

Sygn. akt: KIO/1026/10

WYROK
z dnia 9 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 27 maja 2010 r. przez **MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa**

przy udziale **Bogdana Macewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Geodezji i Informacji Terenowej M.B. Macewicz, ul. Różana 7, 11-500 Wilkasy (adres do korespondencji: ul. Majorki 40, 03-020 Warszawa),** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej co do części 10 zamówienia o nazwie V – FOTO woj. łódzkie i dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym skierowanie wezwania do Bogdana Macewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Geodezji i Informacji Terenowej M.B. Macewicz z siedzibą w Wilkasach do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych**

2. kosztami postępowania obciąża **Bogdana Macewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Geodezji i Informacji Terenowej M.B. Macewicz, ul. Różana 7, 11-500 Wilkasy (adres do korespondencji: ul. Majorki 40, 03-020 Warszawa)** i nakazuje:
 - 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądzić zapłatę kwoty wpisu w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Bogdana Macewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Geodezji i Informacji Terenowej M.B. Macewicz, ul. Różana 7, 11-500 Wilkasy (adres do korespondencji: ul. Majorki 40, 03-020 Warszawa)** na rzecz **MGGP S.A., ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów**, która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Realizację kontroli na miejscu metodą inspekcji terenowej i metodą Foto na terenie 16 województw”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 13 lutego 2010 r., pod nr: 2010/S 31-044756. Postępowanie to zostało podzielone przez Zamawiającego na części z dopuszczeniem możliwości składania ofert częściowych w postępowaniu.

W postępowaniu tym firma MGGP S.A., z siedzibą w Tarnowie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 27 maja 2010 r. złożyła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w dniu 26 maja 2010 r. Złożone odwołanie dotyczy części 10 zamówienia o nazwie V – FOTO woj. łódzkie.

Odwołujący w treści złożonego odwołania zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. 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 (dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”), poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Biuro Geodezji i Informacji Terenowej M.B. Macewicz (dalej: „M.B. Macewicz”) do wyjaśnienia i uzupełniania dokumentów; a to deklaracji współpracy Alia-Geodezyjna Marek Celiński, załącznika nr 4 i 5 do oferty i dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 w zw. z ust. 2 wskazanego rozporządzenia w sprawie dokumentów wobec przedsiębiorcy Marka Celińskiego, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp);
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp za sprawą wyboru jako najkorzystniejszej oferty M.B.

Macewicz i zaniechania wykluczenia oferty tego wykonawcy, pomimo iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert, nakazanie wezwania M.B. Mackiewicz do uzupełniania i wyjaśnienia jego oferty, a następnie wykluczenie M.B. Macewicz;
- 2) zwrot kosztów postępowania, w tym zwrot ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego w wysokości wskazanej w przedstawionej do wglądu na rozprawie umowie o zastępstwo procesowe lub w fakturze oraz kosztów dojazdu, w oparciu o załączone do wglądu bilety PKP.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca M.B. Macewicz powinien być wykluczony z postępowania. Odwołujący wskazał, że warunki udziału w postępowaniu pozwalają na weryfikację woli wykonawcy wykonania umowy z rzeczywistymi możliwościami jej realizacji z należytą starannością. Wskazał na zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, w świetle której należy przyjąć, że wskazane przez Zamawiającego warunki są celowe i plasują się na poziomie niezbędnym, koniecznym do wykonania zamówienia. .

Odnosząc się do stanu faktycznego niniejszej sprawy podniósł, że Zamawiający zażądał podania przez wykonawcę podstaw do dysponowania zasobami technicznymi i osobowymi (rozdz. VII ust. 1 lit. i, k SIWZ). Wykonawca M.B. Macewicz w formularzu – załącznik nr 4 i 5 do SIWZ – nie wskazał tej informacji, a informacja ta jest konieczna do ustalenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu poprzez, np. ustalenie konieczności przedłożenia zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a w przypadku jego braku, wezwanie do uzupełniania, poprzez ustalenie formy współpracy z osobami udostępnianymi przez podmiot trzeci, czy też z samym podmiotem trzecim dla ustalenia stosunku podwykonawstwa.

Odwołujący wskazał na przepisy nowelizacji ustawy Pzp z dnia 5 listopada 2009 r., w świetle których uległ zmianie art. 22 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie możliwości dysponowania potencjałem technicznym osób trzecich i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Podkreślił, że przed tą nowelizacją tzw. zobowiązanie innych podmiotów dotyczące udostępnienia zasobów, przedkładało się do oferty / wniosku tylko, jeśli wykonawca na czas złożenia wniosku / oferty nie dysponował, a dopiero w przyszłości będzie dysponował owym zasobem (tutaj powołał się na opinię UZP zamieszczoną w Informatorze nr 3 UZP z września 2009 r. na stronie internetowej UZP). Odwołujący wskazał na różnicę pomiędzy stanem prawnym przed i po 22 grudnia 2009 r., która polega w jego ocenie na tym, że obecnie

opieramy się na zobowiązaniu wykonawcy udowodnienia Zamawiającemu poprzez przedłożenie zobowiązania innego podmiotu, iż wykonawca już dysponuje lub będzie dysponował zasobami (technicznymi i osobowymi) w każdym przypadku gdy zasób ten należy do tych „innych podmiotów”. W jego ocenie pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia tych zasobów jest wymagane nie tylko w sytuacji, gdy już w czasie składania ofert dysponowanie oparte jest na potencjale technicznym i osobach zdolnych do wykonania zadania innych podmiotów. W aktualnym stanie prawnym ważne jest – zdaniem Odwołującego – podanie w ofercie informacji o podstawie dysponowania zasobami, którą to podstawę należy rozumieć jako, np. własność, użyczenie, najem umowa o pracę itp. Powyższe pozwala Zamawiającemu na pozyskanie w tym zakresie informacji celem przeprowadzenia, np. postępowania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i żądania uzupełnienia właściwych dokumentów potwierdzających dysponowanie zasobami, jeśli należą one do osób trzecich. W przypadku oferty M.B. Macewicz takiej wiedzy nie można było uzyskać, a Zamawiający zaniechał wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że M.B. Macewicz przedłożył do oferty na str. 20 zobowiązanie do współpracy i udostępnienia zasobów osobowych i technicznych złożone przez Alia-Geodezyjna Marek Celiński. Zobowiązanie to, zdaniem Odwołującego, zostało złożone nie wobec wykonawcy tego postępowania, tj. M.B. Macewicz, a na rzecz Biura Geodezji i Informacji Terenowej Sp. z o.o. z siedzibą w Giżycku, czyli tzw. innemu podmiotowi. Podniósł też, że zobowiązanie to zostało udzielone na zasadzie wyłączności wobec Biura Geodezji i Informacji Terenowej Sp. z o.o. Zamawiający zaś zaniechał wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia owych sprzeczności.

Zdaniem Odwołującego zobowiązanie to choć błędnie wystawione z uwagi na:

- jego treść (wskazanie z nazwy Zamawiającego i postępowania)
- oświadczenie M.B. Macewicz o planowanym podwykonawstwie w 50% bez wskazania, iż tym podwykonawcą jest jedynie Glob-Tech Piotr Zgoda (formularz załącznik nr 1.2 do SIWZ)

pozwała zakładać, że część zasobów osobowych wskazanych w załączniku nr 4 należy właśnie do podmiotu trzeciego – przedsiębiorcy Marka Celińskiego. Tym samym w ofercie M.B. Macewicz brak jest dokumentów wymienionych w rozdziale VII ust. 1 lit. n SIWZ w zw. z § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Odwołujący podniósł, że powyższe uzasadnia:

- omówione zobowiązanie do współpracy Pana Marka Celińskiego polegające na udostępnienie swoich pracowników;

- tzw. dysponowanie pośrednie przez M.B. Macewicz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia należącymi do innych podmiotów (w powołaniu na opinię UZP ze strony internetowej UZP);
- Pan Mark Celiński i jego pracownicy wykazani w ofercie będą brali udział w realizacji zamówienia zaś w rzeczonym zobowiązaniu Pan Celiński wprost oświadcza, iż zakłada współpracę z M.B. Macewicz przy wykonaniu zamówienia, tj. będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia. Dodatkowo, przez wykazanie dysponowaniem odpowiednimi zasobami osobowymi innych podmiotów koniecznym jest ich uczestnictwo przy realizacji części zamówienia (również w powołaniu na opinię UZP ze strony internetowej).

Odwołujący wskazał, że M.B. Macewicz złożył ofertę, która w swojej treści nie odpowiada spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, zaś Zamawiający w tym zakresie nie wezwał tego wykonawcy do obligatoryjnego trybu uzupełnienia, czy też wyjaśnienia treści dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Takie zaniechanie – zdaniem Odwołującego – wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie uczciwej konkurencji w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego wykonawca M.B. Macewicz wezwany do uzupełnienia dokumentów może nie dysponować tymi dokumentami wystawionymi w wymaganej dacie i winien być wykluczony z niniejszego postępowania.

W dniu 28 maja 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożone przez M.B. Macewicz („Przystępujący”) na skutek wezwania do wzięcia udziału w tym postępowaniu, skierowanego przez Zamawiającego do tego wykonawcy. Kopia przystąpienia została przekazana stronom postępowania odwoławczego.

W przystąpieniu M.B. Macewicz podniósł, że Odwołujący nie wykazał interesu prawnego we wniesieniu odwołania i wniósł o ograniczenie rozprawy do rozstrzygnięcia zagadnienia wstępnego w tym zakresie. Z ostrożności jednakże wniósł on również o:

- oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego i złożonego jedynie dla przewłoki postępowania;
- zasądzenie kosztów postępowania oraz ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego według spisu kosztów i faktur przedłożonych na rozprawie.

Przystępujący podniósł, że zarzut dotyczący złożenia zobowiązania przez Marka Celińskiego na rzecz Biura Geodezji i Informacji Terenowej Sp. z o.o. z siedzibą w Giżycku, a nie na rzecz wykonawcy M.B. Macewicz jest chybiony, ponieważ Biuro Geodezji i Informacji Terenowej Sp. z o.o. jest spółką, w której większościami wspólnikiem oraz

prezesem zarządu jest wykonawca Bogdan Macewicz. Okoliczność złożenia zobowiązania wedle Przystępującego stanowi oczywistą omyłkę i nie może uzasadnić unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej. Przystępujący podkreślił, że Pan Marek Celiński występował w postępowaniu jako osoba fizyczna, która posiada uprawnienia do wykonywania samodzielnego zawodu geodety i określonych rodzajów robót, a nie jako przedsiębiorca. Jego zdaniem Pan Marek Celiński jest podmiotem, który nie dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a zatem pomiędzy nim, a Przystępującym nie zachodzi stosunek dysponowania pośredniego w rozumieniu art. 26 ust. 2 b) ustawy Pzp. Pan Marek Celiński nie jest też osobą udostępnianą przez inny podmiot. Przystępujący twierdzi, że pomimo załączonego zobowiązania dysponuje osobą zdolną do wykonania części zamówienia – Panem Markiem Celińskim w sposób bezpośredni, a do takiej osoby nie stosuje się przepisów o innych podmiotach udostępniających swoje zasoby, a więc tym samym nie było podstaw do stosowania w tym zakresie przepisu § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

W dniu 7 czerwca 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego, w którym postanowił on w całości uwzględnić odwołanie wniesione w dniu 25 maja 2010 r. przez Odwołującego. Zamawiający wskazał, że w związku z powyższym unieważni czynność wyboru oferty uznanej przez niego jako najkorzystniejsza (Przystępującego) i powtórzy czynność badania i oceny ofert w części V-FOTO.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania oraz jego uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy stwierdziła, ustaliła i zaważyła co następuje.

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

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że odwołanie podlega merytorycznemu rozpoznaniu zarzutów w toku rozprawy, pomimo uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu z uwagi na okoliczność, iż w toku wyznaczonego przez Izbę posiedzenia z udziałem stron postępowania odwoławczego oraz jego uczestnika, podmiot zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, który skutecznie przystąpił do tego postępowania, wypełniając tym

samym dyspozycję przepisu art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, w trybie art. 186 ust. 5 ustawy Pzp złożył ustnie do protokołu sprzeciw co do uwzględniania odwołania przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania. W tym stanie rzeczy – stosownie do art. 186 ust. 4 ustawy Pzp - odwołanie należało rozpoznać merytorycznie.

Izba ustaliła także, że Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W zakresie pakietu V – FOTO, którego dotyczy złożone odwołanie, Odwołujący złożył swoją ofertę, która została sklasyfikowana na drugiej pozycji rankingu ofert bezpośrednio po ofercie uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, na konieczność wykluczenia którego to wykonawcy Odwołujący wskazuje. Nieuzyskanie przez Odwołującego niniejszego zamówienia na skutek wykazywanych naruszeń Zamawiającego wskazuje na konkretny uszczerbek w dobrach oraz interesach Odwołującego prawnie chronionych związanych z uzyskaniem niniejszego zamówienia publicznego. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do złożenia odwołania wynikającą z dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i stanowiska stron postępowania i jego uczestnika Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w rozdziale VI pkt 1 lit. c) SIWZ określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia o określonych kwalifikacjach, wykształceniu i uprawnieniach w podanej przez Zamawiającego ilości osób. Sporna pomiędzy stronami postępowania odwoławczego i jego uczestnikiem jest kwestia warunku dysponowania liczbą 11 osób z wykształceniem średnim lub wyższym w zakresie geodezji i kartografii, z których 3 osoby powinny posiadać uprawnienia zawodowe w zakresie, o którym mowa w art. 43 pkt 1 lub 2 lub 5 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne. Na potwierdzenie spełniania tego wymogu wykonawcy mieli obowiązek dołączyć, zgodnie z treścią postanowień rozdziału VII pkt 1 lit. (i) SIWZ, wykaz osób sporządzony według przygotowanego w SIWZ załącznika nr 4. Do oferty M.B. Macewicz został dołączony wskazany wykaz osób (str. 21 oferty), gdzie w sporym zakresie wskazano 11 osób, w tym w poz. 11 wykazu Pana Marka Adama Celińskiego z uprawnieniami geodezyjnymi. Jednocześnie też do oferty załączono Deklarację Współpracy z dnia 15 marca 2010 r. (str. 20 oferty), w której Pana Marek Celiński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ALIA-GEODEZYJNA Marek Celiński z siedzibą w Warszawie oświadczył, iż w związku z

prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie będzie współpracował i udostępni pracowników i sprzęt na zasadach wyłączności firmie Biuro Geodezji i Informacji Terenowej Sp. z o.o., ul. Pocztowa 5, 11-500 Giżycko.

Niewątpliwie z treści oferty Przystępującego wynika, że wskazany w wykazie osób przedłożonym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu Pan Marek Celiński jest podmiotem trzecim w stosunku do wykonawcy składającego ofertę M.B. Macewicz, tj. wykonawca składający ofertę w sposób faktyczny bądź prawny nie dysponuje aktualnie – na etapie składania oferty – daną osobą. Powyższe zresztą potwierdził w toku rozprawy Przystępujący oświadczając, że z Panem Markiem Celińskim dopiero po wyborze oferty podejmie współpracę na zasadzie, np. umowy o pracę. Okoliczność ta również w sposób pośredni wynikała z Deklaracji Współpracy załączonej do oferty Przystępującego, w której w związku z prowadzonym postępowaniem o zamówienie publiczne wskazana w ofercie Przystępującego osoba potwierdziła gotowość współpracy i udostępnienia pracowników. W zgłoszeniu swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego Przystępujący zresztą nie kwestionował okoliczności, że z potencjału osobowego przedsiębiorcy – Pana Marka Celińskiego będzie korzystał w tym postępowaniu. Bez znaczenia – zdaniem Izby - w tym przypadku jest okoliczność, czy mamy do czynienia z pośrednim, czy też bezpośrednim dysponowaniem daną osobą, na co wskazywał również Przystępujący. Sam Przystępujący potwierdził, że na dzień złożenia oferty nie dysponuje on żadną podstawą faktyczną i prawną służącą stwierdzeniu, że dany potencjał osobowy, na który powołuje się w ofercie, należy do niego. Powyższe samodzielnie potwierdził również w treści przedłożonych wraz z ofertą dokumentów, wskazując w nich konkretną osobę – przedsiębiorcę oraz poprzez złożenie określonej deklaracji tego przedsiębiorcy o udostępnieniu potencjału osobowego.

Powyższe wskazuje zatem na to, że w tym przypadku mamy do czynienia z sytuacją określoną przepisem art. 26 ust. 2 b) ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje na możliwość skorzystania przez wykonawcę składającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę z potencjału osobowego (osoby zdolne do wykonania zamówienia) innych podmiotów. W takiej sytuacji jednak wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował tym potencjałem w szczególności przedstawiając w tym zakresie pisemne zobowiązanie tego podmiotu, czy też tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu danego zamówienia.

Przedłożone w ofercie Przystępującego zobowiązanie – Deklaracja Współpracy – zdaniem Izby, jest obarczone błędem z racji wskazania w jego treści innego podmiotu aniżeli wykonawca, który złożył ofertę w tym postępowaniu. Ofertę złożył bowiem przedsiębiorca

Bogdan Macewicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Biuro Geodezji i Informacji Terenowej M.B. Macewicz z siedzibą w Wilkasach, zaś Deklaracja Współpracy dotyczy innego podmiotu, jakim jest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Biuro Geodezji i Informacji Terenowej z siedzibą w Giżycku. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Przystępującego, że wskazanie tego innego podmiotu stanowi oczywistą omyłkę zawartą w treści Deklaracji Współpracy. Z jej treści jasno bowiem wynika oświadczenie woli o współpracy i udostępnieniu potencjału osobowego konkretnemu podmiotowi – tj. spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, której pełna nazwa i adres zostały określone w treści dokumentu. W obrocie prawnym – co potwierdził Przystępujący w toku rozprawy – funkcjonują te dwa podmioty i realnym jest, że przedsiębiorca Marek Celiński zarówno jednemu, jak i drugiemu podmiotowi mógł udostępnić swój potencjał. W tym przypadku uczynił to jednak wyłącznie na rzecz Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, a nie na rzecz przedsiębiorcy Bogdana Macewicza. Powiązania kapitałowe i osobowe tych dwóch funkcjonujących w obrocie gospodarczym podmiotów nie mają znaczenia z punktu widzenia odrębności prawnej tych podmiotów, w tym również co do odrębnej możliwości ubiegania się przez nie, jako wykonawca, o udzielenie zamówienia publicznego.

Skoro zatem wskazany dokument zawierający oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu przez ten podmiot na rzecz wykonawcy składającego ofertę potencjału osobowego obarczony jest błędem z uwagi na wskazanie w nim innego podmiotu niż wykonawca, powinna w tym zakresie znaleźć zastosowanie procedura wynikająca z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający powinien w tym zakresie wezwać Przystępującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a wykonawca ten w wyniku tego uzupełnienia powinien przedłożyć dokument, który potwierdzałby spełnienie warunku (dysponowanie potencjałem osobowym przez wykonawcę – w tym przypadku poprzez udokumentowanie możliwości korzystania z potencjału podmiotu trzeciego) nie później niż na dzień składania ofert. Przywołany przepis pozwala na uzupełnienie dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi z kolei o dokumentach lub oświadczeniach potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu. Takim dokumentem niewątpliwie jest pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału kadrowego wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu celem potwierdzenia spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego.

Izba nie przychyliła się do argumentacji Odwołującego przedstawionej w toku rozprawy odnośnie braku możliwości żądania uzupełnienia takiego dokumentu w postępowaniu i do zmodyfikowanego w tym zakresie przez Odwołującego żądania o wyłączne wykluczenie Przystępującego z postępowania. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że brak wskazania w treści rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może zamawiający może żądać od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) dokumentu jakim jest pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępniania potencjału osobowego wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu uniemożliwia skierowanie wezwania o uzupełnianie dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Faktycznie katalog dokumentów podmiotowych (na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu) określony przepisami tego rozporządzenia jest zamknięty. Nie można jednak pominąć w tym zakresie przepisu szczególnego ustawy Pzp, który samodzielnie stanowi podstawę do określenia możliwości złożenia przez wykonawcę takiego właśnie dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Brak przywołania w przepisach rangi rozporządzenia tego właśnie dokumentu, który został samodzielnie wskazany w przepisach ustawy Pzp nie może prowadzić do odmówienia właściwości dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków podmiotowych w postępowaniu temu dokumentowi wskazanemu w przepisach samej ustawy Pzp. Powyższe *de facto* oznaczają, że Zamawiający nie musi żądać w postanowieniach SIWZ, czy ogłoszenia o zamówieniu przedłożenia takiego dokumentu od wykonawców, a wykonawcy mogą taki dokument przedkładać na mocy samego przepisu ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) w związku z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uznając, iż złożenie sprzeciwu przez Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wobec uwzględniania przez Zamawiającego wszystkich zarzutów w odpowiedzi na odwołanie i potwierdzenia się zarzutów stawianych przez Odwołującego Zamawiającemu, co skutkowało uwzględnieniem odwołania przez Izbę.

Przewodniczący:

.....