

**WYROK**

**z dnia 13 czerwca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2011 r. przez wykonawcę **MAZ Polsko-Szwedzka Sp. z o.o., 70-110 Szczecin, ul. Powstańców Wielkopolskich 9/4** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Gdańsku, 80-221 Gdańsk, ul. Traugutta 29,**

przy udziale wykonawcy **Firma Handlowo-Usługowa KAMARO s.c. T. Tomanik, P. Paszkowicz, 81-817 Sopot, ul. Malczewskiego 4** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności: wykluczenia odwołującego, wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**

**2. kosztami postępowania obciąża Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Gdańsku, 80-221 Gdańsk, ul. Traugutta 29 i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MAZ Polsko-Szwedzka Sp. z o.o., 70-110 Szczecin, ul. Powstańców Wielkopolskich 9/4 tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od **Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Gdańsku, 80-221 Gdańsk, ul. Traugutta 29** na rzecz wykonawcy **MAZ Polsko-Szwedzka Sp. z o.o., 70-110 Szczecin, ul. Powstańców Wielkopolskich 9/4** kwotę 13 600 zł 00gr (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

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 Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e n i e**

Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Gdańsku ul. Traugutta 29, 80-221 Gdańsk zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej 4.485 tys. euro, na wykonanie robót polegających na przebudowie parteru budynku sali lekkoatletycznej wraz z zapleczem sanitarnym i częścią hotelową w Gdańsku przy ulicy Traugutta 29.

W dniu 24.05.2011 roku pismem L.dz. 2427/PR/2011, Zamawiający przekazał wykonawcom informację o rozstrzygnięciu przetargu nieograniczonego i o wyborze wykonawcy robót- Firmy Handlowo-Usługowej KAMARO s.c. T. Tomanik, P. Paszkowicz z siedzibą: 81-817 Sopot. ul. Malczewskiego 4.

Zamawiający poinformował, że oferta firmy MAZ Polsko-Szwedzka Sp. z o.o., 70-110 Szczecin, ul. Powstańców Wielkopolskich 9/4 zwanej dalej „Odwołującym” została uznana za odrzuconą w związku z jego wykluczeniem z postępowania, z powodu nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Wobec powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu

- naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania,
- naruszenie przepisów art. 24 ust. 4 i 89 ust. 2 pkt. 4 ustawy, poprzez bezpodstawne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą,
- naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu.

Wobec powyższego wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego. Wskazał że Zamawiający przekazał w informacji o rozstrzygnięciu przetargu nieograniczonego że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy), co skutkowało wykluczeniem go z postępowania.

Stwierdził, że jego zdaniem podstawą decyzji Zamawiającego było zakwestionowanie przez niego referencji potwierdzających, że roboty budowlane wskazane przez Odwołującego w wykazie wykonanych robót, zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończone, z tego powodu, że jeden z tych dokumentów został podpisany przez osobę

nieuprawnioną do reprezentowania instytucji, która go wystawiła. Odwołujący zwraca uwagę, że w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest jakiegokolwiek przesłanki, która pozwalałaby Zamawiającemu na wykluczenie wykonawcy z postępowania, z powodu przedłożenia referencji podpisanych przez osoby inne niż upoważnione do reprezentowania instytucji wystawiającej dokument. Przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania zostały enumeratywnie wskazane w art. 24 ustawy, który nie może być interpretowany rozszerzająco. W szczególności, fakt, iż referencje zostały podpisane w inny sposób niż uznaje to Zamawiający, nie może być utożsamiany z brakiem wykazania spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, określonego w S1WZ na podstawie art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Podniósł że zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą KIO, dokument referencji, lub jakiegokolwiek inny dokument potwierdzający należyte wykonanie robót budowlanych, nie służy potwierdzeniu spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Taki dokument służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Dokumentem służącym do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu jest wyłącznie oświadczenie wykonawcy, składane w formie wykazu robót budowlanych. Kwestionowanie referencji może mieć znaczenie, gdyby Zamawiający wykazał sprzeczność oświadczenia wykonawcy i dokumentu referencji, w takim znaczeniu, że informacje zawarte w oświadczeniu nie są zgodne ze stanem faktycznym realizacji danego zamówienia, do którego odnoszą się referencje. Wtedy wykonawca ma obowiązek udowodnić Zamawiającemu, iż spełnia określone przez niego warunki udziału w postępowaniu.

