powyższym każdy z wykonawców miał obowiązek wykazać spełnienie warunków dopuszczających do udziału w postępowaniu przez złożenie oświadczenia w postaci wykazu wykonanych w okresie ostatnich 3 lat dostaw aparatów ucieczkowych regeneracyjnych, według załącznika nr 4 do SIWZ. Ponadto, jako załącznik do wykazu wykonanych w ww. okresie dostaw należało dołączyć dokumenty wystawione przez Odbiorców potwierdzające, że te dostawy zostały wykonane należycie.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z ust. 10.3. SIWZ: Do oferty muszą być dołączone wszystkie załączniki określone w SIWZ. W przypadku, gdy którykolwiek załącznik nie dotyczy Wykonawcy, należy go podpisać zgodnie z reprezentacją firmy i z adnotacją „nie dotyczy”; z ust. 10.5 SIWZ: Oferta oraz wszystkie oświadczenia, dokumenty i załączniki wymagające podpisu osób uprawnionych do reprezentowania Wykonawcy zgodnie z przepisami prawa. Wszelkie pisma, sporządzone w językach obcych muszą być przetłumaczone na język polski i podczas oceny oferty zamawiający miał opierać się na tekście przetłumaczonym.

*Dowód: SIWZ przetargu na dostawę aparatów ucieczkowych regeneracyjnych do kopalń Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., wraz załącznikiem nr 4 (w aktach Zamawiającego) - wszystkie na okoliczność ich treści; określenia warunków, jakie wykonawca musi spełnić w celu wzięcia udziału w przetargu; określenia rodzaju wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawcę ww. warunków udziału w postępowaniu oraz wykonanie przez wykonawców należycie dostaw.*

Wykonawca Dräger Safety Polska Sp. z o. o. w dniu 12.11.2012 r. złożył wykaz dostaw wykonanych w okresie ostatnich trzech lat. W załączeniu do wykazu wykonawca załączył pismo z dnia 14.10.2010 r. podpisane przez A..... S..... w imieniu spółki P.H.-P. Mercus Sp. z o.o., w którym stwierdził, że firma Dräger Safety Polska Sp. z o.o. oraz Dräger Safety AG & Co. KGaA są dostawcą aparatów ucieczkowych dla KGHM Polska Miedź S.A. oraz że dostawy te są realizowane cyklicznie od roku 2008r. do chwili obecnej, czyli 14.10.2008 r.

Wykonawca nie dołączył do wykazu żadnych innych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych w wykazie dostaw do PHP Mercus Spółka z o.o. *Dowód: wypełniony załącznik nr 4 do SIWZ w aktach Zamawiającego oraz pismo PHP Mercus Spółka z o.o. z dnia 14.10.2010 r. w aktach Zamawiającego, wszystkie na okoliczność ich treści, sprzeczności pomiędzy treścią oświadczenia (wykaz dostaw), a treścią listu referencyjnego i braku oświadczenia odbiorcy zarówno KGHM Polska Miedź S.A. oraz PHP Mercus Spółka z o.o. w przedmiocie należytego*

*wykonania przez Wykonawcę dostaw wskazanych w wykazie dostaw PHP Mercus Spółka z o.o. na okoliczność nie spełnienia przez Dräger Safety Polska Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wiedzy i doświadczenia żądanych w SIWZ przetargu.*

W związku z powyższym Odwołujący wskazał, że przedłożona kserokopia dokumentu z dnia 14.10.2010 r. nie stanowi oświadczenia Odbiorcy (listu referencyjnego), potwierdzającego, że dostawy wymienione w wykazie dostaw zostały wykonane. Z treści ww. pisma bowiem wynika, iż dostawy były realizowane na rzecz KGHM Polska Miedź S.A. i odbiorcą była KGHM Polska Miedź S.A., a nie spółka P.H.-P. Mercus Sp. z o.o. wystawiająca list referencyjny. Ponadto, z pisma tego wynika, że dostawcą był nie tylko wykonawca Dräger Safety Polska Sp. z o.o. ale też Dräger Safety AG & Co. KGaA. Wobec czego wykonawca nie przedłożył żadnych dokumentów potwierdzających należyte spełnienie dostaw na rzecz PHP Mercus Sp. z o.o., którego to odbiorcę wskazał w wykazie dostaw.

