

**WYROK**  
**z dnia 16 lipca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Emil Kawa  
**Członkowie:** Przemysław Dzierzędzki  
Dagmara Gałczewska-Romek

**Protokolant:** Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2014 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 czerwca 2014 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: BECKER - WARKOP Sp. z o.o., Mikołowskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych i Budowlanych "GÓRBUD" Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 11, 44-266 Świerklany** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: GEO-WIERT Sp. z o.o., GEO ŚLĄSK Sp. z o.o., ul. Węglowa 2, 44-240 Żory** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy - Konsorcjum: GEO-WIERT Sp. z o.o., GEO ŚLĄSK Sp. z o.o., ul. Węglowa 2, 44-240 Żory oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: BECKER - WARKOP Sp. z o.o., Mikołowskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych i Budowlanych "GÓRBUD" Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 11, 44-266 Świerklany** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: BECKER - WARKOP Sp. z o.o., Mikołowskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych i Budowlanych "GÓRBUD" Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 11, 44-266 Świerklany** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosowanie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (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 Gliwicach.

Przewodniczący .....

Członkowie: .....

.....

## UZASADNIENIE

Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Al. Jana Pawła II 4, 44-330 Jastrzębie Zdrój, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na kompleksową obsługę, konserwację i naprawę ciągników kolejek podwieszanych spalinowych w JSW S.A. KWK „Krupiński”. Znak sprawy: 12/ZZ/14. Wartość zamówienia jest wyższa, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 17 czerwca 2014 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą w postępowaniu została uznana oferta złożona przez Konsorcjum firm „GEO-WIERT” Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach przy ul. Węglowej 11 i Geo-Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej przy ul. Łowieckiej 8b.

Od takiego wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 26 czerwca wykonawcy wspólnie ubiegający się o uzyskanie zamówienia tj. BECKER - WARKOP Spółka z o.o., 44-266 Świerklany, ul. Przemysłowa 11, oraz Mikołowskie Przedsiębiorstwo Robót Górniczych i Budowlanych „GÓRBUD” Spółka z o.o., 43-190 Mikołów, ul. Podleska 72, złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO).

We wniesionym odwołaniu odwołujący zarzucili zamawiającemu, że:

I. Nie wykluczył Wykonawcy pomimo, że wykonawca:

złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a mianowicie:

1) w punkcie 1 Wykazu potwierdzającego spełnienie warunku opisanego w pkt.IX.B.I - a stanowiącym załącznik nr 2 do pisma wykonawca z dnia 11.06.2014r. oświadczył, że od 30 maja 2012r. do nadal realizuje w Kopalni Węgla Kamiennego Borynia-Zofiówka-Jastrzębie obsługę ciągników kolejek podwieszanych spalinowych, w tym kolejek typu KP-148 w wersji KPCS i KP-96, co nie odpowiada rzeczywistości;

2) posłużył się nieprawdziwymi referencjami zawartymi w piśmie z dnia 6.06.2014r., które to referencje zostały wystawione na rzecz podmiotu, na którego zasoby powołuje się Wykonawca. Z referencji tych wynika jakoby Wykonawca na podstawie zawartej z Zamawiającym umowy nr 051200403 w okresie od 30.05.2012r. do nadal realizował obsługę w zakresie mechanicznym i elektrycznym wraz z dozorem ruchu ciągników kolejek podwieszanych spalinowych typu KP-148 w wersji KPCS i KP-96 co nie odpowiada rzeczywistości;

II. Nie wykluczył Wykonawcy z postępowania pomimo, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia:

- nie wykazał warunków w zakresie opisanym w pkt. I z uwagi na nieprawdziwe informacje zawarte w złożonych dokumentach;
- nie wykazał spełnienia warunków wykonania lub wykonywania zamówień/zamówienia o łącznej wartości nie mniejszej niż 2.500.000,00 zł. netto w okresie 1 roku w zakresie obsługi kolejek podwieszanych spalinowych typu KP-148 w wersji KPCS i KP-96.

III. Nie odrzucił oferty Wykonawcy pomimo jej niezgodności z postanowieniami SIWZ, a mianowicie:

- 1) Wykonawca nie przedstawiał wymaganych przez Zamawiającego w pkt. X. ust.2 SIWZ dowodów w postaci poświadczenia/dokumentów, że zamówienia w zakresie określonym w warunku zostały należycie wykonane lub są należycie wykonywane oraz z dbałością o powierzony sprzęt;
- 2) referencje z dnia 29.05.2014r. nie zostały podpisanej przez Kierownika ruchu zakładu górniczego pkt X.2 SIWZ;
- 3) Oferta Wykonawcy nie spełnia wymagań zawartych w pkt.IX.B.I i pkt. X.2 SIWZ, tj:
  - a) brak poświadczenia/dokumentu potwierdzającego rodzaj wcześniej wykonywanych zamówień, które odpowiadałyby wymaganiom postawionym w SIWZ,
  - b) brak poświadczenia/dokumentu potwierdzającego wartość wykonywanych zamówień,
  - c) brak poświadczenia/dokumentu potwierdzającego, że dotychczasowe usługi zostały wykonane z dbałością o powierzony sprzęt.

IV. Naruszył zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenia zamówienia poprzez zróżnicowanie warunków udziału w postępowaniu.  
ewentualnie w przypadku nieuwzględniania zarzutów wymienionych w pkt I -IV:

V. Nie wezwał Wykonawcy do złożenia brakujących dokumentów wymaganych zgodnie z postanowieniami SIWZ.

VI. Nie wezwał Wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonych dokumentów wymaganych zgodnie z postanowieniami SIWZ względnie wyjaśnienia treści oferty pomimo, że oferta jest wewnętrznie sprzeczna.

Tym samym zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 oraz ust. 4; art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 3; art. 7 ust. 1 i 3; a także art. 26 ust. 3 i 4 art.; art.26 ust.2b; art. 87 ust.1.; 25 usŁ2 oraz §1 ust.2 pkt,3 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 dnia 19 lutego 2013 r.).

Podnosząc powyższe wniósł o:

- 1) Nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru

najkorzystniejszej oferty;

- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów podał, że wybrany wykonawca winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy, a jego oferta na podstawie art. 24 ust. 4 pkt. winna być uznana za odrzuconą albowiem złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, oraz nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podał, że wykonawca w punkcie 1 Wykazu potwierdzającego spełnienie warunku opisanego w pkt IX.B.I SIWZ - a stanowiącym załącznik nr 2 do pisma wykonawcy z dnia 11.06.2014r. oświadczył, że od 30 maja 2012r. do nadal realizuje obsługę w JSW SA Kopalni Węgla Kamiennego Borynia-Zofiówka-Jastrzębie ciągników kolejek podwieszanych spalinowych, w tym kolejek typu KP-148 w wersji KPCS i KP-96, co nie odpowiada rzeczywistości.

Zamawiający w pkt.IX.B.1 SIWZ po zmianie wprowadzonej w dniu 11.04.2014r. wyraźnie wymagał konkretnego typu i modelu kolejki. O tym, że sprawa ta była dla zamawiającego istotna świadczy wyjaśnienie treści specyfikacji dokonane przez samego zamawiającego. Kwestia posiadania doświadczenia przy obsłudze konkretnego typu i wersji kolejki była dla zamawiającego kluczowa. Wykonawca jeżeli nie zgadzał się z tak sformułowanym warunkiem SIWZ winien skorzystać z środków ochrony prawnej i wnieść odwołanie od treści SIWZ, jednakże wykonawca z prawa tego nie skorzystał .

Oświadczenie wykonawcy bazuje w tym zakresie na doświadczeniu podmiotu trzeciego, tj. PRS Wschód SA, wynikającego z wykonywania umowy nr 051200403 na rzecz zamawiającego, tj. JSW SA KWK Borynia Zofiówka Jastrzębie Ruch Zofiówka oraz referencjach zawartymi w piśmie z dnia 06.06.2014r. Z referencji tych wynika jakoby wykonawca na podstawie umowy nr 051200403 w okresie od 30.05.2012r. do nadal realizował obsługę wraz z dozorem ruchu ciągników kolejek podwieszanych spalinowych typu KP-148 w wersji KPCS i KP-96 co nie odpowiada rzeczywistości.

Odwołujący zarzuca, że wymieniony zakład zamawiającego nie udostępnił Firmie PRS Wschód SA do realizacji w ramach umowy nr: 051200403 kolejek KP - 148 w wersji KPCS, co w sposób oczywisty wyklucza możliwość uzyskania przez podmiot udostępniający zasoby na rzecz Wykonawcy doświadczenia wskazanego w punkcie 1 Wykazu stanowiącego załącznik nr 2 do pisma Wykonawcy z dnia 11,06.2014r.

Zdaniem Odwołującego również oświadczenie odnośnie kolejki KP-96 nie jest prawdziwe. Co prawda w/w Kopalnia posiada kilka sztuk kolejek KP - 96, ale w zupełnie innym rejonie Kopalni, a kolejki nie zostały przekazane firmie PRS Wschód SA. Jedyna forma obsługi takiej kolejki przez firmę PRS Wschód polega na tym, że obsługuje ruch jednej kolejki KP-96 /o konkretnym nr seryjnym dostarczoną Kopalni 28.08.2013/ przez osoby

posiadające odpowiednie upoważnienia, tj. maszynistów kolejek podwieszanych pod ziemią. Kolejka ta w pozostałym zakresie jest obsługiwana mechanicznie i elektrycznie przez producenta (Becker Warkop) w ramach umowy gwarancyjnej nr: ERU 071100470 z dnia 15.12.2011 r. oraz umowy serwisowej nr: 051300336 z dnia 12.07.2013r. Kolejka ta pozostaje na gwarancji producenta.

Opisane wyżej okoliczności oznaczają, że oświadczenie zawarte w pkt.I Wykazu potwierdzającego spełnienie warunku opisanego w pkt. DC.B.I — a stanowiącym załącznik nr 2 do pisma Wykonawcy z dnia 11.06.2014r. jest nieprawdziwe, nieprawdziwe są również referencje, którymi posługuje się Wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie odwołującego już z tego tylko powodu wykonawca winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3.

Ponadto dodał, że umowa, na którą powołuje się wykonawca zarówno w oświadczeniu jak i w referencjach została zawarta wcześniej przez samego zamawiającego, jest ona realizowana na rzecz zamawiającego dla jednego z jego zakładów. Zamawiający posiada tym samym „z urzędu” pełne możliwości zweryfikowania zarzutów stawianych przez odwołującego i dokonania stosowanych czynności (posiada SIWZ, dysponuje treścią umowy nr 051200403 zawartą z PRS Wschód SA, może zażądać wyjaśnień od właściwych osób), czego jak widać nie uczynił.

Nadto podniósł, że niezależnie od zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji przedstawione okoliczności oznaczają, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, gdyż na podstawie powołanej umowy nr 051200403 realizowanej w JSW SA KWK Borynia- Zofiówka-Jastrzębie:

- Nie obsługuje kolejki KP-148 w wersji KPCS, bo ten model nie został jej przekazany przez Kopalnię do realizacji w ramach umowy nr: 051200403;
- Obsługuje jedną kolejkę KP-96, ale najwcześniej dopiero od dnia dostarczenia, tj. 28.08.2013r., a więc nie przez okres co najmniej roku jak to wymagał Zamawiający;
- Obsługuje jedną kolejkę KP-96, ale w zakresie znacznie węższym niż tego wymagał zamawiający, bo obsługa ta nie obejmuje zakresu mechanicznego i elektrycznego.

W związku z powoływaniem się przez wykonawcę na doświadczenie zdobyte przy wykonywaniu umowy nr 051200403 z dnia 30.05.2012r. odwołujący zarzuca ponadto, że doświadczenie to jest co najmniej niepełne z punktu widzenia zamówienia nr 12/ZZ/14. Wynika to z faktu, że w treści SIWZ do zamówienia nr: 33All/ZZ/12 na podstawie którego zawarto z PRS Wschód SA umowę nr 051200403 nie wymagano dysponowaniem pracownikami o kwalifikacjach ślusarz do obsługi w zakresie mechanicznym. Dysponowanie to nie wynika również z umowy.

W związku z powyższym nawet jeżeli uznać by, że w tym konkretnym przypadku brak podstaw do wykluczenia z postępowania Wykonawcy w związku ze złożeniem

nieprawdziwych informacji, to Wykonawca winien być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 w związku z niewykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Co istotne, Wykonawca wykaz oraz referencje z dnia 6.06.2014. stanowiące odpowiednio załączniki nr 2 i 3 do pisma wykonawcy z dnia 11.06.2014r. przedłożył na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 3 Ustawy). Zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zasadą jest jednokrotne wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. W związku z tym odwołujący wskazuje, iż w przedmiotowym przypadku oferta wykonawcy winna być odrzucona bez ponownego wzywania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy.

Podał, że z punktu widzenia instytucji wykluczenia uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ważna jest czynność wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zaś sam fakt, czy wykonawca spełnia te warunki. Zatem, to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia przed zamawiającym w dopuszczalnej i żądanej przez niego formie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca w procedurze ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego powinien dołożyć należytej staranności, aby wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wszelkie zaniechania w tym zakresie niosą dla wykonawcy negatywne konsekwencje. Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga zachowania przez wykonawców należytej staranności na każdym etapie postępowania, w szczególności przy przygotowywaniu oferty i wymaganych zgodnie z art. 25 ust. 1 oświadczeń i dokumentów. Należyta staranność wymagana od profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych obejmuje konieczność oceny i weryfikacji informacji podawanych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu niezależnie od tego, czy pochodzą od samego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, czy od innych osób i podmiotów na które wykonawca się powołuje.

Ponadto zarzucił zamawiającemu, że wykonawca istotne wymagania zawarte w pkt.IX.B.I i pkt. X.2 **SIWZ**, mające być w formie poświadczenia/dokumentu potwierdzającego, że dotychczasowe usługi zostały wykonane z dbałością o powierzony sprzęt zastąpił oświadczeniem własnym wykonawcy pomimo braku ustawowych przesłanek ku temu, a zamawiający przyjął to oświadczenie jako spełniające wymogi SIWZ. Zdaniem odwołującego stanowi to naruszenie §1 ust.2 pkt.3 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 dnia 19 lutego 2013 r.) i art. 25 ust.2 Ustawy.

W powołanych wyżej punktach SIWZ zamawiający wymagał złożenia przez oferentów poświadczeń/dokumentów potwierdzających spełnienie opisanych tam wymagań. Co więcej,

po złożeniu ofert zamawiający wezwał oferentów (pisma z dnia 29.05.2014r.) do uzupełnienia dokumentów wyraźnie żądając wypełnienia wymogów zawartych w pkt.IX.B.I i pkt.X.2 SIWZ.

W odpowiedzi na pismo zamawiającego wykonawca zamiast wymaganych potwierdzeń/dokumentów przedłożył oświadczenie własne wykonawcy z dnia 08.05.2014r. Powołał się przy tym na §1 ust.2 pkt.3 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 dnia 19 lutego 2013 r.) Zdaniem odwołującego oświadczenie własne wykonawcy nie może być oświadczeniem podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się wykonawca. Wynika to z charakteru tego oświadczenia.

Odwołującego podnosi również, że nawet gdyby przyjąć możliwość złożenia takiego oświadczenia przez podmiot na którego zasoby powołuje się wykonawca, to przyjęcie przez zamawiającego tego oświadczenia nastąpiło z naruszeniem przepisów art. 25 ust.2 Ustawy oraz §1 ust.2 pkt 3 powołanego wyżej rozporządzenia, wbrew treści SIWZ i bez zweryfikowania przez zamawiającego przesłanek do przyjęcia takiego oświadczenia.

Zdaniem odwołującego, w niniejszym postępowaniu wykonawca nawet nie wyjaśnił na czym miały polegać „uzasadnione przyczyny o obiektywnym charakterze” przesądzające, że wykonawca „nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.” Wykonawca nie przedłożył zamawiającemu żadnych dowodów na potwierdzenie okoliczności wymaganych w §1 ust.2 pkt.3 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 dnia 19 lutego 2013 r.). Zamawiający w piśmie z dnia 29.05.2014r. wyraźnie żąda spełnienia wymagań SIWZ. Zaś po otrzymaniu pisma wykonawcy z dnia 11.06.2014r., w którym wykonawca twierdzi, że taki wymóg nie może być nakładany („wykracza poza zakres kompetencji przyznany zamawiającemu”) przestaje egzekwować wymogi SIWZ tylko wobec wykonawcy oczekując ich wypełnienia nadal przez odwołującego. Niestety, we wskazanych okolicznościach zamawiający zamiast odrzucenia oferty wykonawcy jakby zaakceptował zarzuty postawione wobec SIWZ i bez spełnienia przez wykonawcę jakichkolwiek warunków wskazanych w powołanym wcześniej rozporządzeniu przyjął oświadczenie z dnia 8 maja 2014r.

Wskazał, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 21.02.2014r. sygn. KIO 238/14, samo oświadczenie wykonawcy nie może zastąpić oświadczenia woli podmiotu trzeciego, z którego niezbieżnie wynika, że podmiot ten decyduje się "wspomóc" wykonawcę przy warunkach, których spełnienia sam wykonawca nie może udowodnić, a stosunek między wykonawcą a podmiotem trzecim gwarantuje rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów.



W zakresie możliwości korzystania przez wykonawcę z zasobów podmiotu trzeciego podał, że powołanie się na korzystanie z zasobów innego podmiotu musi mieć charakter rzeczywisty. Zatem, zamawiający musi mieć pewność, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby innego podmiotu potrzebne do wykonania zamówienia. W tym postępowaniu oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów stanowiące załącznik nr 1 do pisma wykonawcy z dnia 11.06.2014r. nie zostało potwierdzone w żaden sposób co do:

1. określenia zakresu czynności wykonywanych przez podmiot udostępniający zasoby,
2. zakresu udostępnienia przedsiębiorstwa podmiotu trzeciego,
3. okresu tego świadczenia,
4. relacji, jaka łączy podmiot udostępniający zasoby z wykonawcą.

Odwołujący podniósł, że w świetle samej treści oświadczenia wykonawcy nie sposób ustalić na jakie konkretnie zasoby wiedzy i doświadczenia, poza samymi referencjami, może korzystać wykonawca. Stwierdził, że takie udostępnienie nie spełnia wymogów ustawowych.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykonania lub wykonywania zamówień/zamówienia łącznie przez okres minimum roku o łącznej wartości nie mniejszej niż 2.500.000 złotych netto odwołujący wskazał, że w pkt. 1 Wykazu stanowiącego załącznik nr 2 do pisma wykonawcy z dnia 11.06.2014r. wykonawca oświadczył, że wartość robót związanych z obsługą kolejek podwieszanych realizowanych na podstawie umowy nr 051200403 z dnia 30.05.2012r. wyniosła powyżej 2.500.000,00 zł. netto. Podobne informacje wynikają z treści oświadczenia własnego Wykonawcy z dnia 8 maja 2014r.

Oświadczeniom Wykonawcy przeczy treść zawartej w ramach procedury zamówień publicznych umowy nr: nr 051200403 z dnia 30.05.2012r. Umowa ta w załączniku Nr 1 zmienionym Aneksem Nr 7 zawiera kosztorys wykonania zamówienia. W pozycji 18 kosztorysu, która to pozycja obejmuje między innymi obsługę kolejki podwieszanej spalinowej znajduje się łączna wartość tej usługi w kwocie: 1.040.914,00 zł. netto. Zatem oświadczenie Wykonawcy nie odpowiada treści umowy na jaką Wykonawca się powołuje. Skoro pozycja ta dotyczy obsługi kolejek i innych usług (przetaczanie wozów, załadunek, rozładunek) to wartość przypadająca na zadanie dotyczące obsługi kolejek jest jeszcze mniejsza. Zdaniem odwołującego Wykonawca nie udowodnił też, że wartość zrealizowanych usług łącznie, a więc także z uwzględnieniem kwoty wymienionej w referencjach z dnia 29.05.2014r. odpowiada wymaganiom SIWZ. Wynika to z faktu, że umowa nr 051200403 z dnia 30.05.2012r. jest nadal realizowana (30 miesięcy od daty zawarcia umowy-§2), a więc wyliczając wynagrodzenie Wykonawcy z poz. 18 kosztorysu proporcjonalnie do 30 miesięcy realizacji, uwzględniając miesiące jakie jeszcze zostały do wykonania, to Wykonawca na dzień złożenia oferty nie legitymował się łącznie kwotą wykonanych usług wymaganych

SIWZ o wartości 2.500.000,00 zł. netto. W szczególności jeśli przypomnieć, że poz. 18 Aneksu nr 7 zawiera szerszy zakres przedmiotowy od obsługi samych kolejek.

W związku z powyższym zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz ust. 4 Ustawy, Wykonawca winien być bowiem wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą.

Niezależnie od zarzutów dotyczących wykluczenia Wykonawcy z postępowania Odwołujący podnosi, iż oferta Wykonawcy winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy jako niezgodna z postanowieniami SIWZ.

Zgodnie z pkt. X. ust.2 SIWZ zamawiający wymagał złożenia poświadczenia/dokumentów, że zamówienia w zakresie określonym w warunku zostały należycie wykonane lub są należycie wykonywane oraz z dbałością o powierzony sprzęt. Nadto poświadczenia/dokumenty winny być wystawione przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego.

Oferta Wykonawcy w tym zakresie nie spełnia wymagań SIWZ informacja dotycząca wykonania zamówień z dbałością o powierzony sprzęt znajduje się jedynie w Wykazie złożonym przez Wykonawcę. Żaden inny dokument w szczególności referencje nie potwierdzają spełnienia tego wymagania SIWZ. Jednocześnie referencje z dnia 29.05.2014r, nie zostały podpisanej przez Kierownika ruchu zakładu górniczego (pkt X.2 SIWZ).

Przedłożone dokumenty nie potwierdzają również rodzaju wcześniej wykonywanych zamówień, które odpowiadałyby wymaganiom postawionym w SIWZ oraz ich wartości.

Wprawdzie Wykonawca w piśmie z dnia 11.06.2014r. dywaguje, że Zamawiający nie może zarzucić Wykonawcy na podstawie referencji, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu. Nie spełnienie tych postanowień SIWZ przez Wykonawcę nie stanowi więc podstawy do wykluczenia Wykonawcy lecz w związku z niezgodnością treści oferty z postanowieniami SIWZ winno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy. Co istotne kwestionowanie przez Wykonawcę przedmiotowych postanowień SIWZ w piśmie z dnia 06.2014r. jest po pierwsze spóźnione, po drugie prawnie nieskuteczne. Jeżeli Wykonawca nie zgadzał się z tak sformułowanymi postanowieniami SIWZ to winien skorzystać w ustawowym terminie z prawa do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W związku z powyższym oferta Wykonawcy nie spełnia wymagań zawartych w pkt. X.2 SIWZ, w związku z pkt.IX.B.I i winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy

Zdaniem odwołującego zamawiający dopuścił się również naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co narusza art. 7 ust.I Ustawy.

Zgodnie z art. 7 Ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o

udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Zamawiający udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustaw.

W dniu 29.05.2014r. odwołujący został wezwany w trybie art. 26 ust 3 Ustawy do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał między innymi, że z przedłożonego przez odwołującego Wykazu nie wynika, że zamówienia zostały wykonane z dbałością o powierzony sprzęt oraz, że dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia nie został podpisany przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego. W związku z tym zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentu z Kompanii Węglowej o informację, że zamówienie zostało wykonane z dbałością o powierzony sprzęt oraz złożenia nowego wykazu wraz z dokumentami spełniającego wymogi SIWZ.

Zdaniem odwołującego wezwanie o tożsamej treści zamawiający przesłał do wykonawcy. Tyle tylko, że wykonawca nie uzupełnił dokumentów w zakresie wskazanym w wezwaniu zamawiającego, lecz zakwestionował zasadność i zakres wezwania. Pomimo nieuzupełnienia dokumentów zamawiający uznał, że oferta wykonawcy spełnia wymogi SIWZ. Zdaniem odwołującego jeżeli wykonawca kwestionował zasadność wezwania do uzupełnienia dokumentów to winien skorzystać z środków ochrony prawnej. Skoro czynność zamawiającego nie została zakwestionowana poprzez złożenie odwołania to Wykonawca był zobowiązany do wykonania wezwania. Takie samo traktowanie wykonawcy, który zastosował się do wezwania jak i wykonawcy, który go nie wykonał narusza zasadę równego traktowania wykonawców (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.05.2013r. KIO 1149/13 LEX nr 1343932).

Na marginesie Odwołujący wskazuje, że celowe i umyślne niewykonanie wezwania zamawiającego powinno skutkować zatrzymaniem wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Ustawy (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 11.03.2014r. I ACa 789/13 LEX nr 1444712).

Z ostrożności procesowej odwołujący podniósł również iż zamawiający dokonując czynności oceny ofert naruszył również przepisy art. 26 ust, 3 i 4 Ustawy.

Jak wskazano wyżej przedłożone przez wykonawcę dokumenty zawierają błędy jak również ich treść jest niezgodna z SIWZ względnie ich treść winna co najmniej budzić wątpliwości zamawiającego co do prawdziwości. Szczególnie uwzględniając fakt, że nieprawdziwe zdaniem odwołującego informacje dotyczyły wykonywania przez wykonawcę innych zamówień publicznych na rzecz samego zamawiającego. Zamawiający winien więc niejako z urzędu uznać, że powinien podjąć działania na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy

skoro wskazywany przez wykonawcę w celu uzyskania zamówienia zakres usług jest inny, niż wynika z treści umowy.

**Zamawiający** nie złożył na piśmie odpowiedzi na odwołanie. W prezentowym na rozprawie stanowisku stwierdził, że dokonując oceny ofert dokonywał ich w oparciu o dokumenty złożone wraz z ofertą. Podał także, że ponadto posiada wieloletnie doświadczenie ze współpracy z odwołującym i przystępującym, co również w znacznym stopniu pozwoliło mu na ocenę możliwości realizacji zamówienia przez obu wykonawców. Stwierdził, że dokumenty złożone przez przystępującego w postępowaniu nie budziły wątpliwości zamawiającego i tym samym biorąc pod uwagę kryterium oceny ofert ustalone w SIWZ, ofertę przystępującego uznał za najkorzystniejszą.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca Konsorcjum firm „GEO-WIERT” Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach w złożonym piśmie procesowym wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego i wskazał odnosząc się do poszczególnych zarzutów, że:

- brak jest podstaw do wykluczenia przystępującego z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania (odnoszących się do usługi obsługi ciągników kolejek podwieszanych spalinowych, w tym kolejek typu KP-148 w wersji KPCS i KP-96), gdyż odwołujący w żadnej mierze nie wykazał, iż przystępujący złożył nieprawdziwe informacje. Stwierdził, że nie ma dowodów na to, że przystępujący złożył nieprawdziwe informacje. Przyjmując jednakże hipotetycznie, iż treść referencji i wykazu nie odpowiadała rzeczywistości, to nawet to założenie nie pozwala zamawiającemu na zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nie zostały bowiem spełnione dwie kluczowe przesłanki, umożliwiające sięgnięcie po wspomniany wyżej przepis tj. umyślność wprowadzenia w błąd oraz wpływ nieprawdziwych informacji na wynik procedury przetargowej.

- w zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazał, że zamawiający w drodze wyjaśnień z dnia 11.04.2014 r. dokonał zmiany opisu powyższego warunku zawartego w pkt IX.B.1 SIWZ, poprzez nadanie mu następującego brzmienia: *„Na potwierdzenie warunku <sup>4</sup> wskazanego w punkcie A,2) wymagane jest posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania lub wykonywania zamówień/zamówienia **łącznie** przez okres minimum 1 roku o łącznej wartości nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł netto obejmujących: obsługę w kopalni węgla kamiennego ciągników kolejek podwieszanych spalinowych typu KP-148 w wersji KPCS i KP-96 w zakresie elektrycznym i mechanicznym oraz obsługę w kopalni węgla kamiennego kolejek podwieszanych spalinowych przez osoby posiadające odpowiednie upoważnienia, tj. maszynistów kolejek podwieszanych pod ziemią w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie”*. Jednocześnie zauważyć wypada, że z SIWZ opracowanej dla przedmiotowego

postępowania nie wynika, że usługa, o której mowa w pkt IX.B.1, obejmować musi jedną tylko umowę, że jest z nią utożsamiana. Zamawiający nie wprowadził postanowienia SIWZ, które by pozwalało przyjąć konkretną definicję usługi na użytek tego postępowania, nawiązującą do jednej umowy. Pojęcie "jedno zamówienie" nie jest tożsame z pojęciem "jedna umowa".

Stwierdził, że w takim ujęciu przystępujący spełnia warunki udziału nawet jeżeli okres obsługi kolejki KP-96 był krótszy niż 12 miesięcy (od sierpnia 2013 r.), ponieważ okres obsługi kolejki KP -148 w wersji KPCS wynosił powyżej 12 miesięcy (zgodnie z pkt 2 wykazu).

- w zakresie kolejnego zarzutu stwierdził, że bezprzedmiotowe są wywody odwołującego dotyczące zastąpienia poświadczenia oświadczenia własnym wykonawcy - PRS Wschód S.A. W rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”) wprowadzono § 1 ust. 2 pkt 3, zgodnie z którym w sytuacji, gdy zamawiający jest podmiotem na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usług wskazane w wykazie, zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Przepis zapobiega sytuacji, gdy wykonawca, po to by przedstawić dokumenty służące zweryfikowaniu jego zdolności do należytego wykonania udzielanego zamówienia, zwraca się do zamawiającego w wnioskiem o wydanie zaświadczenia, po to by potwierdzić fakty, które temu zamawiającemu są znane. Czyli sytuacji, która *de facto* prowadzi do tego, że zamawiający sam dla siebie wystawia zaświadczenie.

Stwierdził, że przystępujący nie musiał składać poświadczenia z dnia 06.06.2014 r. ani oświadczenia własnego wykonawcy PRS Wschód S.A. z dnia 08.05.2014 r., odnoszących się do usług z pkt 1 wykazu, ponieważ są one realizowane na rzecz tożsamego zamawiającego - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Niezależnie od powyższego przystępujący stwierdził, że w okolicznościach sprawy możliwe było złożenie oświadczenia przez PRS Wschód S.A. w miejsce poświadczenia wystawionego przez zamawiającego. W przekonaniu przystępującego oświadczenie takie winien składać podmiot, który zrealizował zamówienie, a nie podmiot, który powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego.

- stwierdził również, że chybiony jest także zarzut odwołującego, traktujący o pisemnym zobowiązaniu do udostępnienia zasobów. Zamawiający nie postawił wymogu, aby wraz z ofertą wykonawcy składali dokumenty określające zakres udostępnionego zasobu, okres jego udostępnienia oraz relacji, jaka będzie łączyć podmiot udostępniający z wykonawcą. Zgodnie z przeważającym poglądem, udostępnienie zasobu może, choć nie musi, wiązać się z udziałem podmiotu udostępniającego zasób w realizacji części zamówienia. Nadto przepisy Pzp nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego

w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, czy choćby jego części, również w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału.

- w zakresie zarzutu odwołania o braku wykazania aby wartość wykonanych usług wykazanych w wykazie nie przekroczyła 2.500.000,00 zł netto należy zauważyć, że jest on bezzasadny i niepoparty żadnymi dowodami. W szczególności za dowód w powyższym zakresie nie może być uznana umowa nr 051200403 z dnia 30.05.2012 r. Przede wszystkim dlatego, że wynagrodzenie umowne ma charakter kosztorysowy, a nie ryczałtowy. W takim przypadku nie można przyjmować, że kosztorys załączony do umowy jest ostatecznym wykładnikiem wysokości nakładów na obsługę kolejek podwieszanych. Określone w kosztorysie nakłady miały jedynie charakter orientacyjny. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który określałby wysokość końcowego rozliczenia z zamawiającym odnoszącego się do w/w usługi.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego, zaprezentowane na piśmie oraz ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Odwołanie zostaje uwzględnione, chociaż tylko jeden z podniesionych zarzutów Izba uznała za zasadny.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. a odwołujący jak i przystępujący wykazali się interesem w złożeniu środków ochrony prawnej.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu, bez potrzeby powielania stanowisk stron zaprezentowanych powyżej, Izba stwierdza, że odwołanie zostaje uwzględnione gdyż co najmniej jeden z podniesionych zarzutów okazał się zasadny.

W zakresie zarzutu niewykluczenia wykonawcy Geo-wiert ( przystępującego ) z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, Izba zarzut ten uznaje za niezasadny.

Wskazać należy, że dla możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu zaistnienia przesłanek z art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp muszą zaistnieć kumulatywnie dwie przesłanki tj. złożenie nieprawdziwych informacji i fakt, że informacje te mogły mieć lub miały wpływ na wynik postępowania.

Informacja nieprawdziwa według ww. przepisu to taka, która jest niezgodna z rzeczywistością i została podana w sposób zamierzony w celu wywołania błędu, co do stanu faktycznego u odbiorcy informacji. Istotą informacji nieprawdziwej jest celowe działanie podającego informację - musi on sobie zdawać sprawę z odmiennego stanu faktycznego niż podawany przez niego i działać w zamiarze wprowadzenia w błąd innej osoby.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą wypracowaną przez Sądy Okręgowe (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie Warszawa-Praga z 19 lipca 2012 r. sygn. akt: IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12, wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z 6 grudnia 2012 r. sygn. akt VI Ga 134/12) złożenie nieprawdziwych informacji powodujące negatywne konsekwencje dla wykonawcy musi być dokonane w warunkach winy umyślnej, a więc z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia.

W wyroku z dnia 19 lipca 2012 r., sygn. IV Ca 683/12 Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, że nie każda informacja nieprawdziwa musi być przyczyną wykluczenia wykonawcy, dlatego konieczne jest badanie przez zamawiającego, czy podanie niezgodnych z rzeczywistością informacji było świadomym działaniem wykonawcy. W szczególności nie jest dopuszczalne przyjęcie założenia iż podanie przez wykonawcę oświadczeń wiedzy nie wykazujących spełnienia warunku udziału w postępowaniu, może być utożsamiane z nieprawdziwą informacją mającą wpływ na jego wynik. Przepis art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp nie może w takiej sytuacji zastosowania, gdyż niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu / art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pz.p./ stanowi odrębną podstawę wykluczenia. Za taką wykładnią art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp. przemawia także brzmienie art. 25 Pzp, który oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawców dzieli na potwierdzające spełnienie a) warunków udziału w postępowaniu i b) wymagań określonych przez zamawiającego (por. wyroki KIO z dnia 23 września 2013 r. o sygn. KIO 1766/13 i 1769/13)

Zauważenia w sprawie wymaga fakt, co wielokrotnie w odwołaniu podnosił odwołujący, że te nieprawdziwe informacje dotyczyły robót wykonywanych wcześniej dla zamawiającego i tym samym zamawiający na etapie oceny ofert *„posiadał „z urzędu” pełne możliwości zweryfikowania zarzutów stawianych przez Odwołującego i dokonania stosowanych czynności (posiadał SIWZ, dysponował treścią umowy nr 051200403 zawartą z PRS Wschód SA, mógł zażądać wyjaśnień od właściwych osób).*

Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą KIO nie można uznawać informacji nieprawdziwej za mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik w sytuacji kiedy zamawiający wiedział, że podana informacja przez wykonawcę jest informacją nieprawdziwą. Tak uznał także Sąd Okręgowy dla Warszawy-Pragi w wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12 który w podobnej sprawie stwierdził, że kiedy zamawiający *był świadomy, że inwestycja wskazana przez wykonawców w poz. 1 wykazu wykonanych robót nie*

*obejmowała swym zakresem spornych prac, to podanie tego rodzaju nieprawdziwej informacji nie miało zatem i nie mogło mieć korzystnego dla tych wykonawców wpływu na wynik postępowania.*

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego zarzutu, Izba stwierdza, że nie zostały wykazane za spełnione warunki ustawowe, przewidziane w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie podstawy do wykluczenia, gdyż po pierwsze, odwołujący nie wykazał, że przystępujący dokonał celowego, zawinionego i zamierzonego podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd zamawiającego i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego, a po drugie, niewątpliwym jest, że te nieprawdziwe informacje pochodziły z zamówienia realizowanego dla zamawiającego. Tak więc zamawiający był, lub winien być świadomy nieprawdziwości złożonych w tym zakresie dokumentów. Taki fakt uniemożliwia wystąpienie realnego wpływ nieprawdziwych informacji na wynik postępowania, nawet gdyby same informacje były nieprawdziwe.

W zakresie zarzutu dotyczącego nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz złożenia w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego oświadczenia o korzystaniu z zasobów innego podmiotu, dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, odwołujący stwierdził, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów, stanowiące załącznik nr 1 do pisma wykonawcy z dnia 11.06.2014r. nie zostało żaden sposób potwierdzone co do określenia zakresu udostępnienia przedsiębiorstwa dla potrzeb tego zamówienia, okresu tego świadczenia, relacji, jaka będzie łączyć podmiot udostępniający zasoby z wykonawcą.

Poza sporem w postępowaniu jest fakt, że przystępujący wg dokumentów oferty nie spełniał samodzielnie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający pismem z dnia 29 maja 2014 roku wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu wykonanych lub wykonywanych zamówień o których mowa w pkt IX.B.1) lub złożenia nowego wykazu potwierdzającego spełnienie tegoż warunku. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Geo-Wiert przy piśmie z dnia 11.06.2014 roku złożył nowy wykaz stanowiący zobowiązanie podmiotu trzeciego - Przedsiębiorstwa Robót Specjalistycznych „WSCHÓD” SA z Lublina o oddaniu cyt. „do dyspozycji Wykonawcy Konsorcjum firm <Geo-Wiert> sp. z o.o. z siedzibą w Żorach przy ul. Węglowej 11 oraz „Geo-Śląsk” z siedzibą w Rudzie Śląskiej przy ul. Łowickiej 8b, niezbędnych zasobów (opisanych w pkt. IX.B SIWZ), tj. wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.” Ponadto został złożony nowy wykaz usług którego poz. nr 1 dotyczyła udostępnionych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia.



Tym samym niewątpliwym jest, że przystępujący samodzielnie nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Dlatego też dla wykazania spełnienia tego warunku udziału kwestią kluczową jest ocena prawidłowości udostępnienia zasobów wykonawcy przez podmiot trzeci PRS Wschód w świetle wymagań art. 26 ust 2b ustawy Pzp.

*Zgodnie z art. 26 ust. 2b Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.*

Niewątpliwie to na wykonawcy, jako na podmiocie bezpośrednio zainteresowanym wygranym przetargu, spoczywa obowiązek wykazania spełnienia warunków z art. 22 Pzp, zatem to on jest adresatem norm zobowiązujących go do udowodnienia zamawiającemu iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W tym postępowaniu nic takiego nie miało miejsca. Przystępujący na pytanie Izby w tej kwestii na rozprawie oświadczył, że będzie to sposób *cyt. jak najszerzy, polegający na realnym uzyskaniu wiedzy i doświadczenia tego podmiotu, natomiast jeśli chodzi o formę to nie wyklucza żadnej formy z wyłączeniem podwykonawstwa.*

W ocenie Izby, powołanie się na zasoby podmiotu, co do którego wykonawca mający w oparciu o nie wykazać spełnianie warunków udziału nie wykazał formy udostępnienia, a tym samym jego realności, pociąga za sobą skutek w postaci braku wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Wskazać należy na jednolitą w tym zakresie linię orzecniczą KIO, zgodnie z którą przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Wobec tego złożenie ogólnego oświadczenia, bez wykazania w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, będzie niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnienie warunków zamówienia( por wyroki KIO o sygn. KIO 2819/13; KIO 2292/13; KIO 2745/13 ; KIO 792/14;KIO 715/14).

Udowodnienie dysponowania zasobem należącym do podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, to nie samo wyczerpanie stanu formalnego - złożenie w poczet dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, dokumentu tytułowanego „zobowiązanie” i powielającego w swej treści brzmienie przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy, ale udowodnienie zamawiającemu, że wykonawca na podstawie tego

dowodu, jakim jest owe zobowiązanie uzyska odpowiedni zasób.(por. Uchwałę KIO sygn. akt KIO-KD 113/13

Dodać równocześnie należy, że dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domysłów zamawiającego. W kontekście udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, kluczowe znaczenie ma oznaczenie świadczenia do którego zobowiązuje się podmiot trzeci. Bez takiego określenia świadczenia nie można określić bowiem uprawnień wykonawcy i obowiązków podmiotu trzeciego, a w konsekwencji czy jest zapewniony rzeczywisty dostęp do zasobów. Brak konkretnego wskazania co do formy i zakresu udostępnienia zasobu należy uznać za udostępnienie pozorne, skutkujące niewykazaniem przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu

Odwołujący w tym zakresie argumentował także, że udostępnienie zasobów w zakresie obsługi kolejek podwieszanych winno mieć tylko formę podwykonawstwa, gdyż miejsce eksploatacji tych kolejek uniemożliwia korzystanie np, z łączności komórkowej aby konsultować z udostępniającym zasoby, problemy techniczne związane np. z ich naprawą.

Stwierdzić należy, że zamawiający takiego wymogu nie postawił, ale aby realnie mógł ocenić realność udostępnienia wiedzy i doświadczenia w stanie faktycznym tego zamówienia musi znać zakres i formę udostępnienia, co nie wyklucza jego uprawnień do uznania, że wszystkie inne formy udostępnienia poza podwykonawstwem są niewystarczające.

Stwierdzić należy, że zarówno zamawiający jak i Izba wobec treści art. 26 ust. 2b, musi oceniać realność i rzeczywistość wskazanego udostępnianego zasobu, poprzez pryzmat relacji między stronami wynikającymi z udostępnienia zasobów oraz indywidualnych cech tego zamówienia, gdyż tylko realność udostępnienia potencjału w wystarczającym zakresie, umożliwia wykonawcy wykonanie zamówienia.

Wskazać należy również, że KIO zobowiązana jest przy orzekaniu do stosowania pronunijnej wykładni przepisów prawa krajowego, co w świetle orzecznictwa TS UE wynika z art. 10 TWE (zasada solidarności, obecnie art. 4 Traktatu o Unii Europejskiej), oraz z art. 249 akapit 3 TWE (obecnie 288 TFUE,

Dostrzeżenia wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza, jest sądem w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „TFUE”, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 2012 r. C 326, s.1). Powyższy status KIO potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 (Forposta i ABC Direct Contact) stwierdzając, że KIO *jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego.*

Wprowadzenie do polskiego prawa zamówień publicznych art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy

2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114), zwanej dalej „dyrektywą”. W myśl ww. przepisów prawa unijnego, *wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązane takich podmiotów (por. wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r. sygn. akt KIO 2846/13)*. Tym samym KIO orzekając w sprawie winna mieć na względzie zarówno treść przepisu krajowego jak zasady jego pro unijnej wykładni.

W myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp realizować zamówienie może tylko taki podmiot, który doświadczenie już posiada, bądź w myśl art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oprze się na doświadczeniu innego podmiotu, który wymagane doświadczenie posiada. Natomiast w tym postępowaniu w sytuacji, kiedy nawet na etapie rozprawy przystępujący nie był w stanie w sposób jednoznaczny wskazać w jakiej formie będzie miał udostępnione zasoby podmiotu trzeciego trudno uznać, że udowodnił zamawiającemu realność i rzeczywistość ich udostępnienia.

Wobec stwierdzenia nieprawidłowości udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, to jego konsekwencją jest stwierdzenie braku wykazania spełniania tego warunku udziału w postępowaniu.

Wobec faktu prawidłowego wzywania wykonawcy w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Izba uznaje niedopuszczalność ponownego wezwania tegoż wykonawcy w tym samym zakresie.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z powodu niewykazania wykonywania zamówień/zamówienia o łącznej wartości nie mniejszej niż 2.500.000 złotych netto, Izba stwierdza, że odwołujący nie udowodnił zasadności tego zarzutu. Zdaniem Izby może budzić uzasadnione obawy fakt, czy faktycznie wartość wykonanych robót w ramach umowy nr 051200403 z dnia 30.05.2012r. wykazanych w poz. 18 kosztorysu dotyczących obsługi kolejek i innych usług (przetaczanie wozów, załadunek, rozładunek) wynosiła 1.040,914,00 zł. Szczególnie w sytuacji kiedy ta pozycja kosztorysu dotyczy robót nadal realizowanych.

Izba stwierdza, że odwołujący mógł we właściwym czasie i trybie pozyskać te informacje od zamawiającego, ale tego nie uczynił próbując to robić nieskutecznie, poza przepisami ustawy o dostępie do informacji publicznej. Składanie w tym zakresie wniosków dopiero na etapie rozprawy Izba uznała za spóźnione.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego, że oferta Wykonawcy winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy jako niezgodna z postanowieniami

SIWZ, Izba stwierdza niezasadność tego zarzutu. Wskazać należy, że wskazana argumentacja dotycząca tego zarzutu odnosi się do warunków podmiotowych, jakie winien spełniać wykonawca.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba wskazuje, że zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom.

Ponadto zauważenia wymaga, że od warunków podmiotowych określonych w art. 22 ust. 1 i 24 ust. 1 ustawy należy odróżnić warunki przedmiotowe, a więc odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Pierwsze odnoszą się do podmiotu; ich niespełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Te drugie odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne; ich nie spełnienie skutkuje odrzuceniem oferty.

Nie można zatem odrzucić oferty z powodu nie spełniania warunków podmiotowych (ofertę uznaje się za odrzuconą) i odwrotnie, nie można wykluczyć wykonawcy z powodu nie spełniania warunków przedmiotowych. Warunki określone w art. 22 ust.1 Pkt. 1-4 nie są oświadczeniami woli lecz oświadczeniami wiedzy. Nie są więc elementami treści oferty i podobnie jak dokumenty je potwierdzające nie są składnikami oferty.

Tym samym uznawanie przez odwołującego iż odrzucenie oferty jest możliwe w każdej sytuacji, kiedy wykonawca nie spełnia wymagań SIWZ, niezależnie czy dotyczą warunków podmiotowych czy przedmiotowych jest błędne.

W przedmiotowej sytuacji odwołujący kwestionuje prawidłowość dokumentów w oparciu o które przystępujący miał wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym braki czy nieścisłości w złożonych dokumentach podmiotowych mogą być tylko podstawą do wykluczenia wykonawcy i uznania jego oferty za odrzuconą.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że przystępujący wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wobec tego nakazuje jego wykluczenie z postępowania oraz uznanie złożonej oferty za odrzuconą.

W związku z nie uznaniem przez Izbę prawidłowego oparcia się przez przystępującego na zasobach podmiotu trzeciego, Izba uznała za niezasadne dokonywanie pełnego rozpatrywania dalszych zarzutów/ dot. wykazania warunku wartości wykonanych zamówień, referencji itp./ odnoszących się do tego udostępnionego zasobu, gdyż przestał on funkcjonować w ramach tego postępowania.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący .....

Członkowie: .....

.....