Jedynie w sytuacji, w której zachodziłaby sprzeczność pomiędzy oświadczeniem wykonawcy, a dokumentem referencji, co sugerowałoby, iż informacje zawarte w oświadczeniu nie są zgodne ze stanem faktycznym, Zamawiający mógłby kwestionować referencje lub złożone oświadczenie. Dokument referencji jest oświadczeniem wiedzy, a nie oświadczeniem woli, dlatego niezasadne jest badanie przez Zamawiającego, czy został on podpisany przez osoby uprawnione do reprezentowania danego podmiotu, dlatego też mogą być podpisane przez osoby mające wiedzę co do faktów, które poświadczają. W ogłoszeniu, Zamawiający nie wskazał, iż uznawał będzie jedynie dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania inwestora.

Wskazał, że Odwołujący potwierdził spełnianie warunku doświadczenia w wykazie robót budowlanych złożonych wraz z ofertą, czego Zamawiający nie zakwestionował. Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 20.04.2011 r., znak 1727/PR/2011, przyznał wprost, że „wszystkie wskazane w oświadczeniu roboty spełniają warunki dotyczące terminu wykonania robót, powierzchni użytkowej budynków, zakresu wykonanych robót”, tym samym treść załączonych referencji nie budziła jakichkolwiek zastrzeżeń Zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził że podtrzymuje w całości swoje stanowisko dotyczące wykluczenia Odwołującego zawarte w treści pisma L.dz.

2427/PR/2011 z dnia 24.05.2011 roku. Odwołujący pomimo tego że był zobligowany, zgodnie z art. 26 ust. 2a PZP, do wykazania spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, określonego w art. 22 ust. 1 pkt. 2 PZP, tego nie wykazał. Nie wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 24 ust.2 pkt. 4 PZP, skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania o zamówienie. W świetle dokumentów ujawnionych w ofercie Zamawiający kwestionował dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia, który w imieniu podmiotu Polska Filharmonia Bałtycka im. Fryderyka Chopina w Gdańsku, wystawił Pan Ryszard G. Dyrektor d/s Finansowych. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art.26 ust.3 ustawy pzp do uzupełnienia braku właściwego podpisu na referencji Z treści uzupełnionych dokumentów nie wynikało zdaniem Zamawiającego, aby Pan Ryszard G. Dyrektor d/s Finansowych był upoważniony do reprezentowania Filharmonii na zewnątrz.

