

Sygn. akt: KIO 816/11

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Renata Tubisz

Barbara Bettman

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 kwietnia 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 kwietnia 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ABM Solid Spółkę Akcyjną z siedzibą w Tarnowie, ul. Bartła 3 i Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa Spółkę Akcyjną w siedzibą w Lublinie, ul. Marii Skłodowskiej –Curie 76** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Lublin – Prezydenta Miasta Lublin Urząd Miasta Lublin w Lublinie, Pl. Łokietka 1**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża ABM Solid Spółkę Akcyjną z siedzibą w Tarnowie, ul. Bartła 3 i Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa Spółkę Akcyjną w siedzibą w Lublinie, ul. Marii Skłodowskiej –Curie 76 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ABM Solid Spółkę Akcyjną z siedzibą w Tarnowie, ul. Bartła 3 i Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa Spółkę Akcyjną w siedzibą w Lublinie, ul. Marii Skłodowskiej – Curie 76** tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie dokumentacji projektowej oraz budowa stadionu miejskiego w Lublinie wraz z zagospodarowaniem przylegającego terenu, instalacjami i przyłączami, zlokalizowanego w rejonie ul. Krochmalnej, na terenie osadników byłej Cukrowni Lublin, w ramach projektu „Budowa stadionu miejskiego w Lublinie wraz z zagospodarowaniem przylegającego terenu” dofinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2007-2013 zostało wszczęte przez zamawiającego – Gminę Miasto Lublin – Prezydenta Miasta Lublin Urząd Miasta Lublin w Lublinie, Pl. Łokietka 1 ogłoszeniem o zamówieniu w siedzibie i na stronie internetowej zamawiającego opublikowanym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 8 stycznia 2011 za numerem 2011/S 5-006657.

W dniu 8 kwietnia 2011r. zamawiający wezwał Konsorcjum firm ABM Solid Spółkę Akcyjną z siedzibą w Tarnowie, ul. Bartła 3 i Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa Spółkę Akcyjną w siedzibą w Lublinie, ul. Marii Skłodowskiej –Curie 76 – dalej odwołującego, między innymi do uzupełnienia dokumentów w zakresie dokumentów wymienionych w pkt 6.4, 6.5, 6.6 i 6.7 siwz dotyczących osób :

- 1) Józefa K.,
- 2) Macieja K.,
- 3) Przesława K.,
- 4) Wiery Ś.,
- 5) Leszka S.,
- 6) Macieja S.

Na tę czynność w dniu 18 kwietnia 2011r. odwołujący wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy poprzez żądanie dokumentów które nie są niezbędne do udziału w postępowaniu i §2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej rozporządzenia w sprawie dokumentów), naruszenie art. 22 ust. 1 i 26 ust. 2b ustawy poprzez wymóg złożenia

określonych w §2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, dokumentów osób fizycznych, którymi odwołujący bezpośrednio dysponuje, naruszenie pkt 6.8 siwz poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentów dotyczących osób, którymi dysponuje odwołujący bezpośrednio i które nie będą uczestniczyć w wykonaniu części zamówienia, naruszenie art. 7 ustawy poprzez dyskryminujące odwołującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów, pomimo, że nie jest ono konieczne, naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentów, które nie były wymagane przez zamawiającego w siwz. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący wskazał, że kwestionowana czynność zamawiającego może skutkować wykluczeniem go z postępowania i uniemożliwieniem uzyskania zamówienia, a także możliwością utraty wadium, co oznacza, że uszczerbku doznał jego interes prawny i faktyczny, a także może ponieść szkodę i poniosło już szkodę w postaci zaangażowania pracowników do pisania odwołania zamiast wykonywania innej pracy oraz zamrożenia 20 tysięcy zł. w postaci wpisu. W uzasadnieniu odwołania odwołujący obszernie przywołał opinię Prezesa UZP dotyczącą dopuszczalności żądania przez zamawiającego przedstawienia mu przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykonawca polega w celu wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz wyrok Izby sygn. akt KIO 33/11. Z przedstawionych dokumentów odwołujący wyciągnął wniosek, że wykonawca ma obowiązek przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji danych zasobów, wówczas gdy składając ofertę polega on na takich zasobach „należących” do innego podmiotu (podmiotu trzeciego). W przypadku gdy wykonawca dysponuje osobami na podstawie stosunków prawnych łączących do bezpośrednio z osobami, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, to dysponuje tymi osobami bezpośrednio i wówczas nie ma obowiązku składania dokumentów podmiotowych dotyczących tych osób. Taka sytuacja ma w ocenie odwołującego miejsce w jego ofercie, gdzie wskazał Józefa K., Macieja K., Przesława K., Wierę Ś., Leszka S., Macieja S., którymi odwołujący dysponuje bezpośrednio bez pośrednictwa innych podmiotów, a w swoich zobowiązaniach projektanci piszą w osobie pierwszej, co oznacza, że ich zobowiązania mają charakter osobisty, udostępniają więc do realizacji zamówienia samych siebie do pełnienia funkcji projektantów. Brak jest zatem podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby. Gdyby projektancie byli podmiotami trzecimi udostępniającymi zasoby, to w treść zobowiązań wpisali by osoby, które udostępniają. Wskazał na wyrok Izby z dnia 10 czerwca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 679/09 oraz komentarz Iwony Treścińskiej. Podkreślił, że tylko w przypadku udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci zamawiający może żądać dokumentów wskazanych w §2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Wskazał, że zamawiający w pkt 5.4.2.2. i 5.4.2.3.

wymagał dysponowania osobami zdolnymi w zakresie 15 postawionych warunków, przy czym jedna osoba mogła spełniać kilka warunków i odwołujący wskazał Macieja Szwabowicza, Grzegorza Szaniawskiego i Marka K. udostępnionych przez firmę Trans-Energo, z których każdy spełniał 1 warunek zamawiającego, pracowników odwołującego : Janusza Koziół spełniającego 2 warunki, Michała Zydronia i Marka Kalińskiego, spełniających po jednym warunku oraz 6 projektantów osobiście zobowiązanych wobec odwołującego do pełnienia funkcji, o których mowa w odwołaniu. Przy czym 5 projektantów spełnia po jednym warunku, a Leszek S. 3 warunki, co łącznie z osobami wcześniej wskazanymi spełnia wymagania zamawiającego w każdym z 15 warunków. Odwołujący stwierdził, że zamawiający popełnił błąd logiczny przy ocenie dokumentów. Wprawdzie odwołujący załączył dokumenty nie wymagane przez zamawiającego tj. zobowiązania projektantów do udostępnienia siebie, jednak te dokumenty nie mają wpływu na ocenę jego oferty i przy tej ocenie powinny być przez zamawiającego pominięte – tak komentarz Agnieszki Kurowskiej. Jako dowody w sprawie odwołujący załączył zobowiązania projektantów. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 marca 2011r. udzielonego przez lidera odwołującego, zgodnie z zasadami reprezentacji lidera (przez dwóch członków zarządu) ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do odwołania oraz na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego udzielonego przez partnera odwołującego liderowi, zgodnie z zasadami reprezentacji partnera (przez członka zarządu i prokurenta) ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do odwołania. Pełnomocnictwo konsorcjalne upoważniało do udzielania dalszych pełnomocnictw. Odwołanie zostało złożone drogą elektroniczną i opatrzone zostało podpisem cyfrowym pełnomocnika weryfikowanym w okresie ważności certyfikatu. Certyfikat ważny od 14 maja 2009 do 14 maja 2011. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 18 kwietnia 2011r.

W dniu 19 kwietnia 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. z ogłoszenia o zamówieniu ze zmianami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, wyjaśnień zamawiającego treści siwz z dnia 26 stycznia 2011r., 18 lutego 2011r., 2 marca 2011r. i 8 marca 2011r., oferty odwołującego, wezwania zamawiającego z dnia 8 kwietnia 2011r., pism

odwołującego z dnia 13 kwietnia 2011r. i 18 kwietnia 2011r. wraz z załącznikami, protokołu postępowania.

W zakresie wymagań zamawiającego dotyczących dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia oraz wymagań dotyczących osób i podmiotów nie posiadających miejsca zamieszkania i siedziby w Polsce zamawiający postanowił :

6.4.w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy (z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych DZ. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm.-dalej ustawy) należy złożyć następujące dokumenty:

6.4.1.Oświadczenie wykonawcy, o braku podstaw do wykluczenia (wg załącznika nr 7).

6.4.2.Aktualny odpis z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy – wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku osób fizycznych oświadczenie w zakresie art. 24 ust.1 pkt. 2 ustawy (wg załącznika nr 8).

6.4.3.Aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

6.4.4.Aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

6.4.5.Aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych - wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

6.4.6. Aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych - wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

6.5. Jeżeli w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Prawo zamówień publicznych, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, Wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy Prawo zamówień publicznych wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przez notariuszem, właściwym organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.

6.6. Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów o których mowa:

6.6.1. Pkt 6.4.2, 6.4.3, 6.4.4. i 6.4.6. – składa dokument lub dokumenty, wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

6.6.1.1. nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości - wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

6.6.1.2. nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawiony nie wcześniej niż 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

6.6.1.3. nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie – wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

6.6.2. Pkt 6.4.5 – składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych - wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

6.7. Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w:

6.7.1.Pkt 6.6.1.1, 6.6.1.3, 6.6.2. - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania - wystawionym nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

6.7.2.Pkt 6.6.1.2. - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Izba ustaliła, że podane w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 8 kwietnia 2011r. postanowienia siwz pokrywają się z postanowieniami zawartymi w siwz.

W pkt 6.8 siwz zamawiający postanowił, że wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w pkt 6.4., 6.5., 6.6. oraz 6.7.

W ofercie odwołującego jako osoby mające pełnić funkcje projektantów wskazano :

- 1) Józefa K.,
- 2) Macieja K.,
- 3) Przesława K.,
- 4) Wiery Ś.,
- 5) Leszka S.,
- 6) Macieja S.,
- 7) Marka K.

W odniesieniu do pierwszych pięciu osób w rubryce informacja o podstawie do dysponowania osobami wskazano „zobowiązanie projektanta”, w odniesieniu do Macieja S. wskazano „zobowiązanie – osoby fizycznej”, a co do Marka K. – „zobowiązanie podmiotu trzeciego”. W pozostałej części wykazu w odniesieniu do innych podstaw dysponowania wskazano także „umowę o pracę”.

Osoby wskazane w pkt 1-6 złożyły oświadczenia następującej treści :

„w przypadku udzielenia Konsorcjum Firm : ABM Solid S.A. z siedzibą w Tarnowie – Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A. z siedzibą w Lublinie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.:

Opracowanie dokumentacji projektowej oraz budowa stadionu miejskiego w Lublinie nr sprawy ZP.P.I.341-1-203/10

Prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gmina Miasto Lublin Plac Łokietka 1, 20-950 Lublin

Wyrażam gotowość do oddania Konsorcjum do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w zakresie : potencjału kadrowego i zobowiązuję się do pełnienia funkcji projektanta w specjalności (...) na w/w inwestycji”

Każdy z projektantów wskazywał inną specjalność.

Natomiast co do Marka K. zobowiązanie złożyło Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „Trans-Energo” S.A. z siedzibą w Radomiu i oświadczyło :

„w przypadku udzielenia Konsorcjum Firm : ABM Solid S.A. z siedzibą w Tarnowie – Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A. z siedzibą w Lublinie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.:

Opracowanie dokumentacji projektowej oraz budowa stadionu miejskiego w Lublinie nr sprawy ZP.P.I.341-1-203/10

Prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gmina Miasto Lublin Plac Łokietka 1, 20-950 Lublin

wyrażamy gotowość do oddania Konsorcjum do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia tj. potencjału kadrowego w osobach :

Pana Marka K. – do pełnienia funkcji projektanta w specjalności telekomunikacyjnej.

W dniu 8 kwietnia 2011r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy o złożenie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. zobowiązania Macieja S. w formie oryginału, wykazu osób w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.4.2.2.a tj. dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia w zakresie funkcji kierownika budowy posiadającą przynajmniej 10 letnie doświadczenie w kierowaniu budową o wskazanych w siwz parametrach, dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia

wskazanych w pkt 6.4, 6.5, 6.6 i 6.7 siwz w odniesieniu do Józefa K., Macieja K., Przesława K., Wiery Ś., Leszka S., Macieja S., gdyż wykonawca powołuje się na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji zamówienia, dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia wskazanych w pkt 6.4, 6.5, 6.6 i 6.7 siwz w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasób w postaci Marka K. Zamawiający określił odwołującemu termin na uzupełnienie dokumentów do dnia 18 kwietnia 2011r. godz. 15:30.

W dniu 13 kwietnia 2011r. faksem, a w dniu 18 kwietnia 2011r. pisemnie odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów dotyczących Józefa K., Macieja K., Przesława K., Wiery Ś., Leszka S., Macieja S. przedstawił swoje stanowisko o przekroczeniu przez zamawiającego granic upoważniających go do żądania dokumentów. W uzasadnieniu swego stanowiska wskazał opinię Prezesa UZP oraz orzecznictwo Izby i wskazał, że w treści zobowiązań złożonych przez powyższe osoby znajduje się sformułowanie „zobowiązuję się do pełnienia funkcji...”. Które potwierdza fakt dysponowania bezpośredniego, bez pośrednictwa innych podmiotów. W tych zobowiązaniach Panie i Panowie wystąpili w osobie pierwszej (Ja, niżej podpisany...), tj. ich zobowiązania mają charakter osobisty i z tego względu odwołujący wnioskował do zamawiającego o unieważnienie wezwania do uzupełnienia dokumentów.

W dniu 18 kwietnia 2011r. odwołujący przedłożył zobowiązanie Macieja S. do oddania do dyspozycji zasobów na okres korzystania z nich przy realizacji inwestycji tj. zobowiązanie do pełnienia funkcji projektanta w branży sieci i instalacji elektrycznych i elektroenergetycznych, nowy wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, ze wskazaniem jako kierownika budowy Dariusza Frankowskiego, udostępnianego odwołującemu przez GPBP S.A. oraz zobowiązanie GPBP S.A. do udostępnienia zasobu wraz z dokumentami potwierdzającymi brak podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego, oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia dla podmiotu udostępniającego Marka K. – tj. Trans-Energo S.A. Odwołujący podtrzymał w odniesieniu do Józefa K., Macieja K., Przesława K., Wiery Ś., Leszka S., Macieja S. swoje stanowisko, że zamawiający nie był uprawniony do żądania dokumentów od osób fizycznych, którymi odwołujący dysponuje bezpośrednio innych niż zobowiązania do współpracy.

Wedle zbiorczego zestawienia ofert oferta odwołującego jest 4 ofertą pod względem ceny. Z protokołów posiedzeń Komisji przetargowej wynika, że etap badania ofert nie został zakończony i trwa wyjaśnianie złożonych ofert i uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w odniesieniu do co najmniej 4 ofert, w tym oferty odwołującego oraz ofert z najniższą ceną.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, a kwestionowane przez odwołującego wezwanie w przypadku jego niewypełnienia może spowodować, że odwołujący zostanie wyeliminowany z postępowania i utraci możliwość uzyskania zamówienia. Fakt, iż oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą cenowo nie przesądza o braku interesu w uzyskaniu zamówienia, skoro na dzień wniesienia odwołania, zamawiający nie zakończył czynności badania i oceny ofert i nie można przesądzić o tym, czy oferta odwołującego nie będzie ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Dopóki zamawiający nie podał informacji o wyniku postępowania odwołujący ubiega się o zamówienie i ma szansę na jego uzyskanie. Może także ponieść szkodę w postaci utraty wadium i zysku zakładanego na zamówieniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 25 ust. 1 ustawy poprzez żądanie dokumentów które nie są niezbędne do udziału w postępowaniu i §2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej rozporządzenia w sprawie dokumentów), art. 22 ust. 1 i 26 ust. 2b ustawy poprzez wymóg złożenia określonych w §2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, dokumentów osób fizycznych, którymi odwołujący bezpośrednio dysponuje, pkt 6.8 siwz poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentów dotyczących osób, którymi dysponuje odwołujący bezpośrednio i które nie będą uczestniczyć w wykonaniu części zamówienia, art. 7 ustawy poprzez dyskryminujące odwołującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów, pomimo, że nie jest ono konieczne, art. 26 ust. 3 ustawy poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentów, które nie były wymagane przez zamawiającego w siwz.

Izba uznała, że łączne rozpoznanie zarzutów jest uzasadnione z uwagi na jedną podstawę faktyczną wszystkich podniesionych zarzutów. Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Podstawową kwestią, jaką musiała rozstrzygnąć Izba, jest to czy zamawiający był uprawniony czy też nie, na podstawie dokumentów załączonych do oferty, do wezwania odwołującego do złożenia dokumentów dotyczących braku podstaw wykluczenia w odniesieniu do osób Józefa K., Macieja K., Przesława K., Wiery Ś., Leszka S., Macieja S..

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Istotą sporu pomiędzy stronami jest zatem rozstrzygnięcie, czy zamawiający prawidłowo ocenił złożone do oferty dokumenty dotyczące projektantów i czy prawidłowo uznał, że brak jest wymaganych przez niego dokumentów. Izba uważa, że zamawiający bez wyjaśnień ze strony odwołującego nie miał podstaw do przyjęcia, że odwołujący dysponuje projektantami na podstawie bezpośrednich stosunków prawnych pomiędzy tymi projektantami, a odwołującym. Z treści bowiem załączonych do oferty zobowiązań projektantów wynika z jednej strony zobowiązanie do udostępnienia zasobu w postaci potencjału kadrowego, a z drugiej własnej osoby jako projektanta. Na podstawie tak sformułowanych zobowiązań zamawiający nie mógł dokonać oceny, że udostępniany potencjał kadrowy, to nic innego jak osoba samego projektanta. Nic takiego nie wynika także ze wskazanej podstawy dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia – odwołujący w załączniku nr 6 do siwz wskazał bowiem nie na podstawę dysponowania w postaci umowy o dzieło, czy umowy zlecenia, która potwierdzałaby stanowisko odwołującego o bezpośredniej podstawie dysponowania osobą, ale na zobowiązanie projektanta, które trudno uznać za jednoznaczne i wskazujące właśnie na taki bezpośredni stosunek.

Izba podziela stanowisko odwołującego, co do tego, że art. 26 ust. 2b ustawy dotyczy sytuacji udostępnienia zasobu przez posiadający go podmiot, a więc dysponowania pośredniego. Stanowisko to znajduje oparcie w literalnym brzmieniu ustawy. Art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy stanowi bowiem o dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznymi oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a więc poprzez użycie szerokiego pojęcia „dysponowanie” obejmuje różne rodzaje władztwa nad osobą czy rzeczą. Są to zarówno sytuacje, kiedy wykonawca zatrudnia osobę, którą będzie posługiwał się przy wykonaniu zamówienia na podstawie stosunku pracy czy umowy cywilnoprawnej (dysponowanie bezpośrednie), jak też sytuacje, gdy osobę taką oddaje mu do dyspozycji inny podmiot, który posiada, na mocy zawartego z tą osobą stosunku prawnego (analogicznie stosunku pracy czy umowy cywilnoprawnej), prawo do wydawania tej osobie poleceń wykonania określonej czynności (dysponowanie pośrednie). Art. 26 ust. 2b ustawy w zakresie potencjału kadrowego stanowi, że wykonawca może polegać na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, niezależnie go charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Rozbiór gramatyczny tego zdania wskazuje na dysponowanie pośrednie, to jest, że osoby zdolne do wykonania zamówienia, mają być osobami innych podmiotów i wykonawcę ma łączyć jakiś stosunek prawny z tymi innymi podmiotami, a nie z osobami

zdolnymi do wykonania zamówienia. Z literalnego brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy wynika zatem jednoznacznie, że aby wykonawca musiał dowodzić zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia poprzez np. złożenie pisemnego zobowiązania podmiotu, musi zajść sytuacja, w której podmiot (osoba prawna, fizyczna, czy ułomna osoba prawna) dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia np. ich zatrudnia na umowę o pracę i jednocześnie np. działając jako agencja pracy tymczasowej zawiera umowę z wykonawcą o skierowaniu pracownika tymczasowego do wykonywania pracy tymczasowej. Podobne stanowisko zajęła Izba w wyrokach sygn. akt KIO 1104/10, 2398/10, 2558/10 i 33/11. Natomiast orzeczenia wskazane przez zamawiającego na rozprawie tj. sygn. akt KIO 1452/10 i KIO 1265/10 nie dotyczą dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a posiadania wiedzy i doświadczenia i udziału innego podmiotu w realizacji zamówienia i w tym zakresie zapadły w odmiennym stanie faktyczny i prawnym.

W przedmiotowej sprawie na skutek wyjaśnień odwołującego zawartych w piśmie z dnia 13 kwietnia 2011r. i w odwołaniu, zamawiający uzyskał wiedzę, że projektanci nie udostępniają żadnego potencjału kadrowego, czyli osób zdolnych do wykonania zamówienia, którymi dysponują, ale jedynie zobowiązują się do pełnienia funkcji projektanta określonej specjalności.

Izba zauważa jednak, że bez tych wyjaśnień zamawiający nie miał możliwości przyjąć, że projektanci nie udostępniają osób zdolnych do wykonania zamówienia, byłoby to bowiem wbrew dosłownemu brzmieniu ich zobowiązania. Przedmiotem odwołania jest czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów, a nie czynność zaniechania przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. Odwołujący nie sformułował zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy poprzez jego niezastosowanie, a Izba z mocy art. 192 ust. 7 ustawy jest związana zakresem zarzutów. Tym samym Izba zobligowana jest do oceny czynności zamawiającego w postaci skierowania wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i Izba uznała, że wobec dwuznaczności sformułowań użytych przez odwołującego w załączniku nr 6 ustawy „zobowiązanie projektanta” i faktu załączenia zobowiązań, z których zamawiający mógł powziąć uprawnione przekonanie, że osoba podpisująca zobowiązanie poza pełnieniem funkcji udostępnia jakiś potencjał kadrowy, wezwanie do uzupełnienia dokumentów było prawidłowe i uprawnione.

Podkreślenia wymaga fakt, że zamawiający w chwili kierowania wezwania nie miał wiedzy o intencjach odwołującego, jakie przyświecały mu przy wskazywaniu osób zdolnych do

wykonania zamówienia, a z przedstawionych dokumentów mógł wynieść wrażenie, że projektanci udostępniają zasoby w trybie art. 26 ust. 2b ustawy. Kwestią jedynie na marginesie jest to, czy zamawiający nie powinien był skierować wezwania alternatywnego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 lub do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4, skoro widział różnice we wskazaniu podstaw dysponowania w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby czyli firmy Trans-Energo, która udostępniała Marka K., gdzie w wykazie odwołujący wyraźnie zaznaczył „zobowiązanie podmiotu trzeciego” i mógł dostrzec różnice w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, gdzie Trans-Energo S.A. w swoim zobowiązaniu wyraźnie określiła zasób potencjału kadrowego w postaci Marka K. Jednakże te okoliczności wobec nie postawienia zarzutu zaniechania przez zamawiającego zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy nie były przedmiotem rozpoznania Izby. Zamawiający zatem w sposób uprawniony odczytując dokumenty złożone przez odwołującego i nie mając wiedzy o jego rzeczywistych intencjach oraz o zbędności zobowiązań projektantów, dla wykazania dysponowania zasobem, żądał dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia, od podmiotów, które jego zdaniem, udostępniały zasoby. Takie żądanie było zgodne z art. 26 ust. 2b w związku z §1 ust. 2 i §2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który to przepis został przez zamawiającego włączony w treść postanowień siwz w pkt. 6.8. Żądanie to było żądaniem dokumentu przewidzianego prawem i niezbędnego dla prowadzonego postępowania, a zatem nie naruszało art. 25 ust. 1 ustawy, a z uwagi na fakt, że dokumentów tych nie załączono do oferty, zamawiający prawidłowo zastosował art. 26 ust. 3 ustawy. Poza przedmiotem sporu w niniejszym postępowaniu jest to, jak obecnie zamawiający powinien ocenić złożone dokumenty, w świetle wyjaśnień z dnia 13 kwietnia 2011r. i informacji przedstawionych w odwołaniu, gdyż rozstrzygnięcie, w tym zakresie dotyczyłoby czynności jeszcze nie dokonanej przez zamawiającego, a związanej z weryfikacją podmiotową wykonawcy i jego ewentualnym wykluczeniem z postępowania.

Na marginesie jedynie Izba zaleca zamawiającemu dokonanie ścisłej językowej wykładni art. 26 ust. 2 b ustawy wskazując, że przepis ten stanowi odstępstwo od reguły, że to wykonawca jest zobowiązany spełniać warunki udziału postawione przez zamawiającego i dlatego jego wykładnia nie może być wykładnią rozszerzającą.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od

odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania
(Dz. U. Nr 41, poz. 238)

Przewodniczący :

.....

.....