Wskazał, że wymaga podkreślenia, że pomiędzy oświadczeniem wykonawcy zawartym w wykazie dostaw oraz listem referencyjnym z dnia 14.10.2010 r. występuje oczywista sprzeczność. Zgodnie z ust. 6.1. SIWZ w wykazie dostaw każdy z wykonawców był zobowiązany do wskazania odbiorców w wykazie dostaw, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W wykazie, jako odbiorca została wskazana spółka PHP Marcus Sp. z o.o. Ponadto w celu potwierdzenia należytego wykonania dostaw wykonawca był także zobowiązany do wystawienia listu referencyjnego, w postaci oświadczenia odbiorcy, iż dostawy zostały należyście wykonane. Z treści listu referencyjnego wynika, iż dostawy były wykonywane na rzecz innego podmiotu niż wystawiający list referencyjny (odbiorca) a nadto wspólnie z zagranicznym podmiotem (spółką matką dla wykonawcy), który nie bierze udziału w przetargu, ani też nie złożył zapewnienia odnośnie udostępnienia swojego potencjału wykonawcy.

W związku z powyższym oświadczenie wykonawcy zawarte w wykazie nie jest zgodne z stanem faktycznym odnośnie dokonanych przez niego realizacji dostaw, wynika to wprost z zestawienia wykazu z przedstawionym do niego załącznikiem w postaci referencji. Tym samym bez wątpienia wykonawca więc nie udowodnił, iż spełnia określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

Wykonawca na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty nie udowodnił, iż spełnia określone Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, a podane przez niego w wykazie informacje nie są potwierdzone oświadczeniem odbiorcy, iż to on był dostawcą, a nie drugi podmiot wymieniony w referencjach, jak też, że dostawy zostały należyście wykonane, co wprost wynika z porównania treści oświadczenia (wykazu dostaw) i listu referencyjnego.

Wobec powyższego zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykonawca Dräger Safety Polska Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania, bowiem nie złożył wymaganych przez Zamawiającego informacji i oświadczeń, mających istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania, i nie wykazał spełnienia warunków udziału. W związku z czym Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy na podstawie kwestionowanych przez Odwołującego się oświadczeń

nie wykluczył wykonawcy z przetargu i dokonał m.in. wyboru oferty tego wykonawcy.

Ponadto, Dräger Safety Polska Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania także na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bez wzywania do uzupełnienia braków i złożenia wyjaśnień, ze względu na złożenie przez Dräger Safety Polska Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji w wykazie dostaw stanowiącym załącznik nr 4, o czym świadczy sprzeczność treści oświadczenia o wykazie dostaw a listu referencyjnego, co miało bezpośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił, że w oparciu o przedłożony przez wykonawcę wykaz dostaw oraz list referencyjny Zamawiający winien był wykluczyć wykonawcę z przetargu a z pewnością w świetle istniejących sprzeczności treści tychże dokumentów Zamawiający winien wezwać wykonawcę do wyjaśnienia, w jakim zakresie list referencyjny odnosi się do dostaw wykonywanych przez Dräger Safety Polska Sp. z o.o., a w jakim zakresie do dostaw realizowanych przez Dräger Safety AG& Co. KGaA, pomijając przy tym nawet zarzut, iż z tego listu referencyjnego wynika wprost, że wystawiający go nie był odbiorcą aparatów ucieczkowych regenerujących. W liście referencyjnym jest mowa wprost o dwóch dostawcach. W związku z czym z załączonego dokumentu w postaci listu referencyjnego nie może wynikać również, iż stanowi on potwierdzenie oświadczeń w zakresie wielkości dostaw wskazanych w wykazie złożonym przez Dräger Safety Polska Sp. z o. o. Nadto wyjaśnienia wymagała także wskazania, jako odbiorcę w liście referencyjnym, innego odbiorcy wykazanego przez wykonawcę w wykazie stanowiącym załącznik nr 4 SIWZ.

Podkreślił, że pomimo, iż nie ma wymogu do wskazywania w liście referencyjnym dokładnie ilości i wartości dostaw wskazanych w oświadczeniu wykonawcy, to jednak treść listu referencyjnego ma służyć wykazaniu przez wykonawcę wykonania należycie wymienionych w wykazie dostaw i stanowić jego dopełnienie. W okolicznościach faktycznych sprawy przedłożony list w żaden sposób nie potwierdza wymienionych w wykazie dostaw, a wręcz przeczy wprost całkowicie treści oświadczenia złożonego przez wykonawcę w wykazie stanowiącym załącznik nr 4 SIWZ.

Z ostrożności procesowej podniósł, że sprzeczność oświadczenia Dräger Safety Polska Sp. z o.o. o wykonanych dostawach ze stanem faktycznym dotyczącym ich wykonania, opisanym w liście referencyjnym jest ewidentna, i Dräger Safety Polska Sp. z o.o. złożył w związku z tym nieprawdziwe oświadczenia, skutkujące wykluczeniem wykonawcy bez wzywania do uzupełnienia. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Zamawiający powinien wezwać wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba, że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Powyższy obowiązek znalazł swoje odzwierciedlenia także w ust. 5.3. SIWZ. W sytuacji gdyby wykonawca nie wyjaśnił istniejących sprzeczności czy też nie przedłożył (...) należałoby uznać, iż taki wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wówczas zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należy go także wykluczyć z postępowania.

Zamawiający z naruszeniem z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp zaniechał ciążącego na nim obowiązku



wezwania Dräger Safety Polska Sp. z o.o. do przedłożenia wymaganych ustawą i SIWZ dokumentów oraz złożenia wyjaśnień, w celu wykazania przez ww. wykonawcę spełnienia warunków udziału w przetargu. Powyższe działanie z naruszeniem art. 7 ustawy nie zapewniało warunków uczciwej konkurencji i w sposób nieuzasadniony uprzywilejowało jednego z uczestników postępowania, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu i winien zostać wykluczony i doprowadziło do wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu, w związku z wykluczeniem wykonawcy.

W końcu Odwołujący zarzucił, że dołączony przez Dräger Safety Polska Sp. z o.o. dokument nie stanowi także oświadczenia odbiorcy, o którym mowa w załączniku nr 4 do SIWZ ze względu na brak umocowania A..... S..... do reprezentowania spółki PHP Mercus sp. z o.o., w której imieniu A..... S..... złożył oświadczenie wiedzy. Zgodnie z 10.3. SIWZ i 10.5 SIWZ oświadczenie to nie odpowiada przesłankom formalnym określonym w tych postanowieniach, bowiem nie został on podpisany zgodnie z reprezentacją spółki PHP Mercus sp. z o.o. oraz nie został opatrzony adnotacją „nie dotyczy”. *Dowód: aktualny odpis z KRS PHP Mercus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, na okoliczność braku umocowania A..... S..... do reprezentowania spółki PHP Mercus sp. z o.o., osób uprawnionych do reprezentowania tejże spółki.*

Odwołujący podkreślił, że nawet jeśli przyjąć, iż list referencyjny ma walor oświadczenia wiedzy a nie oświadczenia woli, i nie wymaga zachowania sposobu reprezentacji ujawnionego w KRS, to Andrzej Sobiecki składał oświadczenie wiedzy dotyczące realizacji dostaw na rzecz KGHM Polska Miedź S.A. Tymczasem A..... S..... jak wynika z dokumentu zajmował stanowisko Dyrektora Biura Handlu Zagranicznego w PHP Mercus Sp. z o.o., a nie KGHM Polska Miedź S.A. W związku z czym brak jest podstaw faktycznych do składania wiążących oświadczeń wiedzy przez A..... S..... o otrzymaniu dostaw i należywym wykonaniu dostaw na rzecz podmiotu trzeciego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 38 k.c. osoba prawna działa przez swoje organy. Brak właściwej reprezentacji skutkuje nieważnością oświadczenia, która to ważność nie może być konwalidowana. Po pierwsze, wykładnia art. 39 z jednej strony i wykładnia art. 103 k.c. z drugiej strony prowadzi do wniosku, że zachodzi daleko idąca zbieżność w ujęciu, a nawet w szacie słownej tychże przepisów. Uzasadnia to domniemanie, że ustawodawca nie przeoczył w art. 39 k.c. tego członu dyspozycji normy w nim zawartej, która mówiłaby o możliwości potwierdzenia umowy, ale świadomie i celowo go pominął. Wykluczyć więc należy nawet możliwość konstruowania możliwości dobudowywania tegoż członu do art. 39, który by uzależniał ważność czynności od jej potwierdzenia w drodze analogii, (możliwość domniemania pełnomocnictwa jest zdaniem skarżącego absolutnie wykluczona, nie ma jej nawet w art. 103 k.c.). Po drugie, analogię wyłącza też wzgląd na różnice, jakie występują między działaniem rzekomego przedstawiciela i działaniem przez organ. O ile przy pełnomocnictwie można przyjąć, że działa pełnomocnik, a skutki powstają w sferze prawnej mocodawcy, występuje zatem działanie dwóch osób, których jedna może wobec tego potwierdzić działanie drugiej, o tyle zgodnie z teorią organu należy uważać, że działanie osoby stanowiącej organ osoby prawnej jest działaniem samej tej osoby prawnej. Jeżeli za tę osobę działał ktoś, kto nie był jego organem, to z punktu widzenia prawa do żadnego działania osoby prawnej w ogóle nie doszło i zatem złożone oświadczenia tejże osoby są jedynie jej osobistymi oświadczeniami i nie

mogą być rozpatrywane w ogóle, jako oświadczenia osoby prawnej w imieniu, której te osoby fizyczne rzekomo działają.

W świetle powyższego, Odwołujący uznał, że odwołanie jest konieczne i zasadne.

Do postępowania odwoławczego przystąpił skutecznie po stronie Zamawiającego wykonawca Dräger Safety Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący spełnia przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, o których stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W postępowaniu złożono dwie oferty z cenami: Odwołujący 4 497 556,50 zł i uczestnik postępowania odwoławczego z ceną 4 469 512,50 zł. Różnica cen nie jest znacząca, z uwagi na jedyne kryterium oceny ofert - cena o znaczeniu 100%, Zamawiający dokonał wyboru oferty uczestnika postępowania, jako najkorzystniejszej, z zastosowaniem kryterium ceny.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu - posiadania wiedzy i doświadczenia - Zamawiający wymagał złożenia *Wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw aparatów uciezkowych regeneracyjnych odpowiadających przedmiotowi zamówienia, na kwotę co najmniej 3 000 000 zł w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (załącznik nr 4 do SIWZ), [Rozdział I pkt 6. 6.1.1 SIWZ].*

Uczestnik postępowania odwoławczego załączył do oferty *Wykaz wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat dostaw aparatów uciezkowych regeneracyjnych*, wskazując jako podmiot zlecający zamówienie PHP Mercus Sp. z o.o. - Załącznik nr 4 do SIWZ (str. 17 oferty). Załączył też, zgodnie z wymaganiem zamieszczonym w załączniku nr 4 do SIWZ: *W załączeniu do niniejszego wykazu należy dołączyć dokumenty wystawione przez Odbiorców potwierdzające, że te dostawy zostały wykonane należycie Zamawiający dopuszcza przedstawienie innych dokumentów potwierdzających tę okoliczność*, List referencyjny z dnia 14.10.2010 wystawiony przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjne „Mercus” Sp. z o.o. z siedzibą w Polkowicach, Grupa Kapitałowa KGHM Polska Miedź S.A., którego treścią było potwierdzenie, że (...) *firma Dräger Safety Polska Sp. z o.o. i Dräger Safety AG Co. KGaA są dostawcą aparatów uciezkowych dla KGHM Polska Miedź S.A. Dostawy aparatów są realizowane cyklicznie od roku 2008 do chwili obecnej. Kontrahent wywiązuje się ze swoich zobowiązań należycie a współpraca przebiega bez zastrzeżeń*. List został podpisany przez Dyrektora Biura Handlu Zagranicznego A..... S.....

