

Sygn. akt: KIO 561/12

## WYROK

z dnia 30 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Małgorzata Stręciwilk

**Członkowie:** Ewa Sikorska

Robert Skrzyszewski

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2012 r. przez **Tugeb Polbud Sp. z o.o., Sławoszowice, ul. Kolejowa 7, 56-300 Milicz** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 28/30, 86-300 Grudziądz**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża Tugeb Polbud Sp. z o.o., Sławoszowice, ul. Kolejowa 7, 56-300 Milicz i:**

- 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Tugeb Polbud Sp. z o.o., Sławoszowice, ul. Kolejowa 7, 56-300 Milicz** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2.** zasądza od **Tugeb Polbud Sp. z o.o., Sławoszowice, ul. Kolejowa 7, 56-300 Milicz** na rzecz **Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 28/30, 86-300 Grudziądz** kwotę: **4 051 zł 33 gr** (słownie: cztery tysiące pięćdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Toruniu**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt: KIO 561/12**

### **Uzasadnienie**

Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia Sp. z o.o. w Grudziądzu (dalej: „Zamawiający”) prowadzą, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Modernizację linii sortowni wraz z dostawą maszyn i urządzeń do przyjętej technologii na Składowisku Odpadów w Zakurzewie koło Grudziądza*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 6 stycznia 2012 r. pod nr 2012/S 3-004672.

W postępowaniu tym wykonawca Tugeb Polbud Sp. z o.o. z siedzibą w Sławoszowicach, poczta Milicz (dalej: „Odwołujący”) w dniu 22 marca 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołanie dotyczy czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i zatrzymania mu wadium, o dokonaniu której to czynności Zamawiający poinformował Odwołującego, przesyłając mu informację w dniu 12 marca 2012 r.

Zamawiający pismem z dnia 23 marca 2012 r., przesłanym w tej samej dacie, wezwał wykonawców do wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, przekazując im kopię odwołania. Do upływu terminu na zgłoszenie przystąpienia (26 marca 2012 r.) żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Postanowieniem Izby z dnia 26 marca 2012 r. sprawa odwołania została skierowana do rozpoznania na posiedzeniu z udziałem stron.

Izba rozpoznała wniesione odwołanie na posiedzeniu z udziałem stron oraz na rozprawie w dniu 30 marca 2012 r.

Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania w przedmiotowej sprawie:

I. Stanowisko Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że usługi wskazane w wykazie załączonym przez Odwołującego do jego oferty nie potwierdzają spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania wiedzą i doświadczeniem,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że poświadczony za zgodność z oryginałem przez Odwołującego oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu potencjału nie stanowi dowodu na okoliczność dysponowania przez Odwołującego zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z przepisem § 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, poprzez przyjęcie, że poświadczony za zgodność z oryginałem przez Odwołującego dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 4) art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, poprzez zatrzymanie Odwołującemu wadium, w sytuacji braku podstaw prawnych i faktycznych do dokonania tej czynności.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na zatrzymaniu wadium wniesionego przez Odwołującego.

Odwołujący wykazywał swój interes w uzyskaniu zamówienia związany z wniesieniem odwołania wskazując, że skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest wykluczenie go z postępowania, pomimo wykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podkreślił, że pomimo tego, iż jego cena ofertowa nie była najniższa (w sytuacji, gdy jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty była właśnie cena), to może on jeszcze uzyskać niniejsze zamówienie w sytuacji, gdy przykładowo wykonawcy, którzy złożyli tańsze oferty odmówią zawarcia umowy o zamówienie publiczne, nie wniosą zabezpieczenia należytego

wykonania umowy. Możliwość ta warunkowana jest jednak przywróceniem go do niniejszego postępowania. Odwołujący podkreślił, że posiada także interes w zaskarżeniu czynności polegającej na zatrzymaniu przez Zamawiającego wadium, zwłaszcza, gdy czynność ta zaskarżana jest równocześnie z czynnością wykluczenia go z postępowania. W tym zakresie wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 06.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2061/11 oraz wyrok KIO z dnia 30 września 2011 r., sygn. akt KIO 2018/11) i sądów powszechnych oraz na postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2010 r., sygn. akt: V CSK 456/09, w którym wskazuje się, że wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stąd też wykonawcy, którego wadium zatrzymano przysługują środki prawne określone w ustawie Pzp.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Co do niespełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia podkreślił, że zgodnie z zapisami działu VI pkt 1.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) Zamawiający przyjął, iż warunek posiadania wiedzy i doświadczenia zostanie uznany za spełniony, jeżeli *„Wykonawca wykaże, że zrealizował w okresie ostatnich trzech lat (...), co najmniej jedną dostawę obejmującą dostarczenie i montaż co najmniej następujących elementów linii sortowni: separator optopneumatyczny, separator metali żelaznych i nieżelaznych, separator balistyczny, automatyczną stację załadunkową kontenerów, prasę belującą oraz przenośnik rewersyjny”*. Na wykazanie spełnienia powyższego warunku, Odwołujący przedstawił w wykazie wykonanych dostaw trzy różne umowy. Odwołujący wskazał, że rozumiał sporny warunek jako możliwość dowolnego połączenia wymaganych elementów linii w różnych zadaniach (umowach). W cytowanym zapisie SIWZ – według Odwołującego - nie znalazło się bowiem sformułowanie, iż elementy linii muszą wystąpić „łącznie” w ramach jednej umowy. Według niego przyjęcie sposobu rozumienia warunku zaprezentowanego przez Zamawiającego oznaczałoby, iż Zamawiający żądając od wykonawców dysponowania identycznym doświadczeniem jak to, które zdobędzie wykonawca wykonujący niniejsze zamówienie i wykluczając możliwość połączenia różnych zadań, w istocie naruszył przepis art. 22 ust. 4 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił także, że skoro w niniejszej sprawie istnieją wątpliwości do co sposobu rozumienia spornego warunku, to niejasności te nie mogą być, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, rozstrzygane na jego niekorzyść (wskazał na wyrok KIO z dnia 2 lutego 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1888/09).

Odwołujący podkreślił, że nawet gdyby przyjąć, iż Odwołujący nie wykazał w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu, to jednak

odpowiedział on na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia oferty, a co za tym idzie nie można zastosować względem niego przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Wskazał też na poparcie swojej argumentacji na orzecznictwo KIO odnośnie przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 465/11; wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2011r., sygn. akt: KIO 1702/11; wyrok z dnia 24 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1712/11; KIO 1714/11; KIO 1718/11; KIO 1719/11).

Co do zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów Odwołujący przywołał dyspozycję art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Z tego przepisu wynika – w jego ocenie - iż pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego jest jednym, przykładowo wskazanym przez ustawodawcę, ze sposobów wykazania przez wykonawcę, że ten będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji przedmiotu zamówienia. W konsekwencji – jego zdaniem - nie sposób znaleźć uzasadnienia dla odmowy przyznania waloru dowodu na wskazaną okoliczność także innym dokumentom, w tym przypadku oświadczeniu Odwołującego, iż uzyskał on zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia niezbędnego potencjału, która to okoliczność została potwierdzona dodatkowo kopią przedmiotowego oświadczenia potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez samego Odwołującego. Podkreślił, że dokument ten, w świetle przepisów Kodeksu cywilnego, nie jest wprawdzie pisemnym oświadczeniem, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, niemniej stanowi inny dowód na potwierdzenie możliwości dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego na potrzeby niniejszego postępowania. Powołał się na orzeczenie Izby z dnia 27 września 2011 r., sygn. akt KIO 1985/11, wskazując, że jeżeli wykonawca otrzymał pisemne zobowiązanie podmiotu do udostępnienia zasobów, to może taki dokument wykorzystać w celu udowodnienia zamawiającemu, że może dysponować zasobem. Dowód jednak nie musi polegać na przedłożeniu oryginału dokumentu, takim dowodem może być także sporządzona kopia pisemnego zobowiązania poświadczona za zgodność przez ten podmiot, w którego posiadaniu oryginał dokumentu poświadczanego się znajduje. Zamawiający otrzymując taki dowód zobligowany jest poddać go ocenie, zarówno co do tego, czy na podstawie tego dowodu można uzyskać przekonanie, że udostępnienie zasobu jest zapewnione w okresie realizacji inwestycji, jak również ocenić wiarygodność takiego dowodu. Według Odwołującego ocena spornego dokumentu winna być dokonana w powiązaniu z faktem, iż Odwołujący dysponował innymi dokumentami dotyczącymi podmiotu trzeciego - firmy Harnter Maschinenbau GmbH & Co. KG - oraz innymi oświadczeniami tegoż podmiotu złożonymi na potrzeby niniejszego postępowania (referencje, oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, zaświadczenia z Urzędu Skarbowego, itd.), których kopie załączył do swojej oferty. Kierując się doświadczeniem życiowym – według niego - nie sposób przyjąć, iż Odwołujący nie pozyskał firmy Harnter Maschinenbau GmbH & Co. KG do współpracy w ramach niniejszego zamówienia, skoro chociażby posiadał jej oświadczenia sporządzone na potrzeby tego postępowania i dotyczące jej dokumenty podmiotowe.

Wskazane okoliczności faktyczne sprawy - w jego ocenie - prowadzą do wniosku, iż Odwołujący w sposób poprawny wykazał, że dysponuje zasobami podmiotu trzeciego, choć nie przedstawił do dnia 1 marca 2012 r. pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. Skoro Zamawiający kwestionuje jedynie formę złożonego oświadczenia, nie zaś sam fakt udostępnienia przez firmę Harnter Maschinenbau GmbH & Co. KG swojego potencjału na rzecz Odwołującego, brak jest – jego zdaniem - podstawy do zastosowania względem Odwołującego sankcji z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał swoje stanowisko co do możliwości posłużenia się kopią spornego oświadczenia potwierdzoną za zgodność z oryginałem, a co za tym idzie nie pozostał bierny wobec wezwania Zamawiającego. Ponadto podkreślił, że Zamawiający w dacie podejmowania decyzji o zatrzymaniu wadium fizycznie dysponował spornym oświadczeniem podmiotu trzeciego w oryginale, co nie uzasadnia zastosowania art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, bowiem – zgodnie z orzeczeniem Sądu Apelacyjnego w Poznaniu w wyroku z dnia 20 maja 2010 r., (sygn. akt: I ACa 357/10) - z wypełnieniem dyspozycji tego przepisu mamy do czynienia wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca faktycznie (fizycznie) nie uzupełnił dokumentów (oświadczeń, pełnomocnictw).

Co do możliwości potwierdzenia za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego Odwołujący przywołał przepis § 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. Zgodnie z tym przepisem w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3 tego rozporządzenia, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty. Na poparcie swojego stanowiska powołał się na wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1545/10).

Podkreślił, że wyłączenie przez Zamawiającego zapisami SIWZ możliwości poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących podmiotów trzecich przez samego wykonawcę jest niezgodne z powyżej wskazanymi przepisami prawa, a co za tym idzie nieskuteczne (powołał się tu na wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2010 r., sygn. akt: KIO 969/10). Powyższe – jego zdaniem - wskazuje, iż w sposób prawidłowy zostały poświadczone za zgodność z oryginałem dokumenty załączone do oferty Odwołującego, a co za tym idzie niezasadne było skierowanie do niego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i tym samym też niezasadne było następnie wykluczenie Odwołującego z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i nie istnieją podstawy do zatrzymania przez Zamawiającego wniesionego przez niego wadium w oparciu o przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał w całości swoje stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie.

## II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w piśmie z dnia 26 marca 2012 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości na podstawie art. 192 ustawy Pzp;
- 2) przeprowadzenie dowodów z przedłożonej dokumentacji postępowania, a w szczególności z uwzględnieniem wezwania do uzupełnienia oferty, kierowanego do Odwołującego w dniu 23 lutego 2012 r.; wyjaśnień Odwołującego kierowanych do Zamawiającego pismem z dnia 29 lutego 2012 r., doręczonym 1 marca 2012 r.; wyjaśnień Odwołującego z 29 lutego 2012 r., które wpłynęły do Zamawiającego w dniu 5 marca 2012 r. wraz z załączonymi dokumentami, tj. zobowiązaniem innych podmiotów w zakresie zasobów wiedzy i doświadczenia, oświadczeniem o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, Świadectwem moralności oraz Informacją z centralnego rejestru przedsiębiorców (dotyczącymi firmy Hartner Maschinenbau GmbH & Co.KG), zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 marca 2012 r.; na okoliczność niespełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu z powodów opisanych w dalszej części niniejszej odpowiedzi na odwołanie;
- 3) zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, których zestawienie zostanie złożone na rozprawie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podniósł następujące okoliczności.

Co do kwestii niespełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał na zapisy działu VI pkt 1 ppkt 2 SIWZ. Z treści załączonego przez Odwołującego do oferty Wykazu wykonanych dostaw – jego zdaniem - nie wynika, iż Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wymagał przedstawienia co najmniej jednej dostawy obejmującej dostarczenie i montaż jednocześnie wszystkich elementów linii sortowni wskazanych powyżej. Odwołujący tymczasem w Wykazie wykonanych dostaw powołał się na trzy dostawy, przy czym z treści wykazu nie wynika, iż co najmniej jedna z nich spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego - nie zawiera łącznie wszystkich wymaganych elementów linii sortowni.

Co do kwestii pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu



zamówienia Zamawiający powołał się na postanowienia ppkt 5 pkt 1 działu VII SIWZ oraz samo brzmienie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zgodnie z tymi regulacjami, w przypadku gdy wykonawca, wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu zamierza polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, winien złożyć pisemne zobowiązanie innych podmiotów (podpisane przez te podmioty) do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W przedłożonej przez Odwołującego ofercie załączono zobowiązanie innych podmiotów, tj. firmy Hartner Maschinenbau GmbH & Co. KG do oddania do dyspozycji Odwołującego zasobów niezbędnych do realizacji niniejszego zamówienia. Przedmiotowy dokument (opatrzonej datą 6 lutego 2012 r. oraz podpisany przez Pana Tobiasa Hartnera) został złożony w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Pana Zenona Tudziar - Prezesa Zarządu Spółki Tugeb Polbud sp. z o.o., a więc osobę działającą na rzecz i w imieniu wykonawcy ubiegającego się o udzielenie niniejszego zamówienia, podczas gdy dokument ten winien zostać złożony w oryginale (zgodnie z kodeksową zasadą pisemności) i podpisany przez osobę/y uprawnioną/e do reprezentowania podmiotu udostępniającego wykonawcy niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu niniejszego zamówienia.

Co do kwestii dokumentów potwierdzających, że wobec podmiotu udostępniającego Wykonawcy niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości Zamawiający przywołał postanowienia działu VII pkt 4 ppkt 1) lit. a) oraz pkt 5 SIWZ. Zgodnie z nimi, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentu o którym mowa w dział VII pkt 2 ppkt 2), (tj. aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości (dokument wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert). Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Powyższe postanowienia - zgodnie z treścią dział VII pkt 1 SIWZ - mają również zastosowanie do podmiotów udostępniających wykonawcy niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Tak więc – według Zamawiającego – wykonawca powinien złożyć dokument lub dokumenty potwierdzające, iż wobec firmy Hartner Maschinenbau GmbH & Co. KG nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. W związku z powyższym Zamawiający wzywa jak na wstępie.

Co do kwestii dokumentów potwierdzających, że wobec podmiotu udostępniającego wykonawcy niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie Zamawiający powołał zapisy działu VII pkt 4 ppkt 1) lit. c) oraz pkt 5 SIWZ. Zgodnie z tymi regulacjami, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentu, o którym mowa w dział VII pkt 2 ppkt 6) SIWZ, (tj. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert) składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie (dokument wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert). Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Według Zamawiającego powyższe - zgodnie z treścią Dział VII pkt 1 SIWZ - ma również zastosowanie do podmiotów udostępniających wykonawcy niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, tak więc jego zdaniem, wykonawca winien złożyć dokument lub dokumenty potwierdzające, iż wobec firmy Hartner Maschinenbau GmbH & Co. KG nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie.

Co do kwestii dokumentów i oświadczeń podmiotu udostępniającego wykonawcy niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia Zamawiający powołał postanowienia ppkt 2) pkt 6 dział VII SIWZ oraz § 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. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817). Podkreślił, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów muszą być poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty. Wskazał, że w przedłożonej przez Odwołującego ofercie załączono dokumenty i

oświadczenia podmiotu udostępniającego wykonawcy niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu niniejszego zamówienia, tj. firmy Hartner Maschinenbau GmbH & Co. KG, wykazujące brak podstaw do wykluczenia tego podmiotu z niniejszego postępowania, a także potwierdzające, że dostawy wskazane przez wykonawcę w Wykazie wykonanych dostaw zostały wykonane należycie. Przedmiotowe dokumenty zostały złożone w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Pana Zenona Tudziarza - Prezesa Zarządu Spółki Tugeb Polibud sp. z o.o. - osobę działającą na rzecz i w imieniu wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z przywołanym przepisem wskazanego rozporządzenia oraz treścią SIWZ kopie dokumentów dotyczących podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a więc w tym przypadku – według Zamawiającego - kopie dokumentów firmy Hartner Maschinenbau GmbH & Co. KG winny być poświadczane za zgodność z oryginałem przez ten podmiot."

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący przesłał do Zamawiającego za pomocą faksu w dniu 1 marca 2012 r. o godz. 11:54 tylko i wyłącznie wyjaśnienia (zawarte na 3 stronach). Dokumenty wskazane przez Odwołującego jako załączniki do jego pisma nie zostały dostarczone wraz z tym pismem. Zamawiający otrzymał je w dniu 5 marca 2012 r. za pośrednictwem Poczty Polskiej. Zamawiający wskazał, że przeanalizował wyjaśnienia Odwołującego uznając je za niewystarczające i niezgodne z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzucił jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, o czym poinformował Odwołującego pismem z dnia 12 marca 2012 r. Nadto pismem tym, Zamawiający poinformował Odwołującego o zatrzymaniu wadium zgodnie z treścią art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Odwołujący pismem z dnia 15 marca 2012 r. przedstawił swoje stanowisko nie zgadzając się z wykluczeniem z postępowania i zatrzymaniem wadium.

Według Zamawiającego zarzuty stawiane przez Odwołującego są chybione i nie znajdują oparcia w obowiązującym prawie z przyczyn poniższych.

1) Odwołujący w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia miał wykazać, iż zrealizował w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną dostawę obejmującą dostarczenie i montaż co najmniej następujących elementów linii sortowni: separator optopneumatyczny, separator metali żelaznych i nieżelaznych, separator balistyczny, automatyczną stację załadunkową kontenerów, prasę belującą oraz przenośnik rewersyjny, czego Odwołujący – według Zamawiającego - nie uczynił. Podkreślił, że gdyby Zamawiający żądał od Odwołującego wykazania, iż ten dostarczył i zamontował wskazane elementy linii sortowni w ramach kilku

umów, kontraktów, sprecyzowałby warunek pominięty sformułowanie: „co najmniej jedną dostawę obejmującą”. Zamawiający tymczasem wymagał, aby Odwołujący wykazał, iż zrealizował co najmniej jedną dostawę obejmującą dostarczenie i montaż jednocześnie wszystkich elementów linii sortowni wskazanych powyżej. Podkreślił, że tak sformułowany warunek jest adekwatny do przedmiotu zamówienia, w zakres którego wchodzi m. in. dostawa maszyn i urządzeń, które razem stanowią będą linię technologiczną sortowania odpadów. Zamawiający precyzując warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia miał bowiem na celu zweryfikowanie, czy dany wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia i posiada doświadczenie nie tylko w dostarczaniu i montażu poszczególnych elementów linii sortowni, ale przede wszystkim w połączeniu ich w jedną linię technologiczną wraz z jej jednoczesnym rozruchem. Według Zamawiającego miał on prawo oczekiwać złożenia oferty przez wykonawcę, który przy jednej dostawie dostarczył i zamontował wszystkie w/w urządzenia. Zamawiającemu chodziło o wyłonienie wykonawcy z dużym doświadczeniem, który zagwarantowałby oczekiwany przez Zamawiającego rezultat. Tak sformułowany warunek – w ocenie Zamawiającego - nie narusza zasad uczciwej konkurencji, gdyż Zamawiający ma prawo stawiać wysokie wymagania. Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał wyrok KIO z 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 80/07, w którym Izba stwierdziła, że *„Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców”*.

2) Zamawiający podniósł, że Odwołujący był zobowiązany do przedłożenia pisemnego zobowiązania innych podmiotów (podpisanego przez te podmioty) do oddania do dyspozycji Odwołującemu niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W tym zakresie Odwołujący złożył jedynie wyjaśnienia dotyczące przedmiotowego dokumentu, jednocześnie wskazując, iż jest w posiadaniu oryginału „zobowiązania”. Wyjaśnienia te – w ocenie Zamawiającego - nie czyniły jednak zadość treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ani żądaniu Zamawiającego, bowiem Odwołujący przy swoim piśmie (wyjaśnieniach) nie załączył żądanego dokumentu. Oryginał pisemnego zobowiązania został co prawda dostarczony do Zamawiającego, jednakże po terminie przewidzianym na jego uzupełnienie. Podkreślił, że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia pisemności, dlatego też posiłkując się przepisem art. 14 ustawy Pzp, koniecznym jest w tym przypadku odniesienie się do przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) - Kodeks cywilny. Przywołał brzmienie art. 78 § 1 KC, z którego wynika, iż do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Podkreślił, że w orzecznictwie wskazuje się, także że: *„minimalnym wymaganiem dla zachowania formy pisemnej jest złożenie*

własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia" (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 sierpnia 2009 r., sygn. akt: I PK 58/09). W związku z powyższym, według Zamawiającego obowiązek pisemności zobowiązań podmiotów trzecich należy interpretować i rozstrzygać w oparciu o przepisy KC. Zamawiający podkreślił, że z treści przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp i KC wynika, że ustawodawca zastrzegł dla zobowiązania składanego przez podmiot trzeci w wykonaniu dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, formę pisemną. W związku z powyższym, gdy dowodem dysponowania zasobami podmiotów trzecich wybranym przez wykonawcę, jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, musi ono przybrać formę pisemną i nie jest dopuszczalna inna forma, w tym kopia dokumentu potwierdzona za zgodność z oryginałem. Powołał na potwierdzenie swojego stanowiska orzecznictwo KIO, zgodnie z którym zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów, złożone w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, nie spełniają wymogu formy pisemnej, określonej w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. (wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r., KIO/UZP 447/11 KIO/UZP 449/11 KIO/UZP 452/11; wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., KIO/UZP 636/11; wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r. KIO/UZP 822/11; wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2011 r. KIO/UZP 1106/11 KIO/UZP 1111/11).

Zamawiający podkreślił także, że § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), odnosi się tylko do dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które zostały w w/w Rozporządzeniu wprost wskazane. Rozporządzenie nie wymienia wśród dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu „pisemnych zobowiązań” podmiotów udostępniających zasoby wykonawcom. Tym samym – według Zamawiającego - zastrzeżona w Rozporządzeniu możliwość przedłożenia stosownych dokumentów w formie pisemnej lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem, nie znajduje zastosowania w odniesieniu do wymienionego wyłącznie w ustawie Pzp dokumentu w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego. Tym samym Zamawiający wskazał, że § 6 ust. 1 Rozporządzenia nie odnosi się do zobowiązania podmiotu trzeciego, dla którego ustawa zastrzegła formę pisemną, zwłaszcza, że ustawa jest aktem prawnym wyższego rzędu niż rozporządzenie, co oznacza, iż wykonawcę wiąże nakaz odnoszący się do formy, w jakiej ma być złożone zobowiązanie, wynikający z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a nie przepisy w/w Rozporządzenia, które odnoszą się do formy innych dokumentów.

3) W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania w stosunku do podmiotów udostępniających Odwołującemu niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, Odwołujący był zobowiązany do przedłożenia dokumentu

potwierdzającego, że wobec tych podmiotów nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Zdaniem Zamawiającego nieuzasadnione jest stanowisko Odwołującego, iż „oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania” jest dokumentem wystarczającym do wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania w powyższym zakresie. Przywołał § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a) Rozporządzenia, z którego wynika, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (z dokumentów rejestrowych wynika iż podmiot udostępniający Odwołującemu zasoby ma siedzibę poza terytorium RP), zamiast dokumentu o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia (tj. aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Odwołujący wymaganego dokumentu nie złożył, bowiem według Zamawiającego nie jest wystarczające złożenie oświadczenia w przedmiotowej kwestii bez odpowiedniego poświadczenia np. w formie notarialnej.

4) W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania w stosunku do podmiotów udostępniających Odwołującemu niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, Odwołujący był zobowiązany do przedłożenia dokumentu potwierdzającego, że wobec tych podmiotów nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że Świadectwo Moralności oraz Informacja z centralnego rejestru przedsiębiorców są wystarczające do wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania w powyższym zakresie. Wskazał na § 4 ust. 1 pkt 1 lit. c) Rozporządzenia, z którego zdaniem Zamawiającego wynika, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 6 Rozporządzenia, (tj. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert) składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono

upadłości. Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Odwołujący żądane dokumenty w przypisanej ustawowo formie nie złożył, a więc według Zamawiającego uchybił przepisom § 4 ust. 1 pkt 1 lit. c) w/w Rozporządzenia.

5) W odniesieniu do dokumentów i oświadczeń dotyczących podmiotów udostępniających Odwołującemu niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia Odwołujący stwierdził w swoich wyjaśnieniach, iż przedmiotowe dokumenty muszą być poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty, co też Odwołujący uczynił. W opinii Zamawiającego tak złożone dokumenty nie czynią zadość treści § 6 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia. Wykładnia literalna w/w przepisu według Zamawiającego pozwala na stwierdzenie, iż w przypadku składania dokumentów w formie kopii, w zależności od okoliczności, czy dotyczą samego wykonawcy czy też są to dokumenty dotyczące podmiotów trzecich, z zasobów których wykonawca korzysta, muszą być odpowiednio poświadczane „za zgodność z oryginałem” przez wykonawcę, jeżeli dotyczą wykonawcy; przez podmiot trzeci, jeżeli dotyczą podmiotu trzeciego. Na potwierdzenie powyższego przywołał wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1161/10, w którym to Izba stwierdza, iż ustawodawca rozdzielił możliwość poświadczania „za zgodność z oryginałem” dokumentów składanych odpowiednio przez wykonawców od dokumentów składanych przez podmioty trzecie wyraźnie rozdzielając te obowiązki w § 6 ust. 2 w/w rozporządzenia. Zamienne stosowanie tego przepisu, odmienne jego rozumienie i stosowanie, według Zamawiającego prowadzić by mogło do sytuacji, gdzie podmiot trzeci, z którego potencjału zamierza skorzystać wykonawca potwierdzałby „za zgodność z oryginałem” dokumenty składane przez wykonawcę. Takiej sytuacji absolutnie dopuścić nie można. Przywołał także orzeczenie KIO (wyrok z dnia 30 września 2010 r., sygn. akt KIO/2037/10). Według Zamawiającego Odwołujący przedłożył przedmiotowe dokumenty w niewłaściwej formie (Odwołujący załączył w ofercie kopie dokumentów podmiotów udostępniających mu zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia potwierdzone za zgodność z oryginałem przez samego Odwołującego), czym naruszył przepisy § 6 ust. 1 pkt 2 cyt. Rozporządzenia, bowiem kopie dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających Odwołującemu zasoby winny zostać poświadczane za zgodność przez te podmioty.

Zamawiający podkreślił także, że Odwołujący opisując stan faktyczny i prawny w odwołaniu przywołał tylko fakty dla siebie korzystne i ograniczył treść swojego odwołania wyłącznie do polemiki z pkt 1, 2 i 5 wezwania do uzupełnienia oferty. Tym samym Odwołujący nie kwestionuje faktu, iż nie wykonał należycie wezwania do uzupełnienia oferty odnośnie pkt 3 i 4 tego wezwania.

Co do kwestii zasadności zatrzymania wadium, a więc nienaruszenia art. 46 ust. 4a ustawy Pzp podkreślił, że wskazany przepis jest jednoznaczny i stanowczy, i nakazuje Zamawiającemu zatrzymanie wadium w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Podniósł, że Odwołujący w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na złożenie dokumentów i oświadczeń dysponował nimi, o czym poinformował Zamawiającego w swoich wyjaśnieniach z dnia 29 lutego 2012 r., co wskazuje na okoliczność, że nic nie stało na przeszkodzie, aby dokumenty te dostarczyć Zamawiającemu w wyznaczonym terminie. Podkreślił, że termin ten był realny, gdyż sam Odwołujący nie negocjował go, ani też nie wystąpił o jego przedłużenie. Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 29 lutego 2012 r., sygn. akt 344/12, wg którego organizator przetargu nie może zgodzić się na uzupełnienia dokumentów e-mailem, faksem w sytuacji, kiedy żądał ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a treść SIWZ nakazywała ich złożenie w postaci oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Zachowanie Odwołującego spowodowało według Zamawiającego taką sytuację, że na dzień wyznaczony przez Zamawiającego do złożenia wyżej wymienionych dokumentów, Odwołujący tego nie uczynił, pozostając w zwłoce. Podkreślił, że przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp jest sformułowany stanowczo i przy zaistnieniu przesłanek w nim określonych, Zamawiający obowiązany jest zatrzymać stosowne wadium, co potwierdza liczne orzecznictwo KIO, a nawet przywołany przez Odwołującego w odwołaniu na str. 8 wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt: I ACa 357/10 z tezą „z wypełnieniem dyspozycji art. 46 ust. 4a Pzp mamy do czynienia wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca faktycznie (fizycznie) nie uzupełni dokumentów”. W niniejszej sprawie na dzień 1 marca 2012 r. Odwołujący fizycznie nie dostarczył żądanych dokumentów.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał w całości swoje stanowisko zawarte w odpowiedzi na odwołanie.



Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła też, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z udziału w postępowaniu jednocześnie podnosząc zarzut nieuprawnionego zatrzymania wadium przez Zamawiającego jako skutek czynności niezupelniania dokumentów i wykluczenia wykonawcy z postępowania. W ocenie Izby powyższe w sposób pośredni utrudnia Odwołującemu dostęp do zamówienia i pozbawia go możliwości jego uzyskania oraz naraża go na poniesienie w tym zakresie, a także poprzez zatrzymanie kwoty wadium wymiernej szkody. Wskazuje to na wypełnienie materialnoprawnej przesłanki skutecznego wniesienia odwołania, o której to przesłance mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dziale VI SIWZ pkt 1.2) opisał warunek wiedzy i doświadczenia, wskazując, iż *„warunek ten zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że zrealizował w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną dostawę obejmującą dostarczenie i montaż co najmniej następujących elementów linii sortowni: separator optopneumatyczny, separator metali żelaznych i nieżelaznych, separator balistyczny, automatyczną stację załadunkową kontenerów, prasę belującą oraz przenośnik rewersyjny”*. Zgodnie z Działem XXIII SIWZ Zamawiający określił cenę jako jedyne kryterium oceny ofert w postępowaniu.

Do upływu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone cztery oferty, w tym ofertę z czwartą pozycją w rankingu złożonych ofert, przedłożył także Odwołujący.

Zamawiający pismem z dnia 23 lutego 2012 r. wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia oferty w zakresie:

- 1) przedstawienie wykazu wykonanych dostaw, który potwierdzałby spełnienie warunku posiadania wyrazy i doświadczenia (Dział VI pkt 1.2. SIWZ),
- 2) przedstawienie pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Odwołującego jego potencjału,
- 3) przedstawienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego potwierdzających, że nie otwarto wobec tego podmiotu likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
- 4) przedstawienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego potwierdzających, że nie orzeczono wobec tego podmiotu zakazu ubiegania się o zamówienie,
- 5) przedłożenie we właściwej formie dokumentów potwierdzających, że wobec podmiotu trzeciego udostępniającego Odwołującemu potencjał nie zachodzą podstawy do wykluczenia (tj. w formie oryginałów lub kopii poświadczonych a zgodność z oryginałem przez podmiot trzeci).

W wezwaniu tym Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin na uzupełnienie tych dokumentów w formie pisemnej do dnia 1 marca 2012 r. godz. 13.00. Odwołujący w tym terminie przedstawił Zamawiającemu faksem wyjaśnienia dotyczące żądanych przez Zamawiającego dokumentów, wskazując na niezasadność wezwania skierowanego przez Zamawiającego w tym zakresie. Jednocześnie też Odwołujący wyjaśnił, że do pisma przesyłanego Zamawiającemu drogą pocztową dołączył właściwe dokumenty. Pismo to zostało doręczone przez pocztę Zamawiającemu w dniu 5 marca 2012 r.

Pismem przesłanym Odwołującemu faksem w dniu 12 marca 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując na niewypełnienie wszystkich pięciu elementów wezwania do uzupełniania dokumentów, co wskazuje na niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego o zatrzymaniu, na zasadzie art. 46 ust. 4a Pzp, wniesionego przez niego wadium.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że Zamawiający w sposób zasadny wykluczył Odwołującego z postępowania, jak też w sposób zasadny zatrzymał temu wykonawcy wadium.

Co do kwestii spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Izba ustala, że literalna wykładania brzmienia opisu tego warunku dokonanego przez Zamawiającego w SIWZ nie budzi żadnych wątpliwości. Z Opisu tego warunku wynika, że Zamawiający wymagał od wykonawców doświadczenia w postaci co najmniej jednej dostawy. Dostaw ta miała obejmować zarówno montaż, jak i dostarczenie określonych elementów linii sortowni. Zamawiający określił w opisie warunku minimalne elementy linii sortowni, których dostawą i montażem co najmniej musiał wykazać się wykonawca w ramach realizowanej umowy. Przedmiot sporu pomiędzy stronami postępowania odwoławczego sprowadza się do oceny tego, czy wykazanie się dostawą i montażem poszczególnych elementów linii sortowni mogło odbyć się w drodze wykazania się realizacją jednej umowy, czy też możliwe było powyższe w drodze wykazania się realizacją kilku umów, z których każda wykazywała dostawę i montaż pojedynczych elementów sortowni z opisu warunku. Odwołujący w wykazie wykonanych dostaw przedstawił trzy odrębne zamówienia wykonywane dla trzech odrębnych podmiotów, z których każda z dostaw obejmowała inne elementy linii sortowni z katalogu określonego w opisie warunku w SIWZ. Tej okoliczności Odwołujący nie kwestionował twierdząc, że powyższe stanowi wypełnienie wskazanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W ocenie Izby powyższe stanowisko Odwołującego nie znajduje uzasadnienia wobec niewątpliwej treści opisu warunku udziału w postępowaniu. Na konieczność wykazania się co najmniej jedną dostawą, która obejmowałaby wszystkie wymienione przez Zamawiającego w SIWZ elementy sortowni oprócz postanowień Działu VI pkt 1.2) SIWZ wskazywał – zdaniem Izby – także przygotowany przez Zamawiającego wzór wykazu wykonanych usług (Załącznik nr 3 do SIWZ), który wykonawcy mieli obowiązek dołączyć do oferty. W załączniku tym zawarte jest oświadczenie dla wykonawców, z którego wynika, że określona, wykazana przez wykonawców dostawa, obejmuje dostarczenie i montaż co najmniej kilku konkretnych, wymienionych przez Zamawiającego elementów sortowni. Powyższe potwierdza, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców wykazania się ramach jednej dostawy (umowy) realizacją wszystkich określonych przez Zamawiającego, wszystkich elementów linii sortowni. Odwołujący nie kwestionował na etapie SIWZ jej postanowień odnoszących się do opisu warunku wiedzy i doświadczenia. Aktualnie kwestionowanie treści warunku – ze wskazaniem, że warunek w rozumieniu prezentowanym

przez Zamawiającego narusza przepisy ustawy Pzp, a przede wszystkim zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. – na etapie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, należy uznać za spóźnione i tym samym pozostające poza merytoryczną oceną Izby.

Z tych też względów Izba uznała, że zarzut nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego z postępowania nie potwierdził się, Odwołujący bowiem poprzez wykazanie trzech odrębnych dostaw, do trzech odrębnych podmiotów, różnych elementów linii sortowni, jak również poprzez nieuzupełnianie w terminie, na wezwanie Zamawiającego skierowane do niego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Powyższe skutkowało koniecznością wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając zarzut nieuprawnionego wykluczenia Odwołującego z postępowania stwierdziła również, że Odwołujący poprzez zaniechanie kwestionowania w trybie odwoławczym wykluczenia siebie z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania braku otwarcia likwidacji oraz ogłoszenia upadłości, jak również niewykazania braku orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie w odniesieniu do podmiotu trzeciego, którego potencjałem posłużył się Odwołujący, niejako przyznał rację Zamawiającemu, co do zasadności czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Odwołujący we wskazanym zakresie był wzywany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów. Wezwania tego Odwołujący nie wykonał w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, z tych też względów Zamawiający również podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu. Tymczasem – jak wskazuje treść odwołania – Odwołujący w tym zakresie żadnych zarzutów nie podnosił. Tym samym choćby w tym zakresie wykluczenie Odwołującego z postępowania stało się wiążące i niepodważalne.

Co do drugiej kwestii związanej z wykluczeniem Odwołującego z postępowania z powodu nieuzupełniania pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się. Nie było sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego, że w ofercie Odwołującego została złożona jedynie kopia zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. firmy Harnter Maschinenbau GmbH & Co. KG z siedzibą w Bachingen w Niemczech potwierdzona za zgodność z oryginałem przez wykonawcę (str. 27 – 28 oferty Odwołującego). Nie jest także wątpliwe, że Odwołujący w terminie na uzupełnianie dokumentów wyznaczonym przez Zamawiającego (1 marca 2012 r.) nie przedstawił oryginału przywołanego dokumentu.

Oryginał dokumentu został przez Odwołującego uzupełniony dopiero w dniu 5 marca 2012 r. po upływie terminu, w wyniku doręczenia Zamawiającemu przesyłki pocztowej zawierającej także ten dokument. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu do dnia 1 marca 2012 r. kwestionował zasadność skierowanego w tym zakresie przez Zamawiającego wezwania do uzupełniania dokumentów. Izba w tym względzie podzieliła zdanie Zamawiającego, uznając, że zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno być złożone zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w formie pisemnej, co – zgodnie z art. 78 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp – oznacza własnoręczny podpis na oświadczeniu złożonym przez osobę upoważnioną do występowania w imieniu podmiotu trzeciego.

Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wskazuje na możliwość powoływania się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Możliwość dysponowania tym potencjałem przy realizacji zamówienia powinna być zamawiającemu udowodniona przez wykonawcę. Jako jeden, przykładowy i szczególny dowód potwierdzający powyższe, ustawodawca we wskazanym przepisie przewidział pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania mu do dysponowania określonego rodzaju zasób. Powyższe faktycznie oznacza, że wykonawca mógłby posługiwać się także innego rodzaju dowodami (np. zawarta umowa o współpracy tych podmiotów), jednakże przywołany w przepisie ustawy szczególny dowód, najczęściej zresztą wykorzystywany w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, ma zastrzeżoną także wskazanym przepisem ustawy formę. Ustawodawca wymaga, aby było to zobowiązanie składane w formie pisemnej. Skoro więc ustawodawca w przepisie ustawy Pzp zastrzegł określoną formę dla tego dokumentu powinna być ona dotrzymana dla udowodnienia Zamawiającemu dysponowania określonym potencjałem podmiotu trzeciego i tym samym dla udowodnienia spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że skoro forma ta została przewidziana w odniesieniu do jedynie przykładowo wymienionego w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dokumentu, innego rodzaju dokumentem będzie kserokopia zobowiązania podmiotu trzeciego potwierdzona za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Taki kierunek wykładni wskazanego przepisu prowadziłby do wykładni *contra legem*. Skoro bowiem ustawodawca przewidział dla konkretnego dokumentu jego formę (pisemną), niedopuszczalne jest twierdzenie, że zmiana formy tego samego dokumentu (kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem) prowadzi do zmiany rodzaju dokumentu (stanowi o innym dokumencie).

Izba nie może także zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że w odniesieniu do dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego mają zastosowanie reguły potwierdzania za zgodność z oryginałem przewidziane w przepisach 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). Reguły te mają zastosowanie do dokumentów, o których mowa we wskazanym rozporządzeniu,

tj. do dokumentów podmiotowych, których zamknięty katalog został określony w przepisach tego właśnie rozporządzenia oraz w odniesieniu do dokumentów przedmiotowych, których katalog o charakterze otwartym został określony także przepisami tego rozporządzenia. Tym samym tylko dokumenty, których dotyczy wskazane rozporządzenie mogą być składane w formie kserokopii potwierdzanej za zgodność z oryginałem co do zasady przez wykonawcę. Zobowiązanie podmiotu trzeciego, jako szczególny – jak wskazano – dokument zostało przewidziane w przepisach samej ustawy. Ustawodawca zastrzegł ten szczególny dokument przedkładany także na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale w sposób wyjątkowy, w sytuacji, kiedy sam wykonawca nie jest w stanie wykazać się spełnianiem warunków podmiotowych samodzielnie i zmuszony jest skorzystać z zasobów innego podmiotu, który o zamówienie publiczne nie ubiega się i zasadniczo nie podlega weryfikacji przez Zamawiającego. W takiej wyjątkowej sytuacji ustawodawca dopuszczając możliwość posługiwania się potencjałem tego podmiotu trzeciego w przepisach samej ustawy określił przykładowy dokument, który udowadnia posługiwanie się tym potencjałem, przewidując jednocześnie formę dla tego dokumentu. Z tej racji, że posługiwanie się potencjałem podmiotu trzeciego stanowi wyjątek od generalnej zasady, że to wykonawca musi wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wymogi zawarte w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp muszą być przestrzegane, a sam przepis powinien być interpretowany ściśle. Tym samym zatem, skoro w przepisie ustawy Pzp (akt wyższego rzędu) ustawodawca przewidział szczególną formę dla określonego dokumentu, nie odwołując się dodatkowo do reguły składania dokumentów przewidzianych w przepisach rozporządzenia (akt niższego rzędu), niedopuszczalne jest w tym zakresie stosowanie wykładni rozszerzającej, a nawet zmieniającej normę tego przepisu. Z tych też względów zasadnym było – w ocenie Izby - wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu nieudowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Co do kwestii wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu braku przedłożenia dokumentów podmiotowych odnoszących się do podmiotu trzeciego, które byłyby potwierdzone przez właściwy podmiot, Izba uznała, że w tym zakresie zarzut Odwołującego potwierdził się. Z uwagi jednak na potwierdzenie się innych okoliczności stanowiących podstawę wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba w tym względzie nie mogła uwzględnić odwołania, bowiem stwierdzone naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Odnosząc się do tego zarzutu stwierdzić należy, że Odwołujący został wezwany do uzupełniania dokumentów podmiotowych odnoszących się do podmiotu trzeciego (firmy Harnter Maschinenbau GmbH & Co. KG z siedzibą w Bachingen w Niemczech),

tj. oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, wypis z Rejestru Handlowego, zaświadczenie o braku zaległości podatkowych, zaświadczenie o opłacie składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, Świadectwo moralności dotyczące dyrektora zarządzającego firmy (podmiotu trzeciego). Dokumenty te zostały załączone do oferty Odwołującego w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez odwołującego się wykonawcę. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełniania tych dokumentów, wskazując na konieczność potwierdzenia ich za zgodność z oryginałem przez podmiot trzeci, a nie wykonawcę.

Izba stwierdziła, że przywołane dokumenty żądane od podmiotu trzeciego w przedmiotowym postępowaniu w trybie § 1 ust. 2 ustawy Pzp należało formalnie złożyć, czego Odwołujący także nie kwestionował. Jak bowiem wynika z treści oferty (str. 3 oferty) Odwołującego oświadczył on, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, tymczasem firma Harnter Maschinenbau GmbH & Co. KG z siedzibą w Bachingen w Niemczech (podmiot trzeci w ofercie Odwołującego) jest dostawcą tego typu urządzeń (jak w toku rozprawy oświadczył Zamawiający, czemu nie zaprzeczył Odwołujący). Podmiot trzeci, z którego potencjału Odwołujący miałby korzystać w toku realizacji zamówienia, co wynika z treści zobowiązania podmiotu trzeciego o oddaniu swoich zasobów na rzecz Odwołującego, jednocześnie też miałby uczestniczyć w realizacji przedmiotowego zamówienia w charakterze podwykonawcy. Właśnie taką sytuację, niezależnie od dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przewiduje przywołany przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów i przewiduje w takiej sytuacji konieczność przedłożenia dodatkowo od podmiotu trzeciego dokumentów podmiotowych, o których mowa w § 2 tego rozporządzenia. Stosownie do § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów wszystkie dokumenty, o których mowa w przepisach tego rozporządzenia mogą być składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, co do zasady przez wykonawcę. W ust. 2 § 6 tego rozporządzenia ustawodawca przewidział z kolei zasady potwierdzana za zgodność z oryginałem dokumentów, o których mowa w tym rozporządzeniu, w przypadku kiedy dokumenty te są składane przez podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie lub podmioty trzecie. Ustawodawca wskazał w tym przepisie – w jego literalnym brzmieniu, że dokumenty te poświadczane są przez wykonawcę lub te podmioty. Określenie „odpowiednio” z tego przepisu nie odnosi się do potwierdzania dokumentów przez wykonawcę tylko w zakresie dokumentów dotyczących wykonawcy i potwierdzania dokumentów podmiotu trzeciego dotyczących tylko przez ten podmiot. Tym samym nieuprawnione w tym zakresie było – zdaniem Izby – żądanie Zamawiającego przedłożenia tych dokumentów przez Odwołującego w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez podmiot trzeci. W ocenie Izby wystarczającym było – biorąc pod uwagę regulacje przewidziane w przepisach rozporządzenia w sprawie dokumentów – potwierdzenie tych dokumentów przez wykonawcę.

Co do kwestii zatrzymania wadium przez Zamawiającego Izba stwierdziła, że w przedmiotowym stanie faktycznym istniały podstawy do zatrzymania Odwołującemu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Wskazany przepis stanowi, że zamawiający zatrzymuje wadium wykonawcy wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Przepis ten wskazuje, że obowiązek istniejący po stronie podmiotu zamawiającego, zatrzymania wadium wykonawcy po wypełnieniu określonych przesłanek. Pierwsza z nich to niezuzupełnienie przez wykonawcę, na skutek wezwania zamawiającego skierowanego do niego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, określonych dokumentów, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów, które potwierdzają że określone dostawy, usługi czy roboty budowlane objęte przedmiotem zamówienia spełniają wymogi zamawiającego, jak również niezuzupełnianie wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pełnomocnictw. Druga z przesłanek wskazuje na konieczność zatrzymania wadium, jeśli – *a contrario* – wykonawca nie udowodni zamawiającemu, że niezuzupełnienie wskazanych dokumentów nastąpiło z przyczyn nieleżących po jego stronie. Określone przez ustawodawcę przesłanki zatrzymania wadium odnoszą się zatem do fizycznego niezuzupełnienia określonych dokumentów na wezwanie zamawiającego oraz na ciężar dowodowy nałożony tym przepisem na wykonawcę wykazania ewentualnych sytuacji, które - niezależne od wykonawcy - usprawiedliwiałyby nieuzupełnienie tych dokumentów przez wykonawcę, ze wskazaniem na przyczyny obiektywne, zewnętrzne i niezależne od wykonawcy. Przywołany przepis z pewnością nie przewiduje możliwości zatrzymania wadium wykonawcy, jeśli tylko dany wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z powodu niespełnienia określonych warunków udziału w postępowaniu, tylko uzależnia powyższe od nieprzedłożenia dokumentów odnoszących się m.in. do spełniania tych warunków. Przepis ten – jak powszechnie wskazuje się w orzecznictwie – wywołuje nazbyt restrykcyjne skutki dla przedsiębiorców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stąd też powinien być stosowany ściśle i z rozwagą, a także z uwzględnieniem celu, dla którego został on powołany do życia w 2008 r. Tym celem było zapobieganie znikom cenowym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, kiedy niezuzupełnienie dokumentów na żądanie zamawiającego dawało szansę wykonawcom uczestniczącym w takiej procedurze na manipulację ważnością swoich ofert, pod kątem uzyskania zamówienia przez tego wykonawcę, który ma szansę na uzyskanie zamówienia z najwyższą ceną ofertową.



W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że Odwołujący poprzez swoje zachowanie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego samodzielnie doprowadził do wypełnienia dyspozycji wskazanego przepisu. Niewątpliwym jest, że Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego do uzupełniania określonych dokumentów podmiotowych przedkładanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Niewątpliwym jest także, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp we wskazanym wezwaniu do uzupełniania braków oferty Zamawiający wyznaczył Odwołującemu określony termin (1 marca 2012 r.), w którym to terminie należało dostarczyć (fizycznie) Zamawiającemu wskazane dokumenty. Zarówno Zamawiający, jak i Odwołujący, nie kwestionowali okoliczności, iż w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie żaden z żądanych przez Zamawiającego dokumentów nie dotarł do Zamawiającego. Dokumenty te – przynajmniej w części - zostały przez Odwołującego dostarczone do Zamawiającego dopiero po upływie wyznaczonego mu terminu, przesyłką pocztową w dniu 5 marca 2012 r. Odwołujący w piśmie przesłanym w dniu 1 marca 2012 r. w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, w których polemizował z Zamawiającym co do zasadności jego wezwania, nie wskazał żadnych uzasadnionych przyczyn, dla których nie mógł dochować wymogu uzupełnienia dokumentów żądanych przez Zamawiającego. Izba stwierdziła także, że wyznaczony przez Zamawiającego termin na uzupełnienie tych dokumentów nie był obiektywnie nierealny. Tej okoliczności nie kwestionował zresztą sam Odwołujący. Można nawet stwierdzić, że w tej sprawie Zamawiający – biorąc pod uwagę warunki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jego szybkość - wyznaczył Odwołującemu stosunkowo długi termin na uzupełnienie dokumentów (7 dni). Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego podnoszona w toku rozprawy przed Izbą, że niemożliwym było uzupełnienie wskazanych dokumentów przez Odwołującego, bowiem musiałby on je pozyskać od podmiotu trzeciego, tj. firmy niemieckiej i dodatkowo musiałby pozyskać dokumenty, które miałyby potwierdzać spełnienie określonych warunków udziału na dzień upływu terminu składania ofert. Według Odwołującego powyższe z przyczyn niezależnych od Odwołującego było niemożliwe.

Izba nie może zgodzić się z takimi twierdzeniami Odwołującego. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadą bowiem jest to, że dokumenty – również dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu - powinny być przez wykonawców przedkładane wraz z ofertą. Jeśli wykonawca chce uczestniczyć w takim postępowaniu powinien, dochowując należytej staranności, przedłożyć do upływu terminu składania ofert pełną ofertę wraz z wszystkimi niezbędnymi dokumentami. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od tej zasady i jako taki powinien być on interpretowany ściśle. Jeśli więc wykonawca w wyniku takiego wyjątkowego – a zatem jednorazowego - wezwania do uzupełniania konkretnych dokumentów, skierowanego do niego przez Zamawiającego na zasadach w nim określonych (wyznaczenie terminu dla wykonawcy dla uzupełniania dokumentów), nie

przedłoży wymaganych dokumentów, powinien liczyć się z określonymi związanymi z tym konsekwencjami wynikającymi z przepisów ustawy Pzp. Te ustawowe konsekwencje nieuzupełnienia dokumentów wiążą się z wykluczeniem wykonawcy z postępowania, a także – ewentualnie – z zatrzymaniem wadium.

Gdyby Odwołujący w wyniku wskazanego wezwania do uzupełnienia dokumentów przedłożył w wyznaczonym terminie określone dokumenty podmiotowe, nawet jeśli w efekcie ich oceny okazało się, że nie potwierdzają one spełnienia warunków udziału w postępowaniu, brak byłoby podstaw – w ocenie Izby - do zastosowania wskazanego przepisu ustawy Pzp. Przedłożenie danych dokumentów po upływie terminu określonego w wezwaniu do uzupełniania dokumentów w oparciu o dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie może być traktowane jako uzupełnienie dokumentów w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe nie jest także usprawiedliwione, jeśli nawet czynność wykluczenia z postępowania następuje w sytuacji, gdy Zamawiający dysponuje już uzupełnionymi po upływie terminu do składania ofert danymi dokumentami podmiotowymi. Powyższe stanowiłoby bowiem nieuprawnioną nadinterpretację art. 46 ust. 4a ustawy Pzp i czyniłoby pole do nadużyć. Taki sposób postępowania nie wypełniałby też celu, dla którego wskazany przepis został powołany do życia. Nieuzupełnienie dokumentów w określonym w wezwaniu terminie skutkuje bowiem koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania, zatem wykonawca nieuzupełniający dokumentów w terminie miałby możliwości potencjalnego manipulowania wynikami postępowania pod kątem wyboru najlepszej z punktu widzenia zmówionych wykonawców ceny ofertowej w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe Izba – podejmując rozstrzygnięcie w oparciu o obowiązujące przepisy prawa i będąc nimi związana – stwierdziła zasadność zatrzymania przez Zamawiającego Odwołującemu wadium w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z tych też względów Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania. Powyższe nie mogło zatem skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba uwzględniła dyspozycję art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. orzekła w tym zakresie stosownie do wyniku postępowania, obciążając tymi kosztami Odwołującego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego oraz - stosownie do w § 3 pkt 2 lit. a) i b) przywołanego rozporządzenia – koszty dojazdu na posiedzenie Izby oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....