

Sygn. akt: KIO 1960/15

WYROK

z dnia 21 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2015r. przez odwołującego wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia: Polfrost Internationale Spedition Sp. z o.o.(Lider Konsorcjum) ul. Tyniecka 27/2; 02-615 Warszawa oraz SDV International Logistics Poland Sp. z o.o.(Członek Konsorcjum) ul. Janka Wiśniewskiego 31; 81-156 Gdynia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Jednostka Wojskowa nr 4226 ul. Marsa 110; 04-470 Warszawa

przy udziale przystępującego: Kuehne + Nagel Sp. z o.o. ul. Spedycyjna 1; 62-023 Gądky po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności zaproszenia przystępującego do złożenia oferty w postępowaniu oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę wniosków po uprzednim wezwaniu w trybie art.26 ust.4 lub 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przystępującego do złożenia wyjaśnień lub

dokumentów potwierdzających, iż odbiorca usługi wskazany w poz.1 Wykazu Usług był odbiorcą usługi opisanej w poz.1 Wykazu Usług a wykonawcą tejże usługi był przystępujący w związku z poświadczeniem wystawionym przez Aibel AS z dnia 27.07.2015r., po uprzednim jego tłumaczeniu oraz po zwróceniu się przez zamawiającego w trybie § 1 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, do Aibel AS celem uzyskania dodatkowych informacji lub dokumentów potwierdzających, że poświadczenie odnosi się do przystępującego i dotyczy przedmiotu usługi z poz.1 Wykazu Usług

2. kosztami postępowania obciąża Jednostka Wojskowa nr 4226 ul. Marsa 110; 04-470 Warszawa i

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia: Polfrost Internationale Spedition Sp. z o.o.(Lider Konsorcjum) ul. Tyniecka 27/2; 02-615 Warszawa oraz SDV International Logistics Poland Sp. z o.o.(Członek Konsorcjum) ul Janka Wiśniewskiego 31; 81-156 Gdynia tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od Jednostka Wojskowa nr 4226 ul. Marsa 110; 04-470 Warszawa kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na rzecz Polfrost Internationale Spedition Sp. z o.o.(Lider Konsorcjum) ul. Tyniecka 27/2; 02-615 Warszawa oraz SDV International Logistics Poland Sp. z o.o.(Członek Konsorcjum) ul Janka Wiśniewskiego 31; 81-156 Gdynia.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 w Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 16 czerwca 2015 r. pod numerem 2015/S 114-207301, zmienionym następnie ogłoszeniem z 25 czerwca 2015 r. nr 2015/S 120-219259 [Ogłoszenie o zamówieniu w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa - dyrektywa 2009/81/WE).

W dniu 7 września 2015r. odwołujący wniósł odwołanie. Działając na podstawie art. 180 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, wniósł odwołanie od czynności i zaniechania zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej na kompleksową usługę przewozu ładunków transportem morskim w ruchu międzynarodowym, numer sprawy: W/127/2015.

I. Odwołujący kwestionuje:

- 1) zaproszenie przystępującego do złożenia oferty;
- 2) zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania.

II. Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego w warunkach nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, wskazanych w sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu.

III. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności zaproszenia przystępującego do złożenia oferty,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny wniosków,
- 3) wykluczenia przystępującego z postępowania.

IV. Zachowanie terminu i wymogów formalnych.

1. Na potwierdzenie dotrzymania terminu wniesienia odwołania przywołano Informację o ocenie złożonych wniosków i zaproszeniu do złożenia oferty w dniu 27 sierpnia 2015 r.

Wniesienie odwołania upływa w dniu 7 września 2015 r.(poniedziałek), z uwagi na dziesiąty dzień 6 września 2015 r. (niedziela).

