

Sygn. akt: KIO 2219/12

WYROK
z dnia 29 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 października 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **12 października 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **Caterpillar Global Mining Europe GmbH z siedzibą w Lünen, RFN** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w w Jastrzębiu-Zdroju, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**

przy udziale wykonawcy **Urządzenia i Konstrukcje S.A. z siedzibą w Żorach, ul. Fabryczna 10, 44-240 Żory** – zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Caterpillar Global Mining Europe GmbH z siedzibą w Lünen, RFN**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: **piętnaście** tysięcy złotych **zero** groszy) uiszczone przez wykonawcę **Caterpillar Global Mining Europe GmbH z siedzibą w Lünen, RFN**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 597 zł 75 gr** (słownie: **trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt siedem** złotych **siedemdziesiąt pięć** groszy) przez odwołującego **Caterpillar Global Mining Europe GmbH z siedzibą w Lünen, RFN** na rzecz zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w w Jastrzębiu-Zdroju, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769) 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:

.....

Sygn. akt: KIO 2219/12

U z a s a d n i e

Zamawiający **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w w Jastrzębiu-Zdroju, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą »Dostawa fabrycznie nowego, kompletnego kompleksu strugowego wraz z niezbędnym wyposażeniem dla JSW S.A. KWK „Pniówek”«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **05.09.2012 r.** pod nrem **2012/S 170-281714**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **02.10.2012 r.** o:

dokonaniu oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca **Caterpillar Global Mining Europe GmbH z siedzibą w Lünen, RFN**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **12.10.2012 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje S.A. z siedzibą w Żorach, z uwagi na niewykazanie przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu i złożenie nieprawdziwych informacji, mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 2) dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje, pomimo niewykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje z udziału w postępowaniu, pomimo, że wykonawca ten złożył w toku postępowania nieprawdziwe oświadczenie o posiadaniu przez tego wykonawcę kwalifikacji, uprawniających do udziału w postępowaniu, tj. wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz

osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadania odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej;

- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje z udziału w postępowaniu, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał w toku postępowania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadania odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej;
- 3) art. 26 ust. 2b w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp przez przyjęcie, że wykonawca Urządzenia i Konstrukcje polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia i zdolnościach finansowych spółki Halbach Braun Industrieanlagen GmbH Co. („**Halbach Braun**”), w konsekwencji czego zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje z udziału w postępowaniu i dopuścił go do dalszego uczestnictwa w postępowaniu, a to pomimo, że wykonawca Urządzenia i Konstrukcje nie wykazał, że będzie rzeczywiście dysponować zasobami udostępnionymi przez spółkę Halbach Braun w toku postępowania i złożył fałszywe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na dopuszczeniu wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje do udziału w postępowaniu;
- 2) nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji, mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania i niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Argumentacja odwołującego

Czynności zamawiającego naruszają interes odwołującego, który również został dopuszczony do udziału w postępowaniu: w przypadku dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje, odwołujący może nie uzyskać zamówienia w postępowaniu.

Jak wynika z ogłoszenia o postępowaniu (sekcja IV.2) wyłącznym kryterium udzielenia zamówienia na kolejnych etapach będzie ocena ofert poszczególnych wykonawców, biorących udział w postępowaniu, z punktu widzenia jej ekonomicznej korzystności, przy czym decydującymi kryteriami w tym zakresie ma być zaproponowana przez wykonawców cena brutto na realizację zamówienia i okres gwarancji. W tej sytuacji, zarówno oferta

odwołującego, jak i oferta wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje będzie miała szansę uzyskać zamówienie w wyniku postępowania.

Zgodnie z ogłoszeniem, sekcja III.2 „Warunki udziału” wykonawcy chcący brać udział w postępowaniu zostali zobowiązani do złożenia w celu wykazania, że spełniają warunki udziału w postępowaniu oświadczenia dotyczącego spełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 1 Pzp – sekcja III.2.1 – „Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego”.

Ponadto, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia wykazu zamówień, potwierdzających posiadanie wiedzy pozwalającej na wykonanie kompleksu strugowego, przy czym w wykazie miały być ujęte wszystkie umowy (kontrakty) dotyczące dostaw kompleksów strugowych, składających się przynajmniej z głowicy strugowej i przenośnika ścianowego oraz napędów, zawarte w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie (sekcja III.2.3 – „Kwalifikacje techniczne”).

