

WYROK

z dnia 6 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej - **Barbara Bettman**

Protokolant: **Cyprian Świś**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 sierpnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **22 lipca 2013 r.** przez wykonawcę: **Exalo Drilling S.A. z siedzibą w Pile, adres do korespondencji: Exalo Drilling S.A. Oddział Diament w Zielonej Górze, ul. Naftowa 3a, 65-705 Zielona Góra,** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Dębno, ul. Raclawicka 33, 74-400 Dębno,**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie,**
- 2. nakazuje zamawiającemu: Skarbowi Państwa Państwowemu Gospodarstwu Leśnemu Lasom Państwowym Nadleśnictwo Dębno, ul. Raclawicka 33, 74-400 Dębno,**
 - 2.1. unieważnienie czynności: wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia odwołującego z postępowania oraz czynności uznania za odrzuconą oferty odwołującego,**
 - 2.2. ponowienie czynności oceny ofert i wyboru oferty, z udziałem oferty**

odwołującego.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Dębno, ul. Raclawicka 33, 74-400 Dębno,**

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000,00 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Exalo Drilling S.A. z siedzibą w Pile, adres do korespondencji: Exalo Drilling S.A. Oddział Diament w Zielonej Górze, ul. Naftowa 3a, 65-705 Zielona Góra,** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego: **Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasów Państwowych Nadleśnictwo Dębno, ul. Raclawicka 33, 74-400 Dębno,** na rzecz odwołującego: **Exalo Drilling S.A. z siedzibą w Pile, adres do korespondencji: Exalo Drilling S.A. Oddział Diament w Zielonej Górze, ul. Naftowa 3a, 65-705 Zielona Góra,** kwotę **10 000,00 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1779/13

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Budowę dojazdu pożarowego DP-6/39 na istniejącym dukcie leśnym, budowa drogi leśnej DP-37, pełniącej funkcję drogi pożarowej położonych na terenie Nadleśnictwa Dębno oraz budowa nowego utwardzonego przejazdu kolejowo-drogowego kat. D w ciągu dojazdu pożarowego DP-6/39” (BZP z 11.06.2013 r. poz. 108101), w dniu 22 lipca 2013 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę Exalo Drilling S.A. z siedzibą w Pile, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia drogą elektroniczną w dniu 16 lipca 2013 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz o uznaniu jego oferty za odrzuconą.

Odwołanie dotyczy czynności zamawiającego: polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp oraz uznaniu oferty odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący kwestionując powyższe czynności zarzucił zamawiającemu: Skarbowi Państwa PGL Lasom Państwowym Nadleśnictwo Dębno, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm., dalej ustawa Pzp), które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj. naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że odwołujący nie wykazał warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ, pomimo, iż dokumenty dołączone do oferty oraz dokumenty uzupełnione przez odwołującego w dniu 05.07.2013 r. potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ, i w następstwie wykluczenie odwołującego z postępowania;
- 2) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, w następstwie błędnego przyjęcia, że odwołujący nie wykazał warunku udziału w

postępowaniu, o którym mowa w pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ, pomimo, iż dokumenty dołączone do oferty oraz dokumenty uzupełnione w dniu 05.07.2013 r. potwierdzają spełnienie przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ;

- 3) § 7 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) zwane dalej: „rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów z dnia 19 lutego 2013 r.”, poprzez błędną wykładnię i bezpodstawne przyjęcie, iż odwołujący (działający w jego imieniu pełnomocnik) nie był uprawniony do poświadczania za zgodność z oryginałem referencji dotyczących innego podmiotu, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp - Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „WAMAX” J. K....., W. S..... Sp. j. w Gorzowie Wlkp., co doprowadziło do przyjęcia przez zamawiającego, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ i w konsekwencji wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ i w następstwie przyjęcie przez zamawiającego, że oferta odwołującego została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu;
- 5) art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ;
- 6) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia odwołującego z postępowania w sposób uniemożliwiający uzyskanie przez odwołującego pełnej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia z postępowania;
- 7) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w następstwie nieprawidłowych czynności zamawiającego wobec odwołującego, opisanych w pkt. 1 i 2 powyżej, przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym, powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody skutkiem niezgodnych z ustawą Pzp czynności i zaniechań zamawiającego, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
2. unieważnienia czynności uznania za odrzuconą oferty odwołującego;
3. unieważnienia czynności wyboru oferty S..... L....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą STAN-LED Usługi Budowlane i Kolejowe w Stargardzie Szczecińskim, jako najkorzystniejszej;
4. ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
5. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący informował, że zamawiający jako podstawę wykluczenia go z postępowania na przywołał art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, stwierdzając, że przedstawione kopie dokumentów na potwierdzenie poz. 3 wykazu robót budowlanych na zasadzie udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci, nie są potwierdzone zgodnie z § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z dnia 19 lutego 2013 r. przez podmiot trzeci - lecz przez pełnomocnika odwołującego oraz uznaniu oferty odwołującego, jako wykluczonego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - w związku z niewykazaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zarzuty zamawiającego, że przedstawione przez odwołującego kopie dokumentów na potwierdzenie poz. 3 wykazu robót budowlanych, ujętej na zasadzie udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci, które sprowadzały się do tego, że brak potwierdzenia kopii dokumentu zgodnie z § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z dnia 19 lutego 2013 r. przez podmiot trzeci, lecz przez pełnomocnika odwołującego, oraz że z wymienionej przyczyny odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ - uznał odwołujący za bezpodstawne.

Za nietrafny i nie znajdujący potwierdzenia w § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z dnia 19 lutego 2013 r. oraz z treści SIWZ poczytał odwołujący pogląd zamawiającego, jakoby działający w imieniu odwołującego pełnomocnik, nie był uprawniony do poświadczania za zgodność z oryginałem referencji dotyczących innego podmiotu, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki: „Wiedza i doświadczenie”. *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem*

terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej: 1 robotę budowlaną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 243 poz. 1623 z późn. zm.) - obejmujące swym zakresem budowę lub przebudowę drogi na kwotę nie mniejszą niż 1 500 000,00 netto, oraz co najmniej 3 roboty budowlane w myśl przepisów j.w. - obejmujące swym zakresem budowę lub przebudowę przejazdu kolejowego na kwotę nie mniejszą niż 100 000,00 zł netto każda.”

Zgodnie z pkt. 7.1. poz. 2) w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp należało przedłożyć: „Wykaz robót budowlanych”.

Wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty, miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ. Dowodami, o których mowa w zdaniu poprzednim są:

1) poświadczenie,

2) inne dokumenty - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w ppkt 1.

Wykonawca, w miejsce poświadczeń, o których mowa w ppkt 1, może przedłożyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych, określone w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Odwołujący podnosił, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ przedłożył wykaz robót budowlanych wraz dowodami dotyczącymi najważniejszych robót, w tym poświadczonymi za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę referencjami podmiotu trzeciego tj. Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego „WAMAX” J. K..... i W. S..... Sp. j. w Gorzowie Wlkp. oraz poświadczone za zgodność z oryginałem zobowiązanie podmiotu trzeciego z dnia 26.06.2013 r. do oddania do dyspozycji odwołującego zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do realizacji zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu tego zamówienia przez odwołującego.

W dniu 2 lipca 2013 r. zamawiający doręczył odwołującemu wezwanie, w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia wymaganych przez zamawiającego dokumentów,

powołując się na okoliczność, że z załączonych dokumentów nie wynika potwierdzenie wykonania 3 robót obejmujących swym zakresem budowę lub przebudowę przejazdu kolejowego na kwotę nie mniejszą niż 100.000,00 zł każda.

W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący przy piśmie z dnia 4 lipca 2013 r. nr 21307296/015/DC, przedłożył wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ, sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, potwierdzający spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ, do którego załączył m.in. następujące dowody:

- a) oryginał zobowiązania podmiotu trzeciego - Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego „WAMAX” J. K..... i W. S..... Sp. j. w Gorzowie Wlkp., do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp,
- b) poświadczony za zgodność z oryginałem przez odwołującego kopie dwóch referencji podmiotu trzeciego - Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego „WAMAX” J. K..... i W. S..... Sp. j. w Gorzowie Wlkp.:
 - z dnia 26.06.2013r. wystawione przez Zakład Produkcyjno - Handlowo - Usługowy „ATE” Sp. z o.o. w Zbąszyniu, potwierdzające wykonanie przez podmiot trzeci zadania pn. „Zabudowa urządzeń TVU i wymiana urządzeń rogatkowych na przejeździe linii kolejowej nr 203 Tczew-Kostrzyn (Gorzów Wlkp.),
 - z dnia 26.06.2013r. wystawione przez Przedsiębiorstwo Drogowe „KONTRAKT” Sp. z o.o. w Krośnie Odrzańskim potwierdzające wykonanie przez podmiot trzeci zadania pn. Przebudowa urządzeń rogatkowych na przejeździe kolejowym kategorii „A” na linii kolejowej nr 271 Wrocław- Szczecin”.

W ocenie odwołującego, uzupełnienie na wezwanie zamawiającego dokumentów poprzez złożenie m.in. dwóch referencji dotyczących robót zrealizowanych przez podmiot trzeci, na wiedzy i doświadczeniu którego odwołujący polega, w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę nie stanowi naruszenia wymogu co do formy dokumentów, opisanego w § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z dnia 20 lutego 2013 r. Zgodnie bowiem z § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z dnia 19 lutego 2013 r., w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty.

Ponadto, odwołujący zwracał uwagę, że zamawiający w pkt. 7.5. zdanie pierwsze SIWZ postanowił, że dokumenty mogą być mogą doręczone w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Argumentując stawiane zarzuty, odwołujący zaznaczał, że brzmienie § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z dnia 19 lutego 2013 r. jest analogiczne jak brzmienie § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z dnia 30 grudnia 2009 r. i w związku z tym orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wydane w oparciu o stan prawny sprzed dnia 20 lutego 2013 r. zachowują aktualność.

Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2013 r., w którym orzeczono, że dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego może poświadczać ten podmiot trzeci oraz sam wykonawca (sygn. akt KIO 262/13). Natomiast w wyroku z dnia 8 maja 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że konieczne jest sięgnięcie po wykładnię systemową poprzez przyjęcie, że ustawodawca w § 6 (rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009r.) ustanowił zasadę, że dokumenty poświadczają wykonawca, § 6 ust. 2 (rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009r.) należy zatem tak rozumieć, iż w sytuacji, gdy wykonawca korzysta z zasobów podmiotów trzecich, to dokumenty pochodzące od osób trzecich poświadczają albo wykonawca, albo podmiot udostępniający zasób. Celem wprowadzenia przepisu § 6 ust. 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie dokumentów było uproszczenie procedury, a nie jej skomplikowanie. Przepis pozwala zatem w przypadku podmiotów trzecich, by ten podmiot trzeci samodzielnie lub wykonawca, któremu podmiot dostarczył dokumenty, poświadczyl dokumenty za zgodność z oryginałem (sygn. akt KIO 797/12, 802/12).

Odwołujący zaznaczał, że rozporządzenie z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, które weszło w życie w dniu 20.02.2013 r., nie tylko zachowuje zasady co do rodzajów i form dokumentów obowiązujące w stanie prawnych sprzed 20 lutego 2013r., ale znacznie upraszcza te zasady wprowadzając m.in. formułę poświadczenia jako dowodu na spełnienie przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a także wprowadza nowe instrumenty umożliwiające zwrócenie się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi miały być wykonane o przedłożeniu dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu w przypadku gdy wykazy lub dowody, o których mowa odpowiednio w § 1 ust. 1 pkt. 2 i 3 oraz ust. 2 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r., budzą wątpliwości zamawiającego. Odwołujący nie zgodził się zatem z argumentacją zamawiającego, że z § 7 ust. 2 rozporządzenia o rodzajach dokumentów z dnia 19 grudnia 2013 r., wynika, iż dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego może poświadczyc za zgodność z oryginałem jedynie ten podmiot.

Dodatkowo odwołujący podnosił, że zamawiający w powiadomieniu z dnia 16 lipca 2013 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykluczeniu odwołującego z postępowania, nie wskazał konkretnie, które kopie dokumentów przedłożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ nie spełniają wymagań co do formy, czym zamawiający naruszył obowiązek uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania w sposób umożliwiający uzyskanie pełnej wiedzy na temat przyczyn tego wykluczenia.

Odwołujący powoływał się na uzasadnienie założeń projektu nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r. poz. 1271), która weszła w życie w dniu 20 lutego 2013 r., zmieniając art. 25 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiący podstawę do wydania rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), gdzie wskazano, że „projektowane przepisy przewidują poważne uproszczenia w zakresie udzielania zamówień, których wartość będzie niższa od tzw. progów unijnych - w przypadku dostaw lub usług będą miały zastosowanie nie procedury określone przepisami Pzp, a zasady Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności dotyczące równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości, natomiast w przypadku robót budowlanych zamawiający będą stosowali procedury uproszczone”.

Odwołujący stwierdził, iż wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ, a forma dokumentów załączonych do wykazu robót, tj. dwóch referencji podmiotu trzeciego - Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego „WAMAX” J. K..... i W. S..... Sp. j. w Gorzowie Wlkp. przedłożonych w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem - jest zgodna z § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zatem poczytał wykluczenie go z postępowania i odrzucenie oferty – za czynność bezprawną, zdziałaną z naruszeniem przepisów ustawy wskazanych we wstępie odwołania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 24 lipca 2013 r. przystąpienia do postępowania odwoławczego nie zgłosił żaden wykonawca.

Zamawiający do protokołu rozprawy wnosił o oddalenie odwołania, gdyż nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego. Zwracał uwagę na to, że § 6 ust 2 rozporządzenia Prezesa RM z 30 grudnia 2009 r., w sprawie rodzajów dokumentów ma nieco inne brzmienie

niż przywoływany § 7 ust. 2 rozporządzenia obecnie obowiązującego, bowiem dodano w nowym przepisie, że dokumenty są potwierdzone za zgodność z oryginałem „odpowiednio” przez wykonawcę lub te podmioty, z czego zamawiający wywodził, że w przypadku dokumentów pochodzących od podmiotu trzeciego, składane przez wykonawcę kopie dokumentów powinny być potwierdzone przez podmiot udostępniający, bo przepis ten należy odczytywać w ten sposób, iż zawiera on dwie odrębne normy prawne sprowadzające się do tego, że wykonawca poświadcza za zgodność dokumenty, które jemu zostały wydane, a podmiot trzeci poświadcza za zgodność dokumenty, które uzyskał jako potwierdzenie należytego wykonania usług, robót budowlanych. Na tle poprzedniej dyspozycji normy prawnej powstawały spory, bo nie było wówczas dookreślenia „odpowiednio” i dochodziło do tego, że dokumenty pochodzące od podmiotów trzecich były poświadczone przez wykonawcę.

Zamawiający uważał, że przywoływane przez odwołującego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej odnosiło się stanu prawnego pod rządem rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r., a zatem nie mogło być miarodajne dla stanu faktycznego niniejszej sprawy. Zamawiający wskazywał, że w oparciu o przepisy poprzedniego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów zapadały również orzeczenia Izby tej treści, że poświadczenie za zgodność z oryginałem dokumentu wydanego na rzecz podmiotu trzeciego - winien dokonywać ten podmiot. Przywołał wyrok z 21 listopada 2013 r., sygn. KIO 2479/12, i wyrok z 12 maja 2011 r., o sygn. KIO 786/11, KIO 797/11. Zaznaczał, że jeżeli by interpretować omawiany przepis w ten sposób, że zamiennie mogłyby być poświadczone te dokumenty, to oznacza że podmiot trzeci mógłby poświadczać dokumenty wydane wykonawcy. Z treści tego przepisu zamawiający wywodził, że wykonawca może potwierdzić za zgodność dokumenty wydane dla niego, względnie dla podmiotów, z którymi stworzył konsorcjum, ale nie może potwierdzić za zgodność z oryginałem dokumentów podmiotu trzeciego, z którego zasobów korzysta. Konieczne jest złożenie dokumentów w wymaganej formie.

Zdaniem zamawiającego żadna z trzech robót wykazanych w pierwotnym wykazie załączonym do oferty nie spełniała stawianego wymogu przebudowy przejazdu kolejowego, gdyż nawet okres wykonania tych robót nie kwalifikował się aby mogły być zaliczone.

Izba działając z urzędu - nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o regulację art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o wartości przedmiotu zamówienia poniżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, jednakże jest dopuszczalne na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, gdyż dotyczy czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, korespondencji w sprawie uzupełnienia dokumentów oferty.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Rozdział III SIWZ. Przedmiot zamówienia stanowi „Budowa dojazdu pożarowego DP-6/39 na istniejącym dukcie leśnym, budowa drogi leśnej DP-37, pełniącej funkcję drogi pożarowej położonych na terenie Nadleśnictwa Dębno oraz budowa nowego utwardzonego przejazdu kolejowo-drogowego kat. D w ciągu dojazdu pożarowego DP-6/39”

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) stanowi:

pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki: *„Wiedza i doświadczenie”*.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej: 1 robotę budowlaną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 243 poz. 1623 z późn. zm.) - obejmujące swym zakresem budowę lub przebudowę drogi na kwotę nie mniejszą niż 1 500 000,00 netto, oraz co najmniej 3 roboty budowlane w myśl przepisów j.w. - obejmujące swym zakresem budowę lub przebudowę przejazdu kolejowego na kwotę nie mniejszą niż 100 000,00 zł netto każda.”

Zgodnie z pkt. 7.1. poz. 2) w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp należy przedłożyć: *„Wykaz robót budowlanych”*.

Wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty, miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ. Dowodami, o których mowa w zdaniu poprzednim są:

- 1) poświadczenie,

2) inne dokumenty - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w ppkt 1.

Wykonawca, w miejsce poświadczeń, o których mowa w ppkt 1, może przedłożyć dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych, określone w § 1 ust. 1 pkt 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).”

w pkt. 7.5. zdanie pierwsze SIWZ stanowi, że dokumenty mogą być mogą doręczone w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Pkt 7.1.6. SIWZ. Ewentualnie dokumenty, przy pomocy których Wykonawca udowodni Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (w szczególności pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, jeżeli zgodnie z postanowieniami art. 26 ust. 2b ustawy (...) wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu (...) innych podmiotów.

Pkt 11.9. SIWZ. Oferta musi być podpisana przez wykonawcę. (...) Jeżeli osoba/osoby podpisujące ofertę działa na podstawie pełnomocnictwa, to pełnomocnictwo to musi w swej treści wyraźnie wskazywać uprawnienie do podpisania oferty.

Załącznik nr 5 Wykaz robót budowlanych wymagał podania: rodzaju robót, wartości, daty wykonania, miejsca wykonania, nazwy zamawiającego.

Należało przedstawić dowody, że roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, że zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona najniższa cena.

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 26.06.2013 r.

Oferty złożyło 3 wykonawców:

1. odwołujący – Exalo Drilling S.A. z siedzibą w Pile, cena brutto - 3 890 016,27 zł,
2. Stanisław Leder, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą STAN-LED Usługi Budowlane i Kolejowe w Stargardzie Szczecińskim, cena brutto - 3 998 937,62 zł,
3. SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, cena netto 4 190 454,18 zł.

Odwołujący w dokumentach oferty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ przedłożył wykaz robót budowlanych obejmujący 4 pozycje wraz dowodami dotyczącymi robót, w tym poświadczonymi za zgodność z oryginałem przez odwołującego referencjami podmiotu trzeciego tj.

Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego „WAMAX” J. K..... i W. S..... Sp. j. w Gorzowie Wlkp.

W dokumentach oferty znajduje się pełnomocnictwo dla p. J..... P....., upoważniające: w punkcie a) do podpisywania i składania ofert, w punkcie c) uprawniające do poświadczania za zgodność z oryginałem kserokopii dokumentów i oświadczeń dołączanych do oferty.

Ponadto złożono kserokopię poświadczoną za zgodność z oryginałem zobowiązania podmiotu trzeciego Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego „WAMAX” J. K..... i W. S..... Sp. j. w Gorzowie Wlkp. z dnia 26.06.2013 r. do oddania do dyspozycji odwołującego zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do realizacji zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu tego zamówienia przez odwołującego.

W dniu 2 lipca 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia wymaganych przez zamawiającego dokumentów, powołując się na okoliczność, że z załączonych dokumentów nie wynika potwierdzenie wykonania 3 robót obejmujących swym zakresem budowę lub przebudowę przejazdu kolejowego na kwotę nie mniejszą niż 100.000,00 zł każda – *„Nadleśnictwo Dębno w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej w/w postępowania w pkt. 6.2. lp.1 zapisało: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki: wiedzy i doświadczenia. W celu wykazania spełniania tego warunku zgodnie z punktem 7.1. lp. 2 SIWZ Wykonawca powinien przedłożyć wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.*

Przedstawiony przez Waszą Firmę wykaz robót i referencje bezspornie potwierdzają, wykonanie w wymaganym zakresie budowę lub przebudowę dróg. Natomiast z załączonych dokumentów nie wynika potwierdzenie na wykonanie 3 robót obejmujących swym zakresem budowę lub przebudowę przejazdu kolejowego - na kwotę nie mniejszą niż 100 000,00 zł netto każda.

W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący przy piśmie z dnia 4 lipca 2013 r. przedłożył wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ, sporządzony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, potwierdzający spełnienie warunku udziału w

postępowaniu, o którym mowa w pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ, do którego załączył m.in. następujące dowody:

- a) oryginał zobowiązania podmiotu trzeciego - Przedsiębiorstwa Handlowo – Usługowego „WAMAX” J. K..... i W. S..... Sp. j. w Gorzowie Wlkp., do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp,
- b) poświadczony za zgodność z oryginałem przez odwołującego kopie dwóch referencji podmiotu trzeciego - Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego „WAMAX” J. K..... i W. S..... Sp. j. w Gorzowie Wlkp.:
 - z dnia 26.06.2013 r. wystawione przez Zakład Produkcyjno - Handlowo - Usługowy „ATE” Sp. z o.o. w Zbąszyniu, potwierdzające wykonanie przez podmiot trzeciego zadania pn. „Zabudowa urządzeń TVU i wymiana urządzeń rogatkowych na przejeździe linii kolejowej nr 203 Tczew-Kostrzyn (Gorzów Wlkp.),
 - z dnia 26.06.2013 r. wystawione przez Przedsiębiorstwo Drogowe „KONTRAKT” Sp. z o.o. w Krośnie Odrzańskim potwierdzające wykonanie przez podmiot trzeciego zadania pn. Przebudowa urządzeń rogatkowych na przejeździe kolejowym kategorii „A” na linii kolejowej nr 271 Wrocław- Szczecin.

W wyniku przedmiotowego wezwania odwołujący złożył nowy wykaz robót i na udokumentowanie 3 robót obejmujących przejazdy kolejowe o wartości co najmniej 100 000 zł netto każda ujął:

1. Rozbudowę Ekspedytu Barnówko, wraz z przejazdem kolejowym - zamawiający PGNiG S. A. Oddział w Zielonej Górze, o wartości netto 123 000 zł, na potwierdzenie należytego wykonania tej roboty przedstawił referencje wystawione przez PGNiG dnia 20.08.2012r., wymienające roboty jakie wchodziły w zakres tego zadania, gdzie nie wyszczególniono że obejmowały one budowę przejazdu kolejowego. Zarówno w treści opisu tej pozycji w wykazie robót, jak i w odrębnym piśmie z dnia 26 czerwca 2013r., pełnomocnik odwołującego złożył oświadczenie, iż w ramach tej roboty budowlanej, tj. rozbudowy Ekspedytu Barnówko wykonany był przejazd kolejowy o wartości 123 000 zł netto.
2. Rozbudowę urządzeń TVU i wymianę urządzeń rogatkowych linii kolejowej nr 203 Tczew-Kostrzyn, w opisie podano że przedmiotem zamówienia było wykonanie przebudowy przejazdu z płyt CBP. Wartość robót netto 112 000 zł. Zamawiający Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy ATE Sp. z o.o.
3. Przebudowę urządzeń rogatkowych na przejeździe kolejowym, linia 273 Wrocław-Szczecin. Przedmiotem zamówienia było wykonanie wymiany przejazdu kolejowego, wymiana nawierzchni z płyt wielkogabarytowych na płyty małogabarytowe. Zamawiający

Przedsiębiorstwo Drogowe Kontrakt Sp. z o.o. Krosno Odrzańskie.

Pozycja 2 i 3 wykazu stanowiła zasób udostępniony odwołującemu przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „WAMAX” J..... K....., W..... S..... Sp. j. z Gorzowa Wlkp. Zostało dołączone w oryginale oświadczenie podmiotu udostępniającego o postawieniu do dyspozycji odwołującego tych zasobów na czas realizacji zamówienia - w charakterze podwykonawcy robót kolejowych.

Na potwierdzenie należytego wykonania robót budowlanych w poz. 2 i 3 dotyczących przejazdów kolejowych zostały przedłożone kopie referencji wystawionych przez podmioty zlecające te prace, potwierdzające ich należyte wykonanie. Kopie referencji zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika odwołującego pana Janusza Popiela.

W dniu 16 lipca 2013 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty S..... L....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą STAN-LED Usługi Budowlane i Kolejowe w Stargardzie Szczecińskim, jako najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania „Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia w części dotyczącej wykazania się wykonaniem 3 robót budowlanych obejmujących swym zakresem budowę lub przebudowę przejazdu kolejowego na kwotę nie mniejszą niż 100 000,00 zł netto każda. Wykonawca był wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie wymienionego warunku i wykazał się wykonaniem 2 robót budowlanych spełniających wymagania określone przez zamawiającego, natomiast przedstawione kopie dokumentów na potwierdzenie 3 roboty budowlanej na zasadzie udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci nie są potwierdzone zgodnie z § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) przez podmiot trzeci, lecz przez pełnomocnika Wykonawcy. Zamawiający już nie może wezwać Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w ww. zakresie. Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, Zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania. Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i został wykluczony. Na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.”

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, bowiem złożona oferta

zawiera najniższą cenę. Potwierdzenie się zarzutów bezprawnego wykluczenia odwołującego z postępowania w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, doprowadziłoby do uniemożliwienia uzyskania zamówienia przez odwołującego oraz możliwości poniesienia szkody przez pozbawienie prawa do zawarcia umowy na realizację przedmiotowego zadania.

Zgodnie z postanowieniami § 1 ust 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz.231), jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do "ich" zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W ocenie Izby, materiał dowodowy sprawy potwierdza, że przedstawione przez odwołującego wykonawcę Exalo Drilling S.A. na poświadczenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia - wykaz robót oraz dokumenty stwierdzające ich prawidłowe wykonanie - były zgodne z warunkami postawionymi w SIWZ, w odniesieniu do minimalnych wyznaczonych wymagań, od których zamawiający nie może czynić żadnych odstępstw w trakcie oceny ofert.

Konfrontując wprost, przytaczane wyżej warunki udziału w postępowaniu oraz sposób oceny ich spełnienia z podanymi przyczynami wykluczenia odwołującego z postępowania - „Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia w części dotyczącej wykazania się wykonaniem 3 robót budowlanych obejmujących swym zakresem budowę lub przebudowę przejazdu kolejowego na kwotę nie mniejszą niż 100 000,00 zł netto każda. Wykonawca był wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie wymienionego warunku i wykazał się wykonaniem 2 robót budowlanych spełniających wymagania określone przez zamawiającego, natomiast przedstawione kopie dokumentów na potwierdzenie 3 roboty budowlanej na zasadzie

udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci nie są potwierdzone zgodnie z § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) przez podmiot trzeci, lecz przez pełnomocnika Wykonawcy, Izba stwierdziła, że na trzy roboty, obejmujące swym zakresem budowę lub przebudowę przejazdu kolejowego na kwotę nie mniejszą niż 100 000,00 zł netto każda, składają się:

- 1) Rozbudowa Ekspedytu Barnówko – zamawiający PGNIG S.A. Oddział w Zielonej Górze, ujęty w poz. 2 wykazu robót – gdzie zaznaczono, że wartość robót związanych z przejazdem kolejowym wynosi 123 000,00 zł.
- 2) Zabudowa urządzeń TVU i wymiana urządzeń rogatkowych na oznaczonym przejeździe linii kolejowej nr 203 Tczew-Kostrzyn (Gorzów Wlkp.),
- 3) Przebudowa urządzeń rogatkowych na oznaczonym przejeździe kolejowym kategorii „A” linii kolejowej nr 271 Wrocław-Szczecin.

Na potwierdzenie należytego wykonania robót w poz. 1 jw. odwołujący przedłożył referencje wystawione przez PGNiGE Oddział w Zielonej Górze, dnia 20.08.2012 r. pod rządem przepisów 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). W treści tych referencji, które niewątpliwie dotyczą „Rozbudowy Ekspedytu Barnówko” brak jest stwierdzenia, że zakres robót obejmował przejazd kolejowy o wartości 123 000,00 zł netto. Okoliczność taką potwierdził pełnomocnik odwołującego p. J..... P..... w oświadczeniu z dnia 26 czerwca 2013 r. załączonym w dokumentach oferty oraz w treści opisu danej roboty, zawartej w wykazie wykonanych robót.

Cała oferta została złożona w imieniu i na rzecz odwołującego przez p. J..... P....., na podstawie załączonego pełnomocnictwa, uprawniającego, zarówno do poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem, jak i do złożenia oferty oraz do wnoszenia środków ochrony prawnej. Przepis rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) w § 9 ust. 2 wprost dopuszcza w postępowaniach wszczynanych w okresie 12 miesięcy od dnia wejścia w życie niniejszego rozporządzenia, przedkładanie w miejsce poświadczeń - dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostaw, usług i robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i ich prawidłowe ukończenie, określonych w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r., a więc referencji. Zgodnie z ukształtowanym

orzecnictwem Izby, referencje nie muszą zawierać omówienia pełnego zakresu zrealizowanych robót. Wystarczająca jest bowiem możliwość zidentyfikowania robót ujętych w wykazie złożonym przez wykonawcę i powiązania ich z oznaczonym dokumentem referencji, której zasadniczym celem jest potwierdzenie należytego wykonania robót. Opis zakresu robót, wymaganego przez SIWZ może być objęty oświadczeniem własnym wykonawcy, lub jego pełnomocnika, zawartym w omówieniu danej pozycji robót – jak uczynił to odwołujący, dodatkowo przedkładając na tę okoliczność odrębne oświadczenie.

Nie było też żadnych podstaw, aby kwestionować przedłożone dokumenty: kopie dwóch referencji wystawione dla podmiotu trzeciego - Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego „WAMAX” J. K..... i W. S..... Sp. j. w Gorzowie Wlkp., użyczającego odwołującemu potencjału wiedzy i doświadczenia, tj.:

- z dnia 26.06.2013r. wystawione przez Zakład Produkcyjno - Handlowo - Usługowy „ATE” Sp. z o.o. w Zbąszyniu, potwierdzające wykonanie przez podmiot trzeci zadania pn. „Zabudowa urządzeń TVU i wymiana urządzeń rogatkowych na wskazanym przejeździe linii kolejowej nr 203 Tczew-Kostrzyn,
- z dnia 26.06.2013r. wystawione przez Przedsiębiorstwo Drogowe „KONTRAKT” Sp. z o.o. w Krośnie Odrzańskim potwierdzające wykonanie przez podmiot trzeci zadania pn. Przebudowa urządzeń rogatkowych na wskazanym przejeździe kolejowym kategorii „A” linii kolejowej nr 271 Wrocław- Szczecin.

Dokumenty wyżej opisane zostały wprawdzie potwierdzone za zgodność oryginałem przez pełnomocnika odwołującego p. J..... P....., jednakże dopuszczalność takiej czynności nie może być poddawana w wątpliwość, skoro przepis § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wyraźnie stanowi, że w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, kopie dokumentów, dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów, są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty.

Oznacza to, że skuteczne jest złożenie kopii dokumentu dotyczącego podmiotu trzeciego, poświadczonej przez wykonawcę lub jego pełnomocnika. W przeciwieństwie bowiem do złożenia oświadczenia woli – udostępnienia przez podmiot trzeci swego potencjału na rzecz wykonawcy – wymagającego złożenia pisma w oryginale, podpisanego w sposób zgodny z reprezentacją podmiotu lub przez upoważnionego pełnomocnika, referencje wystawione dla podmiotu trzeciego są jedynie nośnikiem wiedzy – potwierdzenia należytego wykonania oznaczonej roboty budowlanej. Dokument tego rodzaju może zostać poświadczony za zgodność z oryginałem przez samego wykonawcę, z czego należy

wnioskować, iż uprzednio zapoznał się z jego oryginalną treścią. Wykonawca składający ofertę a wraz z nią dokumenty podmiotowe, umożliwiające ubieganie się o zamówienie i jego uzyskanie ponosi wszelką odpowiedzialność za ich rzetelność. Zamawiający wprost w postanowieniu punktu 7.5. SIWZ dopuścił aby wszystkie powyżej wyszczególnione w SIWZ dokumenty były doręczane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Izba w tym składzie podziela poglądy wyrażone w wyroku z dnia 20 lutego 2013 r. , sygn. akt KIO 262/13, gdzie stwierdzono, że *„z brzmienia § 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie wynika, że dokumentów tych nie może poświadczyć wykonawca. Zasada jest bowiem, że dokumenty mogą być składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę (§ 6 ust. 1 rozporządzenia) oraz oczywiście, zgodnie z ogólnymi zasadami prawa, kopii poświadczonej przez notariusza. Regulacja § 6 ust. 2 rozporządzenia została niewątpliwie wprowadzona w wyniku sporów powstałych na gruncie poprzedniego rozporządzenia dotyczących tego, czy poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tzw. konsorcjanci, mogą samodzielnie poświadczać dotyczące ich dokumenty, czy też może to robić wyłącznie „wykonawca”, czyli w tym przypadku pełnomocnik, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwany też liderem).*

Jednak sama treść § 6 ust. 2 jest niejasna, gdyż przepis ten na wstępie odwołuje się do „wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia” oraz „podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3” rozporządzenia, czyli tzw. podmiotów trzecich, lecz w dyspozycji wskazuje już na: „odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty”. Pojęcie wykonawcy zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli jest to ten podmiot, który złożył ofertę. Tym samym określenie „te podmioty” powinno dotyczyć zarówno wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjantów), jak i podmiotów trzecich. A zatem dokumenty dotyczące konsorcjanta może poświadczyć zarówno konsorcjant, jak i pełnomocnik (lider konsorcjum), a dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego – ten podmiot trzeci oraz sam wykonawca.”

Izba nie stwierdziła, iż z brzmienia § 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) w odróżnieniu do obecnej treści przepisu § 7 ust. 2 obecnie obowiązującego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) można by wywodzić diametralne różne

wnioski, co do dopuszczalności potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów składanych przez wykonawcę wraz z ofertą, dotyczących podmiotów trzecich. Wbrew obawom zamawiającego, wykonawca, który składa swoją ofertę będzie uprawniony zawsze do poświadczania odpisów dokumentów, dla których dopuszczalna jest taka forma, a podmiot trzeci jedynie w odniesieniu do dokumentów go dotyczących.

Biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne - uwzględnione przez Izbę - należało podzielić stanowisko prezentowane przez odwołującego, że zamawiający w niniejszym postępowaniu uchybił przepisom:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
2. art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą,
3. art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ;
 - 1) § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013r, poz. 231), poprzez błędną wykładnię i bezpodstawne przyjęcie, iż odwołujący (działający w jego imieniu pełnomocnik) nie był uprawniony do poświadczania za zgodność z oryginałem referencji dotyczących innego podmiotu, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp - Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „WAMAX” J. K....., W. S..... Sp. j. w Gorzowie Wlkp., co doprowadziło do przyjęcia przez zamawiającego, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 6.2. poz. 1 SIWZ i w konsekwencji wykluczenia odwołującego z postępowania.

W następstwie naruszenia przepisów ustawy Pzp wymienionych wyżej, która to miała istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez wybór oferty nie będącej najkorzystniejszą, zamawiający naruszył zasady określone w art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Izba nie stwierdziła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia odwołującego z postępowania w sposób uniemożliwiający uzyskanie przez odwołującego pełnej wiedzy na temat przyczyn wykluczenia z postępowania. W ocenie Izby

zarówno uzasadnienie prawne jak i faktyczne, mimo pewnych niejasności, pozwalało odwołującemu prawidłowo sformułować zarzuty odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania na podstawie § 3 pkt 1) oraz § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....