

Sygn. akt: KIO 487/17

WYROK
z dnia 28 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2017 r. przez wykonawcę **Megmar Logistics & Consulting Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Kutnie przy ul. Marii Skłodowskiej - Curie (99-300 Kutno), w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Inspektorat Uzbrojenia** ul. Królewska 1/7 (00-909 Warszawa)

przy udziale

wykonawcy **Cenrex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Poligonowej 30 (04-051 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

wykonawcy **Fights on Logistics Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Wspólnej 62 (00-684 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności podjętych w postępowaniu polegających na ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykonawcy Fights on Logistics Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i nakazuje wykluczyć tego wykonawcę z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy, gdyż nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.

2.1 Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Fights on Logistics Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie, tytułem wpisu od odwołania;

2.3 zasądza od wykonawcy Fights on Logistics Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie kwotę **18.600 zł. 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania i wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Inspektorat Uzbrojenia w trybie przetargu ograniczonego na *dostawę bomb kierowanych GBU-12* (nr sprawy IU/178/DC-76/ZO/POOiB/DOS/ZSS/2016), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 9.12.2016r., 2016/S 238-434450, wykonawca Megmar Logistics & Consulting Sp. z o.o. (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 13 marca 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 487/17). Odwołaniem objęto czynność badania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i uznania, że wykonawca Fights & Logistics Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny wniosków oraz rankingu wykonawców zaproszonych do składania ofert w dniu 03.03.2017 r. Jednocześnie zapowiedział, iż zaproszenie wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz wykazali brak podstaw wykluczenia, otrzymają nie wcześniej niż po upływie terminu przysługującego na wniesienie środków ochrony prawnej, na zasadach określonych w Dziale VI Ustawy.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż dokonując oceny wniosku Fights on Logistics Sp. z o.o. w zakresie części zamówienia nr 1 i 2 naruszył przepisy ustawy:

1. art. 51 ust. 1-1a ustawy Pzp poprzez dokonanie pozytywnej oceny wniosku wykonawcy Fights on Logistics Sp. z o.o. i zakwalifikowanie tego wykonawcy do dalszego etapu postępowania, pomimo że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Fights on Logistics Sp. z o.o. pomimo, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych;
3. art. 131j ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 1a ustawy Pzp poprzez ulokowanie wniosku wykonawcy Fights on Logistics Sp. z o.o. pośród wniosków wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia oferty pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
4. art. 22a ust. 1-2 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez błędne przyjęcie, że przedstawiając zobowiązanie spółki Metalexport-s sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

wykonawca Fights on Logistics Sp. z o.o. udowodnił Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował udostępnionym przez podmiot trzeci potencjałem (wiedzy i doświadczenia), a tym samym że łączący wykonawcę z podmiotem stosunek gwarantuje rzeczywisty dostęp do udostępnionego zasobu, co skutkowało pozytywną oceną wniosku w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

5. art. 22a ust. 3 w zw. z art. 131e ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez błędne uznanie, że udostępniony wykonawcy Fights on Logistics Sp. z o.o. potencjał wiedzy i doświadczenia pozwala na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zdolności technicznej lub zawodowej) pomimo, że wobec podmiotu Metalexport-s Sp. z o.o. zachodzą podstawy wykluczenia;
6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ustalenia wyników oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym klasyfikacji wykonawców do zaproszenia do złożenia ofert, nakazanie dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz ustalenia wyników oceny spełniania warunków udziału, w tym wykluczenia wykonawcy Fights on Logistics Sp. z o.o., a w konsekwencji nie zakwalifikowanie go do dalszego etapu postępowania, tj. zaproszenia do złożenia oferty.

Zgodnie z treścią sekcji III.2.1 pkt 1 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki wymienione w art. 22 ust. 1b ppkt 1-3 ustawy, tj. dotyczące min.: c) zdolności technicznej lub zawodowej szczegółowo określone w Sekcji III.2.3) ogłoszenia. W ramach tego warunku Zamawiający wymagał, aby wykonawca w sposób należyty wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie, minimum jedną dostawę środków bojowych o wartości nie mniejszej niż:

— dla części I - 3 000 000 PLN brutto (słownie: trzy miliony zł 00/100),

— dla części II- 5 000 000 PLN (słownie pięć milionów złotych 00A00),

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku Wykonawcy zobowiązani zostali do złożenia wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, potwierdzający wykonanie dostawy za minimum:

— dla części I - 3 000 000 PLN brutto (słownie: trzy miliony zł 00/100),

— dla części II - 5 000 000 PLN (słownie pięć milionów złotych 00/100)

W sekcji III.2.3) pkt 3 ogłoszenia Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 22a ust. 1 Ustawy Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, polegać na zdolności technicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda dokumentów, które określają w szczególności:

- a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- c) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego.

W pkt 5 Zamawiający żądał od wykonawcy, który polega na sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w Sekcji III.2.1) pkt 3 ppkt 1 do 2 (1. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 13 i 14 Ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia; 2) odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 1 Ustawy).

Przedstawiony przez Wykonawcę Fights on Logistics sp. z o.o. wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz wykonanych dostaw (str. 3) nie potwierdzał spełniania warunku udziału w postępowaniu, a Zamawiający pismem z dnia 25 stycznia 2017 r. wezwał tego Wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia m.in. nowego wykazu wykonanych dostaw.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca Fights on Logistics sp. z o.o., pismem z dnia 10 lutego 2017 r., przedłożył m.in. wykaz wykonanych dostaw wraz z tłumaczeniem certyfikatów sprawdzenia dostaw oraz oświadczenie Metalexport-s Sp. z o.o. o udostępnieniu zasobów

niezbędnych do realizacji umowy. Jednocześnie poinformował Zamawiającego, że wymagane w postępowaniu dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby niezbędne do realizacji umowy firmy Metalexport-s Sp. z o.o. (KRK i KRS) znajdują się w posiadaniu Zamawiającego (zostały złożone w postępowaniu IU/183/IX-76/ZO/POOiB/DOS/ZSS/2Q16 na dostawę bomb kierowanych GBU-38).

Odwołujący zakwestionował przedłożone zobowiązanie podmiotu Metalexport-s Sp. z o.o., z którego nie wynika sposób wykorzystania zasobów przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia publicznego. Wynika natomiast, że zasoby będą udzielane w okresie od 10.01.2017 r. do 31.12.2021 r., a więc nie w całym okresie trwania umowy (czyli do 31.10.2022 r.), co potwierdza, że podmiot ten nie będzie brał udziału w ostatnim roku wykonywania zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Wykonawca Fights on Logistics Sp. z o.o. nie wykazał, a tym samym nie udowodnił Zamawiającemu, że w sposób rzeczywisty, a tym samym umożliwiający należyte wykonanie zamówienia, z udostępnionego przez podmiot Metalexport-s sp. z o.o. potencjału będzie korzystał, czy też do udostępnionych zasobów będzie miał dostęp. Z treści przedłożonego zobowiązania powinno wynikać, w jaki sposób podmiot będzie udostępniał posiadaną wiedzę i doświadczenie. Bowiem tylko na podstawie takiej treści można dokonać oceny, czy rzeczywiście nastąpi realne udostępnienie wskazanych zasobów. Zamawiający musi znać treść łączącego podmiot trzeci i Wykonawcę FOL stosunku zobowiązaniowego, wynikających z niego praw i obowiązków, aby móc dokonać analizy, czy sposób jego ukształtowania umożliwi Wykonawcy Fights on Logistics sp. z o.o. rzeczywiste korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego.

Zgodnie z sekcją III.2.3) pkt 5 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający żądał od wykonawcy, który polega na sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w Sekcji III.2.1) pkt 3 ppkt 1 do 2, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust 5 pkt 1 Ustawy. Wykonawca Fights on Logistics sp. z o.o. uzupełniając wniosek, nie przedłożył przedmiotowych dokumentów, wskazując jedynie że dokumenty te znajdują się w posiadaniu Zamawiającego - zostały złożone w postępowaniu IU/183/IX-76/ZC>/POOiB/DOS/ZSS/2016 na dostawę bomb kierowanych GBU- 38. W przedmiotowym postępowaniu znajduje się KRK i KRS podmiotu Metalexport-s sp. z o.o., niemniej jednak KRS datowany jest na dzień 15

stycznia 2017 r., a więc potwierdza on brak podstaw do wykluczenia tego podmiotu po terminie składania wniosków w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie. Termin składania wniosków upłynął w dniu 10 stycznia 2017 r. Zgodnie z treścią art. 131e ust. 2 ustawy Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w ust. 1. Powyższe wymaganie zostało powtórzone przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 25 stycznia 2017 r. do uzupełnienia przez wykonawcę Flights on Logistics sp. z o.o. dokumentów. Dokument KRS podmiotu Metalexport-s sp. z o.o. potwierdzał stan istniejący w dniu jego wystawienia. Nie było zatem możliwe ustalenie na jego podstawie, jaki stan istniał w dniu upływu terminu do składania wniosków, to jest w dniu 10 stycznia 2017 r.

W świetle tych okoliczności, Zamawiający miał obowiązek wykluczyć wykonawcę Flights on Logistics sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, wobec niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Ponieważ był on raz już wzywany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie jest możliwe ponowne wezwanie w omawianym zakresie.

Niezależnie od powyższego, zauważyć należy, że nawet gdyby Flights on Logistics sp. z o.o. wykazał swą legitymację do powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, to i tak wskazane przez niego dokumenty poświadczające wykonanie dostaw nie odpowiadały swym wymaganiom określonym w sekcji III.2.3) pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu. Na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego kwalifikacji technicznych lub zawodowych wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz dostaw oraz załączyć dowody potwierdzające, że zostały one wykonane należycie. Dowodami są: referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawa była wykonana, a jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów, - oświadczenie wykonawcy. Tymczasem Wykonawca Flights on Logistics sp. z o.o. uzupełniając dokumenty wraz z wykazem dostaw nie przedłożył referencji, a jedynie złożył oświadczenie Metalexport-s sp. z o.o., z którego wynika iż wszystkie przedstawione dostawy zostały zrealizowane należycie, wskazując przy tym powody niemożności uzyskania dowodów oraz potwierdzenie wykonania dostaw.

Zgodnie z treścią § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia o dokumentach dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie

jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. W ocenie Odwołującego Wykonawca Fights on Logistics sp. z o.o. nie wykazał, że wystąpiły obiektywne przeszkody uniemożliwiające uzyskanie przez wykonawcę poświadczenia.

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Odwołującego Wykonawca Cenrex Sp. z o.o., a po stronie Zamawiającego Wykonawca Fights on Logistics Sp. z o.o.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 27 marca 2017 r. Przystępujący po stronie Zamawiającego (FOL) wniósł sprzeciw ustnie do protokołu posiedzenia, a dodatkowo w stanowisku pisemnym złożonym jednocześnie z oświadczeniem.

Na podstawie art. 186 ust. 4 Ustawy Izba rozpoznała odwołanie w pełnym zakresie.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Należy wskazać, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia jako podmiot, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji kwestionowanych czynności i zaniechań Zamawiającego, może stanąć przed sytuacją, w której ofertę najkorzystniejszą złoży wykonawca nie spełniający warunków udziału w postępowaniu, co na późniejszym etapie postępowania nie będzie mogło być skutecznie podważone, w sytuacji gdy okoliczności faktyczne wskazujące na podstawę do wykluczenia z postępowania są znane wcześniej.

Na podstawie treści ogłoszenia o zamówieniu, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawcę Fights on Logistics Sp. z o.o. (FOL), dokumentów uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy oraz stanowisk prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiotowe postępowanie dotyczy zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa i prowadzone jest według zasad określonych w rozdziale 4a Ustawy.

Zamawiający w ogłoszeniu sekcja III.2 *Warunki udziału* określił wymagania, jakie muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o zamówienie, aby być zaproszonym do złożenia oferty w przetargu ograniczonym. Odnośnie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał, aby *Wykonawca w sposób należyty wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie, minimum jedną dostawę środków bojowych o wartości nie mniejszej niż:*

— dla części I - 3 000 000 PLN brutto (słownie: trzy miliony zł 00/100),

— dla części II- 5 000 000 PLN (słownie pięć milionów złotych 00A00),

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku Wykonawcy zobowiązani zostali do złożenia *Wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie potwierdzający wykonanie dostawy za minimum:*

— dla części I - 3 000 000 PLN brutto (słownie: trzy miliony zł 00/100),

— dla części II - 5 000 000 PLN (słownie pięć milionów złotych 00/100)

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 22a ust. 1 Ustawy *Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, polegać na zdolności technicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W celu oceny, czy Wykonawca polegając na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda dokumentów, które określają w szczególności:*

d) *zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;*

e) *sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;*

f) *zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego.*

Zamawiający żądał od Wykonawcy, który polega na sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w Sekcji III.2.1) pkt 3 ppkt 1 do 2 (1. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 13 i 14 Ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczeniu do

udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia; 2) odpisu z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 1 Ustawy).

Zamawiający miał ocenić, czy *udostępnione Wykonawcy przez inne podmioty zasoby pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia wskazane przez Zamawiającego w Sekcji III.2.1.*

Wykonawca FOL we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 10 stycznia 2017 r. złożył oświadczenie własne, w którym potwierdził iż spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące między innymi zdolności technicznej, spełnia kryteria selekcji określone przez Zamawiającego, polega na zasobach innych podmiotów: RWM Italia SpA i nie podlega wykluczeniu z postępowania (załącznik nr 2). Załączył wykaz wykonanych dostaw, w którym oświadczył, że wykonał dostawy opisane w ośmiu pozycjach wykazu w latach 2011-2014. W wykazie podani zostali odbiorcy, na rzecz których dostawy były realizowane. Nie podano natomiast wartości dostaw, której „nie można ujawnić”. Wykonawca nie załączył dowodów – dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw z wyjaśnieniem, iż *Dostawca nie jest obecnie w stanie załączyć referencji potwierdzających wykonanie ww. dostaw ze względu na zapisy umów uniemożliwiające ujawnianie ich szczegółów stronom trzecim. Niniejszym deklarujemy terminowe i poprawne wykonanie wszystkich ww. dostaw. Jednocześnie informujemy, że wartość każdej z wymienionych dostaw przekracza 5 000 000 PLN.*

Zamawiający pismem z dnia 25 stycznia 2017 r. wezwał FOL na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy do złożenia m.in. wykazu wykonanych dostaw w zakresie wymaganym przez Zamawiającego wraz z dowodami. Zamawiający wskazał w pkt 3 wezwania, iż *Przedstawiony wykaz wykonanych dostaw nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W złożonym wykazie wykonanych dostaw nie wykazano wartości dostaw oraz nie załączono dowodów potwierdzających czy dostawy te zostały wykonane należycie.*

W odpowiedzi na to wezwanie, FOL w dniu 13 lutego 2017 r. złożył komplet dokumentów, w tym oświadczenie Metalexport – S Sp. z o.o. o udostępnieniu zasobów niezbędnych do realizacji umowy oraz wykaz wykonanych przez ten podmiot dostaw wraz z tłumaczeniem na język polski certyfikatów sprawdzenia dostaw. Jednocześnie poinformował, iż wymagane w postępowaniu dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby niezbędne do realizacji umowy (KRK, KRS) znajdują się w posiadaniu Zamawiającego (zostały złożone w równoległym prowadzonym postępowaniu nr IU/183/IX-76/ZO/POOiB/DOS/ZSS/2016 na

dostawę bomb kierowanych GBU-38). W oświadczeniu o udostępnieniu zasobów podmiot trzeci potwierdził, iż posiada wszelkie zasoby, tj. wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji Umowy oraz zobowiązał się udostępnić FOL zasoby *do jego dyspozycji o ile będzie to konieczne podczas realizacji Umowy. Zakres zasobów, które będą udostępnione Wykonawcy obejmuje wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonanych dostaw zgodnie z wykazem w załączeniu. Zasoby będą udostępnione Wykonawcy na mocy umowy o współpracy pomiędzy Metalexport-S Sp. z o.o. i Fights On Logistics Sp. z o.o. zasoby będą udzielane od 10.01.2017 roku do 31.12.2021 roku zgodnie z Umową i zamówieniem Wykonawcy. Mając powyższe na uwadze, niniejszym udostępniamy wyżej wymienione zasoby Wykonawcy w celu realizacji przez Wykonawcę Umowy.* Podmiot trzeci oświadczył, jako wykonawca, że *wszystkie dostawy przedstawione w załączonym wykazie (od poz. 1 do poz. 30) zostały zrealizowane należycie. Siły Zbrojne Iraku są aktualnie zaangażowane w działania zbrojne i wystawiają bardzo ograniczone do danych ilościowych i jakościowych dokumenty, aby nie narazić na niebezpieczeństwo zarówno osoby wystawiające takie dokumenty oraz dostawców. Jako dowody przekazujemy potwierdzenia wykonania dostaw podpisane przez przedstawicieli Ministerstwa Obrony Iraku (30 kart – nie obejmują pozycji od 1 do 3 z ww. wykazu, gdyż dokumenty te są nadal w procedurze MON Iraku). Informacje potwierdzające ww. dostawy mogą być pozyskane w trybie roboczym od przedstawicieli Sił Zbrojnych Iraku pod nr tel.: (...). Załączony wykaz obejmuje 30 pozycji asortymentowych (amunicji) dostarczonych w latach 2014-2017 do Sił Zbrojnych Iraku. Przedłożony Certyfikaty sprawdzenia dostawy, w których Ministerstwo Obrony Republiki Iraku potwierdza przyjęcie wymienionego asortymentu od dostawcy Metalexport-S Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.*

Do akt sprawy Zamawiający załączył kopię odpisu KRS spółki Metalexport – S Sp. z o.o. ze stanem na dzień 15.01.2017 r., przedłożony w równoległe prowadzonym postępowaniu.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba rozpoznając odwołanie w związku ze sprzeciwem Przystępującego po stronie Zamawiającego uznała, iż dokumenty uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy potwierdzały, że podmiot udostępniający potencjał spełnia warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (wymagane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego i zostały należycie wykonane), jednak Wykonawca nie wykazał, aby miał realny dostęp do potencjału tego podmiotu w trakcie realizacji umowy. Oznacza to zatem, iż pomimo wykazania potencjału spełniającego wymagania do ubiegania się o zamówienie, nie może być on zaliczony na poczet oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Brak bowiem wykazania, iż potencjał podmiotu trzeciego będzie rzeczywiście wpływał na realizację

zamówienia przez podmiot, który samodzielnie nie posiada koniecznego do wykonania zamówienia zaplecza (tu doświadczenia) oznacza, iż nie może być on uwzględniony na poczet oceny doświadczenia Wykonawcy. Możliwość skorzystania z potencjału innego podmiotu nie oznacza jedynie formalnego powołania się na zasoby, ale taki sposób ich wykorzystania, który faktycznie powoduje realne ich zaangażowanie przy realizacji zamówienia. W taki właśnie celu Zamawiający wprowadził zapisy dotyczące rzeczywistego wykazania dostępu do zasobów podmiotów trzecich. Przeciwnieństwem jest zatem samo powołanie się na zasoby jedynie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bez faktycznego założenia i wykazania ich wykorzystania na etapie realizacji zamówienia. Taka sytuacja prowadzić powinna do negatywnej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Podstawą oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu były dokumenty przedłożone Zamawiającemu po wezwaniu na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy, w tym negatywnie ocenione zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. Zamawiający wzywając Wykonawcę FOL do uzupełnienia dokumentów wskazał na braki, jakie stwierdził w wykazie wykonanych dostaw, a Wykonawca w uzupełnieniu powołał się na doświadczenie innego podmiotu, niż wskazany we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, przedstawiając nowy wykaz, dokumenty dotyczące dostaw oraz zobowiązanie do udostępnienia zasobów. W ocenie Izby w sytuacji, w której Wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów decyduje się zastąpić doświadczenie wcześniej prezentowane we wniosku i ocenione przez Zamawiającego, jako niepotwierdzające spełnienia warunku udziału w postępowaniu (brak informacji o wartości dostaw oraz dowodu potwierdzającego należyte wykonanie), zobowiązany jest wykazać uzupełnianymi dokumentami, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu. Ustawa nie nakłada na Zamawiającego przy zamówieniach z zakresu obronności i bezpieczeństwa wstępnej i ostatecznej weryfikacji spełnienia warunku (brak stosowania JEDZ), co oznacza, iż zasady oceny spełnienia warunku po zmianie Ustawy w zakresie tych zamówień nie zostały zmodyfikowane. Powoduje to zatem ten skutek, że Zamawiający nie ma obowiązku stale monitorować stanu faktycznego, a po stronie wykonawcy spoczywa odpowiedzialność za stan prezentowany w dokumentach składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów wskazując na wady stwierdzone w złożonych wraz z wnioskiem, a Wykonawca przedłożył nowe dokumenty, jednak zobowiązanie do udostępnienia zasobów nowego podmiotu nie pozwalało ustalić w jaki sposób Wykonawca miałby z niego skorzystać. Co istotne, Wykonawca nie legitymował się własnym doświadczeniem w całości bazując na potencjale innego podmiotu. Zobowiązanie pozostaje nieczytelnym, chociażby w zakresie ustalenia formy skorzystania z doświadczenia

wymaganego do realizacji zamówienia, a ponadto sama deklaracja o gotowości udostępnienia potencjału została złożona z zastrzeżeniem wystąpienia takiej potrzeby. Wadliwość tego zobowiązania zdawał się również potwierdzać sam Przystępujący, który ciężar argumentacji skupiał na wykazaniu potrzeby wezwania go do uzupełnienia dokumentu. W ocenie Izby, takie żądanie nie znajdowało uzasadnienia, gdyż Zamawiający już wzywał Wykonawcę do przedstawienia dokumentów i nie ma obowiązku wzywania Wykonawcy do skutku, dokonując każdorazowej weryfikacji nowych dokumentów pod kątem spełnienia warunku. To wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu i ponosi odpowiedzialność za swoje decyzje, jako profesjonalny podmiot.

Odnosząc się do dalszych podstaw zarzutów Izba uznała, iż możliwe było wykazanie należytej realizacji wykonanych dostaw przez wskazanie na inny dokument, niż referencje, a złożone oświadczenia własne podmiotu trzeciego wraz z certyfikatami pozwalało przyjąć, iż dostawy były należycie wykonane. Wykonawca powołał się bowiem na obiektywne okoliczności związane z sytuacją w Iraku i skorzystał z możliwości samodzielnego potwierdzenia należytej realizacji dostaw, a także wskazał kontakt wojskowy z osobą mogącą potwierdzić fakt realizacji dostaw. Również przedstawione certyfikaty dostaw dają podstawę do oceny jako przekonujących oświadczeń podmiotu. Kwestia KRS jest również wtórna wobec zasadniczej podstawy zarzutu błędnej weryfikacji zobowiązania do udostępnienia zasobów. Nie można jednak wykluczyć, iż dokument wystawiony po upływie terminu na złożenie wniosku potwierdza stan istniejący na ten moment. O takiej sytuacji może świadczyć informacja o zmianach, jakie uwzględnia odpis z KRS, a te miały miejsce przed upływem terminu na złożenie wniosku.

Powyższe nie wpływało jednak na rozstrzygnięcie Izby, gdyż zasadnicza podstawa zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania Wykonawcy FOL dotycząca braku wykazania realnego dostępu do zasobów podmiotu trzeciego miała uzasadnienie w okolicznościach ustalonych w oparciu o przedstawione Zamawiającemu zobowiązanie.

W świetle powyższego odwołanie podlegało uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 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 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis uiszczony przez Odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Przystępującego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów w odwołaniu.

Przewodniczący: