

Sygn. akt KIO 1702/16

WYROK

z dnia 28 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2016 r. przez wykonawcę **Mostostal Kraków spółka akcyjna w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna spółka akcyjna w Belchatowie**

przy udziale wykonawcy **Erbud Industry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Mostostal Kraków spółka akcyjna w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Mostostal Kraków spółka akcyjna w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna spółka akcyjna w Bełchatowie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Wymiana młynów DF-90 nr 1 i DF-90 nr 2 wraz z modernizacją linii technologicznych produkcji sorbentu w Przemiałowni Kamienia Wapiennego w Bogatyni”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 20 kwietnia 2016 r. pod numerem 2016/S 077-138068. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 12 września 2016 r. Mostostal Kraków spółka akcyjna w Krakowie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) **art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych** poprzez zaniechanie wykluczenia Erbud Industry spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Toruniu (dalej: Erbud albo Przystępujący) z postępowania, pomimo że nie wykazała ona spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- 2) **art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych** poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez Erbud za odrzuconą,
- 3) §1 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w zw. z art. 26 ust. 2a Prawa zamówień publicznych poprzez wykorzystanie uprawnienia wynikającego z tego przepisu w celu wyręczenia wykonawcy w złożeniu poświadczenia, którego Erbud nie złożył w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów,
- 4) **art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych** poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji,

z ostrożności:

- 5) **art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych** poprzez zaniechanie wezwania Erbud do uzupełnienia dokumentów, pomimo że Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,

- 6) naruszenie przepisu art. 89. ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, że treść oferty Erbud odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: **SIWZ**), podczas gdy nie wykazał on posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym pkt. 9.3. SIWZ, a ponadto oferta ta została podpisana przez osoby nie mające umocowania do działania w imieniu Erbud.
- 7) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Erbud z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji o wykonaniu w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednej instalacji do przemiału kamienia o wydajności min. 30 t/h i wartości co najmniej 4 000 000 PLN brutto, polegającej na zaprojektowaniu, dostarczeniu, zamontowaniu i uruchomieniu zakończonym przejęciem tej instalacji do eksploatacji.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Erbud, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący twierdził, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w związku z tym podnosił szereg zarzutów, a mianowicie naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, pomimo że nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, i w konsekwencji naruszenie **art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych** poprzez zaniechanie uznania oferty złożonej przez Wykonawcę za odrzuconą; **naruszenie §1 ust. 5**

Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w zw. z art. 26 ust. 2a Prawa zamówień publicznych poprzez wykorzystanie uprawnienia wynikającego z tego przepisu w celu wyręczenia Wykonawcy w złożeniu poświadczenia, którego Wykonawca nie złożył w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów; naruszenie **art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych** poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów „w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego odwołania”, pomimo, iż Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący w odwołaniu na poparcie tak sformułowanych zarzutów wywodził, że z treści załączonego do oferty Przystępującego wykazu, a także późniejszej korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą wynika - czego Odwołujący nie negował - że przedstawione przez Przystępującego zamówienie, zrealizowane zostało przez PROACEM na zlecenie MOWAP Sp. z o.o. z siedzibą w Wapiennym. Poza sporem pozostawał też fakt, że ww. odbiorca zamówienia, tj. MOWAP Sp. z o.o. został wykreślony z rejestru przedsiębiorców, na skutek przejęcia przez Lafarge Kruszywa i Beton Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Lafarge Kruszywa i Beton Sp. z o.o. stała się tym samym następcą prawnym MOWAP Sp. z o.o. Odwołujący zgłaszał wątpliwość, czy pomiędzy ww. podmiotami (tj. Lafarge Kruszywa i Beton Sp. z o.o. i/lub MOWAP Sp. z o.o.), a wystawcą poświadczenia załączonego do oferty, tj. Lafarge Cement S.A. istniały takie zależności, które umożliwiły ww. wystawcy zweryfikowanie faktu zrealizowania zamówienia opisanego w wykazie załączonym do oferty przez Wykonawcę i ocenę jakości jego wykonania w dniu wystawienia poświadczenia (tj. 7 grudnia 2015 r.). Deklaracje składane przez Erbud oraz Lafarge Kruszywa i Beton Sp. z o.o. oraz Lafarge Cement S.A. wskazują w tym zakresie na ciąg przekształceń, dających w konsekwencji spółce Lafarge Cement S.A. takie uprawnienie. Powyższe deklaracje, przez wzgląd na ich niejednoznaczny charakter, a nade wszystko przez wzgląd na ich sprzeczność z ogólnodostępnymi dokumentami urzędowymi, nie mogą jednak stanowić wiążącego punktu odniesienia. Dalej Odwołujący podawał, że Lafarge Kruszywa i Beton Sp. z o.o. [nr KRS 0000069205] jest spółką niezależną od Lafarge Cement S.A. [nr KRS 0000062569]. Zgodnie z aktualnym odpisem z KRS spółki Lafarge Kruszywa i Beton Sp. z o.o., na podstawie uchwały z dnia 22 listopada 2010 r., spółka ta przejęła spółkę MOWAP Sp. z o.o. w trybie art. 492 §1 pkt 1 ksh. W konsekwencji, na podstawie art. 494 ksh doszło do sukcesji praw i obowiązków przysługujących spółce przejmowanej na rzecz spółki przejmującej. Wskazana sukcesja nie dotyczyła spółki Lafarge Cement S.A., na co – zauważał Odwołujący - zwrócił uwagę Zamawiający, kierując w tej sprawie wezwanie do Przystępującego (pismo z dnia 11 lipca 2016 r.), i następnie do każdej z ww. spółek (pisma z dnia 26 lipca 2016 r.). Odwołujący zauważał, że obie spółki Lafarge Cement i Lafarge Kruszywa i Beton - w ramach odpowiedzi na pytania Zamawiającego, potwierdziły należyte wykonanie zamówienia opisanego w ramach wykazu załączonego do oferty. Powyższe oświadczenia, nie mogą być jednak – zdaniem Odwołującego - brane pod uwagę w ramach