Na rozprawie Zamawiający złożył oświadczenie zatytułowane *REFERENCJE* Dyrektora Naczelnego ds. Technologii i Infrastruktury Produkcyjnej P..... M..... KGHM Polska Miedź S.A. z

siedzibą w Lubinie z dnia 12 grudnia 2012 r., o treści: *Niniejszym potwierdzam, że firma Drager Safety Polska Sp. z o.o. jest dostawcą aparatów uciezkowych dla trzech zakładów górniczych KGHM Polska Miedź S.A. Dostawy w latach 2008 do 2012 realizowane były za pośrednictwem naszej spółki zależnej PHP Mercus Sp. z o.o., w której KGHM Polska Miedź S.A. posiada 100% udziałów. Dostawy aparatów uciezkowych od roku 2012 do chwili obecnej realizowane są bezpośrednio do zakładów górniczych. Współpraca z Kontrahentem w zakresie realizacji uzgodnionych zobowiązań przebiega bez zastrzeżeń.*

Zamawiający złożył też odpis Krajowego Rejestru Sądowego nr 0000035799, stan na dzień 17.08.2012 r., Przedsiębiorstwa Handlowo-Produkcyjnego „Mercus” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Polkowicach, 59-101 Polkowice, ul. Kopalniana 11, z którego wynika, że KGHM Polska Miedź Spółka Akcyjna jest współnikiem posiadającym całość udziałów spółki. W dziale 2 odpisu rejestru wskazano w opisie sposobu reprezentacji spółki uprawnienia prezesa, członków zarządu, prokurentów albo pełnomocników do podpisywania umów. Wyjaśnił, że Kombinat Górniczo-Hutniczy Polska Miedź S.A. był odbiorcą dostaw realizowanych przez uczestnika postępowania odwoławczego, natomiast potwierdzenia dostawy dokonała PHP Mercus Sp. z o.o., jako podmiot zlecający wykonanie zamówień wykazanych w wykazie wykonanych w okresie ostatnich 3 lat dostaw aparatów uciezkowych regeneracyjnych - zał. nr 4 (str. 17 i 18 oferty uczestnika postępowania odwoławczego). Firma PHP Mercus Sp. z o.o. Spółka Mercus jest podmiotem, którego udziały w 100% należą do KGHM Polska Miedź S.A. PHP Mercus Sp. z o.o. kupuje sprzęt i przekazuje go, jako wyposażenie odpowiednim kopalniom. A..... S..... potwierdzający należyte wykonanie dostawy był odbiorcą urządzeń, a nie użytkownikiem, zatem mógł potwierdzić należyte wykonanie dostaw, jako bezpośredni odbiorca zamawianych urządzeń. Zamawiający wskazał, że w załączniku nr 4 do SIWZ, pod tabelą wykonanych dostaw, zamieścił wymóg, że do wykazu należy dołączyć dokumenty wystawione przez odbiorców (a nie użytkowników) potwierdzające, że dostawy zostały wykonane należycie.

Zamawiający podniósł, że na etapie opracowywania ofert wykonawcy nie zgłaszali żadnych pytań, czy wątpliwości dotyczących specyfikacji, przyjętej przez wykonawców bez zastrzeżeń. Powołał się na wyrok KIO z 04.11.2011 r., sygn. akt 2253/11, w którym Izba stwierdziła, że referencja jest to oświadczenie wiedzy, a nie woli podmiotu i zamawiający nie jest uprawniony do weryfikacji takiego oświadczenia, a tym bardziej do żądania pełnomocnictwa, odpisu z KRS, czy też innego dokumentu od wystawcy referencji. Zamawiający wyjaśnia też, że wbrew stanowisku Odwołującego przedstawionym w szczególności, jako złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania (7 i 8 strona uzasadnienia odwołania), nie występują sprzeczności pomiędzy treścią wykazu dostaw, a listem referencyjnym. W wykazie wskazano ostatni termin realizacji 16.08.2010 r., natomiast list referencyjny został wystawiony 14.10.2010 r., nie występują żadne sprzeczności w związku z wykonywaniem dostaw w sposób ciągły.

Zamawiający również wyjaśnił, że Dräger wystąpił z prośbą o ustosunkowanie się do treści wystawionej referencji przez Mercus do KGHM Polska Miedź S.A. i uzyskał stanowisko tegoż podmiotu z 12.12.2012 r. podpisane przez Dyrektora Naczelnego ds. Technologii i Infrastruktury Produkcyjnej P..... M.....o. Treścią listu referencyjnego (odpowiedzi) jest potwierdzenie, że firma Dräger Safety Polska Sp. z o.o.- jest dostawcą aparatów uciezkowych dla 3 zakładów górniczych KGHM Polska Miedź S.A. Dostawy były realizowane w latach 2008-2012 za pośrednictwem spółki zależnej PHP Mercus Sp. z o.o., w której KGHM Polska Miedź S.A. posiada 100% udziałów. Potwierdzono, że współpraca z kontrahentem w zakresie realizacji przedmiotowych dostaw przebiega bez zastrzeżeń. Na potwierdzenie, że jedynym wspólnikiem spółki Mercus jest KGHM Polska Miedź S.A., Zamawiający złożył do akt sprawy odpis KRS PHP Mercus Sp. z o.o.

Uczestnik postępowania odwoławczego podniósł, że badanie i ocena oferty zostały dokonane zgodnie z SIWZ. Stwierdził, że nie występuje rozbieżność pomiędzy wykazem a listem referencyjnym. Wyjaśnił, że nadal wykonuje dostawy aparatów uciezkowych regeneracyjnych, przy czym umowa z PHP Mercus Sp. z o.o. została zakończona, a dostawy odbywają się bezpośrednio do KGHM Polska Miedź S.A.

Odwołujący podtrzymał na rozprawie dotychczasowe stanowisko. Wyjaśnił, że poza stanowiskiem wyrażonym w odwołaniu nie dysponuje żadnymi dowodami, nie występował do KGHM Polska Miedź S.A. z pytaniem, co do zrealizowanych dostaw przez uczestnika postępowania odwoławczego, również nie ustalał uprawnień A..... S..... do podpisywania oświadczeń wiedzy.

Po przeprowadzeniu rozprawy, Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Odwołujący powołał się w treści odwołania na dowody wynikające z dokumentacji prowadzonego postępowania. Nie przedłożył dowodów na poparcie swoich twierdzeń zgodnie z zasadą kontrydktoryjności wynikającą z art. 190 ust. 1 ustawy. Załączone do oferty uczestnika postępowania odwoławczego - wykaz wykonanych dostaw i referencje potwierdzające należyte wykonanie dostaw nie budzą wątpliwości.

Oświadczenie wykonawcy przedstawione w wykazie dostaw nie zostało podważone przez Odwołującego, natomiast na potwierdzenie kwestionowania należytego wykonania dostaw (list referencyjny z 14.10.2010 r.) nie przedstawiono dowodów potwierdzających brak podstaw do wystawienia listu referencyjnego przez PHP Mercus Sp. z o.o. i podpisania listu przez A..... S.....

Izba uznała za przekonujące uzasadnienie stanowiska Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego, poparte pisemnym oświadczeniem KGHM Polska Miedź S.A. z 12 grudnia 2012 r., że firma Dräger Safety Polska Sp. z o.o. jest dostawcą aparatów uciezkowych dla trzech zakładów górniczych KGHM Polska Miedź S.A., a dostawy w latach 2008 do 2012 realizowane były za pośrednictwem PHP Mercus Sp. z o.o. Firma ta, jako spółka zależna (100% należących do KGHM Polska Miedź Sp. z o.o.) była podmiotem zlecającym zakupy aparatów uciezkowych oraz ich odbiorcą, zatem była uprawniona do potwierdzenia sposobu wykonania dostawy, zgodnie z żądaniem Zamawiającego zawartym pod tabelą w załączniku nr 4 do SIWZ.

Również nie budzi wątpliwości, w ocenie Izby, wskazany termin wykonania dostawy podanej w wykazie, jako ostatnia z wymaganego 3 letniego okresu - 16.08.2010 r. na wymaganą kwotę, co najmniej 3 000 000 zł - w porównaniu z datą wystawienia listu referencyjnego 14.10.2010 r., w którego treści jednoznacznie wskazano, że *Dostawy aparatów są realizowane cyklicznie od roku 2008 do chwili obecnej.*

W orzecznictwie i doktrynie przyjęto, że doświadczenie wykonawcy uzyskane w wyniku realizacji dostaw z innym wykonawcą, czy w wyniku wspólnego realizowania dostaw, czy powiązania w ramach tej samej grupy kapitałowej stanowi podstawę uznania doświadczenia wykonawcy za wystarczające.

