

Sygn. akt: KIO 735/11

Sygn. akt: KIO 736/11

WYROK

z dnia 19 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 kwietnia 2011 r.** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w dniu 8 kwietnia 2011 r. przez Grontmij Polska Sp. z o.o. w Poznaniu (KIO 735/11);
2. w dniu 8 kwietnia 2011 r. przez Ekocentrum Sp. z o.o. we Wrocławiu (KIO 736/11)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gminę Miasto Szczecin

przy udziale wykonawcy - Grontmij Polska Sp. z o.o. w Poznaniu - zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 736/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża Grontmij Polska Sp. z o. o w Poznaniu oraz Ekocentrum Sp. z o.o. we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Grontmij Polska Sp. z o.o., w Poznaniu oraz Ekocentrum Sp. z o.o. we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Grontmij Polska Sp. z o. o w Poznaniu oraz Ekocentrum Sp. z o.o. we Wrocławiu na rzecz Gminy Miasto Szczecin kwotę **344 zł 00 gr** (słownie: trzysta

czterdzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie, w tym kwotę **172 zł 00 gr** (słownie: sto siedemdziesiąt dwa złote zero groszy) od Grontmij Polska Sp. z o. o w Poznaniu oraz kwotę **172 zł 00 gr** (słownie: sto siedemdziesiąt dwa złote zero groszy) od Ekocentrum Sp. z o.o. we Wrocławiu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Szczecinie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 735/11

736/11

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasto Szczecin - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest Pomoc Techniczna dla Projektu Budowa Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów dla Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 grudnia 2010 r. pod numerem 2010/S 251-3863182010 r.

29 marca 2011 r. zamawiający przesłała informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Grontmij Polska Sp. z o.o. w Poznaniu oraz o wykluczeniu i odrzuceniu oferty wykonawcy Ekocentrum Sp. z o.o. we Wrocławiu.

Sygn. akt KIO 735/11

Grontmij Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 8 kwietnia 2011 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania wskazany w art. 180 ust. 5 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Ekocentrum Sp. z o.o. z powodu złożenia przez nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o, w przypadku unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania ofert; wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego EKOCENTRUM Sp. z o.o., odrzucenie oferty EKOCENTRUM Sp. z o.o. jako oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że procedury opracowane w ramach usługi dla Jednostki Realizującej Projekt w ramach Programów Operacyjnych dla Projektu: „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej miasta Sochaczew” wskazane przez EKOCENTRUM Sp. z o.o. w celu wykazania warunku ustalonego w rozdziale V pkt. 2. 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przeszły jakiegokolwiek kontroli Instytucji Wdrażającej, zatem wykonawca nie posiada niezbędnego doświadczenia i nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł również, że złożenie oświadczenia wskazującego na

spełnianie warunku udziału w postępowaniu, odmiennego od stanu istniejącego w rzeczywistości stanowi złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania i powoduje konieczność zastosowania sankcji wykluczenia bez możliwości uzupełnienia dokumentów w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 Pzp. Argumentował, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem skierowanym na wprowadzenie zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia i nie może być traktowane jako omyłka. Wywodził, że EKOCENTRUM Sp. z o.o. w pełni ponosi odpowiedzialność za zawarte informacje w swojej ofercie, niezależnie, czy pochodzą od niego, czy od innych podmiotów. Wskazał na ukształtowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednolity pogląd, w myśl którego norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest normą *iuris cogentis* i zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji (wyroki Izby z 1 lipca 2010r, sygn. KIO 1195/10, 8 września 2010r., sygn. 1820/10).

Odwołujący zarzucił również, że Pan Michał L. przy projekcie „Pomoc Techniczna dla Jednostki Realizującej Projekt „Oczyszczanie ścieków - Ruda Śląska” nie zajmował stanowiska kierownika zespołu pomocy technicznej, ani nie wykonywał zakresu obowiązków należących do tego eksperta, gdyż na wskazanym zadaniu funkcję tę pełniła Pani Danuta R.. Podniósł, że pełnienie funkcji Prezesa Zarządu, w czasie realizacji projektu nie stanowi o spełnieniu wymagań zamawiającego określonych w rozdziale V pkt 2 ppkt 3) specyfikacji istotnych warunków, gdyż zamawiający wymagał pełnienia samodzielnego stanowiska w ramach zespołu powołanego do realizacji konkretnego przedsięwzięcia . Oceniał, że nie sposób uznać sprawowanej w spółce funkcji Prezesa Zarządu jako równoważnej ze stanowiskiem kierownika zespołu pomocy technicznej powołanym w ramach realizowanego projektu.