oceny prawidłowości złożonej oferty. **Działania zainicjowane przez Zamawiającego, nie mogą bowiem zwalniać Przystępującego z ciężącego na nim obowiązku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.**

Odwołujący twierdził także, że zamówienie, przedstawione przez Przystępującego jako potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nie spełnia wymogów Zamawiającego zarówno odnośnie zakresu prac, jak i ich wartości oraz daty realizacji zamówienia. Na poparcie powyższego Odwołujący podnosił, że Erbud wprowadził w wykazie wykonanych zamówień wskazał na wykonanie zamówienia „Budowa Instalacji do produkcji mączki wapiennej z młynem ALSTOM o wydajności 40 t/h przemiału kamienia” w MOWAP sp. z o.o. w Wapienniu”, określając zakres jako „Zaprojektowanie, dostarczenie, zamontowanie i uruchomienie zakończone przejściem tej instalacji do eksploatacji”, ale nie potwierdził powyższego w poświadczeniu z dnia 7 grudnia 2015 r., otrzymanym do firmy Biuro Projektów PROACEM z siedzibą w Krakowie, na którego wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny ERBUD się powołuje w trybie art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych. Ponadto w rzeczywistości dostawa instalacji produkcji mączki wapiennej, w tym młyna Alstom o wydajności 40t/h i innych urządzeń do produkcji mączki wapiennej, była realizowana przez Alstom bezpośrednio na zlecenie Inwestora. Oznacza to zdaniem Odwołującego, że PROACEM wprowadził projektował to zadanie, ale nie dostarczał młyna i instalacji do produkcji mączki wapiennej.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosił, że w poświadczeniu zawarto informację, że PROACEM zrealizował „następujące zadania” (a więc więcej niż jedno zadanie). Enumeratywnie wyliczono te zadania tj.:

- 1) Budowa instalacji do produkcji mączki wapiennej z młynem Alstom o wydajności 40 t/h przemiału kamienia.
- 2) Modernizacja składowiska kamienia,
- 3) Modernizacja systemu odpylania,
- 4) Podesty remontowo - obsługowe.

Następnie w poświadczeniu zawarto informację, że zakres robót obejmował:

- a) Usługi projektowe - projekty budowlane, projekty wykonawcze i dokumentację powykonawczą,
- b) Wykonanie fundamentów,
- c) Dostawa i montaż maszyn i urządzeń,
- d) Dostawa i montaż instalacji zasilania i sterowania wraz z oprogramowaniem,
- e) Rozruch instalacji,
- f) Instrukcje obsługi, DTR urządzeń, szkolenie obsługi.

Odwołujący wywodził, że tak skonstruowana treść poświadczenia określa, że w ramach zadań określonych w pkt. 1-4 powyżej, wykonano zakres określony pod literami a-f powyżej. Oznacza to zdaniem Odwołującego, że PROACEM na którego doświadczenie i potencjał powołuje się ERBUD wykonał wymagany przez Zamawiającego zakres prac w ramach 4 zadań (instalacji), a nie jednego -

jak wymagał w SIWZ Zamawiający. Stąd w wykazie wykonanych zamówień (załącznik nr 3.2. do oferty) ERBUD składa nieprawdziwe oświadczenie, które ma oczywisty wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nie bez przypadku zatem w rubryce „Zakres” w wykazie wykonanych zamówień ERBUD odzwierciedla dosłownie zapis SIWZ, wprowadzając tym w błąd Zamawiającego.

Odwołujący podnosił, że żadna z instalacji określonych pod punktami 1-4 nie obejmowała łącznie swoim zakresem zaprojektowania, dostarczenia, zamontowania i uruchomienia, zakończonego przejściem instalacji do eksploatacji, co oznacza, że ERBUD nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia (pkt. 9.3.1. SIWZ).

W kwestii udokumentowania wartości zamówienia, Odwołujący zauważał, że Zamawiający w pkt. 9.3.1. SIWZ wymagał, aby posiadanie wiedzy i doświadczenia wykazane było wykonaniem jednej instalacji o wartości co najmniej 4.000.000 PLN brutto. ERBUD w Wykazie wykonanych zamówień określił wartość zamówienia na kwotę 3.540.000 PLN netto, tj. 4.318.800 PLN brutto. Natomiast w poświadczeniu wystawionym dla PROACEM przez Lafarge Cement S.A. określono całkowitą wartość wszystkich instalacji na kwotę przekraczającą 5.000.000 PLN brutto. Ponieważ z poświadczenia nie wynika, jakoby PROACEM wykonał zamówienie o wartości przekraczającej 4 mln, zł. brutto należy uznać, że powyższe poświadczenie nie wypełnia wymogów skazanych przez Zamawiającego w SIWZ. Analiza przedmiotowego dokumentu poprzez mechanizm „spełnia/nie spełnia” daje jednoznaczną odpowiedź, że „nie spełnia”.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający w pkt. 9.3. pkt. 1 SIWZ wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazania się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem – wykonaniem „w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie - co najmniej jedną instalację do przemiału kamienia o wydajności min. 30 t/h i wartości co najmniej 4.000.000 PLN brutto, polegającą na zaprojektowaniu, dostarczeniu, zamontowaniu i uruchomieniu zakończonym przejściem do eksploatacji”, co należało potwierdzić wykazem wykonanych zamówień i dowodami.
2. W celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, Erbud w wykazie wykonanych zamówień wskazał na zamówienie, przedmiotem którego była „Budowa Instalacji do produkcji mączki wapiennej z młynem ALSTOM o wydajności 40 t/h przemiału kamienia”. Jako odbiorcę zamówienia wskazał Lafarge Cement SA Małogoszcz (dawniej MOWAP Sp. z o.o. Wapienno). Do oferty zostało również załączone poświadczenie z dnia 7 grudnia 2015 r., wystawione przez ten podmiot, tj. przez Lafarge Cement S.A., na rzecz A. C., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Projektów Proacem w Krakowie, na którego wiedzę i doświadczenie

oraz potencjał techniczny Erbud powołuje się na podstawie art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych.

3. W dniu 11 lipca 2016 r., Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, na jakiej podstawie Lafarge Cement S.A. wystawiło poświadczenie z dnia 7 grudnia 2015 r., alternatywnie (w przypadku braku takiego uprawnienia po stronie Lafarge Cement S.A.) do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych stosownego dowodu wystawionego przez podmiot uprawniony. Następnie w dniu 26 lipca 2016 r. Zamawiający, działając na podstawie §1 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów skierował pisma do Lafarge Cement S.A. oraz Lafarge Kruszywa i Beton Sp. z o.o., i w odpowiedzi od obu tych spółek otrzymał pisma, w których oświadczone, że kwestionowana instalacja została wykonana należycie.
4. Przystępujący do pisma z dnia 26 września 2016 r., złożonego w trakcie posiedzenia przed Izbą, załączył umowę z dnia 15 września 2005 r., zawartą pomiędzy Mowap spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Wapienniu, a A. C., prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Projektów Proacem w Krakowie, której przedmiotem była realizacja instalacji do produkcji mączki wapiennej, na kwotę 3 500 000 zł netto, wraz z protokołem odbioru z dnia 18 lipca 2007 r.
5. Odwołujący przedłożył Izbie oświadczenie osoby fizycznej (byłego pracownika Alstom Power Sp. z o.o.), z którego wynika, że inwestorem kwestionowanej instalacji była „Lafarge”.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a podniesione w odwołaniu zarzuty nie mają oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Odnośnie potwierdzenia wykonania usługi przez podmiot, na rzecz którego zostało ono wykonane – to w ocenie Izby Zamawiający, prawidłowo zaakceptował dokument, uzyskany z wykorzystaniem procedury przewidzianej w § 1 ust. 5 Rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.). Zgodnie z przywołanym przepisem, w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu. O ile były wątpliwości co do podstawy wystawiania poświadczenia przez Lafarge Cement S.A., to niewątpliwie uprawnionym do jego wystawienia był Lafarge Kruszywa

