

Sygn. akt: KIO 878/10

WYROK
z dnia 8 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 czerwca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Jan Gutkowski, Firma Gutkowski, ul. 17-go stycznia 92, 64-100 Leszno** w dniu 12 maja 2010 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Wysokie Mazowieckie, ul. Mickiewicza 1A, 18-200 Wysokie Mazowieckie**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum Wykonawców: 1) Firma Bartosz Sp. J., Bujwicki, Sobiech (lider); 2) „MASTER” Emil Borys Sp. j. (partner) oraz 3) „PLUM” Sp. z o.o. (partner) z siedziba dla lidera konsorcjum, ul. Sejneńska 7, 15-399 Białystok** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert,**

- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Wysokie Mazowieckie, ul. Mickiewicza 1A, 18-200 Wysokie Mazowieckie i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Gminę Wysokie Mazowieckie, ul. Mickiewicza 1A, 18-200 Wysokie Mazowieckie,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Gminę Wysokie Mazowieckie, ul. Mickiewicza 1A, 18-200 Wysokie Mazowieckie** na rzecz **Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Jan Gutkowski, Firma Gutkowski, ul. 17-go stycznia 92, 64-100 Leszno** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łomży**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 8 czerwca 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 878/10

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Przebudowa stacji uzdatniania wody w Jabłonce Kościelnej, Kalinowie Czosnowie i Mazurach wraz z towarzyszącą infrastrukturą”, zostało wszczęte przez Gminę Wysokie Mazowieckie, ul. Mickiewicza 1A, 18-200 Wysokie Mazowieckie zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 84675-2010 z dnia 14.04.2010 r.

W dniu 07.05.2010 r. faxem Zamawiający poinformował zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Wykonawców: 1) Firma Bartosz Sp. J., Bujwicki, Sobiech (lider); 2) „MASTER” Emil Borys Sp. j. (partner) oraz 3) „PLUM” Sp. z o.o. (partner) z siedzibą dla lidera konsorcjum, ul. Sejneńska 7, 15-399 Białystok zwane dalej: „Konsorcjum Bartosz” albo „Przystępującym”. Poinformował także o wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji także odrzuceniu oferty Jana Gutkowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Jan Gutkowski, Firma Gutkowski, ul. 17-go stycznia 92, 64-100 Leszno zwanej dalej: „Firma Gutkowski” albo „Odwołującym”. Zamawiający uznał, że Odwołujący nie dopełnił wymogu art. 26 ust. 2b Pzp i w związku z tym podlega wykluczeniu z postępowania. Zamawiający bowiem pismem z dnia 30.04.2010 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów: certyfikatów ISO 9001 i ISO 14001. Odwołujący w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego uzupełnił dokumenty o certyfikaty podwykonawcy: firmy INSTAL KRAKÓW S.A. Zamawiający wskazał, że Odwołujący winien jeszcze dodatkowo, w oparciu o art. 26 ust. 2b Pzp, załączyć oświadczenie INSTALU KRAKÓW S.A. o oddaniu do dyspozycji zasobów na okres wykonania zamówienia dla potwierdzenia, że Odwołujący będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Niezałączenie takiego oświadczenia stało się przyczyną wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

W dniu 12.05.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 Pzp, Firma Gutkowski wniosła odwołanie na wybór oferty najkorzystniejszej oraz na jej bezprawne wykluczenie z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie oferty. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 11.05.2010 r. (faxem).

Wskazał, że przedstawione niżej czynności podjęte przez Zamawiającego dokonane zostały z naruszeniem przepisów Pzp i postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. W szczególności naruszają dyspozycje 24 ust. 2 pkt 4,

art. 24 ust. 4 i art. 26 ust. 2b Pzp, a także postanowienie Rozdz. II pkt 4 lit b SIWZ, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu bezprawne dokonanie:

- wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
- wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosi o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu:

- dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- dokonania unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
- dokonania ponownego badania ofert;
- dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Art. 26 ust. 2b Pzp stanowi, że jeżeli Wykonawca będzie 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, to jest zobowiązany 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.

Certyfikat systemu zarządzania jakością ISO 9001, jak i ISO 14001 nie należą do dokumentów potwierdzających wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny, dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, czy zdolności finansowe innych podmiotów.

Certyfikaty najbardziej możnaby odnieść do zakresu pojęciowego wiedzy i doświadczenia, ale tak nie jest. Zamawiający w Rozdz. II pkt 4 lit b SIWZ stwierdził, że: „O zamówienie mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

b) posiadania wiedzy i doświadczenia - tj. zrealizowali w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej trzy zamówienia na roboty budowlane, związane z przebudową, budową stacji uzdatniania wody, odpowiadających swoim rodzajem i wartością (min. 700 000,00 zł każda) robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie". W zakres znaczeniowy posiadania wiedzy i doświadczenia, Zamawiający zaliczył wykonanie określonych robót, a dokumentami potwierdzającymi posiadanie wiedzy i doświadczenia mają być dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały należycie wykonane. Najczęściej są to referencje lub protokoły odbioru robót. Certyfikaty nie należą do tego typu dokumentów.

Zamawiający nie żądał od wykonawców podawania nazw i adresów podwykonawców, którzy będą uczestniczyli w wykonaniu zamówienia. W załączniku nr 5 do

oferty: „*Informacja o zakresie robót powierzonym podwykonawcom*”, Zamawiający żądał podania następujących danych: *Rodzaj robót* i *Wartość powierzonej części zadania (w tys. zł)*. Odwołujący te informacje Zamawiającemu wraz z ofertą podał. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania z powodu niedostarczenia dokumentu, do którego załączenia Odwołujący nie był zobowiązany. Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów także nie napisał, że będzie oczekiwał oświadczenia lub innej formy pisemnego zobowiązania podwykonawcy, o których pisze w zawiadomieniu.

Zamawiający do chwili otwarcia posiedzenia z udziałem stron nie udzielił odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający w dniu 12.05.2010 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.05.2010 r. (faxem) Konsorcjum Bartosz zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Odwołujący w jego ocenie naruszył art. 24 ust 2 pkt 4, oraz art. 26 ust 2b Pzp. SIWZ szczegółowo określa przedmiot zamówienia. Dodatkowo szczegółowy zakres prac stanowiących przedmiot zamówienia określają załączniki:

- Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót,
- Projekt wykonawczy,
- Przedmiary robót.

W pkt 3.2 SIWZ jest zapis: Wykonawcy powołujący się przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkładają także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla Wykonawcy, określonym w pkt 3.2 a, b, c. tj.:

a) Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia (art. 24 ust 1)

b) Aktualny odpis z właściwego rejestru

c) Aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego oraz właściwego oddziału ZUS potwierdzających, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne lub społeczne.

Odwołujący dołączając certyfikaty ISO 9001 i ISO 14001 firmy INSTAL Kraków S.A powinien dołączyć dokumenty dotyczące tego podmiotu (pkt 3.2 a, b, c SIWZ), oraz dołączyć pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (art. 26 ust. 2b).

W pkt 1 D SIWZ wskazano, iż: „*W przypadku zastosowania urządzeń równoważnych Wykonawca powinien dołączyć oświadczenie ze wskazaniem lokalizacji urządzeń wraz*

z danymi teleadresowymi Użytkownika, że zaproponowane w ofercie urządzenia pracują prawidłowo na co najmniej 5 stacjach uzdatniania wody”. Odwołujący przedstawił w ofercie tylko tabelę urządzeń równoważnych. Brak jest oświadczenia potwierdzającego że wymienione urządzenia prawidłowo pracują na 5 Stacjach Uzdatniania Wody.

Załącznikiem do SIWZ jest projekt techniczny: „Wizualizacja procesu (SCADA), Budowa Systemu Wizualizacji Procesu dla Stacji Uzdatniania Wody w Kalinowie Czosnowie, Jabłonce Kościelnej, Mazurach”. W ofercie Odwołującego nie ma zawartej informacji, że wyżej wymienione roboty zostały uwzględnione przy wycenie wyżej wymienionego zadania. Zaś powinny zostać uwzględnione wszystkie roboty wchodzące w zakres przedsięwzięcia, które obejmuje projekt wykonawczy oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót oraz przedmiary robót załączone do SIWZ (pkt. 7).

W pkt. 3.1 a) SIWZ wskazano, że Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu na podst. art. 24 ust. 1 Pzp powinien dołączyć: Wykaz wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, robót budowlanych związanych z przebudową, budową stacji uzdatniania wody - co najmniej trzech, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów, te roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. We wszystkich dokumentach potwierdzających (referencjach) złożonych przez Odwołującego brak jest zapisu, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W świetle powyższego treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i została słusznie odrzucona przez Zamawiającego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności SIWZ, wezwaniem Zamawiającego z dnia 30.04.2010 r., odpowiedzią Odwołującego z dnia 05.05.2010 r. wraz załącznikami, ofertą Odwołującego, odwołaniem, przystąpieniem do odwołania, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, w tym odpowiedzią na odwołanie Zamawiającego, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych

innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z postanowień SIWZ, wezwania Zamawiającego z dnia 30.04.2010 r., odpowiedzi Odwołującego z dnia 05.05.2010 r. wraz załącznikami, tj. certyfikatem ISO 9001 oraz ISO 14001, oferty Odwołującego, odwołania, przystąpienia do odwołania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron i Przystępującego złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu, w tym odpowiedzią na odwołanie Zamawiającego.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2 b oraz art. 24 ust. 4 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty i wybór oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Odwołującego z uwagi na nie dopełnienie wymogu art. 26 ust. 2 b Pzp, Izba uznała za zasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

W Rozdz. II w pkt 1 D lit a SIWZ Zamawiający wskazał, że: „(...) *dopuszcza zastosowanie wyrobów równoważnych pod warunkiem spełniania przez nie parametrów równoważności określonych w dokumentacji i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Ciężar udowodnienia ze materiał jest równoważny w stosunku do wymogu określonego przez Zamawiającego spoczywa na składającym ofertę. W tym celu Wykonawca jest zobowiązany przedstawić karty katalogowe z rysunkami i opisami technicznymi oraz atesty PZH urzędzeń zamiennych, aby Zamawiający mógł ocenić równoważność tych urzędzeń. Urzędzenia równoważne winny być wcześniej zastosowane*

i pracować prawidłowo w nie mniej jak 5 stacjach uzdatniania wody. Informacje te należy przedstawić w formie oświadczenia ze wskazaniem lokalizacji urządzeń wraz z danymi teleadresowymi Użytkownika (Zamawiającego) stacji uzdatniania wody. Poza wymienionymi dokumentami do oferty należy załączyć także certyfikaty potwierdzające spełnienie przez producenta odpowiednich norm jakościowych takich jak: ISO 9001 i ISO 14001". Z kolei w Rozdz. III pkt 4: „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” lit. b i c) Zamawiający określił, że: „O zamówienie mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (.....) b) posiadania wiedzy i doświadczenia - tj. zrealizowali w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej trzy zamówienia na roboty budowlane, związane z przebudową, budową stacji uzdatniania wody, odpowiadających swoim rodzajem i wartością (min. 700 000,00 zł każda) robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie, c) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – tj. co najmniej po 1 osobie posiadającej uprawnienia budowlane w specjalności budowlanej, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych oraz instalacji elektrycznych, lub zgodnie z art. 26 ust. 2 b Pzp przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów kadrowych na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia". W ramach pkt 3.1 ppkt 4 Rozdz. III SIWZ Zamawiający ustalił konieczność załączenia do oferty danych dotyczących zakresu prac powierzonych podwykonawcom (jeśli oferent przewiduje zatrudnienie podwykonawców) - załącznik nr 5 do SIWZ. Zaś w ppkt 5 konieczność załączenia do oferty kserokopii aprobat technicznych lub deklaracji zgodności na przewidziane do zastosowania urządzenia technologiczne takie jak filtry, certyfikat potwierdzający spełnienie przez producenta odpowiednich norm jakościowych takich jak: ISO 9001 i ISO 14001 odnoszący się do kwestii certyfikatów w potwierdzających spełnienie przez producenta odpowiednich norm jakościowych takich jak ISO 9001 i ISO 14001.

Odwołujący na str. 119 oferty przedstawił tabele z urządzeniami równoważnymi i zgodnie z odpowiedzią na odwołania udzieloną przez Zamawianego na rozprawie, uznał on konieczność wezwania go do uzupełnienia certyfikat potwierdzający spełnienie przez producenta odpowiednich norm jakościowych takich jak: ISO 9001 i ISO 14001, co uczynił 30.04.2010 r. Pomimo uzupełnienia w dniu 05.05.2010 r., Zamawiający podtrzymał na rozprawie uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, gdyż winien on na wezwanie o uzupełnienie przedłożyć również oświadczenia, tzn. „zobowiązania” zgodnie z art. 26 ust 2b zd. drugie Pzp, gdyż *de facto* będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego, tj. INSTAL KRAKÓW SA.

Zamawiający wskazał, że w SIWZ nie żądał przedłożenia zobowiązania do udostępnienia podmiotu trzeciego. Wyjaśnił również, że fakt wskazania w art. 26 ust 2b Pzp czyli wprost w ustawie konieczności przedłożenia takiego zobowiązania powoduje, iż nie ma konieczności odniesienia się do tej kwestii w SIWZ. W ocenie Zamawiającego Odwołujący w tym stanie rzeczy nie udowodnił równoważność oferowanych urządzeń tj. spełnienia odpowiednich norm jakościowych, gdyż producentem tych urządzeń będzie podmiot trzeci, a nie Odwołujący.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba uznała za istotne aby wskazać, że wbrew stanowisku Zamawiającego, nie jest wystarczającą okolicznością, iż z art. 26 ust. 2 b Pzp „zobowiązanie” wynika wprost z jego treści. W ocenie Izby konieczne jest, aby wymóg udowodnienia faktu dysponowania zasobami na wypadek korzystania z pomocy innych podmiotów powinien być wyraźnie określony przez Zamawiającego w ogłoszeniu lub SIWZ. Art. 26 ust. 2a stanowi, bowiem że Wykonawca czyni to: „(..) na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym (....)”. Nie można bowiem domniemywać, że istnieją jeszcze inne warunki, nie podane w ogłoszeniu, czy też SIWZ. W konsekwencji opisując warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien zastrzec, że gdy Wykonawca zamierza polegać na zdolnościach podmiotów trzecich, musi udowodnić, w drodze wybranych przez siebie środków dowodowych, fakt dysponowania takimi zasobami na czas realizacji zamówienia. Na zasadzie analogii należy wskazać, że również obowiązek złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków o których mowa w art. 22 ust.1 Pzp mimo, że wynika bezpośrednio z art. 44 Pzp wymaga stosownego wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ. Dodatkowo, Izba zauważa, że zgodnie z art. 26 ust.1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 2 b Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do żądania od Wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu powyżej „progów unijnych”, czyli dowodów stosownie do treści art. 26 ust. 2 b Pzp i jedynie uprawniony do takiego zachowania w postępowaniu poniżej „progów unijnych”.

Po drugie, zgodnie z art. 26 ust. 2 b Pzp Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu (art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp), potencjale technicznym (art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp), osobach zdolnych do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp) lub zdolnościach finansowych innych podmiotów (art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp) niezależnie od charakteru prawnego łączącego 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 wykonywaniu zamówienia. Z powyższego wynika, że uprawnienie Wykonawców do opierania

się na potencjale podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków dotyczy jedynie niektórych spośród wymienionych w art. 22 ust. 1 Pzp warunków udziału w postępowaniu o charakterze podmiotowym. Uprawnienie nie to nie obejmuje warunku posiadania uprawnień oraz warunku potencjału ekonomicznego. W tym zakresie Zamawiający może wymagać wykazania się spełnienia powyżej wskazanych dwóch warunków bezpośrednio od Wykonawcy. Zgodnie z § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) zwanego dalej: „Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów” jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia (warunek *sine qua non*), Zamawiający może żądać od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 niniejszego rozporządzenia, czyli dokumentów stanowiących o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust.1 Pzp. Natomiast, weryfikacja warunku z art. 22 ust.1 pkt 1 Pzp ma miejsce przez dokument z § 1 ust.1 pkt 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów. Weryfikacja warunku z art. 22 ust.1 pkt 2, następuje odpowiednio w oparciu o § 1 ust.1 pkt 2 i 3 niniejszego rozporządzenia. Z kolei weryfikacja potencjału technicznego to § 1 ust.1 pkt 4 i 5. Osób zdolnych do wykonania zamówienia to § 1 ust.1 pkt 6 i 7. Zaś weryfikacja zdolności finansowej następuje w oparciu o § 1 ust.1 pkt 9, zaś potencjału ekonomicznego w oparciu o § 1 ust.1 pkt 8 i 10 niniejszego rozporządzenia.

Po trzecie, z analizy art. 26 ust. 2 b Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 zd. 2 pkt 2 oraz § 5 ust. 1 pkt 2-5 Pzp wynika, że art. 26 ust. 2 b Pzp stanowi o warunkach udziału w postępowaniu o charakterze podmiotowym i nie obejmuje kategorii wymagań Zamawiającego w stosunku do oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych, potocznie zwanych warunkami o charakterze przedmiotowymi z uwagi na to, że potwierdzają właściwości przedmiotu zamówienia. Należy także wskazać na różnice w dyrektywie 2004/18/WE (art. 48 ust. 2 li c, d, f, h), która zalicza odmiennie niż w przepisach krajowych, do potencjału technicznego środki zastosowane w celu zapewnienia jakości, środki zarządzania środowiskiem oraz zaplecze naukowo-badawcze.

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający uznał, że skoro Wykonawca załączył certyfikaty ISO 9001 i ISO 14001 na podmiot trzeci, czyli producentem zaoferowanych urządzeń jest podmiot inny niż Wykonawca składający ofertę, to konieczne jest przedłożenie stosownego „zobowiązania” z art. 26 ust. 2 b Pzp. W ocenie Izby powyższe stanowisko Zamawiającego jest błędne. Abstrahując bowiem od kwestii, czy w odniesieniu do kategorii wymagań Zamawiającego w stosunku do oferowanych dostaw, usług lub robót

budowlanych można wykazywać się potencjałem podmiotów trzecich, co dopuszcza dyrektywa europejska i prounijna wykładania prawa. Izba zauważa, że Zamawiający nie zawarł takiego obostrzenia w ogłoszeniu lub SIWZ stwierdzając jedynie, że wymagane jest przedłożenie certyfikatu potwierdzającego spełnienie przez producenta odpowiednich norm jakościowych. Bez znaczenia dla Zamawiającego było, czy owym producentem będzie Wykonawca, czy podmiot trzeci, w tym wypadku podwykonawca. Wykonawca zobowiązał się, że dostarczy przedmiot zamówienia podmiotu trzeciego (tj. podwykonawcy) i spełnia on wymagania jakościowe postawione przez Zamawiającego. W tym zakresie, tj. certyfikatów ISO 9001 i ISO 14001, abstrahując od ich charakteru, należy także wskazać, że Zamawiający nie zawarł w ogłoszeniu lub SIWZ wymogu udowodnienia faktu dysponowania zasobami na wypadek korzystania z pomocy innych podmiotów, uczynił to tylko w odniesieniu do warunku z Rozdz. II pkt 4 lit. c SIWZ. Jest to tym bardziej istotne, że przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem poniżej „progów unijnych” i żądanie z art. 26 ust. 2 Pzp, a w konsekwencji z art. 26 ust. 2 a i 2b ma charakter fakultatywny. W konsekwencji, jak i z uwagi na to, że „zobowiązanie” odnosi się wyłącznie do warunków podmiotowych, żądanie stosownego oświadczenia w tym zakresie, z tego tytułu jest nieuzasadnione.

Po czwarte, brak ograniczenia w ogłoszeniu lub SIWZ, co do zakresu podwykonawstwa, załączenie stosownego załącznika nr 5 do SIWZ zawierającego dane dotyczące zakresu prac powierzonych podwykonawcom, dopuszczalność wykazywania się przez Wykonawcę w takim stanie faktycznym dokumentami jakościowymi podwykonawcy (podobnie wyrok KIO z dnia 16.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 832/09), jak również okoliczność tego rodzaju, że z podwykonawstwem łączy się oddanie do dyspozycji zasobów jako element świadczenia polegającego na podwykonaniu części zamówienia i nie ma ono waloru oddzielnego zachowania się dłużnika i nie musi być jako takie wskazane w treści pisemnego zobowiązania, także uzasadnia stanowisko przedstawione w przedmiotowym orzeczeniu przez Izbę. Samo bowiem zaciągnięcie przez podwykonawcę zobowiązania do wykonania części zamówienia wystarczy, aby przyjąć, że podwykonawca zobowiązał się, iż udostępni niezbędne zasoby (A. Sołtysińska, G. Wicik: „Dopuszczalność powoływania się na zdolność innych podmiotów”, Kwartalnik PZP, Nr 4 (23)/2009, str. 16, 26). Odwołujący jednoznacznie potwierdził w odwołaniu, jak i na rozprawie, że podwykonawcą w przedmiotowym postępowaniu jest INSTAL KRAKÓW S.A., którego certyfikaty przedłożył Zamawiającemu w dniu 05.05.2010 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Izba nie odnosiła się do zarzutów Przystępującego w odniesieniu do oferty Odwołującego wykraczających poza zakres zarzutów Odwołującego i podstawę czynności

Zamawiającego będącą podstawą środka ochrony prawnej, zgodnie bowiem z art. 192 ust 7 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów które nie były zawarte w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....