

WYROK
z dnia 16 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **konsorcjum Skanska Spółka Akcyjna, ul. Generała J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa i Pawła Olejniczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Zaopatrzenia i Handlu „BREVITER” Paweł Olejniczak, ul. Powstańcza 1, 61-546 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Zielonogórski, ul. Podgórna 5, 65-057 Zielona Góra** protestu z dnia **29 maja 2009 r.**

przy udziale wykonawców:

- 1) **Konsorcjum przedsiębiorców: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych "SAN-BUD" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane SAN-BUD Wojciech Pawlik, Przedsiębiorstwo Budowlano Usługowe INTERBUD-WEST sp. z o.o., ul. Wyczółkowskiego 2, 65-140 Zielona Góra oraz**
- 2) **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa,**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża konsorcjum Skanska Spółka Akcyjna, ul. Generała J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa i Pawła Olejniczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Zaopatrzenia i Handlu „BREVITER” Paweł Olejniczak, ul. Powstańcza 1, 61-546 Poznań i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **konsorcjum Skanska Spółka Akcyjna, ul. Generała J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa i Pawła Olejniczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Zaopatrzenia i Handlu „BREVITER” Paweł Olejniczak, ul. Powstańcza 1, 61-546 Poznań**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **konsorcjum Skanska Spółka Akcyjna, ul. Generała J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa i Pawła Olejniczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Zaopatrzenia i Handlu „BREVITER” Paweł Olejniczak, ul. Powstańcza 1, 61-546 Poznań** na rzecz **Powiatu Zielonogórskiego, ul. Podgórna 5, 65-057 Zielona Góra** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **konsorcjum Skanska Spółka Akcyjna, ul. Generała J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa i Pawła Olejniczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zaopatrzenia i Handlu Przedsiębiorstwo**

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Zielonogórski – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa szpitala w Sulechowie”. Postępowanie prowadzone jest w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 1655 ze zmianami, zwanej dalej ustawą Pzp).

Pismem z dnia 29 maja 2009 roku 2009 roku wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum przedsiębiorstw: SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa oraz Paweł Olejniczak, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Zaopatrzenia i Handlu „BREVITER” Paweł Olejniczak, ul. Powstańcza 1, 61-546 Poznań, wnieśli protest na czynność Zamawiającego polegającą na braku odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum przedsiębiorców: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych "SAN-BUD" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane SAN-BUD Wojciech Pawlik, Przedsiębiorstwo Budowlano Usługowe INTERBUD-WEST sp. z o.o. (dalej: wybrane konsorcjum) oraz braku odrzucenia oferty złożonej przez spółkę ERBUD S.A. -na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu protestujący podniósł, iż pismem z dnia 15 kwietnia 2009 roku zawierającym odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zamawiający wyjaśnił, że wymaga od podmiotów biorących udział w postępowaniu przetargowym dołączenia do oferty certyfikatu EN ISO 13485:2003 + AC 2007. Powyższy warunek nie został zaskarżony w drodze protestu przez żadnego z uczestników postępowania, jak również nie został zmieniony przez zamawiającego w formie późniejszych odpowiedzi na pytania oferentów. Tym samym obowiązek dołączenia do oferty przedmiotowego certyfikatu stał się integralną częścią SIWZ, wiążącą wszystkich wykonawców biorących udział w przetargu. Śądając dołączenia do oferty certyfikatu EN ISO 13485:2003 + AC 2007 zamawiający nie wskazał w sposób jednoznaczny, czy przedmiotowy dokument ma być wystawiony dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu przetargowym, czy też może być wystawiany na podwykonawcę, który będzie w ramach realizacji zamówienia wykonywał część robót objętych jego przedmiotem (których jakość potwierdza wskazany certyfikat). Brak wskazania przez zamawiającego do kogo miał odnosić się certyfikat EN ISO 13485:2003 + AC 2007 nie stoi na przeszkodzie dokonaniu wiążących ustaleń w tym zakresie. W takim stanie prawnym należy odwołać się do zasad ustawy Pzp, które precyzują powyższe zagadnienie. Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców m.in. dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Powyższy przepis znajduje dalsze odzwierciedlenie w treści rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19

maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mają być składane. Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich. Odnosząc treść powyższych przepisów do wymagań, jakie postawił zamawiający w stosunku do wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu przetargowym, należy podkreślić, że certyfikat EN ISO 13485:2003+ AC2007 spełnia przesłanki z § 3 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia, gdyż jest dokumentem wystawianym przez niezależny podmiot zajmujący się poświadczaniem jakości działań wykonawcy z odpowiednimi normami (certyfikat wystawia niezależna jednostka certyfikująca) i odwołuje się on do konkretnych europejskich norm jakościowych wymaganych przez zamawiającego (żądanie przedstawienia certyfikatu należało uznać za jednoznaczne z warunkiem spełnienia przez roboty normy europejskiej o takiej samej nazwie, co certyfikat tj. EN ISO 13485:2003 + AC 2007).

Protestujący zauważył, że z treści § 3 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia wynika, że

certyfikat powinien poświadczać "zgodność działań wykonawcy z normami jakościowymi". Tym samym powyższy przepis jednoznacznie rozstrzyga, że dotyczy on wyłącznie wykonawców, nie dotyczy zaś innych podmiotów, które będą brały udział w przyszłości w realizacji zamówienia np. podwykonawców, dostawców, producentów. Powyższa konkluzja wynika z faktu, że pojęcia "wykonawca" nie można definiować w sposób dowolny, lecz poprzez odwołanie się do art. 2 pkt. 12 ustawy Pzp, który zawiera legalną i wiążącą definicję wykonawcy dla potrzeb zasad przeprowadzania przetargów publicznych. Zgodnie z tą definicją wykonawcą jest wyłącznie podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożył ofertę lub zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym należy dojść do wniosku, że skoro certyfikat w rozumieniu § 3 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia miał potwierdzać zgodność działań wykonawcy z normami jakościowymi, nie mógł on być złożony w odniesieniu do podwykonawcy, gdyż taki podmiot nie mieści się w ustawowej definicji pojęcia wykonawcy.

Protestujący przywołał w tym miejscu wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2008 roku (sygn. akt. KIO/UZP 680/08), w którym stwierdzono, że norma art. 22 ust. 1 ustawy Pzp adresowana jest do wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Zatem warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione przez podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia, złożył ofertę lub zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. W badanym stanie faktycznym takim podmiotem jest odwołujący się, stąd powinien posiadać

zdolność do wykonania zamówienia. Udział podwykonawców ogranicza się jedynie do realizacji części zamówienia i w żadnym zakresie nie może mieć wpływu na ocenę zdolności wykonawcy. Ustawodawca stworzył możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcy, jednakże nie traktuje go jako uczestnika postępowania". W dalszej części orzeczenia Izba podkreśliła, że jeżeli wykonawca nie dysponuje swoimi dokumentami, lecz dokumentami podwykonawcy to: "w takiej sytuacji wykonawca musi podjąć decyzję, czy tworzy konsorcjum, czy rezygnuje z postępowania, gdyż samodzielnie nie będzie zakwalifikowany do udziału w postępowaniu"

Odnosząc treść przytoczonych przepisów i interpretacji do niniejszego przetargu protestujący zauważył, że zarówno wybrane konsorcjum, jak również spółka ERBUD dołączyły do oferty certyfikat EN ISO 13485:2003 + AC 2007 wystawiony nie na siebie jako wykonawcę biorącego udział w przetargu, lecz na swoich podwykonawców. Tym samym nie sposób uznać, że załączone certyfikaty spełniły przesłanki z § 3 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia i potwierdziły zgodność działań wykonawcy z normami jakościowymi, a to z tego powodu, że nie dotyczyły one wykonawców w rozumieniu art. 2 ustawy Pzp, lecz zupełnie innych podmiotów formalnie nie biorących udziału w przetargu i nie składających oferty. W takim stanie prawnym zamawiający miał obowiązek uznać, że wskazani wykonawcy nie potwierdzili, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom jakościowym określonym przez zamawiającego w treści specyfikacji i tym samym zarówno oferta złożona przez wybrane konsorcjum, jak również oferta ERBUD S.A. są sprzeczne z SIWZ oraz jako takie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego protestujący wniósł o:

- a) odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty złożonej przez wybrane konsorcjum.
- b) odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty złożonej przez spółkę ERBUD S.A.
- c) wybór oferty złożonej przez SKANSKA S.A.

Uzasadniając swój interes prawny w uzyskaniu zamówienia protestujący podniósł, iż jego oferta jest trzecią najkorzystniejszą ofertą według przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert i pozytywne rozpatrzenie protestu umożliwi mu uzyskanie zamówienia.

Pismem z dnia 12 czerwca 2009 roku zamawiający oddalił protest.

W uzasadnieniu wskazał, że w pismach z dnia 15 kwietnia 2009 r., w wyjaśnieniach dotyczących Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej SIWZ), określił

wymóg dołączenia do oferty certyfikatu stwierdzającego możliwość instalacji gazów medycznych, Tym samym zamawiający zmienił treść SIWZ w zakresie wymogu doręczenia dodatkowego dokumentu. Obowiązek dołączenia certyfikatu stał się integralną częścią SIWZ. Na powyższą czynność zamawiającego żaden z wykonawców nie wniósł protestu.

Zamawiający nie zgadza się z protestującym wykonawcą na brak wskazania

jednoznaczności, czy żądając dołączenia do oferty tego dokumentu, powinien on być wystawiony na wykonawcę czy na podwykonawcę. Zapisem pkt 3. 5 SIWZ zamawiający określił, że dopuszcza możliwość zlecenia podwykonawcom części przedmiotu zamówienia. Zamawiający zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp żądał wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Tak więc zamawiający nie zastrzegł w SIWZ, że część lub całość zamówienia nie może być powierzana podwykonawcom. Ponieważ zamawiający nie zmienił powyższego zapisu SIWZ protestujący wykonawca powinien przyjąć, że dokument może być wystawiony zarówno na wykonawcę, jak również: podwykonawcę. Co więcej, gdyby zamawiający zastrzegł niemożliwość powierzenia instalacji gazów medycznych podwykonawcom to wywołałby takim zapisem sytuację, gdzie wykonawcą ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie mogłaby być tylko firma posiadająca certyfikat stwierdzający możliwość instalacji gazów medycznych lub konsorcjum firm, z których jedna posiada taki certyfikat. W pierwszym przypadku zamawiający nie uzyskałby celu, jakim jest udzielenie zamówienia z powodu braku ofert, w drugim przypadku zamawiający naruszyłby przepisy ustawy Pzp w zakresie wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia.

Firmy posiadające certyfikat stwierdzający możliwość instalacji gazów są firmami specjalistycznymi, wręcz nie zajmują się pracami ogólnobudowlanymi. Przedmiot zamówienia w przedmiotowym postępowaniu zawiera kilkanaście branż budowlanych. Ograniczanie wykonawców do powyższych firm doprowadziłoby niewątpliwie do braku ofert. Pozostałaby druga możliwość, czyli zamawiający doprowadziłby takim zapisem do przymusu zawiazania konsorcjum wykonawcy (np. firma ogólnobudowlana z firmą posiadającą powyższy certyfikat). Takie postępowanie zamawiającego byłoby niewątpliwie niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Przepis art. 23 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie określa, że wykonawcy mogą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia. Jest to więc ich prawo a nie obowiązek narzucony przez zamawiającego. Zamawiający zgadza się z przystępującym SAN-BUD, który w swoim uzasadnieniu przystąpienia do protestu wskazuje, że narzucony przez zamawiającego obowiązek zawarcia konsorcjum w celu realizacji małej części robót budowlanych, jakimi jest instalacja gazów medycznych byłoby wręcz naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 141 ustawy Pzp członek konsorcjum wykonujący kilka lub kilkanaście procent wartości umowy odpowiadałby

solidarnie za wykonanie całej umowy: Mając powyższe na uwadze zamawiający nie mógł nakazać zawarcia konsorcjum z firmą wykonującą jedną z kilkunastu części zamówienia. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe Zaopatrzenia i Handlu "BREVITER" Paweł Olejniczak z/s w Poznaniu ubiegając się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, na własne ryzyko może odpowiadać za całość zamówienia. Zamawiający może dla tej części zamówienia żądać jedynie wskazania podwykonawcy, w przypadku, gdy ta część nie będzie realizowana przez samego wykonawcę członka konsorcjum.

Zamawiający nie zgadza się również z tezą protestującego wykonawcy związaną z bezpośrednim przypisaniem żadanego przez zamawiającego do § 3 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r w sprawie dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r. Nr 87 po7 605 ze zm). Dokumenty określone w § 3 ust. 1. rozporządzenia nie stanowią katalogu zamkniętego tak jak w przypadku dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Otwarty katalog dokumentów, o którym mowa w § 3 ust. 1 rozporządzenia wymienia przykładowe dokumenty potwierdzające, iż przedmiot zamówienia spełnia stawiane mu wymagania. Przepis § 3 ust. 1 rozporządzenia wyraźnie określa, że zamawiający "może żądać w szczególności wymienionych dokumentów. Z konstrukcji tego przepisu wynika, że zamawiający może żądać także innych dokumentów. W zakresie powyższego fragmentu rozporządzenia wskazać należy przede wszystkim, że przedstawiony katalog dokumentów jest wyliczeniem przykładowym, gdyż wskazano w nim, iż dla potwierdzenia spełniania określonych wymagań zamawiający może żądać „w szczególności”. Ważne jest przy tym, aby dokumenty wymienione lub niewymienione w § 3 ust. 1 rozporządzenia służyły potwierdzeniu, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Skoro zamawiający żąda potwierdzenia wymagań dotyczących części robót budowlanych w postaci instalacji gazów medycznych, a zarazem dopuszcza ich wykonanie przez podwykonawców, dokument potwierdzający może być wystawiony nie tylko na wykonawcę, ale i na

podwykonawcę.

Zamawiający podkreślił, że §§ 1 i 2 rozporządzenia wyraźnie określają, że dokumenty żądane przez zamawiającego muszą być wystawione na wykonawcę, natomiast przepis § 3 ust. 1 rozporządzenia wskazuje na dowolność. Dowodem na to jest zapis § 3 ust. 1 pkt 2, w którym to określa się, kto powinien wystawić zaświadczenie i czemu mają odpowiadać produkty, a nie określa, na jaki podmiot ma być wystawiony. Nie ma tutaj wskazania wykonawcy. Wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne nie musi być przecież wytwórcą produktu, usługi czy jej elementu a w szczególności części robót budowlanych. Z

uwagi na fakt, że katalog dokumentów, o którym mowa w § 3 ust. 1 jest katalogiem otwartym oraz że dokumenty te niekoniecznie muszą być wystawione na wykonawcę, bezzasadna jest argumentacja protestującego wykonawcy, że żądany dokument jest dokumentem, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia. W przypadku przypisania żadanego certyfikatu do dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia zamawiający byłby zobowiązany do zmiany SIWZ w zakresie, o którym mowa w art. 36 ust. 5 ustawy Pzp, tzn. zastrzegłby powierzenie wykonania instalacji gazów podwykonawcom.

Odnosnie uzasadnienia protestującego wykonawcy związanego z pojęciem wykonawcy, jak również z przytoczonym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający również nie podzielił jego argumentów. Wyrok z dnia 17 lipca 2008 r. (sygn. akt. KIO/UZP 680/08) jest orzeczeniem w konkretnej sprawie i odnosi się do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a nie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dokumenty określone w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp są dokumentami podmiotowymi, a dokumenty określone w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp są dokumentami przedmiotowymi. Ustawodawca celowo rozdziela dokumenty podmiotowe od przedmiotowych. Te pierwsze są dokumentami potwierdzającymi: spełnianie udziału w postępowaniu określonego podmiotu (wykonawcy). Te drugie natomiast nie potwierdzają właściwości podmiotu a przedmiotu zamówienia.

W dniu 22 czerwca 2009 roku pismem złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego odwołujący się wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, wnioski i argumenty podniesione w proteście.

Wykonawcy: konsorcjum : Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych "SAN-BUD" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane SAN-BUD Wojciech Pawlik, Przedsiębiorstwo -Budowlano Usługowe INTERBUD-WEST sp. z o.o oraz ERBUD S.A. przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do składania środków ochrony prawnej w rozumieniu

art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp. Ewentualne uwzględnienie odwołania spowodowałoby, że oferta odwołującego się mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Izba ustaliła, iż pismem z dnia 15 kwietnia 2009 roku zawierającym odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zamawiający wyjaśnił, że wymaga od podmiotów biorących udział w postępowaniu przetargowym dołączenia do oferty certyfikatu EN ISO 13485:2003 + AC 2007. Powyższy warunek nie został zaskarżony w drodze protestu przez żadnego z uczestników postępowania, jak również nie został zmieniony przez zamawiającego w formie późniejszych odpowiedzi na pytania wykonawców.

Odwołujący się sam przyznał, iż żądając dołączenia do oferty certyfikatu EN ISO 13485:2003 + AC 2007 zamawiający nie wskazał w sposób jednoznaczny, czy przedmiotowy dokument ma być wystawiony dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu przetargowym, czy też może być wystawiany na podwykonawcę, który będzie w ramach realizacji zamówienia wykonywał część robót objętych jego przedmiotem (których jakość potwierdza wskazany certyfikat). Jednakże w ocenie Izby nie ma podstaw do uznania, iż brak wskazania przez zamawiającego do kogo miał odnosić się certyfikat EN ISO

13485:2003 + AC 2007 jest jednoznaczny z tym, iż dokument ten winien być wystawiony na wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. W szczególności odwołujący się nie jest uprawniony do wiążącej wszystkich uczestników postępowania interpretacji treści odpowiedzi z dnia 15 kwietnia 2009 roku.

W orzecznictwie sądów powszechnych, a także Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołów Arbitrów ukształtował się pogląd, iż okoliczność braku doprecyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosowanych wymogów nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy. Stanowisko takie zostało wyrażone między innymi w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 roku (XIX Ga 80/07) oraz Zespołu Arbitrów z dnia 15 stycznia 2007 roku (UZP/ZO/0-10/07).

Zdaniem Izby powyższy pogląd zachowuje swą aktualność również w przypadku udzielania wyjaśnień do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak to ma miejsce w niniejszej sprawie.

Niezależnie od powyższego zaznaczyć należy, iż ustawa Pzp w art. 36 ust. 5 dopuszcza możliwość realizacji zamówienia przez podwykonawców, z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

W niniejszym przypadku zastrzeżenia takiego nie było, co więcej – w pkt. 3. 5 SIWZ zamawiający określił, że dopuszcza możliwość zlecenia podwykonawcom części przedmiotu zamówienia oraz - zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp – żądał wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Jest to okoliczność bezsporna, nie kwestionowana ani przez strony, ani przez uczestników postępowania.

Ratio legis cytowanego przepisu dotyczy między innymi sytuacji, gdy jeden z przedsiębiorców nie może spełnić jakiegoś warunku postawionego przez zamawiającego. Warunek ten może zostać wówczas spełniony przez podwykonawcę, jeżeli udział podwykonawców nie jest zabroniony. Nie sposób zgodzić się z odwołującym się, iż realizacja warunku uczestnictwa w postępowaniu możliwa jest w takim przypadku jedynie poprzez wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia (np. poprzez zawiązanie konsorcjum). Sąd Okręgowy w Katowicach wyrokiem z dnia 6 lipca 2006 roku (sygn. akt IV Ca 288/06) wydanym w sprawie wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 10 lutego 2006 roku (UZP/ZO/0-329/06) stwierdził, iż „chybiony jest zarzut naruszenia art. 7 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do sytuacji, w której firmy X i Y występują w charakterze podwykonawców, podczas gdy powinny występować jako oferenci i w efekcie nie stosowano do nich wymogów ustawy. Jak trafnie wskazał Zespół Arbitrów występowanie w charakterze konsorcjum jest, zgodnie z art. 23 ustawy Pzp, prawem, a nie obowiązkiem. To znaczy, kilka podmiotów może wystąpić w charakterze konsorcjum, jednak w równej mierze może być i tak jak w niniejszym postępowaniu, iż jest jeden wykonawca, który korzysta z jednego lub nawet kilku wykonawców”.

Tym samym stwierdzić należy, iż przepis art. 23 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia prawo, a nie obowiązek dla wykonawców, wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne. Sam zamawiający nie może zaś poprzez określone nieuzasadnione warunki udziału w postępowaniu narzucać wykonawcom konieczności gromadzenia się kilku wykonawców celem złożenia wspólnej oferty, o ile nie jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia (tak w: *Prawo zamówień publicznych. Orzecznictwo* Małgorzata Stręciwilk, Warszawa 2008, str. 118).

Wobec powyższego należy zgodzić się z zamawiającym, iż dopuszczalna jest sytuacja, w której dołączony do oferty dokument potwierdzający posiadanie certyfikatu EN ISO 13485:2003 + AC 2007, wystawiony jest na podwykonawcę, któremu powierzona zostanie realizacja części zamówienia obejmująca roboty objęte rzeczonym certyfikatem. Przepis § 3 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w

jakich dokumenty te mogą być składane zawiera katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Katalog ten ma charakter otwarty, co wyraża się poprzez użycia przez ustawodawcę sformułowania „w szczególności”.

Punkt 3 cytowanego przepisu jako jeden z dokumentów wymienia zaświadczenie niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi. W ocenie Izby zasadnym jest stwierdzenie, iż w przypadku powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcy, zamawiający może żądać analogicznego zaświadczenia wystawionego na faktycznego wykonawcę danej części zamówienia. Odmienna interpretacja wzmiankowanego przepisu prowadziłaby do sytuacji, w której wykonawca nie mógłby powierzyć wykonania podwykonawcom tych robót, których realizacja wymaga posiadania stosownego certyfikatu. Taka wykładnia jest zdaniem Izby nieuprawniona i pozostawałaby w sprzeczności z treścią art. 36 ust. 5 ustawy Pzp.

Zaprezentowane powyżej stanowisko Izby stanowiło podstawę wydania orzeczenia o wyrażonej na wstępie sentencji. Niezależnie jednak od powyższego należy stwierdzić, iż na aprobatę zasługuje stanowisko przystępującego ERBUD S.A., iż wprowadzenie przez zamawiającego nowego wymogu przedłożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego wymaga zachowania określonej procedury związanej z modyfikacją treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Obowiązkiem temu zamawiający uchybił.

Powyższy zarzut został podniesiony jednakże przez uczestnika postępowania, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Zgodnie zaś z art. 184 ust. 5 ustawy Pzp czynności wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego, nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. Wobec powyższego wyrażone przez Izbę stanowisko ma jedynie charakter dydaktyczny i nie miało wpływu na wydane rozstrzygnięcie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, ust. 2 oraz ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....