

WYROK
z dnia 24 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Trade Port spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, Górnictwem Fabrykę Narzędzi spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Radzynie Podlaskim, Fabrykę Elementów Złącznych FEZ SA w Siemianowicach Śląskich, Fabrykę Śrub ŚRUBENA SA w Żywcu, w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe SA w Warszawie,

przy udziale wykonawcy PEZ „Connector” S.C. - M. Kociok, W. Konieczko w Bytomiu, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Trade Port spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, Górnictwem Fabrykę Narzędzi spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Radzynie Podlaskim, Fabrykę Elementów Złącznych FEZ SA w Siemianowicach Śląskich, Fabrykę Śrub ŚRUBENA SA w Żywcu, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Trade Port spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, Górnictwem Fabrykę Narzędzi spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Radzynie Podlaskim, Fabrykę

Elementów Złącznych FEZ SA w Siemianowicach Śląskich, Fabrykę Śrub ŚRUBENA SA w Żywcu, tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Trade Port spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, Górniczej Fabryki Narzędzi spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Radzynie Podlaskim, Fabryki Elementów Złącznych FEZ SA w Siemianowicach Śląskich, Fabryki Śrub ŚRUBENA SA w Żywcu, na rzecz Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe SA w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe SA w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę w latach 2012 i 2013 materiałów nawierzchniowych tj. łubków metalowych, śrub łubkowych, łapek, pierścieni sprężystych, podkładek metalowych, śrub stopowych, nakrętek, wkrętów”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 3 listopada 2011r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S 211-344952. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 3 stycznia 2012r. Zamawiający zaprosił do aukcji elektronicznej wszystkich trzech wykonawców, którzy złożyli oferty: Odwołującego; PEZ Connector S.C. – M. Kociok, W. Konieczko w Bytomiu oraz wykonawcę MORIS Maurycy Moris w Tychach, zaś w dniu 9 stycznia 2012 r. przeprowadził aukcję, uznając w jej wyniku za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Odwołującego.

Odwołujący w dniu 13 stycznia 2012 r. złożył odwołanie wobec zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy MORIS Maurycy Wołek w Tychach w zakresie zadania nr 6 oraz przeprowadzenia aukcji elektronicznej pomimo braku, co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący postawił zarzuty naruszenia:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowania, polegające na przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie, polegające na niewykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego MORIS Maurycy Wołek, a w następstwie nie odrzucenie oferty Wykonawcy pomimo złożenia przez Wykonawcę oświadczeń zawierających nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie, polegające na nie wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego MORIS Maurycy Wołek, a w następstwie nie odrzucenie oferty Wykonawcy pomimo niewykazania przez Wykonawcę spełnienia warunków

udziału w postępowaniu określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie i nie odrzucenie oferty Wykonawcy MORIS Maurycy Wołek,
- 5) art. 91 a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie, a w rezultacie przeprowadzenie aukcji elektronicznej pomimo braku co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu.

W oparciu o tak wyrażone zarzuty, Odwołujący postawił żądania nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą czynności Zamawiającego polegającej na zaproszeniu drogą elektroniczną wykonawcy MORIS Maurycy Wołek w zakresie zadania nr 6 oraz przeprowadzenia aukcji elektronicznej pomimo braku, co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 2) wykluczenia MORIS Maurycy Wołek z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w następstwie uznania oferty za odrzuconą,
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego,

Z ostrożności Odwołujący wniósł - w razie nieuwzględnienia argumentów naruszenia procedury i podstaw materialnych – o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia, czy wykaz wykonanych dostaw przez Wykonawcę MORIS Maurycy Wołek, w związku z dokumentem wystawionym przez firmę Sroubarna Kyjow Spol. s.r.o. (str. 28 oferty MORIS) oraz referencje udzielone przez METALCOM Kutna Hora a.s. (str. 30, 31 oferty MORIS) spełniają warunki określone w Rozdziale VIII pkt 1 ppkt 1.2 f) siwz (w tym warunki techniczne określone przez Zamawiającego dla tego rodzaju produktów) z uwagi na wymagany przedmiot dostawy szczegółowo i precyzyjnie określony przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, iż:

- Zgodnie z wymaganiami SIWZ (rozdział VIII pkt. 1.2 f)) w zakresie zadania szóstego o zamówienie mogli ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępniania potencjału technicznego do wykonania zamówienia, co oznacza, że w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedną umowę (zamówienie) odpowiadające swym rodzajem i wartością dostawom stanowiącą przedmiot zamówienia, tj.: dla Zadania nr 6: dostawy polegającej na dostarczeniu śrub stopowych oraz nakrętek M22 i wkrętów kolejowych 49A i 60A (w okresie jak powyżej), za łączną kwotę netto co najmniej 700.000,00 PLN, w ramach umów na powyższe akcesoria.

