

Sygn. akt: KIO/984/11

WYROK

z dnia 24 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec
Członkowie: Justyna Tomkowska
Paweł Trojan
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2011 r. przez Wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich 7 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Ożarówice z siedzibą w Ożarówicach**,

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Zakład Robót Specjalnych Budowlanych Sp. z o.o. z siedzibą w Rydułtowach**, **Antoniego Motyczki prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Specjalnych Budowlanych A. Motyczka z siedzibą w Rydułtowach** oraz **Henryka Kamińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Wielobranżowy KRYZA-PLAST Henryk Kamiński z siedzibą w Mikołów-Mokre** zgłaszających swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich 7 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę:

Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie
tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Gminy Ożarówice z siedzibą w Ożarówicach** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące 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 (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Gliwicach**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Infrastruktura okołolotniskowa Międzynarodowego Portu Lotniczego Katowice w Pyrzowicach - gospodarka wodno -ściekowa*” zostało wszczęte przez Gminę Ożarowice, zwaną dalej Zamawiającym, w imieniu i na rzecz, której działało Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o.o.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 39-063701) w dniu 25 lutego 2011 r.

W dniu 29 kwietnia 2011 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 9 maja 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o., zwanego dalej Odwołującym.

W dniu 13 maja 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Robót Specjalnych Budowlanych Sp. z o.o., Antoni Motyczka prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Specjalnych Budowlanych A. Motyczka oraz Henryk Kamiński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Wielobranżowy KRYZA-PLAST Henryk Kamiński, zwani dalej łącznie Przystępującym, doręczyli Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, a także oświadczenia i argumentację stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania czynności wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz wobec wykluczenia z udziału

w postępowaniu Odwołującego. Odwołujący podnosił, iż Przystępujący nie zabezpieczył w sposób należyty złożonej przez siebie oferty wadium oraz nie wykazał, iż jest on ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę co najmniej 20 000 000,00 zł, a tym samym, że spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego. Wykazywał on ponadto, iż sam udowodnił w sposób należyty spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tym samym decyzja Zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu była bezzasadna. Wskazywał, iż w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów przedstawił on Zamawiającemu wykaz osób, a tym samym udowodnił, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołując się do oświadczeń innych podmiotów zawierających zobowiązanie do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów, twierdził, iż oświadczenia te są precyzyjne w swej treści, a tym samym potwierdzają, że wykazał on również, że posiada wymagane przez Zamawiającego wiedzę i doświadczenie. Oświadczył także, iż w dokumentach przedłożonych Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia znajduje się informacja sporządzona według norm przewidzianych w państwach siedzib podmiotów oddających mu do dyspozycji niezbędne zasoby, co potwierdza, iż „zarzut braku KRS” jest bezzasadny. Odwołujący twierdził także, iż może on, działając w oparciu o powołane oświadczenia innych podmiotów zawierających zobowiązanie do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów wykazywać spełnianie warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej, tj. powoływać się w tym celu na wysokość obrotów rocznych innego podmiotu i przedkładać na potwierdzenie tegoż odpowiednie dokumenty odnoszące się do tego innego podmiotu. Konsekwencją powołanych nieprawidłowości i zaniechania czynności, do których podjęcia Zamawiający był zobowiązany, miało być w ocenie Odwołującego, zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia Przystępującego oraz dokonanie takiej czynności w odniesieniu do Odwołującego, co stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Wszystko to dawało, w ocenie Odwołującego, podstawę do zarzucenia Zamawiającemu naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz 5) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia Odwołującego, a następnie wykluczenia z udziału w postępowaniu Przystępującego oraz powtórzenia czynności oceny ofert.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izbą. Wnosił on o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, twierdził, że w jego ocenie zarzuty przez niego podnoszone są bezzasadne. Odnosząc się do poszczególnych zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), jak i oferty złożonej przez Przystępującego, twierdził on, iż wykonawca ten w sposób czyniący zadość wymaganiom określonym w SIWZ wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W odniesieniu zaś do oferty złożonej przez Odwołującego, Zamawiający podnosił, iż Wykonawca ten nie udowodnił, że dysponował osobami wskazanymi w wykazie osób w dniu, w którym upływał termin składania ofert. W jego ocenie Odwołujący nie udowodnił także, iż spełnia on warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia. Twierdził on, że sprawdzenia, czy Wykonawca spełnia powołany warunek udziału w postępowaniu, mógł on jedynie dokonać w oparciu o przedłożony przez ten podmiot wykaz robót budowlanych. W jego ocenie to oświadczenie Odwołującego zawarte w tym wykazie mogło być jedynym dowodem na okoliczność zakresu wykazywanych robót. Wyjaśniał jednocześnie, iż za taki dowód nie mógł on uznać np. dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, gdyż nie zawierają one w sobie oświadczenia Odwołującego, a są jedynie przez niego poświadczane za zgodność z oryginałem. Zamawiający podkreślał, iż Wykonawca składając ofertę nie może na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej składać wraz z ofertą udostępnionych mu bilansów podmiotu trzeciego. Niezależnie od powyższego wskazywał on, iż oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu Odwołującemu tychże bilansów było wadliwe. Zamawiający podnosił ponadto, iż Odwołujący nie przedłożył aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego odnoszącej się do podmiotów udostępniających mu własny potencjał w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Stanowisko Przystępującego:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie przed Izbą.

Przystępujący popierał w całości stanowisko Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie,

a także oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowanych w odwołaniu, odpowiedzi na nie oraz w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak też w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić potwierdzoną za zgodność z oryginałem dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego w niniejszej sprawie.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego przedstawione przez Zamawiającego przed otwarciem rozprawy kopie umowy 11/I/2010 z dnia 29 stycznia 2010 r., umowy konsorcjum z dnia 20 października 2009 r., a także aneksu do tejże umowy konsorcjum z dnia 29 stycznia 2010 r. Dokumenty te potwierdzają zawarte w treści części C SIWZ informacje, iż Zamawiającym odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, w którym wniesiono odwołanie rozpoznawane przez Izbę, jest gmina Ożarówce. Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o.o., jako lider Inwestora Zastępczego – konsorcjum trzech Wykonawców (Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o.o., Inwestycje, Budownictwo, Handel INWEST-COMPLEX Sp. z o.o., Agencja Rozwoju Lokalnego AGROTUR S.A.) działało w tym postępowaniu jedynie w imieniu i na rzecz tejże gminy, innymi słowy było jej pełnomocnikiem. Izba uznała, iż udzielenie przez Zamawiającego umocowania osobie trzeciej do przygotowania i przeprowadzenia postępowania nie ograniczało praw mocodawcy (Gminy Ożarówce) do podejmowania samodzielnych czynności w toku postępowania. W szczególności, że w świetle § 4 ust. 1 lit. e) przedstawionej Izbie umowy nr 11/I/2010 z dnia 29 stycznia 2010 r. Gmina Ożarówce jest zobowiązana do zatwierdzania dokumentów przetargowych w postępowaniu prowadzonym przez Inwestora Zastępczego. Niezasadnie zatem Odwołujący kwestionował uprawnienie Wójta gminy Ożarówce do podpisania pełnomocnictwa dla osoby, która stawiała się przed Izbą jako pełnomocnik Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt III.2.1.2 SIWZ wymagał, aby Wykonawca, na potwierdzenie, iż znajduje się on w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej, wykazał, że *„posiada średnioroczny obrót w ciągu ostatnich trzech lat w zakresie wykonawstwa robót w wysokości 30 000 000,00 zł - co winno wynikać z dokumentów określonych w pkt. IV.2.6”*. Zgodnie z przywołanym punktem SIWZ Wykonawca był zobowiązany złożyć Zamawiającemu *„bilans z rachunkiem zysków i strat, albo w przypadku Wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności – za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, z uwzględnieniem wymogu pkt III.2.1.2”*.

W odniesieniu do warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Zamawiający w pkt III.2.2.1 SIWZ wymagał, aby Wykonawca, ubiegający się o udzielenie mu zamówienia, wskazał odpowiednie osoby na każdą z funkcji wymienionych w zawartej w tym punkcie SIWZ. Wykonawca, zgodnie z pkt IV.2.2)-3) SIWZ, był zobowiązany przedłożyć Zamawiającemu *„wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, wraz z oświadczeniem, że osoby, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, z uwzględnieniem spełnienia wymogów pkt. III.2.2.1, o treści załącznika nr II”* oraz *„oświadczenie złożone poprzez wypełnienie załącznika nr II do formularza ofertowego potwierdzające, że osoba/-y, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami”*.

Zamawiający dookreślając warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia zawarł w pkt III.2.3 następujące postanowienia: *„O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, których wiedza i doświadczenie pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia. W szczególności o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne, a jeżeli okres*

prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia każda, co winno wynikać z dokumentów określonych w pkt. IV-2.4).

Jako roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia Zamawiający rozumie:

- a) dwie realizacje dotyczące budowy w tym w co najmniej 1 zrealizowana w systemie „zaprojektuj i wybuduj” kanalizacji sanitarnej lub kanalizacji sanitarnej i deszczowej wraz z przyłączami i z odtworzeniem nawierzchni dróg o wartości co najmniej 20.000.000 zł. netto każda spełniające następujące wymagania:*
 - każda z nich o łącznej długości minimum 50 000 mb, w tym: co najmniej 6 000 mb kanalizacji tłocznej,*
 - w ramach każdej z nich należy wykazać wykonanie 10 szt. przepompowni lub tłoczni,*
 - co najmniej dwukrotne przekroczenie torów kolejowych w obu realizacjach łącznie,*
- b) budowę lub rozbudowę dwóch oczyszczalni ścieków o wydajności nie mniejszej jak 2 000 m³/d, przy czym oczyszczalnie te mogą występować w zadaniach jw. lub jako oddzielne realizacje, lecz co najmniej jedna z nich winna być zrealizowana w systemie „zaprojektuj i wybuduj”,*
- c) co najmniej jedną realizację dotyczącą opracowania dokumentacji projektowej kanalizacji sanitarnej lub kanalizacji sanitarnej i deszczowej wraz z przyłączami i odtworzeniem nawierzchni dróg, o długości min 40 km w tym co najmniej 6 km kanalizacji tłocznej. Wymaganie to nie może pokrywać się z doświadczeniem w projektowaniu wykazanym dla spełnienia warunku z pkt. a).”.*

Zgodnie z pkt. IV.2.4) SIWZ Wykonawca był zobowiązany przedstawić Zamawiającemu „wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, zgodnie z wymaganiami pkt. III.2.3, o treści załącznika nr III”.

Izba ustaliła ponadto, iż w pkt IV.2 in fine SIWZ Zamawiający wymagał, aby: „Wykonawca powołujący się przy wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

o których mowa w art. 22 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych, na potencjał innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ww. ustawy, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedłożył także dokumenty określone w pkt. IV.3 dotyczące tego podmiotu". Zgodnie z powołanym pkt IV.3) w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia Wykonawca był zobowiązany złożyć m.in.: „aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert” (ppkt 5) oraz „aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert” (ppkt 6).

Zgodnie z protokołem postępowania przed upływem terminu składania ofert 5 Wykonawców złożyło Zamawiającemu swoje oferty. Oferta Odwołującego była ofertą najtańszą – ustalił on cenę na kwotę 104 898 000,00 zł. Kolejną pod względem wysokości ceny spośród pozostałych ofert była oferta złożona przez Przystępującego (107 935 000,00 zł).

Zamawiający pismem z dnia 12 kwietnia 2011 r. poinformował Odwołującego, iż ten, w jego ocenie, nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Kwestionował on spełnienie przez niektóre ze wskazanych przez Odwołującego osób, jako mające uczestniczyć w realizacji zamówienia, wymagań określonych w pkt III.2.2.1 SIWZ. Zamawiający wskazywał ponadto, iż Odwołujący nie wykazał, iż spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia. W tym kontekście podnosił również, iż Odwołujący nie udowodnił mu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Twierdził on bowiem, iż przedstawione mu zobowiązania innych podmiotów nie odpowiadają wymaganiom art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający w powołanym piśmie poinformował Odwołującego, iż przedłożonych mu wraz z ofertą dokumentów wynika, iż jego sytuacja ekonomicznej nie odpowiada minimalnym warunkom dookreślonym w postanowieniach SIWZ. Niezależnie od powyższego wskazał także Odwołującemu, iż nie przedstawił on wszystkich wymaganych w pkt IV.3 SIWZ dokumentów odnoszących się do podmiotów, na potencjał których się powołuje. Uwzględniając własne ustalenia Zamawiający wezwał tegoż Wykonawcę do uzupełnienia odpowiednich dokumentów. Pouczył jednocześnie Odwołującego, iż w świetle przepisów prawa nie może się on posługiwać bilansem z rachunkiem zysków i strat podmiotu trzeciego nieskładającego z nim oferty wspólnej.

Odwołujący pismem z dnia 14 kwietnia 2011 r. złożył Zamawiającemu wyjaśnienia, wraz z którymi złożył uzupełnione dokumenty i oświadczenia.

Zamawiający badając złożone przez Odwołującego dokumenty uznał, iż należy wykluczyć go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W uzasadnieniu własnej decyzji wskazywał, iż z wyjaśnień złożonych przez tego Wykonawcę wynika, że dokonał on zmian w gronie osób mających uczestniczyć w realizacji zamówienia już po upływie terminu składania ofert. Twierdził jednocześnie, że Wykonawca uzupełniając dokumenty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może tworzyć nowych dokumentów, a jedynie uzupełnić – przedstawić Zamawiającemu – dokumenty pierwotnie, tj. przed upływem terminu składania ofert, posiadane. Jako kolejną okoliczność przemawiającą za wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający wskazał, iż nie udowodnił on, że posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie. Odnosząc się do poszczególnych prac, których wykonaniem Wykonawcy byli zobowiązani się wykazać, Zamawiający wskazywał, iż Odwołujący nie wykazał, iż legitymuje się doświadczeniem w odtworzeniu nawierzchni dróg w odniesieniu do pracy opisanej w pkt III.2.3.a) SIWZ, doświadczeniem w zrealizowaniu co najmniej jednej oczyszczalni w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w odniesieniu do pracy opisanej w pkt III.2.3.b) SIWZ oraz doświadczeniem w opracowaniu dokumentacji projektowej uwzględniającej odtworzenie nawierzchni dróg w odniesieniu do pracy opisanej w pkt III.2.3.c) SIWZ. Trzecim powodem wykluczenia Odwołującego było nie wykazanie przez niego, iż posiada on potencjał ekonomiczny wymagany w SIWZ. Zamawiający uznał bowiem, iż na potwierdzenie tego warunku udziału w postępowaniu Odwołujący nie może posługiwać się potencjałem podmiotu trzeciego, zaś usiłowanie zmiany po stronie podmiotowej Wykonawcy podjęta przez Odwołującego było niedopuszczalne. Wykonawca, z którym w świetle wyjaśnień z dnia 14 kwietnia 2011 r., miał zamiar składać ofertę wspólną, był zgodnie z treścią oferty jedynie podwykonawcą. Zamawiający wskazywał ponadto w odniesieniu do tegoż podmiotu, iż jego zobowiązane do udostępnienia Odwołującemu własnego potencjału nie może zostać uznane za prawidłowe, zgodnie bowiem z jego treścią przestaje ono wiązać jego wystawcę z dniem podpisania umowy na realizację zamówienia. Zamawiający wytykał także Odwołującemu, iż ten nie przedłożył aktualnych informacji z Krajowego Rejestru Karnego odnoszących się do dwóch podmiotów, na potencjał których się powołuje.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Skład orzekający Izby, uwzględniając powyższe ustalenia, doszedł do przekonania, iż podnoszone przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym.

W pierwszej kolejności Izba uznała, iż Odwołującym jest występujący samodzielnie Wykonawca: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o. Ten bowiem podmiot, w swoim wyłącznym imieniu, złożył Zamawiającemu własną ofertę, a także wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W ocenie Izby niedopuszczalna jest podjęta przez Odwołującego w piśmie z 14 kwietnia 2011 r. próba dokonania zmiany podmiotowej po jego stronie. Oczywistym jest, że Wykonawca: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o. złożył Zamawiającemu ofertę samodzielnie. W jej treści w pkt 6, jako jednego z podwykonawców, wskazał podmiot łotewski: Energobūvmontāžas SIA REMUS. Tym samym nie mogły znaleźć uznania wyjaśnienia złożone przez Odwołującego, iż oferta przez niego złożona jest *de facto* ofertą złożoną przez dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Znamienny w ocenie Izby jest fakt, iż odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione tylko i wyłącznie w imieniu Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o. W ocenie Izby z faktu tego wynika, iż także po stronie Odwołującego istniała świadomość, iż zmiana taka po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa.

W dalszej kolejności Izba uznała, że z uwagi na okoliczność, iż cena zaoferowana przez Odwołującego jest niższa od ceny zaoferowanej przez Przystępującego, Odwołujący nie mógł ponieść szkody w wyniku zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wobec faktu, iż zaoferował on najniższą cenę spośród wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz zapisów pkt XI.4 SIWZ, zgodnie z którym jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej była cena, Izba uznała, że jedyną czynnością, którą kwestionować w świetle regulacji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący miał prawo była czynność wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Skuteczne wykazanie niezgodności tej czynności z przepisami ustawy spowodowałyby przywrócenie Odwołującego do udziału w postępowaniu, a tym samym, wobec braku zarzutów ze strony Zamawiającego do treści oferty przez niego złożonej, uznanie tejże oferty na najkorzystniejszą, a w efekcie udzielenie zamówienia Odwołującemu. Na taki bieg wydarzeń nie miałyby żadnego wpływu okoliczność prawidłowego, czy też nie, pozostawania jako uczestnik w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Przystępującego. Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż Odwołujący nie posiadał legitymacji do podnoszenia zarzutów wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w odniesieniu do Przystępującego oraz złożonej przez niego oferty. Ustalenia Izby potwierdził w toku rozprawy sam Odwołujący, który przyznał, iż nie ma on interesu w kwestionowaniu prawidłowości oferty złożonej przez Przystępującego. Dlatego też Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba uznała za zasadny zarzut nieprawidłowej oceny dokonanej przez Zamawiającego okoliczności spełniania przez Odwołującego warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Istotną była tu okoliczność, iż Zamawiający w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu nie kwestionował w żaden sposób spełniania przez wskazane w uzupełnionym przez Odwołującego wykazie osoby wymagań określonych w pkt III.2.2.1 SIWZ. Jedynym powodem, dla którego Zamawiający uznał, iż wykaz ten został uzupełniony w sposób niezgodny z ustawą, a co za tym idzie Odwołujący nie wskazał wymaganych w SIWZ osób o odpowiednich kwalifikacjach i doświadczeniu, było uznanie, że Odwołujący sporządził powołany wykaz, a tym samym wyznaczył wskazane w nim osoby, już po upływie terminu składania ofert. Tymczasem przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zdaniu drugim stanowi, że „*złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu w którym upłynął (...) termin składania ofert*”. Z przepisu tego nie sposób wywieść, jak to uczynił Zamawiający, regulacji odnoszącej się do daty sporządzenia uzupełnianych Zamawiającemu oświadczeń i dokumentów. W jego świetle istotne jest jedynie to, aby potwierdzały one spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Innymi słowy, ważne jest to, aby potwierdzały one stan faktyczny nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Uwzględniając powyższe założenia, oraz uznana przez Zamawiającego jako nieistotną dla rozstrzygnięcia, a ocenioną odmiennie przez Izbę, okoliczność, iż uzupełniony przez Odwołującego wykaz osób opatrzony został datą 14 kwietnia 2011 r., Izba doszła do przekonania, że Wykonawca ten udowodnił w sposób wystarczający, iż dysponował on osobami ujętymi w uzupełnionym Zamawiającemu wykazie w terminie składania ofert, tj. w dniu 5 kwietnia 2011 r. Wobec braku informacji o dokonaniu sprawdzenia przez Zamawiającego, czy wskazane przez Odwołującego w uzupełnionym wykazie osoby spełniają wymagania określone w pkt. III.2.2.1 SIWZ, Izba nie objęła swym rozpoznaniem tej okoliczności.

Odnosząc się do zarzutów zmierzających do podważenia prawidłowości oceny dokonanej przez Zamawiającego okoliczności wykazania przez Odwołującego spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, Izba uznała, iż Odwołujący nie udowodnił w trakcie postępowania odwoławczego, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, że spełnia powołany warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp to Wykonawca jest zobowiązany wykazać Zamawiającemu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto wnosząc odwołanie wobec czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu

o udzielenie zamówienia Odwołujący, w świetle art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, jest obowiązany wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. W rozstrzyganym przypadku Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia. Istotnym jest, że Zamawiający w informacji o wykluczeniu wskazał Odwołującemu w sposób wyraźny, których elementów opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku w złożonych przez siebie dokumentach nie wykazał. Zauważyć należy, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy w toku oceny spełniania powołanego warunku nie uwzględnił pełnej treści referencji załączonych do wykazu robót budowlanych. W ocenie Izby powinien on być ustalając zakres wykazywanych przez Wykonawcę prac uwzględniać nie tylko i wyłącznie treść oświadczenia Odwołującego zawartego w wykazie robót budowlanych, ale również treść dokumentów potwierdzających, że roboty wskazane w tym wykazie zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Dokumenty te należy bowiem czytać łącznie i dopiero po uwzględnieniu ich łącznej treści, Zamawiający jest upoważniony do rozstrzygnięcia o wykazaniu czy też o nie wykazaniu spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Niezależnie jednak od powołanej okoliczności, zdaniem Izby, Odwołujący w uzasadnieniu odwołania nie przedstawił wiarygodnych dowodów na odparcie twierdzeń strony przeciwnej. Przywołał on jedynie fakt, iż podmioty, których oświadczenia przedstawił Zamawiającemu, udostępniły mu swój potencjał, a wykazane przez niego prace, zrealizowane przez te podmioty, spełniają warunki określone w SIWZ. Nie odniósł się jednak w sposób konkretny do poszczególnych zarzutów sformułowanych przez Zamawiającego w informacji o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nawet wezwany w toku rozprawy przez Izbę do wskazania dokumentów, które w jego ocenie miałyby potwierdzać spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia Odwołujący tego nie uczynił. Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż nie przedstawił on wystarczających dowodów uzasadniających prawidłowość prezentowanej przez siebie argumentacji, dlatego też rozpoznawany zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała za bezzasadny zarzut odnoszący się do oceny faktu wykazania przez Odwołującego spełniania warunku dotyczącego potencjału ekonomicznego. Skład orzekający Izby stanął bowiem na stanowisku, iż w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie jest możliwe korzystanie z potencjału ekonomicznego podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia do tego potencjału się odnoszącego. Analogiczne stanowisko Izba reprezentowała w orzeczeniach wydanych w sprawach o sygn. akt KIO/1754/10 i KIO/637/11. Podobnie J. Sadowy w *Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r.*

pod redakcją Jacka Sadowego, Warszawa 2010, s. 12: „*Jak wynika z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, uprawnienie to [uprawnienie do oparcia się na potencjałe podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków] nie obejmuje warunku posiadania uprawnień oraz warunku potencjału ekonomicznego. W tym zakresie Zamawiający może wymagać wykazania spełnienia powyżej wskazanych dwóch warunków bezpośrednio od wykonawcy ubiegającego się o zamówienia publiczne*”. Uwzględniając powyższe stanowisko, Izba uznała, iż Odwołujący nie był uprawniony do powoływania się na potencjał ekonomiczny podmiotu łotewskiego: Energobūvmontāžas SIA REMUS. Z oświadczenia zawartego na stronie 117 dokumentów uzupełnionych przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 14 kwietnia 2011 r. wynika, iż Odwołujący nie legitymuje się poziomem średniorocznego obrotu określonym w SIWZ (30 000 000,00 zł), bowiem zgodnie z tabelą zawartą w powołanym oświadczeniu wykazał on średnioroczny obrót w wysokości 12 260 909,19 zł. Tym samym nie wykazał on spełniania powołanego warunku, a zatem Zamawiający prawidłowo wykluczył go z tego powodu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający Izby ocenił ponadto, że Zamawiający zasadnie nie uznał za prawidłowo sporządzone oświadczenia o udostępnieniu Odwołującemu własnego potencjału przez podmiot łotewski: Energobūvmontāžas SIA REMUS. Dokument ten, będący *de facto* pełnomocnictwem konsorcjalnym (z uwagi na fakt, iż ofertę złożył samodzielnie Odwołujący, okoliczność ta jest nieistotna dla rozstrzygnięcia), zawiera co prawda w swej treści zobowiązanie się do oddania do dyspozycji Odwołującemu własnego potencjału, niemniej jednak zobowiązanie to jest ważne, tak jak cały ten dokument, jedynie „*do momentu podpisania ze zwycięzcą umowy na realizację zamówienia publicznego*”. Tym samym nie można uznać, iż na jego podstawie Odwołujący będzie dysponował udostępnionymi mu zasobami na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Nie sposób bowiem, aby mógł wyegzekwować na etapie realizacji przedmiotu zamówienia udostępnienie mu zasobów na podstawie dokumentu, który utracił swą ważność przed rozpoczęciem wykonywania zamówienia. Abstrahując od powołanej treści i formy tegoż dokumentu, a także dokonanej powyżej przez Izbę oceny skuteczności takiego zobowiązania, wskazać należy, że nawet to ułomne udostępnienie zasobów przed podmiot trzeci nie obejmuje swoim zakresem oddania do dyspozycji Odwołującego potencjału ekonomicznego, na które to udostępnienie powoływał się on we wniesionym odwołaniu.

Odwołujący nie wykazał w toku postępowania odwoławczego, że przedstawił Zamawiającemu aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego, których brak ten mu zarzucał w informacji o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu o udzielenie

zamówienia. Nadto formułując zarzut Odwołujący posłużył się akronimem KRS. Dla Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia wiadomym być powinno, iż skrót ten oznacza Krajowy Rejestr Sądowy, nie zaś Krajowy Rejestr Karny, który oznacza się akronimem KRK. Uwzględniając powyższe Izba uznała zarzut ten za nieznajdujący oparcia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Następstwem uznania za bezzasadne wcześniej rozpoznanych zarzutów było nieuwzględnienie zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, Został one bowiem sformułowany, jako będący wynikiem zarzutów już przez Izbę rozpoznanych i uznanych za nie zasługujące na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał w toku postępowania odwoławczego, ażeby Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, której to naruszenie mu zarzucał.

Uwzględniając powyższe ustalenia i dokonaną ich ocenę, Izba uznała, iż Odwołujący nie przedstawił wystarczających dowodów uzasadniających prawidłowość prezentowanej przez siebie argumentacji. Sformułowane przez niego twierdzenia nie mogły zostać uznane przez Izbę za wystarczające dla uznania twierdzeń Zamawiającego za mniej wiarygodne od tez postawionych przez Odwołującego. Dlatego też Izba nie mogła dać wiary argumentacji Odwołującego, wobec czego uznała, iż nie potwierdziły się zarzuty przez niego podniesione.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....