

**WYROK**

**z dnia 7 maja 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 maja 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2014 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Stalkowent sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (pełnomocnik wykonawców), 2) Zakład Remontowy Urządzeń Elektromechanicznych „ZRUE” K..... K....., Mysłowice, 3) Elmech Kazeten sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, 4) „Stal-Bud” sp. z o.o. z siedzibą w Sulisławicach, 5) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe i Usług Różnych „MARKO” K..... M....., Sulisławice, 6) FARON S.C. PPHiUR Z..... F....., J..... F....., E..... F....., Tychy**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Remont elektrycznych wentylatorów lutniowych i ich podzespołów dla oddziałów Kompani Węglowej S.A. w latach 2014 - 2015* (nr postępowania 331300748)

prowadzonym przez zamawiającego: **Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach** przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) „Petek i Wspólnicy, A..... K.....” sp. j. z siedzibą w Zabrze, 2) Legato sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, MAS sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Stalkowent sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (pełnomocnik wykonawców), 2) Zakład Remontowy Urządzeń Elektromechanicznych „ZRUE” K..... K....., Mysłowice, 3) Elmech**

Kazeten sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, 4) „Stal-Bud” sp. z o.o. z siedzibą w Sulisławicach, 5) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe i Usług Różnych „MARKO” K..... M....., Sulisławice, 6) FARON S.C. PPHiUR Z..... F....., J..... F....., E..... F....., Tychy i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej pn. *Remont elektrycznych wentylatorów lutniowych i ich podzespołów dla oddziałów Kompani Węglowej S.A. w latach 2014 - 2015* (nr postępowania 331300748).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 7 listopada 2013 r. pod nr 2013/S\_216-376693, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.kwsa.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwanej również dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość zamówień, których zamawiający zamierza udzielić w okresie obowiązywania umów ramowych przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona na kwotę 12.973.980,24 zł, co stanowi równowartość 3.227.679,37 euro.

7 listopada 2013 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: 1) Stalkowent sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (pełnomocnik wykonawców), 2) Zakład Remontowy Urządzeń Elektromechanicznych „ZRUE” K..... K....., Mysłowice, 3) Elmech Kazeten sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, 4) „Stal-Bud” sp. z o.o. z siedzibą w Sulisławicach, 5) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe i Usług Różnych „MARKO” K..... M....., Sulisławice, 6) FARON S.C. PPHiUR Z..... F....., J..... F....., E..... F....., Tychy {zwanych dalej w skrócie „Konsorcjum Stalkowent”} – informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, w zadaniu nr 1 wskazując, że w celu zawarcia umowy ramowej jako najkorzystniejsze wybrał ofertę Odwołującego oraz ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) „Petek i Wspólnicy, A..... K.....” sp. j. z siedzibą w Zabrze, 2) Legato sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, MAS sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie {zwanych dalej w skrócie „Konsorcjum Petek”}.

22 kwietnia 2014 r. (pismem z 17 kwietnia 2014 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie zadania nr 1 Konsorcjum Petek, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia jego oferty, w sytuacji gdy nie wykazało ono, mimo wezwania

Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 ustawy pzp, spełnienia warunku określonego w pkt VI pkt 1 lit. b) i pkt VIII 1 lit a) SIWZ, tj. posiadania oceny zdolności zakładu remontowego wydanej przez jednostkę notyfikowaną potwierdzającą zdolność wykonawców bądź wykonawcy do prowadzenia remontów w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia, ważnej na dzień składania ofert, czym Zamawiający miał naruszyć art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 24 ust 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zakresie zadania nr 1:

1. Unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Petek.
2. Wykluczenia z udziału w postępowaniu Konsorcjum Petek.
3. Ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania w następujący sposób.

Odwołujący zrelacjonował, że zgodnie z pkt VI.1 lit. b) SIWZ o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełnią warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonania usług objętych postępowaniem w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia, tj.

*1) w odniesieniu do urzędzeń budowy przeciwwybuchowej: (...)*

*b) są podmiotem posiadającym ocenę zdolności zakładu remontowego wydaną przez jednostkę notyfikowaną potwierdzającą zdolność Wykonawcy do prowadzenia remontów w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia.*

Natomiast zgodnie z pkt VIII SIWZ Zamawiający, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zażądał przedłożenia wraz z ofertą:

*1) Dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień, tj.:*

*a) W odniesieniu do urzędzeń budowy przeciwwybuchowej:*

*(...) W przypadku Wykonawcy posiadającego ocenę zdolności zakładu remontowego: oryginał lub kopię poświadczoną przez Wykonawcę za zgodność z oryginałem oceny zdolności zakładu remontowego wydanej przez jednostkę notyfikowaną potwierdzającą zdolność wykonawcy do wykonywania remontów maszyn i urzędzeń w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia – ważnej w dniu składania ofert.*

Odwołujący wyjaśnił, że powyższe zapisy SIWZ, odnoszące się wymagań podmiotowych (art. 22 ust 1 ustawy pzp) wobec wykonawców niebędących producentem wentylatorów stanowiących przedmiot zamówienia wynikają wprost z postanowień pkt 10.13.4 załącznika nr 5 do rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych. (Dz. U. nr 139,

poz. 1169 – zał. z dnia 2 września 2002 r. z późn. zmianami). Przedmiotowe rozporządzenie zostało wydane, co prawda, w oparciu o uchyloną z dniem 1 stycznia 2012 r. ustawę z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze, jednak ów akt wykonawczy został utrzymany w mocy na mocy art. 224 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz.U. Nr 163 poz. 981, z późn. zm.). Punkt 10.13.4. załącznika nr 5 – dotyczącego wymagań w zakresie stosowania i eksploatacji urządzeń budowy przeciwwybuchowej – stanowi, że remonty urządzeń mogą być wykonywane przez producenta lub podmiot posiadający ocenę zdolności do wykonywania remontów, wydaną przez jednostkę notyfikowaną. Z kolei według pkt 10.13.5 wyremontowane urządzenie może być odebrane po stwierdzeniu przez producenta lub podmiot posiadający ocenę zdolności do wykonywania remontów, wydaną przez jednostkę notyfikowaną, że odpowiada ono dokumentacji techniczno-ruchowej, oraz poświadczeniu zgodności w karcie ewidencyjnej. Odwołujący dodał, że przedmiotem zamówienia w zakresie zadania nr 1 jest remont elektrycznych wentylatorów lutniowych produkcji Stalkon, których producentem był i jest Stalkowent sp. z o.o. w Zabrze {Odwołujący wyjaśnił, że 28 października 2008 r. nastąpiła zmiana w firmie spółki polegająca na zmianie nazwy „Stalkon” na nazwę „Stalkowent}, a do remontu tych urządzeń, wyposażonych w silnik elektryczny, znajduje zastosowanie powyżej przywołanie postanowienia rozporządzenia.

Odwołujący przedstawił również wykładnię art. 24 ust 2 pkt 4 pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wywiódł, że wykluczeniu będą podlegać zarówno wykonawcy przedkładający w swoim przekonaniu dokumenty mające dowodzić spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z których jednak to nie wynika, jak i wykonawcy, którzy spełniają wymagane przez zamawiającego warunki, ale nie przedłożyli oświadczeń i dokumentów dokumentujących ów fakt. *Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy wykluczyć z postępowania. Nie jest zatem istotny stan obiektywny, tj. faktyczne spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, istotnym jest to, czy wykonawca należycie spełnianie tych warunków Zamawiającemu wykazał. Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć wykonawcę, który spełniania warunków należycie nie udokumentuje.* {w odwołaniu wskazano na wyrok Izby z 25 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2421/11}

Odwołujący podał, że Konsorcjum Petek w złożonej ofercie nie wykazało spełnienia warunku z pkt VI SIWZ, gdyż nie przedłożyło oceny zdolności zakładu remontowego... ważnej w dniu składania ofert. Stąd Zamawiający wezwał Konsorcjum Petek do uzupełnienia ww. dokumentu w zakresie wszystkich zadań, na które wykonawca złożył ofertę, w terminie

do 27 grudnia 2013 r. 24 grudnia 2013 r. Konsorcjum Petek (pismem z 20 grudnia 2013 r.) przedłożyło Zamawiającemu potwierdzoną za zgodność z oryginałem, wydaną dla Legato sp. z o.o. w Zabrzu ocenę zdolności zakładu remontowego przez jednostkę notyfikowaną, która w jego zamierzeniu miała wypełniać przywołane powyżej wymagania SIWZ. Dokument został wydany w imieniu jednostki notyfikowanej – spółki z ograniczoną odpowiedzialnością – przez osobę fizyczną wskazaną jako prezes zarządu (członka organu tej spółki).

Zdaniem Odwołującego owa ocena nie mogła zostać uznana za dokument stanowiący wymaganą w ramach warunku udziału w postępowaniu ocenę zdolności wydaną przez jednostkę notyfikowaną, gdyż osoba, która podpisała się na tym „dokumencie” nie posiadała już mandatu prezesa zarządu tej jednostki, z uwagi na jego wygaśnięcie w marcu 2013 r., wskutek prawomocnego skazania za jedno z przestępstw wymienionych w art. 18 §2 Kodeksu spółek handlowych {dalej: „ksh”}. W konsekwencji uznać należało, że wszelkie oświadczenia woli bądź wiedzy składane w imieniu spółki z o.o. przez osobę działającą jako członek jej zarządu (organu), a skazaną za popełnienie przestępstwa z art. 271 § 1 Kodeksu karnego {dalej: „kk”} pozostają bezskuteczne. Bazując na tej ocenie Odwołujący 23 stycznia 2014 r. wniósł odwołanie na zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum Petek, względnie zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący zrelacjonował, że przedmiotowe odwołanie zostało uwzględnione wyrokiem Izby z 7 lutego 2014 r. (sygn. akt KIO 115/14), w którym nakazano Zamawiającemu *wyjaśnienie kwestii zdolności osoby podpisującej uzupełniony przez wykonawców (...) dokument stanowiący ocenę zdolności zakładu remontowego z dnia 28 listopada 2013 r. do składania oświadczeń w imieniu jednostki notyfikowanej oraz – stosownie do wyników tego wyjaśnienia – wezwanie wykonawców (...) do uzupełnienia tego dokumentu w odpowiednim terminie – na podstawie art. 26 ust 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.*

Odwołujący opisał, że wykonaniu ww. wyroku Zamawiający 27 lutego 2014 r., wyznaczając 14 -dniowy termin, wezwał Konsorcjum Petek do wyjaśnienia kwestii zdolności osoby podpisującej uzupełniony dokument stanowiący ocenę zdolności zakładu remontowego z 28 listopada 2013 r. do składania oświadczeń w imieniu jednostki notyfikowanej, a stosowanie do wyników tychże – do jego uzupełniania z uwzględnieniem okoliczności, że dokument ten powinien być podpisany przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu, od którego dokument pochodzi, a treść dokumentu powinna potwierdzać spełnienie wymogów nie później niż w dniu, w którym upływa termin składania ofert.

Odwołujący zrelacjonował, że w wykonaniu wezwania 14 marca 2014 r. Konsorcjum Petek przesłało Zamawiającemu faksem własne wyjaśnienia oraz wyjaśnienia jednostki

notyfikowanej z 6 marca 2014 r. wraz z załącznikami. W treści obu wyjaśnień wskazano, że osoba podpisana na dokumencie oceny zdolności remontowej wydanej 28 listopada 2013 r. przez jednostkę notyfikowaną *objęta była zakazem z art. 18 §2 K.s.h. i nie była władna składać oświadczeń w jej imieniu gdyż nie była osobą uprawnioną do sprawowania funkcji w zarządzie tej spółki.*

Odwołujący podniósł, że potwierdził się zatem jego zarzut co do wadliwości, równoznacznego z brakiem, dokumentu oceny zdolności remontowej po stronie Konsorcjum Petek, aktualizujący po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 pzp.

W ocenie Odwołującego przesłane przez Konsorcjum Petek 14 marca 2014 r. dokumenty nie wypełniają wezwania Zamawiającego, gdyż nie wykazują spełnienia przez Konsorcjum Petek warunku posiadania przez nie oceny zdolności zakładu remontowego wydanej przez jednostkę notyfikowaną potwierdzającą jego zdolność do wykonywania remontów maszyn i urządzeń w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia – ważnej w dniu składania ofert, z następujących powodów.

Po pierwsze – zgodnie z pkt VIII SIWZ (jak i przywołanym powyżej rozporządzeniem) ocena zdolności zakładu remontowego dla swego bytu prawnego winna zostać wydana, tj. uzewnętrzniona w formie dokumentu wydanego przez jednostkę notyfikowaną. Od tego momentu konstytuuje się pod względem prawnym (występuje w obrocie prawnym), dowodząc od dnia jej wydania spełnienie przez jej beneficjenta uprawnień, zdolności czy wymagań tam wskazanych.

Po drugie – wymagana na mocy SIWZ ocena zdolności winna być ważna na dzień składania ofert, co oznacza, że powinna potwierdzać spełnienie wymagań przez wykonawcę na dzień 29 listopada 2013 r.

Odwołujący przywołał następnie treść przedstawionego przez Konsorcjum Petek pisma z 6 marca 2014 r., reprezentowanej przez dwóch członków zarządu, jednostki notyfikowanej, która *składa oświadczenie, że Spółka Legato Sp. z o.o. w dniach 27 i 28 listopada 2013r. posiadała należycie ocenioną przez (...) zdolność do realizacji procesu remontowego wentylatorów lutniowych i ich podzespołów w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia nr 331300748.*

W ocenie Odwołującego zestawienie powyższej konkluzji z treścią wymagań SIWZ prowadzi do wniosku, że Konsorcjum Petek nie uzupełniło dokumentu oceny zgodności w sposób określony w wezwaniu Zamawiającego z 27 lutego 2014 r., z następujących powodów.

Po pierwsze – mające stanowić uzupełnienie w trybie art. 26 ust 3 pzp dokumentu oceny zdolności remontowej oświadczenie jednostki notyfikowanej zostało wydane 6 marca

2014 r., tj. po terminie składania ofert. O ile traktować je jako ocenę zdolności remontowej, o tyle byłby prawny uzyskało nie wcześniej niż w tym dniu. Tym samym jako dokument konstytuujący pod względem formalnym uprawnienia wymagane ww. rozporządzeniem na dzień 6 marca 2014 r., nie dowodzi spełnienia przez wykonawcę wymagań SIWZ na dzień 29 listopada 2013 r. Odwołujący dodał, że pierwotna ocena nie była ważna, gdyż została wystawiona przez osobę nieuprawnioną do jej wystawienia w imieniu jednostki notyfikującej, co jednostka ta w piśmie z 6 marca 2014 r. wprost przyznała. Natomiast fakt, że pierwotna ocena nie istniała jako dokument wymagany treścią SIWZ, potwierdza zastosowanie przez Zamawiającego procedury uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust 3 pzp. *Każdorazowo wykonawca jest zobowiązany zgodnie z treścią przepisu art. 26 ust 2a ustawy - Prawo zamówień publicznych, na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania ofert spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Reguła ta znajduje jednolicie zastosowanie także w przypadku uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 przedmiotowej ustawy.*{w odwołaniu wskazano na wyrok Izby z 11 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 224/13}.

Po drugie – wydane w dniu 6 marca 2014 r. oświadczenie jednostki notyfikowanej wskazuje na posiadanie przez Legato sp. z o.o. zdolności remontowej w dniach 27 i 28 listopada 2013 r. Trudno zatem uznać, że dowodzi okoliczność relewantnej dla Zamawiającego, tj. zdolności remontowej na dzień 29 listopada 2013 r. – dzień składania ofert. W odróżnieniu bowiem od wadliwego „dokumentu”, wystawionego 28 listopada 2013 r., który podawał okres obowiązywania oceny od 28.11.2013 r. do 27.11.2016 r., przedmiotowe oświadczenie w zakresie przyznania zdolności nie pokrywa daty (terminu) składania ofert. W konsekwencji pozostaje niezgodne z ustawowym wymaganiami art. 26 ust 3 pzp, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...), nie później niż w dniu, w którym upłynął (...) termin składania ofert.

Dla Odwołującego oczywistym jest wyjątkowy charakter instytucji uzupełniania dokumentów. W sytuacji gdy dokumenty te były przez Zamawiającego wymagane wraz z ofertą, lecz nie zostały do niej załączone, braki w przedstawianych na wezwanie Zamawiającego dokumentach winny obciążać Konsorcjum Petek, które pierwotnie powyższej zasadzie nie zadośćuczyniło, *de facto* wymuszając na Zamawiającym zastosowanie art. 26 ust 3 pzp. Uzupełniane na wezwanie Zamawiającego dokumenty winny być bowiem jednoznaczne i nie mogą być przedmiotem domniemania zamawiającego. Braki w tym zakresie, po dwukrotnym wzywaniu do uzupełnienia tego samego dokumentu, doprowadziły Odwołującego do wniosku, że po stronie Konsorcjum Petek nadal zachodzi



brak wymaganej treścią pkt VI i VIII SIWZ oceny zdolności zakładu remontowego. Wyżej przedstawione okoliczności, przy uwzględnieniu zasady jednokrotnego wzywania do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, determinują po stronie Zamawiającego obowiązek wykluczenia Konsorcjum Petek z postępowania o udzielenie zamówienia.

Ponadto Odwołujący zarzucił, że zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Petek z postępowania uznać należy za przejaw nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, co stanowi naruszenie art. 7 ust 1 pzp, i może doprowadzić do naruszenie wyrażonej w ust 3 powołanego artykułu zasady, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami pzp.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie, nie uznał jednak zarzutów odwołania i oświadczył, że odniesie się do nich merytorycznie na rozprawie.

25 kwietnia 2014 r. Konsorcjum Petek zgłosiło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu – przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Zdaniem Przystępującego zarzuty Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w możliwych do ustalenia w sprawie faktach, lecz są wynikiem interpretacji oświadczeń jednostki notyfikowanej, w oparciu o które to oświadczenia Zamawiający uznał spełnienie przez Konsorcjum Petek wymogu posiadania zdolności zakładu remontowego. Wyrazem tej interpretacji jest – wyrażona na stronie 6 akapit drugi – ocena Odwołującego, że przesłane 14 marca 2014 r. dokumenty nie wypełniają wezwania Zamawiającego i nie wykazują spełnienia przez Konsorcjum Petek warunku z pkt VI SIWZ. Uwaga Odwołującego skupiła się na „dacie obowiązywania” 28.11.2013 (pkt 7 certyfikatu), którą interpretuje w oderwaniu od „daty ważności” (pkt 8 certyfikatu) i zdaje się wywodzić, że są to dwa niezależne momenty „obowiązywania”, a nie okres, w którego ramach OBAC stwierdza zdolność zakładu remontowego jednostki poddanej badaniu. W konsekwencji takich wadliwie przyjętych przesłanek rozumowania wywodzi, że dokument przedstawiony przez Przystępującego nie

dowodzi, aby ocena zdolności zakładu remontowego była ważna na dzień 29.11.2013 r., tj. na dzień składania ofert.

Przystępujący zarzucił Odwołującemu pominięcie tej części oświadczenia jednostki notyfikowanej OBAC, w której wyjaśnia ona, że spółka Legato uzyskała pozytywny wynik badania zdolności jej zakładu remontowego, potwierdzony raportem oceny z 27.11.2013 r. (str.1 pisma OBAC z 6 marca 2014 r.). Odwołujący bez uzasadnienia pomija zarówno istnienie, jak i treść tego dokumentu, którego znaczenie w zakresie wymogu stawianego przez Zamawiającego jest takie samo jak rozpatrywanego przez Odwołującego certyfikatu. Odwołujący pomija również fakt, że w dalszej części oświadczenia OBAC zawarto wypowiedź, że data 27.11.2013 r. jest dniem, w którym już badana jednostka posiadała zdolność (str. 2 pisma akapit 4)

Przystępujący podsumował, że w oświadczeniu spółki OBAC potwierdza się nie tylko moment początkowy, ale i ciągłość stanu posiadania zdolności na moment wystawianych przez OBAC dokumentów przedkładanych Zamawiającemu.

W opinii Przystępującego Odwołujący nie wskazuje jakichkolwiek przesłanek swej oceny i opartej na niej twierdzeń. Nie analizuje ani treści dyrektyw Izby zawartych w wyroku z 7 lutego 2014 r., ani też treści oświadczeń. Wywód swój rozwija jedynie w takim kierunku, w którym chce wykazać, że dokumenty przedłożone przez Przystępującego w toku całego postępowania w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego nie są dokumentami potwierdzającymi posiadanie zdolności na dzień składania ofert.

Przystępujący zauważył, że Odwołujący nie kwestionuje faktu posiadania przez niego zdolności, lecz tylko wykazanie posiadania tej zdolności. Uznając, że fakt posiadania określonej zdolności nie ma znaczenia, gdy nie zostanie on wykazany Zamawiającemu Odwołujący posiłkuje się poglądem Izby zawartym w wyroku z 25 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2421/11). Tymczasem – jak wynika z przedłożonych przez Przystępującego dokumentów z *wystawienia jednostki notyfikowanej OBAC* i zawartych w nich oświadczeń, w pełnym, a nie okrojonym przez Odwołującego do dwóch dat zakresie, nie tylko potwierdzono zdolność zakładu remontowego, ale potwierdzono ją na dzień składania ofert.

Przystępujący dodał, że odmawiając uznania wyjaśnień i dokumentów złożonych Zamawiającemu przez Przystępującego w piśmie z 13 marca 2014 r., Odwołujący w rzeczywistości kwestionuje treść rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, w tej części, w której Izba nakazuje Zamawiającemu wyjaśnienie kwestii zdolności osoby podpisujące dokument uzupełniony przez wykonawców oraz nakazuje Zamawiającemu wezwać Przystępującego do uzupełnienia tego dokumentu, wskazując w uzasadnieniu wyroku zarówno sposób takiego wezwania, jak i zakres możliwości uzupełnienia.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W imieniu Przystępującego nikt nie stawiał się na posiedzenie, pomimo prawidłowego zawiadomienia o jego terminie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W tym zakresie skład orzekający Izby stwierdził, że nie straciły na aktualności ustalenia i rozważania Izby poczynione w wyroku z 7 lutego 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 115/14, która toczyła się pomiędzy tymi samymi Stronami i Przystępującym:

*Ustalono, że Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, Odwołujący byłiby jedynym wykonawcą, z którym zostałyby zawarta umowa ramowa. W warunkach, kiedy w ramach postępowania zmierzającego do zawarcia umowy ramowej dla danej części zamówienia, złożono tylko dwie oferty, w tym Odwołujący złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, przesłanki materialnoprawne mogą wyrażać się nie tylko dążeniem do wyboru oferty Odwołującego jako złożonej przez jednego z tych wykonawców, z którymi Zamawiający zawrze umowę ramową, ale także w działaniach zmierzających do wyeliminowania jedyne go wykonawcy, z którym ewentualnie przyszłoby Odwołującemu konkurować po zawarciu umowy ramowej, w ramach postępowania*

*zmierzącego do zawarcia umowy lub umów wykonawczych. W takim bowiem wypadku, oferta Odwołującego składana w ewentualnym postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy wykonawczej, każdorazowo składana byłaby w warunkach zupełnego braku konkurencji, a zatem bez presji zmniejszenia ceny w stosunku do tej, jaką podano w umowie ramowej. W takim zatem wypadku Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku zarzucanych Zamawiającemu naruszeń przepisów, ukierunkowanych na wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Petek i Wspólnicy, A..... K..... spółki jawnej w Zabrze, Legato spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze, MAS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach, która wyraża się w działaniu w konkurencyjnym otoczeniu w postępowaniach na umowy wykonawcze, podczas gdy w razie uwzględnienia odwołania – takiej konkurencji Odwołujący by nie miał, co pozwoliłoby mu na składanie ofert z cenami równymi cenie z umowy ramowej a także miałby każdorazowo, w postępowaniu o zamówienie toczącym się w następstwie umowy ramowej pewność uzyskania zamówienia. Podzielono pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 września 2012 r., KIO 1946/12, w którym podano: „w przypadku odwołań odnoszących się do etapów postępowania wcześniejszych niż wybór oferty najkorzystniejszej, jak np. ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy zawarcie umowy ramowej, wykonawcy posiadają interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej, gdyż można ustalić ich potencjalną szkodę w dopuszczeniu do składania ofert konkurujących z nimi wykonawców, którzy powinni być z postępowania wykluczeni lub w inny sposób niedopuszczeni do składania tych ofert (np. poprzez zawarcie umowy ramowej).”*

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Przystępującego, ze szczególnym uwzględnieniem dokumentacji odzwierciedlającej czynności przeprowadzone w wykonaniu wyroku Izby z 7 lutego 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 115/14, która toczyła się pomiędzy tymi samymi Stronami i z udziałem tego samego Przystępującego.

Dla właściwego rozpatrzenia spawy Izba zapoznała się również z całością przywołanego orzeczenia, zarówno w zakresie sentencji, jak i uzasadnienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu – Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba zaznacza, że przedmiotem rozstrzygnięcia w tej sprawie nie mogą być okoliczności, które zostały rozstrzygnięte w wyroku Izby 7 lutego 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 115/14, pomiędzy tymi samymi Stronami i z udziałem tego samego Przystępującego, na które to orzeczenie każdy z Uczestników mógł złożyć skargę do właściwego sądu okręgowego. Izba nie będzie się odnosiła zatem do odwołania w zakresie, w jakim sugeruje, że niewłaściwe było wzywanie w trybie art. 26 ust. 3 pzp Konsorcjum Petek do uzupełnienia tego samego dokumentu. Podobnie Izba pominęła, również przy przytaczaniu powyżej stanowiska wyrażonego w zgłoszeniu przystąpienia, obszerną część wywodów Przystępującego, która stanowiła powtórzenie stanowiska z poprzedniej sprawy, a zatem zmierzała *de facto* do wykazania bezprzedmiotowości zarzutów poprzedniego odwołania wniesionego przez Konsorcjum Stalkowent.

Natomiast przedmiotem rozstrzygnięcia w tej sprawie mogła być wyłącznie ocena prawidłowości czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego po wydaniu wyroku Izby z 7 lutego 2014 r., w zakresie okoliczności zawartych w odwołaniu, gdyż zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę okoliczności podniesione w odwołaniu wniesionym 22 kwietnia 2014 r. przez Konsorcjum Stalkowent, Izba stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z prowadzonego postępowania Konsorcjum Petek z uwagi na wadliwą ocenę wykazania przez Przystępującego spełniania warunku udziału dotyczącego posiadania uprawnień do wykonania remontów urządzeń budowy przeciwwybuchowej objętych zadaniem 1, czyli pozytywnej oceny zdolności zakładu remontowego wykonawcy, wydanej przez jednostkę notyfikowaną {warunek opisany w rozdziale VI pkt 1 lit. b) s.i.w.z}. Izba ustaliła i oceniła, że wbrew odmiennym twierdzeniom zawartym w odwołaniu, Konsorcjum Petek przedstawiło, zgodnie z żądaniem Zamawiającego {opisanym w rozdziale VIII pkt 1 lit. a) s.i.w.z.}, potwierdzenie przez jednostkę notyfikowaną – w tym przypadku przez Ośrodek Badań Atestacji i Certyfikacji „OBAC” sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach – posiadania przez Legato sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze {czyli jednego z wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum Petek} pozytywnej oceny zdolności do wykonywania remontów wentylatorów lutniowych i ich podzespołów objętych zadaniem 1, ważnej na dzień, w którym upłynął termin składania ofert, czyli 29 listopada 2013 r.

W pierwszej kolejności należy uzupełnić zrelacjonowane w odwołaniu okoliczności związane z przebiegiem postępowania o udzielenie zamówienia po uwzględnieniu przez Izbę – wyrokiem z 7 lutego 2014 r. (sygn. akt KIO 115/14) – poprzedniego odwołania Konsorcjum Stalkowent. O ile adekwatnie została przywołana sentencja tego wyroku, a także treść wystosowanego przez Zamawiającego wezwania, o tyle opis rezultatu tej czynności jedynie częściowo odpowiada rzeczywistości stanowi rzeczy. Wyjaśnienia przesłane przez Konsorcjum Petek rzeczywiście potwierdziły, że dokument *Ocena zdolności zakładu remontowego Nr OBAC/Ex/029/OZR/13* wystawiony 28 listopada 2013 r. {zwany również „świadectwem” lub „certyfikatem”} został podpisany przez osobę, która nie była uprawniona do składania oświadczeń w imieniu spółki OBAC, gdyż objęta była zakazem z art. 18 § 2 ksh. O ile w ten sposób znalazł potwierdzenie zarzut poprzedniego odwołania wadliwości tego dokumentu, o tyle na tym kończy się trafność oceny przez Odwołującego stanu faktycznego zaistniałego po złożeniu wyjaśnień i uzupełnieniu dokumentów przez Konsorcjum Petek.

W odwołaniu przemilczano, że Izba w uzasadnieniu wyroku z 7 lutego 2014 r. dała precyzyjne wskazania zarówno co do sposobu wezwania przez Zamawiającego, jak i dwóch możliwych sposobów uzupełnienia przez Konsorcjum Petek powyżej opisanego braku. Drugim z nich było złożenie nowego dokumentu pn. *Ocena zdolności zakładu remontowego*, wystawionego z datą na dzień uzupełnienia, pod warunkiem, że będzie potwierdzał stan rzeczy istniejący na wymagany przez Zamawiającego dzień składania ofert. Izba uznała, że: *W kontekście okoliczności analizowanej sprawy, opatrzenie tego późniejszego dokumentu pismem osób uprawnionych do reprezentowania jednostki, wskazującym, że dokument oceny zdolności zakładu remontowego jest ważny wcześniej, to jest na określony dzień [28 listopada 2013 r.], nakazywałoby przyjąć, że spełnione zostały wymagania stawiane treścią SIWZ w zakresie ważności tego dokumentu na dzień składania ofert.* Przede wszystkim uprzednio Izba stwierdziła, że uczynienie zadość wezwaniu do uzupełnienia wadliwego dokumentu może mieć jakąkolwiek postać, niekoniecznie uzyskania przez Konsorcjum Petek takiego nowego dokumentu, *ale także może mieć charakter wystawionego aktualnie pisma uprawnionych do reprezentacji wystawcy dokumentu osób, które potwierdzi przeprowadzoną na podstawie odpowiedniej umowy czynność badania zakładu remontowego oraz rezultat tego badania i umowy, którym jest ocena zdolności zakładu remontowego datowana na 28 listopada 2013 r., złożona przez Przystępującego w postępowaniu.* Zatem ten pierwszy przewidziany przez Izbę sposób uzupełnienia miał polegać na potwierdzeniu przez osoby aktualnie uprawnione do reprezentacji jednostki notyfikowanej zarówno przeprowadzonej dawniej procedury oceny zdolności zakładu remontowego, jak i jej rezultatu w postaci dokumentu z 28 listopada 2013 r., którego

podpisanie przez osobą nieuprawnioną spowodował konieczność dokonania takiego uzupełnienia.

Również opis przedstawionych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień i uzupełnień został przedstawiony w odwołaniu lakonicznie. Konsorcjum Petek, oprócz złożenia wyjaśnień, dokonało uzupełnienia wadliwego dokumentu *Ocena zdolności zakładu remontowego Nr OBAC/Ex/029/OZR/13* z 28 listopada 2013 r. polegającego na złożeniu pisma OBAC sp. z o.o. z 6 marca 2014 r. wraz z załącznikami. Na początku tego pisma dwóch urzędujących członków zarządu OBAC oświadczyło – w związku z przyznaną przez nich okolicznością braku podpisu osoby umocowanej do reprezentacji na dokumencie z 28 listopada 2013 r. – że potwierdza wyrażoną w dokumencie *Ocena zdolności zakładu remontowego nr OBAC/Ex/029/OZR/13* czynność, to jest, że Legato sp. z o.o. uzyskała pozytywny wynik oceny zdolności zakładu remontowego przeprowadzonej przez OBAC. Niezależnie od potwierdzenia samego rezultatu oceny w kolejnych akapitach opisano i potwierdzono prawidłowość procedury poprzedzającej wydanie świadectwa z 28 listopada 2013 r. W szczególności wyjaśniono, że przed jego wystawieniem miała miejsce dwuetapowa kontrola spółki Legato, w pierwszym etapie polegająca na weryfikacji dostarczonej do OBAC dokumentacji techniczno-ruchowej, a w drugim – na przeprowadzeniu kontroli na terenie zakładu remontowego pod kątem oceny warunków techniczno-organizacyjnych w zakresie remontów, co miało miejsce 26 listopada 2013 r. Na tej podstawie 28 listopada 2013 r. został sporządzony *Raport z oceny nr OBAC/Ex/029/OZR/RO/13*, którego istotną częścią jest zapadła tego dnia pozytywna decyzja – podpisana przez osobę pełniącą zarówno stanowisko kierownika Jednostki Certyfikującej, jak i wiceprezesa zarządu ds. rozwoju OBAC – o przyznaniu spółce Legato oceny zdolności do wykonywania remontów i wydaniu świadectwa nr OBAC/Ex/029/OZR/13. Decyzja ta została wydana w oparciu o rekomendację i audytora i weryfikację kierownika Zespołu Kontroli Certyfikacji Wyrobów, również zawarte w raporcie i podpisane przez osoby pełniące te funkcje. Podkreślono, że w świetle *Procedury ogólnej OBAC/PO-14 r.* (wyd. 2) z 2 stycznia 2013 r. – wewnętrznych przepisów regulujących *Proces oceny zdolności zakładów do wykonywania remontów urządzeń* – ostateczną decyzję w przedmiocie wydania świadectwa odejmuje kierownik Jednostki Certyfikującej – będący jednocześnie wiceprezesem zarządu ds. rozwoju OBAC. Z uwagi na tak opisane okoliczności przeprowadzenia procesu oceny aktualny zarząd OBAC wyraził przekonanie o posiadaniu przez Legato sp. z o.o. wymaganej zdolności remontowej już 27 listopada 2013 r., gdyż: *Fundamentem stwierdzenia zdolności remontowej jest rzetelna i zgodna z procedurą ocena Spółki Legato Sp. z o.o. pozwalająca na postawienie na wspólnej płaszczyźnie Raportu z oceny nr OBAC/Ex/029/OZR/RO/13 z dnia 27 listopada 2013 r. i deklaratywnego Świadectwa nr OBAC/Ex/029/OZR/13 z dnia 28*

listopada 2013 r. W treści pisma wyłuszczone dodatkowo dwa oświadczenia o następującym brzmieniu: {1} *Spółka Legato Sp. z o.o. w dniach 27 i 28 listopada 2013 r. posiadała należycie ocenioną przez OBAC zdolność do realizacji procesu remontowego wentylatorów lutniowych i ich podzespołów w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia nr 331300748.* {2} *Potwierdzamy zatem, że Spółka Legato Sp. z o.o. wchodząca w skład Konsorcjum a występująca w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej na „Remont wentylatorów elektrycznych lutniowych i ich podzespołów dla Oddziałów KW S.A. w 2014 r.” uzyskała pozytywny wynik oceny zdolności zakładu remontowego, jak również wskazujemy, iż niniejsze pismo powinno stanowić wyczerpujące wyjaśnienie na temat legitymacji osoby podpisanej na raporcie będącym podstawą wystawienia świadectwa.* Do pisma załączono wspomniane w jego treści: *Raport z oceny nr OBAC/Ex/029/OZR/RO/13 z dnia 27 listopada 2013 r. oraz Procedurę ogólną OBAC/PO-14 z 2 stycznia 2013 r.*

Izba zważyła, że porównanie wytycznych Izby zawartych w poprzednim wyroku z faktycznie dokonany uzupełnieniem jednoznacznie ukazuje oczywistą bezzasadność stanowiska Odwołującego o nieuczynieniu przez Konsorcjum Petek zadość wezwaniu Zamawiającego, które z kolei wiernie odzwierciedlało sentencję wyroku z 7 lutego 2014 r. Konsorcjum Petek wykroczyło nawet poza oczekiwane przez Zamawiającego {w ślad za wskazaniem wynikającymi z uzasadnienia wyroku Izby} potwierdzenie merytorycznej prawidłowości i aktualności na dzień składania ofert oceny zdolności uzewnętrznionej w świadectwie wadliwym pod względem formalnym. Załączone do wyjaśnień Konsorcjum Petek pismo i dokumenty od OBAC sp. z o.o. umożliwiły Zamawiającemu samodzielną weryfikację spełniania przez Konsorcjum Petek na dzień upływu terminu składania ofert wymagania posiadania pozytywnej oceny zdolności prowadzenia remontów w zakresie nie mniejszym niż przedmiot zamówienia. Potwierdzeniem przeprowadzenia takiej analizy jest znajdujący się w dokumentacji postępowania *Protokół z analizy ofert z 24 marca 2014 r.*, w którym szczegółowo opisano ustalenia poczynione przez komisję przetargową. W ocenie składu orzekającego w tej sprawie Zamawiający nie tylko odpowiednio uwzględnił wytyczne zawarte w wyroku Izby z 7 lutego 2014 r., ale przede wszystkim prawidłowo uznał, że Konsorcjum Petek wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu w sposób zgodny z opisem zawartym w s.i.w.z.

W szczególności po zapoznaniu się z całością treści pisma OBAC z 6 marca 2014 r. nie sposób twierdzić, że jednostka notyfikowana potwierdziła posiadanie przez spółkę Legato zdolności remontowej wyłącznie przez dwa dni poprzedzające dzień upływu terminu składania ofert (czyli 27 i 28 listopada 2013 r.), a już nie w dniu 29 listopada 2013 r. Taki zarzut odwołania opiera się wyłącznie na wyrwaniu z kontekstu powyżej przytoczonego oświadczenia, które stanowi podsumowanie wyводу od kiedy, a nie do kiedy wykonawca



posiadał należycie ocenioną zdolność procesu remontowego wentylatorów lutniowych i ich podzespołów objętych przedmiotem zamówienia postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Z kolei przywołanie w tym kontekście przez Odwołującego regulacji art. 26 ust. 3 pzp jest argumentem chybionym, bo nieadekwatnym, gdyż zgodnie z tym przepisem uzupełnione na wezwanie dokumenty mają potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu *nie później niż w dniu, w którym upłynął (...) termin składania ofert*, co spełnia każda z powyższych dat. Natomiast źródłem wymagania, aby potwierdzenie spełniania warunku było aktualne na *dzień składania ofert*, jest postanowienie s.i.w.z., a nie art. 26 ust. 3 pzp, który takiego zastrzeżenia nie czyni.

Z kolei nie znajduje oparcia w treści s.i.w.z. zasugerowane w odwołaniu rozumowanie, że ponieważ dokument oceny zdolności zakładu remontowego musiał być wydany (uzewnętrzniony) przed upływem terminu składania ofert, eliminuje to możliwość wzięcia pod uwagę oświadczenia jednostki notyfikowanej z 6 marca 2014 r. Zamawiający opisując dokument, który należy złożyć na potwierdzenie spełnienia wymagania określił jedynie, że taki dokument ma być wydany przez jednostkę notyfikowaną, czyli pochodzić od takiego podmiotu, natomiast ważność wyrażonej w nim oceny ma się rozciągać na dzień, w którym upływa termin składania ofert. Natomiast oczywiste jest, a co sam w innym miejscu odwołania zostało podkreślone, że według regulacji zarówno ust. 2a jak i ust. 3 art. 26 pzp znaczenie ma, czy wykonawca wykaże spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert. Nie jest to równoznaczne z wymaganiem, aby uzupełnione dokumenty miały być wystawione przed upływem tego terminu, co *de facto* w praktyce najczęściej sprowadzałoby się do ich antydatowania. W konsekwencji Odwołujący bezpodstawnie wywodzi, że dopiero z chwilą wydania przez OBAC oświadczenia z 6 marca 2014 r. Legato uzyskało zdolność do przeprowadzania remontów, gdyż dokument ten miałby mieć znaczenie konstytutywne dla powstania uprawnienia wymaganego do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący pomija okoliczność, że oświadczenie z 6 marca 2014 r. jedynie potwierdziło prawidłowość merytoryczną dokumentu z 28 listopada 2013 r., który wymagał takiego uzupełnienia z uwagi na podpisanie przez osobę nieuprawnioną. Z kolei ów wadliwy dokument stanowił formalne uzewnętrznienie (w postaci tzw. świadectwa) rezultatu przeprowadzonej i zakończonej procedury oceny, której pozytywny wynik decydował o istnieniu wymaganej zdolności remontowej po stronie spółki Legato już od 27 listopada 2013 r. Według jednostki notyfikowanej sposób przeprowadzenia tej procedury był prawidłowy i nie wymagał ponowienia, ani uzupełnienia. Również żadne okoliczności w tym zakresie nie zostały podniesione w odwołaniu. Natomiast rozważania akcentujące, że obiektywnie spełnianie warunku udziału jest niewystarczające w sytuacji niezłożenia przez

wykonawcę dokumentu potwierdzającego, zdają się wskazywać wręcz na brak kwestionowania posiadania przez Legato wymaganej zdolności. Ponadto według jednostki notyfikowanej dokument świadectwa ma znaczenie deklaratoryjne w stosunku do pozytywnej decyzji uzewnętrznionej w raporcie z 27 listopada 2013 r., odzwierciedlającym przebieg i rezultat procesu oceny zdolności do wykonywania remontów. Potwierdzają to uregulowania przedstawionej procedury wewnętrznej OBAC, według której decyzja podejmowana przez kierownika Jednostki Certyfikującej określana jest jako decyzja o udzieleniu oceny zdolności remontowej w pełnym lub ograniczonym zakresie, przy czym alternatywnie osoba ta jest władna również powstrzymać się z decyzją do czasu przeprowadzenia przez klienta działań korygujących, względnie wydać decyzję negatywną. Wydaniu samego świadectwa nie towarzyszą żadne dodatkowe działania sprawdzające, uzależnione zostało natomiast od uregulowania przez podmiot oceniany należności finansowych względem OBAC.

Izba zważyła, że nawet gdyby nie podzielić stanowiska o samowystarczalności raportu jako dokumentu potwierdzającego wymaganie sformułowane przez Zamawiającego, nie można go traktować w oderwaniu od treści pierwotnego dokumentu, który został potwierdzony w piśmie z 6 marca 2014 r. przez jednostkę notyfikowaną. Oczywiste jest przy tym, że skoro raport był podstawą do wystawienia świadectwa, a oba dokumenty dotyczą samej procedury, przeprowadzonej na podstawie umowy zawartej pomiędzy OBAC a Legato, zakres rzeczowy obu dokumentów musi być taki sam. Z tego względu podjęte na rozprawie przez Odwołującego próby podnoszenia okoliczności braku wskazania w raporcie dokładnego zakresu urządzeń objętych zakresem oceny zdolności, należy uznać nie tylko za zarzut spóźniony – z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp, ale i oczywiście niezasadny.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

**Przewodniczący: .....**