Brak jest podstaw do kwestionowania listu referencyjnego z 14.10.201 r. z powodu podpisania pisma przez A..... S..... Dyrektora Biura Handlu Zagranicznego Przedsiębiorstwa Handlowo-Produkcyjnego Mercus Sp. z o.o.

Izba podziela stanowisko przyjęte w orzecznictwie, w szczególności wskazanym przez Zamawiającego wyroku z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. akt 2253/11, że: *referencje przedstawiane przez Wykonawców są oświadczeniami wiedzy, nie woli. (...) Przepisy ustawy Pzp, jak i aktów wykonawczych do niej, nie dają podstaw do weryfikacji osób uprawnionych do działania w imieniu podmiotów, na rzecz których wykonywane były określone roboty wykazywane przez Wykonawcę w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Brak zatem podstaw, jak chciałby tego Odwołujący, do stawiania Wykonawcom wymogu przedłożenia wraz z referencjami co najmniej odpisu dokumentu rejestrowego potwierdzającego uprawnienie do składania oświadczeń woli w imieniu podmiotu na rzecz którego świadczone były wykazywane prace. Możliwym bowiem jest, że uprawnienie do podpisywania oświadczeń wiedzy, jakimi są referencje, w imieniu takiego podmiotu wynikać będzie z jego wewnętrznych stosunków, nie jest zatem konieczne aby wynikało ono z dokumentów rejestrowych.*

Odwołujący formułując zarzuty odwołania wskazał naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, wnioskując (żądając) nakazanie wykluczenia uczestnika z postępowania, jako niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, co odpowiada przesłance zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, także jako podającego informacje nieprawdziwe, które miały wpływ na wynik postępowania - art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Przepisy art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp stanowią dwie odrębne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. W pkt 4 zobowiązano zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeśli nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji, zamawiający zobowiązany jest do zastosowania trybu uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp przez wezwanie wykonawcy, stosownie do treści tego przepisu. W pkt 3 zobowiązano zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Za nieprawdziwą informację uznaje się taką informację, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości.

Zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w sytuacji, gdy wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Interpretacja wskazanej przesłanki powinna być związana z art. 45 ust. 2 lit. g 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, zwanej „dyrektywą klasyczną” (prounijna wykładnia prawa). Z przepisu tego wynika, że z udziału w postępowania można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nie przekazania informacji wymaganych na mocy dyrektywy. W świetle wskazanej wykładni prawa, regulacja zawarta w art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy, kładąca nacisk na element świadomego wprowadzenia w błąd zamawiającego przez podanie nieprawdziwych informacji, stanowi wskazówkę interpretacyjną art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12 orzekł, że powołany przepis ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Orzekł też podobnie Sąd Okręgowy w Toruniu w wyroku z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt VI Ga 134/12.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp musi być poprzedzone potwierdzeniem w sposób nie budzący żadnych wątpliwości (zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji - art. 7 ust. 1 Pzp), że dany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje w rozumieniu przedstawionym wyżej oraz, że ich złożenie miało wpływ na wynik postępowania. W razie zarzutu zaniechania czynności przez Zamawiającego, ciężar udowodnienia okoliczności obciąża wykonawcę, który z przedstawionych faktów wywodzi skutki prawne.

W rozpoznanej sprawie Odwołujący nie wykazał, poza stwierdzeniem niepopartym dowodami, by wystąpiły przesłanki podania nieprawdziwych informacji, czy wystąpił brak potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie wykazał również, że list referencyjny zawiera błędy lub wymaga wyjaśnień uzasadniających zastosowanie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp.

Zamawiający nie zróżnicował oceny wykonawców i złożonych przez nich ofert w toku badania i oceny ofert, co wskazywałoby na naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp i oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 tej ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 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).

**Przewodniczący: .....**

