

Sygn. akt: KIO 749/11

WYROK

z dnia 21 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „PROMAT” sp. z o.o., ul. Ekologiczna 7; 80-209 Chwaszczyno** w postępowaniu prowadzonym przez **Okręgowe Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej sp. z o.o., ul. Opata Hackiego 14; 82-213 Gdynia,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INTROL S.A. w Katowicach, ul. Kościuszki 112; 40-519 Katowice (Lider), GROS-POL PLUS sp. z o.o., ul. Żmigrodzka 7; 60-171 Poznań** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „PROMAT” sp. z o.o., ul. Ekologiczna 7; 80-209 Chwaszczyno** i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „PROMAT” sp. z o.o., ul. Ekologiczna 7; 80-209 Chwaszczyno** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od wykonawcy **Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „PROMAT” sp. z o.o., ul. Ekologiczna 7; 80-209 Chwaszczyno** na rzecz **Okręgowego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej sp. z o.o., ul. Opata Hackiego 14; 82-213 Gdynia** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Okręgowe Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o., ul. Opata Hackiego 14; 82-213 Gdynia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę źródła wytwarzającego energię elektryczną w skojarzeniu z ciepłem na działce nr 891 przy ul. Weteranów 13 na terenie Wejherowa-Nanice”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 stycznia 2011 r. pod numerem 2011/S 1-001756.

Dnia 1 kwietnia 2011 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: INTROL S.A. w Katowicach, ul. Kościuszki 112; 40-519 Katowice (Lider), GROS-POL PLUS sp. z o.o., ul. Żmigrodzka 7; 60-171 Poznań (zwani dalej „Konsorcjum Introl”).

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Zakład Innowacyjny Technik Energetycznych „PROMAT” sp. z o. o., ul. Ekologiczna 7; 80-209 Chwaszczyno (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 11 kwietnia 2011 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż z naruszeniem przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych dokonał czynności lub zaniechał dokonania czynności, do których był zobowiązany, tj.:

- dokonał bezprawnego alternatywnego wezwania Konsorcjum Introl do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów lub uzupełnienia tych dokumentów,
- umożliwił wprowadzenie zmian w ofercie przez Konsorcjum Introl po upływie terminu do składania ofert,
- zaniechał wezwania Konsorcjum Introl do uzupełnienia dokumentów,
- zaniechał wykluczenia Konsorcjum Introl z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego,
- zaniechał uznania oferty Konsorcjum Introl za odrzuconą,
- bezpodstawnie dokonał wyboru oferty Konsorcjum Introl, jako najkorzystniejszej,
- zaniechał wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z niewykluczeniem z postępowania wykonawcy Konsorcjum Introl, który nie wypełnił ustawowego wymogu wynikającego z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp - wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i uszczegółowionym przez Zamawiającego w pkt 6.1 b) s.i.w.z. Zamawiający nie wykluczając z postępowania Konsorcjum Introl, który nie wypełnił wymagań przepisów art. 26 ust. 2a i ust. 2b ustawy Pzp oraz postanowienia pkt 6.2 s.i.w.z., naruszył te uregulowania. Zamawiający nie wzywając Konsorcjum Introl, w trybie art. 26 ust. 3 do uzupełnienia wymaganych przez siebie w pkt. 7.1.3 i pkt 8.5 s.i.w.z. dokumentów złożonych przez Konsorcjum Introl z naruszeniem przepisu § 6 ust. 2 rozporządzenia i postanowień pkt 13.22 i 13.24 s.i.w.z., naruszył także i te uregulowania. Zamawiający nadużył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez to, że w trybie tego przepisu wezwał Konsorcjum Introl do uzupełnienia dokumentu, którego nie wymagał w s.i.w.z., naruszając tym samym także postanowienie pkt 13.21 s.i.w.z. Zamawiający naruszył przepisy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp dokonując czynności alternatywnego wezwania Konsorcjum Introl do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów lub uzupełnienia tych dokumentów, co mogło doprowadzić do wyłączenia możliwości skorzystania przez Zamawiającego z przepisu art. 46 ust. 4a Ustawy. Zamawiający nie uznając za odrzuconą oferty Konsorcjum Introl, jako złożonej przez wykonawcę podlegającemu wykluczeniu z postępowania, naruszył przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający dokonując wyboru, jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać uznana za odrzuconą naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający naruszając przepisy ustawy Pzp i rozporządzenia oraz postanowienia s.i.w.z., o których mowa wyżej, rażąco naruszył także zasady określone w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu:

- dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Introl, jako najkorzystniejszej,
 - dokonania czynności wykluczenia Konsorcjum Introl z postępowania i uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą,
- lub, z ostrożności procesowej,
- wezwania Konsorcjum Introl do uzupełnienia dokumentów,
 - dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, co następuje.

