

Sygn. akt: KIO/UZP 1043/09

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Renata Tubisz

Barbara Bettman

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BUD-INVENT Sp. z o.o., 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Hala Ludowa Sp. z o.o., 51-618 Wrocław, ul. Wystawowa 1** protestu z dnia 9 lipca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: „Ekocentrum” Sp. z o.o., ul. Budziszewska 35/1, 54-434 Wrocław (Lider); Przedsiębiorstwo Usługowo - Produkcyjne „Ekobud” s.c. J. Filipowska, A. Filipowska, M., Kujawa, ul. Słowiańska 11 b, 75-842 Koszalin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o., 85-717 Bydgoszcz, ul. Gajowa 99** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp.

2. Kosztami postępowania obciąża Wrocławskie Przedsiębiorstwo Hala Ludowa Sp. z o.o., 51-618 Wrocław, ul. Wystawowa 1

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **BUD-INVENT Sp. z o.o., 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8173 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt trzy złote zero groszy) przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Hala Ludowa Sp. z o.o., 51-618 Wrocław, ul. Wystawowa 1** na rzecz **BUD-INVENT Sp. z o.o., 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BUD-INVENT Sp. z o.o., 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111.**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Nadzór inwestorski wielobranżowy nad wykonaniem zadania „Utworzenie Regionalnego Centrum Turystyki Biznesowej we Wrocławiu” polegającym na przebudowie i rozbudowie Pawilonu Restauracyjnego w Zespole Hali Stulecia we Wrocławiu, w okresie realizacji robót budowlanych i prac montażowo-instalacyjnych systemów niskoprądowych oraz w czasie trwania rękojmi i gwarancji dla robót budowlanych i prac montażowo-instalacyjnych systemów niskoprądowych”*, zostało wszczęte przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Hala Ludowa Sp. z o. o., ul. Wystawowa 1, 51-618 Wrocław zwane dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 71-10329 w dniu 11.04.2009 r.

W dniu 22.06.2009 r. Zamawiający przekazał faxem (wysyłając także pocztą) uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty

Konsorcjum w składzie: „*Ekocentrum*” Sp. z o.o., ul. Budziszewska 35/1, 54-434 Wrocław (Lider); Przedsiębiorstwo Usługowo - Produkcyjne „*Ekobud*” s.c. J. Filipowska, A. Filipowska, M., Kujawa, ul. Słowiańska 11 b, 75-842 Koszalin zwanej dalej: „*Konsorcjum Ekocentrum*” „*Przystępującym po stronie Zamawiającego*”. Druga w rankingu ofert była firma Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o., ul. Gajowa 99, 85-717 Bydgoszcz zwanej dalej: „*POI*” albo „*Przystępującym po stronie Odwołującego*”. Zaś trzecią firmą był BUD-INVENT Sp. z o.o., ul. Łowicka 19, 02-574 Warszawa zwana dalej: „*BUD-INVENT Sp. z o.o.*” albo „*Protestującym*” albo „*Odwołującym*”. Wzmiankowane pismo zawierało również streszczenie oceny i porównania złożonych ofert oraz informację, iż wszyscy wykonawcy złożyli ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

W dniu 09.07.2009 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 i 2 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „*Pzp*” firma: BUD-INVENT Sp. z o.o. złożyła protest na:

- a) czynności badania i oceny ofert;
- b) zaniechania czynności wykluczenia z postępowania Wykonawców występujących wspólnie, tj. Konsorcjum Ekocentrum oraz uznania oferty złożonej przez wzmiankowanych Wykonawców za odrzuconą;
- c) zaniechania czynności wykluczenia z postępowania POI oraz uznania oferty złożonej przez wzmiankowanego Wykonawcę za odrzuconą;
- d) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ekocentrum;
- e) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez POI;
- f) czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Domagał się:

- 1) Powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 2) Wykluczenia z postępowania Konsorcjum Ekocentrum oraz uznania oferty złożonej przez wzmiankowanych Wykonawców za odrzuconą;
- 3) Wykluczenia z postępowania POI oraz uznania oferty złożonej przez wzmiankowanego Wykonawcę za odrzuconą;
- 4) Odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ekocentrum;
- 5) Odrzucenia oferty złożonej przez POI;
- 6) Powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 7) Dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, złożonej przez Protestującego.

Protestujący stwierdził, że pismo z 22.06.2009 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej otrzymał w dniu 29.06.2009 r. pocztą.

Oдноśnie oferty POI.

Protestujący stwierdził, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, jako warunek udziału w postępowaniu postawił wymóg, aby wykonawcy w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali usługę polegającą na sprawowaniu nadzoru inwestorskiego przy remoncie jednego obiektu zabytkowego o wartości minimum 100 000,00 zł brutto za nadzór inwestorski. POI w złożonym w ofercie - Wykazie wykonanych usług podał, iż zrealizował usługę o wartości 348.071,68 zł brutto, polegającą na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego dla zadania pn. *„Remont i modernizacja zabytkowych spichrzy przy ul. Grodzkiej w Bydgoszczy”*. Jest to jedyna z wykazanych usług, która z uwagi na wartość mogłaby ewentualnie być zaliczona na poczet spełnienia wzmiankowanego wymogu. Należy jednak zauważyć, jak wskazał Protestujący, iż remont nie dotyczył jednego, lecz trzech obiektów, co potwierdza choćby treść referencji wystawionych przez Muzeum Okręgowe im. Leona Wyczółkowskiego w Bydgoszczy, w których wyraźnie wskazano, że remontowane spichrze są obiektami wpisanymi do rejestru Zabytków Nieruchomych pod odrębnymi numerami, a mianowicie: pod numerem 418 (ul. Grodzka 7), pod numerem 455 (ul. Grodzka 9) oraz pod numerem 456 (ul. Grodzka 11). Tym samym nie wiadomo, czy wartość nadzoru inwestorskiego przy remoncie chociażby jednego z wzmiankowanych obiektów wyniosła co najmniej 100.000 zł, zwłaszcza, że zakres usługi obejmował również szereg innych elementów, jak weryfikację przeprowadzenia przetargów na wyłonienie wykonawcy robót, dokumentacji technicznej, kompletację niezbędnego wyposażenia. Należy zatem uznać, iż wzmiankowany Wykonawca nie wykazał, że spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z prowadzonego postępowania wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z prowadzonego postępowania wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy.

Protestujący podniósł, że Zamawiający wymagał, aby każdy Wykonawca wykazał, iż dysponuje inspektorami nadzoru posiadającymi m. in. uprawnienia elektryczne do kierowania robotami budowlanymi w zakresie instalacji, sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. POI w Wykazie osób przewidzianych do realizacji zamówienia

wskazało Pana Andrzeja Grudzień, którego kwalifikacje zawodowe nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Jak wynika z informacji umieszczonych w Wykazie i potwierdzonych załączoną do oferty kopią uprawnień, Pan Andrzej Grudzień posiada uprawnienia kierownika budowy w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej jedynie w zakresie instalacji elektrycznych. Świadczy to zatem o posiadaniu uprawnień budowlanych o znacznie zawężonym zakresie (instalacje elektryczne) w stosunku do wymaganego przez Zamawiającego (instalacje, sieci i urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne). Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z prowadzonego postępowania wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu; Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z prowadzonego postępowania wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy.

W SIWZ, Zamawiający żądał od Wykonawców wniesienia wadium, przy czym okres ważności wadium musi obejmować okres związania ofertą tj. 60 dni od upływu terminu składania ofert. Okres ów, w przedmiotowym postępowaniu, upłynie z dniem 24.07.2009 r. POI złożył wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, która jest ważna w terminie do 23.07.2009 r., a zatem nie obejmuje całego okresu związania ofertą Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Zamawiający w SIWZ żądał złożenia zaakceptowanego projektu umowy. Wzmiankowany projekt umowy został następnie przez Zamawiającego zmodyfikowany z dnia 08.05.2009 r. Jednakże POI nie dopełnił wzmiankowanego wymogu, zaś w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, przesłał pismo datowane na 09.06.2009 r., w którym wskazał, iż złożona oferta uwzględnia umowę, wraz z modyfikacją, a także, iż zapis o akceptacji treści umowy zawarty był w pkt 5 formularza ofertowego. Do odpowiedzi załączono zaakceptowany wzór umowy wraz z jego modyfikacją. Protestujący zauważył, iż jak wynika z orzecznictwa (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 21.01.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-63/05), jeżeli Zamawiający wymaga załączenia do oferty wypełnionego i parafowanego wzoru umowy, a wykonawca nie wypełni tego żądania, oferta podlega odrzuceniu, gdyż jej treść jest niezgodna z SIWZ. Trzeba bowiem też pamiętać, iż zgodnie z art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp, niedopuszczalne jest prowadzenie pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 Pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Tym samym Wykonawca nie mógł w sposób skuteczny zmienić treści oferty przesyłając zaakceptowany wzór umowy pismem z 09.06.2009 r. Zgodnie z art. 89 ust.

1 pkt 2 Pzp, Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Odnosnie Konsorcjum Ekocentrum.

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia (według art. 22 ust. 1 Pzp), stanowiące Załącznik Nr 2 do SIWZ. Wzmiankowane oświadczenie winno zawierać podpis i pieczętkę osoby uprawnionej do reprezentowania Wykonawcy. W ofercie Konsorcjum Ekocentrum, które zostało wybrane jako najkorzystniejsze, na oświadczeniu złożonym przez jednego z uczestników Konsorcjum, tj. „*Ekobud*” s.c. znajdują się trzy nieczytelne, nieopatrzone imiennymi pieczętkami podpisy. Tym nie wiadomo, czy złożyły je osoby uprawnione. Brak przedmiotowego oświadczenia, skutkować będzie przyjęciem, że Wykonawcy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z prowadzonego postępowania wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Z kolei, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z prowadzonego postępowania wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy.

Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia (według art. 22 ust. 1 Pzp), stanowiące Załącznik Nr 2 do SIWZ. Wzmiankowane oświadczenie winno zawierać informację, czy wykonawca dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, czy też przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu, każdy z dwóch Wykonawców występujących wspólnie złożył wymagane oświadczenie odrębnie, przy czym treść złożonych oświadczeń jest sprzeczna. Mianowicie, z treści oświadczenia „*Ekocentrum*” Sp. z o.o. wynika, że wzmiankowany Wykonawca przedstawi pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, zaś z treści oświadczenia „*Ekobud*” s.c. wynika, że wzmiankowany Wykonawca dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Niezależnie od powyższego, zgodnie z wymogami Zamawiającego wypełniony formularz ofertowy winien zawierać informację, czy i ewentualnie jaką część zamówienia wykonawca zamierza powierzyć do realizacji podwykonawcom. Z treści wypełnionego formularza ofertowego wchodzącego w skład oferty, wybranej jako najkorzystniejsza wynika, że Wykonawcy, którzy ją złożyli zamierzają zrealizować zamówienie bez udziału podwykonawców. Z kolei, w dalszej części oferty, tj. na str. 62, 67, 70, 73 znajdują się oświadczenia potwierdzające dostępność osób fizycznych,

prowadzących działalność gospodarczą, które to osoby zostały wskazane w Wykazie osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Tym samym, treść formularza pozostaje w sprzeczności z treścią oświadczenia „*Ekocentrum*” Sp. z o. o., treścią Wykazu osób oraz treścią poświadczeń dostępności. Oferta zawierająca w swojej treści wewnętrzne sprzeczności, które odnoszą się do zakresu informacji dotyczących oferowanego doświadczenia, żądanych przez Zamawiającego, de facto nie zawiera tych informacji, a ponadto jako oświadczenie woli jest niejasna i przez to nieporównywalna do innych ofert. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 11.04.2009 r. (data publikacji ogłoszenia o zamówieniu), zaś Zamawiający w postawionym warunku udziału w postępowaniu, dotyczącym doświadczenia, wymagał aby usługi były wykonane przed dniem wszczęcia postępowania. Zatem usługi wymienione w pkt 1 i w pkt 3 „*Wykazu wykonanych usług*”, nie mogą być zaliczone na poczet wymaganego doświadczenia. Zostały one bowiem zakończone już po dniu wszczęcia postępowania (30.04.2009 r. - usługi, o których mowa w pkt 1/wynika to m. in. z treści referencji/ oraz w 05.2009 r. - usługi, o których mowa w pkt 3). Jednocześnie, na poczet wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, w przypadku Wykonawców występujących wspólnie nie można, z dodatkowego powodu, zaliczyć usługi wymienionej w pkt 3 „*Wykazu wykonanych usług*”. Jak bowiem, wynika z treści oraz daty wystawienia referencji (01.04.2009 r.), zostały one wystawione przed zakończeniem realizacji usługi, które, jak wynika już z samego „*Wykazu wykonanych usług*”, miało miejsce 05.2009 r. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z prowadzonego postępowania wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z prowadzonego postępowania wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy.

Wadliwość czynności badania i oceny ofert, skutkująca:

- a) bezpodstawnym zaniechaniem wykluczenia z postępowania Wykonawców występujących wspólnie, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a także bezpodstawnym zaniechaniem odrzucenia złożonej przez nich oferty;
- b) bezpodstawnym zaniechaniem wykluczenia z postępowania Wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu, a także bezpodstawnym zaniechaniem odrzucenia złożonej przez niego oferty, pociąga za sobą wadliwość czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W przypadku bowiem prawidłowego przeprowadzenia badania

i oceny ofert, to właśnie nasza oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Zatem nie ulega wątpliwości, iż powtórzona musi być również czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp (zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji), polegało w szczególności na:

1) bezpodstawnym zaniechaniu wykluczenia z postępowania Konsorcjum Ekocentrum a także bezpodstawnym zaniechaniu odrzucenia złożonej przez nich oferty;
2) bezpodstawnym zaniechaniu wykluczenia z postępowania POI, a także bezpodstawnym zaniechaniu odrzucenia złożonej przez niego oferty; Tymczasem rygory związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego winny być wiążące dla wszystkich Wykonawców, także tych, którzy złożyli ofertę korzystniejszą z ekonomicznego punktu widzenia.

Protestujący wskazał, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku polegającego na tym, iż w przypadku wykluczenia z postępowania lub odrzucenia ofert Konsorcjum Ekocentrum oraz POI, złożona przez niego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą, a w rezultacie przedmiotowe zamówienie zostałoby nam udzielone.

Żadne przystąpienia do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu nie miały miejsca. Powyższe wynikało z niewzwania przez Zamawiającego w trybie art. 181 ust. 3 Pzp do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Rozstrzygnięcie protestu (pismo z dnia 13.07.2009 r.) nastąpiło w dniu 14.07.2009 r. faxem, poprzez jego odrzucenie. Zamawiający wskazał, że protest został wniesiony po terminie, a zatem jest nieskuteczny. Zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało wysłane faxem w dniu 22.06.2009 r. W związku z powyższym z dniem 02.07.2009 r. upłynął termin na wniesienie protestu.

W dniu 24.07.2009 r. (wpływ bezpośredni) Odwołujący na odrzucenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty, wnioski i argumenty z protestu. Ponadto Odwołujący stwierdził, co następuje:

Odnośnie uzasadnieniu odrzucenia protestu Odwołujący wskazał, że zawarte w nim stanowisko Zamawiającego jest błędne. Po pierwsze, w dniu 22.06.2009 r. nie otrzymał zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, ani faksem, ani w innej formie. Nie zaprzecza, iż Zamawiający usiłował wysłać, we wskazanym dniu to zawiadomienie, tym niemniej rzeczony zawiadomienie nie tylko nie dotarło, w taki sposób, aby można zapoznać się z jego treścią, ale również nie zostało skutecznie wysłane. Jak wynika bowiem z wydruku dotyczącego połączeń za pomocą faksu, stanowiącego Załącznik Nr 5 do niniejszego odwołania (pozycja Nr 57), istotnie w dniu 22.06.2009 r. Zamawiający próbował przesłać nam faks, lecz transmisja nie powiodła się i w konsekwencji, ani jedna strona przesyłki nie została nam przekazana. Po drugie, Zamawiający nie zażądał niezwłocznego potwierdzenia faktu otrzymania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty mimo, iż w świetle art. 27 ust. 2 Pzp, mógł to uczynić, a także, mimo iż takie żądanie mogłoby przyczynić się do wyjaśnienia potencjalnych wątpliwości Zamawiającego odnośnie terminu otrzymania przez nas wzmiankowanego zawiadomienia. Po trzecie, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty wpłynęło do Odwołującego, dopiero w dniu 29.06.2009 r. i od tej daty należało liczyć termin na wniesienie protestu. Dodatkowo wskazał:

1) Dowód w postaci raportu z transmisji faksu stwarza domniemanie prawne, że oświadczenie nadawcy doszło do adresata w sposób pozwalający mu zapoznać się z jego treścią. Domniemanie to może być obalone jeżeli adresat wykaże, że na przykład z powodu zakłóceń aparatu odbiorczego nastąpiło takie zniekształcenie tekstu przesłanego oświadczenia, iż stało się ono niezrozumiałe (Wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z 18.05.2006 r., sygn. akt: VI Ga 51/06);

2) Osoba składająca oświadczenie woli za pomocą faksu otrzymuje wydruk kontrolny, z którego wynika, że takie oświadczenie zostało wysłane z jej aparatu wysyłającego oraz odebrane przez aparat odbiorczy. Wydruk stwarza domniemanie prawne, że oświadczenie doszło do adresata w sposób określony w art. 61 kodeksu cywilnego, tzn. w sposób pozwalający mu zapoznać się z treścią oświadczenia woli nadawcy (Postanowienie Zespołu Arbitrów z dnia 29.09.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2538/06);

3) Sam raport o transmisji faksowej nie stanowi wystarczającego dowodu na to, że pismo przesłane faksem zostało faktycznie w danym dniu doręczone adresatowi w ten sposób, że mógł od zapoznać się z jego treścią. Zgodnie z art. 27 ust. 2 Pzp, jeżeli Zamawiający lub Wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. Zatem wystarczającym dowodem doręczenia może być wyraźne potwierdzenie faktu otrzymania pisma faksem (Wyrok Zespołu Arbitrów z 6.11.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2742/06).

W przedmiotowym przypadku, niezależnie od tego, czy raport z transmisji faksu stanowi wystarczający dowód doręczenia pisma, czy też przyjmujemy, że takim dowodem

może być dopiero wyraźne potwierdzenie faktu otrzymania pisma faksem, nie będzie miało to znaczenia. W pierwszym bowiem przypadku - raport z transmisji faksu potwierdza, iż zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty nie zostało doręczone, zatem nie tylko nie ma mowy o istnieniu domniemania doręczenia, ale można wręcz mówić o domniemaniu braku doręczenia; W drugim przypadku zaś - skoro Zamawiający nie przesłał zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, a w związku z tym nie mógł uzyskać od nas potwierdzenia otrzymania, to z pewnością nie dysponuje wystarczającym dowodem na doręczenie.

Reasumując, twierdzenie Zamawiającego, iż w dniu 22.06.2009 r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, a w konsekwencji, protest który złożyliśmy 9.07.2009 r. podlega odrzuceniu, jako wniesiony po terminie jest bezpodstawne.

Ponadto, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie odniósł się do argumentów merytorycznych przedstawionych w treści wniesionego przez nas protestu. Nie sposób zatem jednoznacznie stwierdzić jakie zajmuje stanowisko względem istoty sporu. Tym samym nie można również wykluczyć możliwości, że uznaje ich zasadność.

W odniesieniu do POI, dodatkowo nadmienił, iż przedstawione w treści protestu fakty mają wyjątkowo jednoznaczny i obiektywny charakter. Nie sposób bowiem zaprzeczyć, iż warunkiem udziału w postępowaniu był wymóg, aby wykonawcy w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali usługę polegającą na sprawowaniu nadzoru inwestorskiego przy remoncie jednego obiektu zabytkowego o wartości minimum 100 000,00 zł brutto za nadzór inwestorski. Oczywiście jest również, iż wzmiankowany Wykonawca wykazał usługę polegającą na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego dla zadania pn. *„Remont i modernizacja zabytkowych spichrzy przy ul. Grodzkiej w Bydgoszczy”*, która dotyczyła trzech obiektów. Podobnie, nie sposób zaprzeczyć, iż Pan Andrzej Grudzień posiada uprawnienia kierownika budowy w specjalności instalacyjno-inżynierskiej jedynie w zakresie instalacji elektrycznych, czy też, że złożone zostało wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, która jest ważna w terminie do 23 lipca 2009 r., a zatem nie obejmuje całego okresu związania ofertą, albo że nie został dopełniony wymóg złożenia zaakceptowanego projektu umowy z uwzględnieniem modyfikacji z dnia 8.05.2009 r.

Zauważył także, że postanowienia SIWZ są na obecnym etapie postępowania wiążące zarówno dla Wykonawców, jak i dla Zamawiającego. Jak wynika z poglądów prezentowanych w orzecznictwie (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 1.07.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1574/05), warunki udziału w postępowaniu, które nie były przedmiotem skutecznych protestów, obowiązują wszystkich wykonawców biorących udział

w postępowaniu ze szczegółowością ustaloną przez Zamawiającego. Ponadto wzmiankowane warunki - winny być interpretowane w sposób literalny, co sprowadza się do konieczności przyjęcia zasady, że bez znaczenia prawnego pozostaje to co Zamawiający w SIWZ chciał zawrzeć (jakie miał intencje), natomiast bierze się pod uwagę, jedynie to, co Zamawiający we wzmiankowanej specyfikacji zawarł, tj. treść postanowień na gruncie reguł znaczeniowych języka polskiego.

W odniesieniu do Konsorcjum Ekocentrum nadmieniał, iż wewnętrzna sprzeczność w treści oferty stanowi wystarczającą podstawę do jej odrzucenia. Jak wynika z poglądów prezentowanych w doktrynie i orzecznictwie (Granecki P.: Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Warszawa 2009, s. 283 oraz przywołane tam orzecznictwo), przykładem zastosowania art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp jest niewypełnienie niektórych rubryk formularza cenowego przewidzianego przez Zamawiającego w SIWZ, z drugiej jednak strony - nie stanowi podstawy odrzucenia oferty niezachowanie wymaganej formy dokumentów narzuconych przez Zamawiającego np. wzorami załączonymi do SIWZ, jeżeli forma przedstawiona przez Wykonawcę zawiera wszelkie wymagane pozycje. W przedmiotowym przypadku, doszło do złożenia oferty zawierającej w swojej treści wewnętrzne sprzeczności w zakresie zapisów, które winny być zawarte w formularzu cenowym; Nie sposób byłoby twierdzić ponadto, iż oferta zawiera wewnętrznie niesprzeczne zapisy w zakresie treści jaka, zgodnie z SIWZ, winna być w niej zawarta. Jednocześnie warto zauważyć, że wobec braku możliwości zaliczenia na poczet wymaganego doświadczenia dwóch spośród trzech usług, wskazanych w „Wykazie wykonanych usług” (zostało to w sposób jednoznaczny i obiektywny wykazane w złożonym przez nas proteście), należy uznać, że Wykonawcy występujący wspólnie, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie spełniają (literalnie rozumianych) warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. W szczególności, wzmiankowani Wykonawcy nie wykazali, iż w określonym w SIWZ okresie, sprawowali co najmniej jeden nadzór inwestorski nad instalacją DSO - Dźwiękowego Systemu Ostrzegania w jednym obiekcie, jak również, że sprawowali nadzór inwestorski wielobranżowy nad przebudową lub rozbudową, lub remontem, lub budową jednego obiektu użyteczności publicznej z instalacjami niskoprądowymi, tj. komputerowej, antywłamaniowej, ppoż.

Odwołujący wskazał, że zaniechanie przez Zamawiającego egzekwowania spełniania warunków udziału w postępowaniu od wykonawców, którzy złożyli oferty korzystne z ekonomicznego punktu widzenia jest nieakceptowalne na gruncie reguł obowiązujących w polskim systemie zamówień publicznych i w sposób ewidentny naruszają zasady równego

traktowania wykonawców oraz przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp).

Kopię odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

W dniu 28.07.2009 r. Zamawiający przekazał uczestnikom postępowania przetargowego (faxem) kopię odwołania i wezwał ich do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpiło dnia 21.08.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Konsorcjum Ekocentrum po stronie Zamawiającego. Wnosząc o odrzucenie odwołania w przypadku stwierdzenia okoliczności wskazanych w art. 187 ust. 4 Pzp, a w przypadku braku podstaw do odrzucenia odwołania, o oddalenie odwołania w całości.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpiło dnia 24.08.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) POI po stronie Odwołującego w odniesieniu do żądań Odwołującego w zakresie Konsorcjum Ekocentrum wnosząc o uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum Ekocentrum.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią modyfikacji SIWZ z dnia 08.05.2009 r., pismem Zamawiającego z dnia 01.06.2009 r., wyjaśnieniami POI z dnia 09.06.2009 r., treścią kserokopii gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr F09200123 z dnia 21.05.2009 r. złożonej przez POI, treścią złożonego przez Odwołującego fragmentu publikacji: „Uprawnienia budowlane”, M. Berdysz, P. Ziemiński, Polskie Centrum Budownictwa, W-wa 1997, treścią złożonych przez Odwołującego przykładowych wyjaśnień uprawnień budowlanych, które stosuje Krajowa Komisja Kwalifikacyjna Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa a pochodzących ze strony internetowej:http://www.piib.org.pl/index.php?option=com_content&task=view&id=477&Itemid=145, treścią spornych ofert, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu,

odwołaniu oraz przystąpieniach do postępowania odwoławczego, a także na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp. Zamawiający nie zgłaszał wniosku o odrzucenie odwołania na posiedzeniu, nie podtrzymując stanowiska zawartego w rozstrzygnięciu protestu. W ocenie Izby Odwołujący wykazał, iż zawiadomienie o wyborze oferty otrzymał nie faxem 22.06.2009 r., ale dopiero pocztą 26.06.2009 r. Powyższe znajduje potwierdzenie z wydruku połączeń aparatu faxowego załączonego przez Odwołującego do odwołania, jak również wydruku połączeń aparatu faxowego załączonego przez Zamawiającego do przesłanej kserokopii dokumentacji. W obu wypadkach wynik połączenia w dniu 22.06.2009 r. jest negatywny.

Ponadto, Izba ustaliła na posiedzeniu, że Zamawiający nie wywiązał się wobec uczestników postępowania przetargowego z wymogu wynikającego z art. 181 ust. 3 Pzp. Powyższe było przedmiotem odrębnego postępowania protestacyjnego – protest POI z dnia 07.08.2009 r. ostatecznie rozstrzygniętego uwzględnieniem protestu przez Zamawiającego. Zgodnie z oświadczeniem złożonym na posiedzeniu obaj przystępujący do postępowania odwoławczego dowiedzieli o proteście z dnia 07.08.2009 r. z wezwania do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Izba wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego z uwzględnienia protestu o niemożności przywrócenia terminów zawitych, jednakże nie uznała wniosku Odwołującego o uznanie obu przystąpień do postępowania odwoławczego za nieskuteczne z uwagi na nieprzystąpienie do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu z dnia 09.07.2009 r. Izba wskazuje, że jako bezsporne ustalono, że zaistniały stan faktyczny był wynikiem wadliwych działań Zamawiającego. Obaj Wykonawcy dowiedzieli się o postępowaniu protestacyjnym dopiero na etapie odwołania. Było to przedmiotem oddzielnego postępowania protestacyjnego zakończonego uwzględnieniem. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba opierając się na zasadzie efektywności środków ochrony prawnej wynikającej z dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21.12.2989 r., dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25.02.2009 r. oraz dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11.12.2007 r., jak i mając na względzie orzeczenie ETS (Wyrok z dnia 27.02.2003 r., sygn. akt: C-327/00) zgodnie z którym ograniczenia czasowe do skorzystania ze środków zaskarżenia naruszają zasadę efektywności dyrektywy, jeżeli biorąc pod uwagę okoliczności danej sprawy, skorzystanie z możliwości odwołania jest niemożliwe lub poważnie utrudnione, dopuściła obu Wykonawców do postępowania odwoławczego. POI po stronie Odwołującego (wyniku jednoznacznej deklaracji udzielonej na posiedzeniu) oraz Konsorcjum Ekocentrum po stronie Zamawiającego. Wezwanie do przystąpienia do

postępowania protestacyjnego, jak i samo przystąpienie na etapie protestu są elementem postępowania odwoławczego, z tych względów przywołane orzeczenie jest adekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na trzecim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą oraz ofercie POI w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów i wykluczeniu z udziału w postępowaniu Konsorcjum Ekocentrum oraz POI, jak również odrzuceniu ich ofert, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, z uwagi na zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania POI oraz uznania oferty złożonej przez wzmiankowanego Wykonawcę za odrzuconą, Izba uznaje niniejszy zarzut za niezasadny. Przy czym, niniejszy zarzut dotyczy po pierwsze, nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sprawowania nadzoru inwestorskiego przy remoncie jednego obiektu zabytkowego o wartości min. 100.000,00 zł brutto za nadzór inwestorski, po drugie nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania lub możliwością dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia INSPEKTORAMI NADZORU posiadającymi uprawnienia elektryczne do kierowania robotami budowlanymi w zakresie telekomunikacji, instalacji sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Oдноśnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w Dziale IV SIWZ: „*OPIS WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA TYCH WARUNKÓW*” zawarł zapis, że: „*O udzielenie zamówienia publicznego ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w przepisie art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności:*”, czyli Wykonawcy, którzy (pkt 2): „*(...) Posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych*

podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia tj.: (lit. a) wykonali z należytą starannością w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługę odpowiadającą rodzajem przedmiotowi zamówienia tj.: (m.in.) sprawowanie nadzoru inwestorskiego przy remoncie jednego obiektu zabytkowego o wartości min. 100.000,00 zł brutto za nadzór inwestorski". Jednocześnie uregulował na końcu przywołanego wyżej działu sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stwierdzając, że na potwierdzenie spełnienia wyżej wymienionych warunków Wykonawca dołączy do oferty oświadczenie wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 niniejszej SIWZ i dokumenty wymienione w dziale V SIWZ. Ocena spełniania warunków wymaganych od Wykonawcy zostanie dokonana na podstawie analizy dokumentów załączonych do oferty wg formuły: spełnia/nie spełnia. Dodatkowo, Zamawiający określił w Dziale V SIWZ: „WYKAZ OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU” w tym w pkt 7: „Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, potwierdzającego spełnienie warunku, o którym mowa w dziale IV pkt. 2 a) niniejszej SIWZ”, wraz z jego wzorem. W pkt 8 z kolei zawarł wymóg dołączenia również dokumentów potwierdzających, że usługi, o których mowa wyżej w pkt 7 zostały wykonane należycie.

Zamawiający również w Dziale IV SIWZ pkt 2 lit. b określił wymóg względem Wykonawców, że: „dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia INSPEKTORAMI NADZORU posiadającymi”: (m.in.) „uprawnienia elektryczne do kierowania robotami budowlanymi w zakresie telekomunikacji, instalacji sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych”. Zaś w dziale V SIWZ ustalił, że na potwierdzenie spełniania wskazanego wyżej warunku należy złożyć, w ramach pkt 9: „Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, potwierdzający spełnienie warunku określonego w dziale IV pkt. 2 b) niniejszej SIWZ” , wraz z jego wzorem, do którego należało dołączyć m.in. kserokopie uprawnień.

Jednocześnie w Dziale X SIWZ: „OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWYWANIA OFERT”, w pkt 3 stwierdził, że: „Do oferty (formularz ofertowy - załącznik nr 1 niniejszej SIWZ) winny

być dołączone także wszystkie dokumenty wymienione poniżej (..)”, tj. m.in. w ppkt 2 dokumenty wymienione w dziale V niniejszej SIWZ. Zaś w pkt 1 tego działu stwierdził, że: „Wykonawca przygotowuje i przedłoży swoją ofertę zgodnie z przepisami ustawy oraz wymogami określonymi w SIWZ”.

POI w złożonym w ofercie - Wykazie wykonanych usług (str. 22 oferty) podał, iż zrealizował następujące usługi: w poz. 1 usługę o wartości 2.536.131, 76 zł brutto, polegającą na pełnieniu funkcji Generalnego realizatora inwestycji dla zadania pn. „Budowa Opery Nova w Bydgoszczy”, obiekt użyteczności publicznej z instalacjami niskooprądowymi, tj. komputerową, antywłamaniową, p.poż oraz DSO – referencja (str. 23 oferty) i oświadczenie (str. 24 oferty); w poz. 2 usługę o wartości 40.203, 55 zł brutto, polegającą na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego dla zadania pn. „Częściowe dostosowanie budynku do wymogów stawianych przez ekspertyzę bezpieczeństwa pożarowego dla budynku Filharmonii Pomorskiej im. I. Paderewskiego w Bydgoszczy, zakres: system monitoringu, i sygnalizacji włamania, instalacja DSO, instalacja sygnalizacji pożaru, oddymiania i sterowania wentylacją, zabezpieczenia ppoż. Dla instalacji wentylacji i klimatyzacji – referencja (str. 25 oferty); w poz. 3 usługę o wartości 348.071,68 zł brutto, polegającą na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego dla zadania pn. „Remont i modernizacja zabytkowych spichrzy przy ul. Grodzkiej w Bydgoszczy” – referencja (str. 26 oferty). Z przedłożonej referencji wystawionej przez Muzeum Okręgowe im. Leona Wyczółkowskiego w Bydgoszczy, jak również opisu w wykazie w poz. 2 („Obiekt zabytkowy wpisane do rejestru zabytków nieruchomości”) wynika, że remont nie dotyczył jednego, lecz trzech obiektów, w których wyraźnie wskazano, że remontowane spichrze są obiektami wpisanymi do rejestru Zabytków Nieruchomych pod odrębnymi numerami, a mianowicie: pod numerem 418 (ul. Grodzka 7), pod numerem 455 (ul. Grodzka 9) oraz pod numerem 456 (ul. Grodzka 11). Zakres usługi obejmował: weryfikację dokumentacji technicznej, przeprowadzenie przetargów na wyłonienie wykonawcy robót, zawieranie umów z Wykonawcami przy akceptacji Inwestora, prowadzenie Zastępstwa Inwestycyjnego nad realizacją robót budowlano-inwestycyjnych, kompletację niezbędnego wyposażenia oraz rozliczanie finansowe inwestycji. Wartość zrealizowanych prac wynosiła 12.791.404,00 zł.

Ponadto, POI w Wykazie osób przewidzianych do realizacji zamówienia (str. 27 oferty) wskazało Pana Andrzeja Grudzień (poz. 4), którego kwalifikacje zawodowe zgodnie z zapisem z wykazu to uprawnienia kierownika budowy w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych, wykształcenie wyższe, wskazano także w rubryce rodzaj uprawnień i numer: 28/75/Wm oraz E1-219/517/08. Powyższe potwierdza załączona do oferty kopia uprawnień numer: 28/75/Wm, Pan Andrzej Grudzień jako kierownik budowy w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych (str. 39 oferty). Ponadto, załączono kserokopie świadectwa kwalifikacyjnego

Nr E1-219/517/08 (str. 40 oferty) uprawniającego do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku eksploatacji, znajduje się tam zapis, że komisja Kwalifikacyjna Nr (...) działająca zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (...) na podstawie wyniku egzaminu (...) stwierdza, że Pan Andrzej Grudzeń (...) spełnia wymagania kwalifikacyjne do wykonywania pracy na stanowisku eksploatacji – w zakresie: konserwacji, remontów, kontrolno-pomiarowym, montażu dla następujących urządzeń, instalacji i sieci: GRUPA 1. Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, przetwarzające, przesyłające i zużywające energie elektryczną; 2) urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne o napięciu znamionowym nie wyższym niż 1 kV; 3) urządzenia, instalacje i sieci o napięciu znamionowym powyżej 1kV; 7) sieci elektrycznego oświetlenia ulicznego; 10) aparatura kontrolno-pomiarowa oraz urządzenia i instalacje automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji wymienionych w pkt 2,3,7.

Odnosząc zapisy SIWZ do powyższego stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, względem spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sprawowania nadzoru inwestorskiego przy remoncie jednego obiektu zabytkowego o wartości min. 100.000,00 zł brutto za nadzór inwestorski, Izba uznała, że usługa wskazana w poz. 3 wykazu wykonanych usług czyni zadość warunkowi postawionemu przez Zamawiającego w dziale IV pkt. 2 a) SIWZ. Izba zwraca uwagę, że: *„Wykaz jest dokumentem, czyli oświadczeniem woli składanym przez Wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu przetargowym, zaś dokument potwierdzający należyte wykonanie wykazanego zamówienia jest oświadczeniem woli składanym nie przez Wykonawcę, ale przez osobę trzecią, która potwierdza realizację zamówienia zgodnie z umową”* (wyrok KIO z dnia 13.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 531/08). Wynika z tego, że wystarczającym na potwierdzenia spełnienia wymaganego warunku jest oświadczenie woli zawarte w załączonym wykazie w poz. 3. Izba wyjaśnia za wyrokiem KIO z dnia 18.03.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 191/08, że: *„(...) zgodnie z poglądem prezentowanym w dotychczasowym orzecznictwie, iż z dokumentów potwierdzających, że dostawy, usługi lub roboty budowlane zostały wykonane należyte nie może wynikać coś więcej poza stwierdzeniem należytego wykonania zamówienia (Wyrok Zespołu Arbitrów z 11.04.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-640/05). Nie można zatem wyciągać negatywnej konsekwencji dla wykonawcy, który zapewniając spełnianie wymogu w zakresie realizacji danej pracy posługuje się referencją, która w swej treści nie w pełni odpowiada na żądane do podania informacji (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 9 lutego 2006 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-346/06). Powyższe potwierdza*

orzeczenie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 9.06.2006 r., sygn. akt: II Ca 577/06, które mimo, iż odnosi się literalnie do stosownego aktu wykonawczego, obowiązującego wcześniej, pozostaje aktualne z uwagi na dokonane powtórzenie, zgodnie z którym sprzeczne z prawem było narzucenie przez Zamawiającego treści listów referencyjnych, jakie wykonawcy mają załączyć do oferty. (...). Zgodnie z Rozporządzeniem z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605) zamawiający może w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie żądać wykazu wykonanych w okresie ostatnich trzech lat dostaw z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należyście (§ 1 ust.2 pkt.2). Z przepisu wynika jednoznacznie, że tzw. listy referencyjne mogą jedynie potwierdzać należyte wykonanie zamówienia. W omawianym przepisie nie ma mowy o treści listów referencyjnych, a w szczególności niedopuszczalna i bezprawna była praktyka zamawiającego, polegająca na domaganiu się od wykonawcy, aby wyłącznie przy pomocy listów referencyjnych o ściśle określonej treści udokumentowali ilość i wartość wykonanych dostaw. Niniejsza teza znajduje swoje potwierdzenie także w dalszych wyrokach Zespołów Arbitrów. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87 poz. 605), Zamawiający nie może żądać w dokumentach potwierdzających wykonanie dostaw (lub usług) niczego więcej ponad potwierdzenie, że dostawy te (lub usługi) zostały wykonane należyście. Takimi dokumentami mogą być nie tylko listy referencyjne, ale też protokoły odbioru, potwierdzenie dokonania płatności lub inne dokumenty. Wybór właściwego dokumentu należy do wykonawcy. Nie można jednak żądać od wykonawcy, aby z dokumentów sporządzonych przez osoby trzecie wynikało coś więcej poza potwierdzeniem należytego wykonania zamówienia. Informacje takie mogą wynikać jedynie z oświadczenia wykonawcy (Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24.01.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-62/07). Zgodnie z przyjętym rozumieniem niniejszego takim oświadczeniem jest stosowny wykaz i zawarte tam informacje, a nie referencje. Powyższe stanowisko potwierdzone zostało także w orzeczeniu Zespołu Arbitrów z dnia 15.10.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1184/07, sygn. akt: UZP/ZO/0-1191/07". Dodatkowo, Izba wskazuje, że z treści referencji nie wynika, jakkolwiek wartość odnosząca się do wartości usługi nadzoru, nie można więc domniemywać, że wartość wskazana w wykazie odnosi się także do innych czynności, o których jest mowa w załączonej referencji, zwłaszcza, że sam wykaz mówi wyraźnie że podana kwota to „wartość usługi nadzoru brutto w złotych”. Wobec powyższego dla Zamawiającego wiążąca jest kwota podana w wykazie. Odnosnie argumentacji, że kwota 348.071,68 zł brutto odnosi się do trzech obiektów

zabytkowych a nie do jednego, należy wskazać, że dzieląc ją na trzy obiekty otrzymujemy 116.023,94 zł brutto na każdy obiekt. Zważywszy na podaną kwotę Izba uznaje za niebudzące wątpliwości, że min. 100.000,00 zł brutto za nadzór inwestorski przy remoncie jednego obiektu zabytkowego zostało osiągnięte. Nie byłoby to możliwe, gdyby wskazana kwota wynosiła np. 299.997 zł brutto. Z uwagi na powyższe, Izba uznała zarzut dotyczący przywołanego warunku za niezasadny.

Po drugie, względem spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania lub możliwością dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia INSPEKTORAMI NADZORU posiadającymi uprawnienia elektryczne do kierowania robotami budowlanymi w zakresie telekomunikacji, instalacji sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, Izba uznała, że Pan Andrzej Grudzień, którego kwalifikacje zawodowe zgodnie z zapisem z wykazu to uprawnienia kierownika budowy w specjalności instalacyjno - inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych nie spełnia postawionego warunku w zakresie odnoszącym się do instalacji sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (w odniesieniu do telekomunikacji POI wykazywało inną osobę w poz. 5, co nie było przedmiotem protestu). Izba wskazuje, że tak z ustawy z dnia 24 października 1974 r. - Prawo budowlane (Dz. U. Nr 38, poz. 229) zwane dalej: „*Prawem Budowlanym z 1974 r.*”, jak i wydanego na podstawie art. 18 ust. 5 i art. 57 ust. 3 Prawa Budowlanego z 1974 r. rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46) zwanego dalej: „*rozporządzeniem z dnia 20.02.1975 r.*” jednoznacznie wynika, że funkcja kierownika budowy jest jedną z samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, która wymaga posiadania odpowiednio stwierdzenia przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie lub decyzji - uprawnień budowlanych. Zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2003 r. Nr 207, poz. 2016 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Prawem Budowlanym z 1994 r.*” osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Zakres uprawnień budowlanych należy odczytywać zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu i w oparciu o przepisy będące podstawą ich nadania. Izba wzięła pod uwagę złożony przez Odwołującego fragment publikacji: „Uprawnienia budowlane”, M. Berdysz, P. Ziemiński, Polskie Centrum Budownictwa, W-wa 1997 oraz przykładowe wyjaśnienia uprawnień budowlanych, które stosuje Krajowa Komisja Kwalifikacyjna Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa, jednakże swoje stanowisko opiera o istniejące ówczesne przepisy oraz orzecznictwo KIO (np. wyrok z dnia 24.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1098/08) w tym

zakresie, a w szczególności wyrok z dnia 30.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1120/08. Uprawnienia budowlane uzyskane w oparciu o przepisy rozporządzeniem z dnia 20.02.1975 r., w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej upoważniające do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych projektanta oraz kierownika budowy i robót w zakresie instalacji elektrycznych stanowią podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie jedynie w ramach powyższej specjalności. Uprawnienia budowlane nadawane w okresie od 01.04.1975 r. do 12.01.1989 r. przez wojewodów w formie stwierdzenia posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji w specjalności instalacyjno – inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych – nie obejmowały sieci elektrycznych. Dopiero bowiem od 13.01.1989 r. wojewodowie otrzymali prawo do nadawania uprawnień budowlanych w specjalności instalacyjno – inżynieryjnej w zakresie sieci elektrycznych. Zgodnie z § 13 ust.3 rozporządzenia z dnia 20.02.1975 r. jedynie zakłady pracy były zobowiązane, w wymienionym wyżej okresie czasu, do nadawania uprawnień budowlanych w zakresie sieci elektrycznych. Niniejsze znajduje potwierdzenie w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 20 grudnia 1988 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 1988 r., Nr 42, poz. 334), w którym w § 2 stwierdza się, iż: *„Osoby, które przed dniem wejścia w życie rozporządzenia pełniły samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w zakresie sieci gazowych i elektrycznych na podstawie stwierdzenia posiadania przygotowania zawodowego, dokonanego przez zakład pracy, zachowują prawo do ich pełnienia w tych zakładach przez 6 miesięcy od dnia wejścia w życie rozporządzenia”*. Z tych względów należy uznać trafność argumentacji Odwołującego i zasadność jego stanowiska w tym zakresie. Załączone do oferty świadectwo kwalifikacyjne (SEP) Nr E1-219/517/08 nie jest uprawnieniem budowlanym do kierowania robotami budowlanymi, lecz dotyczy innych uprawnień, które posiada pan Andrzej Grudzień. Przy czym, Izba analizowała nie tyle załączone uprawnienia, ale oświadczenie zawarte w wykazie w poz. 4 zwracając uwagę, że żądanie stosownych kserokopii uprawnień jest w świetle § 1 ust. 2 pkt 5 z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87 z 2006 roku poz. 605) przedmiotem spornym w orzecznictwie (wyrok z dnia 24.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1098/08). Jednakże z uwagi na art. 26 ust. 3 Pzp ewentualne wykluczenie POI i odrzucenie oferty winno być poprzedzone wezwaniem do uzupełnienia. Dopiero jego nieskuteczny charakter mógłby skutkować wykluczeniem POI z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniem jego oferty, z tych względów Izba uznała zarzut w omawianym zakresie za niezasadny. Zdaniem Izby zasadnym jest jedynie uznanie, iż miało miejsce *de facto* naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, co jednak nie było przedmiotem ani protestu ani odwołania.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z uwagi na zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania POI oraz uznania oferty złożonej przez wzmiankowanego Wykonawcę za odrzuconą, Izba uznaje niniejszy zarzut za niezasadny.

Oдноśnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający określił w Dziale VII SIWZ: „WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM”, zaś w pkt 1: „Zasady wnoszenia wadium”. W ppkt 1 uregulował, że: „Każdy Wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium w wysokości (.....) w terminie do dnia 25.05.2009 r. do godz. 9.30. Wniesienie wadium w pieniądzu za pomocą przelewu bankowego Zamawiający będzie uważał za skuteczne tylko wówczas, gdy bank prowadzący rachunek Zamawiającego potwierdzi, że otrzymał taki przelew przed upływem wyznaczonego terminu tj. do dnia 25.05.2009 r. do godz. 9.30. W przypadku, gdy wadium wnoszone jest w innej formie - za datę wniesienia uznaje się datę zdeponowania oryginału właściwego dokumentu, zgodnie z treścią ppkt. 1.5) niniejszego działu. Okres ważności wadium musi obejmować okres związania ofertą, tj. 60 dni od upływu terminu składania ofert. (...)”. Zgodnie z ppkt 5: „Wadium wnoszone w poręczeniach lub gwarancjach, z terminem ważności nie krótszym niż termin związania ofertą wystawionych na (...) należy zdeponować w kasie (...), do dnia 25.05.2009 r. do godz. 09:30”. Według Działu IX SIWZ: „TERMIN ZWIĄZANIA OFERTĄ”, pkt 1: „Termin związania ofertą wynosi 60 dni”. W Dziale XI SIWZ: „MIEJSCE ORAZ TERMIN SKŁADANIA I OTWARCIA OFERT” Zamawiający uregulował w pkt 1, że: „(...) Oferty należy składać osobiście lub za pośrednictwem usług pocztowych (...) w nieprzekraczalnym terminie do dnia: 25.05.2009 r. do godz. 09:30”. Z kolei w pkt 4 zapisał, że: „Otwarcie ofert nastąpi w dniu 25.05.2009 r. o godz. 10:00 w siedzibie Zamawiającego (...)”. Jednocześnie w Dziale X SIWZ: „OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWYWANIA OFERT”, w pkt 3 stwierdził, że: „Do oferty (formularz ofertowy - załącznik nr 1 niniejszej SIWZ) winny być dołączone także wszystkie dokumenty wymienione poniżej (..)”, tj. m.in. w ppkt 4 kserokopia dowodu wpłaty wadium. Zaś w pkt 1 tego działu stwierdził, że: „Wykonawca przygotowuje i przedłoży swoją ofertę zgodnie z przepisami ustawy oraz wymogami określonymi w SIWZ”.

POI załączył do oferty kserokopię gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr F09200123 z dnia 21.05.2009 r. (str. 43-44 oferty). Obowiązującą począwszy od dnia 25.05.2009 r. Ważna w terminie do dnia 23.07.2009 r. W dniu 13.01.2009 r. Zamawiający zgodnie z art. 181 ust. 2a Pzp wezwał pod rygorem wykluczenia z postępowania do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu,

tj. do 15.08.2009 r. W dniu 20.07.2009 r. Zamawiający otrzymał gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr F09200149 z dnia 16.07.2009 r. Obowiązującą począwszy od dnia 24.07.2009 r. Ważna w terminie do dnia 15.08.2009 r.

Odnosząc zapisy SIWZ do powyższego stanu faktycznego, Izba stwierdziła, co następuje.

W orzecznictwie za ugruntowany uznaje się pogląd, iż przy liczeniu terminu związania ofertą uwzględnia się dzień składania ofert, na co wskazuje jednoznacznie brzmienie art. 85 ust. 5 Pzp. Pzp zawiera własną odrębną od przepisów KC regulację obliczania terminu określonego w dniach. Ustawodawca wskazuje wprost, iż termin związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Tym samym nie ma zastosowania przy obliczaniu terminu regulacja art. 111 ust. 2 KC, zgodnie z którym, jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Termin związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu wynosi 60 dni i rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Oznacza to, iż wadium powinno obejmować cały okres, w którym wykonawcy pozostają związani ofertą, z uwzględnieniem dnia, w którym upływał termin składania ofert, tj. 25.05.2009 r. 30 dniowy termin, w ciągu którego oferty wykonawców powinny być zabezpieczone wadium, upływa zatem 23.07.2009 r. (o godzinie 24:00). Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr F09200123 z dnia 21.05.2009 r. obowiązywała od dnia 25.05.2009 r. do 23.07.2009 r. Tym samym, Izba uznała, iż oferta Wykonawcy pozostawała zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą. Z uwagi na powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez POI, Izba uznaje niniejszy zarzut za niezasadny.

Oдноśnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w Dziale XVI SIWZ: „*ISTOTNE DLA STRON POSTANOWIENIA, KTÓRE ZOSTANĄ WPROWADZONE DO TREŚCI ZAWIERANEJ UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO, OGÓLNE WARUNKI UMOWY ALBO WZÓR UMOWY, JEŻELI ZAMAWIAJĄCY WYMAGA OD WYKONAWCY, ABY ZAWARŁ Z NIM UMOWĘ W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO NA TAKICH WARUNKACH*” wskazał, że: „(...) wymaga od Wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych we wzorze umowy, która stanowi załącznik nr 4 do niniejszej SIWZ”.

Jednocześnie w Dziale X SIWZ: „*OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWYWANIA OFERT*”, w pkt 3 stwierdził, że: „*Do oferty (formularz ofertowy - załącznik nr 1 niniejszej SIWZ) winny być dołączone także wszystkie dokumenty wymienione poniżej (...)*”, tj. m.in. w ppkt 3 zaakceptowany projekt umowy stanowiący załącznik nr 4 niniejszej SIWZ. Zaś w pkt 1 tego działu stwierdził, że: „*Wykonawca przygotowuje i przedłoży swoją ofertę zgodnie z przepisami ustawy oraz wymogami określonymi w SIWZ*”. W ramach formularza ofertowego w pkt 5 Zamawiający umieścił oświadczenie Wykonawcy następującej treści: „*Akceptuję/(emy) bez zastrzeżeń postanowienia umowne (załącznik nr 4 do SIWZ) i zobowiązujemy się do zawarcia umowy na warunkach określonych w załączonym wzorze umowy*”. W dniu 08.05.2009 r. Zamawiający zmienił SIWZ, tj. zmodyfikował treść projektu umowy informując o tym na stronie internetowej. POI nie załączył do swojej oferty zaakceptowanego projektu umowy. Zamawiający pismem z dnia 01.06.2009 r. zwrócił się o wyjaśnienia w trybie art. 87 Pzp, czy złożona oferta uwzględnia umowę (załącznik nr 4 do SIWZ) oraz modyfikację z dnia 08.05.209 r. POI pismem z dnia 09.06.2009 r. wyjaśnił, że złożona oferta uwzględnia umowę (załącznik nr 4 do SIWZ) oraz modyfikację z dnia 08.05.2009 r. Zapis o akceptacji treści umowy zawarty był także w złożonym formularzu ofertowym w pkt 5. W załączeniu przekazał zaakceptowany wzór umowy wraz z jego modyfikacją.

Odnosząc zapisy SIWZ do powyższego stanu faktycznego, Izba stwierdziła, co następuje.

Po pierwsze, tak Dział XVI, jak i Dział X pkt 3 wyraźnie wskazują na projekt, wzór umowy stanowiący załącznik nr 4 niniejszej SIWZ. Po drugie, formularz ofertowy w pkt 5 wyraźnie zawiera akceptację załącznika nr 4 do SIWZ oraz warunków określonych we wzorze umowy. Po trzecie, wbrew stanowisku Odwołującego w SIWZ nie było wymogu załączenia modyfikacji z dnia 08.05.2009 r. tylko i wyłącznie projektu umowy. Po czwarte, Izba wskazuje, że ugruntowany jest pogląd w orzecznictwie, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp może mieć miejsce tylko w wypadku niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, przy czym chodzi nie o niezgodność co do formy, ale merytorycznej treści. Z tych względów należy uznać że oferta została przygotowana i przedłożona zgodnie z przepisami ustawy oraz wymogami określonymi w SIWZ, albowiem poprzez akceptację zawartą w pkt 5 formularza ofertowego został złożony wymagany projekt umowy (oferta co do treści) choć nie w formie „fizycznej”. Z uwagi na fakt, że modyfikacja dotyczyła projektu umowy a nie innych zapisów SIWZ pierwotną treść projektu umowy należy uznać za nieistniejącą, została ona zastąpiona przez treść wynikającą z brzmienia nadanego przez Zamawiającego w dniu 08.05.2009 r. Z uwagi na powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, z uwagi na zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum Ekocentrum oraz uznania oferty złożonej przez wzmiankowane Konsorcjum za odrzuconą, Izba uznaje niniejszy zarzut za niezasadny.

Przy czym, niniejszy zarzut dotyczy po pierwsze oświadczenia (według art. 22 ust. 1 Pzp) złożonego przez jednego z uczestników Konsorcjum Ekocentrum, tj. „*Ekobud*” s.c. i zawartych tam podpisów, po drugie doświadczenia i związanego z nim wymogu wykazywania w ramach wykazu wykonanych usług, usług wykonanych przed dniem wszczęcia postępowania.

Oдноśnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*”, skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w Dziale IV *SIWZ*: „*OPIS WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA TYCH WARUNKÓW*” zawarł zapis, że: „*O udzielenie zamówienia publicznego ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w przepisie art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, (...)*”. Jednocześnie uregulował na końcu przywołanego wyżej działu sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stwierdzając, że na potwierdzenie spełnienia wyżej wymienionych warunków Wykonawca dołączy do oferty oświadczenie wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 niniejszej *SIWZ* i dokumenty wymienione w dziale V *SIWZ*.

Zamawiający określił w Dziale V *SIWZ*: „*WYKAZ OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU*”, w tym w pkt 1: „*Oświadczenie (w formie oryginału) Wykonawcy potwierdzające spełnianie warunków zawartych w art. 22 ust. 1 ustawy - wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 niniejszej SIWZ*”. Jednocześnie w Dziale X *SIWZ*: „*OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWYWANIA OFERT*”, w pkt 3 stwierdził, że: „*Do oferty (formularz ofertowy - załącznik nr 1 niniejszej SIWZ) winny być dołączone także wszystkie dokumenty wymienione poniżej (...)*”, tj. m.in. w ppkt 2 dokumenty wymienione w dziale V niniejszej *SIWZ*. Zaś w pkt 1 tego działu stwierdził, że: „*Wykonawca przygotowuje i przedłoży swoją ofertę zgodnie z przepisami ustawy oraz wymogami określonymi w SIWZ*”.

Zgodnie z Działem VI *SIWZ*: „*WYKONAWCY WSPÓLNIE UBIELAJĄCY SIĘ O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA (SPÓŁKA CYWILNA, KONSORCJUM)*” w pkt 2 Zamawiający określił, że: „*W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia, każdy z Wykonawców (odrębnie) winien złożyć oświadczenie, dokumenty, o których mowa w pkt. 1, 2, 3, 4, 5, 6 działu V. W przypadku wspólnego ubiegania się*

Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniany będzie ich łączny potencjał finansowy, kadrowy, doświadczenie i kwalifikacje opisane w dziale V pkt. 7, 8, 9, 11 SIWZ. *W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia, wypełniając formularz ofertowy, jak również inne dokumenty powołujące się na Wykonawcę, w miejscu „np. nazwa i adres Wykonawcy” należy wpisać dane dotyczące wszystkich uczestników konsorcjum, a nie tylko pełnomocnika konsorcjum*”.

Zamawiający w Dziale IV SIWZ zawarł także zapis, że: *„O udzielenie zamówienia publicznego ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w przepisie art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności:”,* czyli Wykonawcy, którzy (pkt 2): *„(...) Posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia tj.: (lit. a) wykonali z należytą starannością w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługę odpowiadającą rodzajem przedmiotowi zamówienia tj.: - sprawowanie nadzoru inwestorskiego wielobranżowego nad przebudową lub rozbudową lub remontem lub budową 1-go obiektu użyteczności publicznej z instalacjami niskoprądowymi tj. komputerowej, antywłamaniowej, p.poż, o wartości min. 1.000.000,00 zł brutto za nadzór inwestorski, - sprawowanie co najmniej 1-go nadzoru inwestorskiego nad instalacją DSO - Dźwiękowego Systemu Ostrzegania w jednym obiekcie, o wartości minimum 5.000,00 zł brutto za nadzór inwestorski, - sprawowanie nadzoru inwestorskiego przy remoncie jednego obiektu zabytkowego o wartości min. 100.000,00 zł brutto za nadzór inwestorski.* Jednocześnie uregulował na końcu przywołanego wyżej działu sposób dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stwierdzając, że na potwierdzenie spełnienia wyżej wymienionych warunków Wykonawca dołączy do oferty oświadczenie wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 niniejszej SIWZ i dokumenty wymienione w dziale V SIWZ. Ocena spełniania warunków wymaganych od Wykonawcy zostanie dokonana na podstawie analizy dokumentów załączonych do oferty wg formuły: spełnia/nie spełnia. Dodatkowo, Zamawiający określił w Dziale V SIWZ: **„WYKAZ OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU”**, w tym w pkt 7: *„Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, potwierdzającego spełnienie warunku, o którym mowa w dziale IV pkt. 2 a) niniejszej SIWZ”*,

wraz z jego wzorem. W pkt 8 z kolei zawarł wymóg dołączenia również dokumentów potwierdzających, że usługi, o których mowa wyżej w pkt 7 zostały wykonane należycie.

Konsorcjum Ekocentrum, a ściśle „*Ekobud*” s.c. złożyło oświadczenie z art. 2 ust. 1 Pzp podpisane przez trzy osoby. Niniejsze oświadczenie nie zawierało pieczętek imiennych. W ramach „*Wykazu wykonanych usług*” (str. 42-43 oferty) na poczet wymaganego doświadczenia Konsorcjum Ekocentrum wykazało się następującymi usługami: 1) Inwestor Zastępczy na budowie obiektu Jagielloński Park Inkubatora Technologii. Obiekt użyteczności publicznej z instalacjami niskoprądowymi oraz instalacją DSO, o wartości usługi nadzoru 2.894.572 zł brutto, termin realizacji od 08.2006 r. do 04.2009 r. (12.08.2006 r. do 30.04.2009 r. według załączonej referencji), Zamawiający: Jagiellońskie Centrum Innowacji Sp. z o.o. – referencja z dnia 30.04.2009 r. (str. 44-45 oferty), 2) Pełnienie obowiązków Inwestora powierniczego dla inwestycji PN. „Przebudowa i modernizacja Szpitala po byłych Jednostkach Armii Radzieckiej na Centrum Rehabilitacji w Białogardzie – Budynek nr 1B”. Obiekt zabytkowy, o wartości usługi nadzoru 159.993,05 zł brutto, termin realizacji od 07.2008 r. do 12.2008 r. (30.07.2008 r. do 10.12.2008 r. według załączonej referencji), Zamawiający: Powiat Białogardzki, Starostwo Powiatowe w Białogardzie – referencja z dnia 01.04.2009 r. (str. 46-49 oferty), 3) Pełnienie obowiązków Inwestora powierniczego dla inwestycji PN. „Przebudowa i modernizacja Szpitala po byłych Jednostkach Armii Radzieckiej na Centrum Rehabilitacji w Białogardzie – Budynek nr 5”. Obiekt zabytkowy, o wartości usługi nadzoru 221.361,25 zł brutto, termin realizacji od 22.2008 r. do 05.2009 r. (03.11.2008 r. do 30.04.2009 r. według załączonej referencji), Zamawiający: Powiat Białogardzki, Starostwo Powiatowe w Białogardzie – referencja z dnia 01.04.2009 r. (str. 50-51 oferty).

Zamawiający pismem z dnia 01.06.2009 r. na podstawie art. 87 zwrócił się o wyjaśnienie jaką wartość w podanej kwocie 2.894.572,00 zł brutto stanowi usługa pełnienia nadzoru inwestorskiego nad zadaniem, pełnienia nadzoru inwestorskiego nad robotami instalacyjnymi Dźwiękowego Systemu Ostrzegania (DSO). Konsorcjum Ekocentrum pismem z dnia 10.06.2009 r. (otrzymanym 12.06.2009 r.) wyjaśnił, że w podanej kwocie 2.894.572,00 zł brutto wartość usługi pełnienia nadzoru inwestorskiego wynosiła 2.878.773,00 zł brutto, wartość usługi pełnienia nadzoru inwestorskiego nad robotami instalacyjnymi Dźwiękowego Systemu Ostrzegania (DSO) wynosiła 15.799,00 zł brutto.

Odnosząc zapisy SIWZ do powyższego stanu faktycznego, Izba stwierdziła, co następuje.

Po pierwsze, względem oświadczenia (według art. 22 ust. 1 Pzp) złożonego przez jednego z uczestników Konsorcjum Ekocentrum, tj. „*Ekobud*” s.c. i zawartych tam podpisów (str. 8 oferty), Izba uznała, że wszystkie trzy podpisy pozwalają na porównanie z podpisami

na innych dokumentach załączonych do oferty i nie są nieczytelne. Z niniejszych wynika tożsamość osób podpisujących. W szczególności z załączonego na stronie 99 oferty pełnomocnictwa z dnia 21.05.2009 r. Wskazywany przez POI przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zapis z Działu X pkt 5 SIWZ w odniesieniu nie opatrzenia imiennymi pieczętami podpisów na oświadczeniu „*Ekobud*” s.c., w przedmiotowym stanie faktycznym dotyczą formy oferty, a nie jej treści. Izba w tym zakresie wskazuje na przywołane w wyroku KIO z dnia 15.04.2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 277/08, KIO/UZP 286/08 orzecznictwo odnoszące się do przykładowych niezgodności formy oferty, uznając je za adekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego. Z uwagi na powyższe, Izba uznała zarzut w zakresie złożonego oświadczenia przez jednego z uczestników Konsorcjum Ekocentrum, tj. „*Ekobud*” s.c. za niezasadny.

Po drugie, względem doświadczenia i związanego z nim wymogu wykazywania w ramach wykazu wykonanych usług, usług wykonanych przed dniem wszczęcia postępowania, Izba przywołuje następujące okoliczności. Bezspornie tak warunek z Działu IV pkt. 2 a) SIWZ, jak i wymagany wykaz wykonanych usług (Dział V pkt 7 SIWZ) na jego potwierdzenie określa, że chodzi o usługi wykonane: „*w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia*”, co miało miejsce 11.04.2009 r. Jednakże, Izba zauważa, że mimo, że w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87 z 2006 roku poz. 605) zwanego dalej: „*Rozporządzeniem w sprawie dokumentów*” także stwierdza się, iż: „może to być wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie” nie bez znaczenia jest regulacja zawarta w art. 26 ust. 3 Pzp. Przy czym Izba nie kwestionuje, że w poz. 1 i 3 wykazu wymienione tam usługi zostały wykonane po dniu wszczęcia postępowania. Jednakże zauważa, że uzupełnienie dokumentów w tym zakresie może zmienić ocenę tego stanu faktycznego, inny pogląd w tym zakresie byłby nie tylko błędny, ale niezgodny z literalnym brzmieniem art. 26 ust. 3 Pzp. Wskazany przepis Pzp dopuszcza bowiem przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego na dzień, w którym upłynął termin składania ofert, czyli 25.05.2009 r. a nie na dzień wszczęcia postępowania, czyli 11.04.2009 r. W tym miejscu, Izba zauważa, że w wypadku kolizji przepisów wykonawczych z przepisami ustawowymi wyższość mają przepisy ustawowe. W przeciwnym razie należałoby podważyć racjonalność działań Ustawodawcy w tym zakresie, jak i istotę i sens instytucji uzupełnienia (powyższe wynika m.in. z wyroku KIO z dnia 20.10.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1070/08 mimo, że odnosi się on do brzmienia art. 26

ust. 3 Pzp obowiązującego w poprzednim stanie prawnym). Izba na marginesie wskazuje, że usługi nadzoru inwestycyjnego przejawiają cechy usług ciągłych wykonywanych przez pewien czas, w których interes Zamawiającego jest zaspokojony poprzez odpowiednie zachowanie się wykonawcy w sposób trwały. Jednakże, wobec jednoznacznego brzmienia warunku, Izba nie mogła wziąć pod uwagę niniejszej okoliczności.

Jednakże z uwagi na art. 26 ust. 3 Pzp, ewentualne wykluczenie Konsorcjum Ekocentrum i odrzucenie oferty winno być poprzedzone wezwaniem do uzupełnienia. Dopiero jego nieskuteczny charakter mógłby skutkować wykluczeniem Konsorcjum Ekocentrum z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniem jego oferty, z tych względów Izba uznała zarzut w omawianym zakresie za niezasadny. Zdaniem Izby zasadnym jest jedynie uznanie, iż miało miejsce *de facto* naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, co jednak nie było przedmiotem ani protestu ani odwołania.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ekocentrum, Izba uznaje niniejszy zarzut za niezasadny.

Odnosnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej: „SIWZ”, skład orzekający Izby ustalił:

W ramach formularza ofertowego w pkt 10 Zamawiający umieścił oświadczenie Wykonawcy następującej treści: *„Następujące części niniejszego zamówienia przewidujemy realizować przez podwykonawców (...)”*, czyli zawarł konieczność wskazania czy i ewentualnie jaką część zamówienia przewiduje do realizacji przez podwykonawców.

Zamawiający również w Dziale IV SIWZ pkt 2 lit. b określił wymóg względem Wykonawców, że: *„dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia INSPEKTORAMI NADZORU posiadającymi”* określone wymagane uprawnienia. Zaś w dziale V SIWZ ustalił, że na potwierdzenie spełniania wskazanego wyżej warunku należy złożyć, w ramach pkt 9: *„Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, potwierdzający spełnienie warunku określonego w dziale IV pkt. 2 b) niniejszej SIWZ”*, wraz z jego wzorem do którego należało dołączyć określone kserokopie uprawnień i zaświadczeń. W pkt 10 niniejszego działu SIWZ uregulował także wiążący się z wcześniejszym zapis odnoszący się do obowiązku przedłożenia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia

osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie, o którym mowa w niniejszym dziale pkt 9, Wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował.

Jednocześnie w Dziale X SIWZ: „*OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWYWANIA OFERTY*”, w pkt 3 stwierdził, że: „*Do oferty (formularz ofertowy - załącznik nr 1 niniejszej SIWZ) winny być dołączone także wszystkie dokumenty wymienione poniżej (..)*”, tj. m.in. w ppkt 2 dokumenty wymienione w dziale V niniejszej SIWZ. Zaś w pkt 1 tego działu stwierdził, że: „*Wykonawca przygotowuje i przedłoży swoją ofertę zgodnie z przepisami ustawy oraz wymogami określonymi w SIWZ*”.

Konsorcjum Ekocentrum w ramach formularza ofertowego złożyło oświadczenie w ramach pkt 10 - następujące części niniejszego zamówienia przewidujemy realizować przez podwykonawców, opis części zamówienia „*Nie dotyczy*” (str. 5 oferty). Na stronie 7 oferty załączono z kolei oświadczenie z art. 22 ust. 1 Pzp lidera Konsorcjum Ekocentrum, tj. spółki Ekocentrum, zaś na stronie 8 oferty analogiczne oświadczenie złożone przez członka Konsorcjum Ekocentrum, tj. *Ekobud* s.c. W pierwszym wypadku lider Konsorcjum Ekocentrum wskazał, że przedstawi pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. W drugim członek Konsorcjum Ekocentrum wskazał, że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W ramach wykazu osób (str. 52-54 oferty), którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności wskazał Pana Andrzeja Kwaśnego (poz. 1), Andrzeja Kłobukowskiego (poz. 2), Jerzego Serwacha (poz. 3), Zbigniewa Kliszek (poz. 4) oraz Andrzeja Grunt Mejera (poz. 5). Z kolei, w dalszej części oferty, tj. na str. 58, 62, 67, 70, 73 oferty znajdują się oświadczenia wyżej wymienionych osób potwierdzające dostępność osób fizycznych, prowadzących działalność gospodarczą w związku z ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie.

Odnosząc zapisy SIWZ do powyższego stanu faktycznego, Izba stwierdziła, co następuje.

Po pierwsze, fakt, że Odwołujący przeciwstawia podwykonawstwo oświadczeniom z art. 22 ust. 1 Pzp w powiązaniu z wykazem osób, jak i poświadczeniami dostępności może świadczyć, że nie rozróżnia dwóch instytucji prawa: warunków udziału w postępowaniu i podwykonawstwa. Izba zwraca uwagę, że w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu z Działu IV pkt. 2 b) SIWZ Wykonawcy zobowiązany byli złożyć Wykaz osób (Dział V pkt 9 SIWZ). W istocie wykaz ten stanowi oświadczenie wykonawcy o dysponowaniu odpowiednim potencjałem kadrowym. Jeśli zaś wykonawca nie dysponuje

wymaganym zespołem osób, zobowiązany był złożyć oświadczenie innych podmiotów o udostępnieniu potencjału kadrowego. W tym względzie istotny jest również fakt, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku, w przedmiocie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający może żądać jedynie wykazu osób lub pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia tych osób na podstawie § 1 ust. 2 pkt 5 i 5a rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zakres oświadczeń składanych na tę okoliczność określa sam wykonawca. Wykonawca bowiem ocenia, którymi osobami dysponuje, a które pozostają w dyspozycji innych osób i którymi może się co prawda posłużyć w celu potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku, ale w stosunku do których powinien złożyć zobowiązanie (podobnie wyrok KIO z dnia 20.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 277 /09). Powołany przepis art. 22 Pzp dotyczy kwestii zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, a więc oceny warunku udziału w postępowaniu, gdzie ustawodawca przewidział możliwość posiłkowania się potencjałem innych podmiotów w celu zwiększenia dostępności do zamówienia wykonawcom, którzy w chwili trwania postępowania nie dysponują odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ale wykażą się takim potencjałem przy realizacji zamówienia. Oparcie wykonania zamówienia publicznego na zasobach osób podmiotów trzecich nie należy utożsamiać z podwykonawstwem zamówienia publicznego (stanowisko to jest zgodne ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych przedstawionym w publikacji poświęconej omówieniu zmian w przepisach ustawy pzp: „Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.”, Warszawa 2008, str. 115) (podobnie wyrok KIO z dnia 12.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 560/09). Wykonawca, załączając do wniosku wykaz określonych osób, nie deklaruje (co do zasady), że te właśnie osoby będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, lecz wykazuje, że spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Mimo, że Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 24 maja 2006 r.; dalej: Rozporządzenie) mówi o wykazie „osób którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”, wydaje się, że w zakresie, w którym mówi o uczestniczeniu osób posiadających określone uprawnienia w wykonywaniu zamówienia, wykracza poza upoważnienie ustawowe – art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych mówi wyłącznie o „potencjale” (warunek udziału w postępowaniu), natomiast Rozporządzenie wchodzi już w fazę wykonywania przedmiotu zamówienia (treść oferty). Wobec powyższego przepis § 1 ust. 2 pkt 5 Rozporządzenia powinno się odczytywać wyłącznie w granicach upoważnienia ustawowego (wyrok KIO z dnia 29.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 485/09).

Po drugie, ze złożonej przez Konsorcjum Ekocentrum oferty wynika, że Konsorcjum zostało zawarte także w celu spełnienia warunku z Działu IV pkt. 2 b) SIWZ. Wynika to z różnego brzmienia oświadczeń złożonych przez członków Konsorcjum Ekocentrum na stronie 7 i 8 oferty. W tym miejscu Izba wskazuje, że obowiązek złożenia odrębnych oświadczeń wynikała z Działu VI pkt 2 SIWZ. Indywidualny charakter oświadczeń z art. 22 ust. 1 Pzp skutkowało ujawnieniem na zewnątrz wewnętrznego podziału istniejącego w Konsorcjum Ekocentrum. Wynika bowiem z nich, że faktycznie potencjał kadrowy wnosi Ekocentrum Sp. z o.o. Okoliczność, że w ich treści jest mowa o Konsorcjum Ekocentrum wynika z tego, iż to konsorcjum, a nie Ekocentrum Sp. z o.o. złożyło ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Załączone do oferty potwierdzenia dostępności odnoszą się do wskazanych w wykazie osób. Przy czym Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone w orzecznictwie, że fakt prowadzenia działalności gospodarczej nie przesadza, iż osoba ta może być wyłącznie podwykonawcą. Wymieniona osoba może być wskazana w celu potwierdzenia spornego warunku, jeśli tylko wykonawca nią dysponuje. Pojęcie „dysponowanie” jest pojęciem szerokim, w ramach którego mieszczą różne stosunki prawne wiążące wykonawcę z osobą, która wchodzi w skład jego potencjału kadrowego. Wystarczy wskazać, że dysponować można osobą na podstawie umowy o pracę, ale też umowy zlecenia, czy innych stosunków cywilnoprawnych. Powyższy pogląd jest powszechnie reprezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych (wyrok z dnia 4 października 2005 r. Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt IV Ca 392/05). Zatem, w opinii Izby, nie jest konieczne zatrudnianie osób przez Konsorcjum, w celu potwierdzenia warunku posiadania potencjału kadrowego (dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia). W tym kontekście należy również stwierdzić, że zatrudnienie takiej osoby przez inny podmiot niż Konsorcjum nie oznacza, że Konsorcjum nie może dysponować taką osobą, bądź że zobligowane jest przedstawić zobowiązanie do udostępnienia potencjału kadrowego. Jak wskazano bowiem wyżej, stosunek pracy między dwoma podmiotami nie wyklucza możliwości współpracy między pracownikiem a innym podmiotem, a w efekcie możliwością dysponowania przez ten podmiot, osobą nie będącą jego pracownikiem. Ewentualna realizacja zamówienia przez tę osobę w charakterze podwykonawcy nie jest również wykluczona, choć w niniejszym stanie faktycznym nie została przewidziana (podobnie wyrok KIO z dnia 20.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 277/09, jak również wyrok z dnia 02.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 766/09).

Z uwagi na powyższe, Izba uznała niniejszy zarzut za niezasadny.

Izba stwierdza, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, co było podstawą uwzględnienia odwołania. Jednakże niniejsze nie miało miejsca z przesłanek wskazanych przez Odwołującego w proteście i odwołaniu. Izba wskazuje, że

nie uznała zarzutów naruszenia wskazanych powyżej przepisów w dwóch przypadkach, z powodu niewyczerpania trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, co szczegółowo omówiła uprzednio. Izba wskazuje że art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z art. 24 ust.1 pkt 10 Pzp uzależnia wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty od wyczerpania trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 Pzp, wskazuje na to zapis z art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp: „z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3”. Z tych względów Izba nie mogła uznać zarzutów, co do których Odwołujący wykazał, że oferta w swej nieuzupełnionej treści nie spełnia warunków postawionych przez Zamawiającego. Ponadto, Izba wskazuje, że bezsprzecznie Zamawiający poprzez niedostrzeżenie wskazanej okoliczności naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, którego naruszenie niezaprzeczalnie było przedmiotem tak protestu, jak i odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.599,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną fakturą.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*