Wskazał że Zamawiający nie naruszył -jak sugeruje Odwołujący - określonych przepisów 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. z 2009r. Nr 226. poz. 1817) „*gdyż ani nie żądał innych dokumentów niż w nim określono, ani nie podważał prawdziwości przedkładanych dokumentów*”. Zamawiający chciał rozwiać wątpliwości co do tego, czy osoba podpisująca dokument - dotyczący potwierdzenia należytego wykonania zamówienia - była upoważniona do wykonywania tego rodzaju czynności w imieniu podmiotu składającego to oświadczenie. Zamawiający wskazał na znacznie szerszy, niż stosowany powszechnie krąg podmiotów które mogą podpisać referencje (w celu ułatwienia wykonawcom przedstawienia stosownych dokumentów), wskazując na: zlecającego wykonanie robót, odbierającego wykonane roboty. właściciela lub dysponenta obiektu na którym roboty wykonano. Jednakże jego zdaniem oczywistym było, że osoba wystawiając w imieniu podmiotu dokument, który ze swojej natury służy do posługiwania się nim wobec osób trzecich (czyli w stosunkach zewnętrznych), musi być osobą do tego uprawnioną (musi posiadać legitymację do reprezentowania tego podmiotu na zewnątrz). Nie można przyjąć za miarodajny dokument wystawiony przez osobę, która nie była uprawniona do reprezentowania danego podmiotu na zewnątrz. Taki dokument z oczywistych względów musi być traktowany jako dokument odnoszący się wyłącznie do osoby, która go wystawiła - nie może odnosić się do podmiotu, gdyż osoba wystawiająca nie posiadała legitymacji do jego reprezentowania na zewnątrz. Podnosi ,ze Zamawiający nie kwestionował warunków udziału w postępowaniu, tylko kwestionował to, że osoba podpisująca dokument - w świetle dokumentów ujawnionych w ofercie - nie była upoważniona do reprezentowania Filharmonii na zewnątrz, a tym samym dokument wystawiony przez osobę, musi być traktowany jako dokument odnoszący się wyłącznie do

osoby, która go wystawiła - nie może odnosić się do podmiotu, gdyż osoba wystawiająca nie posiadała legitymacji do jego reprezentowania na zewnątrz.

Zamawiający powołał się również na prywatną opinię kancelarii prawnej z której wskazał „że „...nie ulega wątpliwości, że za dokument referencji można uznać takie pismo, które zostało podpisane przez osobę składającą określone oświadczenie. Nie ulega wątpliwości, że w myśl art. 38 i 98 KC w przypadku osób prawnych oraz podmiotów, którym odrębne przepisy przyznają osobowość prawną oświadczenie takie powinno zostać podpisane przez osobę fizyczną posiadającą do tego odpowiednie umocowanie, w sposób przewidziany w ustawie i oparty na jej statucie. Uprawnienie do złożenia podpisu na dokumencie, będzie zatem zależało od rodzaju podmiotu w imieniu którego dokument jest podpisywany, ustawy, statutu lub istnienia uprzedniego oświadczenia reprezentowanego (pełnomocnictwa)\".

Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca Firma Handlowo-Usługowa KAMARO s.c. T.Tomanik, P. Paszkowicz, 81-817 Sopot, ul. Malczewskiego 4 którego oferta została przez Zamawiającego wybrana jako ofert najkorzystniejsza. Izba stwierdzając prawidłowość przystąpienia oraz biorąc pod uwagę brak zgłoszenia opozycji stron postępowania, dopuściła go do postępowania w sprawie. Jednakże Przystępujący pomimo prawidłowego poinformowania o terminie rozprawy nie był reprezentowany na rozprawie.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący został bowiem wykluczony z udziału z postępowania, a jego oferta w efekcie została odrzucona przez Zamawiającego, która to czynność ze względu na przepis art. 182 ust.2 pkt.3 jest jedynym zarzutem odwołania.

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie jest brak wykazania iż referencja przy pomocy której Odwołujący starał się wykazać spełnienie warunku posiadania określonej wiedzy i doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego, gdyż jego zdaniem została ona podpisana przez osobę, której pełnomocnictwa w tym zakresie Odwołujący nie wykazał.

Stan faktyczny wykazany przez strony postępowania zdaniem Izby nie wymagał dodatkowych ustaleń. Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska, Odwołujący wskazał dodatkowo między innymi na fakt „że referencje winny być sporządzone w imieniu inwestora i w tym przypadku to miało miejsce. Jeśli chodzi o wymóg zawarty w SIWZ

