

WYROK
z dnia 23 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Trojanowska**

Członkowie: **Ryszard Tetzlaff**

Paweł Trojan

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Marcina Flisa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FLIS Marcin Flis z siedzibą w Janowie Lubelskim, ul. Ochotników Węgierskich 1A/123** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Puchaczów – Wójta Gminy Puchaczów Urząd Gminy Puchaczów z siedzibą w Puchaczowie, ul. Lubelska 22** protestu z dnia 17 maja 2010 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Puchaczów – Wójta Gminy Puchaczów Urząd Gminy Puchaczów z siedzibą w Puchaczowie, ul. Lubelska 22

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Marcina Flisa prowadzącego działalność**

gospodarczą pod firmą FLIS Marcin Flis z siedzibą w Janowie Lubelskim, ul. Ochotników Węgierskich 1A/123,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Puchaczów – Wójta Gminy Puchaczów Urząd Gminy Puchaczów z siedzibą w Puchaczowie, ul. Lubelska 22** na rzecz **Marcina Flisa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FLIS Marcin Flis z siedzibą w Janowie Lubelskim, ul. Ochotników Węgierskich 1A/123**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Marcina Flisa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FLIS Marcin Flis z siedzibą w Janowie Lubelskim, ul. Ochotników Węgierskich 1A/123.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę istniejącej oczyszczalni ścieków na działkach o numerach 485 i 486/2 w Puchaczowie zostało wszczęte przez zamawiającego - Gminę Puchaczów – Wójta Gminy Puchaczów Urząd Gminy Puchaczów z siedzibą w Puchaczowie, ul. Lubelska 22 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem 2010-20285 w dniu 28 stycznia 2010r.

W dniu 10 maja 2010r. zamawiający powiadomił wykonawców o wynikach postępowania oraz o wykluczeniu wykonawcy - Marcina Flisa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FLIS Marcin Flis z siedzibą w Janowie Lubelskim, ul. Ochotników Węgierskich 1A/123, zwanego dalej odwołującym z postępowania.

Z czynnością tą nie zgodził się odwołujący i w dniu 17 maja 2010r. wniósł protest na czynność wykluczenia go z postępowania oraz na dokonanie wyboru oferty konsorcjum Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „Energopol-Lublin” S.A. z siedzibą w Lublinie ul. Zawieprzycka 8H oraz Wodrol S.A. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Handlowa 3, czym jego zdaniem zamawiający naruszył art. 7 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 233 poz. 1655 ze zm. – dalej ustawy) oraz art. 24, art. 26 i art. 92 ustawy. Wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania oraz o dokonanie ponownej oceny ofert. Wskazał, że posiada interes prawny, gdyż złożył ofertę najkorzystniejszą w świetle kryteriów wyboru, a czynności zamawiającego pozbawiają go możliwości zawarcia umowy. W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy zamawiający ma obowiązek przy wykluczeniu wykonawcy podać uzasadnienie faktyczne i prawne, czego w tym przypadku zaniechał, a zatem nie wiadomo, na jakiej podstawie odwołujący został z postępowania wykluczony i nie jest możliwe skontrolowanie tej czynności w trybie środków ochrony prawnej. Odwołujący zaprzeczył, jakoby w stosunku do niego zaistniały podstawy wykluczenia. Z ostrożności wskazał, że przyczyną wykluczenia nie mogło być zaniechanie przez odwołującego uzupełnienia dokumentów formalnych dotyczących firm ZPHiU Hydrogeowiert Export – Import Leszek Pich oraz K.T.S. Elpom S.A. z Nadarzyna, gdyż co do braku zasadności żądania takich dokumentów odwołujący wskazywał już w proteście z dnia 12 kwietnia 2010r., od którego nie mógł składać odwołań. Przywołał stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych z publikacji „Prawo Zamówień Publicznych po zmianach z 2009r.” pod red. Jacka Sadowego Warszawa

2010r. str. 20, z którego wynika, że zamawiający może żądać złożenia dokumentów dotyczących podmiotów trzecich jedynie w zakresie wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy, do których odsyła § 2 ust. 1 rozporządzenia. Wola w tym zakresie powinna zostać wyrażona przez zamawiającego już w ogłoszeniu i siwz, a więc na takich samych zasadach, jak w stosunku do dokumentów dotyczących bezpośrednio wykonawców. Protest został podpisany przez Marcina Flisa prowadzącego działalność gospodarczą jednoosobowo, zgodnie z zaświadczeniem z ewidencji działalności gospodarczej załączonym do oferty.

