

**WYROK**

**z dnia 10 czerwca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2014 r. przez **wykonawcę – Celtech Sp. z o.o., ul. Rubież 46 c3/28, 61-612 Poznań**,w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego –Jednostka Wojskowa 4229, ul. Poznańska 58, 50-984 Wrocław**,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum Bakerfix Sp.z o.o., PRO-WAM Sp. z o.o., ul. Fabryczna 1, 88-400 Żnin**,zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – W. J. PPUH ME-PRO-TECH, P.H.U. ELDA Zakład Naprawy Autocystern E. P., ul. Polna 16a, 26-640 Skaryszew**,zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**,

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bakerfix Sp. z o.o., PRO-WAM Sp. z o.o., ul. Fabryczna 1, 88-400 Żnin oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. J. PPUH ME-PRO-TECH, P.H.U. ELDA Zakład Naprawy Autocystern E. P., ul. Polna 16a, 26-640 Skaryszew oraz dokonanie czynności powtórnego badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża**zamawiającego –Jednostkę Wojskową 4229, ul. Poznańska 58, 50-984 Wrocław** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr**(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę -Celtech Sp. z o.o., ul. Rubież 46 c3/28, 61-612 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego - Jednostki Wojskowej 4229, ul. Poznańska 58, 50-984 Wrocław**na rzecz **wykonawcy -Celtech Sp. z o.o., ul. Rubież 46 c3/28, 61-612 Poznań** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we**Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Jednostka Wojskowa Nr 4229, ul. Poznańska 58, 50-984 Wrocław, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa cystern do wody w kontenerze CW-15” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Zamawiający dnia 22 maja 2014 roku przekazał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 28 maja 2014 roku wykonawca Celtech Spółka z o.o., ul. Rubież 46C3/28, Poznań (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 b ust. 3 prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania składających wspólnie oferty wykonawców (1) PPUH „ME-PRO-TECH” W. J. i P.H.U. „ELDA” Zakład Naprawy Autocystern oraz (2) Bakerfix Spółka z o.o. i Pro - Wam Spółka z o.o.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty złożonej wspólnie przez PPUH „ME-PRO-TECH” W. J. i P.H.U. „ELDA” Zakład Naprawy Autocystern oraz odrzucenie oferty złożonej wspólnie przez Bakerfix Spółka z o.o. i Pro - Wam Spółka z o.o., dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, zgłosili przystąpienie:

1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: W. J. PPUH ME-PRO-TECH, P.H.U. ELDA Zakład Naprawy Autocystern E. P., ul. Polna 16a, 26-640 Skaryszew

oraz

2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Bakerfix Sp. z o.o., PRO-WAM Sp. z o.o., ul. Fabryczna 1, 88-400 Żnin

Zamawiający, pismem z dnia 6 czerwca 2014 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania, alternatywnie o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Odwołujący wskazał, co następuje.

*Oferent w osobie E.a P.ego, prowadzący przedsiębiorstwo pod firmą P.H.U. Elda Zakład Naprawy Autocystern, podał nieprawdziwe informacje w oświadczeniu wymaganym przepisem art. 26 ust. 2 d prawa zamówień publicznych. Wykonawca ten oświadczył, iż nie należy do żadnej grupy kapitałowej, gdy tymczasem jest jedynym wspólnikiem oraz członkiem zarządu spółki z o.o. działającej pod firmą ELDA Spółka z o.o., wpisanej do Krajowego Rejestru Sądowego Rejestru Przedsiębiorców pod nr 0000420880. Okoliczność ta jest do stwierdzenia na podstawie publicznie dostępnego portalu [ems.ms.gov.pl](https://ems.ms.gov.pl) prowadzonego przez Ministra Sprawiedliwości, gdzie możliwe jest pobranie informacji odpowiadającej aktualnemu wpisowi do KRS danego podmiotu. Wobec faktu, iż oferent w osobie E.a P.ego formalnie złożył dokument informacji o braku przynależności do grupy kapitałowej, nie było podstaw do wzywania go przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 prawa zamówień publicznych w związku z art. 26 ust. 2d in fine tejże ustawy do uzupełnienia brakujących dokumentów (gdyż dokument został złożony, lecz o nieprawdziwej treści). Mając jednak na względzie fakt, iż dokument ten zawiera oczywiście fałszywe informacje, zamawiający powinien był uznać, iż zachodzi stan*

określony dyspozycją art. 24 b ust. 3 prawa zamówień publicznych, to jest brak złożenia przez wykonawcę listy, o której mowa w art. 26 ust. 2 d ustawy i w konsekwencji wykluczyć z postępowania wykonawcę.

Oferent w osobie Bakerfix Sp. z o.o. złożył listę wymaganą art. 26 ust. 2 d prawa zamówień publicznych, jednakże w liście tej pominął należący do tej samej grupy kapitałowej podmiot w osobie ALESPLAST Spółka z o.o. z siedzibą w Żninie (ul. Fabryczna 1) wpisanej do Krajowego Rejestru Sądowego Rejestru Przedsiębiorców pod nr 0000236886. Jedynym członkiem zarządu ALESPLAST Spółka z o.o. jest L. F., będący równocześnie członkiem zarządu Bakerfht Sp. z o.o., zaś Bakerfix Sp. z o.o. jest spółką dominującą wobec ALESPLAST Sp. z o.o., posiadając w niej 67 % udziałów w kapitale zakładowym. Okoliczność ta jest do stwierdzenia na podstawie publicznie dostępnego portalu [ems.ms.gov.pl](https://ems.ms.gov.pl) prowadzonego przez Ministra Sprawiedliwości, gdzie możliwe jest pobranie informacji odpowiadającej aktualnemu wpisowi do KRS danego podmiotu. Wobec faktu, iż przedłożona przez Bakerfix Sp. z o.o. lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej była wadliwa, zamawiający powinien był wezwać Bakerfix Sp. z o.o. do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 prawa zamówień publicznych w związku z art. 26 ust. 2 d in fine tejże ustawy, czego jednakże nie uczynił.

Ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia PPUH „ME-PRO-TECH” W. J. i P.H.U. „ELDA” Zakład Naprawy Autocystern przy wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu powołali się na potencjał innego podmiotu w zakresie wiedzy i doświadczenia, przedkładając w tym zakresie pisemne zobowiązanie TIMEX S.A. do oddania do dyspozycji tych wykonawców niezbędnych zasobów. Zgodnie z treścią ust. 3 rozdziału 7 SIWZ w przypadku korzystania z zasobów podmiotów trzecich wykonawcy zobowiązani byli przedstawić dokumenty na potwierdzenie braku podstaw' do wykluczenia tych podmiotów z postępowania o udzielenie zamówienia tj.: dokumenty o których mowa w rozdziale 6 ust. 4 oraz w rozdziale 7 ust. 5-7 SIWZ. PPUH „ME-PRO-TECH” W. J. i P.H.U. „ELDA” Zakład Naprawy Autocystern nie przedłożyli jednakże żadnych dokumentów dotyczących TIMEX S.A., a wskazanych w rozdziale 6 ust. 4 oraz rozdziale 7 ust. 5 - 7 SIWZ. Zamawiający z niewiadomych przyczyn nie wezwał tych wykonawców o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 prawa zamówień publicznych i dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty tych wykonawców pomimo oczywistego faktu, iż wobec nie przedłożenia przez wykonawców wymaganych SIWZ dokumentów dotyczących TIMEX S. A., wykonawcy ci nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do rozdziału 3 SIWZ przedmiotem zamówienia jest dostawa cystern do wody w kontenerze CW-15 zgodnie m.in. ze szczegółowym opisu przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku nr 6 do SIWZ.

Załącznik nr 6 do SIWZ w punkcie 2 zawiera odniesienie do dokumentacji technicznej do produkcji seryjnej, stosownie do której przedmiot zamówienia ma być wykonany. Dokumentacja techniczna, stosownie do treści rozdziału 3 SIWZ, udostępniana jest na wniosek wykonawcy przez zamawiającego w wersji elektronicznej na płycie CD, a w konsekwencji każdy z wykonawców ma możliwość zapoznania się z treścią dokumentacji technicznej. W dokumentacji technicznej przedmiotu umowy znajduje się natomiast postanowienie, iż cysterna jako kontener zbiornikowy podlega odbiorowi przez Polski Rejestr Statków, zaś zakład produkcyjny wytwarzający kontener zbiornikowy powinien posiadać świadectwo uznania Polskiego Rejestru Statków do produkcji (vide stanowiące element dokumentacji technicznej wymagania techniczne CW 15, pkt 1.2. str. 17).

W tym miejscu wskazać należy, iż Polski Rejestr Statków jest spółką akcyjną działająca na podstawie ustawy o Polskim Rejestrze Statków z dnia 26.10.2000 r., której przedsiębiorstwo ma charakter użyteczności publicznej. Zgodnie z art. 9 powołanej ustawy celem PRS jest m.in. działanie na rzecz bezpieczeństwa statków oraz bezpieczeństwa innych obiektów, znajdujących się na nich osób i ładunków. Przedmiotem działalności PRS (art. 10 ustawy) jest m.in. klasyfikacja statków i innych obiektów (w tym kontenerów) oraz wykonywanie nad nimi nadzoru technicznego. Ustawa o PRS w art. 10 ust. 1 przyznaje PRS w zakresie prowadzonej przez niego działalności kompetencje do wydawania szczegółowych wymagań technicznych pod nazwą „Przepisy klasyfikacji i budowy”. Stosownie natomiast do art. 10 ust. 2 ustawy PRS potwierdza w formie stosownych świadectw spełnianie przez statki i inne obiekty (w tym przez kontenery) wymagań przewidzianych normami krajowymi i międzynarodowymi. Aktualnie obowiązujące (od 1 sierpnia 2012 roku), jak też poprzednio obowiązujące (od 2007 roku), przepisy budowy kontenerów wydane przez PRS przewidują w pkt 2.2.1.1. - 2.2.1.4 procedurę uznawania (certyfikacji) zakładów produkcyjnych kontenerów. Procedura uznania zakładu kończy się wydaniem przez PRS świadectwa uznania, którego ważność wynosi 4 lata.

Treść przepisów budowy kontenerów wydawanych przez PRS na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy o PRS znalazła swoje odzwierciedlenie w dokumentacji technicznej przedmiotu w niniejszym postępowaniu w sposób wskazany już powyżej, poprzez określenie wymogu dla wykonawcy produkującego kontener posiadania świadectwa PRS uznania do produkcji.

Istotnym dla sprawy jest fakt, iż w pkt 11 rozdziału 3 SIWZ zawarty został wymóg wskazania części dostawy, którą oferent zamierza powierzyć podwykonawcom, co miało nastąpić poprzez odpowiednie wypełnienie punktu V składanej oferty. Żaden ze wskazanych w treści niniejszego odwołania oferentów nie wskazał w pkt V swojej oferty jakichkolwiek podwykonawców, a zatem zamierzał samodzielnie zrealizować przedmiot umowy. Konsekwencją oświadczenia przez oferentów woli samodzielnej realizacji przedmiotu umowy jest konieczność dysponowania przez nich świadectwem uznania do produkcji wydanym

przez PRS, stosownie do opisanego powyżej wymagania wynikającego z treści dokumentacji technicznej przedmiotu umowy.

Tymczasem żaden z oferentów, poza odwołującym, nie posiada świadectwa uznania do produkcji kontenerów wydanego przez PRS (dowód: pismo PRS z dnia 21 maja 2014 roku).

Oferenci w osobach PPUH „ME-PRO-TECH” W. J., P.H.U. „ELDA” Zakład Naprawy Autocystern, Bakerfix Spółka z o.o. i Pro - Wam Spółka z o.o. nie spełniają zatem określonego w art. 22 ust. 1 pkt 1 warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, gdyż nie dysponują świadectwami uznania do produkcji wydanymi przez PRS. Skutkiem tego powinni oni zostać wykluczeni z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 prawa zamówień publicznych. Niezależnie od tego wskazani powyżej oferenci składając oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i uczynili to świadomie. W świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego trudno bowiem przypuszczać, iż aby wykonawca składając ofertę o wartości kilku milionów złotych nie zapoznał się z dokumentacją techniczną przedmiotu, który ma zrealizować. Z treści natomiast dokumentacji technicznej wynika dla wykonawcy w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca zobowiązany jest legitymować się świadectwem uznania do produkcji kontenerów wydanym przez PRS. Zachodzi zatem także przesłanka do wykluczenia oferentów na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 prawa zamówień publicznych.

Pismem z dnia 26 marca 2014 roku stanowiącym odpowiedź na wyjaśnienie do treści SIWZ, Zamawiający dokonał zmiany SIWZ w zakresie wymogu wiedzy i doświadczenia (rozdział 5 pkt 2 ppkt 2), określając, iż spełnieniem tego wymogu będzie wykonanie jednej dostawy odpowiadającej przedmiotowi niniejszego zamówienia, tj. dostawy produktów tożsamyh rodzajowo i funkcyjnie z przedmiotem zamówienia, a w szczególności cystern do transportu i przechowywania cieczy.

W odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie tak zmienionego SIWZ Zamawiający udzielił odpowiedzi o następującej treści: „Zamawiający zawarł w SIWZ warunek, dot. doświadczenia potencjalnego wykonawcy, w brzmieniu: „ Wykonawca musi wykazać się posiadaniem doświadczenia zdobytym poprzez wykonanie co najmniej jednej dostawy odpowiadającej przedmiotowi niniejszego zamówienia (tj. dostawy produktów tożsamyh rodzajowo i funkcyjnie z przedmiotem zamówienia» a w szczególności cystern do transportu i przechowywania cieczy)...”. Wskazany zapis należy rozumieć literalnie, bez poczynienia dodatkowych założeń co do jego treści tj. wykonana dostawa ma odpowiadać przedmiotowi zamówienia (którym jest dostawa cystern do wody w kontenerze CW-15) poprzez bycie z nim tożsamą rodzajowo i funkcyjnie a nie identyczna. Dodatkowo wskazany został katalog przykładowych dostaw, poprzez użycie zwrotu „ w szczególności ”, które Zamawiający, co do

zasady, uznaje za odpowiadające przedmiotowi zamówienia i powyższy warunek spełniająca. Opisany warunek nie zawiera dodatkowych wskazań co do technologii, warunków technicznych czy sposobu produkcji, nie przenosi również szczegółowych wymagań technicznych cystern do wody w kontenerze CW-15 zawartych w SIWZ.

Z powyższych wyjaśnień Zamawiającego wynika, iż zmieniony wymóg w zakresie wiedzy doświadczenia:

1/ należy rozumieć literalnie, tj. wykonana dostawa ma odpowiadać przedmiotowi zamówienia poprzez bycie z nim tożsama rodzajowo i funkcyjnie.

2/ zwrot „w szczególności” należy rozumieć jako przykładowe dostawy, które Zamawiający co do zasady uznaje za spełniające powyższy warunek, a zatem warunek tożsamości rodzajowej i funkcjonalnej.

Skoro zatem wedle wyjaśnienia Zamawiającego wykonana dostawa ma być tożsama z cysterną typu CW 10 pod względem funkcjonalności, to oznacza to, iż przez wymienioną przykładowo „cysternę do transportu i przechowywania cieczy” należy rozumieć cysternę, która spełnia między innymi tożsamą z cysterną CW 10 funkcję wysokiego stopnia izolacyjności cieplnej pozwalającą na przechowywanie wody/cieczy w ekstremalnych warunkach temperaturowych w określonym czasie oraz która spełnia funkcję terenowej konstrukcji umożliwiającej bezpieczne poruszanie się całego pojazdu w terenie. Innego rodzaju rozumienie pojęcia tożsamości pod względem funkcyjnym prowadziłoby bowiem do absurdu wniosku, iż każdego rodzaju cysterna do przewozu cieczy byłaby tożsama z przedmiotem zamówienia, a zatem także np. używane w rolnictwie cysterny do nawadniania ziemi czy też beczkowsy używane przez przedsiębiorstwa zajmujące się zaopatrzeniem ludności w wodę.

Oferenci w osobach PPUH „ME-PRO-TECH” W. J. i P.H.U. „ELDA” Zakład Naprawy Autocystern dla wykazania wymogu wiedzy i doświadczenia przedłożyli dokumenty dotyczące dostawy cysterny do przewozu materiałów niebezpiecznych, zaś Bakerfix Spółka z o.o. i Pro - Wam Spółka z o.o. dokumenty dotyczące cysterny do przewozu wody pitnej, naczep zabudowanych cysternami oraz naczepy cysterny do przewozu wody. Istotą rozważań przy ustaleniu tego, czy dany wyrób jest tożsamy pod względem rodzajowym i funkcyjnym z przedmiotem zamówienia (sformułowanie zawarte w rozdział 5 pkt 2 ppkt 2 SIWZ) powinno być przeznaczenie oraz właściwości (funkcje) wyrobu. Przy dokonaniu tego typu porównania trudno znaleźć jakiegokolwiek cechy wspólne pomiędzy przedmiotem zamówienia a wyrobami w postaci cysterny do przewozu materiałów niebezpiecznych, cysterny do przewozu wody pitnej, naczep zabudowanych cysternami oraz naczepy cysterny do przewozu wody. Zarówno budowa, rozwiązania konstrukcyjne jak również funkcje tego rodzaju wyrobów są zupełnie różne od przedmiotu zamówienia.

