

Sygn. akt: KIO 1716/13

**WYROK**  
**z dnia 30 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk**

**Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Emil Kawa**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2013 r. przez wykonawcę **Drog-Bud Sp. z o.o., Lubojenka, ul. Prosta 88/90, 42-209 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: **C..... Ekologia i Zieleń Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz EMBIT Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Bytomska 41, 41-103 Siemianowice Śląskie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Drog-Bud Sp. z o.o., Lubojenka, ul. Prosta 88/90, 42-209 Częstochowa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Drog-Bud Sp. z o.o., Lubojenka, ul. Prosta 88/90, 42-209 Częstochowa** tytułem wpisu od odwołania.

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 Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Przebudowę drogi wojewódzkiej nr 492 od km 22+661 do km 29+718 w miejscowości Wręczyca Wielka”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 23 kwietnia 2013 r. pod nr 2013/S 079-132775.

W postępowaniu tym wykonawca Drog-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Lubojence, poczta Częstochowa (dalej: „Odwołujący”) w dniu 15 lipca 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 12 lipca 2013 r.

Zamawiający w dniu 15 lipca 2013 r. skierował wezwanie do przyłączenia się do postępowania odwoławczego, przekazując wykonawcom kopię odwołania.

W dniu 18 lipca 2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: C..... Ekologia i Zieleń Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz EMBIT Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Siemianowicach Śląskich (dalej: „Przystępujący”) złożyli do Prezesa Izby zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 30 lipca 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego:

Odwołujący złożył odwołanie od:

- 1) zaniechania przez Zamawiającego następujących czynności:
  - a) wykluczenia z postępowania Przystępującego,
  - b) odrzucenia oferty Przystępującego,
  - c) wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu;
- 2) podjętej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił, że powyższe naruszało przepisy art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 24b ust. 3, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 8 oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji także przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Podnosząc te zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej;
- 2) przeprowadzania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności związane z poszczególnymi czynnościami i zdarzeniami, które miały miejsce w tym postępowaniu.

Przywołał postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) istotne z punktu widzenia zarzutów podnoszonych w odwołaniu:

- 1) o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem postępowania mogą ubiegać się wykonawcy dysponujący minimum pięcioma osobami posiadającymi wykształcenie wyższe i co najmniej ośmioletnim doświadczeniem zawodowym liczonym od dnia uzyskania uprawnień oraz legitymującymi się uprawnieniami budowlanymi do kierowania, odpowiednio, robotami drogowymi, robotami mostowymi, robotami elektrycznymi, robotami telekomunikacyjnymi i robotami kanalizacyjnymi, przy czym nie dopuszcza się łączenia stanowisk tych osób (pkt 1.5.1.4/ SIWZ);
- 2) dokumentem potwierdzającym spełnienie powyższego warunku jest wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (pkt 1.6.1.3 SIWZ), którego wzór stanowi załącznik nr 6 do SIWZ;
- 3) Zamawiający żąda od wykonawców złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, sporządzonej według wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ (pkt 1.9.6 SIWZ), który to wzór umożliwia, poprzez skreślenie wskazanych w nim zwrotów, zarówno przedstawienie listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, jak i oświadczenia o nienależeniu do grupy kapitałowej;

- 4) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem postępowania winni ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu, albo reprezentowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia będącego przedmiotem postępowania (pkt 1.14.B.2 SIWZ), przy czym każdy z takich wykonawców winien oddzielnie złożyć m.in. aktualny odpis z właściwego rejestru, jeżeli podlega wpisowi do tego rejestru, aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp oraz listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej (pkt 1.14.B.3 SIWZ)

W świetle powyższego wskazał też na załączone do oferty Przystępującego dokumenty, tj.:

- 1) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w którym wskazano:
  - a) J..... S..... i J..... Ż....., jako kierowników robót, z zaznaczeniem, że J..... S..... posiada wykształcenie średnie, a J..... Ż..... wykształcenie wyższe i że obaj posiadają uprawnienia budowlane do kierowania robotami drogowymi, a podstawą do ich dysponowania przez Przystępującego do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania jest umowa o pracę,
  - b) A..... J....., J..... G..... i J..... B....., jako kierowników robót, posiadających uprawnienia do kierowania robotami, odpowiednio, telekomunikacyjnymi, elektrycznymi i sanitarnymi, z zaznaczeniem, że A..... J..... i J..... G..... posiadają wykształcenie wyższe, a J..... B..... wykształcenie średnie, i że podstawą do dysponowania nimi wszystkimi przez Przystępującego do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania jest umowa o pracę;
- 2) wypis z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dotyczący Spółki EMBIT (konsorcjanta Przystępującego), z którego wynikało, że:
  - a) w skład dwuosobowego zarządu Spółki EMBIT wchodzi: M..... D....., jako prezes Zarządu, i B..... P....., jako członek Zarządu,
  - b) do składania oświadczeń woli w imieniu Spółki EMBIT uprawniony jest samodzielnie każdy członek Zarządu, z tym, że w sprawach dotyczących rozporządzania majątkiem Spółki bądź zaciągania zobowiązań powyżej kwoty 100.000,00 zł do składania oświadczeń i podpisywania w imieniu Spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków Zarządu lub członka Zarządu łącznie z prokurentem w przypadku jej udzielenia;
- 3) pełnomocnictwo udzielone przez Spółkę EMBIT, jako partnera Konsorcjum, Spółce „Ciechanowicz - Ekologia i Zieleń”, jako liderowi Konsorcjum, do reprezentowania

Spółki EMBIT w postępowaniu oraz do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego będącego jego przedmiotem, udzielone w imieniu Spółki EMBIT przez M..... D..... - prezesa Zarządu i B..... P..... - członka Zarządu, opatrzone pieczętami imiennymi i podpisami wymienionych;

- 4) listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, złożone oddzielnie przez Spółkę „Ciechanowicz - Ekologia i Zieleń” i Spółkę EMBIT, z których to list – zdaniem Odwołującego - nie sposób wywieść, czy wykonawcy ci należą czy też nie należą do grupy kapitałowej, a jeżeli należą, to jaki jest skład tej grupy.

Odwołujący podkreślił, że w załączonym do oferty Przystępującego wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, nie wykazano dysponowania przez Przystępującego osobą posiadającą wykształcenie wyższe i co najmniej ośmioletnie doświadczenie zawodowe liczone od dnia uzyskania uprawnień oraz legitymującą się uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami mostowymi, tj. spełniającą warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 1.5.1.4/b/ SIWZ. Ponadto nie załączono do oferty Przystępującego informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej B..... P....., jako członka Zarządu Spółki EMBIT będącej partnerem Konsorcjum, czego wymagało postanowienie pkt. 1.6.11.10 SIWZ.

Uwzględniając powyższe Zamawiający pismem z dnia 5 czerwca 2013 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia załączonego do oferty Przystępującego wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia poprzez wskazanie w nim osoby posiadającej wykształcenie wyższe i co najmniej ośmioletnie doświadczenie zawodowe liczone od dnia uzyskania uprawnień oraz legitymującej się uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami mostowymi, jak również do przedłożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej B..... P..... W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępującym w piśmie z dnia 10 czerwca 2013 r. wyjaśnił, że w załączonym do jego oferty wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia mylnie wskazano J..... Ż..... jako kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami drogowymi, podczas gdy winien on być wykazany jako kierownik robót posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami mostowymi, natomiast B..... P..... w dniu złożenia oferty Konsorcjum, tj. 3 czerwca 2013 r., nie była już członkiem Zarządu Spółki EMBIT, a funkcję tę pełni S..... P..... Do tego pisma Przystępujący załączył m.in.:

- a) skorygowany wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w którym w dalszym ciągu figurował J..... S..... jako kierownik robót posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami drogowymi, zaś J..... Ż..... został wykazany jako kierownik robót posiadający uprawnienia budowlane do

kierowania robotami mostowymi z zaznaczeniem, że podstawą do dysponowania wymienionym przez Przystępującego do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania jest umowa o pracę;

- b) uprawnienia budowlane J..... Ż..... do kierowania robotami mostowymi;
- c) uchwałę nr 1/2/2013 Zgromadzenia Wspólników Spółki EMBIT z dnia 5 lutego 2013 r. o odwołaniu B..... P..... z funkcji członka Zarządu tej Spółki;
- d) uchwałę nr 2/5/2013 Zgromadzenia Wspólników Spółki EMBIT z dnia 2 maja 2013 r. o powołaniu S..... P..... na funkcję członka Zarządu tej Spółki;
- e) uchwałę nr 3/5/2013 Zgromadzenia Wspólników Spółki EMBIT z dnia 2 maja 2013 r. o wyrażeniu zgody na udzielanie sobie wzajemnie pełnomocnictwa dla jednego z członków Zarządu tej Spółki w imieniu drugiego przy zaciąganiu zobowiązań powyżej 100.000 zł;
- f) datowane na dzień 20 maja 2013 r. pełnomocnictwo udzielone przez S..... P..... prezesowi Zarządu Spółki EMBIT M..... D..... do zaciągania w imieniu S..... P..... zobowiązań związanych z postępowaniem;
- g) datowaną na dzień 24 kwietnia 2013 r. informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą S..... P.....

Zamawiający kolejnym pismem z dnia 13 czerwca 2013 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia następujących kwestii:

- na jakiej podstawie B..... P..... podpisywała złożone w postępowaniu dokumenty dotyczące Spółki ELBIT, skoro w dacie podpisywania nie była już członkiem Zarządu tej Spółki?
- czy istnieją inni członkowie Zarządu Spółki EMBIT nieujawnieni w Krajowym Rejestrze Sądowym na dzień składania ofert?
- jakie są przyczyny rozbieżności między uchwałą Zgromadzenia Wspólników Spółki EMBIT nr 3/8/2013 z dnia 2 maja 2013 r. (Odwołujący wskazał na pomyłkę w numeracji uchwały i podkreślił, że Zamawiającemu chodziło zapewne o uchwałę nr 3/5/2013 r.), a zapisem w Dziale 2 rubryka 1 pkt 2 rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dotyczącym tej Spółki, stanowiącym, że w sprawach dotyczących rozporządzania majątkiem Spółki, bądź zaciągania zobowiązań powyżej kwoty 100.000,00 zł do składania oświadczeń i podpisywania w imieniu Spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków Zarządu lub członka Zarządu łącznie z prokurentem w przypadku jej udzielenia?

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący w piśmie z dnia 18 czerwca 2013 r. wyjaśnił, że B..... P..... nie posiadała wprawdzie żadnych uprawnień do

podpisywania dokumentów dotyczących Spółki EMBIT złożonych w postępowaniu, a jej podpisy zostały na rzeczonych dokumentach złożone przez pomyłkę, lecz okoliczność ta nie ma znaczenia w sytuacji, gdy owe dokumenty zostały podpisane również przez podmioty uprawnione do reprezentowania Spółki EMBIT. Przystępujący wyjaśnił też, że jedynym członkiem Zarządu Spółki EMBIT nieujawnionym na dzień składania ofert w postępowaniu w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dotyczącym tej Spółki, był Stanisław Pietruszka oraz, że pełnomocnictwo udzielone przez jednego członka Zarządu Spółki EMBIT drugiemu członkowi Zarządu do składania oświadczeń w także w imieniu członka Zarządu udzielającego pełnomocnictwa zgodne jest z wolą wspólników wyrażoną w podjętej jednogłośnie stosownej uchwale Zgromadzenia Wspólników Spółki EMBIT i nie stoi w sprzeczności z postanowieniami umowy tej Spółki.

Zamawiający pismem z dnia 27 czerwca 2013 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa Spółki EMBIT, jako partnera Konsorcjum, dla Spółki „Czechanowicz - Ekologia i Zieleń”, jako jego lidera, do reprezentowania Spółki EMBIT w postępowaniu, albowiem pełnomocnictwo załączone do oferty Przystępującego nie może być uznane za skuteczne. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący przekazał za pismem z dnia 2 lipca 2013 r. pełnomocnictwo opatrzone datą 29 maja 2013 r. W ocenie Odwołującego pełnomocnictwo to nie zawiera wskazania imion i nazwisk osób występujących w imieniu Spółki EMBIT, jako udzielającej pełnomocnictwa, i opatrzone jest dwoma podpisami, a to jednym podpisem nieczytelnym i drugim podpisem S..... P.....

Odwołujący podkreślił, że pismem z dnia 10 czerwca 2013 r. zwrócił Zamawiającemu uwagę, że J..... S....., wykazany w załączonym do oferty Przystępującego jako kierownik robót posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami drogowymi, nie posiada wymaganego w pkt 1.5.1.4/a/ SIWZ wykształcenia wyższego. Ponadto zawiadomił on Zamawiającego o nieprawdziwości informacji zawartych w załączonym do oferty Przystępującego wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, jakoby podstawą do dysponowania przez Przystępującego wskazanymi w tym wykazie A..... J....., jako kierownikiem robót posiadającym uprawnienia do kierowania robotami telekomunikacyjnymi i J..... G....., jako kierownikiem robót posiadającym uprawnienia do kierowania robotami elektrycznymi, była umowa o pracę. Tezę o nieprawdziwości tych informacji Odwołujący wywiódł z następujących okoliczności:

- A..... J..... jest wspólnikiem i prezesem Zarządu RADIO-COM - Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie i zobowiązał się do



współpracy z Odwołującym przy realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania w razie jego udzielenia Odwołującemu;

- J..... G..... prowadzi własną działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Instalatorstwo Elektryczne Jarosław Galicki” i również zobowiązał się do współpracy z Odwołującym przy realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania w razie jego udzielenia Odwołującemu;
- J..... G..... wprost stwierdził w załączonym do omawianego pisma Odwołującego oświadczeniu z dnia 10 czerwca 2013 r., że prowadzi własną działalność gospodarczą  
i nie jest zatrudniony na podstawie umowy o pracę.

W związku zawiadomieniem Odwołującego o nieprawdziwych informacjach w załączonym do oferty Przystępującego wykazie osób, które uczestniczyć będą w wykonywaniu zamówienia - Zamawiający, powołując się na to zawiadomienie, skierował do Przystępującego pismo z dnia 13 czerwca 2013 r., w którym wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia stosownych, wyjaśnień w celu ustalenia, czy zachodzą określone w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przesłanki wykluczenia Przystępującego z postępowania. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący w piśmie z dnia 18 czerwca 2013 r. wyjaśnił Zamawiającemu, że postanowienia SIWZ obligują go do dysponowania osobami posiadającymi wymagane przez Zamawiającego kwalifikacje i doświadczenie zawodowe nie na dzień składania ofert, ale dopiero w dniu rozpoczęcia realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Wskazał też, że oznaczenie w załączonym do oferty Przystępującego wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, umowy o pracę, jako podstawy dysponowania do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania A..... J..... i J..... G....., a także J..... Ż..... i J..... B..... było wynikiem błędu, a nie celowego działania. Podkreślił również, że zobowiązanie J..... G..... do współpracy z Odwołującym przy realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania świadczy o zmianie jego stanowiska w przedmiocie oferowanej wcześniej współpracy z Przystępującym w realizacji tego zamówienia, wobec czego Przystępujący rezygnuje ze współpracy z wymienionym, a w jego miejsce wskazuje, jako osobę, którą dysponuje do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania, M..... C..... Przystępujący wyjaśnił też, że A..... J..... co prawda zobowiązał się jako osoba prowadząca działalność gospodarczą do współpracy z innym wykonawcą, tj. z Odwołującym, przy realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania, a jednocześnie zobowiązał się, jako osoba fizyczna, do współpracy z Przystępującym przy realizacji tego zamówienia, to jednak takie zobowiązania złożone różnym wykonawcom ubiegającym się

o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem postępowania nie stoi w sprzeczności ani z przepisami ustawy Pzp, ani z postanowieniami SIWZ. Do tego pisma Przystępujący załączył kolejny skorygowany wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w którym:

- wskazał jako kierownika robót elektrycznych, M..... C..... w miejsce J..... G....., zaznaczając, że M..... C..... posiada wykształcenie średnie, a podstawą dysponowania nim przez Przystępującego do realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania jest zobowiązanie do udostępnienia;
- w kolumnie 7 omawianego wykazu wskazało zobowiązanie do udostępnienia, jako podstawę do dysponowania J..... Ż....., A..... J..... i J..... B..... do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania, w miejsce umowy o pracę powołanej w odniesieniu do tych osób w rzeczonym wykazie załączonym do oferty Przystępującego.

Przystępujący dołączył też dokumenty potwierdzające posiadanie przez M..... C..... uprawnień budowlanych do kierowania robotami elektrycznymi.

W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 5 czerwca 2013 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do:

- 1) uzupełnienia wykazu osób, które uczestniczyć będą w wykonywaniu zamówienia, o osobę posiadającą wykształcenie wyższe i co najmniej ośmioletnie doświadczenie zawodowe liczone od daty uzyskania uprawnień oraz legitymującą się uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami drogowymi;
- 2) przedłożenia w oryginale zobowiązań J..... Ż..... i A..... J..... do udostępnienia zasobów, zgodnie z wymogiem zawartym w pkt 1.7.f/ SIWZ;
- 3) przedłożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej S..... P....., zgodnie z wymogiem wynikającym z pkt. 1.14.B.3 w związku z pkt. 1.6.II. 10 SIWZ.

Jednocześnie też Zamawiający w tym piśmie zauważył, że M..... C..... - wskazany w skorygowanym wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, przedłożonym wraz z wyjaśnieniami Przystępującego zawartymi w jego piśmie z dnia 20 czerwca 2013 r., jako kierownik robót posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami elektrycznymi oraz J..... B..... - wskazany zarówno w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, załączonym do oferty Przystępującego, jak i w korekcie tego wykazu przedłożonej wraz z wyjaśnieniami Przystępującego zawartymi w jego piśmie z dnia 20 czerwca 2013 r., jako kierownik robót posiadający uprawnienia

budowlane do kierowania robotami sanitarnymi - nie legitymują się wykształceniem wyższym wymaganym, odpowiednio, w pkt 1.5.1.4/c/ i w pkt 1.5.1.4/e/ SIWZ, wobec czego wezwał Przystępującego do uzupełnienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, o osoby legitymujące się powyższymi uprawnieniami, a jednocześnie posiadające wykształcenie wyższe.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący przedłożył za pismem z dnia 24 czerwca 2013 r. trzeci z kolei skorygowany wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w którym wskazał:

- jako kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami drogowymi, Pana R..... S..... w miejsce Pana J..... S.....,
- jako kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami elektrycznymi, Pana J..... B..... w miejsce Pana M..... C.....,
- jako kierownika robót posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami sanitarnymi, Panią J..... P..... w miejsce Pana J..... B.....;

oraz dokumenty potwierdzające posiadanie przez Pana R..... S....., Pana J..... B..... i Panią J..... P..... uprawnień budowlanych. Przedłożył on też oryginały zobowiązań Pana R..... S....., Pana J..... B....., Pani J..... P....., Pana J..... Ż..... i Pana A..... J..... do udostępnienia zasobów oraz datowaną na 2 kwietnia 2013 r. informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą S..... P.....

Odnosząc się do rozstrzygnięcia postępowania w kontekście przedstawionych zdarzeń poprzedzających jego podjęcie Odwołujący stwierdził, co następuje:

A. Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia Przystępującego zawarte w piśmie z dnia 18 czerwca 2013 r. potwierdzają tezę, że Przystępujący złożył w załączonym do jego oferty wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik postępowania, jakoby dysponowało do wykonania zamówienia będącego jego przedmiotem Panem J..... G....., podczas gdy nie miało żadnych podstaw do podania tej informacji, bo nie wiązał go z tą osobą żaden stosunek prawny uprawniający Przystępującego do dysponowania Panem J..... G..... do wykonania rzezonego zamówienia. Powyższe przekonanie Odwołujący wywodzi z tego, że:

1. wbrew twierdzeniom Przystępującego wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winien spełniać wszystkie ustalone przez Zamawiającego warunki ubiegania się o zamówienie, w tym warunki w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, a nie

dopiero z chwilą rozpoczęcia realizacji zamówienia. Wskazał, że wymóg taki wynika pośrednio z art. 22 ust. 1 i bezpośrednio z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i potwierdza go orzecznictwo dotyczące zamówień publicznych.

2. między Przystępującym, a Panem J..... G..... nie istniał do upływu terminu składania ofert w postępowaniu żaden stosunek prawny uprawniający Przystępującego do dysponowania wymienioną osobą do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania, co – jego zdaniem - wynika pośrednio:

- z wyjaśnień Przystępującego, w których powołuje się on wprawdzie na ofertę współpracy złożoną mu rzekomo przez Pana J..... G....., lecz oferta taka - w jego ocenie - nawet gdyby istotnie została złożona, czego jednak Przystępujący nie udokumentował, nie zawiązuje ani umowy o pracę między Przystępującym, jako pracodawcą, a Panem J..... G....., jako pracownikiem, ani umowy zlecenia między Przystępującym, jako zleceniodawcą, a Panem J..... G....., jako zleceniobiorcą, nie jest, jako oferta właśnie, zobowiązaniem do współpracy lub zobowiązaniem innego podmiotu, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, ani nie tworzy między Przystępującym a Panem J..... G..... jakiegokolwiek innego stosunku prawnego umożliwiającego Przystępującemu dysponowanie wymienioną osobą do realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania;
- ze zróżnicowanej reakcji Przystępującego na ujawnienie nieprawdziwości informacji zawartej w załączonym do jego oferty wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, jakoby Przystępujący dysponował do realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania Panem A..... J..... i Panem J..... G..... na podstawie umów o pracę, które to zróżnicowanie polegało na tym, że w rzeczonym wykazie, po jego korekcie dokonanej przez Przystępującego, Pana J..... G....., rzekomo z powodu jego równoległego zobowiązania się do współpracy z Odwołującym przy realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania, zastąpiono Panem M..... C....., zaś Pana A..... J..... pozostawiono, mimo że on również zobowiązał się do współpracy z Odwołującym przy realizacji tego zamówienia,

3. zastąpienie Pana J..... G..... Panem M..... C..... w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, po dokonanej przez Przystępującego korekcie rzeczonego wykazu, było – jego zdaniem - de facto próbą zastąpienia nieprawdziwej informacji wynikającej z rzeczonego wykazu przed jego korektą, jakoby Przystępujący dysponował do realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania Panem J..... G....., informacją prawdziwą o dysponowaniu przez Przystępującego do realizacji tego zamówienia Panem M..... C....., a to w celu uniknięcia skutków

złożenia informacji nieprawdziwej. Niezależnie od tego, że omawiana próba – według Odwołującego - była nieudolna, bo Pan M..... Ch....., jako nieposiadający wymaganych kwalifikacji, został w omawianym wykazie, po jego kolejnej korekcie dokonanej przez Przystępującego, zastąpiony Panem J..... B....., to jest ona niedopuszczalna i nieskuteczna w świetle utrwalonego orzecznictwa w sprawach zamówień publicznych. Na potwierdzenie czego przywołał wyrok KIO w sprawie: KIO 2003/12.

4. zawarta w załączonym do oferty Przystępującego wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, nieprawdziwa informacja o dysponowaniu przez Przystępującego do realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania Panem J..... G..... miała – jego zdaniem - wpływ na wynik postępowania, bowiem Pan J..... G..... był jedyną osobą wykazaną w tym wykazie, która spełniała warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 1.5.1.4/c/ SIWZ.

B. Zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego z postępowania wobec złożenia przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania – w ocenie Odwołującego - naruszało art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a wybranie oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej nastąpiło z naruszeniem art. 24 ust. 4 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

C. Skutkiem zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego z postępowania wobec złożenia przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania było – jak podkreślił Odwołujący - wdanie się przez Zamawiającego w trwającą trzy tygodnie korespondencję z Przystępującym, w trakcie której:

1) Zamawiający dwukrotnie, w pismach z dnia 5 czerwca 2013 r. i z dnia 5 czerwca 2013 r., wzywał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do poprawienia załączonego do jego oferty wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia;

2) Przystępujący w piśmie z dnia 18 czerwca 2013 r., w odpowiedzi Zamawiającego na wezwanie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących rzeczzonego wykazu, nie tylko udzielił tych wyjaśnień, ale i poprawił ten wykaz bez wezwania ze strony Zamawiającego. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał orzecznictwo KIO w sprawach KIO 2483/12, KIO 1659/12, KIO 2889/12, 1912/12, KIO 1152/12 oraz KIO 1032/12. W tej sytuacji zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego z postępowania – według Odwołującego - skutkowało to w konsekwencji naruszeniem również art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

D. Skoro z list podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, złożonych oddzielnie przez Spółkę „Ciechanowicz - Ekologia i Zieleń” i Spółkę EMBIT, nie da się wywieść, czy wykonawcy ci należą, czy też nie należą do grupy kapitałowej, a jeżeli należą, to jaki jest skład tej grupy, to – według Odwołującego - uznać należy, że Przystępujący rzeczonych list nie złożył, wobec czego zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia go z postępowania naruszało przepis art. 24b ust. 3 ustawy Pzp.

E. Skoro na przedłożonym przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 czerwca 2013 r. pełnomocnictwie Spółki EMBIT, jako partnera Konsorcjum, dla Spółki „Czechanowicz - Ekologia i Zieleń”, jako jego lidera, do reprezentowania Spółki EMBIT w postępowaniu da się zidentyfikować tylko podpis jednego członka Zarządu Spółki EMBIT, tj. Pana Stanisława Pietruszki, to – według Odwołującego - rzone pełnomocnictwo jest nieprawidłowe zarówno w świetle zapisu w Dziale 2 rubryka 1 pkt 2 rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dotyczącego Spółki EMBIT, stanowiącego, że w sprawach dotyczących rozporządzania majątkiem Spółki, bądź zaciągania zobowiązań powyżej kwoty 100.000,00 zł do składnia oświadczeń i podpisywania w imieniu Spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków Zarządu lub członka Zarządu łącznie z prokurentem w przypadku jej udzielenia, jak i w świetle pełnomocnictwa z dnia 20 maja 2013 r. udzielonego przez Pana S..... P..... Panu M..... D....., wedle którego to Pan M..... D..... uprawniony był do reprezentowania Pana S..... P..... przy zaciąganiu zobowiązań związanych z postępowaniem, a nie odwrotnie. W tej sytuacji zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – zdaniem Odwołującego - skutkowało w konsekwencji naruszeniem również przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, w której nie zgodził się z zarzutami odwołania.

Odnosnie zarzutu dotyczącego nieprawdziwych informacji w ofercie Przystępującego podkreślił, że podnoszony przez Odwołującego zarzut nie został przez niego udowodniony, a to na nim - zgodnie z art. 6 kc - spoczywa ciężar wykazania okoliczności, z których wywodzi on określone skutki prawne w postaci konieczności wykluczenia Przystępującego z postępowania. Podkreślił, że w piśmie Odwołującego, w którym to zawiadomił,

Zamawiającego, że w ofercie Przystępującego zostały zawarte nieprawdziwe informacje nie ma wystarczających dowodów, które Zamawiający mógłby uznać za wiarygodne. Odnosząc się do przedstawionego oświadczenie Pana J..... G....., które zostało złożone w dacie 10 czerwca 2013 r. (po dacie otwarcia ofert) wskazał, że z jego treści nie można wywieść, że Pan ten nie jest w jakikolwiek sposób związany z Przystępującym. Stwierdził, że dokument ten potwierdza, że ww. osoba posiada działalność gospodarczą i nie jest zatrudniona na umowę o pracę w innym podmiocie gospodarczym. Treść tego dokumentu nie poświadcza, jego zdaniem, że Pan J..... G..... nie deklarował chęci współpracy z Przystępującym, oferując pełnienie funkcji kierownika robót elektrycznych na podstawie jednej z dozwolonych prawem form współpracy (np. umowa zlecenia, umowa o dzieło, udostępnienie czy dysponowanie). Ponadto, według Zamawiającego, zarzut o nieprawdziwej informacji co do drugiej osoby (Pan A..... J.....) nie ma żadnego potwierdzenia - dowodu, poza informacją w piśmie Odwołującego. Z wyjaśnień Przystępującego – zdaniem Zamawiającego - wynika, że ww. osoby deklarowały chęć współpracy nie tylko z firmą Odwołującego, a co do podstawy dysponowania to wykonawca sam wybiera sobie, na jakiej podstawie z innym podmiotem będzie współpracował, np. w oparciu o umowę o pracę, zlecenia, dzieło czy udostępnienie czy dysponowanie. Zamawiający podkreślił, iż ma obowiązek zbadać informacje, a w przypadku braku wymaganych dokumentów wezwać o ich uzupełnienie lub wyjaśnienie. Zamawiający przyjął wyjaśnienia Przystępującego za wiarygodne i uznał, że okoliczności, które miały miejsce nie są i nie były działaniem premedytacyjnym tego wykonawcy, a w sytuacji, z którą mamy do czynienia wynika, że wykonawca nie miał świadomości, że osoby, które najpierw zadeklarowały z nim chęć współpracy zadeklarują również chęć współpracy z innym wykonawcom ubiegającym się o zamówienie. Zwrócił uwagę na to, że z wyjaśnień, które złożył Przystępujący, wynika również że nastąpiła omyłka pisarska pracownika, który omyłkowo wpisał podstawę dysponowania „umowa o prace” - albowiem Przystępujący wyjaśnił, że miało być wpisane „zobowiązanie do udostępnienia”. Zamawiający przyjął złożone wyjaśnienia i w wyniku uznania błędu pisarskiego co do podstawy do dysponowania wezwał (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) Przystępującego do złożenia dokumentów - o zobowiązania do współpracy dla osób wskazanych w wykazie, jak również o pozostałe dokumenty wymagające uzupełnienia. Przystępujący zaś przedstawił, w dniu 24 czerwca 2013 r., wymagane w wezwaniu dokumenty, które – zdaniem Zamawiającego - potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Podkreślił, że co do informacji dotyczących osoby Pana J..... to pozostaje on dalej w wykazie osób, a Przystępujący przedstawił oryginał zobowiązania do udostępnienia jego osoby. Zwrócił uwagę na to, że nie można karać wykonawcy za każdą informację jaka znajdzie się w ofercie, a która zdaniem konkurencji jest informacją

nieprawdziwą, albowiem zgodnie z art. 6 kc - ciężar wykazania okoliczności, z których wywodzone są określone skutki prawne spoczywa na tym, który je wywodzi. Podkreślił też, że z dokumentów złożonych przez Odwołującego wynika, iż Pan A..... J..... deklaruje Odwołującemu współpracę w imieniu podmiotu RADIO - COM Sp. z o. o., którego jest prezesem zarządu, natomiast dla Przystępującego deklaruje współpracę jako osoba fizyczna. Z powyższego – jego zdaniem - wynika, że formę współpracy ustalają sobie sami wykonawcy, co jest dozwolone prawem.

Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO i sądów okręgowych dotyczące podania nieprawdziwych informacji: wyrok KIO z 8 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 1112/11, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 63/12, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 7 stycznia 2009 r. sygn. akt XII Ga 433/08.

Odnosnie zarzutu dwukrotnego wezwania Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do poprawienia błędnie załączonego do jego oferty wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia Zamawiający podkreślił, że pierwsze wezwanie zostało skierowane do Przystępującego w dniu 5 czerwca 2013 r., zatem przed otrzymaniem (w dniu 10 czerwca 2013 r.) od Odwołującego pisma o nieprawdziwych informacjach. W świetle uzyskanych od Przystępującego wyjaśnień i dowodów Zamawiający wezwał w dniu 20 czerwca 2013 r. do uzupełnienia wykazu osób i dokumentów. Zamawiający zwrócił uwagę, że mimo przesłanych wcześniej wyjaśnień na wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz dołączonych do nich dowodów, z których wynika, że nie zostały złożone informacje nieprawdziwe i, że Przystępujący, ubiegając się o zamówienie, nie działał w złej wierze, Zamawiający samodzielnie wzywał do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podkreślił, że wyroki KIO przytoczone przez Odwołującego nie odnoszą się do rozważanego stanu faktycznego, a cytaty są zdaniem wyrwanymi z kontekstu orzeczeń.

Odnosnie zarzutu dotyczącego listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej Zamawiający podkreślił, że w dniu 26 kwietnia 2013 r. zmodyfikował załącznik Lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, w części, gdzie wykonawca wpisuje, że „należy do grupy kapitałowej, w której skład wchodzi następujące podmioty”. Nie zmieniono w tym przypadku części dotyczącej oświadczenia, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej, a takie oświadczenie – według Zamawiającego - właśnie złożył Przystępujący. Z tych też względów Zamawiający nie widział potrzeby wzywania Przystępującego o powtórne złożenie oświadczenia, które było, z zachowaniem treści, złożone w ofercie.



W świetle powyższego – zdaniem Zamawiającego - nie ma podstaw do stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający podkreślił, że nie miał podstaw do wykluczenia Przystępującego, i odrzucenia jego oferty. Odwołujący – jego zdaniem - nie wykazał nawet na czym miałyby polegać ten czyn, nie przywołując w tym zakresie uzasadnienia do wskazanej podstawy prawnej wynikającej z przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503, tekst jednolity, ze zm.).

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. W toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania Przystępujący złożył do akt sprawy pisemne stanowisko w sprawie, wskazując w nim, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przystępujący podniósł, że zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów nie wynika z żadnego przepisu ustawy Pzp. Powołując się na wyrok KIO wskazał, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wprowadza zasady jednokrotności, która wynika z orzecznictwa sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Według niego z zapisów art. 26 ust. 3 ustawy Pzp regulujących instytucję wezwania do uzupełnienia dokumentów nie wynika, czy czynność wezwania ma mieć charakter jednorazowy, czy wielokrotny, czy może odnosić się do poszczególnych dokumentów lub ich braku, czy odnosić się ma do wszystkich dokumentów, jakie na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca ma złożyć w postępowaniu. Powołał się na orzecznictwo KIO (KIO 742/11 i KIO 1944/11), wskazując, że zamawiający wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, winien szczegółowo określić, jakie są podstawy prawne i faktyczne wezwania, wskazując jednocześnie, o jakie informacje ma zostać uzupełniona oferta. Jeżeli zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia dokumentów o określone informacje, to nic – w jego ocenie - nie stoi na przeszkodzie powtórnego wezwania w zakresie innych informacji, nawet w zakresie tego samego dokumentu i tego samego warunku.

Wyjaśnił, że Zamawiający pismami z dnia 5 czerwca 2013 r. wezwał go do złożenia wyjaśnień, a mianowicie: czy w ramach robót budowlanych wymienionych w załączonym do oferty Wykazie robót budowlanych było wykonane oznakowanie poziome grubowarstwowe; jaki będzie sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu i jaki będzie charakter stosunku łączący uczestnika postępowania odwoławczego z niniejszymi

podmiotami, gdyż w ofercie nie było zawartych powyższych informacji. Przystępujący udzielił w tym zakresie żądanych wyjaśnień.

W drugim piśmie z dnia 5 czerwca 2013 r. Zamawiający wezwał go o uzupełnienie oferty o wykaz osób z minimum 8 letnim doświadczeniem i wyższym wykształceniem w specjalności mostowej, gdyż w ofercie brak było takiej osoby. Podkreślił, że Zamawiający wezwał również do przedłożenie aktualnej informacji z KRK pani B..... P..... Wezwanie to dotyczyło również dostarczenia dokumentów dla firmy BUD AR SMYKÓW zgodnie z pkt 1.7 f siwz. Przystępujący w wyznaczonym terminie wskazał, że mylnie ujęto w wykazie osób uprawnienia drogowe Pana J..... Ż....., a powinny to być uprawnienia mostowe i poinformował, że Pani B..... P..... została odwołana z funkcji członka zarządu i w dniu 3 czerwca 2013 r. członkiem zarządu był Pan S..... P..... Przystępujący poinformował, że załączył też Zamawiającemu dokumenty firmy BUDAR SMYKÓW. Podkreślił, że do pisma z dnia 10 czerwca 2013 r. zostały załączone następujące dokumenty: m.in. wykaz osób z poprawionym zapisem Pana J..... Ż..... oraz jego uprawnienia, umowy sprzedaży udziałów, uchwały spółki EMBIT Sp. z o.o., zapytanie o udzielenie informacji z KRS Pana S..... P....., pełnomocnictwo członka zarząd spółki EMBIT Sp. z o.o.

Następnie pismami z dnia 13 czerwca 2013 r. wyjaśnił, że Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień co do osób Pana J..... G..... i Pana A..... J....., gdyż ze złożonego przez Odwołującego donosu wynikało, iż wykonawca mógł złożyć w wykazie osób nieprawdziwe informacje. Przystępujący wyjaśnił Zamawiającemu, iż zapis w kolumnie informacja o sposobie dysponowania w wykazie osób dotycząca osób: Pana J..... Ż....., Pana A..... J....., Pana J..... G..... i Pana J..... B..... jest omyłkowa, gdyż pracownica przygotowująca przetarg, wzorując się na pierwszym zapisie, wszystkim pozostałym osobom wpisała jako sposób dysponowania „umowa o pracę”, a rzeczywiście jedynie Pan J..... S..... jest zatrudniony w spółce EMBIT Sp. z o.o., a pozostałe osoby będą uczestniczyć w zamówieniu na podstawie „zobowiązań do udostępnienia”. Przystępujący załączył do powyższych wyjaśnień poprawiony wykaz osób i samodzielnie zmienił kierownika robót elektrycznych z Pana J..... G..... na Pana M..... C..... i załączył jego uprawnienia. Podniósł, że nie złożył tutaj nieprawdziwych informacji, a wynik błędu w sposobie dysponowania stanowił ludzką omyłkę pracownika. Podkreślił, że absolutnie nie było to celowe działanie wykonawcy. Nie bez znaczenia – jego zdaniem - jest fakt, iż wykonawca współpracował z Panem J..... G..... i Panem A..... J..... od wielu lat i realizował z nimi kilka kontraktów. Na potwierdzenie chęci realizacji z wykonawcą przedmiotowego zamówienia osoby te przesłały mu oferty. W jego ocenie fakt, że Pan J..... G..... i Pan A.....

J..... złożyli oferty również Odwołującemu nie ma znaczenia, gdyż prawo nie zabrania składania ofert współpracy większej licznie podmiotów ubiegających się o to samo zamówienie, ponieważ realizacja zamówienia nastąpi przecież jedynie przez jednego wykonawcę i to on wykorzysta osoby do realizacji zamówienia.

Jako dowód w sprawie złożył oświadczenie Pana J..... S..... oraz kosztorys pana J..... G.....

Podkreślił, że Zamawiający w następnym piśmie z dnia 13 czerwca 2013 r. wezwał go do złożenia wyjaśnień, na jakiej podstawie Pani B..... P..... podpisywała dokumenty; czy istnieją jeszcze jacyś nieujawnieni członkowie zarządu spółki EMBIT Sp. z o.o. na dzień składania ofert; i wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy treścią uchwały 3/5/2013, a zapisami KRS. Przystępujący pismem z dnia 18 czerwca 2013 r. wyjaśnił, że Pani B..... P..... nie posiadała żadnych podstaw do podpisywania dokumentów, a na dzień składania ofert w KRS nie był ujawniony jedynie Pan S..... P..... Wskazał, że uchwała 3/5/2013 nie jest sprzeczna z umową spółki EMBIT Sp. z o.o. ani zapisami w KRS, gdyż nie ma zakazu udzielania pełnomocnictwa jednemu członkowi zarządu przez drugiego członka zarządu, tym bardziej gdy czynność ta została dokonana za zgodą wszystkich współników.

Wyjaśnił, że w dniu 20 czerwca 2013 r. Zamawiający wezwał go do uzupełnienia wykazu osób o osoby posiadające minimum 8 letnie doświadczenie i wyższe wykształcenie dotyczy: Pana J..... S....., który posiada wykształcenie średnie; Pana M..... C....., który posiada wykształcenie średnie i Pana J..... B....., który posiada wykształcenie średnie oraz o uzupełnienie powyższego wykazu, gdyż zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami błędnie wpisano „umowa o pracę” co do osoby Pana A..... J..... oraz Pana J..... Ż..... Zamawiający wezwał go również o uzupełnienie o aktualny wypis z KRK Pana S..... P..... W odpowiedzi na powyższe wezwanie w dniu 20 czerwca 2013 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia i złożył poprawiony wykaz osób.

Wyjaśnił też, że Zamawiający w dniu 27 czerwca 2013 r. wezwał go o uzupełnienie złożonej oferty o prawidłowe pełnomocnictwo i w dniu 2 lipca 2013 r. uzupełnił swoją ofertę o żądany dokument.

Przystępujący podkreślił też, że Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że jeżeli zamawiający wyraźnie wskazał, iż wzywa do złożenia wyjaśnień złożonego wykazu robót na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, choć powinien wezwać do uzupełnienia tego dokumentu, to taki błąd zamawiającego nie może powodować dla wykonawcy niekorzystnych skutków w postaci zamknięcia drogi do uzupełnienia braków w złożonych dokumentach, natomiast mógłby uzasadniać dokonanie odrębnego wezwania, tym razem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (KIO/UZP 2602/10 oraz

KIO/UZP 2618/10). Powołując się na orzeczenie KIO w sprawie KIO/UZP 1774/09 wskazał, że instytucja poprawiania błędnych dokumentów opiera się na stwierdzeniu błędu przez zamawiającego, czyli błąd powinien być skonkretyzowany i wskazany przez zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu. Jeżeli zaś zamawiający nie wskaże wszystkich błędów w dokumencie, w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu, to powinien ponownie wezwać do uzupełnienia dokumentu, wskazując błąd, do którego naprawienia wykonawca nie był uprzednio zobowiązany w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu.

Zwrócił też uwagę na to, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi implementację art. 51 Dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którym zamawiający może wezwać do uzupełnienia lub wyjaśnienia zaświadczeń i dokumentów, przedłożonych na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i taka redakcja powołanego przepisu w żadnym stopniu nie przesądza o tym, że zamawiający może zwracać się o uzupełnienie wyłącznie jednorazowo. W wyniku porównania obu przepisów stwierdził natomiast, że ustawodawca (krajowy) przewidział - co do zasady - obowiązek przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego i uzupełniającego.

Uwzględniając powyższe stwierdził, że Zamawiający nie wzywał go parokrotnie o uzupełnienie tego samego, gdyż za każdym razem wskazywał inne braki, które były terminowo i należycie uzupełniane.

Do swojego pisma Przystępujący dołączył również oświadczenie Pani J..... O....., iż przy przygotowywaniu oferty w niniejszym postępowaniu opierała się jedynie na internetowym wydruku z KRS i nie miała wiedzy o zmianie składu zarządu Embit Sp. z o.o.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji rankingowej, wykazał swój uszczerbek w interesie polegającym na pozbawieniu go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba po weryfikacji warunków formalnych związanych ze zgłoszeniem przystąpienia do postępowania odwoławczego określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba jako materiał dowodowy w sprawie przyjęła dokumentację z postępowania o zamówienie publiczne przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz oświadczenie Pana J..... S..... i Pani J..... O..... oraz korespondencję mailową z Panem J..... G....., jak również stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w toku tego postępowania.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty Przystępującego, o której to czynności Zamawiający poinformował wykonawców w postępowaniu pismem z dnia 5 lipca 2013 r. W postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert była – zgodnie z pkt 1.21 SIWZ – cena. W postępowaniu do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęło osiem ofert, w tym oferta Przystępującego uznana za najkorzystniejszą oraz oferta Odwołującego sklasyfikowana na drugiej pozycji rankingowej oceny ofert pod względem kryterium ceny. Odwołujący podnosząc konkretne zarzuty wobec oferty Przystępującego wskazał

w odwołaniu na konieczność wykluczenia z postępowania Przystępującego i odrzucenia jego oferty.

Odnosząc się do zarzutów związanych z dysponowaniem właściwym potencjałem kadrowym przez Przystępującego, podaniem nieprawdziwych informacji w tym zakresie przez Przystępującego oraz wielokrotnym wzywaniem do uzupełnienia dokumentów przez Zamawiającego Izba uznała te zarzuty za niezasadne.

Izba ustaliła, że Zamawiający opisał wskazany warunek udziału w postępowaniu w pkt 1.5.1.4 SIWZ, wskazując, że wymaga dysponowania minimum pięcioma osobami posiadającymi wykształcenie wyższe i co najmniej ośmioletnie doświadczenie zawodowe liczone od dnia uzyskania uprawnień oraz legitymujące się uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi - odpowiednio w specjalności: drogowej, w specjalności mostowej, w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, w specjalności telekomunikacyjnej oraz w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Zamawiający nie dopuścił łączenia stanowisk tych osób. Na potwierdzenie spełniania tego warunku – zgodnie z pkt 1.6.1. 3 SIWZ – należało przedłożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacje o podstawie dysponowania tymi osobami. Zamawiający stworzył jako załącznik nr 6 do SIWZ wzór dokumentu – Wykaz osób. W tabelarycznym zestawieniu wymagał on wskazania tam danych dotyczących imienia i nazwiska osoby, zakresu wykonywanych przez nią czynności, wykształcenia, doświadczenia (w ilości lat), kwalifikacji zawodowych oraz informacji o podstawie dysponowania osobami (np. umowa o pracę, umowa zlecenie, zobowiązanie do współpracy, zobowiązanie o udostępnieniu). Zgodnie z pkt 1.6.1.4 SIWZ należało również przedłożyć oświadczenie, że wskazane osoby posiadają określone wymagane od nich uprawnienia.

Do oferty Przystępującego dołączony został wykaz osób ze wskazaniem osób, którymi dysponuje wykonawca w oparciu o umowę o pracę, tj.:

- do wykonywania robót drogowych - Pana J. S..... (wykształcenie średnie)
- do wykonywania robót drogowych - Pana J. Ż.....

- do wykonywania robót telekomunikacyjnych - Pana A. J.....
- do wykonywania robót elektrycznych – Pana J. G.....
- do wykonywania robót sanitarnych – Pana J. B..... (wykształcenie średnie).

W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 5 czerwca 2013 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie potencjału kadrowego, wskazując na brak tych dokumentów co do osoby do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mostowej. W odpowiedzi na powyższe Przystępujący w piśmie z dnia 10 czerwca 2013 r. przedłożył Zamawiającemu nowy wykaz osób, różniący się od poprzedniego, złożonego w ofercie tym, że w przypadku Pana J. Ż..... wskazano go zamiast do wykonywania robót drogowych do wykonywania robót mostowych.

Odwołujący pismem z dnia 10 czerwca 2013 r. złożył do Zamawiającego informację o nieprawidłowościach w wykazie osób załączonym przez Przystępującego. Odwołujący wskazywał, że wykazany przez Przystępującego Pan J. S..... nie posiada wykształcenia wyższego, natomiast Pan A. J..... i Pan J. G..... – obydwaj zobowiązali się do współpracy z Odwołującym, a Pan G..... wprost stwierdził, że prowadzi działalność gospodarczą i nie jest zatrudniony na umowę o pracę. W związku z powyższym Zamawiający w piśmie z dnia 13 czerwca 2013 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócił się do Przystępującego z prośbą o wyjaśnienie wskazanych nieprawidłowości. Przystępujący w odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 18 czerwca 2013 r. wyjaśnił, że wskazane przez niego osoby posiadają stosowane uprawnienia i kwalifikacje, podkreślając jednocześnie, że powyższe nie jest ważne na dzień składania ofert, lecz na etapie realizacji zamówienia. Podkreślił też, że powołanie jako podstawy dysponowania osobą umowy o pracę w odniesieniu do Pana A. J....., Pana J. G....., Pana J. Ż..... i Pana J. B..... było wynikiem błędu, a nie celowym działaniem wykonawcy. Przystępujący wskazując, że rezygnuje z wykazywania się osobą Pana J. G..... wskazał w jego miejsce Pana M. C..... z wykształceniem średnim, załączając jednocześnie do pisma nowy wykaz osób. Co do Pana A. J....., Pana J. Ż..... i Pana J. B..... jako podstawę dysponowania podał zobowiązanie do udostępnienia.

Zamawiający pismem z dnia 20 czerwca 2013 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił się do Przystępującego o uzupełnienie dokumentów w zakresie potencjału kadrowego, wskazując na brak w wykazie osób osoby w specjalności robót drogowych posiadającej wykształcenie wyższe (Pan J. S..... posiada wykształcenie średnie). Podobnie wezwanie dotyczyło wskazania osób zamiast Pana J. B..... oraz

Pana M. C....., bowiem nie posiadają oni wykształcenia wyższego. Zamawiający zażądał także od Przystępującego przedłożenia w oryginale zobowiązań Pana J. Ż..... oraz Pana A. J..... W odpowiedzi na powyższe Przystępujący pismem z dnia 24 czerwca 2013 r. przedłożył Zamawiającemu nowy wykaz osób, wskazując, zamiast Pana J. S..... do wykonywania robót drogowych Pana R. S....., zamiast Pana M. C..... do wykonywania robót elektrycznych Pana J. B..... oraz zamiast Pana J. B..... do wykonywania robót sanitarnych Pana J. P.....

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba w pierwszej kolejności nie stwierdziła, aby w tym przypadku doszło do podania przez Przystępującego nieprawdziwych informacji. W przedmiotowej sprawie nieprawdziwe informacje zawarte w ofercie Przystępującego Odwołujący wywodzi przede wszystkim ze wskazania w pierwotnym wykazie osób Pana. A. J..... oraz Pana J. G....., wykazując jednocześnie, że na dzień składania ofert Przystępujący nie dysponował wskazanymi osobami, ani w oparciu o wskazaną pierwotnie umowę o pracę, ani też umowę zlecenia.

Stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania o zamówienie publiczne wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zgodnie z tym przepisem dla wypełnienia się obowiązku po stronie Zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania koniecznym jest wykazanie po pierwsze, że mamy do czynienia z nieprawdziwymi informacjami, a po drugie, że podanie tych informacji ma, a przynajmniej mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W przedmiotowej sprawie to Odwołujący wywodzi, iż w ofercie Przystępującego podane zostały nieprawdziwe informacje zatem to na nim spoczywa ciężar wykazania wypełnienia się łącznie tych dwóch przesłanek ustawowych skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Zadaniem Izby Odwołujący nie wykazał wypełnienia się pierwszej z przesłanek ustawowych, tj. uwiarygodnienia, że określone informacje dotyczące dysponowania wskazanymi osobami na dzień składania ofert przez Przystępującego, a także podstaw dysponowania nimi obiektywnie stanowią nieprawdziwe informacje. Zgodnie z orzecznictwem sądów okręgowych, rozpoznających skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, dla ustalenia, że mamy do czynienia z nieprawdziwą informacją koniecznym jest wykazanie zawinionego działania po stronie wykonawcy, który w celu wprowadzenia w błąd Zamawiającego podaje określone informacje, które mają wpływ na wynik postępowania i uzyskanie przez niego zamówienia publicznego. Podobne stanowisko prezentowane było w orzeczeniach Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12), Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia



6 grudnia 2012 r. (sygn. akt VI Ga 134/12) i Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r. (sygn. akt II Ca 1285/12). Podstawą odwołania zatem są jedynie twierdzenia Odwołującego o podaniu w ofercie Przystępującego nieprawdziwych informacji, a nie udowodnienie, czy też w jakiegokolwiek choćby sposób uprawdopodobnienie okoliczności, że Przystępujący celowo podał w pierwotnie złożonym Zamawiającemu wykazie osób wskazane osoby choć nie miał z nimi jakiegokolwiek porozumienia o współpracy. Podanie w pierwotnym wykazie osób jako podstawy dysponowania nimi umowy o pracę, w sytuacji gdy – jak wykazywał Przystępujący – powyższe było jedynie jego omyłką, gdyż istniało porozumienie pomiędzy nim, a wskazanymi osobami o współpracy w celu realizacji przedmiotowego zamówienia, nie może być – zdaniem Izby - podstawą uznania, że mamy do czynienia z podaniem przez Przystępującego nieprawdziwych informacji. Przystępujący w toku postępowania odwoławczego przedłożył dowody potwierdzające fakt współpracy na etapie przygotowywania oferty przez Przystępującego ze wskazanymi osobami (oświadczenie Pana J..... S.....), co potwierdza, że Przystępujący miał podstawy faktyczne do tego, aby w swojej ofercie posłużyć się wskazanymi osobami do wykonania zamówienia. Podkreślenia wymaga również okoliczność, że podanie, iż Przystępujący będzie dysponował wskazanymi osobami na podstawie umowy o pracę, nawet gdyby uznać, że stanowi podanie nieprawdziwych informacji, a jest jedynie omyłkowym wypełnieniem danych w formularzu – wykaz osób przez Przystępującego, to nie ma to wpływu na wyniki postępowania, ponieważ zgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) wykonawca musi wykazać się Zamawiającemu na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jedynie faktem dysponowania określonym zasobem kadrowym niezbędnym do realizacji zamówienia, niezależnie od podstawy dysponowania tymi osobami (czy będzie to umowa o pracę, umowa zlecenia, czy też porozumienie – nawet ustne zawarte pomiędzy wykonawcą a określoną osobą wykazywaną w ofercie do realizacji zamówienia na zasadzie samo udostępnienia się wykonawcy). Podstawa dysponowania określoną osobą przez wykonawcę, o której stanowi § 1 ust. 1 pkt 7 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. poz. 231), ma zatem jedynie walor informacyjny dla Zamawiającego. Podkreślenia wymaga również okoliczność, iż posłużenie się przez kilku wykonawców w swoich ofertach tymi samymi osobami również nie stanowi dowodu na to, że któryś z wykonawców nie dysponuje na dzień składania ofert określoną osobą. Ocena spełniania warunków odbywa się bowiem – zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp - na dzień składania ofert (wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), tymczasem na etapie realizacji przedmiotu zamówienia tylko jeden

z wykonawców będzie realizował to zamówienie przy pomocy określonej osoby wymienionej w wykazie osób.

Tym samym zatem zarzuty dotyczące nieprawdziwych informacji w ofercie Przystępującego nie potwierdziły się, co nie mogło skutkować wykluczeniem Przystępującego z postępowania, tak w oparciu o dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jak i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się w drugiej kolejności do kwestii wielokrotnego wzywania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów przez Zamawiającego Izba stwierdziła, że pomimo natężonej korespondencji, którą Zamawiający prowadził w niniejszym postępowaniu w toku czynności badania i oceny ofert z Przystępującym to mieściła się ona w granicach prawem przewidzianych. Kilukrotne wzywanie przez Zamawiającego Przystępującego do wyjaśnienia poszczególnych kwestii związanych z dokumentami podmiotowymi składanym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz rozczłonkowane wzywanie do uzupełniania poszczególnych dokumentów, co najwyżej może wskazywać na nieumiejętne prowadzenie tych czynności przez Zamawiającego, co ma wpływ na przedłużenie procedury udzielenia zamówienia publicznego. Izba nie stwierdziła jednak, aby w tym przypadku doszło do wielokrotnego wzywania do uzupełniania dokumentów i naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Po pierwsze stwierdzić w tym zakresie należy, że zasada jednokrotnego wzywania do uzupełniania dokumentów, choć wprost, literalnie nie zapisana w przepisach ustawy, jest wywodzona z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i pogląd ten – wbrew twierdzeniom Przystępującego – jest ugruntowany w orzecznictwie w sprawie zamówień publicznych (Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej Zespołów Arbitrów oraz sądów okręgowych). Norma wyrażona w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi bowiem wyjątek od zasady, iż wszystkie dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu należy złożyć wraz z ofertą (wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), a więc do upływu terminu składania ofert (wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Z tych też względów jako wyjątek od zasady regulacja zawarta w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powinna być interpretowana ściśle. Dlatego też wskazuje się, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów wymienionych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w tym dokumentów podmiotowych, powinno mieć charakter jednokrotny, również z tego powodu, aby nie doprowadzić do konsultacji Zamawiającego z wykonawcami, co prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Po drugie jednak zauważyć należy, że kwestie związane z wzywaniem wykonawców do uzupełniania dokumentów należy rozpatrywać w kontekście określonego przez zamawiającego zakresu wezwania skierowanego do danego wykonawcy, z uwzględnieniem konkretnego stanu faktycznego w danej sprawie. Istotne są zatem granice wezwania do uzupełnienia dokumentów i jego precyzyjność. Zamawiający więc może skierować do wykonawcy jedno wezwanie do uzupełniania dokumentów, w którym sprecyzuje wszystkie nieprawidłowości dotyczące spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Przepisy prawa nie zabraniają jednak zamawiającemu skierowania kilku odrębnych wezwań do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie różnych warunków udziału w postępowaniu, czy różnych dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunku. Taka sytuacja nie może być kwalifikowana jako wielokrotne wzywanie tego samego wykonawcy do uzupełniania tego samego dokumentu.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający dwukrotnie skierował do Przystępującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp co do spełniania warunku odnoszącego się do potencjału kadrowego. Zamawiający, kierując jednak obydwie wezwania skupił się w nich na dwóch odrębnych kwestiach. W pierwszym przypadku wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 czerwca 2013 r. było wyraźnie ograniczone wyłącznie do kwestii związanej z wykazaniem osoby do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mostowej. W wykazie osób załączonym do oferty Przystępującego nie wskazano bowiem żadnej osoby do wykonywania tej funkcji. W drugim wezwaniu do uzupełnienia dokumentów co do potencjału kadrowego (wezwanie z dnia 20 czerwca 2013 r.) Zamawiający z kolei sprecyzował jego zakres do uzupełniania dokumentów potwierdzających wykazanie dysponowania osobą do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej (co do Pana J. S....., który nie kwalifikuje się wykształceniem wyższym). W wezwaniu tym Zamawiający dodatkowo wskazywał na brak spełniania warunku do osób wykazanych na stanowisko kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociagowych i kanalizacyjnych (Pan J. B.....) i w specjalności instalacji urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, (Pan M. C.....), a także koniecznością przedłożenia oryginałów dokumentów – zobowiązanie do udostępnienia w odniesieniu do osób wskazanych na stanowisko kierowania robotami budowlanymi w specjalności robót mostowych (Pan J. Ż.....) i w specjalności telekomunikacyjnej (Pan A. J.....). Tym samym zakres obydwu wezwań do uzupełnienia dokumentów był niezależny od siebie i w związku z tym nie można w tym przypadku mówić o naruszeniu zasady jednokrotnego wzywania do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem każde z wezwań dotyczyło odrębnych, ściśle sprecyzowanych przez Zamawiającego kwestii,

odnoszących się do spełniania warunków przez różne wymagane przez Zamawiającego w SIWZ osoby o różnych specjalizacjach w ramach oceny spełniania warunku potencjału kadrowego.

Brak jest też podstaw do uznania, że mieliśmy tutaj do czynienia z naruszeniem zasady jednokrotnego wzywania do uzupełniania dokumentów w związku z tym, że Przystępujący samodzielnie w toku prowadzonych z nim w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wyjaśnień dotyczących dokumentów podmiotowych uzupełnił wykaz osób. Okoliczność, iż wykonawca samodzielnie uzupełniania Zamawiającemu wykaz osób nie może być kwalifikowana jako naruszenie zasady jednokrotnego wzywania do uzupełniania dokumentów. Zamawiający słusznie w niniejszym postępowaniu nie uwzględnił jako wiążący, uzupełniony samodzielnie przez Przystępującego wykazu osób i potraktował jego pismo z dnia 18 czerwca 2013 r. wyłącznie w granicach wyjaśnienia dokumentów, którego na podstawie swojego wezwania z dnia 13 czerwca 2013 r. oczekiwał od wykonawcy. Z tych też względów Zamawiający samodzielnie – nie przyjmując jako formalnie uzupełnionego wykazu osób przez Przystępującego – pismem z dnia 20 czerwca 2013 r. wezwał Przystępującego do uzupełniania wykazu osób, wskazując – jak wyżej – nieprawidłowości, które w nim stwierdził.

Izba nie stwierdziła w tym zakresie także naruszenia dyspozycji art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wskazany przepis pozwala zamawiającemu na wyjaśnienia wszelkich niejasności, czy wątpliwości co do dokumentów składanych przez wykonawcę w postępowaniu, w tym dokumentów podmiotowych. Przepis ten nie pozwala wykonawcy na uzupełnienie dokumentów, a jedynie na wyjaśnienie wątpliwości, które zamawiający powziął w odniesieniu do konkretnego dokumentu. Wyjaśnienie tych wątpliwości nie jest w żaden sposób ograniczone ilościowo, biorąc pod uwagę to, że celem tej procedury nie jest uzupełnienie oferty (wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) o jakieś dokumenty, czy zmiana ich treści, a jedynie ich wyjaśnienie, czy uściślenie. Odwołujący nie wykazał, na czym miałyby w tym przypadku polegać naruszenie przywołanego przepisu ustawy Pzp przez Zamawiającego, skoro Zamawiający w każdym przypadku kierowanego wezwania w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp konkretyzował swoje wątpliwości wykonawcy. Jeśli zdarzyło się – jak wskazano powyżej – że wykonawca ten jednak mimo wszystko w trybie wezwania do wyjaśniania dokumentów samowolnie je uzupełnił, Zamawiający nie uwzględnił tego uzupełniania i samodzielnie po zweryfikowaniu, czy dopuszczalna jest dodatkowa procedura w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wzywał tego wykonawcę odrębnie do uzupełnienia dokumentów.

Tym samym zatem zarzut dotyczący wielokrotnego wzywania Przystępującego do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku złożenia przez Przystępującego listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej Izba uznała go za niezasadny.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ w pkt 1.6.II.13 SIWZ oczekiwał od wykonawców przedłożenia w postępowaniu listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. Szczególne postanowienia, co Zamawiający rozumie przez grupę kapitałową, Zamawiający zawarł w pkt 1.9 SIWZ, wskazują tam jednocześnie na ukształtowany przez siebie w załączniku nr 9 do SIWZ wzór takiej listy (pkt 1.9.6 SIWZ). Pierwotnie ukształtowany przez niego w SIWZ wzór tego załącznika przewidywał złożenie oświadczeń alternatywnie: o przynależności, bądź braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, dodatkowo z jednoczesnym złożeniem oświadczenia w przypadku przynależności do grupy kapitałowej o istnieniu, bądź braku istnienia powiązania, które prowadzi do zachwiania konkurencji. Pod każdym z alternatywnych oświadczeń (o przynależności, bądź braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej) Zamawiający w jednostronicowym wzorze dokumentu przewidział miejsce na podpis wykonawcy, wskazanie miejscowości oraz daty złożenia oświadczenia.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2013 r. Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie ustalonego wzoru załącznika nr 9 do SIWZ. Określił tą modyfikacją nowy wzór oświadczenia, który różnił się od pierwotnego jedynie rezygnacją ze szczegółowego, dodatkowego oświadczenia o istnieniu, bądź braku istnienia powiązania, które prowadzi do zachwiania konkurencji. Tak więc ostatecznie wzór tego załącznika przewidywał możliwość złożenia alternatywnie, bądź oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej bądź braku przynależności do jakiegokolwiek grupy kapitałowej z graficznym odzwierciedleniem miejsca na złożenie podpisu, wskazania daty i miejscowości złożenia każdego z tych dwóch oświadczeń.

W ofercie Przystępującego Izba stwierdziła dwa oświadczenia przedłożone na załączniku do SIWZ przygotowanym przez Zamawiającego, złożone przez obydwu konsorcjantów (str. 41 i 42 oferty Przystępującego), z tym, że jeden z konsorcjantów (Embit Sp. z o.o.) oświadczenie złożył na starym, pierwotnym druku SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do kwestionowania oświadczeń złożonych przez Przystępującego co do grupy kapitałowej. Treść oświadczeń złożonych przez obydwu konsorcjantów wskazuje, że obydwaj nie należą

do grupy kapitałowej i brak tutaj możliwości wywodzenia jakiegokolwiek innej treści ze wskazanych dokumentów. Okoliczność, że jedno z oświadczeń zostało złożone w innej formie niż ostatecznie ukształtowana przez Zamawiającego w treści SIWZ, nie ma żadnego znaczenia dla treści złożonego oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej. Obydwaj konsorcjanci wchodzący w skład Przystępującego złożyli odrębnie wskazane oświadczenia, podpisując się pod określoną treścią oświadczenia ze wskazaniem miejscowości i daty złożenia tych oświadczeń. To, że wskazana powyżej złożonej treści oświadczenia na graficznie przygotowanym formularzu przez Zamawiającego część wzorcowego oświadczenia nie została wykreślona, nie ma również żadnego znaczenia, ponieważ Zamawiający określił w SIWZ takiego rodzaju formularz do wykorzystania przez wykonawców. Nie można wywodzić, że Przystępujący złożył oświadczenia o dwóch różnych treściach (przynależności i braku przynależności do grupy kapitałowej) bowiem pod oświadczeniem dotyczącym przynależności do grupy kapitałowej nie złożył on podpisu.

Tym samym zatem zarzut dotyczący braku złożenia przez Przystępującego oświadczenia dotyczącego grupy kapitałowej i zaniechania wykluczenia przez Zamawiającego tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24b ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z postępowania jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów i wykluczenia go z postępowania Izba uznała go za niezasadny.

Izba ustaliła, że do oferty Przystępującego załączone zostało pełnomocnictwo z dnia 3 czerwca 2013 r. udzielone dla Lidera Konsorcjum – firmy C..... - Ekologia i Zieleń Sp. z o.o. do reprezentowania Przystępującego w postępowaniu o zamówienie publiczne. Pełnomocnictwo zostało podpisane przez Pana M..... D..... i Panią B..... P..... Do oferty tej dołączony został także odpis z KRS z dnia 31 maja 2013 r. dla jednego z konsorcjantów Przystępującego, tj. firmy Embit Sp. z o.o., wskazujący na to, że do składania oświadczeń woli w imieniu spółki uprawniony jest samodzielnie każdy członek zarządu zaś w sprawach dotyczących rozporządzania majątkiem spółki, bądź zaciągnięcia zobowiązań powyżej kwoty 100 000 zł wymagane jest współdzielenie dwóch członków zarządu łącznie, w przypadku zarządu wieloosobowego lub członka zarządu łącznie z prokurentem w przypadku ustanowienia prokury (str. 15 oferty Przystępującego). W odpisie

z KRS wskazano na dwóch członków zarządu Pana M..... D..... i Panią B..... P.....

Zamawiający pismem z dnia 5 czerwca 2013 r. wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania dokumentu o niekaralności (KRK) dla członka zarządu Embit Sp. z o.o. Pani B..... P..... W odpowiedzi na powyższe Przystępujący pismem z dnia 10 czerwca 2013 r. wyjaśnił, że w dniu złożenia oferty (3 czerwca 2013 r.) Pani B..... P..... nie była już członkiem zarządu firmy, a funkcję tę pełnił Pan S..... P..... Przystępujący jednocześnie uzupełnił Zamawiającemu uchwałę nr 1/2/2013 Zgromadzenia Wspólników Embit Sp. z o.o. z dnia 5 lutego 2013 r. o odwołaniu z funkcji członka zarządu Pani B..... P..... Uzupełnił też uchwałę nr 2/5/2013 Zgromadzenia Wspólników Embit Sp. z o.o. z dnia 2 maja 2013 r. o powołaniu Pana S. P..... na członka zarządu. Przystępujący przedłożył także Zamawiającemu uchwałę nr 3/5/2013 Zgromadzenia Wspólników Embit Sp. z o.o. z dnia 2 maja 2013 r. o wyrażeniu zgody na udzielanie sobie wzajemnie pełnomocnictwa dla jednego z członków zarządu spółki

w imieniu drugiego przy zaciąganiu zobowiązań powyżej 100 000 złotych. Jednocześnie również przedłożono Zamawiającemu pełnomocnictwo z dnia 20 maja 2013 r. podpisane przez Pana S..... P..... jako członka zarządu Embit Sp. z o.o. dla Pana M..... D..... do zaciągania zobowiązań w jego imieniu związanych z przedmiotowym postępowaniem o zamówienie publiczne, ze wskazaniem daty złożenia oferty (3 czerwca 2013 r.). Dołączono też informację z KRK dla Pana S. P.....

Zamawiający pismem z dnia 13 czerwca 2013 r. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprosił o wyjaśnienia Przystępującego co do tego, na jakiej podstawie Pani B..... P..... podpisała dokumenty dotyczące Embit Sp. z o.o. i czy istnieją inni członkowie zarządu nieujawnieni w odpisie z KRS, a także o wskazanie przyczyn rozbieżności pomiędzy odpisem z KRS i uchwałą Zgromadzenia Wspólników. Przystępujący pismem z dnia

18 czerwca 2013 r. wyjaśnił Zamawiającemu, że Pani B..... P..... nie posiada uprawnień do reprezentacji Embit Sp. z o.o., ale i tak dokumenty zostały złożone przez osoby uprawnione do reprezentacji Embit Sp. z o.o. Podkreślił też, że jedynym nieujawnionym

w odpisie z KRS członkiem zarządu jest Pana S. P..... i, że udzielone pełnomocnictwo pozostaje w zgodzie z wolą wspólników. Uwzględniając powyższe Zamawiający pismem z dnia 27 czerwca 2013 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w ramach Przystępującego. Przystępujący pismem

z dnia 2 lipca 2013 r. uzupełnił pełnomocnictwo z dnia 29 maja 2013 r. dla Lidera Konsorcjum do reprezentowania Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pod pełnomocnictwem figurują dwa odrębne podpisy bez pieczęci imiennych.

Odwołujący z powyższego wywodzi, że pod uzupełnionym pełnomocnictwem da się zidentyfikować wyłącznie jeden podpis, tj. Pana S..... P....., dla którego nie zostało udzielone pełnomocnictwo do samodzielnej reprezentacji Embit Sp. z o.o., wchodzącej w skład Przystępującego (pełnomocnictwo takie z dnia 20 maja 2013 r. zostało udzielone dla Pana M..... D.....).

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że brak jest podstaw do kwestionowania umocowania do podpisania oferty Przystępującego w oparciu o pełnomocnictwo udzielone dla Lidera Konsorcjum przez firmę Embit Sp. z o.o. Pełnomocnictwo to, po procedurze wyjaśnień oraz wezwania do uzupełniania dokumentów (odpisu z KRS uaktualnionego przez uchwały Zgromadzenia Wspólników, wprowadzające zmiany co do składu zarządu spółki oraz uzupełnianie dokumentu pełnomocnictwa z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp), zostało przedłożone Zamawiającemu. Pełnomocnictwo to zostało udzielone - jak wynika z jego treści - przed złożeniem oferty Zamawiającemu przez Przystępującego (pełnomocnictwo datowane na dzień 29 maja 2013 r.). W treści pełnomocnictwa wskazuje się na ustanowienie pełnomocnika w tej sprawie, a pełnomocnictwo zostało podpisane przez dwóch członków zarządu uprawnionych do reprezentacji Embit Sp. z o.o., jak wynika z dokumentu KRS oraz uchwał Zgromadzenia Wspólników nr 1/2/2013 z 5 lutego 2013 r. i nr 2/5/2013 o powołaniu Pana S. P..... na członka zarządu. Izba dokonała oceny dokumentu pełnomocnictwa z dnia 29 maja 2013 r. uzupełnionego przez Przystępującego i jej zdaniem kwestionowany przez Odwołującego podpis pod tym pełnomocnictwem jest on na tyle czytelny, aby stwierdzić, że podpisał się pod nim drugi z członków zarządu (prezes zarządu) – Pan M..... D..... Podpis ten jest pełny (ze wskazaniem imienia i nazwiska osoby podpisującej się) w przeciwieństwie do podpisu wskazanej osoby pod pełnomocnictwem załączonym do oferty, gdzie skrócony podpis wskazanej osoby (parafę) dodatkowo uczytelniono pieczęcią imienną wskazanej osoby. Odwołujący nie udowodnił, a nawet nie uprawdopodobnił, że wskazany podpis nie należy do Pana M..... D....., a w tym przypadku tylko taka okoliczność mogłaby być uznana za okoliczność potwierdzającą, że oferta Przystępującego jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. przepisów Kodeksu cywilnego. Samo kwestionowanie czytelności podpisu pod pełnomocnictwem z dnia 29 maja 2013 r. nie może stanowić o takiej okoliczności, w szczególności w sytuacji gdy - zdaniem Izby – podpis był czytelny.



Tym samym zatem zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i w efekcie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła stosownie do regulacji zawartej w § 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 20 000 zł.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....