i Beton Sp. z o.o. , jako następcą prawnym Mowap sp. z o.o. (tej sukcesji Odwołujący nie kwestionował). Zamawiający w trybie przewidzianym przepisami takie potwierdzenie uzyskał; w ocenie Izby jest to dodatkowe potwierdzenie, przesądzające wszelkie wątpliwości. Sam Odwołujący przedłożył Izbie oświadczenie, że zadanie było wykonane na rzecz „Lafarge”, i nie było kwestionowane, że obie spółki należą do tej samej grupy kapitałowej. Skład orzekający nie podziela poglądów Odwołującego, że **„uzyskanie takiego oświadczenia bezpośrednio przez Zamawiającego stoi w sprzeczności z literalną treścią §1 ust. 5 Rozporządzenia ws. dokumentów”**. **W ocenie Izby omawiany przepis rozporządzenia nie nakłada na Zamawiający takich ograniczeń, jak chce Odwołujący.**

W kwestii podpisania poświadczenia przez osobę uprawnioną – sam Odwołujący stwierdzał, że poświadczenie należytego wykonania zamówienia jest oświadczeniem wiedzy, a nie woli, dlatego nie musi być podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentacji danego podmiotu.

Odnośnie kwestionowanego przez Odwołującego zakresu, wartości prac oraz daty realizacji zamówienia, Izba również nie znalazła podstaw, aby przychylić się do twierdzeń Odwołującego. Przystępujący na posiedzeniu przedłożył umowę na inwestycję, której dotyczył spór, wraz z zakresem prac i protokołem odbioru. Odwołujący w ogóle nie polemizował z informacjami tam zawartymi, a w ocenie Izby mają one znaczenie rozstrzygające. Wartość prac, ich zakres i data mieszczą się w wymogach Zamawiającego wprost. Co do nieobjęcia przez umowę samej dostawy młyna – to faktycznie, umowa przedłożona przez Przystępującego obejmowała m.in. montaż urządzeń dostarczanych przez firmę Alstom (pkt 4 lit. j zakresu rzeczowego załączonego do umowy), czyli można wnosić, że dostawcą młyna był Alstom, niemniej jednak opis sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy interpretować ściśle, a doświadczenia w dostawie młyna Zamawiający nie wymagał. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu, przedmiotem zamówienia jest usługa. Reasumując, Przystępujący potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu wykonaniem (przez podmiot trzeci) instalacji do produkcji mączki wapiennej. Usługa ta została wykonana w ramach jednej umowy i nie ma znaczenia, że w poświadczeniu zakres realizacji opisano jako kilka zadań; tak jak nie ma znaczenia, że ponad wartość wynikającą z umowy z dnia 15 września 2005 r. wykonano prace dodatkowe, i że łączna wartość prac została uwidoczniła w poświadczeniu. Jednocześnie przyjmuje się w literaturze i orzecznictwie, że treść potwierdzenia należytego wykonania umowy nie rozstrzyga o zakresie wykonanych prac, a celem takiego potwierdzenia jest jedynie poświadczenie, że zamówienie zostało wykonane należyście. „W przypadku poświadczeń, o których mowa w rozporządzeniu, nie wskazano informacji niezbędnych, które winny być wskazane w ich treści, zatem należy przyjąć, że winny one jedynie dawać świadectwo właściwemu wykonaniu. Wyraźnie orzekł tak skład orzekający Izby w wyroku z dnia 9 września 2011 r., KIO 1873/11. Izba uznała, że dokumenty świadczące o należywym wykonaniu zamówienia nie muszą potwierdzać wszystkich okoliczności związanych z warunkiem udziału w postępowaniu, a jedynie potwierdzać należyte wykonanie zamówienia.” (J. Olszewska-Stompel, Rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane, LEX/el., 2013).

Odwołujący zarzucał także naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych „poprzez uznanie, że treść oferty Erbud odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy nie wykazał on posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym pkt. 9.3. SIWZ”.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Prawo zamówień publicznych jednoznacznie rozróżnia podstawy odrzucenia oferty od podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania: odrzuceniu podlega oferta, której treść nie odpowiada treści SIWZ, natomiast wykonawca zostaje wykluczony z postępowania m.in. z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu. O ile w odwołaniu podnoszono argumentację odnośnie wykluczenia Przystępującego z postępowania, to brak jakiegokolwiek wskazania na okoliczności faktyczne pozwalające na ustalenia w zakresie ewentualnych podstaw odrzucenia oferty Przystępującego. Na rozprawie Odwołujący wskazywał na fragment ujęty w pkt 4 na stronie 14 odwołania: „Nie bez znaczenia dla oceny spełnienia przez ERBUD wymogów stawianych przez Zamawiającego w SIWZ jest fakt, że jednostka młynowa, którą przyjął do wyceny swojej oferty ERBUD jest prototypem i nie została dotychczas zastosowana na innym zadaniu. W zakresie samej konstrukcji urządzenia młyna, które zastosowanie przewiduje Wykonawca, wg stanowiska konkurencyjnej firmy produkującej tego rodzaju urządzenia firmy Loesche Energy Systems Ltd, może dojść do naruszenia zawartego Porozumienia o zachowaniu poufności i naruszenia własności intelektualnej firmy Loesche. Powoduje to poważne ryzyko wstrzymania inwestycji ze szkodą dla Zamawiającego.”. W ocenie Izby nie jest to wskazanie okoliczności faktycznych mogących prowadzić do ustalenia, że oferta Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ. Zacytowane dywagacje stanowią przypuszczenia („może dojść”) i nie wskazują na niezgodność treści oferty z SIWZ. Z tego powodu Izba nie znalazła podstaw do przesłuchania świadka „na okoliczność posiadania praw intelektualnych przez firmę Loesche do rozwiązania oferowanego przez Przystępującego”, o co wnioskował Odwołujący na rozprawie.

Ofertę odrzuca się jako niezgodną z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 jedynie wówczas, gdy jej treść w ścisłym znaczeniu, tj. zakres oferowanego świadczenia nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący nie wskazał, w jakim zakresie oferta Przystępującego nie jest zgodna z postanowieniami SIWZ. Dlatego Izba zarzut oddaliła.

Odwołujący podnosił również, że oferta Przystępującego została podpisana przez osoby nie mające umocowania do działania w imieniu Erbud. Zarzutu tego w odwołaniu w żaden sposób nie uzasadnił, nie podał jakichkolwiek okoliczności faktycznych umożliwiających stwierdzenie zarzucanego naruszenia. Należy kolejny raz przypomnieć, że zarzut składa się z podstawy prawnej i uzasadnienia faktycznego. Nie można powoływać się na „okoliczności powszechnie znane”. Zarzut musi zostać opisany w odwołaniu w sposób kompletny, chociażby po to, aby Zamawiający po zapoznaniu z treścią odwołania mógł przeanalizować ewentualność uwzględnienia zarzutów odwołania. Dlatego Izba zarzut

dotyczący braku umocowania osób podpisujących ofertę Przystępującego oddaliła.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji o wykonaniu w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednej instalacji do przemiału kamienia o wydajności min. 30 t/h i wartości co najmniej 4 000 000 PLN brutto, polegającej na zaprojektowaniu, dostarczeniu, zamontowaniu i uruchomieniu zakończonym przejściem tej instalacji do eksploatacji. W ocenie składu orzekającego ewentualne niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może być uznawane za równoznaczne podaniu nieprawdziwych informacji. Odwołujący, podnosząc zarzut podania nieprawdziwych informacji, powinien wskazać, w jaki sposób są one sprzeczne z zaistniałą rzeczywistością. Tymczasem Odwołujący wykonania prac, na które powoływał się Przystępujący, nie kwestionował, przeciwnie, sam na posiedzeniu złożył oświadczenie osoby potwierdzającej, że zostały one wykonane. Za nieprawdziwe informacje nie może być uznana sama rozbieżność pomiędzy opisem prac zawartym w wykazie wykonanych usług a opisem tej samej pracy w poświadczeniu jej wykonania. Przystępujący do pisma złożonego na posiedzeniu załączył umowę na realizację usługi kwestionowanej przez Odwołującego, a Odwołujący w ocenie Izby nie wykazał, że jej treść nie odpowiada opisowi sformułowanemu w wykazie wykonanych zamówień i w poświadczeniu.

Izba nie stwierdziła również naruszenia art. **7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych**. Odwołujący nie wskazywał na okoliczności, prowadzące do ustaleń, że Zamawiający traktował wykonawców w postępowaniu w sposób zróżnicowany bądź preferencyjny.

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

.....