*W świetle powyższego oferenci w osobach PPUH „ME-PRO-TECH” W. J., P.H.U. „ELDA” Zakład Naprawy Autocystern, Bakerfix Spółka z o.o. i Pro - Wam Spółka z o.o. nie wykazali spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie dostawy cystern do wody w kontenerze CW-15, a w konsekwencji powinni zostać wykluczeni z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 prawa zamówień publicznych.*

Zamawiający wskazał, co następuje.

*W odniesieniu do kwestii złożenia nieprawdziwych informacji w oświadczeniu dot. przynależności do grupy kapitałowej firmy P.H.U. Elda Zakład Naprawy Autocystern Zamawiający wyjaśnia, że oceny dokonał na podstawie wymaganych i złożonych dokumentów. Przedłożone dokumenty nie budziły zastrzeżeń, Zamawiający nie dysponował również żadnymi informacjami, które wskazywałyby na nieprawdziwość przedstawionych dokumentów. Gdyby Zamawiający powziął takie informacje wcześniej, np. od Odwołującego, byłby zobowiązany ich zweryfikowania. Natomiast w przedmiotowej sytuacji nie było obowiązkiem Zamawiającego prowadzenie dochodzenia w jakich firmach osoby fizyczne są właścicielami bądź członkami zarządów firm, które nie uczestniczą w postępowaniu.*

*Zgodnie z art. 4 pkt 14 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez „grupę kapitałową” rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni, przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Należy zaznaczyć, że utworzenie grupy kapitałowej poprzez zawarcie umowy spółek wchodzących w skład tej grupy, podlega obowiązkowi zgłoszenia do naczelnika urzędu skarbowego wg siedziby spółki wskazanej w umowie. Tak więc Zamawiający tylko na podstawie żądanych dokumentów (KRS) może ocenić prawidłowość informacji, a te nie wskazywały na nieprawdziwość informacji bądź ograniczenie uczciwej konkurencji. Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że samo przynależenie do tej samej grupy kapitałowej w zamówieniach publicznych nie rodzi bezpośredniego skutku wykluczenia tych firm z postępowania. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu, nawet przy założeniu prawdziwości informacji podanych przez Odwołującego nie doszło do wypełnienia zakresu normy zawartej w art. 24 ust. 3 pkt 5 Pzp a tym samym do konieczności wykluczenia któregośkolwiek z wykonawców. W związku z powyższym nie zachodzi również sytuacja złożenia, przez któregośkolwiek z Oferentów, nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (skoro nawet przy prawdziwości informacji przedstawionych przez Odwołującego brak podstaw do wykluczenia), a tym samym brak przesłanek do zastosowania art. 24 ust. 3 pkt 3 Pzp. Zbieżny zarzut dotyczył firmy Bakerfix i w obu przypadkach uznać należy go za bezzasadny.*

*W odniesieniu do kwestii nie przedłożenia dokumentów wymienionych w rozdz. 6 ust. 4 i rozdz. 7 ust 5-7 SIWZ przez firmę TIMEX, która zobowiązała się oddać*

do dyspozycji potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia firmie PPUH „ME- PRO-TECH” W. J. i P.H.U. „ELDA” Zakład Naprawy Autocystern E. P., Zamawiający wyjaśnia, że nie miał obowiązku żądania takich dokumentów. Podstawą do żądania dokumentów dla potwierdzenia wiedzy i doświadczenia są art. 22, art. 25 i art. 26 Pzp, ale dotyczą one jedynie Wykonawców. Firma TIMEX nie bierze czynnego udziału w wykonaniu zamówienia nawet jako podwykonawca, więc nie podlega rygorowi ww. przepisów.

W przedmiocie wymogów dot. PRS Zamawiający określił je w SIWZ w sposób niebudzący wątpliwości tj. poprzez wskazanie w treści Załącznika nr 6 do SIWZ (załącznik nr 3 do umowy) -pkt 15 ppkt 3 litera c „Kontenery muszą być certyfikowane i zarejestrowane w Polskim Rejestrze Statków.” i litera d „Sprzedawca zobowiązany jest do dostarczenia kontenerów z aktualnym przeglądem technicznym wymaganym przez Polski Rejestr Statków.” oraz w treści „Dokumentacji technicznej do produkcji seryjnej.” - pkt 9 na stronie 51 oraz pkt 7.2 na stronie 242/243 w brzmieniu „Cysterna jako kontener zbiornikowy podlega odbiorowi PRS, a zakład produkcyjny winien posiadać uznanie PRS do produkcji.”.

Wymaga podkreślenia, iż w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie zawarł wymogu przedkładania, wraz z ofertą, jakichkolwiek dokumentów potwierdzających posiadanie uznania PRS. Powyższe, w zestawieniu z treścią przepisów dot. budowy kontenerów z 2012 roku, wydanymi przez PRS, a konkretnie treścią pkt 2.2.1,1 „Przed rozpoczęciem produkcji seryjnej kontenerów producent kontenerów powinien posiadać zatwierdzony przez PRS skuteczny system kontroli jakości produkowanych seryjnie kontenerów (...)” wyraźnie wskazuje, iż Zamawiający postawił wymóg, aby dostarczone wyroby były uprzednio odebrane przez PRS. Zamawiający nie formułował żadnych kryteriów, co do zakładów produkcyjnych oferentów, porzeczając jedynie na oświadczeniu o zobowiązaniu się do terminowego i zgodnego z SIWZ wykonania dostawy. Kwestia negocjacji z Polskim Rejestrem Statków, uzyskiwania uznań bądź innych certyfikatów oraz proces produkcyjny i technologiczny leżą całkowicie poza sferą zainteresowania Zamawiającego, o ile dostarczone wyroby będą odpowiadały wymogom zawartym w SIWZ. Ponadto wywodzenie dodatkowych wymogów, bezpośrednio w SIWZ niezawartych, z regulacji niebędących powszechnie obowiązującymi aktami prawnymi - a takimi są przepisy o budowie kontenerów PRS, jest całkowicie nieuprawnione. Warto również zwrócić uwagę na okoliczność, iż żądanie załączenia w/w uznania do oferty drastycznie ograniczyłoby konkurencję - faktycznie do jednego tylko wykonawcy tj. Odwołującego. Nie jest to tylko ocena Zamawiającego, lecz również Odwołującego, który w odwołaniu sam stwierdził, że tylko on spełniłby taki warunek cyt. „Tymczasem żaden z oferentów, poza odwołującym, nie posiada świadectwa uznania do produkcji kontenerów wydanego przez PRS” na dowód czego przedstawił pismo z dnia 21 maja 2014 r.

*W odniesieniu do kwestii spełnienia wymogu wiedzy i doświadczenia przez wykonawców rozszerzając zakres dostawy o produkty tożsame rodzajowo z przedmiotem zamówienia Zamawiający wyjaśnia, że była to czynność zgodna z Pzp. Miała ona na celu rozszerzenie grona wykonawców, którzy w oparciu o szczegółową dokumentację techniczną będą w stanie wyprodukować żądany przedmiot. Podstawą do zmiany zapisów w SIWZ był wniosek firmy P.P.U.H „ME- PRO-TECH” W. J. z dnia 18.03.2014 r.*

*Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że Zamawiający decydując się na zmianę zapisów w SIWZ posiłkował się również opinią UZP wydaną po przeprowadzonej kontroli (znak: UZP/DKD/MA/24820/2677/13). Wynika z niej w sposób jednoznaczny i niekwestionowany dla Zamawiającego, że przepisy Pzp umożliwiają dając szeroką swobodę wprowadzenie do prowadzonego postępowania warunków dotyczących niezbędnej wiedzy i doświadczenia (w ramach obowiązujących przepisów) jakie musi spełnić Wykonawca, jak i w formułowaniu wymagań odnośnie parametrów technicznych. W sposób nieuzasadniony Odwołujący deliberuje nad tożsamością rodzajową i funkcyjną sprzętu jaki wykonawca musi przedstawić w warunkach dot. doświadczenia, przedstawiając tabele z opisem technicznym cysterny CW15. Należy zauważyć, że opis ten nie porównuje do przedmiotów jaki wykazał Wykonawca PPU SzurniakowskiSp z o.o, lecz do nieokreślonych typowo „zbiorników”.*

*Ponadto Zamawiający w dniu 10.04.2014 r. w odpowiedzi na wątpliwości Odwołującego zawarte w piśmie z dnia 02.04.2014 r., przedstawił wyczerpujące stanowisko w przedmiocie rozumienia postawionego wymogu dot. doświadczenia.*

*Celem Zamawiającego, w takim ukształtowaniu wymogu dot. doświadczenia, był brak nadmiernego ograniczenia konkurencji - na gruncie Pzp wyraźnie zakazany o ile nie jest to podyktowane obiektywnymi, dopuszczalnymi ustawowo przesłankami. Odwołujący, z uwagi na fakt wykonania już dostaw cystern CW-15, bez wątpienia posiada wymagane doświadczenie. Jednak rozumienie w/w wymogu w sposób w jaki przedstawia to Odwołujący, prowadzi do stwierdzenia, iż jedynie Odwołujący ma wymagane doświadczenie - co jak wyżej wskazano jest niezgodne nie tylko z wyraźnym stanowiskiem Zamawiającego ale również ustawą Pzp (art. 7).*

Przystępujący poparli stanowisko zamawiającego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepis powyższy nie deprecjonuje, jakiego typu informacje można zakwalifikować jako nieprawdziwe, co oznacza, że każdy rodzaj i zakres informacji, jeżeli zostanie stwierdzony fakt nieprawdziwości

wywołuje skutek w postaci wykluczenia wykonawcy, podającego takie informacje, z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Izby ocena złożonych informacji, pod kątem ich prawdziwości dotyczyć może zarówno części podmiotowej, czyli dotyczącej samego wykonawcy, jak też części przedmiotowej złożonej oferty, tj. merytorycznej treści oferty dotyczącej przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Istotnym jest również konieczność stwierdzenia, czy złożenie nieprawdziwych informacji ma lub może mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający, zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, żądał złożenia wraz z ofertą, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto, zgodnie z przepisem art. 24b ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie złożył wyjaśnień, oraz wykonawcę, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d.

Wykonawca składający swoją ofertę w przedmiotowym postępowaniu, tj. członek konsorcjum (1) firma E. P., prowadzący przedsiębiorstwo pod firmą P.H.U. Elda Zakład Naprawy Autocystern oświadczył, że nie należy do żadnej grupy kapitałowej.

Odwołujący podniósł, iż Pan E. P., prowadzący przedsiębiorstwo pod firmą P.H.U. Elda Zakład Naprawy Autocystern, należy do grupy kapitałowej, gdyż jest jedynym wspólnikiem oraz członkiem zarządu spółki z o.o. działającej pod firmą ELDA Spółka z o.o., wpisanej do KRS pod nr 0000420880.

Odwołujący wskazał również, że Bakerfix Sp. z o.o. złożył listę wymaganą art. 26 ust. 2d prawa zamówień publicznych, jednakże w liście tej pominął należący do tej samej grupy kapitałowej podmiot - ALESPLAST Spółka z o.o. z siedzibą w Żninie, ul. Fabryczna 1, wpisanej do KRS pod nr 0000236886. Jedynym członkiem zarządu ALESPLAST Spółka z o.o. jest L. F., będący równocześnie członkiem zarządu Bakerfix Sp. z o.o., zaś Bakerfix Sp. z o.o. jest spółką dominującą wobec ALESPLAST Sp. z o.o., posiadając w niej 67 % udziałów w kapitale zakładowym.

Na rozprawie, na wniosek odwołującego, Izba zadała pytanie p. E. P., czy prowadząc przedsiębiorstwo pod firmą P.H.U. Elda Zakład Naprawy Autocystern, jest jednocześnie jedynym wspólnikiem oraz członkiem zarządu spółki z o.o. działającej pod firmą ELDA

Spółka z o.o., wpisanej do Krajowego Rejestru Sądowego Rejestru Przedsiębiorców pod nr 0000420880, na które to pytanie p. E. P. odpowiedział twierdząco.

Jednocześnie, na wniosek odwołującego, Izba zadała pytanie p. L. F., czy pominął, nie wpisując do listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej podmiot - ALESPLAST Spółka z o.o. z siedzibą w Żninie (ul. Fabryczna 1) wpisanej do Krajowego Rejestru Sądowego Rejestru Przedsiębiorców pod nr 0000236886, w którym jest jedynym członkiem zarządu, na które to pytanie p. L. F. odpowiedział twierdząco, zaznaczając jednocześnie, że *około dwa lata temu złożył rezygnację z funkcji członka zarządu spółki ALESPLAST, jednakże do dnia dzisiejszego formalnie nie zostały poczynione czynności prawne, ze względu na brak powołania nowego zarządu spółki ALESPLAST, dlatego też do dnia dzisiejszego widnieje w rejestrze spółki ALESPLAST jako członek zarządu, mimo iż faktycznie żadnych funkcji nie pełni. Spółka ALESPLAST jest w stanie likwidacji, nie wykonuje żadnych czynności, dlatego też w oświadczeniu została pominięta.*

Biorąc pod ocenę ustalony powyżej stan faktyczny sprawy, Izba stwierdziła, że zarówno p. E. P., jak też p. L. F. złożyli nieprawdziwe, niezgodne ze stanem faktycznym i prawnym oświadczenia. Przedmiotowe oświadczenia zostały złożone świadomie, tzn. ww. osoby posiadając wiedzę, iż stan prawny jest odmienny od stanu, który został podany w ofertach, celowo z rozmysłem złożyli oświadczenia, które wprowadziły zamawiającego w błąd. Dlatego też Izba uznała, że ww. wykonawcy złożyli nieprawdziwe informacje.

Mimo, że zdanie drugie przepisu art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, wskazuje na możliwość zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, do informacji przekazywanych w myśl przepisu art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, to zastosowanie powyższych przepisów (art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp) wyklucza okoliczność podania przez wykonawców nieprawdziwych informacji.

Jednakże biorąc pod uwagę okoliczności przedmiotowej sprawy, w ocenie Izby uznać należało, że zachodzą przesłanki do zastosowania przepisu art. 24b ust. 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym zamawiający winien wykluczyć wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: W. J. PPUH ME-PRO-TECH, P.H.U. ELDA Zakład Naprawy Autocystern E. P., ul. Polna 16a, 26-640 Skaryszew oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Bakerfix Sp. z o.o., PRO-WAM Sp. z o.o., ul. Fabryczna 1, 88-400 Żnin, gdyż ww. wykonawcy nie złożyli listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: W. J. PPUH ME-PRO-TECH, P.H.U. ELDA Zakład Naprawy Autocystern E. P., ul. Polna 16a, 26-640 Skaryszew, do uzupełnienia dokumentów odnoszących się do

wykonawcy TIMEX S.A., na zasobach których polega ten wykonawca, Izba uznała ten zarzut za zasadny.

Wskazać bowiem należy, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w rozdziale 7 ust. 3 podał, iż w przypadku korzystania z zasobów podmiotów trzecich wykonawcy zobowiązani są do przedstawienia dokumentów (dla podmiotów, z których zasobów zamierza skorzystać) składanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia tych podmiotów z postępowania o udzielenie zamówienia, tj. dokumenty o których mowa w rozdziale 6 ust. 4 oraz w rozdziale 7 ust. 5 – 7 s.i.w.z. Wykonawca – konsorcjum ELDA – do oferty nie przedłożył wymaganych treścią s.i.w.z. dokumentów, poprzestając jedynie na oświadczeniu (zobowiązaniu) firmy TIMEX S.A.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, powoływanie się na potencjał zasobów podmiotów trzecich, zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wymusza udział tych podmiotów w realizacji danego zamówienia publicznego. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawca nie posiadający odpowiedniej wiedzy, czy doświadczenia, będzie starał się samodzielnie wykonać zamówienie, do którego pretenduje (składa ofertę), powołując się na potencjał podmiotów trzecich jedynie w zakresie potwierdzenia spełnienia wymogów formalnych przewidując, że podmiot z którego zasobów korzysta nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Takie rozumienie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wypacza jego sens i przeznaczenie, gdyż powodować może sytuację, w której dany wykonawca (bez wiedzy czy doświadczenia) będzie (w przypadku uznania jego oferty za najkorzystniejszą) realizował zamówienie nie posiadając ku temu żadnych predyspozycji popartych dotychczas realizowanymi zadaniami.

Z orzecnictwa Trybunału ukształtowanego na podstawie art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, stanowiących podstawę wskazanego przepisu krajowego wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów innego podmiotu musi mieć charakter rzeczywisty. Zatem, zamawiający musi mieć pewność, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby innego podmiotu potrzebne do wykonania zamówienia (orzeczenie ETS z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 Holst Italia) - *na podstawie opinii UZP, Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r.*

Zatem, samo przekazanie referencji z prawem do posłużenia się nimi w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bez udziału podmiotu w wykonywaniu zamówienia, polega w istocie na użyczeniu referencji dla formalnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, czemu przeczy cel przepisu art. 26 ust. 2b Pzp.

W wyroku KIO z dnia z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2294/11 Izba uznała, że *skoro oddanie przez podmiot trzeci zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie wymaga uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, ponieważ nierozzerwalnie związane*

*jest z tym zasobem, a zatem także uczestnictwo - w myśl przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp także jest objęte obowiązkiem udowodnienia. Fakt uczestnictwa w wykonaniu zamówienia musi zostać udowodniony przez wykonawcę, bowiem nie można oddać, ani zobowiązać się do oddania wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału podmiotu udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia."*

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy – konsorcjum ELDA – do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego swoje zasoby, tj. firmy TAMEX S.A. Jednakże z uwagi na okoliczność, iż wykonawca ten (konsorcjum ELDA) podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24b ust. 3 ustawy Pzp, to zamawiający nie ma obowiązku wykonywania tej czynności.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia przez zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: W. J. PPUH ME-PRO-TECH, P.H.U. ELDA Zakład Naprawy Autocystern E. P., ul. Polna 16a, 26-640 Skaryszew oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Bakerfix Sp. z o.o., PRO-WAM Sp. z o.o., ul. Fabryczna 1, 88-400 Żnin, gdyż ww. wykonawcy nie spełniają warunku udziału w postępowaniu określonego przepisem art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a zatem winni być wykluczeni na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, oraz zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego wykluczenia ww. wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż składając ww. oświadczenie (z art. 22 ust. 1 pkt 1), jak i ofertę złożyli informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania, Izba uznała zarzuty za zasadne.

Jak wynika bowiem z treści rozdziału 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotem zamówienia jest dostawa cystern do wody w kontenerze CW-15 zgodnie m.in. ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku nr 6 do s.i.w.z.

Załącznik nr 6 do s.i.w.z. w punkcie 2 zawiera odniesienie do dokumentacji technicznej do produkcji seryjnej, stosownie do której przedmiot zamówienia ma być wykonany. W dokumentacji technicznej przedmiotu umowy znajduje się natomiast postanowienie, iż cysterna jako kontener zbiornikowy podlega odbiorowi przez Polski Rejestr Statków, zaś zakład produkcyjny wytwarzający kontener zbiornikowy powinien posiadać świadectwo uznania Polskiego Rejestru Statków (PRS) do produkcji (vide stanowiące element dokumentacji technicznej wymagania techniczne CW15, pkt 1.2. str. 17).

Izba zwraca uwagę, że takie postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie budziło wątpliwości ani zastrzeżeń wykonawców.

Skoro zatem wykonawcy przyjęli wymagania zamawiającego za wiążące, to nie sposób odmówić racji odwołującemu, że brak posiadania przez ww. wykonawców świadectwa

uznania PRS musi wywołać skutek, polegający na wykluczeniu przystępujących z postępowania.

Przepis art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wskazuje, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Polski Rejestr Statków jest spółką akcyjną działająca na podstawie ustawy o Polskim Rejestrze Statków z dnia 26.10.2000 r., której przedsiębiorstwo ma charakter użyteczności publicznej. Zgodnie z art. 9 powołanej ustawy celem PRS jest m.in. działanie na rzecz bezpieczeństwa statków oraz bezpieczeństwa innych obiektów, znajdujących się na nich osób i ładunków. Przedmiotem działalności PRS (art. 10 ustawy) jest m.in. klasyfikacja statków i innych obiektów (w tym kontenerów) oraz wykonywanie nad nimi nadzoru technicznego. Ustawa o PRS w art. 10 ust. 1 przyznaje PRS w zakresie prowadzonej przez niego działalności kompetencje do wydawania szczegółowych wymagań technicznych pod nazwą „Przepisy klasyfikacji i budowy”. Stosownie natomiast do art. 10 ust. 2 ustawy PRS potwierdza w formie stosownych świadectw spełnianie przez statki i inne obiekty (w tym przez kontenery) wymagań przewidzianych normami krajowymi i międzynarodowymi. Aktualnie obowiązujące (od 1 sierpnia 2012 roku), jak też poprzednio obowiązujące (od 2007 roku), przepisy budowy kontenerów wydane przez PRS przewidują w pkt 2.2.1.1. - 2.2.1.4 procedurę uznawania (certyfikacji) zakładów produkcyjnych kontenerów. Procedura uznania zakładu kończy się wydaniem przez PRS świadectwa uznania, którego ważność wynosi 4 lata.

Powyższe oznacza, iż przystępujący składając swoje oświadczenia z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, winni mieć na względzie obowiązujące przepisy prawa, które są ściśle związane z przedmiotem niniejszego zamówienia, w związku z czym w chwili składania powyższego oświadczenia winni posiadać dokument „świadectwo uznania” wydane przez Polski Rejestr Statków, który to dokument kwalifikuje jego posiadacza do wykonywania przedmiotu zamówienia. Brak posiadania „świadectwa uznania” dyskwalifikuje wykonawców z udziału w postępowaniu i pozwala na zastosowanie względem tych wykonawców przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Faktem jest, że zamawiający, w zakresie omawianego dokumentu nie postawił w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia konkretnego szczegółowego wymogu, w tym zakresie, że wykonawcy nie mieli obowiązku załączania do oferty dokumentu „świadectwa uznania”. Jednakże brak obowiązku złożenia takiego dokumentu nie dyskwalifikuje ogólnego wymogu posiadania „świadectwa uznania”. Skoro zatem przystępujący takiego dokumentu nie posiadają, gdyż nie przeszli procedury uzyskiwania „świadectwa uznania”, którą to

okoliczność ustnie do protokołu potwierdzili (strona 6 protokołu z rozprawy), to podlegają wykluczeniu z przedmiotowego postępowania.

Ponadto Izba zwraca uwagę, że z pisma z PRS z dnia 6 czerwca 2014 r. (złożonego przez odwołującego) wynika, że rodzaj nadzoru PRS (bezpośredni lub pośredni) zależy od wymagań zamawiającego, a zatem skoro zamawiający wymagał w pkt. 7.2 „wymagań technicznych” posiadania uznania PRS do produkcji przez zakład produkcyjny (czyli nadzór pośredni), to brak takiego uznania powoduje konieczność wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Nie jest bowiem możliwe do uznania stanowisko prezentowane przez zamawiającego, iż „Kwestia negocjacji z Polskim Rejestrem Statków, uzyskiwania uznań bądź innych certyfikatów oraz proces produkcyjny i technologiczny leżą całkowicie poza sferą zainteresowania zamawiającego, o ile dostarczone wyroby będą odpowiadały wymogom zawartym w s.i.w.z.”. Powyższe stanowi jawną sprzeczność stanowisk zamawiającego, który z jednej strony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia żąda posiadania „świadcstwa uznania”, a z drugiej strony oświadcza, że nie interesuje go stan wykonawcy przyjmując stanowisko, że ważne aby przedmiot oferty spełniał wymogi s.i.w.z. Skoro bowiem przedmiot świadczenia ma być zgodny z s.i.w.z. to świadczenie (wyrób) musi być wykonane przez podmiot do tych czynności uprawniony, tj. posiadający „świadcstwo uznania”.

Izba, analogicznie jak do wcześniej omawianego zarzutu stwierdziła, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: W. J. PPUH ME-PRO-TECH, P.H.U. ELDA Zakład Naprawy Autocystern E. P., ul. Polna 16a, 26-640 Skaryszew oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Bakerfix Sp. z o.o., PRO-WAM Sp. z o.o., ul. Fabryczna 1, 88-400 Żnin – złożyli informacje nieprawdziwe (potwierdzone oświadczeniami pełnomocników na rozprawie) – w zakresie oświadczenia z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż w ofercie oświadczyli, że posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, a faktycznie takich uprawnień nie posiadają – brak „świadcstwa uznania” wydanego przez Polski Rejestr Statków.

Odnosząc się do ostatniego z zarzutów odwołania, dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. J. PPUH ME-PRO-TECH, P.H.U. ELDA Zakład Naprawy Autocystern E. P., ul. Polna 16a, 26-640 Skaryszew oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bakerfix Sp. z o.o., PRO-WAM Sp. z o.o., ul. Fabryczna 1, 88-400 Żnin, gdyż nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zamawiający pismem z dnia 26 marca 2014 roku stanowiącym odpowiedź na wyjaśnienie do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonał zmiany s.i.w.z. w zakresie wymogu wiedzy i doświadczenia (rozdział 5 pkt 2 ppkt 2), określając, iż spełnieniem tego wymogu będzie wykonanie jednej dostawy odpowiadającej przedmiotowi niniejszego zamówienia, tj. dostawy produktów tożsamyh rodzajowo i funkcyjnie z przedmiotem zamówienia, a w szczególności cystern do transportu i przechowywania cieczy.

W odpowiedzi na pytanie o wyjaśnienie tak zmienionego warunku zamawiający udzielił odpowiedzi o następującej treści:

„Zamawiający zawarł w SIWZ warunek, dot. doświadczenia potencjalnego wykonawcy, w brzmieniu: „Wykonawca musi wykazać się posiadaniem doświadczenia zdobytyh przez wykonanie co najmniej jednej dostawy odpowiadającej przedmiotowi niniejszego zamówienia (tj. dostawy produktów tożsamyh rodzajowo i funkcyjnie z przedmiotem zamówienia» a w szczególności cystern do transportu i przechowywania cieczy)...”. Wskazany zapis należy rozumieć literalnie, bez poczynienia dodatkowych założeń co do jego treści tj. wykonana dostawa ma odpowiadać przedmiotowi zamówienia (którym jest dostawa cystern do wody w kontenerze CW-15) poprzez bycie z nim tożsamą rodzajowo i funkcyjnie a nie identyczna. Dodatkowo wskazany został katalog przykładowych dostaw, poprzez użycie zwrotu „w szczególności”, które Zamawiający, co do zasady, uznaje za odpowiadające przedmiotowi zamówienia i powyższy warunek spełniające. Opisany warunek nie zawiera dodatkowych wskazań co do technologii, warunków technicznych czy sposobu produkcji, nie przenosi również szczegółowych wymagań technicznych cystern do wody w kontenerze CW-15 zawartych w SIWZ”.

Konsorcjum: PPUH „ME-PRO-TECH” W. J. i P.H.U. „ELDA” Zakład Naprawy Autocystern dla wykazania wymogu wiedzy i doświadczenia przedłożyli dokumenty dotyczące dostawy cysterny do przewozu materiałów niebezpiecznych, zaś konsorcjum: Bakerfix Spółka z o.o. i Pro - Wam Spółka z o.o. przedłożyło dokumenty dotyczące cysterny do przewozu wody pitnej, naczep zabudowanych cysternami oraz naczepy cysterny do przewozu wody.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający prawidłowo ocenił spełnienie, przez przystępujących, warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Izby, celem zamawiającego, w takim ukształtowaniu wymogu dotyczącego doświadczenia, był brak nadmiernego ograniczenia konkurencji - na gruncie ustawy - Prawo zamówień publicznych, ograniczenia wyraźnie zakazanego o ile nie jest to podyktowane obiektywnymi, dopuszczalnymi ustawowo przesłankami. Odwołujący, z uwagi na fakt wykonania już dostaw cystern CW-15, bez wątplenia posiada wymagane doświadczenie. Jednak rozumienie ww. wymogu w sposób, w jaki przedstawił to odwołujący, prowadzi do stwierdzenia, iż jedynie odwołujący ma wymagane doświadczenie. Istotą rozważań przy ustaleniu tego, czy dany wyrób jest tożsamy pod względem rodzajowym i funkcyjnym

z przedmiotem zamówienia (sformułowanie zawarte w rozdział 5 pkt 2 ppkt 2 s.i.w.z.) powinno być przeznaczenie oraz właściwości (funkcje) wyrobu. Przy dokonaniu tego typu porównania odnajdujemy cechy wspólne pomiędzy przedmiotem zamówienia a wyrobami w postaci cysterny do przewozu materiałów niebezpiecznych, cysterny do przewozu wody pitnej, naczep zabudowanych cysternami oraz naczepy cysterny do przewozu wody w powiązaniu z wyjaśnieniami zamawiającego.

Dlatego też Izba uznała, że doświadczenie wykazane przez przystępujących odpowiada warunkowi opisanemu przez zamawiającego, co w konsekwencji czyni zarzut odwołującego – niezasadnym.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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:** .....