

Sygn. akt: KIO 1281/11

## WYROK

z dnia 28 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 czerwca 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 czerwca 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) Instytut Technologii Bezpieczeństwa „MORATEX” (Lider), 2) Towarzystwo Akcyjne TELIMENA S.A. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. M. Skłodowskiej-Curie 3, 90-965 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Izba Celna w Szczecinie, ul. Energetyków 55, 70-952 Szczecin**

przy udziale wykonawcy **Centrala Zaopatrzenia Mundurowego „INTERMAG” Ryszard Czykun Sp. J., ul. Braniewska 10, 85-708 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1281/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

**1. Oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) Instytut Technologii Bezpieczeństwa „MORATEX” (Lider), 2) Towarzystwo Akcyjne TELIMENA S.A. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. M. Skłodowskiej-Curie 3, 90-965 Łódź** 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 **Konsorcjum Firm: 1) Instytut Technologii Bezpieczeństwa „MORATEX” (Lider), 2) Towarzystwo Akcyjne TELIMENA S.A. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. M. Skłodowskiej-Curie 3, 90-965 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Konsorcjum Firm: 1) Instytut Technologii Bezpieczeństwa „MORATEX” (Lider), 2) Towarzystwo Akcyjne TELIMENA S.A. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. M. Skłodowskiej-Curie 3, 90-965 Łódź** na rzecz **Izby Celnej w Szczecinie, ul. Energetyków 55, 70-952 Szczecin** kwotę **61 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na wyznaczoną rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Szczecinie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie wzorcowej dokumentacji techniczno-technologicznej dla składników mundurowania służbowego, specjalnego oraz polowego funkcjonariuszy celnych (nr post.: 420000-ILGW-253-9/11/AK), zostało wszczęte przez Izbę Celną w Szczecinie, ul. Energetyków 55, 70-952 Szczecin zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 72-118114 w dniu 13.04.2011 r.

W dniu 08.06.2011 r. (e-mailem) Konsorcjum Firm: 1) Instytut technologii Bezpieczeństwa „MORATEX” (Lider), 2) Towarzystwo Akcyjne TELIMENA S.A. (Partner), z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. M. Skłodowskiej-Curie 3, 90-965 Łódź zwane dalej: „Konsorcjum MORATEX” albo „Odwołującym” uzyskało informację, że Zamawiający w dniu 30.05.2011 r. przesłała e-mailem informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również otrzymało ponowioną niniejszą informację, na skutek uznania przez Zamawiającego wadliwość pierwszego zawiadomienia. Z informacji wynikało, że Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę Centrali Zaopatrzenia Mundurowego „INTERMAG” Ryszard Czykun Sp. J., ul. Braniewska 10, 85-708 Bydgoszcz zwaną dalej: „CZM - INTERMAG” albo „Przystępującym”. Zaś oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

W dniu 16.06.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło odwołanie Konsorcjum MORATEX na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 16.06.2011 r. (faxem). W związku z podjętymi czynnościami przez Zamawiającego w wymienionym postępowaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez nie odrzucenie oferty złożonej przez CZM – INTERMAG, wobec nie spełnienia przez nią wymogów rozdz. VIII pkt 1 lit. b w zw. z rozdz. IX pkt 1 i 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, polegających na nie przedstawieniu przez CZM – INTERMAG odpowiednich dokumentów poświadczających posiadanie wiedzy i doświadczenia niezbędnego do brania udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazano, iż opis przedmiotu zamówienia, stanowi podstawowy element SIWZ. Prawidłowe określenie wszystkich wymogów zarówno od strony formalnej, jak i szczegółowe wskazanie elementów samego przedmiotu zamówienia jest niezbędne m.in. dla stwierdzenia prawidłowości i dopuszczalności złożenia oferty. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Zamawiający powinien bezwzględnie odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

W przedmiotowej sprawie warunki udziału w postępowaniu odnośnie posiadanej wiedzy i doświadczenia zostały określone w rozdz. VIII pkt 1 lit. b SIWZ statuując, iż: *„wykonawca powinien wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, opracował co najmniej jedną dokumentację techniczno-technologiczną na elementy składników ubioru, na wartość co najmniej 100.000,00 zł brutto. Dopuszcza się posługiwanie, w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, referencjami podmiotu trzeciego, pod warunkiem, iż podmiot ten będzie brał udział w wykonaniu zamówienia, co musi zostać udowodnione zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p.”* W rozdz. IX SIWZ: *„Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia tych warunków”* w pkt 1 lit. b i c określono, iż dokumentami tymi są wykaz wykonywanych usług, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, (...) oraz dokumenty potwierdzające, że usługi wymienione w (tym) wykazie zostały wykonane należycie. Z kolei w pkt 2 w/w rozdz. wskazano, iż w przypadku, gdy wykazywanie przez Wykonawcę spełnienia warunków polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów: *„a) pisemnego zobowiązania do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zobowiązania, w przypadku wiedzy i doświadczenia - pisemne zobowiązanie powinno określać zakres czynności podmiotu trzeciego; b) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach określonych w art. 24 ust. 1 ustawy p.z.p.”*

Wymagane przez rozdz. VIII SIWZ potwierdzenie wiedzy i doświadczenia obejmuje wykonanie dokumentacji techniczno-technologicznej na elementy składników: *„ubioru”*. Analizując przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu oraz pozostałe postanowienia SIWZ, Odwołujący wskazał, że w jego ocenie, nie można przyjąć, że chodzi tu o jakikolwiek ubiór. Zamówienie dotyczy dokumentacji techniczno-technologicznej dla składników mundurowania służbowego, specjalnego oraz polowego funkcjonariuszy celnych. SIWZ konsekwentnie powtarza zwroty: ubiór służbowy, ubiór polowy, ubiór specjalny, a więc przy zastosowaniu przez Zamawiającego w pkt b rozdz. VIII SIWZ samego słowa: *„ubiór”* należy domniemywać, iż chodziło o któryś z w/w rodzajów, tzn. ubiór służbowy, ubiór polowy, ubiór specjalny. Interpretacja rozszerzająca jest niedopuszczalna ze względu na całokształt postanowień SIWZ i przedmiotu zamówienia. Tymczasem CZM- INTERMAG wykonał wcześniej zamówienia na dokumentację techniczno-technologiczną garniturów, kostiumów, blezerów, marynarek i spodni oraz garniturów męskich i garsoniek damskich. Nie można zatem uznać, iż Wykonawca zdobył wymaganą wiedzę i doświadczenie zgodnie

z postanowieniami SIWZ, gdyż zrealizowane przez niego wcześniejsze zamówienia dotyczyły: „ubiorów” w szerokim rozumieniu tego słowa, nie zaś w rozumieniu, które wynika z SIWZ, abstrahując od tego, co będzie wykazane, że potwierdzające referencje zostały wystawione w sposób nieprawidłowy, a zatem nie stanowią dowodu tego, co zostało w nich stwierdzone.

Wykonawca CZM-INTERMAG nie złożył dokumentów, które w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzałyby posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia dotyczącego tej firmy, uprawniających do wzięcia udziału w postępowaniu. Brak jest bowiem stosownych dokumentów poświadczających prawidłowość wystawienia następujących oświadczeń: referencji z dnia 12.05.2011 r. udzielonych Haiseas Limited Company przez Eva-Maria Feldmann EMF-Fashion, zobowiązania Haiseas Limited Company z dnia 05.05.2011 r. do przekazania Wykonawcy CZM - INTERMAG niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia, oświadczenia wykonawcy Haiseas Limited Company z dnia 05.05.2011 r. o nie podleganiu wykluczeniu z postępowania, referencji z dnia 13.05.2011 r. udzielonych TOP SHE Sp. z o.o. przez ALFA & OMEGAS Sp. z o.o., zobowiązania TOP SHE Sp. z o.o. z dnia 13.05.2011 r. do przekazania Wykonawcy CZM – INTERMAG niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia, oświadczenia wykonawcy TOP SHE Sp. z o.o. z dnia 13.05.2011 r. o nie podleganiu wykluczeniu z postępowania. Nie załączenie wszystkich dokumentów niezbędnych do potwierdzenia uprawnienia danego Wykonawcy do brania udziału w postępowaniu musi być rozumiane jako niedopełnienie obowiązków wynikających z SIWZ. Dotyczy to również przypadków, gdy należy załączyć dokument potwierdzający prawidłowość innego dokumentu, z którym związane są określone skutki prawne. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym przypadku, ponieważ CZM - INTERMAG nie dołączył wypisów z odpowiednich rejestrów spółek Haiseas Limited Company i Eva-Maria Feldmann EMF - Fashion udzielających referencji podmiotom trzecim, z których doświadczenia Wykonawca będzie korzystał, oraz odpisów z rejestrów tych podmiotów - TOP SHE Sp. z o.o. i ALFA & OMEGAS Sp. z o.o. W przypadku polskich spółek z ograniczoną odpowiedzialnością powinny to być odpisy z KRS, natomiast w przypadku Haiseas Limited Company i Eva-Maria Feldmann EMF-Fashion odpowiednie rejestry przewidziane prawem państwa siedziby tych podmiotów, gdyż również w porządkach prawnych innych państw są przewidziane wymogi odnośnie rejestracji i reprezentacji spółek prawa handlowego. Brak dołączenia wypisów z odpowiednich rejestrów podmiotów, od których pochodzą oświadczenia i dokumenty, powoduje brak możliwości zidentyfikowania tych podmiotów oraz osób uprawnionych do ich reprezentacji, a zatem również brak możliwości stwierdzenia ważności tych oświadczeń i dokumentów. W szczególności powoduje to niemożność uznania wystawionych przez te podmioty referencji udzielonych Wykonawcy CZM - INTERMAG za prawnie skuteczne, co w efekcie skutkuje nie

wykazaniem wiedzy i doświadczenia Wykonawcy i stanowi naruszenie pkt 1 lit. b rozdz. VIII w zw. z rozdz. IX pkt 1 i 2 SIWZ. Stanowi to równocześnie nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez CZM - INTERMAG, a zatem winno bezwarunkowo skutkować odrzuceniem oferty tego Wykonawcy.

Natomiast jeżeli uznać, że dane zawarte w elektronicznym KRS są zgodne z rzeczywistością, członkiem zarządu TOP SHE Sp. z o.o. jest Marek Sokołów, którego podpis widnieje jako prokurenta ALFA & OMEGAS Sp. z o.o. Nasuwa to uzasadnione wątpliwości, iż udzielenie przez ALFA & OMEGAS Sp. z o.o. referencji TOP SHE Sp. z o.o. stanowiło podstępne wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do faktu wykonania przez TOP SHE Sp. z o.o. potwierdzanego zamówienia na dokumentację techniczno-technologiczną garniturów męskich i garsonek damskich. W świetle korzystania przez Wykonawcę CZM - INTERMAG z wiedzy i doświadczenia TOP SHE Sp. z o.o., rzutuje to na potwierdzenie spełnienia przez tegoż Wykonawcę wymogów SIWZ, a tym samym na możliwość przyjęcia jego oferty. Wobec powyższych wątpliwości tym bardziej istotne było zażądanie przedłożenia przez Wykonawcę wszelkich niezbędnych wypisów z odpowiednich rejestrów celem weryfikacji podmiotów współpracujących z nim przy wykonaniu zamówienia oraz podmiotów udzielających im referencji.

Wymogi formalne, którymi jest też obowiązek dołączenia przez biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia kompletnej dokumentacji, są obok opisu przedmiotu jednym z elementów treści SIWZ i powinny być obligatoryjnie brane pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie zgodności oferty z treścią SIWZ, a brak ich spełnienia powinien skutkować odrzuceniem oferty. Z postanowień SIWZ wynika, iż wszyscy Wykonawcy w prowadzonym postępowaniu zostali zobowiązani do dostarczenia kompletu wymaganych dokumentów. Zamawiający dopuścił do rażącego naruszenia wymogów formalnych, stawianych pozostałym uczestnikom i nie wykluczył z udziału w przetargu oraz nie odrzucił oferty CZM - INTERMAG, który takiego zobowiązania nie dopełnił. Nie ulega wątpliwości, że pominięcie przez Zamawiającego faktu nie spełnienia przez jednego z Wykonawców warunków formalnych określonych w SIWZ, a następnie wybór oferty tego Wykonawcy, oprócz zarzutów stawianych na początku, może być również rozumiane jako naruszenie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji, co dodatkowo narusza art. 7 ust. 1 Pzp. Wobec powyższego Odwołujący wnosil o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Wykonawcy CZM - INTERMAG dokonanej w sytuacji zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty.

Zamawiający w dniu 16.06.2011 r. wezwał (e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 20.06.2011 r. (wpływ do Prezesa KIO w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym za pomocą elektronicznej skrzynki podawczej), 24.05.2011 r. – faxem, zaś 27.06.2011 r. pisemnie - CZM - INTERMAG, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Podniósł, że przytoczone argumenty dotyczące braku dokumentów określonych w SIWZ, poświadczających posiadanie wiedzy i doświadczenia niezbędnej do brania udziału w postępowaniu mogłyby stanowić uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i wniosku o wykluczenie wykonawcy z postępowania, których to brak w treści odwołania. Przynajmniej wyrok KIO z dnia 28.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1104/10. Treść podniesionych zarzutów, jak wskazuje, wyznacza zakres rozpoznania odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp. zatem obecnie nie jest możliwe, w jego ocenie, rozpoznanie zarzutu wykluczenia Przystępującego z postępowania z powodu niespełnienia warunków podmiotowych.

Ponadto, z ostrożności wyjaśnił, że Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie wzorcowej dokumentacji techniczno-technologicznej dla składników mundurowania służbowego, specjalnego oraz polowego funkcjonariuszy celnych. Warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie się w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, opracowaniem co najmniej jednej dokumentacji techniczno-technologicznej na elementy składników ubioru o wartości co najmniej 100.000 zł brutto – rozdz. VIII pkt 1 lit. b SIWZ. Sformułowanie szczegółowego warunku udziału w postępowaniu w stosunku do ogólnych warunków określonych w art. 22 Pzp jest domeną Zamawiającego. W przypadku braku odwołania na treść SIWZ należy uznać ustalony przez Zamawiającego warunek za wiążący wszystkich wykonawców. Zamawiający wymagał od Wykonawców wykonania co najmniej jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji techniczno-technologicznej na elementy składników ubioru bez żadnych dodatkowych wymagań co do rodzaju ubioru. Zatem na etapie oceny ofert nie można już dokonać zmiany SIWZ i dokonać weryfikacji wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia w sposób nie przewidziany w SIWZ. Argumentacja Odwołującego w odwołaniu oparta jest na domniemaniu, iż pod pojęciem: „*ubiór*” należy rozumieć ubiór tożsamy z przedmiotem zamówienia. Przeczy temu dotychczasowe orzecznictwo KKIO, w myśl którego niedopuszczalne jest sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, by Wykonawca musiał wykazać się dostawą lub usługą tożsamą, identyczną z przedmiotem zamówienia (wyrok KIO z dnia 09.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1379/09). Obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z art. 22 ust. 3 oraz art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp jest precyzyjne opisanie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być na tyle precyzyjny, aby wykonawcy ubiegający się

o udzielenie zamówienia mieli jasność co do tego, czy spełniają postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Nieprecyzyjne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu nie mogą stanowić podstawy do podejmowania negatywnych czynności względem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. (wyrok KIO z dnia 16.07.2010 r., sygn. akt: KIO/1291/10).

Zdaniem Przystępującego wykonawca, który wykonał dokumentację techniczno - technologiczną na elementy składników jakiegokolwiek ubioru posiada niezbędne doświadczenie do realizacji zamówienia na wykonanie dokumentacji techniczno - technologicznej dla składników mundurowania służbowego, specjalnego oraz polowego funkcjonariuszy celnych według wskazówek określonych w załączniku nr 4 i 5 SIWZ. Jeżeli Odwołujący kwestionuje obecnie treść postawionego warunku w szczególności brak odniesienia rodzaju ubioru do przedmiotu zamówienia, to jest to spóźnione, gdyż przysługiwało mu prawo wniesienia odwołania na treść SIWZ w odpowiednim terminie od jej ogłoszenia z czego nie skorzystał.

Przystępujący wykazał posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia korzystając z potencjału podmiotu trzeciego, biorącego udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy i złożył dokumenty określone w rozdz. IX pkt 1-2 SIWZ, tj. wykaz usług w zakresie niezbędnych do wykazania spełnienia warunku, referencje dla podmiotu trzeciego, zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia Wykonawcy niezbędnej wiedzy i doświadczenia, oświadczenie podmiotu trzeciego o braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Odwołujący podnosi brak dokumentów potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia jednocześnie wymieniając wszystkie dokumenty złożone w ofercie Przystępującego zgodnie z SIWZ. Ponadto, za niezgodność z SIWZ Odwołujący uważa nie dołączenie odpisów z krajowego rejestru handlowego dla podmiotu trzeciego użyczającego niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dla wystawców referencji. Przystępujący, zauważył, iż w żadnym miejscu SIWZ nie ma zapisu zobowiązującego Wykonawców do przedłożenia tego rodzaju dokumentów. Przynotował wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 20.05.2011 r. Nadto stwierdził, że żądanie jakichkolwiek dokumentów od wystawcy referencji jest niedopuszczalne zgodnie z Pzp oraz przepisami wykonawczymi. Obowiązujące przepisy, w szczególności § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) daje Zamawiającemu prawo żądania dokumentów od Wykonawcy oraz od podmiotu trzeciego biorącego udział w realizacji zamówienia. Zakres tych dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania został określony w § 2 Pzp. Zamawiający każdorazowo decyduje w zależności od rodzaju postępowania, które z wymienionych dokumentów należy przedłożyć w ofercie. Skoro w niniejszym postępowaniu Zamawiający



żądał przedłożenia od podmiotu trzeciego udzielającego swoich zasobów, który będzie brał udział w realizacji zamówienia jedynie oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania to jest to wiążące w stosunku do wszystkich wykonawców. Kwestionuje także ofertę Odwołującego.

Wskazuje, także, że zupełnie niezrozumiałym jest argument pełnienia funkcji członka zarządu TOP SHE Sp. z o.o. przez Marka Sokołowa i pełnienie funkcji prokurenta firmy ALFA & OMEGAS Sp. z o.o.- wystawcy referencji. Stwierdza, iż referencje dla TOP SHE Sp. z o.o. zostały podpisane w imieniu ALFA & OMEGAS Sp. z o.o. wspólnie przez prokurenta- Marka Sokołowa oraz członka zarządu Mariana Wojtas zgodnie z zasadami reprezentacji łącznej stosowanej przez spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Natomiast w imieniu firmy TOP SHE Sp. z o.o. na zobowiązaniu do udostępnienia wiedzy i doświadczenia podpisała się Prezes Zarządu Bożena Sokołów. Fakt łączenia przez Marka Sokołowa funkcji członka zarządu w jednej firmie i prokurenta w innej firmie nie ma w niniejszym postępowaniu żadnego znaczenia. Treść oferty nie wskazuje na jakiegokolwiek wątpliwości co do wiarygodności wystawionych referencji. Stwierdził, że Odwołujący nie wyjaśnił do końca na czym polega: „*podstępne wprowadzenie w błąd Zamawiającego*” co do wykonania przez TOP SHE Sp. z o.o. zamówienia objętego referencją, to też dalsze odniesienie się do przedmiotowej kwestii jest niemożliwe.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, odpowiedziami Zamawiającego z dnia 28.04.2011 r. i 11.05.2011 r. na pytania dotyczące postanowień SIWZ, kopią oferty Przystępującego, w tym z formularzem ofertowym i wykazem wykonanych usług, wezwaniem z dnia 20.05.2011 r. do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, dokumentami uzupełnionymi na wezwanie w dniu 25.05.2011 r. (nowym wykazem wykonanych usług wraz z zobowiązaniami dwóch podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów na rzecz Przystępującego na potrzeby przedmiotowego postępowania, ich referencjami na wykazywane w wykazie dwie usługi oraz oświadczeniami podmiotów trzecich o nie podleganiu wykluczeniu z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 1 Pzp), informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej przesłaną Odwołującemu w dniu 08.06.2011 r., odwołaniem, przystąpieniem do postępowania odwoławczego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron (Przystępujący był nieobecny) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana w rankingu złożonych ofert na drugiej pozycji, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów (z uwagi na pozostanie jedyną ważną ofertą w postępowaniu), ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1281/11, odpowiedzi Zamawiającego z dnia 28.04.2011 r. i 11.05.2011 r. na pytania dotyczące postanowień SIWZ, kopii oferty Przystępującego, w tym formularza ofertowego i wykazu wykonanych usług, wezwania z dnia 20.05.2011 r. do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, dokumentów uzupełnionych na wezwanie w dniu 25.05.2011 r. (nowego wykazu wykonanych usług wraz z zobowiązaniami dwóch podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów na rzecz Przystępującego na potrzeby przedmiotowego postępowania, ich referencji na wykazywane w wykazie dwie usługi oraz oświadczeń podmiotów trzecich o nie podleganiu wykluczeniu z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 1 Pzp), informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej przesłanej Odwołującemu w dniu 08.06.2011 r., odwołania oraz przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron (Przystępujący był nieobecny) złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp przez nie odrzucenie oferty złożonej przez CZM – INTERMAG, wobec nie spełnienia przez nią wymogów rozdz. VIII pkt 1 lit. b w zw. z rozdz. IX pkt 1 i 2 SIWZ, polegających na nie przedstawieniu przez CZM – INTERMAG odpowiednich dokumentów poświadczających posiadanie wiedzy i doświadczenia niezbędnego do brania udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i tym samym naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, Izba uznała, że wskazane naruszenia nie zostały potwierdzone.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zgodnie z rozdz. VIII: *“Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu*

*dokonywania oceny spełniania tych warunków” o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: m.in. - pkt 1 lit. b SIWZ: „posiadania wiedzy i doświadczenia: Wykonawca powinien wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, opracował co najmniej jedną dokumentację techniczno-technologiczną na elementy składników ubioru, na wartość co najmniej 100.000,00 zł brutto. Dopuszcza się posługiwanie, w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, referencjami podmiotu trzeciego, pod warunkiem, iż podmiot ten będzie brał udział w wykonaniu zamówienia, co musi zostać udowodnione zgodnie z art. 26 ust. 2b p.z.p.”. Z kolei rozdz. IX SIWZ: „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia tych warunków” pkt 1 i 2 określa, że: „ 1. W celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, szczegółowo określonych w rozdziale VIII niniejszej specyfikacji, Zamawiający żąda złożenia niżej wymienionych dokumentów i oświadczeń:*

- a) oświadczenie o spełnianiu warunków z art. 22 ust. 1 pkt 1 – 4 p.z.p. – zawarte na druku "Formularz ofertowy" – załącznik nr 1 do siwz;*
- b) wykaz wykonanych usług, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców – wzór wykazu stanowi załącznik nr 3 do siwz.*
- c) dokumenty potwierdzające, że usługi wymienione w wykazie o którym mowa w lit. b), zostały wykonane należycie;*

*2. Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów:*

- a) pisemnego zobowiązania do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, w przypadku warunku wiedzy i doświadczenia – pisemne zobowiązanie powinno określać (współpracę) zakres czynności podmiotu trzeciego,*
- b) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach określonych w art.24 ust.1 p.z.p. – zawarte w załączniku nr 2 do siwz.”.*

*W ramach formularza ofertowego należało wskazać część zamówienia, która zostanie powierzona podwykonawcom. Z kolei w wykazie usług – załącznik nr 3 do SIWZ – Zamawiający zastrzegł, że: „Nie jest dopuszczalne posługiwanie się, w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli podmiot*

ten nie będzie brał udziału w wykonaniu zamówienia, co musi zostać udowodnione zgodnie z art. 26 ust. 2b p.z.p.”

W ramach odpowiedzi Zamawiającego z dnia 28.04.2011 r. na pytania dotyczące postanowień SIWZ wskazano m.in.: „Pytanie nr 4 - Czy poprzez stwierdzenie „Wykonawca powinien wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, opracował co najmniej jedną dokumentację techniczno-technologiczną na elementy składników ubioru, na wartość co najmniej 100.000,00 zł brutto” Zamawiający rozumie, iż Wykonawca może wykazać kilka opracowanych dokumentacji techniczno-technologicznych wykonanych w okresie ostatnich trzech lat o łącznej wartości co najmniej 100.000,00 zł brutto? Odpowiedź: Zamawiający w ust. 1 lit. b rozdziału VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” wymagał aby Wykonawca w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, wykazał opracowanie jednej dokumentacji na wartość nie mniejszą niż 100.000,00 zł brutto. Wykonawca może wykazać opracowanie większej ilości dokumentacji, przy czym jedna z nich musi opiewać na wartość co najmniej 100.000,00 zł brutto.”. Z kolei w ramach odpowiedzi Zamawiającego z dnia 11.05.2011 r. na pytanie dotyczące postanowień SIWZ wskazano: „Pytanie - Czy Zamawiający dopuszcza w ramach posiadania wiedzy i doświadczenia (zgodnie z pkt. VIII, ppkt 1, lit b) przedstawienie opracowanych dokumentacji techniczno-technologicznych zrealizowanych w ramach działalności statutowej? Nasz Instytut corocznie opracowuje dokumentacje techniczno-technologiczne dla służb mundurowych MSWiA.” Odpowiedź: Zamawiający w ust. 1 lit. b rozdziału VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia pt. „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” wymagał aby Wykonawca w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, wykazał opracowanie jednej dokumentacji na wartość nie mniejszą niż 100.000,00 zł brutto. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817), w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, zamawiający żąda przedstawienia wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przez upływem terminu składania ofert, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane należyście. Mając powyższe na uwadze informuję, iż w celu potwierdzenia spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, do oferty należy złożyć wykaz wykonanych usług zawierający wszystkie elementy wymienione w ww. Rozporządzeniu oraz dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi.”.

Przystępujący w ramach złożonej oferty przedłożył wykaz wykonanych usług ( str. 7 oferty), ponadto oświadczył, że będzie korzystał z usług podwykonawcy w zakresie wykonania dokumentacji (str. 4 oferty). W dniu 20.05.2011 r. Zamawiający wystosował do Przystępującego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia do dnia 25.05.2011 r. wykazu wykonanych usług, a także dokumentów potwierdzających, że usługi wymienione w wykazie zostały wykonane należycie. Przywołano rozdz. VIII pkt 1 lit. b SIWZ oraz rozdz. IX pkt 1 oraz 2 SIWZ, w szczególności podkreślając konieczność dostarczenia w wypadku zaistnienia okoliczności wynikających z rozdz. IX pkt 2 dokumentów zawartych w lit. a i b tego punktu rozdziału. Dodatkowo wskazano, że wymagane dokumenty należy złożyć w formie oryginału albo kserokopii. Dokumenty w formie kserokopii muszą być potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę.

W dniu 25.05.2011 r. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie dokonał stosownego uzupełnienia przedkładając nowy wykaz wykonanych usług zawierający dwie pozycje:

1) Wykonanie dokumentacji techniczno-technologicznej garniturów, kostiumów, blezerów, marynarek i spodni – odbiorca EMF Fashion, podmiot trzeci - Haiseas Limited Company, data wykonania 2010 r., wartość brutto – 112.322, 33 zł;

2) Wykonanie dokumentacji techniczno-technologicznej garniturów męskich i garsoniek damskich – odbiorca ALFA & OMEGAS Sp. z o.o., podmiot trzeci - TOP SHE Sp. z o.o., data wykonania 2011, wartość brutto – 100.860,00 zł. Ponadto załączono – całość - w kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem:

a) zobowiązanie Haiseas Limited Company z dnia 05.05.2011 r. do przekazania Wykonawcy CZM - INTERMAG niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia (w oryginale i w tłumaczeniu na język polski);

b) referencje z dnia 12.05.2011 r. udzielone Haiseas Limited Company przez Eva-Maria Feldmann EMF-Fashion (w oryginale i w tłumaczeniu na język polski);

c) oświadczenia wykonawcy Haiseas Limited Company z dnia 05.05.2011 r. o nie podleganiu wykluczeniu z postępowania;

d) zobowiązanie TOP SHE Sp. z o.o. z dnia 13.05.2011 r. do przekazania Wykonawcy CZM – INTERMAG niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia (podpisane przez Prezes Zarządu – Bożenę Sokołow);

e) referencje z dnia 13.05.2011 r. udzielone TOP SHE Sp. z o.o. przez ALFA & OMEGAS Sp. z o.o. (podpisane przez prokurenta Marka Sokołowa oraz Członka Zarządu – Mariana Wojtaś);

f) oświadczenia wykonawcy TOP SHE Sp. z o.o. z dnia 13.05.2011 r. o nie podleganiu wykluczeniu z postępowania (podpisane przez Prezes Zarządu – Bożenę Sokołow) .

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, błędne wskazanie podstawy prawnej sformułowanych zarzutów (co miało miejsce w odwołaniu, gdyż *de facto* chodzi o naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp), nie może stanowić wystarczającej podstawy do nie rozpatrywania zarzutów wynikających z wniesionego środka ochrony prawnej. Z tych względów, jak i biorąc pod uwagę zarzut naruszenia art. 7 ust.1 Pzp, Izba odniesie się do podnoszonych przez Odwołującego w odwołaniu naruszeń.

Po drugie, w kwestii postanowień SIWZ, tj. wymogu zawartego w rozdz. VII pkt 1 lit. b SIWZ, należy uznać zasadność stanowiska zaprezentowanego na rozprawie przez Zamawiającego oraz Przystępującego w przystąpieniu. Brak jest bowiem w przedmiotowym wymogu odniesienia wprost wskazującego na konieczność wykazania doświadczenia w realizacji zamówień na dokumentacje techniczno-technologiczną na elementy składników ubioru specjalnego, czy też umundurowania. W konsekwencji błędne jest stanowisko Odwołującego zawarte w dowołaniu i podtrzymane na rozprawie, że należało wykazać się takim właśnie doświadczeniem. Zamawiający dodatkowo oświadczył na rozprawie, że chodziło o „*jakikolwiek ubiór*”. Należy dodatkowo stwierdzić, że mimo zadawania pytań dotyczących rozdz. VIII pkt 1 lit. b SIWZ, to nie dotyczyły one przedmiotu sporu. Wobec powyższego, niniejsze postanowienia SIWZ były wiążące dla wszystkich uczestników postępowania. Izba nie jest władna dokonywać ich zmian po terminie składania ofert. Zaś wszelkie ewentualne zarzuty, co do zgodności tych postanowień SIWZ z art. 22 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp są spóźnione i Izba nie ma podstaw prawnych, aby się do nich odnieść. Jednocześnie, Izba wskazuje, że zasadnie Przystępujący podnosił w swoim przystąpieniu, że nieprecyzyjne postanowienia ogłoszenia (a także SIWZ – dopisek autora) nie mogą stanowić podstawy do podejmowania negatywnych czynności względem danego Wykonawcy.

Po trzecie, odnośnie uzupełnionych przez Przystępującego dokumentów, to należy wskazać przede wszystkim, iż dokonał on niniejszej czynności zgodnie ze stosownym wezwaniem – wypełniając dokładnie jego treść. Zaś, żądanie przedłożenia stosownych dokumentów rejestrowych celem wykazania umocowania osób podpisujących referencje wystawione na rzecz podmiotów trzecich udostępniających zasoby oraz zobowiązania, nie miało podstaw w jakimkolwiek postanowieniu SIWZ, ani w stosownym wezwaniu.

Dodatkowo, Izba wyraźnie stwierdza, że generalnie - art. 26 ust. 2b Pzp, wymieniając „*zobowiązanie*” jako dokument, który „*w szczególności*” może być złożony w celu udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami, nie określa obowiązku załączenia przez wykonawcę do tego zobowiązania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń bądź dokumentów, w tym potwierdzających umocowanie osoby podpisującej ww. dokument do reprezentowania danego podmiotu, jak np. pełnomocnictwa, upoważnienia lub odpisu z KRS. Zauważyć należy, że Pzp ze szczególną uwagą traktuje

kwestie dotyczące uprawnienia Zamawiającego do żądania od wykonawców oświadczeń i dokumentów. Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp Zamawiający może żądać jedynie niezbędnych dokumentów, a wymagane dokumenty musi wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert. Katalog dokumentów, których może żądać Zamawiający jest ściśle określony w przepisach Pzp i przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Przepisy ustawy i ww. rozporządzenia wykonawczego, wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp, nie pozostawiają zatem Zamawiającemu swobody w powyższym zakresie, co w szczególności ma na celu zapewnienie zachowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jedynie w przypadkach określonych w § 1 ust. 2 i 3 ww. rozporządzenia Zamawiający może żądać od wykonawców złożenia dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających zasoby, w zakresie określonym w tych przepisach.

W ocenie Izby, w świetle przedstawionych powyżej regulacji, Zamawiający nie może żądać ani wprost w ogłoszeniu lub SIWZ, ani też w sposób dorozumiany, pełnomocnictw, upoważnień lub odpisów z KRS podmiotów składających zobowiązanie, gdyż do żądania tych dokumentów nie uprawnia zamawiającego żaden przepis Pzp ani rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Podkreślić należy także, że z treści przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, określającej obowiązek wykonawcy udowodnienia Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, nie wynika obowiązek złożenia pełnomocnictw, upoważnień lub KRS, potwierdzających umocowanie, osób podpisujących dane zobowiązanie, do reprezentacji danego podmiotu. Trzeba zauważyć przy tym, że „zobowiązanie” dotyczy stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim, a zatem Zamawiający nie jest stroną tego stosunku. Ponadto, nawet w przypadku działania osoby podpisującej zobowiązanie bez umocowania lub z przekroczeniem umocowania taka czynność prawna dotknięta jest jedynie sankcją tzw. bezskuteczności zawieszanej i może być konwalidowana na podstawie art. 103 i 104 k.c. Zwrócić trzeba uwagę także na fakt, że Pzp (art. 26 ust. 3) wyodrębnia dokument pełnomocnictwa od dokumentów i oświadczeń wymienionych w art. 25 ust. 1 Pzp. Dokumenty stwierdzające umocowanie osoby do dokonania czynności prawnej nie mogą być uznane za dokumenty składane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, przepis art. 26 ust. 2b należy interpretować ściśle, a zatem należy przyjąć, że gdyby takie dokumenty były wymagane na mocy tego przepisu, to niewątpliwie zostałyby w tym przepisie wskazane. Powyższe, Izba przytacza za wyrokiem KIO z dnia 18.03.2011 r., sygn. akt: KIO/447/11, sygn. akt: KIO 449/11, sygn. akt: KIO 452/11.

Po czwarte, Izba wskazuje względem otrzymanych przez Zamawiającego dokumentów w wyniku dokonanego uzupełnienia przez Przystępującego, że należy uznać istnienie uzasadnionych wątpliwości co do dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego mającego swoją siedzibę w Hong Kongu, albowiem jeśli w wykazie poz. 1 – jest odniesienie do doświadczenia w wykonaniu dokumentacji techniczno-technologicznej, to w referencji stwierdza się tylko, że wykazywane zamówienie dotyczyło szablonów, technicznego przygotowania produkcji oraz wystopniowania szablonów. Powyższe, wątpliwości „pogłębia” zobowiązanie, stanowiące, że to Wykonawca będzie wykonywał dokumentację techniczno-technologiczną umundurowania celników, czyli Przystępujący, co potwierdzałoby, że podmiot trzeci nie ma żadnego doświadczenia w tym zakresie, a firma udostępniająca „know hows”, zobowiązuje się tylko do wykonania rysunków i szablonów. W konsekwencji niniejsze dokumenty nie potwierdzają spełnienia wymogu z rozdz. VIII pkt 1 lit. b SIWZ. Czynniki niniejsze dopiero zamówienie wykazane w poz. 2 wykazu wykonanych usług, wraz z zobowiązaniem oraz referencją wystawioną na rzecz drugiego podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby (Top She Sp. z o.o.). W tym wypadku, w poz. 2 wykazu, referencji, jak i zobowiązaniu wprost wskazuje się na dokumentację techniczno-technologiczną. Zobowiązanie zaś, statuuje - Top She Sp. z o.o., jako podwykonawcę, co potwierdza stosowne oświadczenie w złożonym formularzu ofertowym (str. 4 oferty) przez Przystępującego. Wynika więc z tego, że tylko z usług tej firmy może korzystać Przystępujący w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia, a nie Wykonawcy mającego swoją siedzibę w Hong Kongu.

Stanowisko Odwołującego odnośnie powiązań między Top She Sp. z o.o., a ALFA & OMEGAS Sp. z o.o. wystawcą referencji wykazanej usługi w poz. 2 wykazu, nie zostało udowodnione, a ściśle zarzut „papierowego” charakteru przedstawionej referencji z dnia 13.05.2011 r. Istnienie dwóch oddzielnych firm w tej samej miejscowości, mających oddzielne numery NIP oraz KRS, w których władzach zasiadają, te same, ale nie tylko osoby fizyczne, nie jest okolicznością wystarczającą do udowodnienia fikcyjnego charakteru wykazywanego zamówienia.

Izba dodatkowo podnosi, że Przystępujący przedstawił zobowiązania podmiotów trzecich w formie kserokopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, czyli Przystępującego. W tym zakresie, Izba wskazuje na literalne brzmienie art. 26 ust.2 b Pzp, zwracając uwagę na stosowną formę, w jakiej należy przedłożyć – zobowiązanie podmiotu trzeciego, niezależnie od innych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, określonych w przepisach rozporządzenia w sprawie dokumentów, które to dokumenty – w odróżnieniu od zobowiązania - mogą być składane w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem - § 6 przywołanego rozporządzenia. Podobnie w wyroku KIO z dnia 01.06.2010 r., sygn. akt: KIO 922/10, wyroku



KIO z dnia 18.03.2011 r., sygn. akt: KIO/447/11, sygn. akt: KIO 449/11, sygn. akt: KIO 452/11, wyroku z dnia 28.04.2011 r., sygn. akt: KIO 787/11, sygn. akt: 830/11, czy też w wyroku KIO z dnia 27.05.2011 r., sygn. akt: KIO 1008/11. Jednakże, w przedmiotowym stanie faktycznym, Izba nie mogła wyciągnąć negatywnych konsekwencji wobec złożenia kserokopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem, a nie oryginałów – zobowiązań, albowiem Przystępujący zastosował się do wyraźnej dyspozycji zawartej w wezwaniu z dnia 20.05.2011 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów dojazdów na rozprawie w kwocie 61,00 zł, tj. tylko w odniesieniu do dojazdu pociągiem do Warszawy Centralnej ze Szczecina (na podstawie przedłożonych - kserokopii faktury VAT i kserokopii biletu PKP), a nie względem powrotnych biletów PKP. (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący :**

.....