

Sygn. akt: KIO 1495/13

WYROK
z dnia 9 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2013 r. przez wykonawcę Gminne Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o., ul. Gdańska 6, 83-250 Skarszewy w postępowaniu prowadzonym przez Związek Gmin Wierzyca, ul. Zblewska 18, Starogard Gdański przy udziale:

- A. wykonawcy Przedsiębiorstwo "Koltel s.c. M i T K.....", ul. Droga Owidzka 2a 83-200 Starogard Gdański zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy SITA POMORZE Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 10 83-400 Kościerzyna zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Gminne Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o., ul. Gdańska 6, 83-250 Skarszewy i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Gminne Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o., ul. Gdańska 6, 83-250 Skarszewy tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminnego Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o., ul. Gdańska 6, 83-250 Skarszewy na rzecz Związku Gmin Wierzyca, ul. Zblewska 18, Starogard Gdański kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług odbioru i transportu odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na obszarze gmin - uczestników Związku Gmin Wierzyca” (obejmującego części: III, IV, VI, VII, IX, X - szacunkowa wartość bez VAT między 12.860.894 zł i 16.076.117 zł). Zdaniem Odwołującego - Gminnego Przedsiębiorstwa Komunalnego sp. z o.o. z siedzibą w Skarszewach w tym postępowaniu Zamawiający - Związek Gmin Wierzyca ze Stargardu Gdańskiego bezpodstawnie wykluczył wykonawcę w części VII i IX na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z powodu nie wykazania warunku doświadczenia i dokonał wyboru w części VII oferty złożonej przez SITA POMORZE sp. z o.o. w Kościerzynie oraz w części IX - oferty złożonej przez T..... K....., M..... K..... „KOLTEL s.c. M. i T. K.....” w Starogardzie Gdańskim. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U z 2013 r. nr 231) oraz w związku z postanowieniem pkt 4.8 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), poprzez błędne przyjęcie, że złożone przez Wykonawcę pisemne zobowiązania podmiotów, z których zasobów korzysta Wykonawca, winny być złożone w oryginale, a nie w kopiach poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę. Wskazał również na naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 26 ust. 2b Pzp, oraz § 1 ust. 6 powołanego oraz postanowieniem pkt 4.4 SIWZ, poprzez błędne przyjęcie, jakoby złożone przez Wykonawcę zobowiązania podmiotów, z których zasobów korzysta Wykonawca, nie spełniały wymagań, określonych przepisem art. 26 ust. 2b Pzp, a przy tym, by nie zawierały informacji na temat sposobu wykorzystania zasobów przez Wykonawcę, charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem, oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie w całości zaskarżonej czynności wykluczenia Wykonawcy, unieważnienie w całości zaskarżonej czynności wyboru ofert, jako najkorzystniejszych, złożonych przez SITA POMORZE sp. z o.o. w Kościerzynie w części VII oraz T..... K....., M..... K..... „KOLTEL s.c. M. i T. K.....” w Starogardzie Gdańskim w części IX, oraz dokonania ponownej

oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Wykonawcy i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów pomocy prawnej udzielonej przez adwokata (zastępstwa prawnego), według norm przepisanych. Ponadto wniósł o dopuszczenie dowodów wskazanych w treści niniejszego pisma na okoliczności w piśmie wskazane. Dalej podał, że w dniu 11 czerwca 2013 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o wyniku postępowania, w którym wskazano, że wybrano, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez SITA POMORZE sp. z o.o. w Kościerzynie, (co do części III, IV, VII i X) - w pkt 1 pisma, oraz wybrano, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez T..... K....., M..... K..... „KOLTEL s.c. M. i T. Kolbusz” w Starogardzie Gdańskim, (co do części VI i IX) - w pkt 2 pisma. Wskazano również oferty, jakie wpłynęły na poszczególne części zamówienia oraz podano wraz z uzasadnieniem, że wykluczono ofertę Odwołującego, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z powodu nie wykazania spełniania warunku doświadczenia. W piśmie tym podano również, że wykonawca został wezwany do złożenia wykazu usług potwierdzających spełnianie warunku doświadczenia, a nadto Zamawiający wskazał, jakie dokumenty w odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca złożył. Zamawiający podał, że w jego ocenie wykonawca ponownie nie wykazał spełniania warunku doświadczenia, albowiem zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonym w Informatorze nr 2/2012 oraz postanowieniem pkt 4.8 SIWZ, pisemne zobowiązanie podmiotu winno zostać złożone w oryginale”, oraz, że „zobowiązania podmiotów nie wypełniają postanowień pkt 4.4 SIWZ [wprowadzonego zgodnie z par. 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...)] tj. nie zawierają informacji na temat sposobu wykorzystania zasobów przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.” Nie zgadzając się z tym stanowiskiem stwierdził, że w pkt 4.8 SIWZ, na który to powołuje się Zamawiający, mowa jest o tym, iż w przypadku podmiotów, z których zasobów korzysta wykonawca, można składać kopie poświadczone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę lub te podmioty. Również w § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) mowa jest o tym, iż „W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach, których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty.”. Nie jest, zatem prawidłowe twierdzenie Zamawiającego, iż pisemne zobowiązanie podmiotu winno być złożone w oryginale. W świetle niniejszej sprawy należy jednakże wskazać, że przedmiotowe zobowiązania Wykonawca złożył w kopiach poświadczonych za zgodność z oryginałem przez siebie, a nie przez te podmioty, jednak również taki sposób złożenia powyższych

zobowiązań, jest prawnie dopuszczalny. Zezwalają, bowiem na to postanowienia zarówno ww. § 7 ust. 2 rozporządzenia jak i pkt 4.8 SIWZ. Powołał się na orzecznictwo KIO podkreślając, że „Ustawodawca w § 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane ustanowił zasadę, że dokumenty poświadczą wykonawca. Natomiast ust. 2 tego paragrafu stanowi uszczegółowienie zasady z ust. 1 i uproszczenie dla wykonawców, zarówno składających ofertę wspólnie oraz dla tych, którzy korzystają z zasobów podmiotów trzecich. § 6 ust. 2 omawianego rozporządzenia należy, zatem tak rozumieć, iż w sytuacji, gdy wykonawca korzysta z zasobów podmiotów trzecich, to dokumenty pochodzące od osób trzecich poświadczą albo wykonawca albo podmiot udostępniający zasób.” Stwierdził, że ta zasada znajduje zastosowanie również na gruncie aktualnie obowiązującego i mającego zastosowanie w niniejszej sprawie § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...). Wykonawca zwrócił również uwagę na inny fragment orzeczenia podnosząc, że „Skład orzekający w sprawie niniejszej podziela przedstawione zacytowane stanowisko i uznaje, że konieczne jest sięgnięcie po wykładnię systemową poprzez przyjęcie, że ustawodawca w § 6 ustanowił zasadę, że dokumenty poświadczą wykonawca. Natomiast ust. 2 tego paragrafu stanowi uszczegółowienie zasady z ust. 1 i uproszczenie dla wykonawców, zarówno składających ofertę wspólnie oraz dla tych, którzy korzystają z zasobów podmiotów trzecich. § 6 ust. 2 należy, zatem tak rozumieć, iż w sytuacji, gdy wykonawca korzysta z zasobów podmiotów trzecich, to dokumenty pochodzące od osób trzecich poświadczą albo wykonawca, albo podmiot udostępniający zasób. Celem wprowadzenia przepisu § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów było uproszczenie procedury, a nie jej skomplikowanie. Przepis pozwala, zatem w przypadku podmiotów trzecich, by ten podmiot trzeci samodzielnie lub wykonawca, któremu podmiot dostarczył dokumenty, poświadczył dokumenty za zgodność z oryginałem. Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie dopatrzyła się w działaniu odwołującego naruszenia przepisów ustawy i rozporządzenia, gdyż dokumenty zostały poświadczone przez wykonawcę, a więc podmiot, który był do tego, jak wynika z powyższych wywodów, zdaniem Izby uprawniony. W konsekwencji zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a czynność ta nastąpiła z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp.” Odnośnie drugiego zarzutu, wykonawca stwierdził, że nie jest trafne stanowisko Zamawiającego, zgodnie, z którym zobowiązania podmiotów nie wypełniają postanowień pkt 4.4 SIWZ oraz § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...). Odwołujący podkreślił, że (...) w kwestii polegania przez Wykonawcę na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, decydujące znaczenie posiada przepis art. 26 ust. 2b pzp. Przepis ten nie tylko nie wymaga przedłożenia zobowiązania innych podmiotów o treści, jak w § 1 ust. 6

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), ale wręcz wskazuje, że Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów niezależnie od charakteru stosunku, jaki łączy go z innym podmiotem. W świetle przepisu art. 26 ust. 2b pzp istotne jest, by Wykonawca udowodnił Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Pisemne zobowiązania przedłożone przez Wykonawcę należy oceniać przede wszystkim pod kątem tego, czy udowadniają one, że Wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego przedstawione pisemne zobowiązania innych podmiotów: PEŁKOM sp. z o.o. w Pelplinie, Zakładu Usług Komunalnych sp. z o.o. w Czersku oraz Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych KOMEX sp. z o.o. w Jastarni, udowadniają okoliczności wskazane w przepisie art. 26 ust. 2 b pzp, a nadto spełniają kryteria określone w § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) oraz w pkt 4.4 SIWZ. Jako dowody wskazał pisemne zobowiązania powyższych podmiotów z dnia 29. 05. 2013 r. (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia). Wykonawca stwierdził, że już w samych powyższych oświadczeniach, będących w istocie o tożsamej treści, wskazano, że ich podstawą jest przepis art. 26 ust. 2b pzp, a zatem zobowiązania zostały złożone celem wykazania przez Wykonawcę, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia oraz, że w tych zobowiązaniach mowa jest o tym, iż składający to zobowiązanie podmiot zobowiązuje się do udostępnienia Wykonawcy „naszej wiedzy i doświadczenia tj., że w jednym roku z okresu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie - wykonał usługi polegające na odbieraniu odpadów komunalnych o kodach objętych zakresem zamówienia i ich transportu o masie łącznej nie mniejszej niż: dla sektora VII - 3000 Mg, dla sektora IX - 5000 Mg” - jest, więc wskazany zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innych podmiotów i sposób ich wykorzystania w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nadto w zobowiązaniach mowa jest o tym, iż zdobyte przez powyższe podmioty wiedza i doświadczenie ma być wykorzystane na potwierdzenie spełniania warunków, o których mowa w rozdziale 4 pkt 2 SIWZ - to także wskazuje na zakres zasobów innych podmiotów (wiedza i doświadczenie) i sposób ich wykorzystania w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podkreślił, że w powyższych zobowiązaniach mowa jest o deklaracji innych podmiotów oraz o tym, że powyższe podmioty oddadzą do dyspozycji Wykonawcy niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, co także wskazuje na zakres zasobów (mowa jest o zasobach niezbędnych, a więc poprzez tak szerokie sformułowanie chodzi o wszelkie zasoby, które okażą się niezbędne przy realizacji zamówienia), charakter stosunku - oddanie do

dyspozycji, a więc chodzi o stosunek cywilnoprawny na mocy, którego Wykonawca będzie upoważniony do korzystania z niezbędnych zasobów innych podmiotów; a nadto okres udziału innego podmiotu – okres wykonywania przedmiotowego zamówienia. Ponownie zwrócił uwagę na orzecznictwo stwierdzając, że „Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych, zobowiązanie podmiotu do udostępnienia zasobów jest dokumentem wskazanym przez ustawodawcę jedynie przykładowo, o czym świadczy użycie zwrotu „w szczególności”. Wskazany dokument należy uznać jednocześnie za dokument, który spełnia wymóg przepisu, co do obowiązku udowodnienia zamawiającemu przez wykonawcę, iż będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zwrot „w szczególności” wskazuje także, że ustawodawca pozostawił wykonawcy swobodę w zakresie decyzji, co do rodzaju dokumentów, które składa zamawiającemu w celu udowodnienia wymaganych w tym przepisie okoliczności. Jest to uprawnienie wykonawcy nadane mu mocą przepisu ustawy, a wobec powyższego, wykonawcy nie można pozbawić tego uprawnienia ani go ograniczyć w wyniku zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu (lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia) odmiennych postanowień. Zamawiający nie może, zatem ograniczyć prawa wykonawcy do samodzielnego wyboru dokumentów, jakie złoży w celu wykazania, że będzie dysponował wymaganymi zasobami, udostępnionymi mu przez podmiot trzeci”. Zdaniem wykonawcy powyższe zobowiązania winny być potraktowane, jako dowód spełniania przez Wykonawcę wymogów określonych przede wszystkim przepisem art. 26 ust. 2b pzp, i - jak wskazał powyżej - również okoliczności określonych w § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...). Podał również, że (...) Zobowiązania powyższe zostały złożone wraz z inną dokumentacją dotyczącą tychże innych podmiotów (dokumentację powyższą Zamawiający również określił w zawiadomieniu wyniku postępowania z dnia 11 czerwca 2013 r.), i zobowiązania, rozpatrywane łącznie z powyższą dokumentacją, winny prowadzić do wniosku, że Wykonawca spełnił warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia. Zauważył również, że powyższa dokumentacja (taka jak wykaz odebranych i przetransportowanych odpadów, sprawozdania M-09 o wywozie i unieszkodliwieniu odpadów za rok 2012) nie została zakwestionowana przez Zamawiającego, zatem to także wskazuje na to, że warunki dotyczące doświadczenia wykonawca spełnił. Dodał, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do pozostałych części postępowania (części I, II, V i VIII) Zamawiający nie żądał od Wykonawcy udowodnienia warunków dotyczących doświadczenia, mimo że Wykonawca złożył tą samą dokumentację, co pierwotnie w niniejszym postępowaniu, dotyczącym części nr III, IV, VI, VII, IX, X. Wniósł o dopuszczenie dowodów z: przesłuchania stron, jak również z zeznań świadków - przedstawicieli podmiotów, które złożyły przedmiotowe zobowiązania:

- 1) W..... S..... (na adres spółki PEŁKOM sp. z o.o.: ul. Starogardzka 12, 83 — 130 Pelplin),
- 2) Z..... N..... (na adres spółki Zakład Usług Komunalnych sp. z o.o.: ul. Kilińskiego 15, 89 - 650 Czersk),
- 3) M..... M..... (na adres spółki „KOMEX” sp. z o.o., ul. Ogrodowa 58, 84 - 140 Jastarnia)

na okoliczność treści pisemnych zobowiązań ww. podmiotów z dnia 29 maja 2013 r., w tym w szczególności na okoliczności dotyczące sposobu wykorzystania zasobów przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Powyższe dowody, o ile zdaniem KIO celowe będzie ich przeprowadzenie, pozwolą ocenić treść złożonych zobowiązań przez pryzmat przepisów art. 26 ust. 2b pzp i § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...). W konkluzji stwierdził, że wskazane naruszenia te niewątpliwie miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż skutek tychże naruszeń wykluczono ofertę Wykonawcy i pominięto ją przy wyborze najkorzystniejszych ofert. Zdaniem Wykonawcy jego oferta była ofertą konkurencyjną i mogło się okazać, że to właśnie Wykonawca zostałby wybrany do wykonania zamówienia w części VII oraz IX, a zatem powyższe naruszenie doprowadziło lub mogło doprowadzić do nieprawidłowego wyboru najkorzystniejszych ofert w tych częściach i tym samym – jego zdaniem - Odwołujący posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo "Koltel s.c. M i T K....." ze Starogardu Gdańskiego oraz wykonawca SITA POMORZE Sp. z o.o. z Kościerzyny, którzy wnieśli o oddalenie odwołania, a wykonawca SITA POMORZE dodatkowo o jego zwrot w związku z art. 187 ust.3 ustawy Pzp oraz § 9 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, bądź odrzucenie odwołania na podstawie art. 198 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i powołując się na przepisy prawa zamówień publicznych, a także orzecznictwo oraz wskazując na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia stwierdził, w szczególności, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów mogło być złożone wyłącznie w formie oryginału, bądź kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez pomiot trzeci, składający zobowiązanie. Wskazał ponadto, że na podstawie treści tych zobowiązań nie można wyczytać informacji wymaganych specyfikacją. Dalej poniósł, że wykonawca nie ma interesu w domaganiu się unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części IX, albowiem w tym postępowaniu cena była jedynym kryterium wyboru, a Odwołujący

nie przedstawił w ofercie najniższej ceny. Wniósł również o nieuwzględnianie dowodu z zeznań świadków wskazywanych w odwołaniu, stwierdzając, przede wszystkim, że przedmiotem dowodzenia może być wyłącznie treść przedłożonego dokumentu zobowiązania

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk przedstawionych w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba, rozpoznając wniosek Przystępującego wykonawcy - SITA POMORZE Sp. z o.o. z Kościerzyny o zwrot odwołania bądź jego odrzucenie, podzieliła pogląd Przystępującego wykonawcy, że z treści dokumentu pełnomocnictwa załączonego do odwołania nie wynika bezspornie, że ten dokument upoważniał pełnomocnika do wniesienia odwołania. Jednakże Izba stwierdziła, że na tym etapie postępowania – mając na uwadze okoliczności faktyczne tej sprawy - brak jest podstaw do zwrotu odwołania, czy też do jego odrzucenia na podstawie art. 189 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem Izby wadliwość pełnomocnictwa podlega naprawianiu na podstawie art. 187 ust. 3 ustawy Pzp oraz będącego jego uzupełnieniem - art. 187 ust. 7 ustawy Pzp. Stąd też Izba zarządziła przerwę w posiedzeniu na czas – określony przez Izbę – wzywając do uzupełnienia tego braku przez wykonawcę wnoszącego odwołanie. Zgodnie z wezwaniem wykonawca przedłożył pełnomocnictwo z datą 17 czerwca 2013 r. i dodatkowo wyjaśnienie – oświadczenie - mocodawcy udzielającego pełnomocnictwo, co do treści kwestionowanego pełnomocnictwa.

Rozpoznając następnie zarzuty z odwołanie Izba stwierdziła, że podlega ono w części IX przedmiotu zamówienia oddaleniu na podstawie art. 179 ust.1 ustawy Pzp, jak również w części VII, w tym przypadku z uwagi na przepis art. 192 ust.2 ustawy Pzp w związku z art. 192 ust.7 ustawy Pzp oraz w związku z art. 180 ust.3 ustawy Pzp.

Tak jak stwierdziła Izba odwołanie zostało wniesione wobec czynności bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy - Gminnego Przedsiębiorstwa Komunalnego sp. z o.o. z w części VII i IX, albowiem zdaniem Odwołującego, wyjaśnieniami z dnia 10 czerwca 2013 r., wykonawca, w każdej z tych części, wykazał - analogicznymi dokumentami - wymagany warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia z pkt 4.2 specyfikacji, przedkładając kserokopie oświadczeń podmiotów trzecich [PELKOM sp. z o.o. z Pelplina, Zakładu Usług Komunalnych sp. z o.o. z Czerska i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych KOMEX sp. z o.o.

z Jastarni] potwierdzone przez Odwołującego za zgodność z oryginałem w związku z § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz w związku z postanowieniem pkt 4.8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca, wskazując na naruszenie przepisu art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, w tym przypadku w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz § 1 ust. 6 wymienionego rozporządzenia oraz pkt 4.4. specyfikacji, podniósł błędne przyjęcie, że złożone przez wykonawcę zobowiązania podmiotów, z których zasobów korzysta wykonawca, nie spełniały wymagań, określonych przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Jego zdaniem wskazane dokumenty zawierały informacje wymagane specyfikacją, co do sposobu wykorzystania zasobów przez wykonawcę, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz co do zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Wykonawca zakwestionował w związku z tym wybór w części VII oferty wykonawcy - SITA POMORZE sp. z o.o., a w części IX - oferty wykonawcy – T..... K....., M..... K..... „KOLTEL s.c. M. i T. K.....” i wnosząc o uwzględnienie odwołania zażądał unieważnienia w całości zaskarżonej czynności wykluczenia wykonawcy, a także wyboru ofert wskazanych wykonawców i zażądał dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Rozpoznając odwołanie w zakresie zarzutów skierowanych do części IX przedmiotu zamówienia, Izba stwierdziła, że wykonawca nie może skutecznie wnieść odwołania, albowiem – w przypadku części IX - nie ma możliwości wykazania poniesienia szkody związanej z brakiem możliwości uzyskania zamówienia w tej części. Szkada, zgodnie z przepisem art. 179 ust.1 ustawy Pzp, jest jedną z dwóch istotnych przesłanek, stanowiących o możliwości skutecznego wniesienia odwołania. Wskazany przepis wymaga bowiem wykazania dwóch przesłanek łącznie, a mianowicie interesu we wniesieniu odwołania i możliwości poniesienia szkody. W tym postępowaniu jedynym kryterium wyboru była cena, a cena oferty wybranej w części IX jest najniższa i do tej oferty nie podniesiono zarzutów, co do podstaw jej odrzucenia, czy też, co do przesłanek wykluczenia wykonawcy KOLTEL. Zatem, w związku z brakiem przesłanki z art. 179 ust.1 ustawy Pzp, odwołanie w tej części podlega oddaleniu.

Rozpatrując zarzuty w zakresie części VII przedmiotu zamówienia, Izba zobowiązana była przede wszystkim uwzględniać dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp w zw. z art. 180 ust.3 ustawy Pzp, zgodnie, z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, a w odwołaniu należy wskazać czynności i/lub zaniechania zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp. Ponadto

odwołanie powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zatem, rozstrzygając o zarzutach w odwołaniu i o ich uwzględnieniu, Izba również musi mieć na względzie art. 192 ust.2, który to przepis pozwala uwzględnić odwołanie, ale tylko wtedy, jeżeli Izba stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, oczywiście w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. W tym przypadku Izba przede wszystkim ustaliła, że Odwołujący w odwołaniu podniósł zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust.2b ustawy Pzp oraz § 1 ust.6 rozporządzenia w sprawie dokumentów (...) stwierdzając, że przedłożone zobowiązania osób trzecich spełniają wymagania zarówno, co do formy dokumentu, w zakresie wymaganym pkt 4.8 siwz, jak i co do jego treści wymaganej pkt 4.4 tej specyfikacji w związku z pkt 4.2. W tym przypadku wykonawca nie kwestionował braku zastosowania procedury z art. 26 ust.3 ustawy Pzp, jak również nie wskazał na naruszenie postanowień pkt 4.9 siwz.

Rozpoznając zarzut, co do formy dokumentu zobowiązania [kserokopia potwierdzona za zgodność z oryginałem] Izba stwierdziła, że w okolicznościach faktycznych sprawy zarzut ten należy uznać za zasadny. W tym przypadku Izba miała na uwadze postanowienie pkt 4.8 specyfikacji, którym Zamawiający w odniesieniu do zobowiązania podmiotu trzeciego, udostępniającego zasoby, dopuścił formę kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem nawet przez samego wykonawcę składającego ofertę. Tak jak podano w spornym punkcie Zamawiający możliwość składania kopii dokumentów potwierdzonych za zgodność z oryginałem odniósł do wszystkich dokumentów, z wyłączeniem tylko oświadczeń, stanowiąc w tym punkcie, zdanie pierwsze, że (...) Dokumenty wymienione w niniejszym dziale (za wyjątkiem oświadczeń składanych w oryginale lub kopii poświadczonej notarialnie) należy składać w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę”. Oświadczenia zostały enumeratywnie wymienione, natomiast zobowiązaniu podmiotu trzeciego Zamawiający w pkt 4.4 nadał przymiot dokumentu, stanowiąc, że (...) W przypadku, gdy Wykonawca wykazuje spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 Ustawy, polegając na zasobach innych podmiotów w trybie art. 26 ust.2b Ustawy – składa dokument/y udowadniający/-e, że Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności pisemne zobowiązanie tych podmiotów (...). Izba zgadza się z poglądem Zamawiającego, że do takiego dokumentu, jak zobowiązanie nie ma zastosowania § 7 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) i z wykładni systemowej przepisów o zamówieniach należy uznać, że takie zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno być złożone w oryginale, o ile zamawiający nie wymagał lub nie zezwolił na inną formę, chociażby w formie kserokopii tego dokumentu. Izba

zwraca uwagę, że ustawodawca zastrzegł dla zobowiązania składanego przez podmiot trzeci w wykonaniu dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy, formę pisemną, albowiem zgodnie z tym przepisem (...) *Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia*". Z przytoczonego przepisu wynika, zatem, że w sytuacji, gdy dowodem dysponowania zasobami podmiotów trzecich jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, to takie zobowiązanie musi przybrać formę pisemną i nie jest dopuszczalna – bez zgody zamawiającego - inna forma, w tym kopia dokumentu potwierdzona za zgodność z oryginałem, o której stanowi wskazane rozporządzenie [wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp] w zakresie dokumentów określonych w art. 25 ust.1 ustawy Pzp. Jednakże w tej konkretnej sprawie, Zamawiający – jak ustaliła Izba - w pkt 4.8 siwz zezwolił, dla takiego dokumentu jak zobowiązanie podmiotu trzeciego, formę kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę składającego ofertę i na tym etapie postępowania – na etapie oceny ofert - nie może uchylić/zmienić tego postanowienia specyfikacji.

Rozpoznając następnie zarzut, co do treści kwestionowanych zobowiązań podmiotów trzecich, Izba stwierdza, że każde z przedłożonych zobowiązań ma analogiczną treść, która nie spełnia wymagań z pkt 4.8. specyfikacji. W tym bowiem punkcie, Zamawiający podał, zdanie drugie, że ten (...)Dokument/-y winien/-y zawierać w szczególności zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem oraz zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia". Zobowiązania wskazanych podmiotów wyłącznie informują o wykonywanej usłudze, polegającej na odbieraniu odpadów komunalnych o kodach objętych zakresem zamówienia i ich transporcie o masie łącznej nie mniejszej niż: dla sektora VII – 3000 Mg, a dla sektora IX – 5.000 Mg oraz zawierają deklarację oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów do korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia przez okres wymagany zamówieniem. A zatem, bezspornie nie zawierają żądanych przez Zamawiającego [w pkt 4.8 zdanie drugie] informacji. Tym samym Odwołujący nie może domagać się, aby na podstawie tego dokumentu Zamawiający anulował swoją decyzję [unieważnił czynność] o wykluczeniu wykonawcy z tego postępowania. Jednocześnie Izba ponownie podkreśla, że w odwołaniu nie został

podniesiony zarzut braku wezwania wykonawcy, chociażby na podstawie pkt 4.9 specyfikacji, do uzupełnienia tych zobowiązań [do złożenia dokumentu o wymaganej treści]. Ta okoliczność ma kluczowe znaczenie dla tej sprawy, z uwagi na powołany powyżej przez Izbę art. 192 ust.2 ustawy Pzp w związku - w tym przypadku - z art. 192 ust.7 tej ustawy. Izba stwierdza, że takie wezwanie do naprawienia wadliwego dokumentu było możliwe, albowiem - wskazany pkt 4.9 siwz – analogicznie jak art. 26 ust.3 ustawy Pzp - wyraźnie stanowi, że (...) Zamawiający wezwie Wykonawców, którzy wraz z ofertą nie złożyli wymaganych w niniejszym dziale oświadczeń i dokumentów (...). Izba stwierdza jednocześnie, że fakt uprzedniego skierowania wezwania do wykonawcy [w piśmie z dnia 6.06.2013 r.] nie stał na przeszkodzie do skierowania – w odpowiedzi na dokumenty przekazane przy piśmie z dnia 10.06.2013 r. - nowego wezwania. W tym przypadku, Izba zwraca uwagę, że wezwanie z dnia 6.06.2013 r. dotyczyło Wykazu wykonanych usług (...), w którym to Wykazie wykonawca nie powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego [w trybie art. 26 ust.2b ustawy Pzp] i przede wszystkim nie załączył do oferty żadnych zobowiązań podmiotów trzecich. Takie dokumenty zostały ujawnione w trybie składanych wyjaśnień. To oznacza, że przy piśmie z dnia 10.06.2013 r. Zamawiający uzyskał nowe dokumenty, co pozwalało mu na ponowne skierowanie wezwania do wykonawcy na podstawie art. 26 ust.3 ustawy Pzp. W konkluzji Izba stwierdza, że jest związana granicami zarzutów, a w tym przypadku art. 192 ust.2 ustawy Pzp w związku z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp i tym samym w okolicznościach faktycznych – nie jest możliwe uwzględnienie odwołania, albowiem Izba nie może nakazać zastosowania procedury przewidzianej art. 26 ust.3 ustawy Pzp w sytuacji, gdy taki zarzut nie został podniesiony w odwołaniu. Jednocześnie Izba, oczywiście tylko na marginesie, zauważa, że nawet w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę czy jego zwrotu, bądź braku możliwości prawnych rozpoznawania przez KIO odwołania [zarzutów z odwołania] zamawiający, aż do zawarcia umowy może, [a nawet jest zobowiązany] powtórzyć [naprawić] czynność podjętą z naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych, z zastosowaniem procedur określonych ustawą Pzp. W przeciwnym wypadku może to powodować przede wszystkim skutek nieważności dla zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego [art. 146 ust.6 ustawy Pzp] szczególnie w przypadku, gdy taka czynność wadliwa [bądź zaniechanie czynności] miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41, poz.238), zgodnie, z którym wynagrodzenie pełnomocnika nie może przekroczyć kwoty 3.600 zł.

.....