

**WYROK**

**z dnia 4 kwietnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Energetyczny Płock Centrum Handlowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku, TELE-FONIKA Kable Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **ENERGA-OPERATOR Spółka Akcyjna w Gdańsku**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Energetyczny Płock Centrum Handlowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku, TELE-FONIKA Kable Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna w Krakowie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Energetyczny Płock Centrum Handlowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku, TELE-FONIKA Kable Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania
  - 2.2 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład**

**Energetyczny Płock Centrum Handlowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku, TELE-FONIKA Kable Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna w Krakowie kwoty 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania.**

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

.....

**Sygn. akt: KIO 570/12**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Energa-Operator SA w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę kabli i przewodów elektroenergetycznych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku nr 13 poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 23 marca 2012 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Zakład Energetyczny Płock Centrum Handlowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Płocku, TELE-FONIKA Kable Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna w Krakowie (dalej: odwołujący się) wnieśli odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy: dokonane rozstrzygnięcia ww. postępowania w zakresie zadania / części nr 1 (jeden) oraz 3 (trzy) i poprzedzającego je zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów

Odwołujący się wniósł o unieważnienie powyższych czynności; nakazanie powtórzenia czynności oceny i wyboru z uwzględnieniem obowiązku uprzedniego odrzucenia oferty złożonej przez wybranych wykonawców w zakresie zadania/części nr 1 i nr 3 po /ewentualnie/ uprzednim wezwaniu do uzupełnienia braków bądź złożenia wyjaśnień (w trybie art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp). Odwołujący się wniósł także o zasądzenie kosztów i opłat związanych ze sprawą, a to w szczególności wpisu oraz kosztów zastępstwa procesowego. a także

W uzasadnieniu podniósł, że zgodnie z działem IX pkt 1 ppkt 1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia, w szczególności w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali dostawy:

dla części 1: jedną lub więcej, fabrycznie nowych kabli elektroenergetycznych SN - przynajmniej jednego z typów stanowiących przedmiot zamówienia w tej części, o dowolnych przekrojach, o łącznej wartości co najmniej 26.500.000 zł,

dla części 3: jedną lub więcej, fabrycznie nowych kabli elektroenergetycznych nn~ przynajmniej jednego z typów stanowiących przedmiot zamówienia w tej części, o dowolnych przekrojach, o łącznej wartości co najmniej 28.500.000 zł,

Termin składania ofert został określony przez zamawiającego w dz. XV SIWZ, w pkt. 9 oraz w dz. XVI SIWZ, w pkt. 1 i 2 (termin składania i otwarcia ofert) na dzień 19.01.2012 r.

Tym samym określone poziomy dostaw, których zrealizowanie powinien wykazać potencjalny wykonawca - zgodnie ze pełnym tekstem SIWZ powinny obejmować okres od 20 stycznia 2009 do 19 stycznia 2012 tj. okres ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert i tylko taki wykonawca, który w zakresie powyższych zadań (części) wykazał zrealizowanie dostaw o wskazanych wartościach we wskazanym terminie - może ubiegać się (skutecznie) o udzielenie mu zamówienia

Wykonawca EKSA sp. z o.o., któremu zamawiający przyznał najwyższą liczbę punktów i którego ofertę wybrał, nie wykazał jednak prawidłowo spełnienia powyższych warunków. Wykonawca ten wykazał bowiem (wykaz wykonanych dostaw - załącznik nr 5 do SIWZ) dostawy w innych terminach, niż wymagane w SIWZ i tak:

- a. w zakresie zadania nr 1 EKSA przedstawiła okres od 01.01.2009 do 14.12.2011 czyli okres realizacji dostaw został przekroczony o 19 dni,
- b. w zakresie zadania nr 3 EKSA przedstawiła okres od 14.12.2008 do 13.12.2011 czyli okres realizacji dostaw został przekroczony o 37 dni.

Okresy te nie pokrywają się w okresami wymaganymi przez SIWZ. Tym samym okres wykazany przez Eksa sp. z o.o. żadną miarą nie pokrywa się z okresem wymaganym przez Zamawiającego.

W ocenie odwołującego się brak jest podstaw do wzywania EKSA sp. z o.o. do uzupełnienia braków bądź złożenia wyjaśnień. Wykonawca złożył bowiem wymagane dokumenty; tyle że kategorycznie i bezsprzecznie nie wykazują one spełnienia wymagań wymaganych przez SIWZ. a zatem pierwsze 2 przesłanki z art. 26 ust 3 ustawy Pzp nie mają zastosowania.

Złożone dokumenty natomiast nie zawierają błędów bądź wadliwych pełnomocnictw. To, iż wykaz zrealizowanych dostaw nie odpowiada wymaganiom SIWZ nie jest zatem błędem (nie może być traktowane jako błąd). W tej sytuacji zamawiający zatem nie miał podstaw do wzywania EKSA sp. z o.o do złożenia dodatkowych dokumentów, albowiem brak jest ku temu podstawy prawnej, jak i też stanowiłoby to nieuzasadnione przedłużenie terminu

dla EKSA sp. z o.o. do złożenia swojej oferty i stawiało tą firmę w uprzywilejowanej pozycji względem innych wykonawców. Brak jest też podstaw do wzywania wykonawcy w trybie art. 26 ust 4 do złożenia wyjaśnień, bo nie ma czego wyjaśniać. EKSA mógł w zakreślonym terminie do dnia składania ofert wykazać, iż spełnia wymagania zamawiającego, wynikające z SIWZ. Wymagania te są adekwatne do przedmiotu zamówienia i mają wykazać zdolność do wykonania zamówienia

Z ostrożności odwołujący się podniósł się zarzut zaniechania wezwania wybranego wykonawcy - przed dokonaniem wyboru - do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy Pzp - jako nie złożonych bądź zawierających błędy celem potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert bądź też ewentualnie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp - w oparciu o treść art. 26 ust 3 i 4 cyt. ustawy. Przy czym złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Odwołujący się podniósł zarzut zaniechania wezwania EKSA do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych jako czynności których zamawiający zaniechał. Dopiero bowiem po dokonaniu tych czynności zamawiający będzie mógł dokonać wszelkich czynności niezbędnych do dokonania wyboru najlepszej oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 marca 2012 roku wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z działem IX pkt 1 ppkt 1.1. siwz o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia, w szczególności w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali dostawy:

dla części 1: jedną lub więcej, fabrycznie nowych kabli elektroenergetycznych SN - przynajmniej jednego z typów stanowiących przedmiot zamówienia w tej części, o dowolnych przekrojach, o łącznej wartości co najmniej 26.500.000 zł,

dla części 3: jedną lub więcej, fabrycznie nowych kabli elektroenergetycznych nn~ przynajmniej jednego z typów stanowiących przedmiot zamówienia w tej części, o dowolnych przekrojach, o łącznej wartości co najmniej 28.500.000 zł,

Termin składania ofert został określony przez zamawiającego w dz. XV SIWZ, w pkt. 9 oraz w dz. XVI SIWZ, w pkt. 1 i 2 na dzień 19.01.2012 r.

Wykonawca EKSA sp. z o.o. wraz z ofertą złoży wykaz wykonanych dostaw, w których przedstawił:

- a. w zakresie zadania nr 1 - usługi wykonane w okresie od 01.01.2009 do 14.12.2011
- b. w zakresie zadania nr 3 – usługi wykonane w okresie od 14.12.2008 do 13.12.2011.

Pismem z dnia 20 lutego 2012 roku zamawiający wezwał wykonawcę EKSA do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów załączonych do oferty. Podniósł, że z załączonych dokumentów nie wynika, które z wykazanych dostaw zostały wykonane w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert. Zamawiający wezwał zatem do wyjaśnienia, jakie są – w każdej z wykazanych dostaw – wartości dostaw wykonanych w okresie od 19.01.2009 r. do 13.12.2011 r., tj. dnia wskazanego w wykazie dostaw i załączonych dla nich referencjach jako końcowy dla wszystkich wykazanych dostaw.

Wykonawca EKSA udzielił odpowiedzi pismem z dnia 2012 roku, do którego dołączył nowe wykazy. Wykaz dotyczący części 1 obejmował okres od dnia 19.01.2009 roku do dnia 14.12.2011 roku. Podane w wykazie kwoty nie zmieniły się w stosunku do pierwszego wykazu, ponieważ w dniach zawężających okres, tj. od 01.01.2009 do 18.01.2009 nie było żadnej realizacji dostaw kabli średnich napięć do odbiorców, których referencje dołączono do oferty. Łączna wartość dostarczonych kabli wg zawężonego okresu i wynosi 35.914.003,74 zł.

W zakresie części 3 wykonawca EKSA złożył nowy wykaz dostaw, obejmujący okres od dnia 19.01.2009 do 13.12.2011. Podane w tym wykazie kwoty zmniejszyły się o wartość dostaw zrealizowanych w dniach zawężających okres, tj. od 14.12.2008 do 18.01.2009. Łączna wartość dostarczonych kabli w okresie od dnia 19.01.2009 do dnia 14.12.2011 wyniosła 28.780.885,63 zł.

Pismem z dnia 13 marca 2012 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w części 1 i 3 oferty złożonej przez EKSA Sp. z o.o.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że wskutek wezwania do złożenia wyjaśnień wystosowanego do wykonawcy EKSA na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wykonawca ten ograniczył wykonane przez siebie dostawy, wskazane w wykazie złożonym wraz z ofertą, do okresu wymaganego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dostawy wykazane w tym okresie w sposób nie budzący wątpliwości świadczą o tym, że wykonawca EKSA spełnia warunki wskazane w dziale IX pkt 1 ppkt 1.1. siwz.

Wymagany wykaz wykonanych dostaw był dokumentem mającym poświadczać doświadczenie wykonawcy, wymagane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Doświadczenie to było jednym z warunków, których spełnienie uprawniało wykonawcę do wzięcia udziału w postępowaniu. Wzmiankowany wykaz – jako dokument potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

W przypadku wątpliwości dotyczących dokumentów złożonych w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących tych dokumentów. Podstawą takiego żądania jest art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, którego brzmienie wskazuje na to, iż wezwanie wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wyjaśnienia odwołującego się polegały na wskazaniu wartości dostaw, jakie zrealizował w okresie wskazanym w specyfikacji i wartości te przekraczają te, których wymagał zamawiający w siwz. Informacje, jakie uzyskał zamawiający w wyniku wezwania są dokładnie tymi informacjami, których brak zarzucał zamawiającemu odwołujący.

Podniesiony jako ewentualny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp jest w ocenie Izby bezpodstawny. Z dokumentacji postępowania wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, co czyni bezzasadnym zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Uzyskane przez zamawiającego wyjaśnienia potwierdziły, że wykonawca EKSA spełnia wymagane warunki udziału w postępowaniu. Brak było zatem podstaw do wzywania go do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W myśl art. 26 ust. 3 zd. 1 *in principio* ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia dokumentu w sytuacji, gdy złożony wraz z ofertą dokument nie potwierdza warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie nie zaszły przesłanki zobowiązujące zamawiającego wzywanie wykonawcy do złożenia dokumentów na podstawie cytowanego przepisu. Jak już wyżej wskazano – zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Złożone wyjaśnienia potwierdziły spełnianie przez wykonawcę EKSA warunku w zakresie doświadczenia, a zatem nie było podstaw do wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu. Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.



Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....