Zamawiający oddalił protest poprzez upływ terminu na jego rozstrzygnięcie. Termin dla rozstrzygnięcia protestu upływał w dniu 27 maja 2010r.

W dniu 1 czerwca 2010r. odwołujący wniósł odwołanie za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego Poczty Polskiej S.A. W odwołaniu podtrzymał podniesione zarzuty oraz wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego oraz dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołanie zostało podpisane tak jak protest. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 1 czerwca 2010r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z ogłoszenia o zamówieniu publicznym, zmiany ogłoszenia o zamówieniu publicznym, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty odwołującego, wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 17 marca 2010r. wezwania do wyjaśnień z dnia 17 marca 2010r., pisma odwołującego w przedmiocie uzupełnienia dokumentów z dnia 26 marca 2010r. wraz z załącznikami, pismo odwołującego stanowiące wyjaśnienia z dnia 26 marca 2010r. wezwania zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2010r. do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotów trzecich, odpowiedzi odwołującego na wezwanie z dnia 8 kwietnia 2010r. protestu z dnia 12 kwietnia 2010r., rozstrzygnięcia protestu z dnia 20 kwietnia 2010r., informacji o wynikach postępowania z dnia 10 maja 2010r..

Izba ustaliła, że

W ogłoszeniu o zamówieniu publicznym znalazły się następujące postanowienia:

W punkcie III.2).4. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.

W punkcie III.2).6.4. Wykonawca w sytuacji, gdy polega 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, 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.

W punkcie III.2).11 W przypadku podmiotów, o których mowa w pkt 4, kopie dokumentów dotyczących tych podmiotów winny być poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty.

Postanowienia powyższe zostały utrzymane w tożsamym brzmieniu w ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 lutego 2010r. numer 43636-2010.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający postanowił :

W pkt V.5.4. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.

W pkt VI.6.4. Wykonawca w sytuacji, gdy polega 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, 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 ich przy wykonywaniu zamówienia.

W pkt VI.6.11. W przypadku podmiotów, o których mowa w pkt 6.4, kopie dokumentów dotyczących tych podmiotów winny być poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty.

W dniu 17 marca 2010r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia wykazu wykonanych robót budowlanych polegających na wykonaniu w każdej z robót co najmniej min 3 robót w zakresie przebudowy, rozbudowy lub budowy oczyszczalni ścieków przepustowości powyżej $Q = 300 \text{ m}^3/\text{dobę}$ w tym jedna oczyszczalnia ścieków powyżej 500 m^3 i o wartości co najmniej 3 000 000,00 zł brutto każda, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania (wg załącznika nr 4) oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, oraz zamawiający wskazał, że w wykazie osób

załączniku nr 9 w pkt 4 nie podano żadnej osoby z uprawnieniami budowlanymi specjalności drogowej i nie podano wymaganego doświadczenia zawodowego. Zamawiający pouczył odwołującego, że gdy wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, 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. Nadto wskazał, że złożone na wezwanie zamawiającego wykaz i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu oraz spełnienie przez roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Kolejnym pismem z dnia 17 marca 2010r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnienia do załączonego do oferty załącznika nr 3 tj., wyjaśnienia i wyszczegółowienia robót budowlanych, które zostaną powierzone podwykonawcy.

Odwołujący w dniu 26 marca 2010r. złożył nowy załącznik nr 4 dotyczący wykazu wykonanych robót budowlanych. W wykazie tym wskazał 5 pozycji :

1. dla Gminy Brzozów „Rozbudowa oczyszczalni ścieków w Brzozowie” 100m³/d data wykonania 01.08.2007 – 26.09.2008r. – wartość 5 653 257,74zł.,
2. dla Urzędu Gminy Sędziszów Małopolski „Rozbudowa Gminnej oczyszczalni ścieków w Sędziszowie Małopolskim o 1500m³/d” – data wykonania listopad 2005 – grudzień 2006 – wartość 4 389 139, 73zł.
3. dla Urzędu Miasta Biłgoraj – „Budowa Obiektów gospodarki osadowo-gazowej w Miejskiej Oczyszczalni ścieków w Biłgoraju” – data wykonania czerwiec 2005 – październik 2006 – wartość 8 320 400, 00zł. brutto,
4. dla Urzędu Gminy w Raszynie „Rozbudowa i modernizacja istniejącej oczyszczalni ścieków we wsi Falenty w Gminie Raszyn” Ośrd = 4500m³/dobę – data wykonania wrzesień 2006- marzec 2009 – wartość 13 054 152,43zł.
5. dla 22-300 Krasnystaw ul. Piekarskiego 3 woj. Lubelskie „Wykonanie modernizacji oczyszczalni ścieków dla miasta Kraśnik” 9000m³/dobę – data wykonania lipiec 2005 – czerwiec 2006 – wartość 9 158 000,00zł.

Do wykazu załączono zobowiązanie Leszka Picha z dnia 25 lutego 2010r. działającego w imieniu i na rzecz Zakładów Produkcji Handlu i Usług „Hydrowiert” Export – Import Leszek Pich z Przemyśla, który zobowiązał się udostępnić odwołującemu całą swoją wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny.

Roboty wykonane przez ten podmiot dotyczą pozycji 1, 2 załącznika nr 4

Do wykazu załączono także zobowiązanie KTS ELPOM S.A. w Nadarzynie z dnia 25 lutego 2010r. do udostępnienia odwołującemu całej swojej wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego. Zobowiązanie podpisał pełnomocnik działający w oparciu o pełnomocnictwo załączone do wykazu podpisane przez dwóch członków zarządu KTS ELPOM S.A. Pełnomocnictwo to upoważniało Ireneusza Jówko do reprezentowania spółki K.T.S. ELPOM S.A. wobec Inwestorów, Zamawiających, Podwykonawców, organów administracji rządowej i samorządowej w postępowaniu o uzyskanie zamówienia w trybie ustawy Prawo o zamówieniach Publicznych, w tym dokonywania czynności związanych z przygotowaniem ofert przetargowych, w szczególności takich jak sporządzanie dokumentu zawierającego warunki ofertowe, kompletowanie dokumentów wymaganych przepisami prawa, siwz, do składania w tym postępowaniu oświadczeń woli i wiedzy, do podpisywania ofert przetargowych, do dokonywania czynności w postępowaniu odwoławczym, takich w szczególności jak sporządzanie, podpisywanie i wnoszenie środków ochrony prawnej w postępowaniu przetargowym (protesty, odwołania, skargi) oraz podejmowania decyzji we wszystkich sprawach dotyczących prowadzonych postępowań przetargowych, z wyłączeniem prawa do podpisywania umów zawieranych w trybie ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Roboty wykonane przez ten podmiot dotyczą pozycji 3, 4, 5 załącznika nr 4. Do pisma załączono także nowy wykaz osób, którymi odwołujący dysponuje i w pozycji 4 wskazano Jana Stefana Ś. posiadającego uprawnienia budowlane specjalności drogowej oraz załączono decyzję o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz zaświadczenie z Lubelskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa o członkostwie w Izbie oraz posiadanym ubezpieczeniu oc.

W odpowiedzi na drugie pismo zamawiającego odwołujący w dniu 26 marca 2010r. wskazał, że podwykonawcom zamierza powierzyć wykonanie budynku magazynowo- składowego w całości, stacji mechanicznego oczyszczania w całości i robót drogowych w całości.

W dniu 7 kwietnia 2010r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 2b ustawy do złożenia dla KTS ELPOM S.A. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia oraz aktualnego odpisu z właściwego rejestru, dla ZPHiU „Hydrogeowiert” Export – Import Leszek Pich oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, że nie otwarto likwidacji i nie ogłoszono upadłości lub zawarto układ oraz aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert; aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń

Spółecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert; aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert; aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Nadto zamawiający poprosił o podanie czy wykazane w załączniku nr 9 osoby są osobami, którymi dysponują podmioty na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy, czy też tymi osobami dysponuje odwołujący i czy wskazany w poz. 4 załącznika nr 9 Jan Stefan Ś. jest pracownikiem odwołującego.

Na to wezwanie odwołujący w dniu 8 kwietnia 2010r. wskazał, że na żądanie złożenia dokumentów dla osób, które udostępniają odwołującemu wiedzę i doświadczenie złożył protest, a nadto podał, że osobami wskazanymi w załączniku nr 9 w poz. 1, 2 i 4 dysponuje osobiście, zaś panem Robertem K. na podstawie udostępnienia przez Marcina P., co potwierdza złożone zobowiązanie tej osoby. Odnośnie Jana Ś., to został on wskazany na potwierdzenie warunku z pkt 5.1.3.1 d siwz i to, że roboty drogowe mają być powierzone podwykonawcom nie ma żadnego związku z jego osobą.

W dniu 12 kwietnia 2010r. odwołujący złożył protest zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 ustawy oraz § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 2265 poz. 1817) w związku z art. 26 ust. 2b ustawy i wniósł o unieważnienie czynności polegającej na wezwaniu odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymienionych w piśmie zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2010r. W uzasadnieniu podniósł, że zgodnie z przepisami zamawiający może żądać od wykonawcy polegającego na zasobach innych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, ale wówczas, gdy zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy wskaże je w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do składania ofert. W przedmiotowej sprawie zamawiający takiego wskazania nie dokonał, a więc nie może zaskakiwać odwołującego nowymi oczekiwaniami, co do zawartości oferty, ani zmieniać siwz

po upływie terminu do składania ofert. Art. 26 ust. 3 ustawy nakazuje wzywać do uzupełnienia wyłącznie oświadczeń lub dokumentów wymaganych przez zamawiającego.

W dniu 20 kwietnia 2010r. zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go w całości. Wskazał, że rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów zostało wydane na podstawie delegacji ustawowej w § 1 pkt 1 rozporządzenia jest zapis, że opis oceny spełniania warunków winien być zawarty w ogłoszeniu lub siwz, ale nie dotyczy to dokumentów stwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 ustawy. Wymóg wskazywania w siwz dokumentów i oświadczeń nie dotyczy § 1 pkt 2 ppkt. 3 i § 2 rozporządzenia, gdyż w preambule do § 2 pkt 1 nie ma zapisu, że aby skutecznie żądać dokumentów wymienionych w § 2 pkt 1 – 6 wymóg ich żądania ma być zawarty w ogłoszeniu lub siwz. Zamawiający wskazał na postanowienia siwz określone w pkt VI.6.4, i VI.6.11 i wywiódł, że wskazując, że wykonawca lub osoba udostępniająca zasoby mają potwierdzać kopie dokumentów, przewidział sytuację, że będzie żądał dokumentów wymienionych w § 2 pkt 1 ppkt. 1 – 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zamawiający stwierdził, że w siwz część VI pkt 6.4 zawarł zapis dotyczący podmiotów na których między innymi wiedzy i doświadczeniu może polegać wykonawca i wymóg tego punktu zdaniem zamawiającego, odwołujący spełnił załączając wymienione oświadczenia. Podniósł, że zgodnie z opinią prawną Urzędu Zamówień Publicznych podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie powinien wykonywać te roboty, co do których tej wiedzy i doświadczenia udziela, a robót tych nie powinien wykonywać wykonawca, który nie ma w tym zakresie wiedzy i doświadczenia. Wiedza i doświadczenie nie mogą być przedmiotem obrotu w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego, jakim jest przedsiębiorstwo.

W dniu 10 maja 2010r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania i wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – bo nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku, art. 29 ust. 4 ustawy w zakresie wymagań związanych z realizacją zamówienia, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w takim zakresie w jakim wykonawca został wykluczony z postępowania. W uzasadnieniu faktycznym wskazał, że odwołujący nie złożył dokumentów wymaganych przez zamawiającego w wezwaniu z dnia 7 kwietnia 2010r. i, że odwołujący uznał to wezwanie w odniesieniu do osób trzecich za bezpodstawne. Wskazał, że odwołujący złożył protest na czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów, który to protest zamawiający oddalił, a odwołanie nie zostało wniesione, więc protest został ostatecznie rozstrzygnięty.

Zamawiający na rozprawie złożył pismo zawierające jego stanowisko w sprawie, które wszywało na argumentację przedstawioną następnie podczas rozprawy. Zamawiający przede wszystkim podkreślił, że mimo prawidłowo podjętej czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz prawidłowego wskazania podstawy prawnej wykluczenia

tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia nie jest prawidłowe. Wskazał, że wykluczenie nastąpiło z powodu nie wykazania przez odwołującego spełniania warunku wymaganego doświadczenia. Mimo wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek określony przez zamawiającego w pkt 5.1 siwz. Zamawiający wręcz stwierdził, że odwołujący tego warunku nie spełnia, gdyż nie wykazał się trzema wymaganymi robotami budowlanymi o wymaganych parametrach i wartości. Zamawiający nie mógł uznać robót wykazanych w uzupełnionym załączniku nr 4 w pozycjach 3, 4, 5, gdyż roboty te były wykazane na podstawie doświadczenia podmiotu trzeciego – KTS ELPOM SA, a zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia doświadczenia było nieważne, gdyż zostało złożone przez pełnomocnika Ireneusza J. z przekroczeniem granic pełnomocnictwa udzielonego mu przez członków zarządu. Pełnomocnictwo było bowiem pełnomocnictwem rodzajowym upoważniającym pełnomocnika do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, a nie do udostępniania wiedzy i doświadczenia innym podmiotom w celu wzięcia przez nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto zamawiający podkreślił, że odwołujący nie posiada wiedzy i doświadczenia wymaganego siwz samodzielnie, a podmioty, z których wiedzy i doświadczenia korzysta nie zostały przez niego wskazane jako podwykonawcy w zakresie posiadanego doświadczenia. Odwołujący przewidział podwykonawstwo, ale tylko w niewielkim zakresie przedmiotu zamówienia, ma zaś zamiar w przeważającej mierze samodzielnie zrealizować zamówienie. Zamawiający podkreśla jednak, że odwołujący jako podmiot niedoświadczony nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia. Zamawiający w tym zakresie powołał się na stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych. Z tym stanowiskiem odwołujący się nie zgodził i uznał, że wskazanie niewłaściwego uzasadnienia faktycznego powoduje, że cała czynność wykluczenia odwołującego była nie prawidłowa i powinna być powtórzona, a nadto podniósł, że zamawiający na wcześniejszym etapie postępowania nie kwestionował prawidłowości zobowiązań podmiotów trzecich.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się okoliczności określonych w art. 187 ust. 4 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania i postanowiła skierować odwołanie na rozprawę.

Izba stwierdza, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż oferta odwołującego, gdyby nie została odrzucona przez zamawiającego byłaby ofertą najkorzystniejszą pod względem ceny. Mógłby także ponieść szkodę, gdyż nie skorygowanie wadliwej wówczas czynności zamawiającego skutkowałoby dla odwołującego utratą kontraktu, a tym samym założonego w nim zysku.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Do postępowania ma zastosowanie ustawa w brzmieniu ustalonym nowelizacją z dnia 5 listopada 2009r. o zmianie ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz zmianie ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. nr 206 poz. 1591) oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 2265 poz. 1817) – zwane dalej rozporządzeniem w sprawie dokumentów.

Wskazana nowelizacja zmieniła treść art. 22 ust.1 ustawy usuwając z tego artykułu z ustępu 1 pkt. 4 w dotychczasowym brzmieniu tj. „nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia”. Oznacza to, że brak podstaw wykluczenia nie jest już warunkiem udziału w postępowaniu, tak jak to było przed nowelizacją, ale zalicza się do odrębnej kategorii przesłanek statuujących byt wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zatem w stanie prawnym obowiązującym w przedmiotowym postępowaniu występują następujące grupy dokumentów i oświadczeń :

1. pełnomocnictwa, w tym pełnomocnictwa do reprezentacji podmiotów występujących wspólnie w myśl art. 23 ust. 2 ustawy,
2. oświadczenia i dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia – art. 24 ust. 1 ustawy,
3. oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu – art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy,
4. oświadczenia i dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego – art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy,
5. dokumenty potwierdzające wniesienie wadium – art. 45 ust. 6 ustawy.

Podmiotów udostępniających swoje zasoby wykonawcom mogą dotyczyć oświadczenia lub dokumenty wskazane wyżej w pkt 1, 2 i 3. W art. 41 ustawy dotyczącym ogłoszenia o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego ustawodawca nakazał zamawiającemu określić warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. W art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy wskazującym elementy obligatoryjne siwz zamawiający ma obowiązek wskazać wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają

dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Również rozporządzenie w sprawie dokumentów w § 1 ust. 1 stanowi, że w celu wykazania przez wykonawcę warunków, których opis sposobu spełniania został dokonany w ogłoszeniu, zaproszeniu do negocjacji lub w siwz zamawiający żąda (zgodnie z art. 26 ust.1 ustawy) lub może żądać (zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy) określonych w tym paragrafie dokumentów.

Żadne z powyższych postanowień nie odnosi się do pełnomocnictw, ani do oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia. W § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów ustawodawca wskazał, że zamawiający żąda (zgodnie z art. 26 ust.1 ustawy) lub może żądać (zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy) określonych w tym paragrafie dokumentów w celu wykazania braku podstaw wykluczenia. Ten przepis stosuje się także do dokumentów podmiotów udostępniających swoje zasoby zgodnie z § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. W § 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów brak jest wskazania momentu, w którym zamawiający z takim żądaniem powinien wystąpić.

Art. 26 ust. 2 b ustawy odnoszący się bezpośrednio do podmiotów udostępniających swoje zasoby wykonawcom, nie dotyczy ani terminu żądania przez zamawiającego dokumentów, ani w ogóle dokumentów służących wykazaniu braku podstaw wykluczenia. Przepis ten odnosi się do dowodów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z kolei art. 24 ust. 1 w pkt. 1 – 3, 9 ustawy odnosi się bezpośrednio do wykonawców, a art. 24 ust. 1 w pkt 4 – 8 ustawy do podmiotów reprezentujących wykonawców, a nie do podmiotów udostępniających swoje zasoby. Powoływany przez odwołującego art. 25 ust. 1 ustawy także nie odnosi się do dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia. Nie oznacza to jednak, że dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia może zamawiający żądać w dowolnym momencie także po upływie terminu do składania ofert. W odniesieniu do wykonawców ustawodawca wyraźnie wskazał, że wykonawcy te dokumenty na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym ma wykazać nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenia do udziału w postępowaniu lub składania ofert. W powołanym przepisie istotne jest przede wszystkim to, że wykonawca ma te dokumenty przedkładać na wezwanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym. Zatem należy zauważyć, że wskazanie dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia w odniesieniu do wykonawców powinno nastąpić przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub przed terminem składania ofert. Jednocześnie przepis ten odnosi się do wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu stanowiąc identyczne reguły. Oznacza to, że ustawodawca w jednakowy sposób nakazał w odniesieniu do wykonawców traktować wykazywanie spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i wykazywanie braku podstaw wykluczenia.

Idąc dalej należy zauważyć, że skoro wykazywanie ma nastąpić w jednakowy sposób tj. ponownie podkreślając :

1. na żądanie zamawiającego,
2. w zakresie przez niego wskazanym, oraz
3. przed upływem terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału lub składania ofert,

to skoro dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu mają być wskazane w siwz (art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy), to także dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia powinny być w tym dokumencie wskazane.

Powyższe wywody nie przynoszą jednak odpowiedzi jak powinny być traktowane dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia w odniesieniu do podmiotów udostępniających swoje zasoby. Nie można jednak uznać, tak jak chciałby tego zamawiający, że ustawodawca pozostawił zamawiającemu w tym zakresie pełną swobodę. Takie rozumienie ustawy godziłoby w naczelną zasadę Zamówień Publicznych – zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 ustawy. Nie można bowiem przyjąć, że wykonawcy sami powinni przedkładać dokumenty stwierdzające brak podstaw wykluczenia w odniesieniu do podmiotów udostępniających im swoje zasoby, bo katalog okoliczności jakie powinny być wykazane wynika wprost z art. 24 ust. 1 ustawy, zaś rodzaje dokumentów z § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów. W ocenie Izby nie zwalnia to zamawiającego z obowiązku wskazania dokumentów na etapie najpóźniej udostępnienia siwz i to z następujących względów :

1. brak wskazania dokumentów dyskryminowałby podmioty zagraniczne mające zamiar ubiegać się o zamówienia, które mają utrudniony dostęp do polskich aktów prawnych,
2. obowiązek ustawowy żądania przez zamawiającego dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia w odniesieniu tak do wykonawców jak i podmiotów udostępniających zasoby dotyczy postępowań, których wartość jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Natomiast w postępowania, w których ta wartość jest niższa żądanie dokumentów jest zależne od woli zamawiającego. Może on żądać wszystkich dokumentów określonych w § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, niektórych z nich lub poprzestać na oświadczeniu podmiotu udostępniającego zasoby. Tym samym wykonawca mający zamiar ubiegać się o zamówienie w oparciu o zasoby innych podmiotów byłby dyskryminowany na etapie składania ofert, gdyż w zależności od woli zamawiającego musiałby przedstawiać oświadczenia lub dokumenty nie będące w jego posiadaniu, ale w posiadaniu osób trzecich. Miałyby wówczas zamawiający możliwość nierównego traktowania wykonawców i eliminowania z postępowania wykonawców korzystających z cudzych zasobów przez odpowiednie dobranie katalogu

żądanych dokumentów czy umiejętnie określenie terminu dla ich dostarczenia, uniemożliwiający uzyskanie takich dokumentów.

Uznanie, że ustawa stwarza takie możliwości zamawiającemu jest sprzeczne z jej celem i nie zasługuje na aprobatę. Zatem Izba nie podziela interpretacji zamawiającego zmierzającej do takiego właśnie rozumienia przepisów ustawy i stawiania w uprzywilejowanej pozycji wykonawców zamierzających samodzielnie zrealizować zamówienie. Bez obrazy art. 7 ust. 1 ustawy nie można przyjąć stanowiska zamawiającego za słuszne. Izba stwierdza, że wykaz dokumentów, których zamawiający żąda na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w odniesieniu do podmiotów udostępniających zasoby zamawiający zobowiązany jest podać do wiadomości wykonawców najpóźniej w siwz. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie wskazał ani w ogłoszeniu, ani w siwz dokumentów jakich będzie żądać od wykonawców, którzy korzystają z cudzych zasobów w odniesieniu do podmiotów te zasoby udostępniających. Jedynym wyjątkiem w tym zakresie było określenie żądania przedstawienia pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego wyrażonego w rozstrzygnięciu z dnia 20 kwietnia 2010r. protestu z dnia 12 kwietnia 2010r., że z postanowienia siwz określonego w pkt VI.6.11. należy wywieść wiedzę wykonawców o tym, że będą zobowiązani do składania dokumentów dotyczących braku podstaw wykluczenia od podmiotów udostępniających zasoby. To postanowienie siwz odnosi się wyłącznie do formy przedstawiania dokumentów i nie zawiera informacji o jakie dokumenty zamawiającemu chodzi. Izba uznaje za uzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 92 ustawy poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu nie złożenia dokumentów wskazanych w wezwaniu z dnia 7 kwietnia 2010r.

Na marginesie Izba zauważa, że dodatkowym argumentem przemawiającym, za brakiem podstaw do wykluczenia odwołującego z tego powodu nie złożenia dokumentów wskazanych w wezwaniu z dnia 7 kwietnia 2010r. to, że wskazana przez zamawiającego podstawa prawna tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy nie miałaby wówczas zastosowania, gdyż przy rozumowaniu przyjętym przez zamawiającego brak podstaw wykluczenia nie mieściłby się w pojęciu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba wskazuje, że wówczas podstawa do wykluczenia powinien być odpowiedni przepis art. 24 ust. 1 ustawy stosowany do wykonawców posługujących się cudzymi zasobami w sytuacji nie wykazania braku podstaw wykluczenia co do podmiotów udostępniających zasoby zgodnie z § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Izba podziela stanowisko odwołującego, iż nie można uznać za prawidłową czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, w której zamawiający nie spełnia obu warunków

informacyjnych wynikających z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy tj. zarówno w zakresie wskazania uzasadnienia prawnego jak i uzasadnienia faktycznego. Rację ma odwołujący, że zamawiający może wykluczyć wykonawcę na tej samej podstawie prawnej z wielu powodów. Natomiast dla skuteczności ochrony prawnej wykonawcy jak i dla zapewnienia szybkości postępowania konieczne jest aby powód wykluczenia być wskazany konkretnie tak w odniesieniu do okoliczności faktycznych jak i prawnych. W przeciwnym bowiem wypadku wykonawcy zostają pozbawieni możliwości obrony swojej oferty. Dlatego Izba rozważyła argumentację zamawiającego przedstawioną na rozprawie i w piśmie z dnia 22 czerwca 2010r. jedynie w zakresie art. 191 ust. 1a ustawy tj. czy podanie innej podstawy faktycznej wykluczenia odwołującego z postępowania mogło spowodować, że naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy nie miało istotnego wpływu na wynik postępowania.

Odnosnie podnoszonego przez zamawiającego zarzutu niespełnienia przez odwołującego warunku wymaganego doświadczenia z uwagi na brak możliwości uznania za spełniające warunek określony w pkt V.5.1 siwz pozycji załącznika nr 4 do oferty nr 3, 4, 5 z powodu nieważności zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, Izba stwierdza, że pełnomocnictwo dla Ireneusza Jówko jest pełnomocnictwem rodzajowym, a nie pełnomocnictwem szczególnym. Pełnomocnictwo to nie wymienia wszystkich możliwych czynności do jakich upoważniony jest pełnomocnik, ale ich rodzaj pozostawia możliwość dokonania przez pełnomocnika także innych czynności niż wskazane mieszczących się w rodzaju poprzez użycie sformułowania „w szczególności”. Nadto z pełnomocnictwa nie wynika, wbrew twierdzeniom zamawiającego, że dotyczy ono tylko udziału KTS Elpom SA. w postępowaniu o zamówienie publiczne w charakterze wykonawcy, ale odnosi się także do udziału KTS Elpom SA. w innym charakterze, w tym podmiotu udostępniającego zasoby. O tym świadczy postanowienie pełnomocnictwa, które odnosi je do reprezentowania KTS Elpom SA nie tylko w stosunku do zamawiającego ale także inwestora, którym może być wykonawca składający ofertę. Ponadto jak słusznie zauważył odwołujący, zamawiający na wcześniejszym etapie postępowania tj. przy ponownym wzywaniu do uzupełnienia dokumentów w dniu 7 kwietnia 2010r. jak i w rozstrzygnięciu protestu z dnia 12 kwietnia 2010r. nie kwestionował prawidłowości udzielonego przez KTS Elpom SA. zobowiązania.

W zakresie podniesionego przez zamawiającego argumentu, że odwołujący nie spełnia warunku doświadczenia, gdyż zakres podwykonawstwa jaki wskazał odwołujący jest bardzo wąski, a doświadczenie jakie wykazuje zasobami innych podmiotów odnosi się do całości zamówienia, to Izba stwierdza, że okoliczność tak nie była przedmiotem wyjaśnień, ani też sam wykonawca w żadnym z pism nie przedstawił wykazu wykonawców i zakresu ich robót. Zamawiający dysponuje jedynie pismem z dnia 26 marca 2010r., w którym odwołujący wskazał jakie prace zamierza powierzyć podwykonawcom bez wskazania nazw tych podwykonawców oraz stosunku prac do całości zamówienia. Jedynie z pisma z dnia 8

kwietnia 2010r. wynika, że jednym z podwykonawców będzie Marcin Patyniak prowadzący Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Marcin Patyniak. Jednakże pismo to nie rozwiewa wątpliwości, co do udziału w postępowaniu KTS Elpom SA. i PHIU Hydrogeowiert Leszek Pich Import – Export.

Izba zatem wobec stwierdzenia, że podniesione przez zamawiającego na rozprawie w dniu 22 czerwca 2010r. okoliczności uzasadniające wykluczenie odwołującego nie zostały dostatecznie wykazane stwierdza, że jedyną możliwością wyjaśnienia wątpliwości oraz zbadania przez Zamawiającego istnienia, bądź baraku podstaw wykluczenia odwołującego jest ponowne badanie i ocena ofert z udziałem oferty odwołującego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a i § 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.07.128.886 zm. Dz.U.2008.182.1122), przy czym za uzasadnione uznano koszty zastępstwa odwołującego przez pełnomocnika w wysokości maksymalnej określonej przez rozporządzenie tj. 3 600zł. brutto.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....