

Sygn. akt: KIO 2106/11

WYROK

z dnia 14 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IDS-BUD Sp. z o.o., Korporacja „ALTIS-HOLDING”, Al. Jerozolimskie 136, 03-205 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Terapii Nerwic Moszna-Zamek, Moszna, ul. Zamkowa 1, 47-370 Zielina,**

przy udziale wykonawcy **Zakład Techniczno-Budowlany "POLBAU" Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 25, 45-054 Opole** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2106/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IDS-BUD Sp. z o.o., Korporacja „ALTIS-HOLDING”, Al. Jerozolimskie 136, 03-205 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IDS-BUD Sp. z o.o., Korporacja „ALTIS-HOLDING”, Al. Jerozolimskie 136, 03-205 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **IDS-BUD Sp. z o.o., Korporacja „ALTIS-HOLDING”, Al. Jerozolimskie 136, 03-205 Warszawa** na rzecz **Centrum Terapii Nerwic Moszna-Zamek, Moszna, ul. Zamkowa 1, 47-370 Zielina** kwotę **3 960 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz noclegu.

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 **Opolu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Centrum Terapii Nerwic Moszna - Zamek Moszna w Zielinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych pn. „Budowa nowego budynku samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej (SPZOZ) wraz z infrastrukturą zewnętrzną”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S 142-235660 w dniu 27 lipca 2011 r.

W dniu 21 września 2011 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Zakład Techniczno - Budowlany POLBAU Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu. Na drugiej pozycji została sklasyfikowana przez zamawiającego oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS-BUD Sp. z o.o. (lider konsorcjum), Korporacja „ALTIS-HOLDING” z siedzibą lidera w Warszawie, zwane dalej „Konsorcjum IDS-BUD”.

W dniu 30 września 2011 r. Konsorcjum IDS-BUD wniosło odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wobec zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawcy Zakład Techniczno - Budowlany POLBAU Sp. z o.o. Odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej Pzp:

- art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp oraz w zw. z § 6 ust. 2 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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy POLBAU pomimo nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez niezłożenie wymaganego w pkt. 5.4.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia oraz poprzez niezłożenie wymaganych w pkt. 6.4.2 siwz dokumentów dotyczących podmiotów trzecich, które będą brały udział w realizacji części zamówienia

- art. 24 ust. 4 i art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 21 września 2011 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia wykonawcy Zakład Techniczno - Budowlany POLBAU Sp. z o.o. z postępowania oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z pkt 5.4 siwz w przedmiotowym postępowaniu „1. 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. 2. 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”.

Zgodnie z punktem 6.1.1.1 siwz zamawiający wymagał, aby w przypadku, gdy wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp polegać będzie na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wykonawca przedstawi w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty w zakresie potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, wymienionych w ust. 2 lub ust. 3. W punkcie 6.4.2 siwz zostało zaznaczone, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w pkt 6.1. ust. 1 pkt. 1, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty.

Odwołujący podniósł, że wykonawca POLBUD w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia przedstawił w ofercie zobowiązanie firmy ELEMONT Sp. z o.o. z siedzibą w Brzeziu k/Opola do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia „oraz udostępnienia potencjału technicznego i osób (kierownika robót w zakresie instalacji elektrycznych, na okres korzystania z nich podczas wykonywania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał także, że w dniu 16 września 2011 r. ww. wykonawca został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnienia czy firma Elemont Sp. z o.o. będzie brała udział w realizacji części zamówienia oraz w takim przypadku - do uzupełnienia dokumentów zgodnie z pkt 6.1.2 siwz w zakresie potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca POLBAU złożył nowy wykaz osób oraz, z uwagi na niekompletność dokumentów firmy ELEMONT Sp. z o.o. wskazanej w ofercie jako podwykonawca części robót w zakresie instalacji elektrycznych, przedłożył wymagane w siwz dokumenty dotyczące drugiego podmiotu - firmy P.U.H. „ELMAX" która oddała do dyspozycji potencjał i doświadczenie w zakresie instalacji elektrycznych. W załączeniu do ww. pisma zostały załączone: referencje, zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów, oświadczenie o spełnianiu warunków w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 Pzp,

o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp oraz oświadczenie, że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek, zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości, informację z KRK.

Zdaniem odwołującego, powyższe dokumenty obarczone są wadą, gdyż przedłożone zostały w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez osoby reprezentujące wykonawcę, podczas gdy zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp zobowiązanie może być złożone wyłącznie w formie pisemnej. Pozostałe dokumenty winny zostać poświadczone za zgodność z oryginałem przez firmę P.U.H. „ELMAX”, gdyż zgodnie z § 6 ust. 2 rozporządzenia, kopie dokumentów podmiotów trzecich winny być potwierdzane za zgodność z oryginałem przez te podmioty.

Z uwagi na powyższe oferta firmy POLBAU winna zostać odrzucona, gdyż wykonawca ten podlega wykluczeniu na mocy art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp, gdyż nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie może zostać ponownie wezwany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp dotyczących tego samego zakresu.

W dniu 5 października 2011 r. do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca Zakład Techniczno-Budowlany POLBAU Sp. z o.o., Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że otrzymał od podwykonawcy oryginały dokumentów, tj. zobowiązanie podmiotu do oddania mu do dyspozycji wiedzy i doświadczenia, udostępnienia potencjału technicznego i osób oraz kierownika robót w zakresie instalacji elektrycznych, a także oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, co wypełnia wymóg art. 26 ust. 2b Pzp. Wyjaśnił, iż dokumenty te zostały złożone zamawiającemu w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez przystępującego.

W odniesieniu do pozostałych dokumentów przystępujący zauważył, że dokumenty te zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez firmę, której dotyczą, a ponadto przez wykonawcę, po otrzymaniu oryginałów dokumentów.

Z ostrożności procesowej przystępujący wskazał na możliwość wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających sytuację podmiotową firmy PUH ELMAX, jak i zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia potencjału przystępującemu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, ponieważ wezwanie z 16 sierpnia 2011 r. dotyczyło złożenia wyjaśnień i odpowiednio - uzupełnienia dokumentów dotyczących firmy ELEMONT i nie obejmowało dokumentów dotyczących firmy ELMAX kwestionowanych w odwołaniu.

Zamawiający złożył w dniu 10 października 2011 r. odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Wyjaśnił, iż zgodnie z ogłoszeniem oraz siwz w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia zamawiający żądał przedłożenia:

- wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami;

- oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

W ramach uzupełnienia dokumentów wykonawca POLBAU złożył wykaz osób, w którym jako Osobę nr 5 - Kierownik robót w specjalności instalacyjnej, elektrycznej - wskazał p. Andrzeja H. Wykonawca przedstawił w ofercie oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień (uprawnienia budowlane), które to oświadczenie obejmuje także osobę wskazaną jako Kierownik robót w specjalności instalacyjnej, elektrycznej. Zamawiający stwierdził, że wykonawca POLBAU w wykazie osób wskazał p. Andrzeja H. i potwierdził kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia, a także wymagany zakres wykonywanych przez p. Andrzeja H. czynności (kierownik robót instalacyjnych, elektrycznych). Wykonawca wpisał w Wykazie osób - zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 6 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 – informację o podstawie do dysponowania p. Andrzejem H. - zobowiązanie p. Andrzeja H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH ELMAX. Wykonawca POLBAU złożył kopie zobowiązania p. Andrzeja H. potwierdzone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Andrzej H. wpisany przez wykonawcę POLBAU do wykazu osób został wskazany jako osoba, która jest oddana do dyspozycji wykonawcy przez podmiot trzeci, którym to podmiotem jest p. Andrzej H. prowadzący działalność gospodarczą jako osoba fizyczna. W ocenie zamawiającego jest to przypadek tzw. dysponowania bezpośredniego osobą zdolną do wykonania zamówienia opartym na stosunku prawnym istniejącym bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą, na dysponowanie którą wykonawca się powołuje, co nie wypełnia dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b Pzp.

Jednocześnie zamawiający wskazał, że potraktowanie przez wykonawcę osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą, jako podmiotu trzeciego, który w tym konkretnym przypadku udostępnia samego siebie jako osobę wymienioną w wykazie osób,

należy uznać za błąd. Zamawiający podkreślił, że w każdym przypadku na zamawiającym ciąży obowiązek badania i oceny złożonych ofert w zakresie merytorycznym, a nie co do ilości, czy też tytułów złożonych dokumentów..

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu zostały podniesione zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę uznaną przez zamawiającego za najkorzystniejszą. Zaskarżone przez odwołującego czynności pozbawiają tego wykonawcę możliwości uzyskania niniejszego zamówienia publicznego, narażając go tym samym na poniesienie wymiernej szkody. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego będzie najkorzystniejszą, biorąc pod uwagę jedyne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu, jakim jest cena.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów: art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp oraz w zw. z § 6 ust. 2 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, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Zakład Techniczno-Budowlany "POLBAU" Sp. z o.o. z powodu braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na skutek braku złożenia wymaganego w pkt. 5.4.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji temu wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia oraz na skutek niezłączenia wymaganych w pkt. 6.4.2 siwz dokumentów dotyczących podmiotów trzecich, które będą brały udział w realizacji części zamówienia.

Jak wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków. W pkt 5.2 siwz zamawiający opisał warunek dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W pkt 5.2.5 siwz wskazał wymagania

dotyczące osoby proponowanej na stanowisko kierownika robót w specjalności instalacyjnej, elektrycznej. W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania ww. osobą, zgodnie z pkt 6.3.2 i 6.3.3 siwz zamawiający wymagał złożenia:

- wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami;
- oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

Jednocześnie, zgodnie z pkt 5.4 siwz zamawiający dopuścił możliwość wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia lub zdolności finansowe innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca został zobowiązany do udowodnienia 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.

Zgodnie natomiast z punktem 6.1.1.1 siwz zamawiający wymagał, w przypadku, gdy wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polegać będzie na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, aby wykonawca przedstawił w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty w zakresie potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp, wymienione w ust. 2 lub ust. 3. W punkcie 6.4.2 siwz zamawiający zaznaczył, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w pkt 6.1. ust. 1 pkt. 1, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty.

Wykonawca Zakład Techniczno-Budowlany "POLBAU" Sp. z o.o. złożył ofertę, w której przedstawił wykaz osób zdolnych do wykonania zamówienia, w tym osobę proponowaną na stanowisko Kierownika robót instalacyjnych elektrycznych. Wskazał przy tym podmiot - ELEMONT Sp. z o.o. z siedzibą w Brzeziu k/Opola, który zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy własnego potencjału kadrowego w powyższym zakresie. Wykonawca złożył też zobowiązanie firmy ELEMONT Sp. z o.o. do oddania mu do dyspozycji zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz udostępnienia potencjału

technicznego i osób, w tym Kierownika robót w zakresie instalacji elektrycznych - w osobie pracownika firmy ELEMONT Sp. z o.o. - p. Dariusza H.

W formularzu ofertowym wykonawca Zakład Techniczno-Budowlany "POLBAU" Sp. z o.o. złożył oświadczenie, że zamierza powierzyć podwykonawcy wykonanie zamówienia w części instalacje elektryczne (pkt 6 formularza ofertowego).

W dniu 16 września 2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę do udzielenia wyjaśnień czy firma ELEMONT Sp. z o.o. będzie brała udział w realizacji części zamówienia - zamawiający poinformował, że w takim przypadku wymagane jest uzupełnienie brakujących dokumentów dotyczących tego podmiotu, zgodnie z pkt 6.1.2 siwz.

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Zakład Techniczno-Budowlany "POLBAU" Sp. z o.o. złożył w dniu 20 września 2011 r. pismo z dnia 19 września 2011 r., do którego załączył nowy „Wykaz osób” oraz dokumenty dotyczące przedsiębiorcy Andrzeja H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. „ELEMEX” Andrzej H., który zobowiązał się do udostępnienia wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego w zakresie Kierownika robót instalacji elektrycznych. W załączeniu do pisma zostały załączone następujące dokumenty:

- wykaz osób zdolnych do wykonania zamówienia, w którym jako osobę w pozycji nr 5 wykazu - Kierownik robót w specjalności instalacyjnej, elektrycznej - wskazano p. Andrzeja H.,
- listy referencyjne wystawione dla P.U.H. „ELEMEX” Andrzej H.,
- zobowiązanie przedsiębiorcy PUH ELEMEX Andrzej H. do oddania wykonawcy do dyspozycji zasobów,
- oświadczenie o spełnianiu warunków w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 Pzp, o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp oraz oświadczenie, że osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień,
- zaświadczenie PUH ELEMEX Andrzej H. o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej,
- zaświadczenie PUH ELEMEX Andrzej H. o niezaleganiu w opłacaniu składek,
- zaświadczenie PUH ELEMEX Andrzej H. o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości,
- informację z KRK dotyczącą p. Andrzeja H.

Zgodnie z treścią złożonego zobowiązania przedsiębiorcy Andrzeja H. z dnia 2011 r. p. Andrzej H. zobowiązał się do oddania do dyspozycji wykonawcy Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU Sp. z o.o. niezbędnych zasobów w zakresie: wiedzy i doświadczenia oraz udostępnienia potencjału technicznego i osób – kierownika robót w osobie p. Andrzeja

H. – w zakresie: instalacje elektryczne. Powyższe zobowiązanie zostało podpisane przez Andrzeja H. i złożone zamawiającemu w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Wykonawca przedstawił również w tej samej formie, oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień (uprawnienia budowlane), które to oświadczenie obejmuje także osobę wskazaną jako Kierownik robót w specjalności instalacyjnej, elektrycznej – p. Andrzeja H.

Odnosząc się do zarzutów braku zachowania przez wykonawcę Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU Sp. z o.o. wymaganej formy złożonych dokumentów, w pierwszej kolejności wskazać należy, że Izba podziela w pełni prezentowany w orzecznictwie KIO pogląd, że przepis art. 26 ust. 2b Pzp zastrzega formę pisemną dla zobowiązania złożonego przez inny podmiot do udostępnienia jego zasobów na rzecz wykonawcy.

Aby ocenić prawidłowość formy złożonego do oferty przez wykonawcę zobowiązania p. Andrzeja H. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PUH ELEMEX Andrzej H. należy rozstrzygnąć kwestię, czy w badanym przypadku zobowiązanie to zostało złożone w trybie art. 26 ust. 2 b Pzp.

Zważyć należy, że w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykonawca musi udowodnić zamawiającemu, że posiada do dyspozycji osoby, które są w stanie wykonać zamówienie, a tym samym odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W zależności od stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu lub bezpośrednio daną osobą, dysponowanie wymaganymi w postępowaniu zasobami może przybierać różną formę. Dysponowanie może mieć formę bezpośrednią i pośrednią. W przypadku, gdy tytułem prawnym dysponowania przez wykonawcę osobą zdolną do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą, na dysponowanie której wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Nie ma przy tym znaczenia charakter prawny takiego stosunku, tj. czy mamy do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną, czy też z samozatrudnieniem osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą itd. Jeżeli natomiast dysponowanie przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wynika ze stosunku prawnego łączącego wykonawcę z innym podmiotem (tym, który bezpośrednio dysponuje udostępnianymi osobami), a nie bezpośrednio z osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia – mamy do czynienia z tzw. dysponowaniem pośrednim, opartym na zobowiązaniu podmiotu trzeciego do udostępnienia osób na rzecz wykonawcy. Przykładem takiego pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest delegowanie pracowników

podmiotu trzeciego do wykonawcy na czas realizacji zamówienia w celu wykonywania pracy związanej z wykonaniem danego zamówienia lub też udział podmiotu trzeciego dysponującego osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, przy czym osoby te będą brały udział w wykonaniu zamówienia. Powyższa sytuacja może dotyczyć podmiotów niezależnie do ich formy prawnej (osoba prawna albo jednostka organizacyjna, nie posiadająca osobowości prawnej, wyposażona przez prawo w zdolność prawną, osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą i zatrudniająca w tym celu pracowników albo uprawniona do dysponowania ich pracą na podstawie umów cywilnoprawnych). Przypadki pośredniego dysponowania zasobami jak wyżej objęte zostały dyspozycją przepisu art. 26 ust. 2b (patrz: opinia Urzędu Zamówień publicznych zawarta na stronie: www.uzp.gov.pl), który przewiduje szczególny sposób wykazania przez wykonawcę, że ma on możliwość dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które zostały mu udostępnione przez inny podmiot. Przepis ten dotyczy sytuacji, w których występuje odrębność „innego podmiotu” tzw. udostępniającego osoby zdolne do wykonania zamówienia oraz „osób” tzw. udostępnianych.

W świetle powyższego należy uznać, że zobowiązanie osoby fizycznej, prowadzonej działalność gospodarczą we własnym imieniu, zawierające oświadczenie tej osoby o udostępnieniu samej siebie na rzecz wykonawcy przy realizacji zamówienia, nie stanowi zobowiązania „innego podmiotu” w rozumieniu art. 26 ust. 2 b Pzp. Osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą, „udostępniając samą siebie” wykonawcy pozostaje nadal tą samą osobą fizyczną - nie występuje tu odrębność podmiotu udostępniającego i osoby udostępnianej, tak jak wówczas gdy osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą udostępnia wykonawcy swoich pracowników. Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że dysponowanie osobą p. Andrzeja H., wynikające z zobowiązania złożonego przez tę osobę mamy do czynienia z dysponowaniem o charakterze bezpośrednim, co nie wypełnia dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b Pzp.

Podkreślić należy, że możliwość żądania przez zamawiającego od wykonawcy - na zasadzie § 1 ust. 2 rozporządzenia - przedstawienia dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia odnoszących się do podmiotów trzecich, na potencjale których (zasobach osobowych) wykonawca polega w celu wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, dotyczy wyłącznie tych przypadków, gdy udostępnione wykonawcy osoby pozostają w dyspozycji tych podmiotów trzecich (dysponowanie pośrednie), a nie w dyspozycji samego wykonawcy, a przy tym podmioty te będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Przepis ten nie ma zatem zastosowania do przypadków dysponowania zasobami na innych zasadach niż określone w art. 26 ust. 2b Pzp.

Zauważyć należy także, że fakt złożenia dokumentów podmiotowych złożonych przez wykonawcę Zakład Techniczno-Budowlany POLBAU Sp. z o.o. w ramach uzupełnienia z dnia 20 września 2011 r. dotyczących przedsiębiorcy Andrzeja H. nie ma żadnego wpływu na sposób oceny rzeczywistej treści stosunku łączącego Andrzeja H. i wykonawcę. Nie sposób także zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że oświadczenie wykonawcy co do zamiaru powierzenia podwykonawcy części zamówienia w zakresie robót instalacyjnych, elektrycznych przesądza o fakcie, iż p. Andrzej H. został udostępniony przez „inny podmiot” w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego formy pozostałych dokumentów złożonych przez wykonawcę przy piśmie z dnia 19 września 2011 r. Izba stwierdziła, że niezachowanie wymaganej w przepisach prawa formy dokumentów, których złożenie nie było wymagane od wykonawcy nie ma jakiegokolwiek znaczenia dla oceny czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Reasumując, należało uznać, że wykonawca Zakład Techniczno-Budowlany POLBAU Sp. z o.o. wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, przedstawiając w Wykazie osób w poz. nr 5 p. Andrzeja H., który spełnia wymagania określone dla stanowiska - Kierownik robót w specjalności instalacyjnej, elektrycznej. Podstawą dysponowania przez wykonawcę ww. osobą jest zobowiązanie tej osoby udziału na rzecz wykonawcy w realizacji zamówienia. Osoba ta nie została oddana wykonawcy do dyspozycji przez „inny podmiot” w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp, gdyż prowadzi działalność jako osoba fizyczna, a zatem nie obowiązuje w tym przypadku wymóg zachowania formy pisemnej zobowiązania, określonej w tym przepisie.

W związku z powyższym wykonawca Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU Sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu na mocy art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp, a oferta tego wykonawcy nie podlega uznaniu za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Izba nie znalazła w konsekwencji podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 3 Pzp w wyniku dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, złożonej przez wykonawcę Zakład Techniczno-Budowlany POLBAU Sp. z o.o.

W oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w związku z § 3 pkt 2 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: