

WYROK
z dnia 12 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 25 czerwca 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co. KG, 26871 Papenburg, Niemcy, Hauptkanal links 88 (lider), 2) Bunte Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-681 Warszawa, ul. Raduńska 6, 3) Moebius Bau Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 71-011 Szczecin, ul. Mieszka I 31, 4) Josef Moebius Bau-AG, 22549 Hamburg, Niemcy, Brandstucken 18** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Urząd Morski w Gdyni, 81-338 Gdynia, ul. Chrzanowskiego 10**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Hydrobudowa Gdańsk Spółka Akcyjna, 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135 (lider), 2) „Energopol – Szczecin” Spółka Akcyjna, 70-646 Szczecin, ul. Św. Floriana 9/13, 3) Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 80-702 Gdańsk, ul. Przetoczna 66,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Urząd Morski w Gdyni, 81-338 Gdynia, ul. Chrzanowskiego 10 i nakazuje:**

Sygn. akt KIO 1314/10

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co. KG, 26871 Papenburg, Niemcy, Hauptkanal links 88 (lider), 2) Bunte Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-681 Warszawa, ul. Raduńska 6, 3) Moebius Bau Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 71-011 Szczecin, ul. Mieszka I 31, 4) Josef Moebius Bau-AG, 22549 Hamburg, Niemcy, Brandstucken 18,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Urząd Morski w Gdyni, 81-338 Gdynia, ul. Chrzanowskiego 10** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co. KG, 26871 Papenburg, Niemcy, Hauptkanal links 88 (lider), 2) Bunte Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-681 Warszawa, ul. Raduńska 6, 3) Moebius Bau Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 71-011 Szczecin, ul. Mieszka I 31, 4) Josef Moebius Bau-AG, 22549 Hamburg, Niemcy, Brandstucken 18,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Morski w Gdyni – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na robotę budowlaną pn. „Modernizacja wejścia do portu wewnętrznego (w Gdańsku). Etap I – przebudowa falochronu wschodniego”.

15 czerwca 2010 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający za pośrednictwem faksu poinformował Odwołującego – konsorcjum w składzie: 1) Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co. KG z Papenburg w Niemczech (lider), 2) Bunte Polska spółka z o.o. z Warszawy, 3) Moebius Bau Polska spółka z o.o. ze Szczecina, 4) Josef Moebius Bau-AG, 22549 z Hamburga w Niemczech o wynikach postępowania – wyborze oferty konsorcjum w składzie: 1) Hydrobudowa Gdańsk S.A. z Gdańska (lider), 2) „Energopol – Szczecin” S.A. ze Szczecina, 3) Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych spółka z o.o. z Gdańska (zwane dalej również „Konsorcjum Hydrobudowa” lub „Przystępującym”).

25 czerwca 2010 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność wyboru i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Hydrobudowa oraz na zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum w składzie: 1) Mostostal Warszawa S.A. z Warszawy (lider), 2) Acciona Infraestructuras S.A. z Madrytu w Hiszpanii (zwane dalej „Konsorcjum Mostostal”). Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu 24 czerwca 2010 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu:

1. Brak odrzucenia i wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Hydrobudowa pomimo niezgodności tej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”), a w szczególności pkt. 9.3 *in fine* oraz pkt. 9.3 lit. h) Informacji dla wykonawców (zwanej dalej w skrócie „i.d.w.”), co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3, art. 22, art. 26 ust. 2b, art. 82 oraz art. 89 ustawy pzp.
2. Brak odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal pomimo niezgodności tej oferty z s.i.w.z. a w szczególności pkt. 9.3 *in fine*, pkt. 9.3 lit. b), pkt. 9.3 lit. o), ppkt. 1 lit. c), pkt. 10.1, pkt. 14.1 ppkt. 4, pkt. 14.3 ppkt. 1 lit b) i.d.w., co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3, art. 22, art. 82 oraz art. 89 ustawy pzp.

W związku z podniesionym zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie

Sygn. akt KIO 1314/10

Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Powtórzenia czynności oceny ofert.
3. Powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając podniesione zarzuty odnośnie oferty Konsorcjum Hydrobudowa, Odwołujący podniósł, iż w ofercie tej nie zostało wykazane spełnienie warunków udziału w przetargu poprzez spełnienie przesłanek opisanych w pkt. 9.3 *in fine* i.d.w. (str. 10 i.d.w.). Wykonawca, pomimo iż z oferty wynika – że będzie polegał na zasobach osób trzecich – nie przedłożył dokumentów, o których mowa w pkt. 9.3 lit. j)-o) i.d.w. Wprowadzenie takiego wymagania przez Zamawiającego jest zgodne z § 1 ust. 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817; zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”). Zamawiający całkowicie pominął fakt niezgodności tej oferty z i.d.w. i dopuścił się wyboru oferty w sposób niezgodny z prawem, w szczególności z naruszeniem art. 7 ust. 3, art. 22, art. 82 oraz art. 89 ustawy pzp.

W ofercie Konsorcjum Hydrobudowa nie wykazano także spełnienia warunku opisanego w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp tj. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający konstruując wymagania i.d.w. w tym zakresie oparł się na przepisie art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Zarówno Zamawiający, jak i ustawodawca wskazując dokumenty na potwierdzenie dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia wskazują w szczególności pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy pzp jeżeli wykonawca polega na potencjale osobowym innych podmiotów powinien w takiej sytuacji udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami. Do oferty Konsorcjum Hydrobudowa zostało załączone takie pisemne zobowiązanie ELZIT spółki z o.o. (str. 29 oferty), w treści którego spółka ta zobowiązała się „oddać swojego pracownika Ryszarda L. wskazanego w wykazie osób, którymi dysponował będzie Wykonawca do dyspozycji Hydrobudowa Gdańsk S.A. w celu należytego wykonania zamówienia opisanego powyżej”. Odwołujący podnosi, że, po pierwsze, zobowiązanie to jest wadliwe z uwagi na następujące okoliczności: określenia Wykonawcy jako Hydrobudowa Gdańsk S.A., podczas gdy oferta ta została złożona wspólnie przez 3 podmioty, brak wykazania, że Pan Tomasz L. jest upoważniony do składania oświadczeń w imieniu ELZIT spółki z o.o., brak wskazania okresu korzystania z pracownika. Po drugie, zobowiązanie pracodawcy do „oddania pracownika do dyspozycji” osobie trzeciej bez zgody tego pracownika nie jest wystarczające dla zapewnienia dysponowania pracownikiem osoby trzeciej. Zgodnie z art. 11 kodeksu

Sygn. akt KIO 1314/10

pracy ustalenie warunków pracy i płacy wymaga zgodnego oświadczenia woli pracodawcy i pracownika. Stanowisko doktryny prawa pracy w zakresie zmiany warunków pracy np. rodzaju lub miejsca pracy jest jednolite i został ugruntowany poglądem, że do takiej zmiany potrzebna jest zgoda pracownika (m. in. R. Celeda, E. Chmielek-Łubińska, L. Florek, G. Goździewicz, A. Hintz, A. Kijowski, Ł. Pisarczyk, J. Skoczyński, B. Wafgner, T. Zieliński w *Kodeks Pracy. Komentarz*. Lex 2009, wyd. V; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 1964 r. w sprawie I PR 189/64, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2008 r. w sprawie I PK 73/08). Pracodawca nie może dowolnie dysponować swoimi pracownikami zmieniając im na długi okres ustalone w umowie o pracę warunki pracy i płacy, bez uzyskania zgody pracownika. W związku z tym wykonawcy, których obowiązkiem jest wykazanie dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w przypadku posługiwania się pracownikami osoby trzeciej, poza zobowiązaniem opisanym w art. 26 ust. 2b ustawy pzp winni legitymować się zgodą pracownika na taką zmianę warunków pracy. Stanowisko to uzasadnia także wprowadzenie przez ustawodawcę w wyżej opisanym artykule jedynie przykładowego wymienienia dokumentów niezbędnych do wykazania spełnienia tego warunku. Podkreślenia wymaga, że ustawodawca konstruując ten przepis posłużył się sformułowaniem „w szczególności”, co oznacza, że poza opisanym zobowiązaniem może zaistnieć potrzeba przedstawienia jeszcze innych dokumentów. Brak przedstawienia zgody pracownika powoduje, iż może się zdarzyć taka sytuacja, że pracownik odmówi zgody na wykonywanie pracy przy wykonywaniu zamówienia przez inny niż jego pracodawca podmiot, co wskazuje na wadliwość zapewnienia wykonawcy o spełnieniu warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W tym stanie faktycznym i prawnym oferta Konsorcjum Hydrobudowa jest niezgodna ze i.d.w. oraz przepisami ustawy pzp, co powoduje, iż nie może zostać uznana za najkorzystniejszą ofertę.

Uzasadniając podniesione zarzuty odnośnie oferty Konsorcjum Mostostal, Odwołujący wskazał, iż w ofercie tej nie zostało wykazane spełnienie warunków udziału w przetargu poprzez spełnienie przesłanek opisanych w pkt. 9.3 *in fine* (str. 10 i.d.w.). Wykonawca, pomimo iż z oferty wynika, że będzie polegał na zasobach osób trzecich –nie przedłożył dokumentów, o których mowa w pkt. 9.3 lit. j)-o) i.d.w., pomimo wprowadzenia takiego wymagania przez Zamawiającego, zgodnie z § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zamawiający całkowicie pominął fakt niezgodności tej oferty z i.d.w. i uznał ofertę Konsorcjum Mostostal za nieodrzuconą w sposób niezgodny z prawem, w szczególności z naruszeniem art. 7 ust. 3, art. 22, art. 82 oraz art. 89 ustawy pzp.

Osoby, które podpisały ofertę Konsorcjum Mostostal nie miały do tego prawidłowego upoważnienia. Wadliwe jest pełnomocnictwo z dnia 5 lipca 2007 r. udzielone przez F. Panu M. (akt 8A7246422): udzielając tego pełnomocnictwa Pan F. działał na podstawie uprawnień

Sygn. akt KIO 1314/10

nadanych mu przez Zarząd Spółki dnia 8 kwietnia 2004 r., a jak wynika z dokumentacji załączonej do oferty uprawnienia do reprezentacji Pan F. uzyskał dnia 21 września 2007 r. To przerywa ciąg pełnomocnictw i powoduje, że wszystkie później udzielone pełnomocnictwa są wadliwe. Oznacza to, że oferta nie została podpisana przez osoby upoważnione do reprezentacji Mostostal Warszawa S.A. oraz Acciona Infraestructuras S.A. i jako taka nie może być uznana za skutecznie złożoną ofertę.

Wykazana w ofercie referencja dotycząca wykonania roboty „POSZERZENIE NABRZEŻA LOS MARMOLES ETAP 2” (załącznik nr 4 – wzór wykazu robót budowlanych w poz. 4) jest wadliwa. Z treści tej oferty (tłumaczenie na stronach 44-49 oferty) wynika, że „budowa została całkowicie zakończona i oczekuje na odbiór tymczasowy przez Dyрекcję Budowy” (str. 46 oferty). Wadliwość tej oferty polega na braku potwierdzenia, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, które to wymaganie zawarte jest w pkt. 9.3 lit. b) i.d.w. (str. 8 i.d.w.).

Kolejnym brakiem oferty II jest nieprzedstawienie zaświadczenia wydanego dla Acciona Infraestructuras S.A. w kwestii nieorzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie, który to wymóg przewidziany jest w pkt. 9.3 lit. o ppkt. 1 lit. c) i.d.w. (str. 10 i.d.w.).

7 lipca 2010 r. Zamawiający wniósł do Krajowej Izby odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której domagał się oddalenia odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podniósł następujące okoliczności odnośnie zarzutów przeciwko Konsorcjum Hydrobudowa.

Zarzut, iż w ofercie Konsorcjum Hydrobudowa nie zostało wykazane spełnienie warunków udziału w przetargu poprzez spełnienie przesłanek opisanych w pkt 9.3. *in fine* i.d.w. (str. 10 i.d.w.) oraz zaniechania wezwania podmiotu udostępniającego zasoby osobowe – firmy ELZIT -- jest bezzasadny – z oferty nie wynika, aby firma ta była podwykonawcą. Konsorcjum Hydrobudowa polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy pzp wyłącznie w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia odnośnie wymogu legitymowania się osobą posiadającą wykształcenie wyższe techniczne budowlane, uprawnienia budowlane w specjalności elektroenergetyczne w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2006 Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.) oraz rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 2006 Nr 83, poz. 578, z późn. zm.) i co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego. Odnośnie polegania na tego rodzaju zasobach, w i.d.w. Zamawiający wprowadził wymóg składania dokumentów określonych w punkcie 9.3 lit. (j)-(o) wyłącznie w odniesieniu do podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia. Jest to

Sygn. akt KIO 1314/10

zgodne z treścią 1 ust. 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Na stronie 2 oferty, Konsorcjum Hydrobudowa wskazało, iż zamierza powierzyć podwykonawcom części zamówienia: roboty elektryczne. Zamawiający w toku czynności oceny ofert dokonał analizy oferty m.in. pod kątem rozważenia ewentualnego wezwania Konsorcjum Hydrobudowa do przedłożenia dokumentów podmiotowych dotyczących firmy ELZIT sp. z o.o., jednakże po analizie treści oświadczenia oraz pozostałej części oferty uznał, iż Wykonawca ten nie zadeklarował firmy ELZIT sp. z o.o. jako podwykonawcy, nie wynika to również z treści złożonej deklaracji odnoszącej się wyłącznie do udostępnienia pracownika. Zamawiający uznał, iż nie ma zatem podstaw do wzywania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów o dokumenty firmy ELZIT. Analiza oferty dokonywana jest na podstawie złożonych dokumentów, a nie przypuszczeń, czy wątpliwości Zamawiającego o charakterze hipotetycznym. Jeżeli ze złożonych Zamawiającemu dokumentów nie wynika, iż udostępniająca zasoby firma ELZIT jest podwykonawcą, to Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania twierdzeń odmiennych, niż treść złożonej oferty.

Zarzut określenia w zobowiązaniu podmiotu udostępniającego (firmy ELZIT) Wykonawcy jako HYDROBUDOWA GDAŃSK S.A., a nie wszystkich trzech wykonawców wspólnie składających ofertę jest bezzasadny, albowiem oświadczenie ELZIT Sp. z o.o. jest wystarczające. Zamawiający w toku czynności oceny ofert dokonał analizy przedmiotowego oświadczenia pod kątem zgodności z wymogami art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Zamawiający zważył (w odniesieniu do zarzutu Odwołującego), iż, po pierwsze oświadczenie w sposób wyraźny wskazuje, iż zostało złożone dla celów przedmiotowego postępowania (odwołuje się do tego postępowania), po drugie, złożenie takiego oświadczenia wyłącznie na ręce jednego z wykonawców występujących wspólnie jest całkowicie wystarczające w sytuacji, w której zasadą polskiego prawa zamówień publicznych jest sumowanie zasobów wykonawców występujących wspólnie.

Zarzut wykazania braku upoważnienia Pana Tomasza L. do składania oświadczeń w Imieniu ELZIT sp. z o.o. jest bezzasadny, albowiem brak jest podstaw do żądania takiego wykazania, a także Pan Tomasz L. jest upoważniony do składania oświadczeń tego rodzaju i jest to okoliczność notoryjna. Zamawiający uznał, iż zważywszy na treść przepisu art. 26 ust. 2 b pzp, oraz przepisu § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który wymaga (fakultatywnie – gdy zamawiający tego żąda w s.i.w.z.) złożenia dokumentów podmiotowych (m.in. odpisu z właściwego rejestru) tylko, gdy podmiot udostępniający jest wykonawcą, to żądanie takich dokumentów od podmiotu, który nie został zadeklarowany jako wykonawca jest pozbawione podstaw prawnych i było rozszerzającą interpretacją ustawy pzp i

Sygn. akt KIO 1314/10

rozporządzenia, do której Zamawiający nie jest uprawniony. Zarzut braku wykazania upoważnienia Tomasza L. jest również materialnie bezzasadny. Zamawiający wskazuje, iż w toku oceny ofert uznał, iż w realiach polskiego systemu prawnego oraz dostępnych informatycznych baz danych, jest w stanie w sposób samodzielny zweryfikować pozytywnie uprawnienie osoby podpisującej się pod zobowiązaniem podmiotu udostępniającego, unikając zbędnej biurokracji. System Krajowego Rejestru Sądowego jest systemem publicznym i jawnym, co implikuje twierdzenie, iż zawarte w nim dane mają charakter notoryjny. Potwierdza to przepis art. 8 oraz art. 17 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym. Z treści tych przepisów wynika, iż dane zawarte w rejestrze mają charakter jawny, każdy ma prawo dostępu do nich, w tym w szczególności za pośrednictwem centralnej informacji, przy czym domniemywa się, że dane zawarte w rejestrze są prawdziwe. Członek Komisji Przetargowej (ekspert) w toku posiedzenia Komisji Przetargowej w dniu 1 czerwca 2010 roku dokonał weryfikacji umocowania Pana Tomasza L. do reprezentacji firmy ELZIT sp. z o.o. w toku czynności oceny ofert przy pomocy systemu informacji prawnej LEX PRESTIGE (offline i online) oraz będącego jego częścią Informatora Prawno-Gospodarczego (IPG). System ten zawiera pełną bazę spółek zarejestrowanych w KRS wraz z pełną bazą ogłoszeń w Monitorze Sądowym i Gospodarczym (aktualnych i historycznych). Wynikiem sprawdzenia było potwierdzenie uprawnień Pana Tomasza L. do reprezentacji podmiotu.

Zarzut braku wskazania okresu korzystania z pracownika oraz zarzut niewystarczającej treści zobowiązania w odniesieniu do stosunku pracodawca-pracownik są bezzasadne, albowiem oświadczenie to jest wystarczające w rozumieniu art. 26 ust. 2b pzp. Podobna kwestia była już przedmiotem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 20 marca 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP 277/09) wskazano, iż *zatrudnienie takiej osoby przez inny podmiot niż Konsorcjum nie oznacza, że Konsorcjum nie może dysponować taką osobą, bądź że zobligowane jest przedstawić zobowiązanie do udostępnienia potencjału kadrowego. Jak wskazano bowiem wyżej, stosunek pracy między dwoma podmiotami nie wyklucza możliwości współpracy między pracownikiem a innym podmiotem, a w efekcie możliwością dysponowania przez ten podmiot, osobą nie będącą jego pracownikiem.* Powyższe argumenty zachowały aktualność i obecnie, co implikuje twierdzenie, że brak jest podstaw do badania treści stosunku pracy Istniejącego pomiędzy firmą ELZIT sp. z o.o., a jej pracownikiem. Stanowisko odmienne byłoby wręcz absurdalne i prowadzące do wkraczania w zastrzeżoną sferę prywatności pracownika oraz poufności warunków pracy i płacy. Trudno sobie wyobrazić badanie umowy o pracę, czy też weryfikowanie rzeczywistych możliwości jej wykonania przez daną osobę.

Niezależnie od powyższego, stanowisko Odwołującego jest również merytorycznie niezasadne. W ramach stosunku pracy i obowiązujących przepisów w Rzeczypospolitej Polskiej, to pracodawca decyduje o miejscu wykonywania obowiązków pracowniczych. Jeżeli zachodzi konieczność wykonywania pracy poza stałym miejscem pracy, to pracownika się po prostu deleguje poleceniem pracodawcy i poza przypadkiem pracownicy w ciąży (art. 178 ust. 1 kodeksu pracy), który raczej w niniejszej sprawie nie ma zastosowania, nie wymaga to nigdy zgody pracownika. Pracownikowi z tytułu delegacji przysługują zaś określone świadczenia dodatkowe. Od miejsca pracy, będącego jednym z warunków umowy o pracę, różni się miejsce wypełniania obowiązków pracowniczych, czyli wykonywania poszczególnych czynności, które składają się na dany rodzaj pracy. Są to miejsca usytuowane bądź to w zakładzie pracy, w którym pracownik ma swe stałe miejsce pracy, bądź poza siedzibą tego zakładu, gdy wykonuje pracę wymagającą przemieszczania się w przestrzeni i przebywania w różnych miejscach oddalonych od siedziby pracodawcy lub innego miejsca wskazanego jako „miejsce pracy”. Dotyczy to m.in. kierowców, personelu latającego, kolejarzy, agentów ubezpieczeniowych itp., a także pracowników przebywających na tzw. delegacjach służbowych. Miejscem pracy tych osób jest jednostka przestrzenna zakładu pracy, w której pracownik otrzymuje przed wyjazdem przydział zadań i po powrocie składa sprawozdanie z ich wykonania (por. Goździewicz Grzegorz, Zieliński Tadeusz *Komentarz do kodeksu pracy*, LEX 2009). Zamawiający w toku czynności oceny ofert uznał, iż nie ma podstaw do żądania od Konsorcjum Hydrobudowa przedstawiania zgody pracownika podmiotu udostępniającego, tym bardziej, iż obowiązujące przepisy kodeksu pracy takiej zgody nie wymagają. Wykonywanie przez pracownika czynności w określonym miejscu wymaga jedynie polecenia pracodawcy, zaś w tym zakresie całkowicie wystarczająca jest deklaracja złożona przez ELZIT sp. z o.o. Z drugiej strony Zamawiający nie jest uprawniony do weryfikacji uzgodnień pomiędzy podmiotem udostępniającym (ELZIT sp. z o.o.), a wykonawcą, co wyraźnie stwierdza art. 26 ust. 2b pzp w części: *niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków*.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podniósł następujące okoliczności odnośnie zarzutów przeciwko Konsorcjum Mostostal.

Zarzut zaniechania wezwania wykonawcy do przedłożenia dokumentów podmiotowych osób, którymi wykonawca będzie się posługiwał jest bezzasadny, albowiem art. 26 ust. 2b ustawy nie ma zastosowania. Zamawiający stwierdził, iż na stronie 50 i 51 oferty Konsorcjum Mostostal zadeklarowała, iż w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym osób zdolnych do wykonania zamówienia, dysponować będzie konkretnymi osobami spełniającymi te warunki. Stosowne deklaracje tych osób znajdują się na stronie 54 (w odniesieniu do Pana Wojciecha S.) oraz na stronie

Sygn. akt KIO 1314/10

55 (w odniesieniu do Pana Eugeniusza B.). Zamawiający stwierdził w toku badania oferty; iż zgodnie z literalną treścią tych oświadczeń, są to zobowiązania konkretnych osób fizycznych, a nie zobowiązania podmiotów deklarujących udostępnienie zasobów. Zamawiający nie ma prawa wnikać, na jakiej podstawie prawnej wykonawca będzie zatrudniał przedmiotowe osoby, albowiem stanowiłoby to niedozwoloną dyskryminację wykonawców niezatrudniających pracowników w oparciu o umowę o pracę. W aktualnym stanie prawnym, wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu – dysponowania osobami – przedkłada wyłącznie oświadczenie, dodatkowo zgodnie z brzmieniem § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, Zamawiający żądał wskazania informacji o podstawie dysponowania daną osobą. Zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu, na żądaniu informacji o podstawie dysponowania osobami uprawnienia zamawiającego się kończą – inaczej należałoby uznać, iż równe traktowanie wykonawców nakazuje żądać od wykonawców wskazujących umowę o pracę – nadsyłania tychże umów.

Zarzut braku umocowania do podpisania oferty jest bezzasadny – oferta została podpisana przez osoby należycie umocowane. Istotnie Panu F. udzielono aktem notarialnym sporządzonym przez notariusza M. dnia 21 września 2007 roku (str. 145-163 oferty) pełnomocnictwa „ogólnego tak obszernego i wystarczającego jak będzie prawem wymagane” szczegółowo wskazując na obszar działania, który pełnomocnictwo obejmuje. W żadnym jednak razie nie stanowi to zaprzeczenia faktu, iż Pan F. przed 21 września 2007 roku był uprawniony do reprezentowania spółki, co znajduje potwierdzenie w treści aktu notarialnego z dnia 4 lipca 2007 roku sporządzonego przez notariusza M. (str. 176-180 oferty). W akcie tym, którego wiarygodność nie mogła budzić żadnych wątpliwości po stronie Zamawiającego, wskazano, iż stawający do aktu działa „w charakterze Prezesa Spółki Prawa Handlowego Acciona Infraestructuras S.A.”. Dalej wskazano, iż Pan F. „korzysta z uprawnień nadanych mu przez Zarząd Spółki na mocy uchwały przyjętej na zebraniu, które odbyło się dnia 27 kwietnia 2004 roku”. Notariusz wskazuje wyraźnie, iż powyższy akt został sporządzony w jego kancelarii i na jego mocy Panu F. „przyznano całość uprawnień, które prawnie i statutowo należą do Zarządu Spółki z wyjątkiem tych uprawnień, które ze względu na swój charakter są nieprzekazywalne”. Co więcej w akcie notarialnym zawarto wyraźne oświadczenie notariusza, iż spawający (Pan F.) posiada wystarczającą pozycję (zdolność prawną) do sporządzenia niniejszego aktu notarialnego, po czym następuje w akcie udzielenie kwestionowanego przez Odwołującego pełnomocnictwa dla Pana M. o treści w akcie notarialnym wskazanej. W świetle powyższego brak jest podstaw do stwierdzenia jakichkolwiek wad tego pełnomocnictwa, w szczególności nie ma podstaw, by twierdzić ciąg pełnomocnictw został przerwany. Pełnomocnictwo udzielone aktem notarialnym z dnia 21

Sygn. akt KIO 1314/10

września 2007 roku jest niczym innym jak pełnomocnictwem o szerszym zakresie niż to, którym posługiwał się Pan F. od 27 kwietnia 2004 roku. Podzielenie argumentów odwołującego sprowadza się w istocie do podważenia prawdziwości i rzetelności omawianych wyżej aktów notarialnych – dokumentów urzędowych, do czego Zamawiający nie widział w trakcie oceny ofert podstaw prawnych, w związku z czym nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia braków dokumentów załączonych do oferty w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Zarzut niezgodności referencji z wymaganiami s.i.w.z. w zakresie pozycji 4 wykazu robót jest bezzasadny, a nadto bez wpływu na wynik czynności oceny oferty tego wykonawcy Zamawiający dla potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia wymagał wykazania się wykonaniem dwóch robót budowlanych, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskiej budowli hydrotechnicznej (budowli morskiej), w tym jednej roboty, której przedmiotem była budowa lub przebudowa falochronu morskiego o wartości nie mniejszej niż 25 000 000 zł brutto (dwadzieścia pięć milionów złotych). Zamawiający uznał w toku oceny ofert, iż wymóg wykazania się robotą, której przedmiotem była budowa lub przebudowa falochronu morskiego spełnia robota nr 1 z wykazu. Odwołujący powyższej roboty nie kwestionował. Zamawiający wymagał nadto wykazania się drugą robotą hydrotechniczną (już niekoniecznie dotyczącą falochronu). W ocenie Zamawiającego, warunek ten spełnia każda z trzech pozostałych robót z wykazu, to jest również roboty z pozycji 2 i 3. Odwołujący skutecznie nie zakwestionował tych robót, przez co potwierdził, iż spełniają one wymogi Zamawiającego. Niezależnie od powyższego, w punkcie 1 referencji odnoszących się do pozycji nr 4 wykazu (tłumaczenie str. 45 oferty) znajduje się stwierdzenie, iż *Prace zostały wykonane zgodnie z warunkami oraz ku satysfakcji niżej podpisanego*. Jest to wystarczające potwierdzenie wymogu 1 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, iż roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zarzut braku zaświadczenia dla uczestnika konsorcjum Acciona Infraestructuras S.A. odnośnie nieorzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie nie odpowiada rzeczywistości. Stosowne oświadczenie w tym przedmiocie znajduje się na stronie 219 oferty (tłumaczenie str. 221). Jest to oświadczenie złożone przed notariuszem w trybie § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

28 czerwca 2010 r. (data wpływu na elektroniczną skrynkę podawczą Izby) Konsorcjum Hydrobudowa zgłosiło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Sygn. akt KIO 1314/10

Konsorcjum Hydrobudowa podniosło w uzasadnieniu zgłoszenia przystąpienia, iż jego oferta jest w pełni zgodna z postanowieniami s.i.w.z., spełnia wszystkie podmiotowe warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, jego oferta zawiera najniższą cenę i została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Wniesiony przez odwołującego środek ochrony prawnej służy wyłącznie nieuzasadnionemu przedłużeniu postępowania, bowiem wszystkie z zarzutów wywiedzionych w treści odwołania przeciwko ofercie Konsorcjum Hydrobudowa dotyczą dokumentów, które podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp, zaś Zamawiający dotychczas nie wezwał Konsorcjum Hydrobudowa do jakichkolwiek uzupełnień, czy wyjaśnień.

W postanowieniu pkt 9.3 in fine i.d.w. s.i.w.z. (str. 10 i.d.w.) Zamawiający wyraźnie wskazał, iż dokumenty wskazane w pkt 3 lit. (j) do (o) wykonawca zobowiązany jest przedłożyć wyłącznie w odniesieniu do podmiotów, na których zasobach polega zgodnie z art. 26 ust. 2b pzp, o ile podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia. Konsorcjum w załączonym do oferty *Wykazie osób*, wskazał do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych Pana Ryszarda L., pracownika firmy ELZIT sp. z o.o., która oddała wyżej wymienioną osobę do dyspozycji na okres wykonywania zamówienia. Oświadczenie o oddaniu tej osoby do dyspozycji Konsorcjum Hydrobudowa wyraźnie precyzuje dane osoby oddanej do dyspozycji – Pana Ryszarda L., jest podpisane przez upoważnionego do samodzielnej reprezentacji ELZIT spółki z o.o. Pana Tomasza L. oraz wskazuje okres na jaki osoba została oddana do dyspozycji, tj. na okres obejmujący należyte wykonanie zamówienia (okres wykonywania zamówienia, zgodnie z art. 26 ust. 2b pzp).

Stwierdzenie Odwołującego jakoby oddanie pracownika do dyspozycji osoby trzeciej na podstawie zobowiązania, zgodnie z art. 26 ust. 2b pzp stanowiło jednocześnie podstawę do zmiany warunków pracy i płacy pracownika tamże wskazanego, stanowi daleko idącą nadinterpretację przepisów pzp oraz prawa pracy w tym zakresie. W nawiązaniu do zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych opinii prawnej należy bowiem wskazać na tożsamy ze stanem faktycznym w niniejszym postępowaniu przypadek pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. *O takim stosunku prawnym rozstrzyga więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą o podmiotem trzecim (arg. z art. 26 ust. 2b ustawy – Prawo zamówień publicznych). W takich przypadkach tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia tych osób. Przy czym ustawa — Prawo zamówień publicznych nie zastrzega żadnych szczególnych wymogów prawnych co do charakteru takiego zobowiązania. Oznacza to, iż zobowiązanie takie może wynikać z różnych stosunków prawnych łączących wykonawcę z podmiotem trzecim (umowa przedwstępna, umowa o podwykonawstwo, umowa o*

współpracy, porozumienie pomiędzy pracodawcami o delegowaniu pracowników w celu wykonywania pracy u wykonawcy itd.). Tak więc z przypadkami pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia będziemy mieli do czynienia między innymi w sytuacji delegowania pracowników podmiotu trzeciego do wykonawcy na czas realizacji zamówienia w celu wykonywania pracy związanej z wykonaniem tego zamówienia, jak też w sytuacji, gdy podmiot trzeci dysponujący osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (spełniającymi wymagania określone przez zamawiającego), będzie podwykonawcą wykonawcy, a osoby te będą brały udział w wykonaniu zamówienia. Będzie to dotyczyło sytuacji, gdy podmiotem trzecim będzie zarówno jednostka organizacyjna (osoba prawna albo jednostka organizacyjna, nie posiadająca osobowości prawnej, wyposażona przez prawo w zdolność prawną), jak również osoba fizyczna, prowadząca działalność gospodarczą i zatrudniająca w tym celu pracowników albo uprawniona do dysponowania ich pracą na podstawie umów cywilnoprawnych. Wobec powyżej zacytowanego stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych niecelowym na etapie postępowania przetargowego oraz niemającym oparcia w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a także art. 26 ust. 2b pzp, byłoby przedkładanie przez oferentów jakichkolwiek innych niż wymagane i wskazane w ustawie dokumentów czy oświadczeń. Stanowisko wyrażone powyżej potwierdza również treść *Komentarza do nowelizacji Prawa zamówień publicznych* pod red. Henryka Nowickiego (LexisNexis, Warszawa 2010), iż wystarczającym dla wykazania dysponowania przez wykonawcę osobami oddanymi do dyspozycji przez podmiot trzeci, jest pisemne zobowiązanie do udostępnienia swojego potencjału.

Konsorcjum Hydrobudowa co prawda wskazało jako zakres podlegający podzleceniu w ramach przedmiotowego zamówienia roboty elektryczne, lecz na etapie złożenia oferty nie zdecydowało czy ten zakres zostanie podzlecony firmie ELZIT sp. z o.o., zatem oferta obejmuje wyłącznie oddanie do dyspozycji osoby przez podmiot, niewskazany wprost w ofercie do wykonywania zamówienia. Taka interpretacja oferty nie wyklucza jednak prawa Konsorcjum do podzlecenia robót elektrycznych firmie ELZIT sp. z o.o., co będzie mogło mieć ewentualnie miejsce dopiero na etapie organizacji realizacji zamówienia.

Celem nowelizacji przepisów Prawa zamówień publicznych z listopada 2009 r. było umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Poleganie wykonawcy na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, bez wątplenia zwiększa potencjalny krąg wykonawców i na zamawiającym kładzie ciężar oceny

Sygn. akt KIO 1314/10

czy taki wykonawca, w sposób prawidłowy udokumentował fakt dysponowania wskazanymi zasobami. W przypadku bowiem uznania po stronie zamawiającego, iż wykonawca nie udokumentował dysponowania stosownymi zasobami, zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia oferty bądź złożenia wyjaśnień, co potwierdza ugruntowane stanowisko KIO. Jeśli Zamawiający nie wezwał Konsorcjum Hydrobudowa do uzupełnień czy wyjaśnień, że oferta w pełni odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego i warunkom postawionym na podstawie s.i.w.z.

Odwołanie, do którego przystąpienie zgłasza Konsorcjum Hydrobudowa jest całkowicie bezzasadne wobec słusznego uznania przez Zamawiającego, iż Konsorcjum spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu opisane w s.i.w.z. W razie jednakże innego stanowiska Izby, stwierdzić należy, iż wszystkie zarzuty wobec oferty Konsorcjum mogą zostać wyjaśnione bądź uzupełnione w trybie przypisanych ustawowych procedur pzp.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Po ustaleniu z urzędu, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Uczestnik podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 2 kwietnia 2010 r. nr 2010/S 65 pod poz. 097036. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej 30 marca 2010 r., w tym samym dniu zamieszczając ogłoszenie w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.umgdy.gov.pl), na której od 2 kwietnia 2010 r. udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i wynosi 79.969.919,70 zł, co stanowi równowartość 20.830.924,64,00 euro.

Konsorcjum Hydrobudowa złożyło ofertę z najniższą ceną, oferta Konsorcjum Mostostal jest druga, a oferta Odwołującego trzecia pod względem ceny, która zgodnie z pkt. 25 s.i.w.z. stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Sygn. akt KIO 1314/10

W pkt. 9 i.d.w. s.i.w.z. *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków* Zamawiający w następujący sposób opisał niektóre warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonania ich oceny.

Z pkt. 9.1 ppkt 1 i 2 wynika, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp, dotyczące w szczególności:

- „posiadania wiedzy i doświadczenia (w przypadku Wykonawców składających ofertę wspólną spełnianie powyższego warunku będzie oceniane łącznie), tj.: (a) wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: 2 (dwie) roboty budowlane, których przedmiotem była budowa lub przebudowa morskiej budowli hydrotechnicznej (budowli morskiej), w tym jednej roboty, której przedmiotem była budowa lub przebudowa falochronu morskiego o wartości nie mniejszej niż 25 000 000 zł brutto (dwadzieścia pięć milionów złotych)” /ppkt 1/,
- „dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. dysponować niżej wymienionymi osobami: (A) 1(jedną) osobą, która będzie pełniła funkcję Kierownika budowy (...), (B) 1(jedną) osobą, która będzie pełniła funkcję Kierownika robót hydrotechnicznych (...), (C) 1(jedną) osobą, która będzie pełniła funkcję Kierownika robót, posiadającą (...), uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń (...), (D) 1(jedną) osobą, która będzie pełniła funkcję Kierownika robót, posiadającą (...) uprawnienia w specjalności elektroenergetyczne (...)” /ppkt 2/.

„Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana w oparciu o złożone w ofercie dokumenty i oświadczenia wg formuły: spełnia – nie spełnia. Z treści złożonych dokumentów lub oświadczeń musi wynikać, że Wykonawca odpowiednie warunki udziału w postępowaniu spełnia” /pkt 9.1 *in fine*/.

Z pkt. 9.3 wynika, iż na potwierdzenie spełniania powyżej przytoczonych warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wykonawcy byli zobowiązani przedłożyć w szczególności następujące dokumenty, przy czym w przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, ocenie podlega ich doświadczenie oraz dysponowanie potencjałem technicznym i osobowym łącznie:

- „wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania zgodnie z załącznikiem nr 4 do IDW oraz

Sygn. akt KIO 1314/10

załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone” /lit. b/,

- „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, niezależnie od tego, czy są one zatrudnione bezpośrednio przez Wykonawcę, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, także zakresu wykonywanych przez nie czynności – sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 5 do IDW, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami” /lit. c/.

„Jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu: (h) pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” /pkt 9.3 lit. h/.

W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okolicznościach, o których mowa a art. 24 ust.1 pzp, Zamawiający w pkt. 9.3 lit j do o wymaga od wykonawców złożenia odpowiednio: (j) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie z zamówienia publicznego, (k) aktualnego odpisu z właściwego rejestru, (l) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, (m) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, (n) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 pzp, (o) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 pzp – przy czym odrębny dokument ma złożyć każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

„Jeżeli Wykonawca wykazując spełniania warunków, udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 u.p.z.p, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b u.p.z.p., zobowiązany jest przedłożyć dokumenty, o których mowa w pkt. 3 lit. (j) – (o) również w stosunku do tych podmiotów, o ile podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia” /pkt 9.3 *in fine*/.

Zgodnie z postanowieniem pkt. 10.1 i.d.w. s.i.w.z. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia, ustanawiają Pełnomocnika do reprezentowania ich

Sygn. akt KIO 1314/10

w niniejszym postępowaniu albo reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W pkt. 14 i.d.w. s.i.w.z. Opis sposobu przygotowania oferty w pkt. 3 ppkt 1 lit. b Zamawiający określił, iż kompletna oferta musi zawierać między innymi „stosowne Pełnomocnictwo(a) – w przypadku, gdy upoważnienie do podpisania oferty nie wynika bezpośrednio ze złożonego w ofercie odpisu z właściwego rejestru albo zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej”.

W ofercie Konsorcjum Hydrobudowa:

W pkt. 11 formularza oferty sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do i.d.w., znajduje się oświadczenie o następującej treści: „informuję, że w niniejszym postępowaniu zamierza powierzyć podwykonawcom niżej wymienione części zamówienia: 1. roboty elektryczne”.

W pkt. 5 tabeli wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do i.d.w., znajduje się oświadczenie dotyczące osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wymieniające Pan Ryszard L. jako Kierownika robót – z kwalifikacjami zawodowymi w postaci uprawnień budowlanych w specjalności instalacji i urządzeń elektrycznych do kierowania robotami budowlanymi w zakresie budowy wszelkiego rodzaju instalacji i urządzeń elektrycznych budownictwa powszechnego, przy czym jako podstawę dysponowania wskazano „Oświadczenie o dysponowaniu”.

Do wykazu załączono Oświadczenie z 18 maja 2005 r. podpisane w imieniu ELZIT sp. z o.o. z Wejherowa przez Dyrektora mgr. inż. Tomasza L. o następującej treści: „Niniejszym, w nawiązaniu do ciężącego na Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia pn.: Roboty budowlane polegające na „Modernizacja wejścia do portu wewnętrznego (w Gdańsku). Etap I – przebudowa falochronu wschodniego” – Hydrobudowa Gdańsk SA, obowiązku pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, niniejszym oświadczam, co następuje: W odpowiedzi na wniosek Wykonawcy – Hydrobudowy Gdańsk SA zobowiązuję się, jako przedsiębiorca – osoba prawna do udostępnienia danych mojego pracownika w zakresie wykształcenia oraz doświadczenia zawodowego, a także zobowiązuję się w przypadku wyboru oferty Wykonawcy – hydrobudowy Gdańsk S.A. oddać swojego pracownika Ryszarda L. wskazanego w wykazie osób, którymi dysponował będzie Wykonawca do dyspozycji Hydrobudowy Gdańsk SA w celu należytego wykonania zamówienia opisanego powyżej”.

W ofercie Konsorcjum Mostostal:

Sygn. akt KIO 1314/10

W pkt. 1 i 2 tabeli wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do i.d.w., znajduje się oświadczenie dotyczące osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wymieniające, odpowiednio, Pana Wojciecha S. jako Kierownika budowy oraz Pana Eugeniusza B. jako Kierownika robót hydrotechnicznych, przy czym w obu przypadkach jako podstawę dysponowania wskazano „Zobowiązane o współpracy (udostępnieniu) z dnia 20.05.2010”.

Do wykazu załączono dwa Zobowiązania do współpracy (udostępnienia) z 20 maja 2005 r. podpisane przez każdą z wymienionych powyżej osób, w których każda z nich, określona jako „podmiot udostępniający” złożyła następujące oświadczenie w zakresie pełnienia powyżej wskazanych funkcji: „zgadzam się na zgłoszenie mojej osoby (udostępnienie) jako osoby zdolnej do wykonania przedmiotowego zadania przez konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Infraestructuras S.A. przy składaniu oferty oraz realizacji zamówienia publicznego dla zadania pn. „Modernizacja wejścia do portu wewnętrznego (w Gdańsku). Etap I – przebudowa falochronu wschodniego”.

W pkt. 4 tabeli Wykazu robót budowlanych, sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do i.d.w., znajduje się oświadczenie, że Konsorcjum Mostostal (lub każdy z jego członków) wykonało „poszerzenie nabrzeża Los Marmoles Etap 2 – w ramach projektu wykonano roboty polegające na budowie 308 mb wału pionowego, w celu poszerzenia wału już istniejącego (przebudowa morskiej budowli hydrotechnicznej); Wartość w złotych brutto 13.529.193,30 EUR tj. 52.107.687,99 PLN; Data wykonania 16.05.2007-16.08.2008; Miejsce wykonania Las Palmas (Basen Oceanu Atlantyckiego), Hiszpania.

W pkt. 1 załączonego na potwierdzenie należytego wykonania dokumentu z 31 października 2008 r. znajduje się poświadczenie, „że firma ACCIONA INFRESTRUCTURAS S.A., Wykonawca wspomnianych robót, rozpoczęła ich wykonywanie dnia 16 maja 2007, a zakończyła 16 sierpnia 2008. Prace wykonane zostały zgodnie z warunkami oraz ku satysfakcji niżej podpisanego”, natomiast w pkt. 8 zawarto informację: „Budowa została całkowicie zakończona i oczekuje na odbiór tymczasowy przez Dyрекcję Budowy” (strona 45 i 46 oferty – dokument przetłumaczony z języka hiszpańskiego).

Oprócz tego, w Wykazie robót Konsorcjum Mostostal oświadczyło, iż wykonało 3 inne roboty budowlane dotyczące morskiej budowli hydrotechnicznej, w tym w pkt. 1 tabeli roboty polegające na budowie falochronu morskiego – dla każdej z robót ujętych w pkt. 1-3 tabeli wpisano wartość brutto powyżej 25.000.000,00 zł, i załączyło dokumenty na potwierdzenie należytego wykonania każdej z robót.

Konsorcjum Mostostal załączyło do oferty w szczególności następujące pełnomocnictwa:

Sygn. akt KIO 1314/10

- Pełnomocnictwo z 12 maja 2010 r. udzielone przez Mostostal Warszawa S.A., w którym „działając w imieniu własnym oraz na podstawie pełnomocnictwa w imieniu Acciona Infraestructuras S.A.”, upoważnia Pana Bogdana N. „do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. *Modernizacja...* (...) prowadzonym przez Zamawiającego (...). Niniejsze pełnomocnictwo obejmuje umocowanie do dokonywania wszelkich czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności: podpisania, parafowania i złożenia oferty składanej przez Konsorcjum (...)” – podpisane przez dwóch członków zarządu spółki, ujawnionych w załączonym do oferty odpisie aktualnym z KRS jako upoważnionych do reprezentacji spółki.
- Pełnomocnictwo z 12 maja 2010 r., w którym Acciona Infraestructuras S.A., „reprezentowana przez p. M., działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4.07.2007 r. (...) udziela pełnomocnictwa firmie Mostostal Warszawa S.A. (...) do reprezentowania (...) jako Lider Konsorcjum (...) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Modernizacja...* (...) prowadzonym przez Zamawiającego (...). Niniejsze pełnomocnictwo obejmuje umocowanie do dokonywania wszelkich czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności: podpisania, parafowania i złożenia oferty składanej przez Konsorcjum (...)” – podpisane przez Pana M.
- Pełnomocnictwo sporządzone 21 września 2007 r. w formie aktu notarialnego przez hiszpańskiego notariusza (M.), w którym Pan P. i Pan V. działający „w imieniu i jako przedstawiciele spółki handlowej *ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A.*, Spółka Jednoosobowa (...) dokonują zaprotokołowania i zapisania w akcie notarialnym uchwał podjętych 17 września 2007 przez Zarządców firmy działających łącznie (...) Udzielić pełnomocnictwa ogólnego, tak obszernego i wystarczającego jak będzie prawem wymagane, panom: (...) JUAN IGNACIO ENTRECANALES FRANCO (...)” .
- Pełnomocnictwo sporządzone 4 lipca 2007 r. w formie aktu notarialnego przez hiszpańskiego notariusza (M.), w którym stwierdza on: „STAWIŁ SIĘ Pan F. (...) w imieniu i w charakterze Prezesa Spółki Prawa Handlowego *ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A.*, Spółka Jednoosobowa (...) Korzysta z uprawnień nadanych mu przez Zarząd Spółki na mocy uchwały przyjętej na zebraniu, które odbyło się dnia dwudziestego siódmego kwietnia roku dwa tysiące czwartego (...), co znajduje się wpisane do Rejestru Handlowego Madrytu (...) Przyznana mu została całość uprawnień, które prawnie i statutowo należą do Zarządu Spółki, z wyjątkiem tych uprawnień, które ze względu na swój charakter są nieprzekazywalne (...) Zgodnie z treścią Artykułu 98 Ustawy 24/2001 stwierdzam, że w mojej opinii stawający się posiada wystarczającą pozycję i uprawnienia

Sygn. akt KIO 1314/10

do sporządzenia niniejszego aktu notarialnego.(...) W mojej opinii posiada on zdolność prawną niezbędną do sporządzenia tego aktu notarialnego w związku z czym OŚWIADCZA, że korzystając z nadanych mu uprawnień udziela pełnomocnictwa szerokiego, jakie w świetle prawa jest wystarczające i niezbędne, na rzecz Pana M. (...) UPRAWNIENIA: PIEWRWSZE. Występować w imieniu i jako przedstawiciel Spółki we wszelkiego rodzaju przetargach (...) ogłaszanych przez (...) i wszelkiego rodzaju podmioty prawa publicznego lub prywatnego (...), składać wnioski, oferty (...), a także z uprawnieniami do składania ich w ramach stworzonych konsorcjów przedsiębiorstw (...) Reprezentować w postępowaniach przetargowych (...). DRUGIE. Przekazywać w całości lub częściowo uprawnienia na rzecz osoby lub osób, które uzna za stosowne (...)."

Zamawiający nie wzywał Konsorcjum Hydrobudowa ani Konsorcjum Mostostal do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp w odniesieniu do dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w dokumentacji postępowania, która została również przekazana izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania, oferty Konsorcjum Hydrobudowa, oferty Konsorcjum Mostostal oraz na podstawie przywołanych pism i dokumentów.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania zawarte w treści odwołania, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz odpowiedzi na odwołanie, a także złożone ustnie w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 30 marca 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania oznaczałoby, iż został w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc tym samym szkodę. W

Sygn. akt KIO 1314/10

ocenie Izby, Odwołujący legitymuje się interesem prawnym, gdyż złożył trzecią ofertę pod względem ceny stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert, zatem uwzględnienie zarzutów odwołania otworzy mu realną możliwość uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o jego udzielenie.

Żadna ze Stron nie kwestionowała interesu Konsorcjum Hydrobudowa w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, po stronie którego zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i zachowując wymóg przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (art. 185 ust. 2, 3 i 4 pzp).

Z uwagi na wycofanie przez Odwołującego na rozprawie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp przez niewykluczenie Konsorcjum Mostostal, z uwagi na niezłożenie w ofercie zaświadczenia dla Acciona Infraestructuras S.A. o nieorzeczeniu zakazu ubiegania się o zamówienie – Izba pozostawiła ten zarzut odwołania bez rozpoznania.

Izba, wobec treści uzasadnienia zarzutów w odwołaniu, wzięła również pod uwagę oświadczenie Odwołującego, iż pomimo wskazania w *petitum* odwołania przepisu art. 89 pzp, to zarzut związany z niezgodnością zarówno oferty Konsorcjum Hydrobudowa jak i oferty Konsorcjum Mostostal z postanowieniami pkt. 9.3 *in fine* i.d.w. s.i.w.z. dotyczy naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 pzp przez niewykluczenie obu Wykonawców z postępowania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podtrzymanych na rozprawie, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 3, art. 22, art. 26 ust. 2b, art. 82 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp przez uznanie, iż Konsorcjum Hydrobudowa nie podlega wykluczeniu z postępowania, pomimo iż nie zastosowało się ono do przepisu art. 26 ust. 2b pzp w zw. z postanowieniami pkt. 9.3 *in fine* oraz pkt. 9.3 lit. h) i.d.w. s.i.w.z., bez wezwania konsorcjum do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

W pierwszej kolejności, Izba zważyła jednak, iż załączone do oferty Konsorcjum Hydrobudowa zobowiązanie ELZIT spółki z o.o. do oddania swojego pracownika Ryszarda L. do dyspozycji jest prawidłowe w świetle przepisu art. 26 ust. 2 b pzp oraz postanowienia pkt. 9.3 lit. h) i.d.w. s.i.w.z.

Przede wszystkim, wobec wyraźnego wskazania w treści oświadczenia konkretnego zamówienia publicznego, bez znaczenia jest okoliczność, iż w jego treści wymieniono jako wykonawcę, któremu zasób jest udostępniany, jedynie Hydrobudowę Gdańsk S.A. Wobec wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać, iż jest to element potencjału, który lider wniósł do łącznego potencjału kadrowego, którym dysponuje lub będzie dysponować całe konsorcjum na potrzeby przedmiotowego postępowania zamówieniowego. Jednocześnie nie ma żadnych podstaw faktycznych ani prawnych by podważać skuteczność i ważność zobowiązania się przez podmiot trzeci na rzecz konkretnego wykonawcy, w sytuacji gdy ten zdecyduje się ubiegać o udzielenie zamówienia nie samodzielnie lecz w ramach konsorcjum. W sytuacji, w której wspólne ubieganie się wykonawców o udzielenie zamówienia jest wprost przewidziane w przepisach ustawy pzp (art. 23 ust. 1), a w postępowaniach dotyczących przedmiotu zamówienia o dużej skali i komplikacji, jak w przedmiotowym postępowaniu, stanowi wręcz *de facto* regułę – trudno przyjąć, iż podmiot trzeci udostępniający swój zasób do konkretnego postępowania, nie obejmował swoim oświadczeniem woli, choćby w sposób dorozumiany, takiej możliwości. Z drugiej strony, literalne zobowiązanie podmiotu trzeciego na rzecz tylko jednego z członków konsorcjum w żaden sposób nie osłabia pozycji zamawiającego na etapie wykonania zamówienia, wobec którego wszyscy jego członkowie ponoszą z mocy przepisu art. 141 ustawy pzp odpowiedzialność solidarną za wykonanie zamówienia.

W treści oświadczenia wskazano także w sposób wystarczający okres, na jaki podmiot trzeci udostępnia swój zasób kadrowy. Ze sformułowania „do dyspozycji (...) w celu należytego wykonania zamówienia” w sposób jednoznaczny wynika, iż oddanie dotyczy okresu od rozpoczęcia aż do zakończenia realizacji zamówienia, co również należyście zabezpiecza interes zamawiającego.

Z kolei, brak wykazania w ofercie, iż osoba, która podpisała oświadczenie w imieniu podmiotu trzeciego jest upoważniona do jego reprezentacji, jest bez znaczenia w sytuacji, gdy, po pierwsze – obowiązek takiego wykazania wprost nie wynikał z s.i.w.z., po drugie – co najmniej po złożeniu odwołania Zamawiający wykazał ponad wszelką wątpliwość, iż oświadczenie zostało podpisane w sposób prawidłowy. Z uwagi na załączenie do odpowiedzi na odwołanie kopii odpisu aktualnego z rejestru przedsiębiorców KRS, w którym Pan Tomasz L. jest ujawniony jako członek zarządu ELZIT spółki z o.o. upoważniony do jej samodzielnej reprezentacji, hipotetyczne rozważanie konsekwencji podpisania zobowiązania przez osobę nieupoważnioną do takiej reprezentacji są w tych okolicznościach faktycznych bezprzedmiotowe.

W drugiej kolejności, Izba zważyła, iż zobowiązanie się spółki ELZIT do oddania swojego pracownika Ryszarda L. jest wystarczające w świetle przepisu art. 26 ust. 2 b pzp

Sygn. akt KIO 1314/10

oraz postanowienia pkt. 9.3 lit. h) i.d.w. s.i.w.z. dla udowodnienia przez Konsorcjum Hydrobudowa, iż będzie dysponowało tą osobą przy wykonywaniu zamówienia. W szczególności, zdaniem Izby, z przepisu art. 26 ust. 2b pzp, również biorąc pod uwagę przy jego interpretacji przepis art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, którego stanowi implementację, nie wynika, iż w przypadku oddania do dyspozycji przez podmiot trzeci swojego pracownika, dla wykazania przez wykonawcę, iż będzie on nim dysponował, wymagane jest przedstawienie obok stosownego zobowiązania tego podmiotu również odrębnego oświadczenia (zgody) takiego pracownika. W ocenie Izby, wymaganie takiego dodatkowego oświadczenia oznaczałoby w istocie, iż udowodnieniu podlega nie tylko to, iż podmiot trzeci udostępnił swój zasób na rzecz wykonawcy zamówienia, ale również okoliczność, iż podmiot trzeci dysponuje zasobem, który udostępnia. Taka interpretacja w oczywisty sposób wykracza jednak poza nie tylko dyspozycję, ale i cel przepisu art. 26 ust. 2b pzp. Wobec powyższego, zdaniem Izby, rozstrzygnięcie spornej między stronami kwestii czy na gruncie przepisów prawa pracy takie oddelegowanie pracownika wymaga jego zgody oraz zmiany warunków umowy o pracę, nie mają żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia o prawidłowości zastosowania przepisu art. 26 ust. 2b również w przypadku gdy oddanie zasobu do dyspozycji dotyczy pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę.

Jednakże Izba zważyła, iż Zamawiający zobowiązany był do domagania się od Konsorcjum Hydrobudowa złożenia dokumentów podmiotowych, o których mowa a pkt 9.3 lit. j) do o) i.d.w. s.i.w.z. dla podmiotu, na którego zasobach polega w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, gdyż została spełniona przesłanka opisana w pkt 9.3 in fine i.d.w. s.i.w.z. w zw. z § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w postaci możliwości uczestniczenia przez ten podmiot w realizacji części zamówienia.

Na podstawie analizy oferty Konsorcjum Hydrobudowa można ustalić następujące okoliczności, niesporne pomiędzy Stronami i Uczestnikiem: po pierwsze – konsorcjum będzie korzystało przy realizacji zamówienia z „oddelegowanego” do dyspozycji lidera konsorcjum pracownika (pana Ryszarda L.) podmiotu trzeciego (ELZIT spółki z o.o.), po drugie – pracownik ten ma uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia pełniąc funkcję kierownika robót, o którym mowa w pkt. 9.1 ppkt 2 lit. d) i.d.w. s.i.w.z. (specjalność elektroenergetyczna), po trzecie – konsorcjum zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia w zakresie robót elektrycznych podwykonawcy. Natomiast Strony postępowania wyciągają z tak ustalonych okoliczności odmienne wnioski. Zdaniem Zamawiającego, z połączenia powyżej wymienionych faktów, nie można wyciągnąć wniosku, iż to ELZIT będzie tym podwykonawcą robót elektrycznych – wobec braku takiego wskazania wprost w treści formularza ofertowego czy w dokumentach załączonych do oferty. Natomiast Odwołujący

Sygn. akt KIO 1314/10

uważa odmiennie, iż wniosek taki jest uprawniony – wskazując, iż tylko w takim przypadku ma sens wprowadzenie w pkt. 9.3 *in fine* i.d.w. s.i.w.z. obowiązku przedłożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotów trzecich, przy pomocy których zasobów wykonawcy wykazują spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby, za powstanie tej patowej sytuacji odpowiada Zamawiający, który z jednej strony – wprowadził w s.i.w.z. jako obligatoryjny obowiązek, przewidzianą w § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów jako fakultatywna możliwość, składania przez wykonawców dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w stosunku do podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby i uczestniczących w realizacji zamówienia, z drugiej zaś strony – poza przewidzeniem w formularzu oferty miejsca na oświadczenie w jakiej części wykonawca zamierza powierzyć wykonanie zamówienia, nie wprowadził obowiązku podania wszystkich proponowanych podwykonawców. Tymczasem, choć ustawa Prawo zamówień publicznych wprost nie przewiduje w żadnym przepisie możliwości domagania się przez zamawiających wskazania podwykonawców, to uwzględniając przepis art. 25 dyrektywy 2004/18/WE, przyznający takie uprawnienie zamawiającym, w ocenie Izby, nie można uznać, iż jest zabronione w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy pzp, zwłaszcza w przypadku postępowań o wartości zamówienia powyżej tzw. progów unijnych.

Niekonsekwencja Zamawiającego w ukształtowaniu obowiązków wykonawców spowodowała, iż istotnie z oferty Konsorcjum Hydrobudowa, złożonej zgodnie z treścią wymagań s.i.w.z. wprost nie wynika czy to ELZIT byłby tym proponowanym podwykonawcą robót elektrycznych, co z kolei prowadzi do uzasadnionego wniosku, iż w przypadku Pana Ryszarda L. mamy do czynienia z oddelegowaniem pod bezpośrednie kierownictwo wykonawcy. Izba, zważyła jednak, iż w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający jest zobowiązany do uzyskania od Konsorcjum Hydrobudowa, działając w oparciu o z pkt. 9.3 *in fine* i.d.w. s.i.w.z., dokumentów podmiotowych określonych w ppkt. 3 lit. j)-o) w stosunku do spółki ELZIT. Przede wszystkim, przemawia za tym stanowisko zajęte przez Konsorcjum Hydrobudowa, które zarówno w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak i na rozprawie nie wykluczyło, iż powierzy wykonanie robót elektrycznych właśnie spółce ELZIT. W takim przypadku, w ocenie Izby, może dojść również do zmiany polegającej na tym, iż Pana Ryszarda L. wróci pod bezpośrednie kierownictwo swojego pracodawcy jako podmiotu uczestniczącego w wykonaniu zamówienia. Wobec deklaracji Przystępującego, nieaktualna jest już ocena Zamawiającego, iż na podstawie treści oferty nie ma podstaw do hipotetycznego zakładania udziału spółki ELZIT w wykonaniu zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę, iż w przypadku innego wykonawcy, który w zakresie spełniania warunków udziału dotyczących wiedzy i doświadczenia polegał na

Sygn. akt KIO 1314/10

zasobach podmiotu trzeciego, Zamawiający z własnej inicjatywy zażądał dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego oraz wyegzekwował zajęcie przez wykonawcę stanowiska co do udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, a następnie wyciągnął z uzupełnionych dokumentów i wyjaśnień konsekwencje prawne w stosunku do tego wykonawcy, co wynika z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 15 czerwca 2010 r.

W ocenie Izby, potwierdził się również zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy pzp przez uznanie, iż Konsorcjum Mostostal nie podlega wykluczeniu, pomimo iż nie zastosowało się ono do przepisu art. 26 ust. 2b pzp w zw. z postanowieniami pkt. 9.3 *in fine* i.d.w. s.i.w.z. nie składając dla podmiotów, które udostępniły swoje zasoby dokumentów wymienionych w pkt 9.3 lit. j) do o) i.d.w. s.i.w.z., bez wezwania konsorcjum do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

Izba zważyła, iż „podmiotem”, o którym mowa w przepisie art. 26 ust. 2b pzp może być, tak samo jak wykonawcą, o którym mowa w przepisie art. 2 pkt 11 pzp, zarówno osoba prawna, jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, jak i osoba fizyczna, w tym również nieprowadząca działalności gospodarczej. Jednocześnie, wbrew stanowisku Zamawiającego, z treści *Wykazu osób*, jak i treści załączonych *Zobowiązań do współpracy (udostępnienia)* wynika, iż Konsorcjum Mostostal będzie dysponować osobami Pana Wojciecha S. oraz Pana Eugenusza B. na zasadzie przepisu art. 26 ust. 2b jako osobami fizycznymi, które jako podmiot niezależny od wykonawcy, zobowiązały się do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia, a także zobowiązały się do uczestnictwa w realizacji zamówienia. Gdyby były to osoby, którymi Konsorcjum Mostostal dysponuje jako swoim zasobem kadrowym, czy to na podstawie umowy o pracę, czy też na podstawie umowy cywilnoprawnej – nie byłoby potrzeby wyrażania przez te osoby zgody na udostępnienie jako zdolnych do wykonania zamówienia oraz zgody na uczestnictwo w wykonaniu zamówienia.

Wobec tego, na podstawie postanowienia pkt. 9.3 *in fine* i.d.w. s.i.w.z. Konsorcjum Mostostal było zobowiązane, co do zasady, do złożenia dokumentów wymienionych w lit. j) do o) tego punktu i.d.w. s.i.w.z. dla tych odrębnych niż wykonawca podmiotów – osób fizycznych, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Oczywiście rozważając zakres wymaganych do uzupełnienia dokumentów należy wziąć pod uwagę, iż są to osoby fizyczne – nie dotyczy ich z pewnością informacja z KRK dla podmiotów zbiorowych (lit. o).

Natomiast, w ocenie Izby, niezasadny jest zarzut, iż oferta Konsorcjum Mostostal została podpisana przez osobę nieuprawnioną i wobec tego podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 pzp.

Sygn. akt KIO 1314/10

Izba zważyła, iż co prawda nie załączono do oferty pełnomocnictwa z 27 kwietnia 2004 r., jednak jego treść w zakresie przyznania całości uprawnień zarządu Acciona Infraestructuras S.A. Panu F. została przytoczona w treści pełnomocnictwa z 4 lipca 2007 r. udzielonego przez niego Panu M., a umocowanie Pana F. potwierdził również urzędowo ten sam hiszpański notariusz, który sporządził oba akty notarialne obejmujące pełnomocnictwa. W ocenie Izby, załączenie do oferty kolejnego późniejszego pełnomocnictwa z 21 września 2007 r. udzielonego Panu F. przez zarządców Acciona Infraestructuras S.A i również sporządzonego w formie aktu notarialnego przez tego samego notariusza – w żaden sposób nie podważa skuteczności udzielenia dalszego pełnomocnictwa panu S. przez Pana F. działającego na podstawie wcześniejszego pełnomocnictwa. Wobec późniejszej utraty mocy obowiązującej przez to pełnomocnictwo Konsorcjum Mostostal prawidłowo załączyło również do oferty pełnomocnictwo ważne w chwili składania oferty. Wobec powyższego Izba nie dopatrzyła się przerwania ciągu pełnomocnictw do reprezentacji Konsorcjum Mostostal, w szczególności do podpisania i złożenia oferty, wychodząc od pełnomocnictw do reprezentacji Acciona Infraestructuras S.A.: od pełnomocnictwa z 27 kwietnia 2004 r. udzielonego Panu Franco, przez pełnomocnictwo z 4 lipca 2007 r. udzielone przez niego Panu Solano do pełnomocnictwa udzielonego przez niego Mostostalowi Warszawa S.A. jako liderowi konsorcjum, dochodząc do pełnomocnictwa również z 12 maja 2010 r. udzielonego przez lidera konsorcjum swojemu pracownikowi, Panu N.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 22, 24 ust. 2 pkt 4 pzp przez niewykluczenie Konsorcjum Mostostal z uwagi na niepotwierdzenie w sposób wymagany w pkt. 9.3 lit. b) spełniania warunku określonego w pkt. 9.1 lit. a) w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonanych robót budowlanych.

Odwołujący przyznał na rozprawie podniesioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie okoliczność, iż bez znaczenia dla wyniku postępowania jest to czy z referencji dotyczącej wykazanej w poz. 4 wykazu roboty wynika, iż została ona wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona, gdyż pozostałe trzy roboty w sposób bezsporny między Stronami i Uczestnikiem wykazują potwierdzenie spełniania wymaganego warunku. Tym niemniej, Izba zważyła, iż znajdujące się w treści kwestionowanej referencji poświadczenie od uprawnionych przedstawicieli zamawiającego roboty, iż „prace wykonane zostały zgodnie z warunkami oraz ku satysfakcji niżej podpisanego”, należy uznać za odpowiadające sformułowaniu wymaganemu przez Zamawiającego w pkt. 9.3 lit. b) *in fine*.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego w powyżej opisanym zakresie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Co prawda

Sygn. akt KIO 1314/10

Konsorcjum Hydrobudowa załączyło do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego potwierdzone za zgodność dokumenty podmiotowe dla spółki ELZIT, jednak Zamawiający musi wpieryw zbadać przy ponownej ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu czy otrzymał komplet wymaganych dokumentów we właściwej formie, potwierdzających we właściwy sposób brak podstaw do wykluczenia, a w razie negatywnego wyniku tego badania – wezwać do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp i dokonać finalnej oceny spełniania warunków udziału przez Konsorcjum Hydrobudowa. Natomiast w stosunku do Konsorcjum Mostostal wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest w ocenie Izby konieczne. W razie jego negatywnego wyniku Konsorcjum Mostostal podlegać będzie wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu, co z kolei spowoduje, iż oferta Odwołującego, jeżeli nie zostanie on wykluczony lub odrzucona jego oferta w toku powtórzonych czynności, będzie co najmniej druga w kolejności, bezpośrednio po ofercie Konsorcjum Hydrobudowa. Jest to o tyle istotne, gdyż z przepisu art. 94 ust. 3 pzp wynika, iż jeżeli wybrane ponownie w wyniku powtórzonych czynności Konsorcjum Hydrobudowa uchyliłoby się od zawarcia umowy lub nie wniosłoby zabezpieczenia należytego jej wykonania, to Zamawiający powinien wybrać kolejną ofertę w rankingu jako najkorzystniejszą bez przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert, chyba że zaszłyby przesłanki do unieważnienia postępowania z przepisu art. 93 ust. 1 pzp. Zamawiający musi mieć zatem pewność, iż również druga w kolejności oferta została złożona przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania. Wobec tego, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....