Dokumenty wymienione w pkt 8.2 s.i.w.z. dotyczące Energomontażu zostały złożone przez Konsorcjum Introl, jako kopie poświadczone za zgodność z oryginałem przez nieuprawniony podmiot. Poświadczenia tego dokonał pełnomocnik Konsorcjum Introl. Zgodnie z pkt 13.22 i 13.24 s.i.w.z. oraz § 6 ust. 2 rozporządzenia, poświadczenia za zgodność z oryginałem

winien dokonać podmiot, z którego zasobów wykonawca zamierza skorzystać, a więc podmiot, którego dokumenty dotyczą, czyli w tym przypadku Energomontaż, a nie wykonawca, czy jego pełnomocnik, jak to faktycznie uczyniono. Do dokumentów załączonych do oferty Konsorcjum Introl dotyczących Energomontażu Chorzów Sp. z o.o. poświadczonych za zgodność z oryginałem w sposób niewłaściwy należą: referencje z dnia 7.10.2009 r. wystawione przez Pfeifer & Langen Polska S.A., odpis z KRS, zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach, zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS, zapytanie o udzielenie informacji o osobie z KRK, zapytanie o udzielenie informacji o podmiocie zbiorowym z KRK. Konsorcjum Introl przedstawiając dokumenty dotyczące innego podmiotu biorącego udział w wykonywaniu zamówienia (Energomontażu) w formie niezgodnej z przepisami rozporządzenia i postanowieniami s.i.w.z. nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy doświadczenia.

Załączone do oferty zobowiązanie do udostępnienia zasobu jest bezskuteczne, ponieważ zawiera wady niedające się usunąć na drodze prawnej. Z treści zobowiązania nie wynika, że Energomontaż udostępnia wiedzę i doświadczenie. Stwierdzenie, że udostępnia zasób doświadczenia zawodowego w postaci referencji uzyskanej od Pfeifer & Langen Polska S.A. 60-969 Poznań ul. Mickiewicza 35 za wykonane prace „Rozbudowa Elektrociepłowni Cukrownia Środa” nie jest zobowiązaniem, w ocenie Odwołującego, które mogłoby udowodnić Zamawiającemu, że Konsorcjum Introl będzie dysponowało wymaganą wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do wykonania zamówienia. W imieniu spółki oświadczenie woli w postaci zobowiązania zostało złożone przez nieuprawnionego podmiot, tj. przez Prezesa zarządu Energomontażu - Krzysztofa J. Zgodnie z załączonym do oferty odpisem z KRS Energomontażu, Prezes zarządu jest uprawniony samodzielnie wyłącznie do składania oświadczeń i podpisywania w imieniu spółki przy zaciąganiu zobowiązań lub rozporządzaniu prawem o wartości nieprzekraczającej kwoty 300.000 zł. W pozostałym zakresie Prezes musi działać łącznie z innym członkiem zarządu lub z prokurentem. Zobowiązanie dotyczące oferty jest zobowiązaniem, którego kwotowa wartość jest równa, co najmniej cenie oferty, której dotyczy. W tym przypadku oferty Konsorcjum Introl, której cena jest równa kwocie 23.868.150 zł, oświadczenie woli Prezesa zarządu, wykraczające poza uprawnienie wynikające z umocowania zapisanego w KRS, nie może wywołać skutków prawnych. O niemożności usunięcia wad prawnych ww. zobowiązania stanowi art. 26 ust. 3 Ustawy i treść s.i.w.z.

Wobec dowolności załączenia do oferty dokumentu zawierającego zobowiązanie, jako jednego z możliwych sposobów na udowodnienie dysponowania zasobem, a nie jako wypełnienie wymogu Zamawiającego, Zamawiający, w ocenie Odwołującego nie miał prawa wzywać Konsorcjum Introl do uzupełnienia tego dokumentu. Zamawiający miał prawo wezwać Konsorcjum Introl do wyjaśnienia treści tego dokumentu, co też uczynił, aby po

złożeniu stosownych wyjaśnień dokonać oceny wartości dowodowej przedstawionego zobowiązania. Zamawiający pismem z dnia 23.03.2011 r. w sposób łączny, alternatywny wezwał Konsorcjum Introl do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, między innymi w zakresie treści zobowiązania, a następnie w dalszej części wezwania wezwał, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia tego dokumentu, o ile Konsorcjum Introl stwierdzi, że złożyło dokument zawierający błędy. Takie łączne wezwanie do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentu nie ma oparcia w ustawie Pzp.

Uzupełniony za pismem przewodnim z dnia 28 marca 2011 r. przez Konsorcjum Introl dokument, załącznik nr 2 do s.i.w.z., stanowiący zobowiązanie Energomontażu do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, nie wypełnia, w ocenie Odwołującego wymagań art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i pkt 6.5 s.i.w.z. Zgodnie z tymi uregulowaniami zobowiązanie do udostępnienia zasobów winno mieć formę pisemną. W wyniku bezprawnego wezwania Zamawiającego Konsorcjum Introl uzupełniło dokument, co do treści poprawny, zawierający oświadczenie woli złożone przez podmioty uprawnione (przez dwóch członków zarządu Energomontażu), ale niestety złożony w kopii poświadczony za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika Konsorcjum Introl (podmiot nieuprawniony do poświadczania jakiegokolwiek dokumentu dotyczącego Energomontażu), mimo że powinno to być zobowiązanie pisemne.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 23.03.2011 r. zauważył, że z wykazu robót i z załączonej do niego referencji nie wynika, czy jedna z robót wpisanych do wykazu (robotą wykonaną przez Energomontaż) obejmowała cały zakres wskazany w pkt 6.1 b s.i.w.z. W wyniku wezwania, Konsorcjum Introl uzupełniło dokument w taki sposób, że przekazało Zamawiającemu inny zmieniony wykaz robót. Dodatkowo załączyło 4 własne referencje potwierdzające należyte wykonanie robót nie wskazanych w przekazanym Zamawiającemu wykazie robót (załączniku nr 5 do s.i.w.z.). Odwołujący zwrócił uwagę, że Konsorcjum Introl po uznaniu wykazu robót jako zawierającego błędy, miało możliwość wpisania do niego robót, co do których załączyło referencje. Z wykazu robót i załączonych referencji, zarówno złożonych razem z ofertą, jak i dostarczonych Zamawiającemu w wyniku uzupełnienia dokumentów, wynika, że bez niemożliwej do uwzględnienia roboty wykonanej przez Energomontaż, Konsorcjum Introl nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.1 b s.i.w.z. Konsorcjum Introl nie może także powtórnie uzupełnić wykazu robót, bowiem ten dokument już raz uzupełniało. Cztery referencje dostarczone Zamawiającemu wskutek wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczą robót innych niż opisał je Zamawiający w postanowieniu pkt 6.1 b s.i.w.z., niemożliwych do uznania za spełniające wymagania Zamawiającego.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 11 kwietnia 2011 roku.

Zamawiający, dnia 12 kwietnia 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Dnia 14 kwietnia 2011 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: INTROL S.A. w Katowicach, ul. Kościuszki 112; 40-519 Katowice (Lider), GROS-POL PLUS sp. z o.o., ul. Żmigrodzka 7; 60-171 Poznań (zwani dalej „Przystępującym”).

Zamawiający, dnia 15 kwietnia 2011 roku złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oдноśnie zarzutu Odwołującego dotyczącego zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. Energomontaż Chorzów sp. z o.o., Izba uznała zarzut za niezasadny.

Bezspornym w sprawie jest, że Przystępujący do oferty załączył „Zobowiązanie” z dnia 15 lutego 2011 roku, w którym Energomontaż Chorzów sp. z o.o. oświadczył, iż zobowiązuje się do udostępnienia wykonawcy INTROL S.A. następujących zasobów do wykonania zamówienia: doświadczenia zawodowego w postaci referencji uzyskanej od Pfailer & Langen S.A. 60-969 Poznań, ul. Mickiewicza 35 za wykonane prace „Rozbudowa Elektrociepłowni

Cukrowni Środa” na potrzeby wykonania przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane „Budowę źródła wytwarzającego energię elektryczną w skojarzeniu z ciepłem na działce nr 891 przy ul. Weteranów 13 na terenie Wejherowa-Nanice”.

Zobowiązanie powyższe zostało złożone w formie pisemnej, w oryginale podpisanym przez Krzysztofa J. – Prezesa Zarządu.

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

Ustawodawca, w celu udowodnienia przez wykonawcę Zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w przypadku korzystania z podmiotów trzecich, przewidział dla zobowiązań podmiotów trzecich - formę pisemnego zobowiązania.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia pisemności. Dlatego też posiłkując się przepisem art. 14 ustawy - Prawo zamówień publicznych, koniecznym jest odniesienie się do przepisów kodeksu cywilnego.

Przepis art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) Kodeks cywilny stanowi, iż *Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (...).* § 2 *Oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoznaczne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.*

Tym samym kwestie interpretacyjne obowiązku pisemności zobowiązań podmiotów trzecich zostają rozstrzygnięte w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego.

Skoro więc ustawodawca, dla formy składania zobowiązania podmiotów trzecich, zastrzegł formę pisemną, to tym samym stanowisko Zamawiającego w powyższej kwestii uznać należy za chybione.

Jeżeli zaś chodzi o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), to przepis § 6 ust. 1 jasno wskazuje, iż dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania

elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Powyższe zastrzeżenie odnosi się jednak do dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i tylko w tym rozporządzeniu wskazanych. Nie odnosi się tym samym do zastrzeżenia formy pisemnej dla zobowiązania podmiotu trzeciego. Niedopuszczalna jest bowiem interpretacja, że przepisy rangi rozporządzenia, dalej również specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mogą zmieniać przepisy rangi ustawy, która w hierarchii aktów prawnych stoi wyżej niż w/w akty prawne.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów 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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) nie wymienia „pisemnych zobowiązań” podmiotów udostępniających zasoby wykonawcom, a w związku z tym wykonawcę wiąże nakaz odnoszący się do formy, w jakiej ma być złożone zobowiązanie, wynikający z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a nie przepisy w/w rozporządzenia, które odnoszą się do formy zupełnie innych dokumentów.

Z treści przywołanych wyżej przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych i kodeksu cywilnego jednoznacznie wynika, że wykonawca, który chce skutecznie udowodnić Zamawiającemu, że może podlegać na zasobach innych podmiotów musi to udowodnić „przedstawieniem pisemnego zobowiązania”, a nie kopią zobowiązania. Potwierdzeniem tej interpretacji językowej jest interpretacja funkcjonalna przepisów ustawy Pzp. Nie może Zamawiający udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ani też nie uwiarygodni, w sposób dostateczny, że podmioty, na których polega, prawnie skutecznie zobowiązały się oddać wykonawcy zasoby niezbędne do realizacji zamówienia.

Obowiązek prawny nałożony na wykonawcę przedstawienia Zamawiającemu pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, który będzie udostępniał zasoby wykonawcy, ma zabezpieczać Zamawiającego i interes publiczny przed działaniami wykonawców, którzy z naruszeniem prawa chcieliby uzyskać zamówienie.

W powyższym zakresie Zobowiązanie złożone przez Energomontaż Chorzów sp. z o.o. uznać należy za prawidłowe.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku umocowania Krzysztofa J. do złożenia oświadczenia woli, gdyż zostało ono złożone wykraczając poza uprawnienie wynikające z umocowania wynikającego z KRS i nie może w związku z tym wywoływać skutków prawnych, Izba uznała za bezpodstawny.

W ocenie Izby złożenie oferty nie jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania, od którego wartości uzależnione byłoby łączne działanie z innym członkiem zarządu lub prokurentem. Złożenie oferty jest oświadczeniem woli o gotowości zawarcia umowy na

warunkach określonych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia za cenę podaną w ofercie przez wykonawcę. Dopiero podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zaciągnięciem zobowiązania (podobnie KIO w wyroku z dnia 28 września 2010 roku, sygn. akt KIO 1933/10).

Treścią zobowiązania złożonego przez Energomontaż Chorzów sp. z o.o. nie było zaciągnięcie zobowiązania lub rozporządzenie prawem o wartości przekraczającej kwotę 300 000,00 zł, lecz zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów, w omawianym przypadku – doświadczenia. Tym samym brak jest podstaw do żądania uznania złożonego oświadczenia za wadliwe, co skutkuje uznaniem zarzutu o wadliwości złożonego oświadczenia, w powyższym zakresie, za bezzasadny.

Odnosnie zarzutu Odwołującego w zakresie braku podstaw prawnych do żądania uzupełnienia dokumentu „Zobowiązania”, Izba uznała zarzut powyższy za bezzasadny.

Przepis art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż *„W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu (...) – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert”*.

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

Tym samym zakres dokumentu, jakim jest zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów obejmuje swoim zakresem katalog dokumentów objętych możliwością uzupełnienia w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co z kolei statuuje prawo i obowiązek Zamawiającego do zastosowania procedury, o którym mowa w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co do przedmiotowego „Zobowiązania”.

Zamawiający, pismem z dnia 23 marca 2011 roku wezwał Przystępującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień. Wątpliwości Zamawiającego budziło sformułowanie zawarte w „Zobowiązaniu” wyrażające się stwierdzeniem „doświadczenie zawodowe w postaci referencji”.

Zamawiający ponadto, w przypadku złożenia dokumentów zawierających błędy wezwał wykonawcę, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do ich ponownego przedłożenia (uzupełnienia).

W tym miejscu Izba odnosząc się do zarzut Odwołującego wskazuje, iż żaden z przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych nie wprowadza zakazu jednoczesnego wzywania do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, przez co czynności Zamawiającego uznać należy za prawidłowe. Tym bardziej, że Zamawiający rozdzielił oba wezwania alternatywnie wskazując, iż w przypadku dokumentów „wadliwych”, do których wykonawca nie będzie miał możliwości złożenia wyjaśnień, należy złożyć nowe dokumenty, nie zawierające błędów.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Przystępujący pismem z dnia 28 marca 2011 roku złożył wyjaśnienia wskazując, iż „Energomontaż Chorzów sp. z o.o. jest spółką kontrolowaną przez Introl S.A., w której Introl S.A. ma 100 % udziałów. Grupa kapitałowa Introl S.A. została skonstruowana tak, by działanie spółek w jej ramach uzupełniało się. Spółki w ramach grupy mogą służyć sobie doświadczeniem i potencjałem technicznym m.in. w ramach konsultacji, doradztwa, przekazania know-how, ale i udostępnieniem w razie potrzeby konkretnych brygad montażowo-budowlanych czy remontowych.” Na dowód powyższego, Przystępujący załączył „Zobowiązanie” Energomontaż Chorzów sp. z o.o., które jednakże traktować należy, jako część wyjaśnienia złożonego w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Nadto, za właściwe uznać należy stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, iż z treści przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie wynika, iż jedynym możliwym dokumentem mającym potwierdzać korzystanie z zasobów podmiotów trzecich jest zobowiązanie. Przepis powyższy stanowi, iż w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wykonawca w szczególności przedstawia zobowiązanie podmiotu, z którego zasobów zamierza korzystać. Sformułowanie w szczególności nie zamyka drogi wykazania się potencjałem w inny sposób niż tylko zobowiązanie. W przedmiotowej sprawie istotnym dla rozstrzygnięcia jest bowiem okoliczność, iż podmiot, z którego potencjału zamierza korzystać Przystępujący jest spółką w 100 % zależną od jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Introl S.A., która jest jej jedynym udziałowcem. Tym samym, od woli właściciela spółki uzależniona jest współpraca podmiotu, który jest od niej w pełni zależny.

Powyższe niejako warunkuje uprawnienie wykonawcy Przystępującego, do możliwości poświadczania dokumentów „za zgodność z oryginałem”, składanych w formie kopii, a dotyczących spółki zależnej, która udostępnia swoje doświadczenie w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jednakże sytuacja powyższa, znajduje swoje zastosowanie jedynie w odniesieniu do przedmiotowej sprawy, gdyż w ocenie Izby sformułowanie użyte w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów 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 (Dz. U. 2009 r. Nr 226, poz. 1817) w § 6 ust. 2 „W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty” jednoznacznie reguluje, iż kopie dokumentów dotyczących wykonawcy potwierdza wykonawca, a kopie dokumentów składanych przez podmioty, z których zasobów zamierza korzystać wykonawca, potwierdzają te podmioty.

W przedmiotowym postępowaniu dokumenty, których wadliwość zarzuca Odwołujący, potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty powyższe potwierdzone zostały przez pełnomocnika Przystępującego. Niemniej uwzględnienie w tej części odwołania powodowałoby jedynie skutek polegający na przedłużeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pozostający bez wpływu na wynik prowadzonego postępowania, a tylko takie naruszenie przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania powoduje obowiązek uwzględnienia odwołania (przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

Ponadto Izba zwraca uwagę, iż zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są zobowiązane do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący nie udowodnił, że Konsorcjum Introl nie posiadało stosownego umocowania do potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów złożonych w postępowaniu, dotyczących podmiotu, z którego zasobów zamierza skorzystać.

Odnosnie zarzutu Odwołującego dotyczącego braku wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie doświadczenia, przez uzupełnienie dokumentu przez Przystępującego, w taki sposób, że został złożony nowy dokument – wykaz robót oraz zostały złożone nowe 4 referencje dotyczące robót niewskazanych w wykazie, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Wskazać należy, że Przystępujący do oferty załączył wykaz wykonanych robót budowlanych, mający potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (strony 5 – 8 oferty), tj. co najmniej 2 roboty budowlane polegające na zaprojektowaniu oraz budowie/przebudowie/rozbudowie/modernizacji kotłowni wysokoparametrowych o całkowitej mocy termicznej ciepłowni min. 5 MW każda, obejmujące wykonanie pracy ciepłowni wraz z systemem wizualizacji. Wykaz zawierał 2 roboty budowlane wykonane dla Elektrociepłowni Pruszków oraz dla Elektrociepłowni Cukrowni „Środa”. Do wykazu zostały załączone dokumenty potwierdzające ich prawidłowe wykonanie i ukończenie.

Zamawiający, pismem z dnia 23 marca 2011 roku wezwał Przystępującego do wyjaśnienia, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, załącznika Nr 5 do s.i.w.z. (Wykazu wykonanych robót budowlanych) wraz z referencjami, w zakresie:

- referencji Vattenfall – w zakresie podania całkowitej mocy termicznej realizowanej roboty budowlanej,

- referencji Pfeifer & Langen Polska S.A. – w zakresie podania informacji, czy w branży instalacji AKPiA wykonano system wizualizacji oraz jaka jest całkowita moc termiczna realizowanej roboty budowlanej.

Alternatywnie, Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia dokumentów, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku gdyby złożone dokumenty zawierały błędy nie dające możliwości ich wyjaśnienia w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Przystępujący, pismem z dnia 28 marca 2011 roku wyjaśnił, iż w ramach inwestycji pt. „Rozbudowa Elektrociepłowni Cukrowni Środa” wykonano kocioł ORm30 o mocy termicznej powyżej 20MW, łącznie z systemem wizualizacji i sterowania opartym o DCS Six firmy ABB.

Jednocześnie Przystępujący załączył dokument „Wykaz wykonanych robót budowlanych”, w którym uzupełnił informację dotyczącą mocy termicznej układów ciepłowniczych dla Elektrociepłowni Pruszków, tj. 69,8 MW oraz 104,7 MW.

Dla inwestycji pt. „Rozbudowa Elektrociepłowni Cukrowni Środa” Przystępujący uzupełnił wykaz o podanie informacji, iż wykonano kocioł ORm30 o mocy termicznej powyżej 20MW, łącznie z systemem wizualizacji i sterowania opartym o DCS Six firmy ABB.

Ponadto Przystępujący załączył 4 nowe referencje dla robót nie ujętych w w/w wykazie, w celu, jak to określił na rozprawie wykazania wiarygodności firmy i liczby wykonanych podobnych instalacji.

W ocenie Izby referencje powyższe nie mogły stanowić podstawy do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, a z akt sprawy wynika, że Zamawiający prawidłowo tych referencji również nie uwzględnił oceniając wykonawcę. Tym samym zarzuty odnoszące się do nowych 4 referencji są bezprzedmiotowe, pozostające bez wpływu na ocenę wykonawcy, a ponadto należy podkreślić, iż nie mogą stanowić podstawy do wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów Odwołującego w zakresie wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego postępowania. Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) 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), uwzględniając koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Przewodniczący: