

**WYROK**

**z dnia 31 marca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie: przewodniczący Anna Packo

członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Rzońca

protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Centrala Zbytu Węgla „WĘGLOZBYT” S.A. ul. Kościuszki 30, 40-039 Katowice i „MAS” Sp. z o.o., ul. Żeliwna 38, 40-599 Katowice**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

**Kompanię Węglową S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Centrala Zbytu Węgla „WĘGLOZBYT” S.A. ul. Kościuszki 30, 40-039 Katowice i „MAS” Sp. z o.o., ul. Żeliwna 38, 40-599 Katowice i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty uiszczzonego wpisu,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Centrala Zbytu Węgla „WĘGLOZBYT” S.A. ul. Kościuszki 30, 40-039 Katowice i „MAS” Sp. z o.o., ul. Żeliwna 38, 40-599 Katowice** na rzecz **Kompanii Węglowej S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## UZASADNIENIE

**do wyroku KIO 589/11 z 31 marca 2011 r.**

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „remont elementów hydrauliki sterowniczej obudów zmechanizowanych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w latach 2011 – 2012, w zakresie sterowania pilotowego produkcji Centrum Hydrauliki Dirk Otto Hennlich” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 8 stycznia 2011 r. w Dz. Urz. UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

10 marca 2011 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Centrala Zbytu Węgla „WĘGLOZBYT” S.A. i „MAS” Sp. z o.o. otrzymał informację o wykluczeniu go z postępowania, od której to czynności 18 marca 2011 r. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 7 ust. 2, art. 2 pkt 11, art. 24 ust. 1, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1-3, art. 26 ust. 2 w zw. z art. 23 ust. 3, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 22 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3, art. 26 ust. 2b, art. 25 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 2 i § 1 ust. 1 pkt 1 i 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*.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i czynności wyboru ofert bez udziału oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny i wyboru ofert z udziałem oferty Odwołującego, orzeczenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania w sprawie, w tym kosztów zastępstwa prawnego i zwrotu wydatków wraz z opłatą od pełnomocnictwa oraz o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia akt postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego wraz z ofertą Odwołującego i pisma z 7 lutego 2011r. z załącznikami.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że uzasadnienie prawne decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego ogranicza się do wykazania art. 24 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i stwierdzenia, iż subkonsorcjant wskazany przez konsorcjum Odwołujących nie jest wykonawcą, z którym oferta konsorcjum jest ofertą wspólną, a Zamawiający żądał dokumentów wykazujących spełnienie warunku posiadanych uprawnień w odniesieniu do wykonawcy. To stanowisko Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach faktycznych. Należy ustalić, jakie warunki udziału w postępowaniu i jakimi dokumentami winny być wykazane, jakich dokumentów dla wykazania spełnienia takich warunków Zamawiający żądał w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jakich mógł żądać oraz czy na etapie składania oferty lub później wykonawca był zobowiązany i czy miał możliwość wykazania warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu uprawnień do wykonywania określonej działalności przy wykorzystaniu dokumentów odnoszących się do uprawnień i potencjału osoby trzeciej i czy mógł z nich skorzystać na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych oraz czy określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunki udziału w postępowaniu Odwołujący wykazał tymi dokumentami, których Zamawiający mógł żądać.

Art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do okoliczności uzasadniających wykluczenie z udziału w postępowaniu, których Zamawiający nie ustalił jako występujące w tym postępowaniu, bowiem art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy powinności posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, gdy przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, a nie, gdy Zamawiający ustala takie uprawnienia lub odsyła do kryteriów ustalanych poza tym postępowaniem przez inne podmioty, tzn. do oceny zdolności wykonawcy do wykonania przez podmiot do tego formalnie nie uprawniony, a jednocześnie zainteresowany ograniczeniem udziału innych podmiotów w tym postępowaniu, gdyż sam jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia, tj. producenta hydrauliki, którego elementy mają być przedmiotem usług naprawczych albo do opinii jednostki certyfikującej w przedmiocie zdolności

wykonania zamówienia w odniesieniu nie do przedmiotu, lecz do zakresu zamówienia. Zamawiający w ogóle nie wskazał, jakie przepisy prawa zawierają i określają uprawnienia do wykonywania remontów elementów hydrauliki sterowniczej.

Zamawiający wskazał, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania remontów elementów hydrauliki sterowniczej obudów zmechanizowanych w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia, tj. są producentem przedmiotu zamówienia lub podmiotem posiadającym upoważnienie producenta hydrauliki sterowniczej lub posiadają ocenę zdolności zakładu remontowego w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia, wydaną przez jednostkę notyfikowaną. Na dowód tego należało przedstawić: w przypadku wykonawcy będącego producentem hydrauliki sterowniczej, której przedmiot zamówienia dotyczy – oświadczenie zgodnie ze wzorem, w przypadku wykonawcy nie będącego ww. producentem – upoważnienie producenta hydrauliki sterowniczej lub ocenę zdolności zakładu remontowego do wykonywania remontów (w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia) wydaną przez jednostkę notyfikowaną w zakresie obudów zmechanizowanych. Zatem postawiony przez Zamawiającego warunek posiadania uprawnień jest faktycznie warunkiem, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli warunkiem posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a Zamawiający mógł żądać potwierdzenia tych warunków z możliwością posłużenia się zasobami osoby trzeciej na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie tylko nie był uprawniony do żądania dokumentów dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu innych niż wymienione w aktach rangi ustawowej wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale też nie był uprawniony do wykluczenia wykonawcy, który, zdaniem Zamawiającego, nie spełniał warunku posiadania uprawnień z tego powodu, że nie przedłożył on dokumentów, których Zamawiający nie chciał odnieść bezpośrednio do członków konsorcjum, pomimo iż dotyczyły one zasobów i uprawnień osoby trzeciej,

z których każdy członek konsorcjum mógł skorzystać na podstawie zawartej umowy subkonsorcjalnej, na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, ale dokumenty, których możliwość żądania przewidział Zamawiający, ograniczono jedynie do tych wymienionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem w sytuacji, w której Zamawiający nie mógł żądać potwierdzenia posiadania przez wykonawcę uprawnień, Odwołujący mógł powołać się i powołał się w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów na fakt złożenia wraz z ofertą dokumentów wykazujących uprawnienia podmiotu, którego zasobami zamierza posłużyć się lub na nich polegać.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy stwierdził, iż oferta została złożona przez CZW Węgłozbyt S.A. i MAS Sp. z o.o., a funkcja subkonsorcjanta nie ma znaczenia dla oceny tych wykonawców, gdyż nie dopuścił podwykonawstwa. Sporny warunek udziału w postępowaniu wynika z punktu 4.1.7 rozporządzenia Ministra Gospodarki z 28 czerwca 2002 r. *w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych*, w którym znajdują się wymagania dotyczące remontu sekcji obudowy zmechanizowanej i jej elementów tożsame z brzmieniem warunku, ponieważ zaś hydraulika sterownicza stanowi taki element, Zamawiający musiał dostosować się do warunku wskazanego w punkcie 4.1.7. rozporządzenia. Powyższy przepis oraz warunek nie ograniczają konkurencyjności, gdyż o zamówienie może ubiegać się również każdy podmiot, który uzyskał certyfikację odpowiedniej jednostki notyfikowanej. Zwraca również uwagę, iż Odwołujący nie oprotestował specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani w zakresie spornego warunku, ani zakazu podwykonawstwa.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych w pismach oraz podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, wskazanych pism oraz z wyjaśnień Stron.

Na wstępie Izba stwierdziła, że, jak słusznie wskazał Zamawiający, wszystkie zarzuty dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostały zgłoszone po terminie, o którym mowa w art. 182 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie mogą być rozpoznane. Na marginesie Izba zwraca jednak uwagę, że zgodnie z art. 138c ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający sektorowy może żądać także innych dokumentów, niż wskazane w rozporządzeniu *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*.

W odniesieniu do zarzutu nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania Izba ustaliła, iż sporny warunek Zamawiający oparł na wymogu zawartym w punkcie 4.1.7. załącznika nr 4 do rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. *w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych*, zgodnie z którym remont sekcji obudowy zmechanizowanej oraz elementu tej sekcji może być wykonywany przez producenta obudowy zmechanizowanej, podmiot posiadający jego upoważnienie lub podmiot posiadający ocenę zdolności do wykonywania tego remontu, wydaną przez jednostkę notyfikowaną w zakresie obudów zmechanizowanych.

Niezależnie od tego, czy sporny warunek udziału w postępowaniu odnosiłby się do posiadania uprawnień, czy też wiedzy, doświadczenia oraz potencjału

technicznego i osobowego, nie ulega wątpliwości, że Zamawiający mógł taki warunek udziału w postępowaniu sformułować. Przy czym w niniejszej sprawie rozróżnienie to nie ma znaczenia praktycznego ze względu na to, że Zamawiający nie dopuścił możliwości powierzenia zamówienia podwykonawcy (pkt VIII specyfikacji). W punkcie tym Zamawiający również zdefiniował pojęcie podwykonawcy jako każdej osoby trzeciej, przy pomocy której wykonawca na podstawie umowy cywilnoprawnej wykonuje zamówienie, przy czym z tego pojęcia wyłączył osoby trzecie, które będą dostarczały materiały, sprzęt bądź świadczyły usługi niezbędne w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby na podstawie powyższej definicji pojęcie „usług” należy traktować nie jako usługi polegające na wykonaniu zamówienia *sensu stricto*, czyli remontu elementów hydrauliki sterowniczej obudów zmechanizowanych, lecz takie, które jej towarzyszą – najczęściej jako przykład takich usług wskazywane są usługi świadczone przez operatorów pocztowych czy firmy kurierskie, dystrybutorów energii itd.

Natomiast bezsporne jest, że wskazany przez Odwołującego podmiot trzeci, nazwany przez niego „subkonsorcjantem”, miał oddać Odwołującemu do dyspozycji nie tylko swoje zasoby w postaci pracowników, maszyn i urządzeń, niezbędnej dokumentacji i uprawnień (pomijając fakt, czy uprawnienia są zasobem zbywalnym), ale także brać udział w wykonywaniu przedmiotu zamówienia – co zresztą jest zrozumiałe i niezbędne, gdyż tylko ów subkonsorcjant ma „uprawnienia” do przeprowadzania zamawianych remontów, o których mowa w 4.1.7. załącznika nr 4 do ww. rozporządzenia. Poprzez powyższe zobowiązania „subkonsorcjanta” Odwołujący rzeczywiście wykazał dysponowanie wiedzą, doświadczeniem i potencjałem owego podmiotu, w sposób określony w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak jednocześnie wskazał, że podmiot ten będzie brał udział w wykonaniu zamówienia, a więc będzie podwykonawcą, co zostało przez specyfikację istotnych warunków zamówienia zabronione.

Niesporne pomiędzy Stronami było także to, że Odwołujący – jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie spełniają spornego warunku, zatem ich wykluczenie z postępowania było uzasadnione.



W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 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).

**Przewodniczący**

.....

**Członkowie:**

.....

.....