Zamawiający wskazał ponadto, że jeżeli wykonawca będzie polegać na wiedzy i doświadczeniu lub osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów (niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków), zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że wykonawca 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 tych zasobów przy wykonaniu zamówienia.

W postępowaniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli odwołujący i wykonawca Urządzenia i Konstrukcje.

2 października 2012 r. odwołujący otrzymał faksem zawiadomienie, że nie wykluczono żadnych wykonawców, a zarówno odwołujący, jak i wykonawca Urządzenia i Konstrukcje spełniają warunki udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego czynność polegającą na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje oraz dopuszczeniu go do udziału w postępowaniu jest niezgodna z przepisami prawa, a to z następujących względów:

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp

Wykonawca Urządzenia i Konstrukcje powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu z uwagi na to, że w toku postępowania przekazał zamawiającemu nieprawdziwe informacje o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, określonych w art. 22 ust. 1 Pzp, a w rzeczywistości wykonawca nie spełnia tych warunków udziału w

postępowaniu. Wykonawca w swoim oświadczeniu, załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczył, że dysponuje zarówno odpowiednią wiedzą i doświadczeniem do wykonania zamówienia, jak i dysponuje stosownym potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia publicznego oraz znajduje się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Tymczasem, zgodnie z informacjami posiadanymi przez odwołującego, oświadczenie to nie jest prawdziwe.

1.1. Przede wszystkim, odnosząc się do kwestii doświadczenia, należy wskazać, że zarówno sam wykonawca Urządzenia i Konstrukcje, jak i spółka Halbach Braun, na której doświadczenie powołuje się wykonawca Urządzenia i Konstrukcje, nie posiada stosownego doświadczenia do wykonania zamówienia. Jak wynika, z złożonego przez wykonawcę Urządzenia i Konstrukcje wykazu zamówień potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, sama spółka w okresie ostatnich trzech lat nie wykonywała jakichkolwiek dostaw kompleksów strugowych, a tym samym nie posiada ona stosownego doświadczenia do wykonania zamówienia. Jednocześnie, spółka Halbach Braun, która ma użyć wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków zawarła jedynie w zeszłym roku jedną umowę na dostawą kompleksu strugowego ze Spółką Akcyjną „Donetsksteel Iron and Steel Works”. Niemniej umowa ta, wedle wiedzy odwołującego, do dnia dzisiejszego nie została wykonana, a co za tym idzie kompleks nie został jeszcze zastosowany i brak jest jakiegokolwiek potwierdzenia jego prawidłowego funkcjonowania. Tym samym, spółka Halbach Braun na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu również nie posiadała odpowiedniego do wykonania zamówienia doświadczenia.

Jak wynika z definicji słowa „doświadczenie”, zawartej w Słowniku języka polskiego (www.sjp.pwn.pl) przez doświadczenie należy rozumieć ogół wiadomości i umiejętności zdobytych na podstawie obserwacji i własnych przeżyć – w tym przypadku zaś zdobytych w efekcie wykonanych dostaw kompleksów strugowych. Podobnie doświadczenie zostało zdefiniowane przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 26 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1725/11. W wyroku tym KIO wskazała, że *doświadczenie to wiedza praktyczna, a więc zdobyta w drodze wykonywania określonych czynności samodzielnie, w zespole lub pod nadzorem osoby bardziej doświadczonej. Momentem zatem uzyskania doświadczenia jest chwila prawidłowego ukończenia czynności*. Podobnie, o doświadczeniu wypowiadają się w literaturze prawniczej komentatorzy, którzy wskazują, że *zamawiający ma obowiązek wymagania od oferentów wykazania się doświadczeniem, jako pewną umiejętnością zdobytą i ugruntowaną w trakcie praktyki (nabycie wprawy), a nie dokonaniem (przeprowadzonym) eksperymentem czy też próbą, jak byłoby to w przypadku ograniczenia się do wymagania zaledwie jednokrotnego wykazania tożsamyh prac lub czynności, (...) określając wymaganą wiedzę i doświadczenie ilością wykonanych robót, dostaw, czy też*

usług, należy mieć na uwadze przedmiot zamówienia, warunki jego realizacji, ilość zrealizowanych rozwiązań w skali kraju, nowatorstwo technologiczne lub konstrukcyjne i wiele innych aspektów” (tak J. Baehr [w:] T. Czajkowski (red.), Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2007, str. 127, J. Dolecki „Niezbędna wiedza i doświadczenie oferenta” [w:] „Zamówienia publiczne Doradca” Nr 5 z 2003 r., str. 57).

Jak wynika zatem z powyższych wypowiedzi, doświadczenie to ugruntowana praktyka w wykonywaniu, określonych czynności, zdobyta w efekcie wykonania więcej niż jednokrotnego danej czynności, przy czym momentem zdobycia doświadczenia jest moment ukończenia należytego wykonania danej czynności.

Odnosząc tę definicję do rozpoznawanego stanu faktycznego należy przyjąć, że spółka Halbach Braun nie dysponuje stosownym doświadczeniem, niezbędnym do wykonania zamówienia publicznego, sam fakt zawarcia jednej umowy na dostawę kompleksu strugowego nie stanowi jeszcze o zdobyciu wiedzy praktycznej przez osobę, która tę umowę zawarła. Dopiero z momentem ukończenia należytego wykonania dostawy można by ewentualnie mówić o zdobyciu przez spółkę Halbach Braun doświadczenia.

Jednocześnie, jak wskazują wypowiedzi doktryny, doświadczenie zdobywa się w efekcie wielokrotnego wykonywania danej czynności, a zatem w tym przypadku, nawet gdyby spółka Halbach Braun rzeczywiście wykonała tę jedną dostawę kompleksu strugowego, to należałoby uznać, że jest to niewystarczające dla uznania, że dysponuje ona stosownym doświadczeniem w zakresie dostaw kompleksów strugowych. W konsekwencji wykonawca Urządzenia i Konstrukcje nie może powoływać się na doświadczenie posiadane przez spółkę Halbach Braun, a co za tym idzie złożone przez wykonawcę Urządzenia i Konstrukcje oświadczenie o posiadaniu doświadczenia nie jest prawdziwe.

1.2. Ponadto, odnosząc się do kwestii dysponowania przez wykonawcę Urządzenia i Konstrukcje potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, należy wskazać, że nie jest prawdziwym oświadczenie wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje, jakoby dysponował on stosownym potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia publicznego.

Wykonawca Urządzenia i Konstrukcje nigdy dotąd nie produkował kompleksów strugowych. Co więcej, według wiedzy odwołującego, wykonawca Urządzenia i Konstrukcje dotychczas zajmował się przede wszystkim handlem różnymi urządzeniami górnictwem i produkował tylko pojedyncze maszyny górnicze, nie zajmował się natomiast produkcją kompletnych kompleksów strugowych. Tym samym, sam wykonawca Urządzenia i Konstrukcje nie dysponuje, wbrew oświadczeniu, stosownym potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia publicznego. Jednocześnie, jak należy podkreślić, z oświadczenia spółki Halbach Braun nie wynika, aby spółka ta udostępniła

właśnie wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje swój potencjał techniczny, czy też osoby zdolne do wykonania zamówienia, gdyż w oświadczeniu spółki Halbach Braun nie jest wskazane, komu swoje zasoby oddaje do dyspozycji. Oświadczenie wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje o posiadaniu potencjału technicznego, jak i osób zdolnych do wykonania zamówienia nie jest zatem prawdziwe.

1.3. Odnosząc się do kwestii sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje należy wskazać, że – z informacji posiadanych przez odwołującego – wykonawca Urządzenia i Konstrukcje nie posiada wystarczających środków finansowych i ekonomicznych do zrealizowania zamówienia, którego wartość szacowana jest na kwotę kilkudziesięciu milionów zł. Dwa poprzednie zakupione przez zamawiającego kompleksy strugowe o podobnych parametrach kosztowały odpowiednio: 54 mln oraz 64 mln zł.

Według wiedzy odwołującego, wykonawca Urządzenia i Konstrukcje nie jest spółką na tyle dużą i posiadającą wystarczające zaplecze finansowe, umożliwiające wykonanie tak dużego zamówienia publicznego. Dodatkowo, z oświadczenia o użyczeniu niezbędnych do wykonania zamówienia zasobów nie wynika, aby spółka Halbach Braun użyczała wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje swoje zasoby finansowe bądź ekonomiczne. Oświadczenie nie tylko wskazuje, że użyczeniu ulegają te zasoby bez jakiegokolwiek ich konkretyzacji, ale także nie wskazuje, aby zasoby te użyczane były wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje. Brak jest tym samym podstaw do uznania, że wykonawca Urządzenia i Konstrukcje będzie mógł w tym zakresie polegać na zasobach spółki Halbach Braun.

Oświadczenie wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie jest zgodne z rzeczywistością. Jednocześnie zaś fakt złożenia nieprawdziwych informacji w tym zakresie może mieć wpływ na wynik postępowania. Wykonawca Urządzenia i Konstrukcje nie został wykluczony z udziału w postępowaniu i tym samym został dopuszczony do udziału w dalszym postępowaniu. Wykonawca Urządzenia i Konstrukcje będzie zatem mógł uczestniczyć w dalszych etapach postępowania i konkurować z odwołującym, a w konsekwencji nawet uzyskać zamówienie w wyniku postępowania nie spełniając warunków udziału w postępowaniu.

W świetle powyższego, nie ulega wątpliwości, że ww. informacje mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, podobnie jak zaniechanie wykluczenia wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp

Odwołujący podnosi ponadto, że wykonawca Urządzenia i Konstrukcje powinien również zostać wykluczony z udziału w postępowaniu z uwagi na to, że nie wykazał w toku postępowania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wykonawcy zobowiązani są złożyć wykaz zamówień potwierdzający posiadanie wiedzy pozwalającej na wykonanie kompleksu strugowego (przy czym w wykazie należy ująć wszystkie umowy (kontrakty) dotyczące dostaw kompleksów strugowych, składających się przynajmniej z głowicy strugowej i przenośnika ścianowego oraz napędów) zawarte w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy – w tym okresie.

Pomimo, że w ogłoszeniu nie zostało to wprost wyrażone należy domniemywać, biorąc pod uwagę cel tego postanowienia (udokumentowanie doświadczenia, kwalifikacje techniczne), że w wykazie powinny być zamieszczone wyłącznie dostawy wykonane przez wykonawcę na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Stanowisko to potwierdza jednoznacznie § 1 ust. 1 pkt 3 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) (dalej „Rozporządzenie” bez bliższego określenia), zgodnie z którym taki wykaz powinien obejmować wykonane dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku udziału wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Ponieważ zgodnie z art. 25 ust. 1 i 2 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, przy czym rodzaj dokumentów, które żądać może zamawiający określa Rozporządzenie, to tym samym należy uznać, że żądane przez zamawiającego dokumenty powinny odpowiadać Rozporządzeniu. W konsekwencji należy przyjąć, że żądany przez zamawiającego wykaz dotyczy wyłącznie dostaw wykonanych. Przyjęcie odmiennej interpretacji wiązałoby się z koniecznością uznania ogłoszenia o postępowaniu za sprzeczne z Ustawą i Rozporządzeniem. Zakładając zaś, że zamawiający w toku postępowania przestrzega przepisów Ustawy i Rozporządzenia należy uznać, że postanowienia ogłoszenia są zgodne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa i w taki sposób też je interpretować.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, że wykonawca Urządzenia i Konstrukcje nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i posiada stosowne kwalifikacje techniczne. Jak wskazano w pkt 1.1 powyżej, wykonawca Urządzenia i Konstrukcje nie wskazał żadnych dostaw, które by zostały wykonane w okresie ostatnich trzech lat. Jednocześnie, wskazana przez wykonawcę Urządzenia i Konstrukcje dostawa, na którą umowę zawarła spółka Halbach Braun, na której doświadczeniu, jak należy domniemywać, zamierza polegać wykonawca Urządzenia i Konstrukcje, nie wykonała na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tej dostawy, a tym samym dostawa ta

nie może być uznana za odpowiadającą wymogom ogłoszenia oraz przepisów Ustawy i Rozporządzenia. W świetle powyższego, należy zatem uznać, że wykonawca Urządzenia i Konstrukcje nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie złożył wskazanych w ogłoszeniu dokumentów na potwierdzenie spełnienia tych warunków, co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż wykonawca Urządzenia i Konstrukcje będzie mógł konkurować z odwołującym na dalszych etapach postępowania.

Nawet gdyby uznać, że wykonawca Urządzenia i Konstrukcje złożył wymagane przez ogłoszenie, Ustawę i Rozporządzenie dokumenty (czemu odwołujący wyraźnie zaprzecza), to z dokumentów tych i tak nie wynikałoby, aby wykonawca Urządzenia i Konstrukcje spełniał warunki udziału w postępowaniu, wykonawca ten nie posiada bowiem doświadczenia, niezbędnego do wykonania zamówienia, zarówno wykonawca Urządzenia i Konstrukcje, jak i spółka Halbach Braun nie posiadają żadnego doświadczenia w zakresie dostawy kompleksów strugowych (szerzej w tym zakresie pkt 1.1).

3. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp

W ocenie odwołującego nie można także przyjąć, że przedstawione przez wykonawcę Urządzenia i Konstrukcje oświadczenie spółki Halbach Braun o udostępnieniu niezbędnych do wykonywania zamówienia zasobów jest wystarczające do uznania, że wykonawca ten rzeczywiście będzie dysponować niezbędnymi do wykonania zamówienia zasobami spółki Halbach Braun, jak wymaga tego art. 26 ust. 2b Pzp.

3.1. Przede wszystkim wskazać należy, że oświadczenie spółki Halbach Braun złożone przez wykonawcę Urządzenia i Konstrukcje na potwierdzenie udostępnienia przez tę spółkę zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia jest bardzo ogólne i lakoniczne. Oświadczenie w szczególności nie wskazuje, kto jest podmiotem przyjmującym zasoby (oświadczenie mówi tylko o „wykonawcy”, nie wskazując go jednak imiennie) oraz czego konkretnie dotyczy zobowiązanie (w oświadczeniu mowa jest tylko o zasobach niezbędnych do wykonania zamówienia, oświadczenie nie wymienia natomiast, jakie zasoby rzeczywiście zostaną udostępnione). Oświadczenie ponadto nie precyzuje zakresu zobowiązania podmiotu trzeciego, a także na czym będzie polegało udostępnienie zasobów wykonawcy (czy spółka Halbach Braun będzie brać udział w wykonaniu zamówienia, czy będzie doradzać wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje bądź czy też będzie podwykonawcą tej spółki) i w jakim zakresie to udostępnienie nastąpi.

Takie oświadczenie spółki Halbach Braun w istocie nie potwierdza zatem w żaden sposób, że spółka ta rzeczywiście udostępni swoje zasoby wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje, który nie posiada m.in. żadnego doświadczenia w dostawie kompleksów strugowych. Tym samym, nie można także uznać, że wykonawca Urządzenia i Konstrukcje rzeczywiście będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia spółki Halbach Braun.

Zamawiający na skutek takiego oświadczenia nie uzyskuje żadnego zobowiązania podmiotu trzeciego w obszarze posługiwania się przez wykonawcę Urządzenia i Konstrukcję zasobami podmiotu trzeciego. W tej sytuacji powstaje ryzyko, że zamówienie będzie realizowane przez podmiot, który w istocie nie posiada żadnych kwalifikacji do realizacji zamówienia. Wykonawca Urządzenia i Konstrukcje sam takich kwalifikacji bowiem nie posiada (szerzej pkt 1.1).

Oświadczenie spółki Halbach Braun mogło zatem zostać złożone wyłącznie na potrzeby udziału w postępowaniu w celu uzyskania zamówienia, nie oznacza jednakże udziału tego podmiotu w wykonaniu zamówienia.

W orzecznictwie KIO oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wielokrotnie zwracano uwagę na konieczność rzeczywistego wykazania dysponowania zasobami udzielanymi przez podmiot trzeci (tak m.in. orzeczenie C-176/98 z 2 grudnia 1999 r.; wyr. z dnia 18 listopada 2004 r., C-126/03; orzeczenie z dnia 14 kwietnia 1994 r., C-389/92). W związku z powyższym, w orzecznictwie KIO wypracowane zostały nawet zasady, określające, jakim wymogom powinno odpowiadać zobowiązanie podmiotu do udostępnienia zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia. I tak, zgodnie z tymi wytycznymi *treść zobowiązania podmiotu trzeciego powinna określać: kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy*, (tak opinia prawna „Zakres dokumentów, jakie przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunków podmiotowych, w której korzysta z potencjału podmiotów trzecich [w:] Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2011 i powołane tam orzecznictwo, w tym: wyr. KIO z 13 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1288/10). W świetle powyższych wytycznych nie ulega wątpliwości, że złożenie przez wykonawcę Urządzenia i Konstrukcje oświadczenie spółki Halbach Braun nie spełnia tych wymogów.

Ponadto KIO za nieprawidłową uznaje także praktykę polegającą na odwoływaniu się do oświadczenia podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów tylko na potrzeby postępowania, podczas, gdy w rzeczywistości zamówienie ma być wykonywane samodzielnie przez podmiot, który nie dysponuje wymaganymi do udziału w postępowaniu zasobami (tak wyr. KIO z 23 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1741/10).

Ponadto odwołujący podnosi, że z oświadczenia spółki Halbach Braun złożonego przez wykonawcę Urządzenia i Konstrukcje nie wynika, że spółka Halbach Braun będzie osobiście brać udział w wykonaniu zamówienia. Tymczasem, jak wynika, z orzecznictwa KIO, w przypadku udostępniania przez podmiot trzeci wiedzy i doświadczenia, konieczny jest osobisty udział tego podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia (tak wyr. KIO z 23 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1741/10).

Tym samym, w ocenie odwołującego, brak takiej informacji o udziale spółki Halbach Braun w wykonaniu zamówienia, uniemożliwia uznanie, że spółka ta rzeczywiście udostępniła swojej wiedzy i doświadczenia wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje w celu wykonania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, nie można uznać, że spółka Halbach Braun rzeczywiście udostępniła swoje zasoby niezbędne do wykonania zamówienia, w tym w szczególności wiedzę i doświadczenie, wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje. Tym samym, wykonawca Urządzenia i Konstrukcje powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, jako że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożył fałszywe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Brak takiego wykluczenia może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, jako że wykonawca Urządzenia i Konstrukcje będzie mógł konkurować z odwołującym na dalszych etapach postępowania.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **12.10.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **15.10.2012 r. (poniedziałek)** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Wykonawca Urządzenia i Konstrukcje S.A. z siedzibą w Żorach **16.10.2012 r.** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1)** sprawozdanie finansowe wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje S.A. za 2011 rok, gdzie przychody wynoszą ok. 40 mln zł, zysk ok. 900 tys. zł, a kapitał własny ok. 13 mln zł, na wykazanie – wobec kwot cen dostaw podobnych urządzeń w poprzednich postępowaniach (54 i 64 mln) – zbyt niskich możliwości finansowych przystępującego i odwołujący wskazuje na to, że przystępujący nie będzie w stanie podołać wykonaniu zamówienia;
- 2) (dowód nr 2)** pismo w języku angielskim wystosowane przez przedstawicieli odwołującego do podmiotu w Doniecku, z którym spółka Halbach Braun zawarła umowę, **na potwierdzenie, że nie ma potwierdzenia wykonania tej umowy;**

3) (dowód nr 3) dokumenty w języku ukraińskim z tłumaczeniem odnośnie statusu umowy przywołanej w ofercie przez przystępującego
– **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy – zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje S.A., z uwagi na niewykazanie przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu i złożenie nieprawdziwych informacji, mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wskazał, że zamawiający oceniając spełnienie warunków udziału w postępowaniu powinien brać pod uwagę uregulowania 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) i sprawdzać ofertę pod kątem zawartych tam przepisów.

Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że rozpoznawane zamówienie jest zamówieniem sektorowym (zgodnie z art. 132 ust. 1 pkt 1 Pzp) i w stosunku do tego zamówienia należy stosować m.in. art. 138c ust. 1 pkt 2 Pzp, który dozwala żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przytaczanym rozporządzeniu w sprawie dokumentów, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków. Żądając odmiennych dokumentów, niż określone w powoływanym rozporządzeniu w sprawie dokumentów, zamawiający musiał badać spełnianie warunków udziału w postępowaniu pod

kątem tych dokumentów, a nie kierując się wymaganiami zawartymi w podawanym wyżej rozporządzeniu w sprawie dokumentów.

W Polsce nie było w zasadzie zamówień na podobne przedmioty zamówienia od około 15 lat, oprócz dwóch zamówień udzielonych przez zamawiającego, o czym strony i przystępujący stwierdzili na rozprawie. W rozpoznawanym postępowaniu, ze względu na zamiar dopuszczenia do udziału wykonawców, którzy nie uczestniczyli w poprzednich zamówieniach zamawiającego, zamawiający wymagał, aby wykonawcy przedstawili wykaz tylko dopiero zawartych, bez zwracania uwagi na wykonanie już tych kontraktów. Zamawiający oparł swoje uprawnienie do wymagania innych dokumentów niż przewidzianych w poruszonym rozporządzeniu w sprawie dokumentów o przepis art. 138c ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ponadto skład orzekający Izby zauważa, że przepisy nie stanowią o konieczności wymagania dokumentów zawartych w rozporządzeniu. Przytaczany przepis art. 138c ust. 1 pkt 2 Pzp uprawnia zamawiającego w zamówieniu sektorowym do żądania złożenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu innych dokumentów (zamówienie jest udzielane w trybie przetargu ograniczonego). Dlatego zamawiający żądając dokumentów o innym charakterze niż określone w obowiązującym rozporządzeniu w sprawie dokumentów nie może zawężyć badania spełnienia warunków do zakresu postulowanego przez odwołującego.

Zamawiający żądając innych dokumentów do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu musi do każdego z tych warunków i dokumentów na ich spełnienie podchodzić indywidualnie. Dlatego zamawiający warunkując udział w postępowaniu innymi dokumentami mógł, a nawet powinien odstąpić od ich standardowego sprawdzania, a brać pod uwagę cel żądania innych dokumentów. Celem tym było dopuszczenie do udziału w postępowaniu większego niż dotychczas kręgu podmiotów.

Ponadto zamawiający ma obowiązek oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie postanowień zawartych w ogłoszeniu (w rozpoznawanym przypadku udzielania zamówienia w trybie przetargu ograniczonego brak jest na tym etapie specyfikacji). Dlatego zamawiający musiał brać pod uwagę tylko postanowienia zawarte w ogłoszeniu, a zamawiającemu nie wolno było kierować się wskazaniem odwołującego, które tworzyłyby dodatkowe wymogi sprzeczne z treścią ogłoszenia.

Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie dowiódł, że przystępujący nie spełnił wymagań postawionych w ogłoszeniu. Odwołujący również nie dowiódł, że zamawiający stawiając warunki udziału w postępowaniu i określając sposób wykazania ich spełnienia naruszył przepisy prawa. Odwołujący nie wziął pod uwagę, że w zamówieniu sektorowym, jakim jest rozpoznawane zamówienie, zamawiający może żądać przedstawienia innych

dokumentów niż określone w rozporządzeniu 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.

Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut pierwszy – zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wskazanego wykonawcy ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i złożenie nieprawdziwych informacji – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Wobec braku wystąpienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, zamawiający miał obowiązek dopuścić tego wykonawcę do udziału w postępowaniu i z tego powodu zarzut drugi – dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy Urządzenia i Konstrukcje, pomimo niewykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby nie wziął pod uwagę dowodów złożonych przez odwołującego: dowód pierwszy – sprawozdanie finansowe wykonawcy – ze względu na brak żądania takiego dokumentu przez zamawiającego, nie mógł stanowić o konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania; dowód drugi – pismo pełnomocnika odwołującego – ze względu na brak tłumaczenia na język polski; dowód trzeci – pismo ukraińskiego oddziału przedsiębiorstwa odwołującego – ze względu na nierozpoznawany temat niewykonania kontraktu, a tylko zawarcia kontraktu, gdyż wymogiem zamawiającego było wykazanie zawarcia umowy, a nie jej wykonanie.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie **3 597 zł 75 gr** zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....