V. Interes i szkoda (przesłanki materialnoprawne, o których stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp).

Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, został zaproszony do złożenia oferty, posiada więc interes w uzyskaniu zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Odwołujący jest bowiem zainteresowany zmniejszeniem kręgu wykonawców, którzy mogą zostać zaproszeni do złożenia oferty. Wykluczenie konkurencyjnego wykonawcy jest korzystne dla sytuacji odwołującego, zaś zaniechanie tego wykluczenia, mimo występujących powodów uzasadniających taką czynność spowoduje poniesienie przez odwołującego szkody, wyrażającej się koniecznością konkurencyjnego wykluczenia na etapie składania ofert na dalszych etapach postępowania, w tym zmierzającym do zawarcia umowy ramowej a następnie umów wykonawczych z wykonawcą, który nie powinien uczestniczyć w postępowaniu. Szkoda ta wyraża się koniecznością obniżania ceny wobec istnienia oferty konkurencyjnej, co nie miałooby miejsca gdyby wykonawca, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu został z niego wykluczony.

W razie potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, Odwołujący byłby jedynym wykonawcą, z którym zostałaby zawarta umowa ramowa. Jak podkreślono w wyroku KIO z 25 września 2012 r. w spr. KIO 1946/12: „w przypadku odwołań odnoszących się do etapów postępowania wcześniejszych niż wybór oferty najkorzystniejszej, jak np. ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy zawarcie umowy ramowej, wykonawcy posiadają interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej, gdyż można ustalić ich potencjalną szkodę w dopuszczeniu do składania ofert konkurujących z nimi wykonawców, którzy powinni być z postępowania wykluczeni lub w inny sposób niedopuszczeni do składania tych ofert (np. poprzez zawarcie umowy ramowej)”. Analogiczny pogląd został wyrażony w wyroku KIO z 7 lutego 2014 r. w spr. KIO 115/14: „W warunkach, kiedy w ramach postępowania zmierzającego do zawarcia umowy ramowej dla danej części zamówienia, złożono tylko dwie oferty, w tym odwołujący złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, przesłanki materialnoprawne mogą wyrażać się nie tylko dążeniem do wyboru oferty odwołującego jako złożonej przez jednego z tych wykonawców, z którymi zamawiający zawrze umowę ramową, ale także w działaniach zmierzających do wyeliminowania jednego wykonawcy, z którym ewentualnie przyszłoby odwołującemu konkurować po zawarcie umowy ramowej, w ramach postępowania zmierzającego do

zawarcia umowy lub umów wykonawczych. W takim bowiem wypadku, oferta odwołującego składana w ewentualnym postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy wykonawczej, każdorazowo składana byłaby w warunkach zupełnego braku konkurencji, a zatem bez presji zmniejszenia ceny w stosunku do tej, jaką podano w umowie ramowej.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania podniósł argumentację formalną i prawną.

Zamawiający wobec przystępującego celem doprowadzenia złożonego wniosku do stanu poprawności formalnej kilkakrotnie wzywał do uzupełnienia dokumentów, w tym dwukrotnie w zakresie dokumentu mającego potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Mimo to przystępujący nie wykazał, że spełnia postawiony w ogłoszeniu - w sekcji III.2.3) warunek udziału w postępowaniu.

Treścią tego warunku było:

„Zamawiający uzna, że warunek został spełniony, jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał; a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum 1 (jedną) usługę, odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane. Wykonawca obowiązany jest do załączenia dowodów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie, np. poświadczenie. W odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie to powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosku, jeżeli z uzasadnionych przyczyn, o obiektywnym charakterze, wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej, zamawiający uzna, że wystarczającym dowodem jest oświadczenie wykonawcy. W celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zamawiający żąda następujących dokumentów: wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług (niezbędnych do wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia), w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, Dowodami, o których mowa powyżej są:

1)poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

2)w przypadku zamówień na usługi-oświadczenie wykonawcy-jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1).

W przypadku gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego usługi wskazane w wykazie, o którym mowa w pkt 1), zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów.

Wartość każdej pojedynczej usługi powinna być nie mniejsza niż 1 000 000,00 zł.

