

**WYROK**

**z dnia 6 listopada 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Joanna Borowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 4 i 6 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego IUVI spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz QUMAK S.A. Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Apelacyjny w Krakowie, w imieniu którego czynności wykonuje Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie, przy udziale wykonawców:

1. Galaxy Systemy Informatyczne spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze,
2. Sutar spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddała odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego IUVI spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz QUMAK S.A. Warszawie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego IUVI spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz QUMAK S.A. Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [piętnastu tysięcy złotych] uiszczoną przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego IUVI spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz QUMAK S.A. Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.] na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Skład orzekający:**

## Uzasadnienie

I. Zamawiający – Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie, prowadzi postępowanie którego przedmiotem jest „Dostawa drukarek, urządzeń wielofunkcyjnych oraz faksów na rzecz sądów powszechnych” z podziałem na jedenaście części. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. W dniu 23 października 2015 r., Odwołujący złożył odwołanie, wobec dokonanego przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania – w odniesieniu do części 1, 2 i 8, oraz odrzucenia oferty Odwołującego w ww. częściach. Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 24 ust. 4 ustawy poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż spółka nie spełnia warunku uczestnictwa w postępowaniu ze względu na brak rzekomy brak potwierdzenia należytego wykonania dostaw [brak jednoznacznej informacji z tym związanej, a wynikającej z referencji] i przez to wykluczenie wykonawcy i odrzucenie oferty,

2. art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie ponownego wezwania wykonawcy do przedłożenia stosownych dokumentów,

3. art. 26 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących kwestionowanej przez Zamawiającego referencji,

4. art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy,

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia rozstrzygnięcia w zakresie wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 [drukarka typu 1], części 2 [drukarka typu 2], części 8 [urządzenie wielofunkcyjne typ 1], dokonania ponownej oceny ofert i wyboru, jako najkorzystniejszej w części 8 oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł – w zakresie przesłanek materialnoprawnych – że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta złożona przez Odwołującego zostałaby wybrana, jako oferta najkorzystniejsza w części 8 zamówienia. Zamawiający poprzez wykluczenie Odwołującego, naruszył interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Tym samym, Odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Nie ulega wątpliwości, że w ten sposób Odwołujący może ponieść szkodę.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający, jako podstawę wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w zakresie części 1, 2 i 8 podał art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z rzekomym brakiem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu swojej czynności Zamawiający wskazał, że w referencjach uzupełnionych na skutek wezwania z dnia 30 września 2015 r. brak jest potwierdzenia należytego wykonania usługi dla wykazanej dostawy.

Odwołujący wskazał, że na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w § 1 ust. 1 pkt 3 Zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Odwołujący powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołów Arbitrów:

*– Nie są zdefiniowane w treści rozporządzenia wymagania w zakresie obowiązku zamieszczenia w referencji szczegółowej informacji o przedmiocie wykonanej umowy. Zamawiający nie może żądać od wykonawcy aby z dokumentów sporządzonych przez osoby trzecie wynikało coś więcej poza wymaganiami określonymi w rozporządzeniu, informacje takie mogą wynikać jedynie z oświadczenia wykonawcy [por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11 kwietnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0–640/05, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 9 lutego 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0–346/06].*

– *Z treści załączonych do "Wykazu usług" dokumentów nie musi wynikać potwierdzenie wszystkich warunków postawionych przez Zamawiającego [por. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 maja 2007 r., Sygn. akt UZP/ZO/0–554/07].*

– *Referencja załączona przez Odwołującego do "Wykazu usług" nie musi wskazywać dokładnego zakresu, dat, wartości zamówienia ale musi potwierdzać, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie [por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 58/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 27/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 281/08.].*

Odwołujący podał, że wykluczenie Odwołującego z postępowania – pismo z dnia 13 października 2013 r. roku – nastąpiło na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, ponieważ Zamawiający dokonał badania dokumentów uzupełnionych przez Odwołującego [na wezwanie Zamawiającego] i uznał, że: *„Przedmiotowy dokument potwierdza zaistnienie dostaw sprzętu drukującego na rzecz wystawcy referencji, nie potwierdza natomiast należytyści wykonania tych dostaw. Dokument ten, w swej treści potwierdza bowiem jedynie świadczenie w sposób należyty usługi serwisowej. Uzupełniony dokument nie potwierdza natomiast, że wykazane dostawy zostały zrealizowane w sposób należyty”*. W tej mierze Odwołujący powołał się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.07.2013 r, sygn. akt KIO 1687/13, gdzie stwierdzone zostało: *„Przedłożone dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku udziału – wykaz, poświadczenie należytego wykonania zamówienia, a także zobowiązanie podmiotu trzeciego – należy odczytywać łącznie. Nie można wymagać od wykonawcy, aby przedkładał w postępowaniu poświadczenia [referencje] pochodzące od podmiotów trzecich o określonej treści, w sytuacji gdy obowiązujące przepisy prawa wymagają w tym zakresie jedynie potwierdzenia prawidłowości wykonania przez wykonawcę określonego zadania.”*

Odwołujący wskazał następnie, że Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 26.04.2011 r. sygn. akt KIO 744/11 wskazywała, że:

*1. Legitymacja spełnienia warunku wynika z oświadczenia złożonego przez wykonawcę w "Wykazie usług" oraz referencjach złożonych wraz z tym wykazem. Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest do badania dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia opisanego warunku wiedzy i doświadczenia łącznie, tzn. badanie informacji zawartych w "Wykazie usług" wraz z informacjami zawartymi w referencjach bądź innych dokumentach załączonych przez wykonawcę. Nieuprawnionym po stronie Zamawiającego jest dokonywanie oceny tychże*

dokumentów rozłącznie. Tym bardziej, iż treść referencji nie została określona a jej zakres zależy każdorazowo od podmiotu, który te referencje, bądź inny dokument wystawia.

2. Referencje nie służą potwierdzaniu warunków udziału w postępowaniu, bowiem te potwierdza sam wykonawca w składanym oświadczeniu [wykazie], zaś referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie, że usługi zostały zrealizowane. Podkreślić w tym miejscu również należy, że referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można więc wymagać i egzekwować od Wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie, konkretnego i zindywidualizowanego, na potrzeby danego postępowania, warunku udziału a także aby wynikała z nich wskazany przez uczestnika postępowania odwoławczego katalog informacji.

3. Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania a jego działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

4. Zasada równego traktowania wykonawców, [...] oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców.”

Podkreślić również należy, że Zamawiający dokonuje wezwania do uzupełnienia po weryfikacji przedstawionych dokumentów. Wykonawcy składają dokumenty, które ich zdaniem potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dokonanie przez Zamawiającego innej oceny przedmiotowych dokumentów rodzi obowiązek wezwania do uzupełnienia tylko tych, co Zamawiający zobowiązany jest wskazać. Obowiązek dotyczy również wskazania zakresu tego dokumentu. Należy wskazać, jakie cechy tego dokumentu decydują o fakcie uznania go za niezłożony lub błędny [w przypadku złożenia dokumentu]. Nie będziemy mieli do czynienia z wielokrotnym wezwaniem, gdy wezwanie będzie dotyczyć potwierdzenia tego samego warunku, jednakże w innym zakresie [aspekcie]. Ocena uzupełnionych dokumentów musi następować w korelacji z treścią wezwania do ich uzupełnienia. I tylko w takim świetle można oceniać zarówno prawidłowość dokonanego uzupełnienia, jak i uprawnienie do ewentualnych, kolejnych wezwań, [wyrok KIO z dnia 27.08.2008 r. sygn. akt KIO 833/08].

Tym samym Zamawiający skoro kwestionuje treść przedstawionego dokumentu na podstawie art. 25 ust. 3 winien ponownie wezwać do jego uzupełnienia wskazując ten element, który budzi jego wątpliwości.

Odwołujący końcowo podkreślił, że Zamawiający w opisanym stanie faktycznym powinien z ostrożności wezwać Odwołującego do wyjaśnienia treści referencji lub też zwrócić się z zapytaniem do wystawcy referencji o zakres świadczonych dostaw i usług, a także sposób ich wykonania. Wykluczając bowiem wykonawcę z postępowania i odrzucając jego ofertę Zamawiający winien jednoznacznie i bez żadnych wątpliwości ustalić zaistnienie przesłanek określonych w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy mając na uwadze, że wykonawca pozostaje bez wpływu na treść referencji, którą otrzymuje od jej wystawcy.

**III.** Zamawiający wnosil na rozprawie o oddalenie odwołania.

**VI.** Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy Galaxy Systemy Informatyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze, oraz Suntar spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

Nie dopuszczono do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Komputronik Biznes sp. z o.o. w Poznaniu, z uwagi na niedochowanie warunków przystąpienia wymaganych treścią art. 185 ust. 2 ustawy.

W myśl znajdującego zastosowanie dla oceny skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego przepisu art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W analizowanej sprawie pismo wykonawcy wyrażające wolę przystąpienia do postępowania odwoławczego złożone zostało wyłącznie w formie faksu. Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw nie wiąże żadnych skutków z wysłaniem przystąpienia do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu. Po wspomnianej nowelizacji, dla zachowania formy oraz terminu na zgłoszenie przystąpienia konieczne jest faktyczne doręczenie zgłoszenia przystąpienia Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym, trzydniowym terminie. W przepisach Prawa zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 roku, dla skutecznego wniesienia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego konieczne jest jego doręczenie w ustawowym terminie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przy czym to doręczenie winno nastąpić w formie wskazanej w powołanym przepisie, to jest w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Złożenie przystąpienia wyłącznie w formie faksu oznacza zatem niezachowanie wymaganej przepisami formy, w konsekwencji prowadzi także do wniosku, że przystąpienie nie zostało złożone skutecznie

Ponadto, wykonawca w złożonym piśmie nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego w odpowiedniej części, której dotyczy odwołanie, mimo takiego obowiązku, płynącego z treści art. 185 ust. 2 ustawy.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

### **I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o czym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak tylko w odniesieniu do części 8 zamówienia. W razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia w tej części. W odniesieniu do pozostałych dwóch części [części 1 i 2] Odwołujący kwestionując swoje wykluczenie z postępowania nie podniósł jakichkolwiek zastrzeżeń co do ofert poprzedzających jego własną ofertę, co skutkuje uznaniem, że w tej mierze nie została wykazana możliwość poniesienia szkody w wyniku stawianych naruszeń prawa. Mając na względzie okoliczność, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej zmierzającym do umożliwienia wykonawcy korzystającemu z niego uzyskanie zamówienia publicznego, nie zaś stanowiącym li tylko przejaw jego niezadowolenia wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz poszczególnych czynności nań się składających, należało zauważyć, że w sytuacji Odwołującego wiązać musiało się to z obowiązkiem nie tylko zakwestionowania własnego wykluczenia z postępowania, ale także oceny ofert poprzedzających jego ofertę, aby Odwołujący zachował szansę na uzyskanie



zamówienia, a tym samym wykazał posiadanie przesłanek materialnoprawnych, w tym przede wszystkim mógł ponieść szkodę w wyniku podnoszonych naruszeń przepisów, o których mowa w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oznacza to, że dla stwierdzenia przesłanek materialnoprawnych w zakresie części 1 i 2, wykonawca musiał podnieść skuteczne zarzuty względem wszystkich wyżej sklasyfikowanych ofert złożonych w tych częściach [analogiczny pogląd wyrażono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 26 maja 2014 r. w spr. KIO 883/14, 900/14, 904/14 i 905/14]. Postawione w związku z tym żądanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia rozstrzygnięcia w zakresie wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 [drukarka typu 1], części 2 [drukarka typu 2], części 8 [urządzenie wielofunkcyjne typ 1] było więc dopuszczalne jedynie w odniesieniu do części 8 zamówienia.

## **II. ROZSTRZYGNIECIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA**

Odwołanie podlega oddaleniu.

**[1]** Trafną i uzasadnioną jest dokonana przez Zamawiającego ocena, zgodnie z którą Odwołujący nie sprostował wykazaniu spełnienia postawionego w postępowaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Bezspornym jest, że warunek ten dotyczył doświadczenia w wykonywaniu dostaw, zaś w złożonej przez Odwołującego ofercie – zamieszczonym w niej wykazie dostaw – wskazano dwa zadania, z których dla zadania ujętego w pozycji 2 nie załączono dokumentu potwierdzającego należyte jego wykonanie. Wobec powyższego, Zamawiającego wystosował wezwanie do uzupełnienia tego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zawierające wyraźne wytyczne co do zakresu uzupełnienia i dostrzeżonych przez Zamawiającego niedoskonałości dokumentów. Wezwanie wskazywało bowiem w pkt 1:

*„W związku z Rozdziałem IV pkt 3 ppkt 1.2) SIWZ w związku z Rozdziałem IV pkt 2 ppkt 2 SIWZ Wykonawca, wykazując spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zobowiązany był przedstawić wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane*

*lub są wykonywane należycie według wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ. Dowodami, o których mowa są:*

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

*b. oświadczenie Wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w lit. a.*

*Wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa Wykaz dostaw oraz referencję.*

*W zakresie dostawy nr 1:*

*- Wykonawca nie wskazał dat wykonania dostawy*

*W zakresie dostawy nr 2:*

*- Wykonawca nie wskazał dat wykonania dostawy*

*- Wykonawca nie przedstawił dowodów potwierdzających należytość wykonania dostawy.*

*W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia Wykazu dostaw oraz referencji dla pozycji nr 2 Wykazu.”*

W odpowiedzi Odwołujący przedstawił dokument tytułowany „List referencyjny” [objęty zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa], w którym wskazano, że wykonawca wykonał określony projekt, obejmujący między innymi dostawę, a także że wykonał należycie usługi serwisowe.

W oparciu o powyższą treść dokumentu mającego potwierdzać należyte wykonanie zadania referencyjnego Zamawiający uznał, że wykonawca wykazał jedynie [potwierdzone jako należyte] doświadczenie w wykonywaniu usług serwisowych a nie w dostawie, a to z uwagi na to, że jeśli chodzi o dostawę potwierdzony został jedynie fakt jej wykonania, nie zaś należytego wykonania.

**[2]** Nie podzielono argumentacji, zgodnie z którą Odwołujący na podstawie uzupełnionego listu referencyjnego wykazał spełnienie postawionego warunku udziału w postępowaniu, w części obejmującej potwierdzenie należytego wykonania dostawy w wymaganym zakresie.

Wbrew prezentowanemu na rozprawie stanowisku Odwołującego, zmierzającemu do wykazania, że tego rodzaju argumentacja mieści się w postawionym zarzucie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 24 ust. 4 ustawy poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż spółka nie spełnia warunku uczestnictwa w postępowaniu ze względu na rzekomy brak potwierdzenia należytego wykonania dostaw [brak jednoznacznej informacji z tym związanej, a wynikającej z referencji] i przez to wykluczenie wykonawcy i odrzucenie oferty, uznano, że Odwołujący w odwołaniu nie stawia

tezy mającej na celu wykazanie, że złożony list referencyjny potwierdza należyte wykonanie nie tylko serwisu ale także dostawy, zmierzając jedynie do rewizji podjętej przez Zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania, polegającej na wezwaniu do uzupełnienia dokumentu lub jego wyjaśnienia. Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza, w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych związana jest zarzutami postawionymi w odwołaniu. Natomiast zarzut to nie tylko przywołanie podstawy prawnej, w której mieści się kwestionowana czynność, ale także okoliczności faktyczne i całość argumentacji wskazującej na kierunek formułowanych przez zamawiającego zastrzeżeń.

Niezależnie od tego, także teza, jakoby z treści listu referencyjnego miało wynikać, że Odwołujący wykonał należycie nie tylko serwis ale także i dostawę, także nie okazała się trafną.

Podzielając stanowisko, zgodnie z którym dokumenty składane w postępowaniu należy czytać w całości, nie dopatrzono się w brzmieniu uzupełnionego listu referencyjnego takiej jego treści, która by pozwalała na wniosek, że wystawca tego listu potwierdził należyte wykonanie dostawy a nie tylko serwisu. Przywoływany przez Odwołującego fakt, że wystawca tego listu podał w jego treści, że wykonana była w ramach podanego projektu między innymi dostawa urządzeń, nie oznacza jeszcze potwierdzenia należytego wykonania tej dostawy. Ta część listu, na którą powołuje się Odwołujący ma bowiem znaczenie wyraźnie sprawozdawcze, określające projekt, jego charakter i zakres, co ma walor raczej identyfikacji zadania, w ramach którego autor listu potwierdza określoną ocenę aktywności kontraktowej wykonawcy. Nie sposób jednak w tej części dopatrzeć się elementów wartościujących, wskazujących na pozytywną ocenę, zadowalające wykonanie dostawy urządzeń. Brak jest także podstaw do uznania, że wyrazem potwierdzenia należytego wykonania zarówno dostawy jak i serwisu jest oznaczenie dokumentu jako „List referencyjny”. Samo skategoryzowanie w ten sposób dokumentu nie oznacza jeszcze, że jego wystawca potwierdził jako należyte wykonanie wszystkich zadań i elementów objętych zakresem projektu, jeśli wniosek taki nie wynika z treści dokumentu. Przeciwnie w analizowanym liście wyraźnie zaakcentowano jedynie tyle, że wystawca potwierdził należyte wykonanie usług serwisu. Jeśli więc wystawca dokumentu potwierdza w nim określony zakres, wyraźnie to potwierdzenie odnosząc jedynie do usług serwisu, to nie sposób wbrew tak dokonanemu zastrzeżeniu dopatrywać się w brzmieniu dokumentu referencyjnego treści w nim niewyartykułowanych, takich jak potwierdzenie należytego wykonania dostawy. Jeśli bowiem wystawca tego dokumentu potwierdził jedynie należyte wykonanie usług serwisu, to nie sposób tego potwierdzenia rozszerzać na inne elementy. Tego rodzaju działanie stanowiłoby

wyraz dedukcji, domniemań i życzliwej choć nieuzasadnionej treścią dokumentu interpretacji aktów podmiotu zewnętrznego od wykonawcy [wystawcy listu referencyjnego] na podstawie treści, które nie zostały w nim ujęte. Przeciwnie, na gruncie takiej treści dokumentu z jakim mamy do czynienia, zasadny jest raczej wniosek, że wystawca potwierdził w nim tyle, ile wyraźnie podał, to jest, że potwierdził należyte wykonanie usług serwisu, zaś jeśli określony zakres przemilczał – to uczynił to intencjonalnie. Interpretacja polegająca na dopełnieniu oświadczenia odbiorcy zadania o treści nie ujęte w liście referencyjnym i doszukiwanie się ich w niewyartykułowanych okolicznościach postępowania, takich jak argument, że skoro potwierdzono należyte wykonanie serwisu drukarek, to oczywiste musi być, że także poprzedzającą ten serwis akcesoryjną dostawę wykonano należycie, nie tylko jest interpretacją wbrew brzmieniu podlegającego analizie listu referencyjnego, ale także interpretacją co najmniej kreatywną i nieuwzględniającą faktu, że dostawa sprzętu jest odrębną kwestią od jego serwisu. Dostawa mogła przecież wykazywać określone niedociągnięcia kontraktowe, które odbiorca zadania poddał negatywnej kwalifikacji, mimo że dalsza usługa serwisowa przedmiotu tej dostawy już zasługiwała na uznanie.

Stąd nieuprawniony był wniosek, że na podstawie uzupełnionego przez Odwołującego listu potwierdzone zostało nie tylko należyte wykonanie serwisu, ale także dostawy urządzeń.

**[3]** Biorąc pod uwagę rozpatrywaną czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, przypomnienia wymaga, że ciężar wykazania faktu, że wykonawca spełnia postawiony w postępowaniu warunek udziału w postępowaniu spoczywa na zainteresowanym wykonawcy. Podkreślenia w tym miejscu wymaga zasada ogólna, wyrażona w ustawie, że to rzeczą wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu postawionych przez Zamawiającego. Zamawiający nie jest obowiązany ani nawet uprawniony, w innym aniżeli wyznaczony treścią art. 26 ust. 3 ustawy zakresie, do wydobywania od wykonawcy oświadczeń czy dokumentów, jeśli ten nie wykazuje w tym zakresie inicjatywy i starania. Zasadą jest bowiem, że wykonawca składa poprawną, kompletną, opatrzoną wszystkimi wymaganymi w danym postępowaniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu dokumentami ofertę, w ustalonym i nieprzywracanym terminie do składania ofert.

Przepis art. 26 ust. 2a ustawy stanowi wyraźnie, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym, jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 oraz art. 50 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do

udziału w przetargu ograniczonym wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, również te dokumenty. Oznacza to zatem, że wszyscy wykonawcy na jednakowych zasadach zobowiązani są wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, lub – w przypadku przetargu ograniczonego – na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Złożone przez wykonawców oświadczenia i dokumenty na ten właśnie dzień powinny umożliwić zamawiającemu weryfikację podmiotów ubiegających się o uzyskanie zamówienia.

To zatem na wykonawcy spoczywa aktywność w zakresie przedstawienia zamawiającemu swojej sytuacji w taki sposób, że ten będzie mógł uznać, że spełnione zostały warunki udziału w postępowaniu.

**[4]** Obowiązkiem zamawiającego, w razie niezłożenia wraz z ofertą dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest wezwanie do uzupełnienia dokumentu. Ustawodawca przewidział bowiem odstępstwo od zasady przedkładania kompletnych i prawidłowych wniosków na dzień składania wniosków i umożliwił wykazanie spełniania warunków w drodze instytucji uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 ustawy sprowadza się bowiem do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre oferty i oferują korzystny bilans ceny i innych kryteriów, ale w wyniku niedopatrzenia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków lub ofert, ale na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Instytucja ta ma charakter wyjątkowy, stanowiący odstępstwo od zasady, że składana w ustalonym terminie składania oferta jest poprawna pod względem formalnym i opatrzona wszystkimi wymaganymi dokumentami [kompletna].

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu temu obowiązkowi uczynił zadość, kierując w dniu 30 września 2015 r. wezwanie do Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wezwanie to jest jednoznaczne w swej treści, opatrzone właściwą podstawą prawną, wskazuje też wyraźnie dostrzeżone niedoskonałości i zakres postulowanego uzupełnienia.

**[5]** Dorobkiem doktryny i orzecznictwa jest stwierdzenie, że wezwanie do uzupełnienia danego dokumentu w postępowaniu o zamówienie publiczne nie powinno mieć postaci wydobywania od wykonawcy dokumentów i oświadczeń przy jego pasywnej i bezczynnej postawie. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywiania przez

zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument testowania zamawiającego, co do tego jakie dokumenty zamawiający uzna za spełniające warunek. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle. Wykonawca który skorzystał z możliwości naprawienia błędów w złożonej ofercie, będąc wezwanym do uzupełnienia dokumentu i uzupełnił niewłaściwy dokument, nie może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W razie przyjęcia odmiennego stanowiska, że zamawiający jest obowiązany po raz kolejny wezwać wykonawcę, który na wcześniejsze wezwanie nie uzupełnił dokumentu, albo wziąć pod uwagę dokument złożony przez wykonawcę po terminie, zamawiający musiałby, przy pasywnej postawie wykonawcy, stać się jego rzecznikiem. Nie sposób przy tym ustalić granic takiej praktyki wzywania przy każdorazowym uzupełnieniu dokumentów nie potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w ramach której zamawiający miałby być obowiązany wzywać wykonawcę aż do skutku w postaci wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z tego względu nie sposób było również uznać, że wykonawca winien być ponownie wezwany do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy.

Potwierdza to orzecznictwo wskazywane przez Przystępującego Suntar sp. z o.o. w Tarnowie na rozprawie [wyrok KIO z dnia 29 lipca 2013 r. w spr. KIO 1718/13 a także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 4 czerwca 2012 r. w sprawie o sygn. V Ca 895/12]. Podzielono stanowisko prezentowane w tych orzeczeniach a także innych, przykładowo w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 2 kwietnia 2015 r. w spr. XII Ga 39/15, w którym Sąd w – w odniesieniu do regulacji art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – podkreślił: *„Rację należy przyznać KIO, iż instytucja powyższa jest szczególnym narzędziem służącym konwalidowaniu błędów wykonawców, która jednocześnie nie może być interpretowana w sposób rozszerzający i stanowić obowiązku dla zamawiających doprowadzenia do stanu, w którym wnioski czy też oferty będą prawidłowe. Ciężar odpowiedzialności za właściwe przygotowanie wniosku i oferty spoczywa na wykonawcy, a zamawiający nie jest uprawniony, a tym bardziej zobowiązany, do podejmowania czynności w powyższym trybie dopóty, dopóki wykonawca nie usunie wszystkich błędów. Byłoby to także nieuczciwe w stosunku do innych wykonawców, których oferty złożone zostały w wymaganym terminie w sposób kompletny. Instytucja uzupełniania dokumentów różni się w tym zakresie od uregulowanej w art. 26 ust. 4 ustawy instytucji wzywania do złożenia wyjaśnień. Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 4 zamawiający mogą zwracać się o wyjaśnienie treści przedłożonych dokumentów lub oświadczeń. Prawo do uzyskania wyjaśnień nie oznacza uprawnienia do domagania się jakichkolwiek dodatkowych*

*dokumentów potwierdzających spełnianie warunku lub prawdziwość oświadczenia. W szczególności zamawiający, który wobec któregośkolwiek z wykonawców powziął wątpliwości co do rzetelności oświadczeń, nie może – jeśli nie zażądał tego, wszczynając postępowanie – zwrócić się o przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie kwestionowanego warunku. Należy przy tym uznać, że inaczej niż w przypadku uzupełniania dokumentów, proces wyjaśniania może przybrać formę więcej niż jednego zapytania – skoro, bowiem, po przedłożeniu wyjaśnień zamawiający ma nadal wątpliwości lub pojawiły się kolejne zagadnienia wymagające wyjaśnienia, to nadal zachodzi okoliczność uprawniająca do wystąpienia o wyjaśnienie treści tych dokumentów [vide: Komentarz do art. 24 ustawy prawo o zamówieniach publicznych, Małgorzata Stachowiak, Lex 2014]. Wyjaśnienia nie mogą jednakże prowadzić, jak słusznie zauważyła Izba do złożenia nowego oświadczenia woli, które skutkuje zastąpieniem tego pierwotnego, podobnie jak obowiązek uzupełnienia nie może być zastępowany udzielonymi wyjaśnieniami.”*

Izba podziela prezentowane w tych orzeczeniach stanowisko, uznając je za własne.

Wyrażany na gruncie konkretnych stanów faktycznych pogląd o możliwości, a nawet obowiązku ponownego zwrócenia się przez zamawiającego o uzupełnienie dokumentów obejmuje te sytuacje, gdzie wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów było niepełne, niekompletne czy z innych powodów niedoskonałe [przykładowo, nie artykułowało wszystkich niedostatków złożonego dokumentu, dostrzegalnych podczas jego analizy]. Nie ma jednak wątpliwości, że z takim wezwaniem nie mamy do czynienia w tym postępowaniu. Skierowane do Odwołującego wezwanie jest klarowne i wprost akcentuje w odpowiednim, wyodrębnionym dla czytelności punkcie, że powodem wezwania jest brak dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostawy. W świetle jego treści profesjonalny, racjonalny i działający z odpowiednim rozeznanie wykonawca nie mógł mieć wątpliwości co do zakresu postulowanego uzupełnienia, to jest, że ma ono obejmować dokument potwierdzający należyte wykonanie zadania, jak i to, że to zadanie ma obejmować dostawę.

Rzeczą wykonawcy było więc przedstawienie takiego dokumentu, z którego będzie wynikało, że dostawa została wykonana należyście.

Powyższe determinuje wniosek, że w okolicznościach analizowanej sprawy – wbrew stanowisku prezentowanemu przez Odwołującego – nie było podstaw do kierowania ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

**[6]** Wbrew zarzutom i wnioskowi odwołania – na gruncie analizowanego stanu faktycznego

nie jest też właściwe wyjaśnienie na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych treści dokumentu, jakim jest uzupełniony przez Odwołującego list referencyjny. Jak wskazano wyżej, powodem nieuznania za wykazane spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu jest brak w liście referencyjnym potwierdzenia przez odbiorcę zadania należytego wykonania dostawy. Wyjaśnienie treści dokumentu w kierunku uzyskania potwierdzenia należytego wykonania dostawy w istocie sprowadziłoby się zatem do uzupełnienia oświadczeń nieujętych w liście referencyjnym pod pozorem jego wyjaśnienia. W takim wypadku wyjaśnienie dokumentu stanowiłoby więc substytut uzupełnienia dokumentu, co – z uwagi na wyczerpanie przez Zamawiającego procedury uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy – byłoby niedopuszczalne. Nie sposób również pominąć, że ustawodawca w przepisach *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* [Dz. U. z 2013 r. poz. 231] przewidział, że potwierdzenie należytego wykonania zadania referencyjnego następuje, co do zasady, na podstawie dokumentu zewnętrznego, nie pochodzącego od wykonawcy ale od odbiorcy zadania. Zgodnie bowiem z § 1 ust. 2 powołanego *rozporządzenia*, dowodami, potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw, usług lub robót budowlanych są:

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

2) w przypadku zamówień na roboty budowlane – inne dokumenty – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia;

3) w przypadku zamówień na dostawy lub usługi – oświadczenie wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.

Zgodnie natomiast z § 1 ust. 3 tego *rozporządzenia*, w przypadku gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi wskazane w wykazie zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie.

W świetle tych przepisów zasadą jest, że potwierdzenie należytego wykonania zadania referencyjnego następuje na podstawie dokumentu pochodzącego od jego odbiorcy, nie zaś oświadczenia własnego wykonawcy zastępującego lub dopełniającego poświadczenie.



Oświadczenie własne zostało bowiem dopuszczone jako wyjątek, znajdujący zastosowanie wyłącznie, gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, co obejmuje takie sytuacje jak przykładowo likwidacja podmiotu na rzecz którego wykonano zadanie.

Dopuszczenie zatem do wyjaśnienia przez wykonawcę dokumentu pełniącego rolę poświadczenia, które to wyjaśnienie miałyby polegać na dopełnieniu tego dokumentu o treści w nim nieujęte oznaczałoby w istocie – po pierwsze – zastąpienie wymaganego dokumentu zewnętrznego, pochodzącego od odbiorcy zadania oświadczeniem własnym wykonawcy [jego wyjaśnieniem], po drugie zaś – obejście przepisu o uzupełnieniu dokumentu i o zasadniczo jednorazowym charakterze tej czynności.

Stąd, wbrew stawianemu przez Odwołującego wnioskowi nakazania wezwania Go do wyjaśnienia treści dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zadania referencyjnego w części dotyczącej dostawy, powyższa czynność także nie wchodziła w grę.

**[7]** Nie mógł również być uwzględniony postawiony w odwołaniu i eksponowany na rozprawie postulat wystąpienia przez Zamawiającego do wystawcy poświadczenia z zapytaniem o zakres świadczonych dostaw i usług, a także o sposób ich wykonania. Powyższy wniosek – mimo że Odwołujący nie powoływał się na konkretną jego podstawę prawną – osadzony jest w brzmieniu § 1 ust. 5 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, zgodnie z którym w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, potwierdzające należyte wykonanie dostaw, usług lub robót budowlanych budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.

Powtórzenia jednak wymaga, że pozytywne stwierdzenie o spełnieniu przez wykonawcę postawionego warunku udziału w postępowaniu winno wynikać z aktywności wykonawcy, którego obowiązkiem jest wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu [art. 26 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych] a nie działań samego zamawiającego, który miałby zastępować wykonawcę w sprostaniu zadaniu wykazania sytuacji podmiotowej, dokładając za niego starań [przykładowo, występując do odbiorcy zadania] w celu pozytywnego przesądzenia tego, czego wykonawca nie zdołał wykazać złożonymi wraz z ofertą a następnie w ramach uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3

ustawy dokumentami. Przywołany przepis § 1 ust. 5 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* ma przy tym zastosowanie do sytuacji, gdy złożone dokumenty, mimo ich formalnej poprawności budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie. Z jego istoty nie służy on zatem naprawie dostrzeżonych niedoskonałości złożonych dokumentów, ale przeciwnie – jego celem jest wyeliminowanie wątpliwości jawiących się na tle poprawnych w swej treści dokumentów, jeśli mimo to zamawiający ma podstawy do powzięcia wątpliwości, czy stan rzeczy jest taki, jak zaprezentowany w dokumentach i oświadczeniach wykonawcy. Z tej perspektywy nie jest to więc przepis służący do pozytywnej weryfikacji spełnienia przez danego wykonawcę postawionych warunków udziału w postępowaniu, którego celem miałyby być przewidzenie dodatkowej ścieżki umożliwienia stwierdzenia spełnienia tego warunku lecz zmierza on do dokonania ustaleń obok lub wbrew złożonym przez wykonawcę dokumentom i oświadczeniom i przeciwko nim.

Stad także powyższy postulat postawiony w odwołaniu nie mógł wywołać zamierzonego rezultatu w postaci dodatkowej, pozytywnej weryfikacji spełnienia przez Odwołującego postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, polegającej na ustaleniu tego faktu samodzielnie przez Zamawiającego, bezpośrednio z udziałem podmiotu, na rzecz którego Odwołujący miał wykonać sporne przedsięwzięcie.

**[8]** Nie sposób też podzielić argumentacji prezentowanej przez Odwołującego, zgodnie z którą to na Zamawiającym ciążył ciężar wykazania, że wykonawca nie spełnia postawionego warunku udziału w postępowaniu, a także że wykluczając wykonawcę z postępowania i odrzucając jego ofertę Zamawiający winien jednoznacznie i bez żadnych wątpliwości ustalić zaistnienie przesłanek określonych w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy mając na uwadze, że wykonawca pozostaje bez wpływu na treść referencji, którą otrzymuje od jej wystawcy. Wbrew tak sformułowanej tezie, to zadaniem wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o czym wprost stanowi przywołany wyżej przepis art. 26 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych. Ciężar dowodu spoczywający na Zamawiającym, którego Odwołujący bezskutecznie poszukuje w postulacie dowiedzenia, że wykonawca nie spełnił postawionego warunku udziału w postępowaniu obejmuje w tym wypadku wykazanie, że dokonywana przez niego ocena złożonych przez wykonawcę dokumentów nie uzasadniała pozytywnego wniosku o wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Temu zadaniu Zamawiający sprostał.

Z powyższych względów, mimo starań Odwołującego zmierzających do przekonania, że warunek spełnia, tego rodzaju wnioski należało uznać za nieuprawnione. Jak wskazano wyżej, wykonawca złożonym przez siebie dokumentem nie wykazał, że należycie wykonał dostawę. Niezależnie zatem od treści łączącej wykonawcę z odbiorcą zadania relacji a także rzeczywistej oceny poszczególnych elementów związanych z wykonaniem tego zadania, istotne jest, że okoliczność ta nie została przez Odwołującego w odpowiednim czasie i w wymagany brzmieniem przepisów oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób wykazana. Umożliwienie wykonawcy później – na etapie postępowania odwoławczego – dopełnienia dokumentu mającego potwierdzać należyte wykonanie dostawy czy to w formie jego wyjaśnienia [art. 26 ust. 6 ustawy] czy w formule ponownego uzupełnienia [art. 26 ust. 3 ustawy], stanowiłoby danie wykonawcy szansy na dokonanie tego, czego zaniechał w postępowaniu, mimo poprawnego i czytelnego wezwania. Z tego względu nie mogły też być brane pod uwagę złożone w postępowaniu odwoławczym dokumenty mające, w intencji Odwołującego, potwierdzać należyte wykonanie dostawy. Po pierwsze – także one nie stanowią poświadczeń i nie potwierdzają należytego wykonania dostawy. Po drugie – są one spóźnione i nie zostały złożone w toku postępowania o zamówienie publiczne na wezwanie Zamawiającego w terminie przez Niego wskazanym. Po trzecie – postępowanie odwoławcze jest postępowaniem, służącym zbadaniu poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, w takim kształcie, w jakim dokonał ich zamawiający. Postępowanie to nie zastępuje zatem działania zamawiającego, a tym samym proces dowodowy, jakkolwiek przewidziany w ustawie [art. 190 ust. 1 – 7 ustawy] ograniczony jest do funkcji postępowania odwoławczego, a zatem zbadania objętej zarzutami aktywności zamawiającego. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą bada zatem poprawność zachowań zamawiającego, a nie je zastępuje, zaś dokumenty w postępowaniu o zamówienie publiczne składane są wobec zamawiającego i przez niego są oceniane. W ramach środków ochrony prawnej następuje – w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania – kontrola poprawności działania zamawiającego [podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań], pod względem zgodności z przepisami ustawy. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Oznacza to tyle, że nie jest właściwe wykazywanie dopiero w postępowaniu odwoławczym tego, co mogło i powinno być wykazane w toku prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. Stąd także złożone przez Odwołującego na posiedzeniu dokumenty nie mogły spowodować pozytywnego stwierdzenia o spełnieniu postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Nie potwierdziły się zatem zarzuty, zmierzające do zakwestionowania podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania. Czynność Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz uznania jego oferty za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, znalazła potwierdzenie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *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].

**Skład orzekający:**