

Sygn. akt: KIO 1260/14

**WYROK**  
**z dnia 2 lipca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie – Jeziornie, ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin - Jeziorna**

przy udziale wykonawcy **ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1260/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków tytułem wpisu od odwołania**

- 2.2. zasądza od wykonawcy **Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** na rzecz **Polskich Sieci Elektroenergetycznych S.A. z siedzibą w Konstancinie – Jeziornie, ul. Warszawska 165, 05-520 Konstancin - Jeziorna** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na „Dostawę i wdrożenie Informatycznego Systemu Zarządzania Rynkiem Bilansującym Energii Elektrycznej w Polsce”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 lutego 2014 r., nr 2014/S 034-056352.

W dniu 10 czerwca 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej „odwołującym”, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując, iż nie spełnia ona warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, w związku z czym został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W dniu 18 czerwca 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 18 czerwca 2014 r.) wobec czynności podjętych i zaniechanych przez zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 65 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej wykładni złożonych przez odwołującego oświadczeń dotyczących należytego wykonania zamówienia
2. art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo iż odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu
3. z ostrożności: art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści złożonych oświadczeń dotyczących należytego wykonania zamówienia, pomimo iż w ocenie odwołującego, zamawiający winien co najwyżej podjąć wątpliwości co do treści złożonych oświadczeń, a tego rodzaju sytuacja obliuguje zamawiającego do wyjaśnienia tych wątpliwości w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (wykazania się posiadaniem wymaganej wiedzy i doświadczenia) przez odwołującego

2. przeprowadzenia ponownej oceny spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a w jej toku - uznanie, że odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia (złożył wymagane dowody w celu potwierdzenia należytego wykonania zamówienia), względnie - wezwanie odwołującego do wyjaśnienia treści złożonych oświadczeń dotyczących należytego wykonania zamówienia, jeśli informacje uzyskane od odwołującego w toku postępowania nie będą uznane za wystarczające dla interpretacji złożonych przez odwołującego oświadczeń
3. przekazanie wykonawcom ponownej informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Jednocześnie w trybie art. 189 ust 6 ustawy Pzp odwołujący wniósł o wyłączenie jawności rozprawy w całości lub w części - w zakresie, w jakim rozpatrywane będą informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż odwołujący wykazał w złożonym wniosku wykonanie zamówienia o cechach określonych w ogłoszeniu. Zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dowodów potwierdzających należyte wykonanie wskazanego zamówienia, ponieważ nie zostały one załączone do wniosku. Odwołujący złożył w wyznaczonym terminie wszystkie wymagane zgodnie z treścią przepisów prawa zamówień publicznych i ogłoszenia o zamówieniu dokumenty i oświadczenia. Dokonana przez zamawiającego ocena, stanowiąca podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania, wynika z niewłaściwej interpretacji treści złożonych przez odwołującego dokumentów i oświadczeń. Prawidłowo przeprowadzona ocena winna skutkować uznaniem, iż odwołujący złożył wymagane w treści przepisów ustawy Pzp i ogłoszenia o zamówieniu oświadczenia i wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nadto dodał, iż szczegółowe uzasadnienie w tym zakresie znajduje się w Załączniku nr 1 do odwołania, objętym wnioskiem o ochronę przed ujawnieniem ze względu na fakt, iż dotyczy ono informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego.

W dniu 18 czerwca 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca ABB Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą ABB”, otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 20 czerwca 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ABB przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu podał, iż wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest złożyć „wykaz (...) zamówień, o których mowa w punkcie III.2.3) ppkt 1. ppkt 1.1. wraz z załączeniem dowodów określających, czy zamówienia te zostały wykonane należycie”. Nadto podał, iż „dowodami, o których mowa w pkt 2.1. powyżej są poświadczenia. Dowodami są również oświadczenia wykonawcy – jeżeli wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia”.

Odwołujący w załączeniu do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył „Wykaz wykonanych zamówień”.

Zamawiający, pismem z dnia 29 kwietnia 2014 r., wezwał odwołującego do uzupełnienia Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu m.in. w zakresie „dowodów określających, czy zamówienie wskazane we Wniosku, w „Wykazie wykonanych zamówień”, zostało wykonane należycie. Dowody nie zostały załączone do wniosku”.

Odwołujący, odpowiadając na powyższe (pismem z dnia 14 maja 2014 r.), złożył odpowiedź na wezwanie, w którym wskazał, m.in. iż „z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia”, załączając do pisma oświadczenia podmiotu udostępniającego (str. 12 i 14), w którym podmiot ten oświadcza, iż „procedura uzyskania (...) zaświadczenia potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia trwa kilka miesięcy, dlatego z przyczyn obiektywnych niemożliwe jest uzyskanie przez wykonawcę zaświadczenia potwierdzającego wykonanie zamówień (...)” (str. 12) oraz, że „(...) z przyczyn obiektywnych niemożliwe jest uzyskanie takiego oświadczenia w terminach określonych w zamówieniu publicznym (...)” (str. 14).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Z treści ogłoszenia o zamówieniu jednoznacznie wynika, iż na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli złożyć wykaz wykonanych zamówień wraz z załączeniem dowodów określających czy zamówienie to zostało wykonane należycie. Dowodami takimi miały być poświadczenia, a w sytuacji gdy wykonawca nie był w stanie uzyskać poświadczenia, to możliwym było złożenie oświadczenia wykonawcy. Wymóg taki, tj. złożenia dowodów określających, czy zamówienie referencyjne zostało wykonane należycie, wynikał także z treści „Wykazu wykonanych zamówień” (załącznik nr 5), w którym – wbrew twierdzeniom odwołującego - jednoznacznie wskazano, iż „do każdego zamówienia wymienionego w wykazie należy dołączyć dowód, że zamówienie zostało należycie wykonane”. Każdy z wykonawców wiedział więc jakie dokumenty zobowiązany jest w tym postępowaniu złożyć. Tymczasem wykonawca Comarch, co jest bezsporne, w załączeniu do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył wykaz wykonanych zamówień, w którym wyspecyfikował jedną usługę, zrealizowaną przez podmiot udostępniający mu doświadczenie, nie składając przy tym żadnych dokumentów (ani poświadczenia, ani też oświadczenia wykonawcy) potwierdzających jej należyte wykonanie. Nie uczynił tego również, odpowiadając na wezwanie skierowane do niego przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w którym zamawiający jednoznacznie wskazał czego od niego oczekuje („uzupełnienia wniosku w zakresie dowodów określających, czy zamówienie wskazane we wniosku, w wykazie wykonanych zamówień, zostało wykonane należycie.”). Złożone przez wykonawcę Comarch dokumenty, nie mogą stanowić dowodów potwierdzających należyte wykonania zamówienia. W ich treści takiego oświadczenia (oświadczenia potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia) nie ma. W treści odpowiedzi na wezwanie (pkt 1b) wykonawca Comarch podał jedynie, iż nie jest w stanie uzyskać poświadczenia potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia, dodając jednocześnie, iż w załączeniu przedkłada oświadczenie wykonawcy potwierdzające, że zamówienie wykazane w wykazie wykonanych zamówień zostało wykonane należycie, mimo iż takiego oświadczenia (oświadczenia o treści potwierdzającej należyte wykonanie zamówienia) do złożonej odpowiedzi na wezwanie nie załączył. Natomiast oświadczenia, na które w piśmie tym powołał się odwołujący, tj. oświadczenia ze strony 12 i 14 odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów (zarówno oświadczenie wykonawcy Comarch, jak i oświadczenie podmiotu udostępniającego), są jedynie oświadczeniami o niemożności uzyskania poświadczenia od podmiotu na rzecz, którego usługa referencyjna była realizowana, a nie są oświadczeniami o należyтым jej zrealizowaniu. Z ich treści niczego innego nie da się wywieść niż to co w nich w sposób niebudzący żadnych wątpliwości zostało oświadczone. A oświadczone w nich tylko i wyłącznie to, że nie jest możliwe uzyskanie poświadczenia od podmiotu, na rzecz którego

usługa była realizowana. Oświadczenie o należyтым wykonaniu zamówienia, co jest niewątpliwe, jest oświadczeniem wiedzy i z jego treści, jak słusznie podniósł zamawiający, wynikać winno kategorycznie to, czego od podmiotu je składającego się oczekuje, w tym konkretnym przypadku potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Tymczasem w treści tych uzupełnionych dokumentów brak jest oświadczenia podmiotu udostępniającego potwierdzającego należyte wykonanie. Tym samym wszelkie dywagacje odwołującego, dotyczące wykładni oświadczeń woli w kontekście jednoznacznej treści złożonych przez niego oświadczeń jest nieuprawnione. Dlatego też Izba uznała, iż zarzuty odwołującego nie potwierdziły się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....