dotyczący konieczności podpisania referencji przez osoby upoważnione do reprezentowania danego podmiotu, np. ujawnionego w KRS, to zdaniem Odwołującego kwestia ta została potraktowana przez niego jako wymóg instrukcyjny a nie zasadniczy, gdyż opis warunku udziału zgodnie z art. 22 ust.3 ustawy pzp ustawy powinien być zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu i w podstawowych zapisach siwz, a w tym przypadku postanowienia siwz tą kwestię tylko uszczegóławiają. W żadnym miejscu postanowień siwz nie było zastrzeżenia, że nie zachowanie tej szczególnej formy spowoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania. Wskazuje, iż w zakresie referencji istnieje domniemanie, że wystawione dokumenty referencji są prawidłowo podpisane, a Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, ani nie wykazał, że dyrektor ds. finansowych Filharmonii Bałtyckiej nie był uprawniony do reprezentowania jej na zewnątrz oraz, tym bardziej iż jest on osobą uprawnioną do podpisania referencji.

Natomiast Zamawiający odnosząc się do zarzutu odwołania podniósł, że argumentacja odwołania dotycząca postawienia warunku jakim powinny odpowiadać referencje wskazane w pkt. 11.2 SIWZ nie mają dla przedmiotowej sprawy żadnego znaczenia, gdyż wykonawca tego zapisu w żaden sposób nie kwestionował, a wręcz do niego się zastosował przedstawiając co do konkretnych referencji pełnomocnictwa czy też upoważnienia dla osób, które je podpisały. Natomiast takie pełnomocnictwo nie wynika dla referencji wystawionej przez Filharmonię Bałtycką. Odwołujący wskazując uprawnienie dla dyrektora Filharmonii Bałtyckiej przedstawił trzy wyciągi z rejestru instytucji kultury Samorządu Województwa Pomorskiego, z których wynika, iż stosowny zapis upoważniający do reprezentacji w tym zakresie dla zastępcy dyrektora się nie pojawił. Zdaniem Zamawiającego sedno problemu w niniejszym odwołaniu dotyczy braku wykazania upoważnienia dyrektora Filharmonii Bałtyckiej do podpisania wystawionej Odwołującemu referencji. Biorąc pod uwagę powyższy wywód, zdaniem Zamawiającego, należy stwierdzić iż referencja podpisana przez osobę nieupoważnioną formalnie nie istnieje. Wobec powyższego w sprawie istnieją sprzeczne stanowiska pomiędzy oświadczeniem wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a dokumentami potwierdzającymi ten fakt. Tym samym wykonawca nie udowodnił spełniania warunków udziału w postępowaniu, a podstawą wykluczenia był brak podpisu pod referencjami osoby uprawnionej, a nie wątpliwości co do jej prawidłowości.

Wobec powyższego Izba zważyła co następuje, odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Udział wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne zależy od spełnienia przez nich warunków udziału w postępowaniu, przez które należy rozumieć warunki odnoszące się do właściwości podmiotowej wykonawcy. Ich spełnienie wymagane jest bezwzględnie od każdego wykonawcy. Warunki te zwyczajowo dzieli się na dwie grupy- pierwszą określoną jako grupa warunków formalnych określonych przez ustawę w art. 24 ust.1 i drugą określoną

jako warunki merytoryczne które w oparciu o przepis art. 22 ust.3 ustala sam zamawiający. Przepis art. 22 ust.1 pkt.2 dotyczący warunków udziału w postępowaniu ma charakter blankietowy i obowiązkiem Zamawiającego jest doprecyzowanie pojęcia "posiadania wiedzy i doświadczenia". Doprecyzowanie polega na wskazaniu warunków merytorycznych takich, które umożliwią Zamawiającemu wybór właściwego wykonawcy zamówienia.

Istotą stawiania określonych warunków w danym postępowaniu jest potrzeba zminimalizowania ryzyka, że realizację zamówienia otrzyma wykonawca który nie będzie w stanie go wykonać lub że zrealizuje je nienależycie.

Zgodnie z postanowieniami dyrektyw 2004/18/WE oraz 2004/17/WE zamawiający precyzując warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, winien opierać je na obiektywnych kryteriach związanych z danym przedmiotem zamówienia, tak aby w postępowaniu mogli uczestniczyć tylko ci wykonawcy którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Ewentualne wykluczenie wykonawcy z postępowania wiązać się musi z uzasadnioną obiektywnymi przesłankami obawą, iż dany wykonawca nie podoła realizacji zamówienia, co winno wynikać z niespełniania precyzyjnie stawianych im wymogów.

W celu wykazania spełniania warunków podmiotowych, zarówno formalnych jak i merytorycznych wykonawcy zobowiązani są przedłożyć zamawiającemu szereg oświadczeń i dokumentów. W przedmiotowym postępowaniu, w zakresie spornym, dotyczyło to obowiązku złożenia dokumentów dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia określonych w pkt. III.3.2 i III.4.1 ogłoszenia o zamówieniu i w postanowieniach części I siwz pkt. 4.1 i 11 pkt. 2.

Warunek wiedzy i doświadczenia odnosi się do dotychczas zrealizowanych robót w trakcie których wykonawca nabył określone doświadczenie. Zwyczajowo uznaje się że wiedzę posiada ten kto ma doświadczenie w realizacji danych robót, czyli zdobyte doświadczenie wskazuje na posiadanie wiedzy niezbędnej do wykonania danego zamówienia.

Dla wykazania się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu, w tym przypadku posiadaniem wymaganej wiedzy i doświadczenia wykonawca przedkłada dwa rodzaje dokumentów. Należą do nich prywatny dokument wykonawcy – jego oświadczenie wiedzy odnośnie uzyskanego doświadczenia, które stanowi w tym przypadku wykaz wykonanych robót budowlanych oraz inne dokumenty- referencje, które potwierdzają prawidłowość ich wykonania. Ustawa pzp nie definiuje jakie dokumenty wykonawca ma przedłożyć na potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług, czy też robót budowlanych. Przepisy te nie wskazują w żadnym przypadku, że na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia wykonawcy powinni przedkładać wyłącznie referencje, ponieważ dokument referencji nie stanowi jakiegoś urzędowo zdefiniowanego dokumentu. Fakt należytego wykonania robót

może być stwierdzony każdym dokumentem, z którego w sposób bezpośredni np. referencji, protokołów obioru prac wykonanych bez zastrzeżeń, czy w sposób pośredni jak np. kopię opisanych faktur za wykonane roboty, wystawionych przez podmiot, na rzecz którego dane zamówienie było realizowane, który będzie potwierdzał należyte wykonanie zamówienia. Zgodnie ze wskazanym stanowiskiem Izby oraz sądów okręgowych rozpoznających sprawy skarg na orzeczenia KIO, dokumenty przedstawiane na potwierdzenie należytego wykonania określonych prac nie muszą potwierdzać wszystkich okoliczności związanych z wykazywanym zrealizowanym zamówieniem, także w kontekście określanego przez zamawiającego warunku. Za wyrokiem KIO1131/19 Izba wskazuje, że wystarczy jeśli dokument przedłożony na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, potwierdza tę okoliczność, nawet jeśli nie wskazuje dokładnie jaka była wartość zrealizowanego zamówienia, czy też termin jego realizacji. Te informacje wynikać bowiem powinny z oświadczenia wykonawcy, tj. wykazu wykonanych dostaw, usług, czy robót budowlanych. Istotne jest jednak, aby na podstawie tych dwóch dokumentów istniała możliwość identyfikacji wykazywanego w ramach doświadczenia zamówienia, przede wszystkim co do przedmiotu zamówienia i podmiotu, na rzecz którego zamówienie zostało wykonane.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający postawił wymóg aby referencje były podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania podmiotu który je wystawił. Warunek ten Izba ocenia jako zbyt rygorystyczny i niezasadny biorąc pod uwagę cel jaki Zamawiający chciał osiągnąć jak i mogący w sposób nieuzasadniony naruszać zasadę z art. 7 ust.1 ustawy pzp. Z przepisu art. 7 ust.1 Pzp wynikają dwie, fundamentalne dla prawa zamówień publicznych zasady ogólne: zasada równości oraz zasada uczciwej konkurencji wyrażające się w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji i respektowania przepisów Pzp. W zamówieniach publicznych dotyczących robót budowlanych wykonawcy mogą legitymować się dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie robót wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert. Ze względu na dynamiczne zmiany na rynku podmiotów gospodarczych wiele podmiotów ogłasza upadłość lub zaprzestaje prowadzenia działalności gospodarczej i poprzez wykreślenie z rejestru przestaje funkcjonować w obrocie. Gdyby przyjąć, że wymogi stawiane przez Zamawiającego są słuszne to powstaje wątpliwość w jaki sposób wykonawca mający należyte referencje od takiego nieistniejącego już podmiotu byłby w stanie uzyskać dokument potwierdzający, że wystawiona referencja jest podpisana przez osobę która była upoważnioną do reprezentacji tego podmiotu. Tak stawiane wymogi nie mają uzasadnienia w żadnym przepisie prawa, naruszają równość podmiotów uczestniczących w przetargach, a tym samym nie mogą zdaniem Izby podlegać ochronie. Za wyrokiem KIO 1271/10 Izba w tym składzie podtrzymuje dotychczas prezentowaną linię orzecniczą KIO z której wynika, że „z punktu widzenia

prawidłowości wystawianego dokumentu- referencji, obowiązujące przepisy ustawy Pzp i aktów wykonawczych wydanych w zakresie delegacji ustawowej nie dają podstaw do weryfikacji osób uprawnionych do działania w imieniu podmiotów, na rzecz których wykonywane były określone prace wykazywane przez wykonawcę w ramach potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Za wyrokiem KIO 2108/10 Izba wskazuje że referencja jako dokument korzysta z domniemania prawdziwości zapisanych w nim stwierdzeń, do czasu dopóki te twierdzenia nie zostaną obalone przy pomocy innego dowodu lub dokumentu. Uprawnienie do podpisywania tego rodzaju dokumentów wynika najczęściej z wewnętrznych uregulowań jednostki, a ewentualne podpisanie go przez osobę nieupoważnioną nie powoduje z mocy prawa jego nieważności.

Ponadto należy podnieść, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, kwestionując uprawnienie dyrektora Filharmonii Bałtyckiej do wydania referencji, że roboty objęte tą referencją zostały wykonane w sposób nieprawidłowy, a treść referencji nie polega na prawdzie. Brak jest również jakiegokolwiek dowodu na to, że podmiot – Filharmonia Bałtycka, w imieniu której referencja została wydana uchylił się od skutków prawnych wystawionej referencji.

Istotą referencji czy każdego innego dokumentu z którego wykonawca wywodzi fakt należytego wykonania określonego zamówienia, jest stwierdzenie że roboty których wielkość i zakres wynika z oświadczenia wykonawcy, zostały w sposób należyty wykonane i prawidłowo ukończone. Wystawiona referencja jest oświadczeniem wiedzy i dlatego też brak jest tutaj wymogu obowiązującego dla oświadczeń woli, aby ten dokument został podpisany przez osobę upoważnioną do reprezentacji podmiotu w imieniu którego została wystawiona. Przy oświadczeniach wiedzy, zdaniem Izby wystarcza, posiadanie przez zamawiającego określonego doświadczenia życiowego z którego może wynikać czy osoba pełniąca określoną funkcję w danym podmiocie gospodarczym ma/ lub miała wystarczającą wiedzę aby wystawić referencje o danej treści. W tym zakresie referencja winna korzystać z domniemania, że zawiera treści polegające na prawdzie, a osoba która ją podpisała posiadała w tym zakresie wystarczające wiadomości. Dopóki te elementy w oparciu o uzasadnione podstawy faktyczne lub prawne nie zostaną zanegowane, brak jest podstaw do kwestionowania prawidłowości wystawionej referencji. Obowiązujące przepisy prawa zamówień publicznych nie zawierają żadnych unormowań dotyczących obowiązku czy prawa zamawiającego do weryfikowania prawnego umocowania osób podpisujących referencje.

Poddając analizie kwestionowaną przez Zamawiającego referencję wystawioną przez Polską Filharmonię Bałtycką Izba stwierdza, że została ona wystawiona na papierze firmowym Filharmonii i podpisana przez dyrektora ds. finansowych. Opierając się na doświadczeniu życiowym należy uznać, że pion finansowy zajmuje się między innymi zapłatą za wykonane usługi czy roboty budowlane. Aby nastąpił fakt zapłaty, to do faktury muszą być

dołączone różne dokumenty z których musi wynikać ,że roboty o określonym przedmiocie zostały prawidłowo wykonane i odebrane przez zamawiającego. Przy referencjach podstawą dla wykazania spełniania określonych przez Zamawiającego warunków udziału, jest treść referencji, natomiast kwestia osoby która ja podpisała nie ma w tym zakresie pierwszoplanowego znaczenia.

Podkreślenia wymaga fakt ,ze Zamawiający w żaden sposób nie zakwestionował treści zapisów referencji, a jak podaje w odpowiedzi na odwołanie / str.2/ „ wzywając do uzupełnienia dokumentów chciał rozwiać wątpliwości co do tego, czy osoba podpisująca dokument - dotyczący potwierdzenia należytego wykonania zamówienia - była upoważniona do wykonywania tego rodzaju czynności w imieniu podmiotu składającego to oświadczenie,...dodał, że „ również nigdy nie podważał prawdziwości przedkładanych dokumentów.

Z chęci „rozwiązania wątpliwości” co prawidłowości samego podpisu pod referencją nie może być wywodzone stanowisko, będące podstawą do wzywania wykonawcy w trybie art. 26 ust.3 ustawy pzp do uzupełnienia złożonej referencji i tym samym do stosowania sankcji wykluczenia z postępowania z powodu nie wykonania tego wezwania. W tym zakresie co najwyżej, zdaniem Izby, Zamawiający miał podstawę do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust.4 ustawy pzp.

Również zdaniem Izby, brak było podstaw do wzywania do złożenia dokumentów nie ujętych w wykazie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Niewątpliwym w sprawie jest fakt że aby Odwołujący mógł potwierdzić że osoby, które podpisały mu referencje były w tym okresie uprawnione do reprezentacji tego podmiotu, winien był występować do tych instytucji o wydanie mu między innymi, odpisów statutów, regulaminów organizacyjnych czy pełnomocnictw, a więc dokumentów które nie mieszczą się w zakresie dokumentów wskazanych w § 1 ust.1 pkt.2 w/w rozporządzenia, gdzie określono jakich dokumentów zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może żądać od wykonawców.

Zamawiający żądając od Odwołującego wykazania ,że referencje zostały podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji danego podmiotu wskazał na tezy z wyroku KIO o sygn. KIO 2762/10 które to zdaniem zamawiającego mają uzasadniać jego postępowanie. Jednakże Zamawiający zdaje się nie zauważać ,że wyrok ten został wydany w innym stanie faktycznym, gdzie Izba podaje na str.19 że, cyt. „*Ustalone braki, zdaniem Izby, dyskwalifikują wymienione pismo z dnia 12.06.2008 r. jako referencję, gdyż w oparciu o jego treść, nie można zidentyfikować podmiotu, który go wystawił - zlecającego roboty, ani nie można zidentyfikować osoby, która dokument podpisała. Nawet ustalenia, które na własną rękę*

*czynił zamawiający, nie wyjaśniły tych wątpliwości.” Tym samym przywołane przez Zamawiającego a wyrwane z kontekstu uzasadnienia wyroku tezy, nie mogą stanowić podstawy uzasadniającej jego postępowania w sprawie. Odnosząc się do tej kwestii Izba przywołuje stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO 707/11 gdzie „Izba stwierdza że Odwołujący przytoczył wybrane fragmenty uzasadnień zawierające generalne tezy, z którymi na pewnym poziomie ogólności, w oderwaniu od konkretnych okoliczności faktycznych danego orzeczenia, nie sposób się nie zgodzić. Natomiast każdy z przywołanych wyroków został wydany w oparciu o odmienny stan faktyczny co w sposób zdecydowany determinuje treść orzeczenia. Każdy skład Izby, wydając rozstrzygnięcie w sprawie konkretnego odwołania nie jest związany innym orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej”.*

W zakresie kolejnego podnoszonego przez Odwołującego zarzutu iż opis warunku udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust.3 ustawy powinien być zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu a nie tylko w siwz Izba stwierdza, że zarzut ten jest zasadny niekoniecznie z powodu braku jego zamieszczenia w ogłoszeniu ,ale przede wszystkim z formy w jakiej został ustalony. Wymóg identycznej treści ogłoszeń dotyczących warunków udziału w postępowaniu, publikowanych zarówno w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej jak również zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej Zamawiającego, a także jego siedzibie jest bezsporny. Natomiast jeśli chodzi o opis spełniania warunków udziału to wystarczające zdaniem tego składu orzekającego Izby jest ustalenie tego postanowienia tylko w siwz. Zasadny zdaniem Izby jest zarzut Odwołującego ,że tak wykazany warunek może mieć tylko znaczenie instrukcyjne , a nie bezwzględnie obowiązujące, gdyż Zamawiający w siwz warunek ten umieścił nie w rozdziale dotyczącym warunków udziału w postępowaniu, ale w rozdziale dotyczącym wymagań dotyczących oferty. Warunki określone w art. 22 ust.1 pkt. 1-4 nie są oświadczeniami woli lecz oświadczeniami wiedzy. Nie są więc elementami treści oferty i podobnie jak dokumenty je potwierdzające nie są składnikami oferty - komentarz do ustawy Pzp pod red. St. Babiarsza str. 162, również wyrok ZA/UZP 0-421/07/. Ponadto sam sposób zamieszczenia tego postanowienia w siwz wskazuje na jego czysto informacyjny charakter, gdyż wymóg aby osoba podpisująca referencje była upoważniona do wykonywania tego rodzaju czynności w imieniu podmiotu składającego to oświadczenie nie został zamieszczony wprost w pkt. 11.2, lecz jego końcowej części po wyrazie „Uwaga”. Wyraz „uwaga” ma zwyczajowo za zadanie przypominać o wcześniej ustalonych obowiązujących zasadach i postanowieniach, które w tym przypadku, z żadnego wcześniejszego zapisu postanowień siwz nie wynikają.

Odnosząc się do przedłożonego przez Zamawiającego dowodu w postaci prywatnej opinii prawnej Kancelarii Radców Prawnych Izba stwierdza, że zawiera ona zasadną interpretację przepisów prawa co do formy dokumentu jaką jest referencja, będącą oświadczeniem woli, konkretnej osoby fizycznej czy podmiotu prawnego co do treści w niej zawartej. Natomiast

końcowe wnioski wskazujące iż może być ona podpisana tylko przez osoby uprawnione do reprezentacji danego podmiotu, nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa. Referencje to dokumenty należące do kategorii oświadczeń wiedzy i dla swej ważności nie muszą pochodzić od osób uprawnionych do reprezentacji danego podmiotu, w przeciwieństwie do oświadczeń woli, których wiążący charakter uzależniony jest od podpisania przez upoważnionego przedstawiciela –wyrok KIO 1444/09.

Tym samym Izba stwierdza ,że potwierdziły się zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp wymienionych w odwołaniu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co miało miejsce w analizowanej sprawie.

Izba postanowiła jak w sentencji wyroku , orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a i 2 p.pkt.b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 .....**