- Zamawiający udzielił odpowiedzi na zadane pytanie: „*poprzez wykazanie dostarczenia materiałów z poszczególnych asortymentów danego rodzaju zobowiązuje wykonawcę do wykazania zrealizowania dostaw na określone kwoty obejmujące niektóre z materiałów (tak aby wyczerpały kwoty wskazane przez Zamawiającego) czy należy wykazać dostawy wszystkich materiałów tak aby kwota dostawy odpowiadała wskazanej przez Zamawiającego*”, z której wynika, iż „zgodnie z zapisami SIWZ umowa (umowy w zadaniu nr 3 i zadaniu nr 6) musi dotyczyć realizacji wszystkich wymienionych asortymentów podanych w danym zadaniu”.

- MORIS Maurycy Wołek, w treści złożonej ofert, w zakresie zadania 6, przedstawił pisemne zobowiązanie Sroubarna Kyjow Spol. s.r.o. do udostępnienia potencjału technicznego do wykonania przedmiotowego zamówienia oraz wykaz dostaw wykonanych przez ten podmiot a także referencje potwierdzające prawidłowość wykonanych dostaw wystawione przez firmę METALCOM Kutna Hora a.s. Z uwagi na powyższe (w tym jednoznaczne stanowisko Zamawiającego, co do precyzyjnego określenia asortymentu wykonanych dostaw oraz referencji dotyczących wykonanych dostaw tego asortymentu), pismem z dnia 27.12.2011 r. wezwał on Wykonawcę MORIS Maurycy Wołek do uzupełnienia wykazu o zrealizowane dostawy śrub stopowych oraz nakrętek M22 i wkrętów kolejowych typu 49A i 60A z podaniem wartości tylko w/w elementów wraz z referencjami odpowiadającymi tym dostawom. W odpowiedzi na przedmiotowe pismo Wykonawca- MORIS Maurycy Wołek precyzuje oświadczenie w zakresie „wykonanych dostaw” Sroubarna Kyjow Spol. s.r.o oraz „referencje” wystawione przez firmę METALCOM Kutna Hora a.s.

Zdaniem Odwołującego, MORIS Maurycy Wołek nie uzupełnił wymaganych dokumentów stosownie do wezwania Zamawiającego dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, a jedynie wyjaśnił, co podmioty trzecie „miały na myśli”.

Odwołujący wskazuje, iż niezrozumiałym jest, by wykonawca mógł prostować bądź precyzować oświadczenia wykonanych dostaw bądź referencji wystawionych przez podmioty trzecie w sytuacji, kiedy sam nie posiada w tym zakresie wiedzy i doświadczenia i w tym zakresie posługuje się tymi przymiotami korzystając z wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich. Zdaniem Odwołującego, na tym etapie postępowania Wykonawca MORIS Maurycy Wołek winien zostać wykluczony a jego oferta podlegała odrzuceniu w związku z niezpełnieniem dokumentów. Odwołujący uważa, że zarówno wykonane dostawy przez Sroubarna Kyjow Spol. s.r.o, jak i referencje wystawione przez firmę METALCOM Kutna Hora a.s. dotyczą innego asortymentu niż określony przez Zamawiającego w SIWZ.

W związku z powyższym – w ocenie Odwołującego - zachodzi obawa, iż MORIS złożył nieprawdziwe oświadczenie, iż asortyment wymieniony w wykazie dostaw oraz referencjach nie jest asortymentem wymaganym przez Zamawiającego stosownie do treści SIWZ (oświadczenia MORIS złożone w związku z wezwaniem do uzupełnienia).

Na potwierdzenie powyższego stanowiska, Odwołujący wskazał zachowanie Zamawiającego, który ponownie wzywa Wykonawcę MORIS Maurycy Wolek do sprecyzowania, co Wykonawca „miał na myśli”.

Zdaniem Odwołującego, niezrozumiałe jest postępowanie Zamawiającego w sytuacji kiedy wezwany, stosownie do treści art. 26 ust 3 ustawy, do uzupełniania dokumentów Wykonawca, nie czyni zadość wezwaniu i nie zostaje wykluczony, a jego oferta odrzucona.

Zdaniem Odwołującego, wiedza na temat realizacji wskazanych przez przedsiębiorców usług (dostaw) nie jest wiedzą powszechną, zwłaszcza gdy dotyczy zrealizowanych dostaw konkretnego asortymentu do określonego przedsiębiorcy, który w stosunku do wykonawcy jest podmiotem trzecim, niepowiązanym. Zaskakujące jest przeto, że PKP PLK S.A. bez zastrzeżeń przyjmuje doprecyzowanie, poprzez stwierdzenie MORIS, co miała na myśli w wykazie dostaw Sroubarna Kyjow Spol. s.r.o, jak i, co miała „na myśli” METALCOM Kutna Hora a.s. w przedłożonych referencjach, (stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 3.05.2011 r., sygn. akt KIO 926/11).

Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającemu na uchybienia w przedmiotowym przetargu, które zostały sprecyzowane w treści jego pisma, wskazując na zawartą tam argumentację.

W ocenie Odwołującego, MORIS Maurycy Wolek nie udowodnił, iż będzie dysponował stosownym potencjałem na realizację przedmiotowego zamówienia. Samo oświadczenie Sroubarna Kyjow Spol. s.r.o, stwierdzające, że udostępni niezbędne zasoby na potrzeby wyprodukowania przedmiotu zamówienia określonego w treści zadania 6, nie oznacza iż takimi zasobami faktycznie dysponuje. Zdaniem Odwołującego, z uwagi na bezpieczeństwo realizacji zamówienia, MORIS winien dołączyć wykaz środków umożliwiających realizację zamówienia. Zadaniem Zamawiającego było ustalenie i wezwanie Wykonawcy do udowodnienia, że podmiot który taki potencjał oferuje rzeczywiście, faktycznie nim dysponuje (stanowisko zgodne z przyjętą linią orzecznictwa). Zaniechanie takie powoduje naruszenie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji (naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust.3 i 4 ustawy). Oświadczenie Sroubarna Kyjow Spol. s.r.o nie zawiera również wskazania, iż dysponuje ona stosownym potencjałem by wykonać wkręty kolejowe 49A i 60A (wkręty o określonych parametrach i wymogach technicznych, spełniające wymagania stawiane przez odpowiednie normy), a nie wkręty (oświadczenie Sroubarny - str. 32 oferty MORIS).

Zamawiający pomimo nieprawidłowości w przedłożonych przez MORIS Maurycy Wolek w Tychach dokumentach zaprosił Wykonawcę do udziału w aukcji elektronicznej, która miała wyłonić najlepszego oferenta. Zamawiający uczynił to nie zważając na brzmienie przepisu art. 24 ust. 2 i 4 ustawy. Zdaniem Odwołującego, nieodrzućenie oferty MORIS Maurycy Wolek w Tychach spowodowało wadliwe przeprowadzenie aukcji elektronicznej,

która zgodnie zarówno z brzmieniem przepisu art. 91 c ustawy jak i SIWZ może być przeprowadzona, jeśli w postępowaniu zostaną złożone co najmniej trzy oferty niepodlegające odrzuceniu. W postępowaniu, z uwagi na przedłożenie przez MORIS Maurycy Wołek dokumentów, co do których istnieje przypuszczenie że zawierają nieprawdę, a ponadto nie wykazanie spełnienia warunków wymaganych przez SIWZ, Zamawiający nie był władny do przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca PEZ „Connector” S.C. - M. Kociok, W. Konieczko w Bytomiu, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego. Nie dopuszczono do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego Moris spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach, z uwagi na niewykazanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, a w szczególności niewykazanie ewentualnej sukcesji przez Moris spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychach wobec wykonawcy Moris Maurycy Wołek w Tychach pozwalającej uznać, że podmiot zgłaszający przystąpienie pozostaje w takim związku z wykonawcą, który uczestniczył w postępowaniu o zamówienie publiczne, że posiada on interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na brak interesu po stronie Odwołującego w uzyskaniu zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazując zarazem na niezasadność podniesionych zarzutów.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez wykonawcę Moris Maurycy Wołek wraz z jej uzupełnieniem i wyjaśnieniami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Podkreślenia na wstępie wymaga, że przepis art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego

zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Powyższy przepis wskazuje okoliczności uzasadniające poszukiwanie ochrony prawnej w drodze środków odwoławczych mające charakter przesłanek materialnoprawnych. Ich zaistnienie nie wpływa na możliwość wszczęcia postępowania odwoławczego, lecz warunkuje uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą wniesionego środka. Wskazany przepis wiąże zatem możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy z ochroną interesu wykonawcy, który to interes realizuje się poprzez będącą następstwem wniesienia odwołania możliwość uzyskania zamówienia, tj. statuuje ochronę przed bezprawnymi czynnościami zamawiającego uniemożliwiającymi (mogącymi uniemożliwić) uzyskanie danego zamówienia. Powyższe w żadnym razie nie odnosi się do jakichkolwiek innych, np. majątkowych interesów wykonawców, które mogą doznać szkody w związku z działaniami zamawiającego. Nadto, korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie nie można sprowadzić do ochrony ogólnie pojętej praworządności i korygowania wszystkich nieprawidłowości, których zamawiający dopuścił się w trakcie postępowania (nieprawidłowości irrelevantnych w stosunku do możliwości uzyskania konkretnego zamówienia przez danego wykonawcę). Nie sposób również upatrywać interesu w uzyskaniu danego zamówienia, o którym mówi powołany art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w kontekście ewentualnego zagrożeniem unieważnienia umowy, która byłaby zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania. Odwołujący nie wykazał, by okoliczności zaprezentowane w odwołaniu mogły skutkować uznaniem, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie zaszła także żadna z okoliczności wymienionych w art. 146 ust. 1 oraz 140 ust. 3 ustawy.

Interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, badany jest na moment wniesienia odwołania.

Biorąc pod uwagę brzmienie powołanego przepisu chodzi zatem nie o posiadanie jakiegokolwiek interesu, w tym istnienie uzasadnienia dla prowadzenia postępowania odwoławczego, wynikającego z dążenia do uzyskania korzystniejszych warunków zawarcia umowy, ale interesu nakierowanego na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej.

W analizowanej sprawie, w dacie wniesienia odwołania (13 stycznia 2012 r.), aukcja której przeprowadzenie, wobec zaniechania uprzedniego wykluczenia wykonawcy MORIS Maurycy Wołek w Tychach Odwołujący kwestionuje, została już sfinalizowana z udziałem trzech wykonawców (Odwołującego, wykonawcy MORIS Maurycy Wołek w Tychach oraz PEZ „Connector” S.C. - M. Kociok, W. Konieczko w Bytomiu), co miało miejsce w dniu

9 stycznia 2012 r. Wynik tej aukcji jest znany: Odwołujący złożył w niej kolejne postąpienia, w konsekwencji których Jego ferta uznana została za najkorzystniejszą. Odwołujący uzyskał zatem w następstwie przeprowadzonej aukcji zamówienie będące przedmiotem postępowania. Stan ten istniał w momencie składania odwołania.

Powyższe czyni zasadnym stwierdzenie, iż w dniu 9 stycznia 2012 r. Odwołujący uzyskał zamówienie, co pozbawia Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania, skoro jego interes w uzyskaniu zamówienia nie doznał uszczerbku, a przeciwnie – został zrealizowany wygraną aukcją.

Nie może przy tym uzasadniać interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych możliwość – w razie potwierdzenia zasadności zarzutów stawianych w odwołaniu – uzyskania zamówienia na korzystniejszych warunkach, ze względu na niższą cenę zaoferowaną w razie, gdyby do aukcji miało nie dojść z uwagi na złożenie mniej niż trzech ofert (art. 91 a ust. 1 ustawy). Nie stanowi to bowiem o posiadaniu interesu w uzyskaniu danego zamówienia, a co najwyżej interesu w uzyskaniu zamówienia na dogodniejszych dla zainteresowanego warunkach. Powyższe jednak nie mieści się w dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Kwestia ta może być rozważana ewentualnie przez pryzmat możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, przy czym tę przesłankę, także wymaganą treścią przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, należało Odwołującemu przypisać.

Stąd odwołanie – wobec niewykazania przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia – podlega oddaleniu.

Nie uchylając się od rozpoznania istoty sprawy, poddano analizie zarzuty postawione w odwołaniu. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08: *„Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (...) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Niemniej w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w świetle powyższego nie musiała już czynić”*.

Odwołujący stawia w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 24 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazując na zaistnienie podstawy do wykluczenia wykonawcy MORIS Maurycy Wołek z postępowania. Argumentacja odwołania koncentruje się w powyższym zakresie na zadaniu zaprezentowanym w celu wykazania wiedzy

i doświadczenia wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obejmujących dostawę śrub stopowych oraz nakrętek M22 i wkrętów kolejowych typu 49A i 60A o wartości co najmniej 700 000 zł netto. Sporną na gruncie przedmiotowego postępowania dostawę ujęto w poz. 8 wykazu dostaw wykonawcy MORIS Maurycy Wołek w sposób następujący: *„Odbiorca: Sroubarna Kyjov Czechy, wartość PLN netto 3 106 000,00 EUR Przedmiot zamówienia: Śruby i wkręty, data wykonania od dnia do dnia: 2011”*. Do wykazu dostaw wykonawca dołączył datowane na 12 grudnia 2011 r. zobowiązanie Sroubarna Kyjov spol. s.r.o. do oddania firmie MORIS w Tychach dla realizacji przedmiotowego zamówienia *do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w zakresie dostaw śrub stopowych 22x65 i M22x72 w ilości 618 150 szt. w latach 2012 – 2013, nakrętek M22 w ilości 571 050 szt. w latach 2012 – 2013, w krętów w ilości 1 837 600 szt. w latach 2012 – 2013* wraz z wykazem dostaw tego podmiotu, także z dnia 12 grudnia 2012 r., gdzie w poz. 7 i 8 wskazano dostawy dla METALCOM CD o wartości 1 040 000 EUR oraz 760 000 EUR (str. 32, 28 -29 oferty MORIS Maurycy Wołek w Tychach) oraz referencje wystawione na rzecz Sroubarna Kyjov spol. s.r.o. przez odbiorcę dostaw przez METALCOM Kutna Hora a.s., w których podano: *„firma Sroubarna Kyjov spol. s.r.o. jest dostawcą z którym współpracujemy od dłuższego czasu. Nasze zamówienia realizowane są terminowo, w żądanych ilościach oraz odpowiedniej jakości. W 2011 r. obrót materiałami mocowania kolei – wkręty szynowe, śruby z łbem młoteczkowym i nakrętki – wyniósł 2 miliony Euro”*.

Zamawiający w dniu 27 grudnia 2011 r., w zakresie spornego w tym postępowaniu odwoławczym zadania 6 (pkt 2, str. 2 pisma) wystosował do wykonawcy MORIS Maurycy Wołek w Tychach wezwanie: *„w wykazie wykonanych dostaw brak jest informacji o wymaganym asortymencie dla zadania 6, tj. śrub stopowych oraz nakrętek M22 i wkrętów kolejowych typu 49A i 60A. Wykaz nie potwierdza, że w pozycji 8 dostawa obejmuje jednocześnie dostawę ww. śrub stopowych, nakrętek M22 oraz wkrętów kolejowych typu 49A i 60 A. W opisie „Przedmiot zamówienia” podane jest tylko „śruby i wkręty”. Wzywamy do uzupełnienia wykazu o zrealizowane dostawy śrub stopowych oraz nakrętek M22 i wkrętów kolejowych typu 49 A i 60A z podaniem wartości tylko w/w elementów wraz z referencjami odpowiadającymi tym dostawom”*. W odpowiedzi wykonawca MORIS Maurycy Wołek, w odniesieniu do uzupełnienia wykazu dostaw podał, iż *„oświadcza, że wykazie wykonanych dostaw w poz. 8 w kolumnie „Przedmiot zamówienia” powinno być „śruby stopowe, nakrętki M22 i wkręty” (zdanie nr 6) , a w kolumnie „Wartość” – 2 000 000 EUR. Ponadto, referencje firmy METALCOM Kutna Hora obejmują swoją wartością również „Przedmiot zamówienia” – śruby łukowe i nakrętki M24 (zadanie nr 2). Potwierdzeniem tego są referencje w/w firmy które jasno określają obrót materiałami kolejowymi t.j. wkręty*

szynowe, śruby z łbem młoteczkowym (śruby stopowe) i nakrętki”. Zamawiający po otrzymaniu tak dokonanej korekty wykazu dostaw wykonawcy MORIS Murycy Wołek w Tychach wezwał w dniu 2 stycznia 2012 r. tego wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy do wyjaśnienia, „czy w wykazie wykonanych dostaw w poz. 8, w kolumnie „Przedmiot zamówienia” wpisując śruby stopowe, nakrętki M22 i wkręty (zadanie nr 6) Wykonawca miał na myśli śruby stopowe typu M22x65, M22x72 oraz wkręty kolejowe typu 49A, 60A?”, na co wykonawca podał, że „potwierdza, że wykazie wykonanych dostaw w poz. 8, w kolumnie „przedmiot zamówienia” wpisując śruby stopowe, nakrętki M22 i wkręty Wykonawca miał na myśli śruby stopowe typu M22x65 i M22x72 oraz wkręty kolejowe typu 49A oraz 60A”.

Biorąc pod uwagę postawione wobec tak wykazywanego przez wykonawcę MORIS Maurycy Wołek spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zarzuty, należało stwierdzić, iż ustawodawca w art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych określił sposób wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując, że rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający dla celu potwierdzenia spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu określi rozporządzenie. W tym zakresie mają zatem zastosowanie przepisy *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*. Zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 3) tego rozporządzenia, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy zamawiający żąda a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy może żądać następujących dokumentów: (...) 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.

Znaczenie obu wymienionych dokumentów: wykazu dostaw (usług lub robót budowlanych) a także dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie lub wykonywanie dostaw, usług czy robót (referencji) jest takie, że pierwszy ma służyć potwierdzeniu ilości, zakresu, terminu czy przedmiotu dostaw, usług lub robót, drugi zaś – służy potwierdzeniu, że opisane w wykazie dostawy, usługi, roboty wykonano należycie. Referencje nie służą zatem,

co do zasady, wykazaniu zakresu dostaw, czy ich zgodności z warunkiem postawionym dla wykazania doświadczenia. Zgodnie z powołanymi przepisami, celem referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania usługi, dostawy czy roboty budowlanej, zatem nie ma konieczności wskazywania w treści referencji zarówno wartości usługi, jak i terminu jej realizacji.

Informacje dotyczące wartości usługi, terminu czy jej zakresu wynikać powinny z samego oświadczenia Wykonawcy złożonego w treści wykazu dostaw (wykazu usług, wykazu robót budowlanych) – to bowiem dokument, za pomocą którego, w myśl powołanych przepisów, następuje wykazanie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, w którym podaje się wartość, przedmiot, daty wykonania i odbiorców dostaw, usług lub robót budowlanych.

Naturalną i powszechną praktyką jest, że referencje nie opisują zakresu potwierdzanych dostaw, usług i robót, ich ilości czy wartości w sposób dosłownie odzwierciedlający postawiony w danym postępowaniu warunek. Referencje zwykle wystawiane są nie na użytek konkretnego postępowania, stąd w sposób bardziej ogólny opisują zakres dostaw, usług lub robót, których dotyczą, mają charakter uniwersalnych, pozwalających uczynić z nich użytek w różnych postępowaniach i okolicznościach. Niejednokrotnie dokumenty referencji wystawia się w sposób uniwersalny, agregując częściowe dostawy w jedną ogólniej określoną, bez szczegółowego wskazywania poszczególnych elementów, jakie składały się na dostawy.

Niewłaściwym jest zatem wnioskowanie na podstawie treści referencji wystawionych przez METALCOM Kutna Hora a.s., na rzecz Sroubarna Kyjov spol. s.r.o. o zakresie i wartości dostawy – tę funkcję pełni bowiem oświadczenie wykonawcy, ujęte w treści wykazu dostaw. Wykaz referencji wystawionych na rzecz Sroubarna Kyjov spol. s.r.o. (strony 28 i 29 oferty MORIS Maurycy Wołek w Tychach), a sporządzony przez ten podmiot nie stanowi sam w sobie referencji, a należy go raczej traktować jako załącznik do oświadczenia z 12 grudnia 2011 r. (zresztą oba dokumenty datowane są na ten sam dzień). Nie sposób wnioskować na jego podstawie, że podmiot Sroubarna Kyjov spol. s.r.o. wystawił sam sobie referencje – te bowiem, dotyczące pozycji 7 i 8 wykazu referencji zawarto na str. 30 i 31 oferty MORIS Maurycy Wołek w Tychach).

Stąd argumentacja odwołania, zgodnie którą wykonawca MORIS Maurycy Wołek w Tychach dokonał, mocą własnych wyjaśnień i oświadczeń interpretacji oświadczeń podmiotu trzeciego (wystawcy referencji czy też podmiotu udostępniającego wiedzy i doświadczenia) nie zasługuje na uwzględnienie. Na gruncie przedmiotowej sprawy, wykonawca ten – pismem z 27 grudnia 2011 r., dokonał uzupełnienia wykazu dostaw,

stanowiącego własne oświadczenie tego wykonawcy, oraz pismem z dnia 2 stycznia 2012 r. dokonał wyjaśnienia tego dokumentu. Brak jest zatem podstaw do czynienia zastrzeżeń w tym zakresie, skoro wykonawca dokonał ingerencji w dokument (wykaz dostaw) przez siebie generowany i stanowiący własne oświadczenie. Jak wskazano zaś wyżej, nie ma obowiązku, by dokumenty referencji zawierały tego rodzaju informacje.

Z tych także powodów wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego *na okoliczność ustalenia, czy wykaz wykonanych dostaw przez Wykonawcę MORIS Maurycy Wołek, w związku z dokumentem wystawionym przez firmę Sroubarna Kyjow Spol. s.r.o. oraz referencjami udzielonymi przez METALCOM Kutna Hora a.s. spełniają warunki określone w Rozdziale VIII pkt 1 ppkt 1.2 f) siwz z uwagi na wymagany przedmiot dostawy szczegółowo i precyzyjnie określony przez Zamawiającego nie mógł zostać uwzględniony. Jak wskazano wyżej, ocena spełnienia bądź niespełnienia warunku udziału w postępowaniu odbywa się na podstawie konfrontacji treści postawionego warunku z treścią zawartą w wykazie dostaw, zaś w oparciu o treść referencji badane jest, czy dostawę wykazaną w wykazie dostaw wykonano należycie. Powyższe czyniło zatem wniosek dowodowy nieprzydatnym do wykazania okoliczności mającej znaczenie dla rozstrzygnięcia okoliczności spornej w postępowaniu.*

Podobnie należało zakwalifikować argumentację zawartą w odwołaniu, zgodnie z którą oświadczenie Sroubarna Kyjow spol. s.r.o, stwierdzające, że udostępni niezbędne zasoby na potrzeby wyprodukowania przedmiotu zamówienia określonego w treści zadania 6, powinno być opatrzone wykazem środków umożliwiających realizację zamówienia. Przedmiotem udostępnienia przez podmiot trzeci - Sroubarna Kyjow Spol. s.r.o jest zasób w postaci wiedzy i doświadczenia, zatem zakres wykazania, do jakiego obowiązany jest wykonawca, w myśl przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych obejmuje ten zasób, co zostało skonsumowane przekazanymi dokumentami referencji. Odwołujący upatruje konieczności wyszczególnienia środków umożliwiających realizację zamówienia, podczas gdy przedmiotem wymagania w zakresie warunków udziału w postępowaniu nie są środki umożliwiające wykonanie zamówienia w postaci potencjału technicznego, ale wiedza i doświadczenie, te zaś – zgodnie z przepisami *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* wykazywane są poprzez wykazanie wykonanych w przeszłości dostaw, usług czy robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Powyższa ocena determinowała wniosek, iż Zamawiający dokonał prawidłowej oceny spełnienia Przez wykonawcę MORIS Maurycy Wołek w Tychach warunku udziału w postępowaniu dla zadania 6, w zakresie kwestionowanym w odwołaniu. W tych

okolicznościach nie sposób podzielić także zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nie potwierdziły się zatem stawiane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych a także art. 91 a ust. 1 ustawy, art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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).

Przewodniczący: