

**WYROK**  
z dnia 21 listopada 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:   Marek Koleśnikow**  
**Dagmara Gałczewska-Romek**  
**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant:         Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **9 listopada 2012 r.** wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo „AGAT” S.A. z siedzibą w Koluszkach (pełnomocnik), (2) BinŻ S.A. z siedzibą w Bełchatowie, adres pełnomocnika: ul. Paderewskiego 1, 95-040 Koluszki** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Łódzka Kolej Aglomeracyjna Sp. z o.o., ul. Żeligowskiego 3/5, 90-752 Łódź** przy udziale:

**A) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Karmar S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), (2) TOR-KAR-SSON Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Elblągu, (3) Z..... K....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo TOR-KAR-SSON Z..... K..... w Warszawie, adres pełnomocnika: al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**B) wykonawcy Trakcja-Tiltra S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59, 00-120 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo „AGAT” S.A. z siedzibą w Koluszkach (pełnomocnik), (2) BinŻ S.A. z siedzibą w Bełchatowie, adres pełnomocnika: ul. Paderewskiego 1, 95-040 Koluszki**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: **dwadzieścia** tysięcy złotych **zero** groszy) uiszczone przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo „AGAT” S.A. z siedzibą w Koluszkach (pełnomocnik), (2) BinŻ S.A. z siedzibą w Bełchatowie, adres pełnomocnika: ul. Paderewskiego 1, 95-040 Koluszki**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: **trzy** tysiące **sześćset** złotych **zero** groszy) przez odwołującego **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo „AGAT” S.A. z siedzibą w Koluszkach (pełnomocnik), (2) BinŻ S.A. z siedzibą w Bełchatowie, adres pełnomocnika: ul. Paderewskiego 1, 95-040 Koluszki** na rzecz zamawiającego **Łódzka Kolej Aglomeracyjna Sp. z o.o., ul. Żeligowskiego 3/5, 90-752 Łódź** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów 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, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2479/12

## Uzasadnienie

Zamawiający Łódzka Kolej Aglomeracyjna Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Żeligowskiego 3/5, pokój 607, 90-051 Łódź wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »**Dostawa 20 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem usług ich utrzymania oraz projektowanie i budowa Zaplecza Technicznego w ramach projektu „Budowa systemu Łódzkiej Kolei Aglomeracyjnej»**«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16.03.2012 r. pod nrem 2012/S 53-087078.

Zamawiający zawiadomił 31.10.2012 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy TRAKCJA TILTRA S.A. z siedzibą w Warszawie;
- 2) wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Przedsiębiorstwo „AGAT” S.A. z siedzibą w Koluszkach (pełnomocnik), ul. Paderewskiego 1, 95-040 Koluszki i [2] BinŻ S.A. z siedzibą w Bełchatowie, ul. Olsztyńska 3, 97-400 Bełchatów**, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] Przedsiębiorstwo „AGAT” S.A. z siedzibą w Koluszkach (pełnomocnik), ul. Paderewskiego 1, 95-040 Koluszki i [2] BinŻ S.A. z siedzibą w Bełchatowie, ul. Olsztyńska 3, 97-400 Bełchatów**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 09.11.2012 r. do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz z art. 22 ust. 4 Pzp przez niezasadne wykluczenie odwołującego z postępowania;
- 2) § 6 ust. 2 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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) zw. dalej „rozporządzeniem o dokumentach”, przez przyjęcie, że dokumenty zostały złożone w

nieodpowiednie formie, co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia odwołującego z postępowania;

- 3) **art. 89 ust. 1 pkt 5** Pzp przez niezasadne odrzucenia oferty odwołującego;
- 4) **art. 89 ust. 1 pkt 2** Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Karmar SA z siedzibą w Warszawie, al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa (pełnomocnik)**, [2] **Tor-Kar-Sson Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą w Elblągu** i [3] **Przedsiębiorstwo Tor-Kar-Sson Z..... K..... z siedzibą w Warszawie** (dalej „wykonawca Karmar”), pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a przez to naruszenie **art. 92 ust. 1** Pzp przez zaniechanie wskazania wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych na podstawie, których wykonawca Karmar powinien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona;
- 5) **art. 7 ust. 1** Pzp przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji, w związku z naruszeniem wymienionych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 5) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Karmar na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
- 6) uzupełnienie informacji o wykluczeniu wykonawcy Karmar z postępowania i odrzuceniu jego oferty o zarzuty przedstawione w odwołaniu;
- 7) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

I. W uzasadnieniu faktycznym informacji o wykluczeniu zamawiający wskazał, że: odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.2.2.2.b.i [powinno być c.i] gdyż zgodnie z pkt 6.2.2.2.b.i specyfikacji wykonawca zobowiązany był wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, należycie wykonał a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje co najmniej jedno zamówienie w ramach którego opracował dokumentację projektową (w rozumieniu

rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawę szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004 r., Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.) dla budowy lub przebudowy infrastruktury kolejowej.

24 września 2012 r. pismem o sygnaturze ŁKA-ZP-BH-3330-1304/12 odwołujący został wezwany, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, wskazanego w pkt 2.2.2.b.i specyfikacji. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, 2 października 2012 r. odwołujący przedstawił wykaz usług, w którym w pozycjach 1-4 wykazał:

1. Budowę bocznicy szerokotorowej NAFTAN na Plancie. Wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego.
2. Budowę bocznic kolejowej normalni i szerokotorowej w Małaszewiczach Małych na terenie Wolnego Obszaru Celnego. Projekt budowlany zamienny.
3. Wykonanie dokumentacji projektowej na przebudowę układu torowego przy hali napraw wagonów w Gdyni Grabówek PKP CARGO S.A.
4. Projekty budowlane i wykonawcze układu torowego „Bocznica Elektrownia Północ”.

Na potwierdzenie należytego wykonania powyższych usług przedstawiono:

1. Dla pierwszej usługi – referencje NAFTAN Sp. z o.o. z dnia 15 listopada 2010 r.
2. Dla drugiej usługi – referencje ADAMPOL S.A. z dnia 4 października 2010 r.
3. Dla trzeciej usługi – referencje PKP CARGO S.A. z dnia 16 lutego 2011 r.
4. Dla czwartej usługi – protokół przekazania dokumentacji projektowej z dnia 31 stycznia 2011 r., protokół nr 1 przekazania dokumentacji projektowej z dnia 31 grudnia 2010 r. oraz protokół przekazania dokumentacji projektowej z dnia 17 lutego 2011 r.

Zamawiający wskazał, że z uwagi na fakt, że każda w ww. usług została wykazana przez odwołującego na zasadzie udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci – ZU-H „TOREX” R..... S..... – wymienione powyżej kopie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług powinny być poświadczane „za zgodność z oryginałem” przez podmiot, którego dotyczą, czyli przez ZU-H „TOREX” R..... S..... Wymóg ten, zdaniem zamawiającego, wyraźnie wynika z § 6 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach, jak również z pkt 12.11 specyfikacji. Ponieważ ww. dokumenty zostały poświadczane „za zgodność z oryginałem” przez wykonawcę, czyli w sposób niezgodny z cytowanymi powyżej wymaganiami, zamawiający uznał, że wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.2.2.2.b.i specyfikacji.

Działanie zamawiającego jest bezzasadne. Zgodnie z treścią § 6 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3 [podmioty udostępniające zasoby], kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty.

Odwołujący nie może się zgodzić z argumentacją zamawiającego, że z rozporządzenia o dokumentach, wynika, że dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego może poświadczyc za zgodność z oryginałem jedynie ten podmiot. Sposób sformułowania (jego literalne brzmienie) i wykładnia celowościowa § 6 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach wskazuje wprost, że takiego poświadczenia może dokonać zarówno wykonawca jak i podmiot udostępniający swoje zasoby. Użyta w powyższym przepisie alternatywa łączna przesądza o możliwości dokonania tego poświadczenia zarówno przez wykonawcę jak i przez podmiot trzeci, a przeciwna interpretacja byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem przepisu i niezasadniona względami celowościowymi. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

2. W ocenie odwołującego, z treści pisma zamawiającego z dnia 31 października 2012 r. zawierającego informację o wykluczeniu odwołującego z postępowania, wynika, że jedyną podstawą wykluczenia odwołującego z postępowania było złożenie dokumentów poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, a nie przez podmiot udostępniający zasoby. Ponieważ jednak zamawiający wskazał, że „dodatkowo” trzy z czterech wymienionych w wykazie usług nie potwierdzają spełniania postawionego warunku, odwołujący wskazuje, że okoliczność ta nie może stanowić nawet dodatkowej podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania. W postawionym warunku, zamawiający wymagał bowiem wykazania się wykonaniem co najmniej jednego zamówienia w ramach którego wykonawca opracował dokumentację projektową. W konsekwencji, skoro usługa wskazana w pkt 3 potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, to zakres pozostałych usług nie ma wpływu na spełnianie tego warunku przez odwołującego.

3. Jedynie z ostrożności procesowej odwołujący wskazuje, że również co najmniej dwie zakwestionowane przez zamawiającego pozycje potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. pozycja 1 – wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego i pozycja 4 – wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego spełnia wymagania określone w warunku udziału w postępowaniu z uwagi na następujące okoliczności:

1 – Zamawiający wymagał opracowania dokumentacji projektowej (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawę szczegółowego

zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.); zgodnie z § 4 pkt 1 ww. rozporządzenia dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z: a) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych, b) projektów wykonawczych w zakresie, o którym mowa w § 5; c) przedmiaru robót w zakresie, o którym mowa w § 6; d) informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów. Natomiast zgodnie z § 4 pkt 3 ww. rozporządzenia, jeśli zamówienie na roboty budowlane, o których mowa w ust. 1 i 2, jest udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki lub **w istotnych postanowieniach umowy przyjęto zasadę wynagrodzenia ryczałtowego, dokumentacja projektowa może nie obejmować przedmiaru robót.**

2 – Ponieważ zamawiający, za realizację przedmiotu zamówienia przewidział cenę ryczałtową, a warunki udziału w postępowaniu muszą być zarówno związane jak i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, to wystarczającym, na potwierdzenie spełniania postawionego warunku było wykonanie dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany i projekt wykonawczy. W konsekwencji nie tylko usługa wskazana w pozycji 3, lecz również usługi wskazane w pozycjach 1 i 4 wykazu potwierdzają spełnianie przez odwołującego postawionego warunku.

## II. Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy Karmar

1. Zamawiający pomimo, że zasadnie dokonał wykluczenia wykonawcy Karmar z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż wykonawca Karmar nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (dysponowanie osobą lub osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia: kierownikiem budowy i kierownikami robót elektrycznych) oraz odrzucił ofertę złożoną przez tego wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp i 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, to zaniechał wskazania pozostałych braków oferty wykonawcy Karmar, które także stanowią podstawę odrzucenia tej oferty.

Zgodnie z treścią pkt 12.8. rozdziału 12 specyfikacji „Opis sposobu przygotowania ofert”, zamawiający wymagał, aby umocowanie osób podpisujących ofertę wynikało bezpośrednio z dokumentów dołączonych do oferty. Oznacza to, że jeżeli umocowanie takie nie wynika wprost z dokumentu określającego status prawny wykonawcy, to do oferty należy dołączyć

oryginał lub notarialnie poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię pełnomocnictwa udzielonego przez upoważnione osoby. Wymaganie to zostało powtórzone w pkt 13.2 d rozdziału 13 specyfikacji Zawartość oferty: oferta na część II zamówienia powinna zawierać: dokument bądź dokumenty potwierdzające umocowanie osób podpisujących ofertę do reprezentowania wykonawcy w sytuacji, gdy nie wynika ono z treści dokumentu, o którym mowa w rozdziale 7.4.b specyfikacji.

Jednym z członków wykonawcy Karmar jest Tor-Kar-Sson sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą w Elblągu. Z załączonego do oferty odpisu z rejestru wynika, że spółka jest reprezentowana przez komplementariusza, którym jest Tor-Kar-Sson sp. z o.o. W rejestrze nie zostały jednak wskazane ani nazwiska osób uprawnionych do reprezentacji, ani sam sposób reprezentacji Tor-Kar-Sson sp. z o.o. Dokument ten, zgodnie z przywołanymi powyżej punktami specyfikacji był elementem oferty. Zatem brak tego dokumentu skutkować powinien odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Gdyby Izba uznała, że co do zasady odpis z KRS dla komplementariusza może być uzupełniony, to odwołujący wskazuje, że wykonawca Karmar był wzywany do uzupełnienia dokumentów w tym zarówno do uzupełnienia odpisów z KRS, jak również do uzupełnienia pełnomocnictw »jednoznacznie potwierdzających umocowanie Lidera konsorcjum – firmy KARMAR S.A. do potwierdzania „za zgodność z oryginałem” dokumentów Partnerów konsorcjum«. Brak odpisu z KRS komplementariusza, uniemożliwia zweryfikowanie prawidłowości udzielonego pełnomocnictwa. Zatem uzupełnienie było niekompletne i oferta powinna zostać odrzucona z tego powodu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **09.11.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **12.11.2012 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Wykonawca TRAKCJA TILTRA S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59, p XVIII, 00-120 Warszawa **13.11.2012 r.** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).



Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Karmar SA z siedzibą w Warszawie, al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa (pełnomocnik)**, [2] **Tor-Kar-Sson Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą w Elblągu** i [3] **Przedsiębiorstwo Tor-Kar-Sson Z..... K..... z siedzibą w Warszawie 15.11.2012 r.** złożyli: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez przystępującego odpis z KRS-u dla komplementariusza TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na wykazanie, że osoby podpisane pod pełnomocnictwem dla partnera wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TOR-KAR-SSON Sp. komandytowa miały umocowanie do działania w imieniu TOR-KAR-SSON Sp. komandytowej oraz że zakres umocowania jest taki sam, jak w Krajowym Rejestrze Sądowym dla komplementariusza – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty naruszenia **§ 6 ust. 2 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** przez przyjęcie, że dokumenty zostały złożone w nieodpowiedniej formie, co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia odwołującego z postępowania, **art. 24 ust. 2 pkt**

**4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz z art. 22 ust. 4** Pzp przez niezasadne wykluczenie odwołującego z postępowania oraz **art. 89 ust. 1 pkt 5** Pzp przez niezasadne odrzucenia oferty odwołującego – nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający, zgodnie z pkt 6.2.2.2. lit. b ppkt i (str. 13 i 14) specyfikacji w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp) żądał wykazania należytego wykonania bądź – w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – wykonywania co najmniej jednego określonego zamówienia. Zamawiający stwierdził, że odwołujący do oferty nie dołączył odpowiedniego dokumentu i dlatego wezwał zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia odpowiednich dokumentów. Odwołujący w wyznaczonym terminie złożył dokumenty podmiotu trzeciego, zgodnie z przepisami art. 26 ust. 2b Pzp. Jednak zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania, gdyż stwierdził, że kopie dokumentów podmiotu trzeciego złożone przez odwołującego na wezwanie nie zostały przez ten podmiot potwierdzone za zgodność oryginałem, a tylko tego potwierdzenia dokonał sam odwołujący. Zamawiający, wykluczając odwołującego z postępowania, powołał się na § 6 ust. 2 **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.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający podstawnie wykluczył odwołującego z postępowania, gdyż przepis § 6 ust. 2 przytaczanego rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi o konieczności szczególnego poświadczenia za zgodność z oryginałem kopii dokumentów. O tej wyjątkowości postępowania w stosunku do dokumentów określonych w § 6 ust. 2 rozporządzenia stanowią pierwsze wyrazy cyt. „W przypadku [określonych] wykonawców [...] oraz w przypadku [określonych] podmiotów...”. Z rozpoznania sprawy wynika, że zamawiający miał obowiązek zastosować się do uregulowania zawartego w § 6 ust. 2 przytaczanego rozporządzenia.

I dalej rozporządzenie stanowi, cyt.: „kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty”.

W § 6 ust. 2 przytaczanego rozporządzenia został użyty dwukrotnie spójnik „lub”. I na to powoływał się odwołujący stwierdzając, że wyraz „lub” jest funktorem alternatywy nierozłącznej, dopuszczającej do potwierdzania kopii dokumentów przez tylko wykonawcę lub tylko podmiot, którego dokument dotyczy, ale także wykonawca może razem z odpowiednim podmiotem potwierdzić dany dokument.

Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że funktor prawdziwościowy alternatywy nierozłącznej nie ma w mowie polskiej wyraźnie określonych odpowiedników słownych. Na str. 75 dzieła prof. Zygmunta Ziemińskiego pt. „Logika praktyczna” (PWN, Warszawa 1984 r.), autor pisze, cyt.: „[...] funktory prawdziwościowe nie mają w polskiej mowie potocznej

wyraźnie określonych odpowiedników słownych. Używa się do ich wystawiania takich zwrotów, jak „lub”, „albo”, „bądź... bądź...”, nie czyniąc między nimi czasem różnicy, i to nie tylko w wypowiedziach potocznych, ale nawet i w formułowaniu przepisów prawnych”.

Ponadto odwołujący nie wziął pod uwagę, że w analizowanym przepisie § 6 ust. 2 omawianego rozporządzenia znajduje się jeszcze przysłówek „odpowiednio”. Ze względu na występowanie tego doprecyzowania kopie dokumentów muszą być poświadczane za zgodność z oryginałem przez odpowiednią jednostkę, której dokument dotyczy, czyli przez wykonawcę, jeżeli dokument dotyczy wykonawcy. Natomiast, jeżeli dokument dotyczy podmiotu trzeciego, to dokument musi być poświadczony za zgodność z oryginałem przez ten właśnie podmiot trzeci.

Izba podziela pogląd wyrażony m.in. w uzasadnieniu wyroku z 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1161/10 oraz wyroku z 19 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 735/11 i KIO 736/11, w których Izba stwierdziła, że użycie wyrazu „odpowiednio” wskazuje na konieczność poświadczania dokumentów przez wykonawcę lub przez podmiot zależnie jest od tego, czy dokument dotyczy wykonawcy, czy tego podmiotu.

Istotne jest, że wymaganie potwierdzenia kopii dokumentu stanowi element udowodnienia zamawiającemu, że nastąpi rzeczywiste udostępnienie zasobów przez podmiot wskazany w art. 26 ust. 2b Pzp i zostanie osiągnięty cel nadrzędny – należyte wykonanie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że wymaganie zamawiającego, aby dokumenty pochodzące od podmiotu udostępniającego swoje zasoby były poświadczane za zgodność z oryginałem przez ten podmiot, jest zgodne z przepisami prawa. Z tej przyczyny zamawiający musiał stwierdzić, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku sprecyzowanego w pkt 6.2.2.2. lit. a ppkt i specyfikacji. Na tej podstawie zamawiający musiał wykluczyć odwołującego z postępowania, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W związku z tym skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutu naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz z art. 22 ust. 4** Pzp i **art. 89 ust. 1 pkt 5**, a także **§ 6 ust. 2 rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów [...] przez niezasadne wykluczenie odwołującego z postępowania i niezasadne odrzucenia oferty odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2** Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę **Karmar**, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a przez to naruszenie **art. 92 ust. 1** Pzp przez zaniechanie wskazania wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych na podstawie, których wykonawca **Karmar** powinien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił, że w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia Karmar wykonawca TOR-KAR-SSON nie przedstawił KRS dla komplementariusza TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. W związku z tym odwołujący podnosi, że wykonawca ten nie przedstawił, kto był uprawniony do składania oświadczeń i potwierdzania za zgodność dokumentów tego podmiotu i dlatego zamawiający powinien wykluczyć tego wykonawcę.

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że wykonawca Karmar złożył dokumenty zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Ponadto KRS jest jawny i wobec tego odwołujący, mający zastrzeżenia do właściwej reprezentacji wykonawcy Karmar miał możliwość przedstawić zastrzeżenia w oparciu o dokumenty źródłowe, jednak tego nie uczynił.

Również przystępujący przedstawił dowód, który potwierdza prawidłowość reprezentowania przystępującego w ofercie. Wobec tego skład orzekający Izby jest obowiązany potraktować zarzut, jako nieumotywowany.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty naruszenia **art. 7 ust. 1** Pzp przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji, w związku z naruszeniem wymienionych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie. Od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, które nastąpiło 2 marca 2004 r. nie obowiązuje przepis art. 79 ust. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (ostatnie miejsce publikacji Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664, Nr 113, poz. 984 i Nr 197, poz. 1661 oraz z 2003 r. Nr 2, poz. 16, Nr 130, poz. 1188 i Nr 165, poz. 1591). Przepis ten brzmiał: *»Dostawcom lub wykonawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień, przysługują środki odwoławcze przewidziane w niniejszym rozdziale«.*

Pod rządami ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych odwołujący [i protestujący] mieli obowiązek wskazać naruszenie którejs z zasad udzielania zamówień. Jednak wobec obecnie obowiązującego art. 179 ust. 1 Pzp o brzmieniu *»Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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«*, odwołujący nie musi wykazywać naruszenia zasad zamówień publicznych, aby odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odwołujący przywołał tylko naruszenie ogólnej zasady art. 7 ust. 1 Pzp bez uzasadnienia. W związku z tym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowód złożony przez przystępującego (odpis z KRS).

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....