Wykonawca w złożonym wniosku - jak wskazuje jego pismo 23 lipca 2015 r. zawierające wniosek o przesunięcie terminu złożenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia zamieścił wykaz sześciu usług bez jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie którejkolwiek z nich wraz ze wzmianką w tym wykazie, że: „ze względu na krótki czas związany z przygotowaniem wniosku nie jesteśmy w stanie przedstawić poświadczeń należytego wykonania usługi wydanych przez naszych klientów, w związku z powyższym oświadczamy, że wymienione powyżej usługi zostały wykonane należycie i zgodnie z zapisami podpisanych kontraktów, jak również spełniają warunki określone w ogłoszeniu.

W wykazie usług nie podano wartości tych usług.

Zamawiający pismem z dnia 8 lipca 2015 r. nr RTD 1080/15/842/08.07.2015 wezwał przystępującego do m.in. do uzupełnienia - na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp - wykazu wykonanych usług zawierających podanie wartości usług. Przystępujący złożył uzupełniony o wartości usług wykaz, w którym powtórzono cytowaną wyżej wzmiankę o niemożności złożenia poświadczeń należytego wykonania usług.

Zamawiający, kolejnym pismem, datowanym na 21 lipca 2015 r., nr RTD 1382/15/81/21.07.2015 wezwał przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dowodów potwierdzających, że podane w wykazie usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie - w terminie do 24 lipca 2015 r. W odpowiedzi wykonawca, w piśmie z 23 lipca 2015 r. podał, że nie może ze względu na krótki czas związany z przygotowaniem wniosku przedstawić poświadczeń należytego wykonania usług, zaś w razie odmowy uznania oświadczeń zawartych w wykazie przystępującego zwrócił się o przedłużenie terminu na uzupełnienie poświadczeń do końca lipca, na co zamawiający wyraził zgodę. W konsekwencji, przystępujący, korzystając z przedłużonego terminu złożył w dniu 29 lipca 2015 r. poświadczenie wraz z jego tłumaczeniem, dotyczące tylko jednej usługi spośród sześciu wskazanych w wykazie usług, to jest podanej w pozycji 1 usługi: „Projekt transportu morskiego z Polski do Tajlandii Nazwa projektu: Troll TPC 34EPCie. Przewóz ok.

2000 ton towaru ponadgabarytowego statkiem charterowym" o wartości 22 mln zł, wykonanej w 2013 r. na rzecz „Aibel AS/Statoil P.O. Box 81,N-1375 Billingstad, Norway.

Z treści poświadczenia, zarówno w jego wersji oryginalnej, w języku angielskim jak i w tłumaczeniu na język polski wynika, że wykonawcą usługi w nim wskazanej, nie był wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie przystępujący, ale inny podmiot, być może z grupy do której należy ten wykonawca. Z poświadczenia wynika treść następująca: »Miło nam potwierdzić, iż firma KUEHNE+NAGEL została nominowana jako nasz dostawca usług logistycznych do projektów Gudrum i Troll 3i4, który realizowany był częściowo w Polsce. KUEHNE+NAGELi jego oddziały w Norwegii i Polsce wykonały swoją pracę bardzo dobrze w związku z czym miło jest nam udzielić im naszej rekomendacji"

Zamawiający uznał tak udokumentowane przez przystępującego doświadczenie jako spełniające postawiony warunek udziału w postępowaniu, zaś dalsze, kilkukrotne wezwania do uzupełnień dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dotyczyły innych kwestii.

Nieuzasadniona była pozytywna ocena spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu, z następujących powodów:

1) pod uwagę może być brana jedynie ta usługa spośród podanych w Wykazie usług, co do której przystępujący złożył poświadczenie, a zatem usługa wskazana w poz. 1 Wykazu. Co do pozostałych wykonawca złożył jedynie oświadczenie, które mogłoby być uznane w wyjątkowych okolicznościach, które w sprawie nie wystąpiły (taką ocenę wyraził też Zamawiający w wezwaniu z 21 lipca 2015 r., potwierdza to też orzecznictwo KIO z 29 lipca 2013 r. w spr. KIO 1718/13 oraz wyrok SO w Warszawie a 17 grudnia 2013 r. w spr. V Ca 2709/13);

2) owa jedyna usługa, o której mowa powyżej i którą przystępujący podał w swym wykazie, nie została potwierdzona, że została wykonana przez przystępującego jak i że wykonano ją należycie;

3)z analizy treści poświadczenia wynika jedynie, że jakiś podmiot o nazwie KUEHNE+NAGEL wykonał opisaną w nim usługę, przy czym nie wiadomo, czy był to przystępujący. Jeśli wziąć przy tym pod uwagę liczbę podmiotów o tej nazwie, wchodzących w skład grupy (a wynika to ze złożonej listy członków grupy kapitałowej), to nie ma możliwości pozytywnego stwierdzenia, że to ten wykonawca wykonał usługę. Tymczasem to obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, a złożone poświadczenia nie tylko nie potwierdza jego spełnienia, ale potęguje wątpliwości;

4) z treści poświadczenia, nawet przy korzystnej interpretacji dla przystępującego, nie ma podstaw by wnioskować, iż autor poświadczenia pisząc o „KUEHNE+NAGEL” miał na myśli właśnie przystępującego i że to ten podmiot wykonał usługę. Dalsza część poświadczenia bowiem przeczy takiemu wnioskowi. Mówi się tam wyraźnie, że usługę wykonały przynajmniej dwa a nawet trzy podmioty: KUEHNE+NAGEL oraz oddziały w Polsce i Norwegii. W poświadczeniu podano: KUEHNE+NAGEL i jego oddziały w Norwegii i Polsce wykonały swoją pracę bardzo dobrze.

Nie bez znaczenia jest przy tym fakt, iż jak wynika z odpisu z KRS przystępujący, nie posiada żadnych oddziałów ani w Polsce, ani w Norwegii. Oczywistym jest więc, że przedmiotowe poświadczenie nie wskazuje jako głównego wykonawcy wymienionej w nim usługi Spółki przystępującego jako podmiotu wykonującego wraz ze swymi oddziałami usługi logistyczne do projektów Gudrum i Troll 3i4 na rzecz Aibel AS/Statoil P.O. Box 81, N-1375 Billingstad, Norway.

Nadto skoro głównym wykonawcą ww. usługi z pewnością nie może być przystępujący, i jak wynika z cytowanego poświadczenia, dalszymi wykonawcami ww. usługi były oddziały podmiotu o nazwie „KUEHNE+NAGEL” w Polsce i Norwegii to biorąc pod uwagę fakt, iż przystępujący, biorący udział w postępowaniu jest samodzielnym bytem prawnym, tj. spółką z o.o. a nie oddziałem przedsiębiorcy zagranicznego nieuzasadnionym jest także przyjęcie, iż to ten właśnie wykonawca wykonywał usługi logistyczne dla Aibel AS/Statoil.

Przyjmując nawet, iż autor poświadczenia „oddział w Polsce” utożsamia ze spółką zależną, nadal nie jest wiadomym czy to przystępujący w Gądkach wykonał tę usługę, a jeśli nawet uczestniczył w jej wykonaniu, to czy wartość wykonanych przez niego usług odpowiada warunkowi postawionemu przez zamawiającego w zakresie wartości usługi. Oczywistym jest więc, że wobec wymagania przez zamawiającego minimalnej wartości usługi 1 mln. zł udział tego podmiotu, w tym wartość wykonanej części usługi powinna zostać wskazana w treści poświadczenia.

O ile poświadczenie dopełnia oświadczenia zamieszczone w wykazie usług, i w pewnym zakresie może odbiegać od szczegółowej, to jest odpowiadającej postawionemu warunkowi udziału charakterystyki, to powinno ono pozwalać przynajmniej na identyfikację podmiotu, który zdaniem wystawcy takiego poświadczenia, wykonał usługę. Złożone poświadczenie powinno czytelnie i jednoznacznie wskazywać, kto wykonał pozytywnie ocenioną usługę.

Dodatkowo, jeśli wystawca poświadczenia podał, że usługę wykonały przynajmniej dwa lub trzy podmioty (oddziały KUEHNE+NAGEL) to jedynym wnioskiem jest, że wykonawca nie przedstawił dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usługi.

Odwołujący zwraca uwagę, że orzecznictwo wielokrotnie podkreśla, że wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest obowiązkiem wykonawcy starającego się o zamówienie oraz że zasadą jest niedopuszczalność wielokrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia danego dokumentu.

Jak podano w uzasadnieniu wyroku KIO z 29 lipca 2013 r. w spr. KIO 1718/13:

„Podkreślenia w tym miejscu wymaga zasada ogólna, wyrażona w ustawie, że to rzeczą wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu stawianych przez Zamawiającego. Zamawiający nie jest obowiązany ani nawet uprawniony, w innym aniżeli wyznaczony treścią art 26 ust 3 ustawy zakresie, do wydobywania od wykonawcy oświadczeń czy dokumentów, jeśli ten nie wykazuje w tym zakresie inicjatywy i starania.

Przepis art, 26 ust 2a ustawy stanowi bowiem, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art 22 ust 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art 24 ust 1 oraz art 50 ust 1 ustawy, zgodnie z którym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, również te dokumenty.

Przepis art 26 ust 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument testowania zamawiającego, co do tego jakie dokumenty zamawiający uzna za spełniające warunek. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle. Wykonawca który skorzystał z możliwości naprawienia błędów w złożonej ofercie, będąc wezwanym do uzupełnienia dokumentu i uzupełnił niewłaściwy dokument, nie może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W razie przyjęcia odmiennego stanowiska, że zamawiający jest obowiązany po raz kolejny wezwać wykonawcę, który na wcześniejsze wezwanie nie uzupełnił dokumentu; albo wziąć pod uwagę dokument złożony przez wykonawcę po terminie, zamawiający musiałby, przy pasywnej postawie wykonawcy, stać się jego rzecznikiem. Nie sposób przy tym ustalić granic takiej praktyki wzywania, przy każdorazowym uzupełnieniu dokumentów nie potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w ramach której zamawiający

miałby być obowiązany wzywać wykonawcę aż do skutku w postaci wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający wezwał dwukrotnie przystępującego do uzupełnienia dokumentu, mającego potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Drugie wezwanie, to jest to z 21 lipca 2015 r. nie tylko wyraźnie precyzowało zakres wezwania ale zamawiający poszedł przystępującemu „na rękę” i przesunął na jego wniosek termin uzupełnienia dokumentu, który wykonawca powinien mieć już w dacie składania wniosku. Postawa przystępującego wskazuje jednak, że wykonawca ten od samego początku nie miał zamiaru składać poświadczenia licząc, że zostanie uznane jego własne oświadczenie. Dotyczy to aż 6 usług, co wskazuje, że wykonawca nie posiadał ani jednego poświadczenia co do którejkolwiek z nich. Dana przez zamawiającego szansa na uzupełnienie spowodowała, że wykonawca dopiero rozpoczął starania o uzyskanie poświadczenia i uzyskał je w dniu 27 lipca 2017 r. (data na oryginale poświadczenia w wersji angielskiej) co do jednej usługi. Mimo tego dodatkowego czasu wykonawca nie złożył dokumentu potwierdzającego, że usługę wykonał przystępujący, a nie inna z licznych spółek z grupy, a przeciwnie - że usługę wskazaną w wykazie usług wykonały przynajmniej dwa lub trzy dokładnie niezidentyfikowane organizacyjnie twory gospodarcze, z których przynajmniej jeden pochodzi z Norwegii i przynajmniej jeden z Polski.

W tych okolicznościach, skoro wykonawca mimo wielu podejmowanych, nie tylko w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, prób naprawienia przez zamawiającego wniosku nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu - choć taki obowiązek wynika z ogłoszenia oraz treści art. 26 ust 2a Pzp - powinien zostać wykluczony z postępowania. Danie kolejnej szansy na uzupełnienie dokumentu wykonawcy, który już na etapie wniosku nie dysponował poświadczeniem i przy okazji dwukrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie dopełnił obowiązku złożenia poprawnego dokumentu, stanowiłoby rażąco uprzywilejowane traktowanie tego wykonawcy, wobec tych wykonawców, którzy starannie przygotowali swoje wnioski.

