

Sygn. akt KIO/2643/10

WYROK

z dnia 22 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Piotr Kozłowski

Luiza Łamejko

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „Geokart-International” Sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 44, 35-113 Rzeszów od czynności Zamawiającego **Gmina Miasto Jastrzębie Zdrój, Al. Józefa Piłsudskiego 60, 44-335 Jastrzębie-Zdrój**

przy udziale **Przedsiębiorstwa Geodezyjno Kartograficznego „Vertical” Sp. z o.o., ul. Stodolna 31, 44-240 Żory** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Jastrzębie Zdrój, Al. Józefa Piłsudskiego 60, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **„Geokart-International” Sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 44, 35-113 Rzeszów,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) przez **Gminę Miasto Jastrzębie Zdrój, Al. Józefa Piłsudskiego 60, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** na rzecz **„Geokart-International” Sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 44, 35-113 Rzeszów,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Gliwicach.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Jastrzębie - Zdrój, Wydział Geodezji i Kartografii, Al. Piłsudskiego 60; 44-335 Jastrzębie-Zdrój, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie modernizacji szczegółowej osnowy poziomej II i III klasy na obszarze Miasta Jastrzębie - Zdrój na podstawie zatwierdzonego projektu modernizacji osnowy” w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 8 listopada 2010 r. pod pozycją 315679.

Dnia 3 grudnia 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania wskazując, iż za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne „VERTICAL” sp. z o.o., ul. Stodolna 31; 44-240 Żory oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Geokart - International sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 44; 35-113 Rzeszów, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych i odrzuceniu oferty tegoż wykonawcy, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp.

Dnia 8 grudnia 2010 roku wykonawca Geokart - International sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 44; 35-113 Rzeszów (zwany dalej „Odwołującym”) wniósł odwołanie od decyzji Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez niezasadne zastosowanie powołanych norm prawnych (wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty) w sytuacji gdy Odwołujący wykazał, iż posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia publicznego,
- 2) § 1 ust. 2 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, przez jego błędne zastosowanie w sytuacji, gdy wykazany na podstawie art. 26 ust 2b ustawy Pzp podmiot, z którego

doświadczenia i wiedzy korzystać będzie Odwołujący, nie będzie brał udziału w realizacji części przedmiotowego zamówienia,

- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i tym samym wyrażoną w tymże przepisie zasadę równego traktowania wykonawców, przez odrzucenie oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty „VERTICAL” sp. z o.o., w sytuacji, gdy spółka opracowywała projekt modernizacji szczegółowej osnowy poziomej II i III klasy na obszarze miasta Jastrzębie-Zdrój, a zatem brała udział bezpośrednio w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania i powinna podlegać wykluczeniu na podst. art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1/ uwzględnienie odwołania,
- 2/ nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia jego oferty,
- 3/ nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego,
- 4/ przyznanie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, według norm przepisanych.

Odwołujący uzasadniając wskazał, co następuje.

Zamawiający, czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty uzasadnił tym, że wykonawca nie wykazał wykonania w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert 2 zadań podobnych do przedmiotu zamówienia o wartości łącznej min. 300 tys. zł brutto.

Ponadto Zamawiający w powołanym piśmie z dnia 3 grudnia 2010r. stwierdził, iż w wyniku wnikliwej analizy złożonej przez Odwołującego oferty ustalili, że na obszarze miasta na prawach powiatu - Tarnobrzega - nie występują wpływy eksploatacji górniczej na powierzchnię terenu, o których mowa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający przyznał, iż na terenie Tarnobrzega miało miejsce wydobywanie złóż siarki metodą odkrywkową w kopalni Machów, które dało skutek w postaci charakterystycznych dla górnictwa tego typu przeobrażeń krajobrazowych m.in. obszernego wyrobiska i zwałowisk odpadów pogórnich, leja depresyjnego, któremu towarzyszy obniżenie terenu związane z zaburzeniami poziomu wód gruntowych w wyniku permanentnego odwadniania wyrobiska, jednak następnie Zamawiający powołując się na informacje uzyskane w odpowiedniej

komórcie specjalistycznej Kopalni Siarki „Machów” S.A. stwierdził, iż wpływy eksploatacji górniczej nie występują na terenie miasta Tarnobrzega od kilkunastu lat.

Zdaniem Odwołującego, powyższe stwierdzenia stoją w sprzeczności z pisemnym oświadczeniem złożonym w dniu 6 grudnia 2010 r. przez Kopalnię Siarki „Machów” S.A. , znak NT/4207/2010, w którym po pierwsze stwierdzono, iż tereny przyległe do odkrywkowej Kopalni Siarki „Machów” S.A. położone na obszarze miasta Tarnobrzeg, były pod wpływem oddziaływania eksploatacji górniczej na powierzchnię terenu do wiosny 2009 r., to jest do czasu napełnienia zbiornika wodnego utworzonego w leju depresyjnym o głębokości ponad 40 m, po wtóre podano, iż Urząd Miasta Jastrzębie - Zdrój nie zwracał się pisemnie do Kopalni Siarki „Machów” S.A. w żadnej sprawie, natomiast telefonicznie została podana informacja o występowaniu oddziaływania eksploatacji górniczej w Tarnobrzegu, aż do wiosny 2009 r.

Odwołujący wskazał, iż w świetle powyższego, za niewiarygodne i nie polegające na prawdzie można uznać ustalenia i twierdzenia Zamawiającego prowadzące do podważania roboty wykazanej przez Odwołującego w złożonej ofercie a dotyczącej inwentaryzacji szczegółowej osnowy poziomej II i III klasy na obszarze objętym wpływami eksploatacji górniczej na powierzchnię terenu w obrębie miasta powiatowego Tarnobrzega, wykonanej od 27 grudnia 2007 r. do 31 października 2008 r.

Odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu zamierza skorzystać z wiedzy i doświadczenia Przedsiębiorstwa Usług Geodezyjno-Projektowych „GEOMIAR” sp. z o.o. Po myśli, art. 26 ust.2b ustawy Pzp, Odwołujący udowodnił Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami tego podmiotu przedstawiając pisemne zobowiązanie tegoż podmiotu obejmujące pełny okres konieczny do należytego wykonania zamówienia. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia z dnia 12 listopada 2010 r., podpisane zostało przez Prezesa zarządu PUG-P „GEOMIAR” sp. z o.o. w Jarosławiu - Jana Połcia. Jak wynika z ogólnie dostępnego za pośrednictwem strony internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości rejestru przedsiębiorców, prowadzonego w ramach Krajowego Rejestru Sądowego, oświadczenia woli w imieniu PUG-P „GEOMIAR” sp. z o.o. może składać jednoosobowo Prezes Zarządu. Oświadczenie zawierające zobowiązanie PUG-P „GEOMIAR” sp. z o.o. do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia złożone zostało zatem przez należycie umocowaną osobę, wywiera w takim razie wszelkie oczekiwane skutki prawne i ostatecznie gwarantuje należyte wykonanie zobowiązania.

PUG-P „GEOMIAR” sp. z o.o. w Jarosławiu, w ocenie Odwołującego, nie musiał być wskazany w ofercie, jako podwykonawca jakiegokolwiek części prac. Skoro nie był wskazany, jako podwykonawca, to tym samym odpadała podstawa, do żądania przedstawienia odpisu z KRS tegoż podmiotu.

Odwołujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem gdyż pierwotnie uzyskał najwyższą liczbę punktów i jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, zatem Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 7 grudnia 2010 roku.

Zamawiający, dnia 7 grudnia 2010 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego w dniu 10 grudnia 2010 roku zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne „VERTICAL” sp. z o.o., ul. Stodolna 31; 44-240 Żory (zwany dalej „Przystępującym”).

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z protokołem postępowania ZP-2, wartość szacunkowa zamówienia została ustalona dnia 8 listopada 2010 roku, na podstawie analizy cen usług podobnych wg. wcześniejszych zamówień dokonanych przez Wydział Geodezji i Kartografii i inne miasta na prawach powiatu, w wysokości 305 000,00 zł, co stanowi równowartość 79 447,77 euro.

W przedmiotowym postępowaniu złożono 3 oferty, których ceny kształtowały się od 436 760,00 zł do 481 290,00 zł.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, decyzją z dnia 17 listopada 2010 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która złożona została przez Odwołującego.

Na podstawie przepisu art. 181 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych Przystępujący, pismem z dnia 22 listopada 2010 roku poinformował Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W związku z powyższym Przystępujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert i ponowny wybór najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający, dnia 24 listopada 2010 roku poinformował wykonawców o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert. Zamawiający, po ponownej analizie oferty złożonej przez Odwołującego postanowił uznać rację Przystępującego, stwierdzając, że poza zadaniem wykonywanym na zlecenie Urzędu Miasta Tarnobrzeg, żadne z pozostałych wymienionych zadań nie zostały wykonane na obszarze miasta na prawach powiatu, a jedynie na obszarze części powiatów ziemskich.

Dnia 25 listopada 2010 roku Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oferty złożonej w postępowaniu o wykazanie nowego zadania podobnego do przedmiotu zamówienia, które rozpatrywane łącznie z zadaniem wykonanym na zamówienie Urzędu Miasta w Tarnobrzegu będzie spełniało warunek udziału w postępowaniu sprecyzowany w pkt. 8.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący pismem z dnia 26 listopada 2010 roku uzupełnił dokumenty składając nowy „Wykaz wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert”. W/w wykaz przedstawiał usługi wykonane dla dwóch Zamawiających, tj. Urzędu Miasta Tarnobrzeg oraz Urzędu Miejskiego w Przemyślu.

Ponadto Odwołujący załączył pismo „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia (Deklaracja współpracy)” złożone przez Przedsiębiorstwo Usług Geodezyjno-Projektowych „GEOMIAR” sp. z o.o. z siedzibą w 37-500 Jarosław, ul. 3-go Maja 85, w imieniu którego zobowiązanie powyższe podpisał Jan Połec – Prezes.

Powyższe zobowiązanie złożone zostało, gdyż Odwołujący wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu powołał się na doświadczenie w/w firmy, wskazując wykonanie usługi w pozycji 2 „Wykazu...”, tj., usługę wykonaną dla Urzędu Miejskiego w Przemyślu.

Dnia 30 listopada 2010 roku Zamawiający wystosował do Odwołującego pismo, w którym na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie, które z zadań wymienionych w uzupełnionym, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp „Wykazie wykonanych usług ...” zostało wykonane na obszarze objętym wpływami eksploatacji górniczej na powierzchnię terenu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący, pismem z dnia 30 listopada 2010 roku poinformował, że osnowa pozioma w mieście Tarnobrzegu wykonana była na obszarze objętym wpływami eksploatacji górniczej na powierzchnię terenu.

Pismem z dnia 3 grudnia 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców, biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzuceniu jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Bezspornym jest, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, opisał warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, przez legitymowanie się, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonaniem 2 zadań podobnych do przedmiotu zamówienia o wartości łącznej min. 300 tys. zł brutto. Jako zadanie podobne należało rozumieć prace geodezyjne, polegające na modernizacji poziomej osnowy szczegółowej na obszarze, co najmniej miasta na prawach powiatu, przy czym, co najmniej jedno z tych zadań zostało wykonane na obszarze objętym wpływami eksploatacji górniczej na powierzchnię terenu.

Na potwierdzenie spełniania w/w warunku Zamawiający żądał przedłożenia wykazu wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców – wg. załącznika Nr 3 dow s.i.w.z. Ponadto Zamawiający żądał przedłożenia dokumentów potwierdzających, że usługi wykazane w załączniku Nr 3 zostały wykonane należycie (np. referencje).

Za zasadne uznać należy twierdzenie, iż Zamawiający w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zdefiniował, co uznaje za obszar objęty wpływami eksploatacji górniczej na powierzchnię terenu. Dlatego też każde wykazane oddziaływanie na powierzchnię terenu, powstałe w wyniku eksploatacji górniczej, które spowodowało zmiany powierzchni terenu należało uznać za spełniające warunek udziału w postępowaniu.

W powyższym zakresie, Izba uznała za udowodnione, iż teren przyległy do odkrywkowej Kopalni Siarki „Machów” S.A., położony na obszarze miasta Tarnobrzeg był pod wpływem oddziaływania eksploatacji górniczej na powierzchnię terenu do czasu całkowitego napełnienia zbiornika wodnego (Jeziora Machowskiego), czyli do wiosny 2009 roku – ze względu na głębokość leja depresyjnego ponad 40 m. Tym bardziej, że teren Kopalni Siarki Machów znajduje się w 85 % w granicach administracyjnych miasta Tarnobrzeg. Powyższe potwierdza dowód zgłoszony przez Odwołującego, a mianowicie Oświadczenie z dnia 6 grudnia 2010 roku złożone przez Prezesa zarządu Kopalni Siarki „Machów” S.A. Zbigniewa Buczka oraz członka zarządu Witolda Bochyńskiego.

W ocenie Izby, usługi wskazane w „Wykazie wykonanych usług ...” wykazane w wyniku uzupełnienia dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych odpowiadają zarówno swoją wartością jak i terminem wykonania warunkowi postawionemu przez Zamawiającego.

Ponadto usługę wykonaną dla Urzędu Miasta Tarnobrzega, wykazana w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykonania prac geodezyjnych, polegających na modernizacji poziomej osnowy szczegółowej na obszarze, co najmniej miasta powiatu na obszarze objętym wpływami eksploatacji górniczej na powierzchnię terenu uznać należało za wystarczającą w celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku.

Odmienne twierdzenie pozostawałoby w sprzeczności z podstawową zasadą udzielania zamówień publicznych wyrażoną w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasadą równego traktowania wykonawców. Zamawiający na etapie oceny ofert, w każdym z jej elementów, nie jest uprawniony do stawiania dodatkowych wymogów/warunków nieopisanych na etapie publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zmiany, czy też jak to wolą nazywać Zamawiający „*doprecyzowania warunków udziału w postępowaniu*”, na etapie oceny ofert uniemożliwiają bowiem prawidłowe, czyli zgodne z przepisami przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia publicznego, gdyż tworzą nową sytuację, nowe spojrzenie na warunki opisane przez Zamawiającego, jak i statuują nową sytuację wykonawcy w postępowaniu. Wykonawca zapoznając się z warunkami udziału w postępowaniu, jak i opisem spełniania tychże warunków wskazanych w ogłoszeniu jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez Zamawiającego, przygotowuje ofertę zgodnie z tymi oczekiwaniami. Zmiana sposobu oceny spełniania warunków na etapie oceny ofert powodować może sytuację niekorzystną dla wykonawcy. Z sytuacją taką mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający nie doprecyzował, co rozumie pod pojęciem obszaru objętego wpływami eksploatacji górniczej na powierzchnię terenu. Dlatego też przyjąć należy każdy obszar, co najmniej miasta na prawach powiatu, każdego rodzaju kopalni (węgla kamiennego, brunatnego, siarki) wystarczającym jest do wykazania spełnienia przedmiotowego warunku.

Ponadto Zamawiający nie udowodnił, iż teren Kopalni Siarki „Machów” S.A. nie jest położony na obszarze objętym oddziaływaniem eksploatacji górniczej na powierzchnię terenu.

Zamawiający zgłosił w postępowaniu dowód z pisma skierowanego do Okręgowego Urzędu Górniczego w Kielcach, w którym zwrócił się z pytaniem „*Czy i w jakim okresie po zakończeniu eksploatacji w 1992 roku na terenie górniczym Kopalni Siarki „Machów” S.A. występowały wpływy eksploatacji górniczej na powierzchnię terenu, tj. obniżenia i ich pochodne, opisywane tzw. wskaźnikami deformacji (przesunięcia i odkształcenia poziome,*

nachylenia i krzywizny pionowe) lub deformacje nieciągłe (zapadliska, uskoki, wypiętrzenia), ewentualnie jakieś inne wpływy charakterystyczne dla górnictwa odkrywkowego.”.

W odpowiedzi Zamawiający uzyskał informację, która nie odpowiadała swoim zakresem zadanemu pytaniu, co na rozprawie stwierdził Zamawiający.

Niemniej, z informacji uzyskanej z Okręgowego Urzędu Górniczego w Kielcach wynika, iż *„Zarówno w czasie prowadzonego wydobywania kopalni jak również w czasie likwidacji zakładu górniczego Kopalni Siarki „Machów” S.A. Urząd stwierdzał występowanie deformacji powierzchni terenu, które miały charakter lokalny i okresowy, zamykający się przestrzennie w granicach wyrobiska [...]”.* Ponadto Urząd stwierdził, iż *„Kopalnia Siarki „Machów” S.A. posiada udokumentowane w latach 2007-2010 zjawiska osiadania budowli wlotowej, o której mowa wyżej, jak również osiadania północnej skarpy wyrobiska – nad kanałem wylotowym – z lat 2004 – 2010”.*

W ocenie Izby, nie zasługuje również na akceptację stanowisko Zamawiającego, iż usługa wykazana w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia dotycząca obszaru objętego wpływami eksploatacji górniczej na powierzchnię terenu, winna dotyczyć obszaru aktywnego geologicznie w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający w pkt. 8.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał jednoznacznie, czy okres 3 letni dotyczy również obszaru aktywnego geologicznie, tj. obszaru objętego wpływami eksploatacji górniczej na powierzchnię terenu. Tym samym, brak jednoznacznego wskazania nie może następnie wywoływać negatywnych skutków prawnych w stosunku do wykonawcy. Niemniej, zarówno z pisma Kopalni Siarki „Machów” S.A., jak i Okręgowego Urzędu Górniczego w Kielcach wynika, że wyżej powołany teren kopalni był pod wpływem oddziaływania eksploatacji górniczej na powierzchnię terenu, w okresie ostatnich trzech lat.

W odniesieniu do drugiego zarzutu Odwołującego dotyczącego wykluczenia z postępowania z powodu nie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, z powodu nie przedłożenia odpisu z KRS dotyczącego podmiotu, z którego doświadczenia korzysta Odwołujący, Izba stwierdziła, iż zarzut powyższy jest zasadny.

Zamawiający wskazując podstawę wykluczenia Odwołującego powołał się na pkt 9.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym wskazał, iż „W zakresie potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, należy przedłożyć aktualny odpis z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenie wg. załącznika Nr 6 w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2. Wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w pkt. 9.3.”.

Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 listopada 2010 roku, który w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, wezwał Odwołującego do uzupełnienia „Wykazu wykonanych usług ...” o wykazanie nowego zadania podobnego do przedmiotu zamówienia, które rozpatrywane łącznie z zadaniem wykonanym na zamówienie Urzędu Miasta w Tarnobrzegu, będzie spełniało warunek udziału w postępowaniu, dotyczący wiedzy i doświadczenia, przedłożył nowy wykaz, uzupełniony o usługę wykonaną dla Urzędu Miejskiego w Przemyślu. Jako, że usługę powyższą wykonało Przedsiębiorstwo Usług Geodezyjno-Projektowych GEOMIAR sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu Odwołujący do przedmiotowego wykazu załączył zobowiązanie Przedsiębiorstwa Usług Geodezyjno-Projektowych GEOMIAR sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu – do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Do podmiotowo uzupełnionych dokumentów Odwołujący nie załączył aktualnego odpisu z KRS dla w/w podmiotu, z którego wiedzy i doświadczenia korzysta.

Odwoływanie się do zasobów innych podmiotów jest ustawowym uprawnieniem wykonawcy i nie można tego uprawnienia ograniczać. Skorzystanie przez wykonawcę z tego uprawnienia skutkuje koniecznością udowodnienia Zamawiającemu, iż wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów, przy czym przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp uznaje, iż wystarczającym dowodem jest załączenie do oferty (wniosku) pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na czas korzystania z nich przy realizacji zamówienia.

Bezspornym jest, w ocenie Izby, iż wypełniając przesłankę określoną w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych, Odwołujący udowodnił Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Kwestią sporną jest natomiast konieczność, czy też jej brak załączenia do zobowiązania podmiotu trzeciego odpowiedniego, aktualnego odpisu z KRS dla podmiotu składającego takie zobowiązanie.

Z analizy treści złożonego przez Przedsiębiorstwo Usług Geodezyjno-Projektowych „GEOMIAR” sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu zobowiązania wynika, iż wykonawca cyt.: „[...] *Zobowiązuje się do udostępnienia Wykonawcy wszelkich posiadanych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do realizacji przez Wykonawcę opisanego wyżej przedmiotu zamówienia publicznego, przez pełny okres konieczny do należytego wykonania zamówienia.*”. Z całą pewnością z treści w/w zobowiązania nie wynika, że podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie będzie brał udział w realizacji części zamówienia.

Przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009 r. Nr 226, poz. 1817) stanowi, iż *„Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2.”.*

Skoro zatem wykonawca, z którego wiedzy i doświadczenia korzysta Odwołujący nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia, to brak podstaw prawnych do żądania złożenia dokumentów wymienionych w § 2 przedmiotowego rozporządzenia.

Tym samym, żądanie określone przez Zamawiającego w pkt 9.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia może odnosić się tylko do wykonawcy, z którego wiedzy i doświadczenia korzysta Odwołujący – w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, który będzie brał udział w realizacji części zamówienia, np. w charakterze podwykonawcy. Odwołujący w swojej ofercie nie wskazał, iż zamierza korzystać z usług podwykonawców, co decyzję Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania z powodu braku załączenia odpisu z KRS dla Przedsiębiorstwa Usług Geodezyjno-Projektowych GEOMIAR sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu, uznać należy za bezprawną.

W związku z powyższym, w wyniku stwierdzenia naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, biorąc pod uwagę treść przepisu art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, postanowiono jak w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600,00 zł.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....