Odwołujący podkreślił, iż ze względu na zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia z postępowania EKOCENTRUM Sp. z o.o., z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, nie zachodzi przesłanka do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania odwołujący wskazał, że złożona przez niego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący oświadczył, że odwołanie składa „z ostrożności ponieważ w sytuacji złożenia odwołania przez EKOCENTRUM Sp. z o.o. na czynność odrzucenia jego oferty i wyboru najkorzystniejszej oferty interes prawny odwołującego może doznać uszczerbku w przypadku nie podniesienia powyżej przedstawionych zarzutów do EKOCENTRUM Sp. z o.o.”.

EKOCENTRUM Sp. z o. o. powiadomiony zgodnie z art. 185 ust. 1 Pzp o wniesieniu odwołania 8 kwietnia 2011r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Zgłoszenie wpłynęło do Prezesa Izby 11 kwietnia 2011r. za pośrednictwem faksu, 12 kwietnia 2011r. w formie pisemnej.

Izba stwierdził, że skoro wykonawca ten wniósł własne odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania – posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia korzystnego dla zamawiającego. Izba uznała jednak zgłoszenie przystąpienia za bezskuteczne. Art. 185 ust. 2 Pzp zastrzega dla zgłoszenia przystąpienia formę pisemną lub elektroniczną opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym oraz określa termin 3 dni liczony od dnia otrzymania kopii odwołania. Zatem zgłoszenie przystąpienia, które w formie przewidzianej ustawą wpłynęło do Prezesa Izby po upływie ustawowego terminu nie może wyrzeć zamierzonego skutku – uzyskania przez wykonawcę statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 29 października 2009 roku (sygn. akt XXIII Ga 634/09 *niepubl.*) wyraził pogląd, zgodnie z którym „nie można traktować określonych tam (t. j. w ustawie Prawo zamówień publicznych) za wymagania, których można nie spełnić i te wymagania, które muszą być spełnione. (...) Przyjęcie poglądu odmiennego prowadziłoby wprost do wybiórczego i dowolnego interpretowania ustawy w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej.”

Pogląd powyższy, mimo, iż wyrażony został w innym stanie prawnym (obowiązującym przed wejściem w życie zmian ustawy Prawo zamówień publicznych z 5 listopada 2009r. i z 2 grudnia 2009 r.) - wobec uchybienia terminowi przekazania kopii przystąpienia protestującemu, zawiera ogólną dyrektywę interpretacji przepisów ustawy w zakresie przesłanek zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Pogląd Sądu Okręgowego, jako mający walor wykładni o ogólnym charakterze, zachowuje aktualność również w obecnym stanie prawnym i znajduje zastosowanie dla oceny spełnienia przesłanek zgłoszenia przystąpienia przez Ekocentrum Sp. z o.o.

Sygn. akt KIO 736/11:

Wykonawca Ekocentrum Sp. z o. o. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia swojej oferty, wykluczenia z postępowania oraz wyboru oferty Grontmij Polska Sp. z o.o. w Poznaniu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 24 ust 4 Pzp, w związku z § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), w ten sposób, że zamawiający uznał, iż poświadczenie referencji w zakresie posiadania wiedzy i

doświadczenia otrzymanej od podmiotu trzeciego nie zostało poświadczane przez ten podmiot, lecz przez odwołującego (Prezesa Zarządu EKOCENTRUM Sp. z o.o.), jest niezgodne z przepisami. Wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, o unieważnienie czynności odrzucenia oferty i wykluczenia z postępowania oraz o powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zdaniem zamawiającego wobec posłużenia się w zakresie spełnienia wymagania w zakresie doświadczenia potencjałem podmiotu trzeciego, zgodnie z wymogiem rozdziału V pkt 2 ppkt 2 lit. d) złożona referencja winna być poświadczona za zgodność z oryginałem przez ten podmiot. Wywiódł, że zgodnie z zasadą ogólną wyrażoną w § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, dokumenty w postępowaniu o zamówienie publiczne składane są w oryginale lub w kopii poświadczonej za zgodność przez wykonawcę. Powołał wyrok Izby z dnia 6 grudnia 2010 r. (sygn.: KIO 2493/10, 2494/10, 2496/10) w uzasadnieniu którego wyrażono pogląd, że nie może być podstawą wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty poświadczenie dokumentu za zgodność z oryginałem dokonane przez wykonawcę, a nie przez podmiot trzeci, o ile zamawiający nie ma wątpliwości co do prawdziwości złożonej kopii. Izba wskazała, że poświadczenie dokumentu jest oświadczeniem wiedzy potwierdzającego, że potwierdzona przez niego kopia jest zgodna z oryginałem. Potwierdzenie takie może być dokonane na przykład przez pełnomocnika, a w razie istnienia wątpliwości co do autentyczności dokumentu zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy o przedłożenie oryginału (lub notarialnie poświadczonej kopii). Dopiero gdyby dokumentu nie został przedstawiony lub dokument ten byłby niezgodny ze złożoną kopią, to wykluczenie odwołującego i odrzucenie jego oferty byłoby zasadne. Wskazał, że Prezes Zarządu odwołującego Pan Michał L. jest upoważniony do poświadczania za zgodność dokumentów podmiotu trzeciego - IBH W2E Consultants SA. Odwołujący wywiódł, że § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów ma zastosowanie w zakresie poświadczania referencji podmiotów trzecich, tylko o ile będą one uczestniczyć w realizacji części zamówienia. Zaznaczył, że korzystanie z zasobów tych podmiotów nie musi wiązać się z uczestnictwem w realizacji zamówienia. W przypadku IBH W2E Consultants (IBH Ingenieurs Conseils) oddanie do dyspozycji zasobów nie przewiduje uczestnictwa w realizacji zamówienia, gdyż takiego wymogu zamawiający nie postawił.

Grontmij Polska Sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania, a w razie skierowania odwołania na rozprawę o jego oddalenie. Zamawiający podniósł, że odwołujący nie przekazał treści odwołania w rozumieniu art. 180 ust. 5 Pzp, gdyż nie zostało przekazane pełnomocnictwo wskazane w odwołaniu, w związku z czym zamawiający i uczestnicy postępowania zostali pozbawieni możliwości ustosunkowania się do zgłoszonego dowodu. Uzasadniał, że pełnomocnictwo nie stanowi załącznika do odwołania, lecz element jego treści wskazany w § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wymagał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby dokumenty pochodzące od podmiotu trzeciego w formie kopii były poświadczane przez ten podmiot. Wymóg ten jest oczywistym elementem uwiarygodnienia dokumentów podmiotu trzeciego. Zamawiający uznał, że poświadczenie referencji przez Prezesa Zarządu odwołującego nie spełnia tego wymogu i wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia prawidłowego dokumentu. Wobec nie zastosowania się do wezwania zamawiający wykluczył odwołującego. Dopiero na etapie wyjaśnień w trybie art. 46 ust. 4a Pzp odwołujący wskazał na posiadanie pełnomocnictwa. Zamawiający ocenił, że nie miał obowiązku wymieniać w jaki sposób wykonawca ma uzupełnić dokumenty, gdyż stanowiłoby to ograniczenie wykonawcy. Zamawiający nie ma wiedzy w jaki sposób wykonawca chce uzupełnić dokument, a udowodnienie spełniania warunków udziału w postępowaniu jest obowiązkiem wykonawcy. Zamawiający uznał, za dopuszczalne przekazanie przez podmiot trzeci na podstawie pełnomocnictwa uprawnienia do poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp. Izba uznała bowiem, że okoliczności powołane w treści odwołania są wystarczające dla uznania, że sama treść dokumentu pełnomocnictwa nie stanowi elementu konstytuującego odwołanie zgodnie z art. 180 ust. 3 *in fine* Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań. Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz wskazanie dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności nastąpiło w samej treści odwołania. W oparciu o ich znajomość zamawiający był uprawniony do tego, aby dokonać weryfikacji swego stanowiska zawartego w informacji o wynikach postępowania. Przywołany przepis rozporządzenia w sprawie regulaminu nie nakazuje dołączania do odwołania dowodów, nakazuje jedynie wskazanie dowodów, tak aby zamawiający i uczestnicy postępowania odwoławczego mieli wiedzę o podstawach zarzutów, a jednocześnie wyrażona w art. 190 ust. 1 Pzp zasada powoływania dowodów aż do zamknięcia rozprawy nie doznała ograniczenia.

Odwołujący wymaganiom przepisów uczynił zadość.

Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła , co następuje:

Sygn. akt KIO 735/11 – odwołanie wniesione przez Grontmij Polska Sp. z o.o.:

Odwołujący, jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę uznaną za najkorzystniejszą, ma zatem interes w uzyskaniu zamówienia. Możliwość poniesienia szkody przez odwołującego wyraża się w ewentualnym w uwzględnieniu odwołania przez EKOCENTRUM Sp. o.o., wykluczonego wykonawcę, który złożył ofertę z niższą ceną. Potwierdzenie zarzutów dotyczących wykluczenia z postępowania EKOCENTRUM Sp. o.o. skutkować może zatem utratą możliwości uzyskania zamówienia przez odwołującego.

Izba zważyła, że odwołujący wnosząc odwołanie wobec zaniechania wykluczenia EKOCENTRUM Sp. o.o., z innych powodów niż ustalone przez zamawiającego, zabezpiecza swój interes w uzyskaniu zamówienia i zapobiega możliwości poniesienia przez siebie szkody w postaci utraty korzyści związanych z realizacją zamówienia.

Izba uznała, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania polega również na dążeniu do rzetelnej oceny ofert oraz wyraża się w skutecznej eliminacji konkurującego wykonawcy z postępowania. Wobec zasad szybkości postępowania oraz koncentracji środków ochrony prawnej i wynikającego z nich zawitego charakteru terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej, zaniechanie wniesienia odwołania w terminie liczonym od dnia przesłania pierwotnej informacji o wynikach postępowania, może spowodować utratę przez odwołującego możliwości podnoszenia zarzutów w odniesieniu do wykazania spełnienia przez EKOCENTRUM Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu.

Izba uznała za chybiony pogląd zamawiającego o przedwczesności wniesienia odwołania.

Zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie.

W rozdziale V, pkt. 2. 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający opisując sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wymagał wykonania: „co najmniej dwóch usług opracowania procedur dla Jednostki Realizującej Projekt w ramach Programów Operacyjnych, które przeszły pozytywnie kontrolę Instytucji Wdrażającej” (tekst zgodnie ze

zmianą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanej dnia 24 stycznia 2011r. – w aktach sprawy).

EKOCESTRUM Sp. z o.o. w celu wykazania spełniania opisanego warunku złożył wraz z ofertą wykaz usług (str. 37 oferty, w aktach sprawy), w którym przedstawił:

1. opracowanie księgi procedur dla Jednostki Realizującej projekt „Zapewnienie prawidłowego systemu odbioru ścieków na terenie aglomeracji Oborniki”, które przeszły pozytywnie kontrolę Instytucji wdrażającej” oraz
2. usługę opracowania procedur dla Jednostki Realizującej Projekt w ramach Programów Operacyjnych, która przeszła pozytywnie kontrolę Instytucji wdrażającej - Projekt: „Poprawa Gospodarki wodno-ściekowej miasta Sochaczew” zrealizowana przez Socotec Polska Sp. z o. o - podmiot na którego zasoby powołał się zgodnie z art. 26 ust. 2 b Pzp.

Prawdziwość oświadczenia co do zgodności z wymaganiami pierwszej z nich nie jest kwestionowana. Przedmiotem sporu jest dokonanie kontroli Instytucji wdrażającej w odniesieniu do drugiej z powołanych usług.

Izba ustaliła, że dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia – referencja wystawiona przez zamawiającego - Zakład Wodociągów i Kanalizacji – Sochaczew Sp. z o.o. zawiera jedynie stwierdzenie, że usługa została wykonana w 2008r. z należytą starannością (str.41 oferty – w aktach sprawy).

Na rozprawie odwołujący złożył pisemne oświadczenia wskazanego wyżej zamawiającego z 2 marca 2011r. oraz Instytucji Wdrażającej – Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Warszawie z 23 marca 2011r. zawierające stwierdzenia, że procedury te nie były przedstawione do kontroli. Na ich podstawie Izba uznała, że oświadczenie EKOCESTRUM Sp. z o.o. o zgodności usługi wskazanej w pkt 2 wykazu z wymaganiami zamawiającego ustalonymi w rozdziale V, pkt. 2. 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest nieprawdziwe – prezentuje stan rzeczy inny, niż w rzeczywistości. Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania ich wiarygodności lub mocy dowodowej, w szczególności, iż sam zamawiający oświadczył na rozprawie, że w toku ewentualnej powtórnej oceny ofert, uwzględniłby podnoszone zarzuty, mimo, że obecnie uważa je za przedwcześnie.

Izba uznała w konsekwencji, że usługa pod nazwą: „Poprawa Gospodarki wodno-ściekowej miasta Sochaczew” nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, którego elementem *sine qua non* jest, aby opracowane procedury przeszły pozytywną kontrolę Instytucji Wdrażającej.

Brak wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu prowadzi do przyjęcia, że nieprawdziwe informacje złożone przez EKOCESTRUM Sp. z o.o. mogły mieć wpływ na wynik postępowania. W razie potwierdzenia zarzutów odwołania wniesionego przez

EKOCENTRUM Sp. z o.o. umożliwiłyby bowiem one wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, w następstwie tego dopuszczenie jego oferty do badania i oceny. Skoro EKOCENTRUM Sp. z o.o. złożył ofertę najkorzystniejszą, mógłby w konsekwencji uzyskać zamówienie.

Tym samym spełnione zostały przesłanki wskazane w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Stwierdzenie okoliczności wskazanych w przywołanym przepisie obliguje zamawiającego do dokonania czynności wykluczenia, niezależnie od faktu, czy informacje uznane za nieprawdziwe pochodzą od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, czy też od innej osoby lub podmiotu. Sytuacja wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania nie może być bowiem uzdrowiona przez zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp, co potwierdzone zostało w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej. Nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia nie są błędem w rozumieniu przywołanego przepisu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp znalazł potwierdzenie. EKOCENTRUM Sp. z o.o. podlega wykluczeniu. Zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp ofertę złożoną przez wykonawcę odrzuconego uznaje się za odrzuconą.

Zamawiający w rozdziale V pkt 2 ppkt 3) specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisując sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko Kierownika Zespołu Pomocy Technicznej, wymagał, że osoba taka powinna posiadać (tekst zgodnie ze zmianą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonanej dnia 24 stycznia 2011r. – w aktach sprawy):

- wykształcenie wyższe;
- co najmniej 10 lat doświadczenia zawodowego związanego z zarządzaniem projektami ochrony środowiska, w tym co najmniej 5 lat doświadczenia na stanowisku kierownika zespołu pomocy technicznej przy realizacji przedsięwzięć współfinansowanych z funduszy pomocowych dla co najmniej 2 projektów infrastrukturalnych z dziedziny ochrony środowiska, o wartości inwestycyjnej projektu co najmniej 150 mln PLN brutto i pełnił/pełni te funkcje przez minimum 12 miesięcy.

EKOCENTRUM Sp. z o.o. przedstawił na to stanowisko Pana Michała L. (str. 62 oferty, w aktach sprawy), którego doświadczenie zawodowe związane z zarządzaniem projektami ochrony środowiska nie jest sporne. Istotę sporu stanowi posiadanie doświadczenia na stanowisku kierownika zespołu pomocy technicznej przy realizacji przedsięwzięć współfinansowanych z funduszy pomocowych, dla co najmniej 2 projektów

infrastrukturalnych z dziedziny ochrony środowiska, o wartości inwestycyjnej projektu co najmniej 150 mln PLN brutto. W opisie jego doświadczenia zawodowego EKOCESTRUM Sp. z o.o. wskazał dwa zadania inwestycyjne o wymaganym rodzaju i wartości:

1. „Pomoc Techniczna polegająca na pełnieniu funkcji konsultanta przy realizacji Projektu Poprawa jakości wody we Wrocławiu.”
2. „Pomoc Techniczna dla Jednostki Realizującej Projekt „Oczyszczanie ścieków - Ruda Śląska”.

W treści wykazu dotyczącej drugiej z nich znajduje się informacja, iż Pan Michał L. w trakcie realizacji projektu „Pomoc Techniczna dla Jednostki Realizującej Projekt „Oczyszczanie ścieków - Ruda Śląska” zajmował stanowisko Prezesa Zarządu a do jego zakresu obowiązków należał nadzór nad realizacją Kontraktu Pomocy Technicznej.

Na rozprawie odwołujący złożył oświadczenie gminy Ruda Śląska, zgodnie z którym funkcję kierownika zespołu pomocy technicznej w czasie realizacji tej usługi pełniła Pani Danuta R. (w aktach sprawy).

Podnieść należy, że, co do zasady, z samego faktu piastowania funkcji w organie zarządzającym podmiotu gospodarczego, który zrealizował umowę spełniającą wymagania ustalone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie wynika nabycie stosownego doświadczenia przez osoby pełniące funkcje członków organu zarządzającego. Konieczne jest rozpatrywanie każdego przypadku indywidualnie, *ad casum*.

Izba zważyła, że zamawiający wymagał w rozdziale V pkt 2 ppkt 3) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykazania doświadczenia wyłącznie na stanowisku kierownika zespołu pomocy technicznej, nie dopuszczając możliwości wykazania wymaganego doświadczenia, tym samym doświadczenie nabyte w toku nadzoru nad realizacją Kontraktu Pomocy Technicznej nie odpowiada wymaganiom zamawiającego, zwłaszcza, że pojęcie nadzór ma szeroki zakres.

Pozostałe zadania inwestycyjne nie odnoszą się w ocenie Izby do przedmiotu sporu. Po pierwsze nie została wskazana ich wartość, po drugie: dotyczą kierownika zespołu inżyniera kontraktu oraz inżyniera kontraktu, co referuje je wykazania doświadczenia związanego z zarządzaniem projektami ochrony środowiska.

Pan Michał L. nie spełnia warunków ustalonych przez zamawiającego, zatem odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Co do zasady, w takiej sytuacji zamawiający zobligowany byłby do zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp. Skoro jednak EKOCESTRUM Sp. z o.o. podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a jego oferta jest uznana za odrzuconą *ex lege* na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp nie znajduje zastosowania. Zamawiający nie dokonuje bowiem

wezwania, którym mowa w przywołanym przepisie, jeśli oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp znalazł potwierdzenie.

Sygn. akt KIO 736/11 – odwołanie wniesione przez EKOCENTRUM Sp. z o.o.:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę - ma zatem interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W rozdziale V pkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał, aby kopie dokumentów dotyczące podmiotów, na których potencjał wykonawca składający ofertę powołuje się zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, były poświadczane przez te podmioty. W rozdziale V pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał złożenia zobowiązania, do udostępnienia zasobów w formie pisemnej (str. 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w aktach sprawy).

Odwołujący powołał się m.in. na potencjał IBH W2E Consultants SA i złożył wraz z ofertą kopię zobowiązania do oddania mu niezbędnych zasobów w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu odwołującego – Pana Michała L. (str. 53 oferty, w aktach sprawy). Złożył również zaświadczenie o poprawnej realizacji usług inżyniersko –doradczych wykonanych przez IBH Ingenieurs Conseil w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Prezesa Zarządu odwołującego – Pana Michała L. wraz z tłumaczeniem na język polski (str. 51 i 52 oferty, w aktach sprawy).

Pismem z 8 marca 2011 r. zamawiający wezwał odwołującego w terminie do 21 marca 2011r. w trybie art. 26 ust.3 i 4 Pzp do m.in.:

- złożenia zobowiązania IBH W2E Consultants SA zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w formie pisemnej;
- uzupełnienia referencji IBH Ingenieurs Conseil zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia poświadczonej za zgodność przez ten podmiot;
- wyjaśnienia rozbieżności w firmach podmiotu udostępniającego zasoby IBH W2E Consultants SA oraz IBH Ingenieurs Conseil, którego dotyczy złożona referencja (w aktach sprawy).

Odwołujący w piśmie z 17 marca 2011 r. udzielił żądanych wyjaśnień, złożył pisemne zobowiązania IBH W2E Consultants SA, nie złożył natomiast referencji IBH Ingenieurs Conseil poświadczonych za zgodność przez ten podmiot, ani też nie udzielił zamawiającemu żadnych wyjaśnień (w aktach sprawy).

Zamawiający wezwał do uzupełnień zobowiązań podmiotu trzeciego z uwagi na uchybienia formie pisemnej oraz do złożenia referencji poświadczonych za zgodność z oryginałem przez te podmioty również BBF Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eko-Konsulting-Projekt Conseko BBM DESIGN S.A. oraz Tractebel Engineering S.A.

Wezwani wykonawcy wezwaniu zamawiającego uczynili zadość (pisma, oświadczenia i dokumenty w aktach sprawy).

Zamawiający 29 marca 2011 r. wykluczył odwołującego z postępowania z powodu nieuzupełnienia dokumentu referencji i w trybie art. 46 ust.4a Pzp pismem z 30 marca 2011 r. zwrócił się o wyjaśnienie przyczyn braku uzupełnienia referencji w formie wymaganej w specyfikacji. Odwołujący pismem z 1 kwietnia 2011r. wskazał na wynikającą, jego zdaniem, z § 6 rozporządzenia możliwość poświadczania dokumentów podmiotu trzeciego samodzielnie przez wykonawcę samodzielnie lub działającego na podstawie pełnomocnictwa. Powołał również fakt posiadania przez siebie stosownego pełnomocnictwa (w aktach sprawy – złożone na rozprawie, oraz przy odwołaniu).

Izba ustaliła, że termin składania ofert upływał 16 lutego 2011r., pełnomocnictwo nosi datę 11 lutego.

Istotę sporu między stronami stanowi, po pierwsze uprawnienie, zamawiającego do wymagania, aby dokumenty dotyczące podmiotów udostępniającego swoje zasoby wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia były poświadczane przez te podmioty oraz, po drugie, ocena zaniechania odwołującego w postaci powołania się na posiadane pełnomocnictwo do poświadczania dokumentów lub złożenia dokumentu pełnomocnictwa w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust.3 Pzp.

Nie ma bowiem sporu co do możliwości dokonywania poświadczania dokumentów podmiotu trzeciego przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez ten podmiot. Pogląd ten Izba podziela.

§ 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, stanowi, iż w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty.

Izba podziela pogląd wyrażony m.in. w uzasadnieniu wyroku z 30 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1161/11, iż wbrew twierdzeniom odwołującego, użycie słowa „odpowiednio” wskazuje,

że poświadczanie dokumentów przez wykonawcę lub przez podmiot uzależnione jest od tego, czy dokument dotyczy wykonawcy, czy tego podmiotu. Działanie wykonawcy w charakterze pełnomocnika podmiotu jest działaniem samego podmiotu, zgodnie z istotą pełnomocnictwa wywiera skutek bezpośrednio w jego sferze prawnej.

Wymaganie powyższe stanowi element udowodnienia zamawiającemu, że nastąpi rzeczywiste udostępnienie zasobów przez podmiot wskazany w art. 26 ust. 2 b Pzp, a należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie będzie zagrożone.

Nietrafnie w ocenie Izby przywołuje odwołujący § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Odwołujący ocenia bowiem, że skoro w wykonaniu przedmiotu zamówienia uczestniczyć mają wyłącznie pracownicy IBH W2E Consultants SA (IBH Ingenieurs Conseil), podmiot ten nie musi poświadczać pochodzących od siebie dokumentów. Zważyć bowiem trzeba, że uczestnictwo podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia nie musi nastąpić przez wykonanie przez ten podmiot części przedmiotu zamówienia. W przeciwnym razie bowiem przyjąć by należało, że uczestnictwo to przybrać winno wyłącznie formę podwykonawstwa. Tymczasem obowiązek taki nie został zapisany w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności nie wynika z treści art. 26 ust. 2 b Pzp. Potwierdza to również orzecznictwo Izby, zgodnie z którym uczestnictwo w realizacji przedmiotu zamówienia polegać może na też przykładowo na doradztwie, konsultacjach, udostępnieniu know-how, które z reguły w praktyce ma miejsce przez zaangażowanie pracowników podmiotu udostępniającego zasoby.

Ponadto § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów daje zamawiającemu uprawnienie do wymagania dokumentów enumeratywnie wymienionych w § 1 ust. 1 rozporządzenia potwierdzających brak podstaw do wykluczenia. Zatem przyjęcie tezy odwołującego sprowadzać by się musiało do konstatacji, że w sytuacji, gdy w wykonaniu przedmiotu zamówienia uczestniczyć mają pracownicy podmiotu udostępniającego zasoby, żądanie dokumentów dotyczących tego podmiotu jest niedopuszczalne. Pogląd taki nie jest trafny – prowadzi bowiem do nieuprawnionego ograniczenia możliwości wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób sprzeczny z *ratio legis* art. 26 ust. 2 b Pzp, którego celem jest rozszerzanie kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując tę część rozważań stwierdzić należy, że wymaganie zamawiającego, aby dokumenty pochodzące od podmiotu udostępniającego swoje zasoby były poświadczane za zgodność z oryginałem przez te podmioty, odpowiada prawu.

Zamawiający zatem wobec stwierdzenia, że odwołujący złożył referencję w niewłaściwej formie i respektując ustalone przez siebie jednoznaczne postanowienie zawarte w rozdziale V pkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wezwał odwołującego w trybie art. 26

ust. 3 Pzp. Wezwanie zamawiającego w sposób nie budzący wątpliwości wskazuje, jakie dokumenty powinny być przez odwołującego złożone i jaka powinna być ich forma. Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów wręcz podkreślił informacje odnoszące się do żądanych dokumentów. Odwołujący, na wcześniejszym etapie postępowania, nie kwestionował postanowień zawartych w rozdziale V pkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia - dotyczących formy wymaganej dla dokumentów pochodzących od podmiotu udostępniającego swoje zasoby.

Nie stanowiło też dla niego problemu uzupełnienie pisemnego zobowiązania IBH W2E Consultants SA (IBH Ingenieurs Conseil). Niezrozumiałe jest zatem milczenie odwołującego w zakresie uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie umowy poświadczonego za zgodność z oryginałem przez IBH W2E Consultants SA (IBH Ingenieurs Conseil) oraz zaniechanie wskazania na umocowanie wynikające z pełnomocnictwa, skoro było ono w posiadaniu odwołującego.

Podnieść należy, że art. 24 ust. 4 pkt 4 nakazuje wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu – wykonawca zobowiązany jest do wykazania zamawiającemu w toku procedury o udzielenie zamówienia, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Art. 26 ust. 2 b Pzp nakazuje wręcz udowodnienie dysponowania zasobami podmiotu trzeciego powołanymi w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przywołany przepis zgodnie z przeważającym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa pozostawia wykonawcy dowolność środków dowodowych. Tym samym odwołujący w celu wykazania zamawiającemu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu na podstawie zasobów IBH W2E Consultants SA (IBH Ingenieurs Conseil), mógł i powinien co najmniej powołać fakt posiadania pełnomocnictwa lub dokument pełnomocnictwa złożyć, by spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie było kwestionowane.

Podkreślić trzeba, że odwołujący prawidłowo wezwany do uzupełnienia dokumentów składanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dokumentów tych nie złożył, mimo, że jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego winien być świadomy następstw swego zaniechania. Zamawiający zatem wobec stwierdzenia, że odwołujący, mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie złożył wymaganego dokumentu, zasadnie dokonał wykluczenia odwołującego z postępowania.

Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nakazuje wykonawcy wykazanie zamawiającemu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykazanie to następuje jednak nie tylko w oparciu o treść składanych oświadczeń i dokumentów, ale *de lege lata* również przy zachowaniu wynikającej z przepisów formy oświadczeń i dokumentów, które winny być złożone w określonym

terminie. Wobec powyższego wywody odwołania, o możliwości dokonania wykluczenia wyłącznie z przyczyn odmowy wiarygodności treści dokumentu oraz o możliwości sanowania zaniechania jego uzupełnienia w wyznaczonym uprzednio terminie przez złożenie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza lub przez złożenie oryginału dokumentu, nie mogą odnieść zamierzonego skutku.

Prezentowana ocena może być postrzegana jako mająca cechy formalizmu. Izba zważyła jednak, że oceny czynności zamawiającego należy dokonywać każdorazowo w świetle zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji byłoby działanie zamawiającego polegające do wybiórczym traktowaniu swoich wymagań, egzekwowania ich w stosunku do niektórych wykonawców z pominięciem odwołującego. Zamawiający w taki sam sposób wezwał do uzupełnienia dokumentów trzech wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a jedynie odwołujący w zakreślonym terminie wymaganego dokumentu nie złożył, całkowicie przemilczał tę część wezwania nie udzielając żadnych wyjaśnień. Późniejsze powołanie posiadanego pełnomocnictwa oraz jego złożenie dopiero na etapie postępowania odwoławczego jest działaniem spóźnionym, które może być kwalifikowane wyłącznie jako uzupełnienie dokumentu lub złożenie wyjaśnień dokonane z naruszeniem wyznaczonego terminu. Jego uznanie stawiałoby odwołującego w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do wykonawców, którzy wymagane dokumenty złożyli w terminie, co stałoby w sprzeczności z art. 7 ust. 1 Pzp .

Izba uznała, że zamawiający prawidłowo dokonał wykluczenia odwołującego - EKOCENTRUM Sp. z o.o. i nie naruszył przepisów wskazanych w odwołaniu.

W konsekwencji Izba zważyła, że naruszenie przepisów ustawy wynikające z potwierdzenia zarzutów odwołania wniesionego przez Grontmij Polska Sp. z o.o. nie miało, ani nie może mieć wpływu na wynik postępowania i oddaliła oba odwołania. Uwzględnienie odwołania oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert nie zmieniłoby ani wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez tego wykonawcę, ani wykluczenia z postępowania EKOCENTRUM Sp. z o.o., spowodowałby jedynie wskazanie dodatkowych podstaw czynności wykluczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty dojazdu pełnomocników zamawiającego na posiedzenie, w kwocie 344 zł zgodnie z § 3 pkt 2

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....