Przytoczenia w tym miejscu wymagają wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2012 r., sygn. 1132/12, zgodnie z którym „Ustawodawca przewidział odstępstwo od zasady przedkładania kompletnych i prawidłowych wniosków na dzień składania wniosków i umożliwił wykazanie spełniania warunków w drodze instytucji uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw w trybie art 26 ust 3 ustawy. Ratio legis przepisu art 26 warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, prób naprawienia przez zamawiającego wniosku nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu - choć taki obowiązek

wynika z ogłoszenia oraz treści art. 26 ust 2a Pzp - powinien zostać wykluczony z postępowania. Danie kolejnej szansy na uzupełnienie dokumentu wykonawcy, który już na etapie wniosku nie dysponował poświadczeniem i przy okazji dwukrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie dopełnił obowiązku złożenia poprawnego dokumentu, stanowiłoby rażąco uprzywilejowane traktowanie tego wykonawcy, wobec tych wykonawców, którzy starannie przygotowali swoje wnioski.

Przytoczenia w tym miejscu wymagają wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2012 r., sygn. 1132/12, zgodnie z którym „Ustawodawca przewidział odstępstwo od zasady przedkładania kompletnych i prawidłowych wniosków na dzień składania wniosków i umożliwił wykazanie spełniania warunków w drodze instytucji uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw w trybie art 26 ust 3 ustawy. Ratio legis przepisu art 26 ust 3 ustawy sprowadza się bowiem do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre oferty i oferują korzystny bilans ceny i innych kryteriów, ale w wyniku niedopatrzienia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków lub ofert, ale na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Przepis art 26 ust 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument testowania zamawiającego, co do tego jakie dokumenty zamawiający uzna za spełniające warunek. Zasada jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle. Wykonawca który skorzystał z możliwości naprawienia błędów w złożonej ofercie, będąc wezwanym do uzupełnienia dokumentu i uzupełnił niewłaściwy dokument nie może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów

czy też wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 29 sierpnia 2013 r., sygn. akt: IX Ga 128/13, w którego uzasadnieniu czytamy: „Należy przychylić się do poglądu, że zasada równości wskazuje na jednokrotne wezwanie do uzupełnienia braków a nie kilkukrotne. Złożone w ich wyniku wyjaśnienia i tak nie doprowadziłyby do odmiennej oceny istniejących braków formalnych.”

Stąd Odwołujący stanowczo podtrzymuje wniosek o nakazanie wykluczenia przystępującego. Z całą pewnością, w świetle złożonych we wniosku i wielokrotnie uzupełnianych dokumentów, w ocenie odwołującego, nie zostało wykazane spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący biorąc pod uwagę powyższe uważa, że niniejsze odwołanie stało się konieczne i jest uzasadnione.

Zarówno zamawiający jak i przystępujący złożyli odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie przedstawiając stosowną argumentację w sprawie, którą podtrzymali składając wyjaśnienia i powołując dowody na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawnioskowanych przez strony i uczestnika Izba dokonała poniższych ustaleń.

Zgodnie z Ogłoszeniem o zamówieniu warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie doświadczenia zawodowego w wykonaniu co najmniej jednej usługi odpowiadającej rodzajowo przedmiotowi zamówienia o wartości co najmniej 1 mln złotych.

Jak Izba ustaliła w ofercie wykonawcy przystępującego znajduje się Wykaz wykonanych usług, w ilości 6 usług ale dla żadnej z tych usług nie podano, wbrew obowiązującemu wzorowi załącznika i treści ogłoszenia, wartości tych usług.

Zamawiający w dniu 8 lipca 2015 r. wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak Izba ustaliła na stronie 3 pisma zamawiający wezwał do uzupełnienia brakujących dokumentów to jest poprawionego wykazu usług wraz z podaniem wartości zrealizowanych usług. Zamawiający owszem zacytował ogłoszenie wskazując między innymi na postanowienia o obowiązku wykonawcy wykazania, że usługi były należycie wykonane. Niemniej wezwanie skierowane do przystępującego ograniczył do uzupełnienia wartości podanych usług. Na marginesie należy zaznaczyć, że wykonawca nie podając wartości poszczególnych usług zaznaczył, że stanowią tajemnicę handlową („Projekt komercyjny objęty tajemnicą handlową”). Natomiast składając wniosek o dopuszczenie do postępowania nie przedstawił uzasadnienia dla zastrzeżenia tajemnicy tychże danych. W związku z tym zamawiający powołując się na art.8 ust.3 ustawy Pzp sformułował wezwanie do uzupełnienia brakujących dokumentów to jest „poprawionego wykazu usług wraz z

podaniem wartości zrealizowanych usług”. Tym samym nie potwierdza Izba twierdzenia odwołującego, że już w tym piśmie zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia poświadczeń (referencji należytego wykonania). Natomiast zgodnie z obowiązującymi zasadami z treści wezwania powinno jednoznacznie wynikać do uzupełnienia jakich informacji zamawiający wzywa wnioskodawcę.

Dalej Izba ustaliła, że za pismem przewodnim z dnia 14 lipca 2015 r. przystępujący przesłał uzupełniony wykaz usług. Wykaz nie uległ zmianie za wyjątkiem kolumny *Wartość usługi*, gdzie wpisane zostały kwoty. Izba ustaliła również, że pod tabelą *Wykaz usług* datowany na dzień 14 lipca 2015 r. znajduje się adnotacja o treści: *„Ze względu na krótki czas związany z przygotowaniem wniosku nie jesteśmy w stanie przedstawić poświadczeń należytego wykonania usługi wydanych przez naszych klientów. W związku z powyższym oświadczamy, że wymienione powyżej usługi zostały wykonane należycie i zgodnie z zapisami podpisanych kontraktów.*

Dopiero w dniu 21 lipca 2015 r. zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentów stwierdzając, że „Wykonawca zobowiązany był także do załączenia dowodów, potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie” wyznaczając termin trzech dni to jest do dnia 24 lipca 2015 roku.

W związku z powyższym przedstawnym wezwaniem do uzupełnienia referencji wykonawca w dniu 24 lipca 2015 r. wnosi pismo z datą 23 lipca 2015 r., gdzie składa wniosek o przedłużenie terminu do końca lipca 2015 roku. W piśmie powołuje się na okoliczność, że w pierwotnym terminie nie było wezwania do złożenia dowodów, iż usługi były należycie wykonane. Powołując się na fakt, że klienci to międzynarodowe korporacje a miesiąc lipiec to czas obowiązkowych 3 tygodniowych przerw wakacyjnych oraz konieczność tłumaczenia dokumentów na język polski wnoszą o przedłużenie terminu przesłania oświadczeń do końca lipca b.r.

W dniu 27 lipca 2015 r. zamawiający przedłuża przystępującemu termin uzupełnienia dokumentów do dnia 31 lipca 2015 r.

Izba w związku z powyższymi okolicznościami nie podziela stanowiska odwołującego, że zamawiający traktował przystępującego w sposób uprzywilejowany to jest, że dwukrotnie wzywał do dostania referencji, taka okoliczność nie potwierdziła się i, że w sposób nadmierny wydłużał termin na wykonanie wezwania. Również Izba nie stwierdziła w postępowaniu zamawiającego nierównego traktowania innych wykonawców to jest w stosunku do trzeciego wnioskodawcy, którego wykluczono z postępowania, z powodu nie dostarczenia wypisu z KRK.

Ostatecznie w dniu 29 lipca 2015 r. wnioskodawca to jest przystępujący w sprawie przekazał dokument od firmy AIBEL mający stanowić poświadczenie należytego wykonania usługi. Dokument przekazany został zarówno w wersji angielskiej, jak i w wersji przetłumaczenia na język polski. Odwołujący zakwestionował rzetelność tłumaczenia wskazując na zwrot „their teams”, który przetłumaczono na „oddziały” oraz rozbieżność adresu wskazanego w wykazie z adresami zamieszczonymi na dokumencie w języku angielskim z datą 27.07.2015 roku stanowiącym poświadczenie. Również podniesiono kwestię rozbieżności w oznaczeniu nazwy wykonanej usługi.

W związku z wystawionym poświadczeniem wystąpiły następujące wątpliwości, które powinny zostać usunięte.

Występuje rozbieżność nazewnictwa przedmiotu usług znajdującego się w wykazie, to jest: „*Transport morski z Polski do Tajlandii; Nazwa projektu: Troll TPC 34 EPCic. Przewóz około 2 .000 ton towaru ponadgabarytowego statkiem charterowym*”. Odbiorca *Aibel AS/Statoil P.O. Box 81, N-1375 Billingstad, Norway*”. Natomiast z referencji przesłanej w dniu 29 lipca 2015 r. mówi się o projektach (liczba mnoga): „*Gudrum i Troll 3 i 4, który realizowany był częściowo w Polsce. Kuehne + Nagel i jego oddziały w Norwegii i Polsce wykonały swoją pracę bardzo dobrze w związku z czym miło jest nam udzielić im naszej rekomendacji.*” Referencja budzi wątpliwości co do wykonawcy jak i przedmiotu referencji. Ponadto w tłumaczeniu znajduje się tylko nazwa wystawcy „*Aibel AS A. R. R. Szefer zamówień logistycznych.*” a wersja anglojęzyczna budzi wątpliwości z związku z podanymi w niej adresami rozbieżnymi z adresami w Wykazie. Natomiast w ocenie Izby referencja, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie budzi wątpliwości co do należytego wykonania. Użyty zwrot „*wykonały swoją pracę bardzo dobrze w związku z czym miło jest nam udzielić im naszej rekomendacji*” w zupełności odpowiada wymaganemu przez przepisy „*należytemu wykonaniu*”.

Izba odnosząc się od wystawionego poświadczenia, przyznaje rację argumentacji odwołującego, że tłumaczenie jest niekompletne, ponieważ nie obejmuje pełnego tekstu anglojęzycznego nie odnosząc się do adresów wystawcy poświadczenia. Jak również potwierdzają się rozbieżności w nazwie usługi użytej w Wykazie a opisanej w poświadczeniu. Ponadto słusznie odwołujący podniósł kwestię braku identyfikacji wykonawcy usługi to jest jego identyfikacji w poświadczeniu uzyskanym od firmy Aibel AS. Zastrzeżenia co do braku możliwości identyfikacji wykonawcy usługi potwierdzają się zwłaszcza w kontekście wykazu podmiotów należących do grupy kapitałowej Kuehne + Nagel.

W związku z powyższym Izba nakazuje zamawiającemu wezwanie przystępującego do ponownego tłumaczenia tekstu, do wyjaśnienia nazwy usługi, nazwy wykonawcy usługi jak

również identyfikacji odbiorcy usługi. Ponadto nakazuje się zamawiającemu wyjaśnienie zaistniałych wątpliwości, które w ocenie Izby nie mieszczą się w kategorii dopuszczalnej ogólnikowości czy też braku szczegółowości wystawianych referencji. Bowiem jak w praktyce przyjmuje się referencja może nie przedstawiać szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia to jest zakresu usługi czy też dokładnej jej wartości. Z pewnością jednak referencja nie może pozostawiać wątpliwości co do identyfikacji podmiotów wystawiających dokument jak i podmiotu, który wykonał usługę czy też pozostawiać wątpliwości w zakresie nazwy przedmiotu zamówienia. W zawisłej sprawie tego rodzaju wątpliwości zachodzą. W związku z powyższym Izba nakazała je wyjaśnić co leży zarówno w zakresie obowiązku wykonawcy jak i w kompetencji zamawiającego.

Przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie argumentacja zamawiającego co do braku wątpliwości, że w poświadczeniu jest mowa o przystępującym dla Izby jest nie przekonywująca.

W tym stanie rzeczy odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ naruszenie przepisu art.24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp. może mieć istotny wpływ na toczące się postępowanie przed zamawiającym.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1) i 2) oraz § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania obejmujące uiszczony przez odwołującego wpis od odwołania w kwocie 15.000,00zł i wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w łącznej kwocie 3.600 złotych.

Przewodniczący: