Sygn. akt KIO 523/11

WYROK
z dnia 24 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 12 marca 2011 r. przez **„ABM SOLID" Spółkę Akcyjną, 33-100 Tarnów, ul. Bartla 3** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego, którym jest: **Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II, 38-400 Krosno, ul. Korczyńska 57 działający przez pełnomocnika – Konsorcjum Firm: Krośnieńska Dyrekcja Inwestycji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 38-400 Krosno, ul. Kościuszki 49 (pełnomocnik konsorcjum) oraz Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych „EKOCENTRUM" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 54-434 Wrocław, ul. Budziszyńska 35/1**

przy udziale **ERBUD Spółki Akcyjnej, 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem dokumentów otrzymanych na rozprawie od zgłaszającego przystąpienie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie,** i nakazuje:
   1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty postępowania odwoławczego w wysokości **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – kwoty wpisu uiszczonego przez **„ABM SOLID" Spółkę Akcyjną z siedzibą w Tarnowie,**

   2) dokonać wpłaty kwoty **23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie** na rzecz **„ABM SOLID" Spółki Akcyjnej z siedzibą w Tarnowie,** stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krośnie.**

Przewodniczący:

……

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie, działający przez inwestora zastępczego, będącego pełnomocnikiem, któremu powierzył przygotowanie i przeprowadzenie postępowania – Konsorcjum w składzie: Krośnieńska

Dyrekcja Inwestycji spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krośnie (pełnomocnik konsorcjum) oraz Wrocławski Ośrodek Usług Ekologicznych „EKOCENTRUM" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibę we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp" lub „pzp"), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. „Zaprojektowanie (etap I, II, III zgodnie z zakresem określonym w programie funkcjonalno- użytkowym) i Budowa (etap I zgodnie z zakresem określonym w programie funkcjonalno- użytkowym wraz z uzupełnieniami) Bloku Operacyjnego z Oddziałem Anestezjologii i Intensywnej Terapii oraz Centralną Sterylizatornią w oparciu o program funkcjonalno-użytkowy wraz z uzupełnieniami, koncepcję projektowo-przestrzenną oraz dokumentację projektową wykonaną na podstawie umowy w ramach zadania inwestycyjnego *Rozbudowa i modernizacja Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie".*

2 marca 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał drogą faksową Odwołującemu – „ABM SOLID" Spółce Akcyjnej z siedzibą w Tarnowie, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty ERBUD Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej również „ERBUD") z ceną oferty brutto 28.345.890,00 zł, w którym zawarł również informację o sklasyfikowaniu oferty Odwołującego z ceną 28.894.299,06 zł na drugim miejscu w rankingu ofert.

12 marca 2011 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. Zaniechania wezwania ERBUD do uzupełnienia dokumentów.
2. Zaniechania wykluczenia ERBUD z postępowania.
3. Zaniechania uznania oferty ERBUD za odrzuconą.
4. Bezpodstawne dokonanie wyboru oferty ERBUD jako najkorzystniejszej.
5. Zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 1, i pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 2a, ust. 2b i ust. 3 oraz art. 91 ust. 1, a także § 1 ust. 1 pkt 2 i § ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817; zwanego dalej również rozporządzeniem w sprawie dokumentów) w związku z naruszeniem pkt. 9.1.2 lit. a) i c), pkt. 9.1.5, pkt. 9.3, pkt. 10.1 lit. a), b) i d), pkt. 10.2, pkt. 10.6, pkt 10.7 ppkt 1) oraz pkt. 14.2 lit. g specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.").

W związku z podniesionym zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty ERBUD jako najkorzystniejszej,
2. Wykluczenia ERBUD z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, lub, z ostrożności procesowej, wezwanie ERBUD do uzupełnienia dokumentów.
3. Dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał między innymi następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

(I)

W pkt. 9.1.5 i 10.6 s.i.w.z. Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca chce polegać na wiedzy o doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, a podmioty te będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, to żąda od niego udowodnienia, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. śąda także od wykonawcy załączenia do oferty dokumentów dotyczących tych podmiotów wymienionych w pkt. 10.1 i 10.2 s.i.w.z. śądanie to jest zgodne z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Natomiast z dokumentów złożonych przez ERBUD wynika, że korzystać będzie z zasobów następujących podmiotów, które będą brać udział w realizacji zamówienia:

• „S.T. ARCHITEKCI" sp. z o.o. – w zakresie zasobów w postaci osób zdolnych do wykonania zamówienia;
• Usługi Elektryczne Jarosław Lipiarz – w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia;
• Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A. – w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia;
• ERES-MEDICAL Zbigniew Lubaś – w zakresie wiedzy i doświadczenia;
• Biuro Projektów Służby Zdrowia „PRO-MEDICUS" sp. z o.o. – w zakresie wiedzy i doświadczenia, a także osób zdolnych do wykonania zamówienia.

W zakresie dokumentów określonych w pkt 10.1 i 10.2 s.i.w.z. dotyczących powyżej wymienionych podmiotów występują w ofercie ERBUD następujące nieprawidłowości.

Dokumenty z nieprawidłowościami dotyczące podmiotu - „S.T. ARCHITEKCI" sp. z o.o.:
1) zaświadczenie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych („ZUS"; str. 307 oferty);
2) informacje Krajowego Rejestru Karnego („KRK", str. 308, 309 i 310 oferty);
3) zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego („NUS"; str. 314 i 315 oferty)
– załączono kopie poświadczone za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika ERBUD, a nie przez podmiot, którego dotyczą;

Dokumenty z nieprawidłowościami dotyczące podmiotu – Usługi Elektryczne Jarosław Lipiarz:
1) zaświadczenie ZUS (str. 328 oferty) – brak poświadczenia kopii za zgodność z oryginałem przez kogokolwiek;
2) informacja KRK (str. 335 oferty) – załączono kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika ERBUD, a nie przez podmiot, którego dotyczą;
3) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, wg załącznika 8 do s.i.w.z. (str. 330, 331 i 332 oferty);
4) oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, wg załącznika nr 2 do s.i.w.z. (str. 333 i 334 oferty)
– załączono kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika ERBUD, zamiast w oryginale;
5) brak oświadczenia Jarosława Lipiarza jako osoby fizycznej o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 pzp.

Dokumenty z nieprawidłowościami dotyczące podmiotu – Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A.:
1) informacje KRK (str. 343, 344, 345 i 346 oferty);
2) zaświadczenie ZUS (str. 347 oferty);
3) zaświadczenie NUS (str. 353 i 354 oferty)
– załączono kopie poświadczone za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika ERBUD, a nie przez podmiot, którego dotyczą.

Dokumenty z nieprawidłowościami dotyczące podmiotu – ERES-MEDICAL Zbigniew Lubaś:
1) referencje potwierdzające wiedzę i doświadczenie (str. 399 oferty);
2) informacje KRK (str. 401 oferty);
3) zaświadczenie NUS (str. 403 i 404 oferty);
4) zaświadczenie ZUS (str. 405 oferty)

– załączono kopie poświadczone za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika ERBUD, a nie przez podmiot, którego dotyczą;
5) brak oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, wg załącznika nr 2 do s.i.w.z.;
6) brak oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, wg załącznika nr 8 do s.i.w.z.,

mimo że załączenie do oferty pozostałych kopii dokumentów tzw. podmiotowych wskazuje, iż podmiot ten będzie brał udział wykonywaniu zamówienia;

7) brak oświadczenia Zbigniewa Lubasia jako osoby fizycznej o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 pzp.

Oświadczenia, czy zobowiązania wymagane przepisami ustawy pzp (art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 2a i ust. 2b) i postanowieniami s.i.w.z. (pkt 9.1.5, pkt 10.1 lit. a i pkt 10.2 lit. a) złożone przez ERBUD w kopii zamiast w oryginale, nie są dokumentami, które w takiej formie mogą być złożone, zatem nie stanowią potwierdzenia rzeczywiście złożonych oświadczeń, czy zobowiązań, a Zamawiający winien traktować je jak nie złożone. ERBUD przedstawiając dokumenty dotyczące innych podmiotów biorących udział w wykonywaniu zamówienia w formie wskazanej powyżej lub nie przedstawiając niektórych dokumentów, w ogóle nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, ani nie potwierdził braku podstaw do wykluczenia w zakresie wskazanym powyżej, zatem Zamawiający winien wezwać tego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia brakujących lub błędnych dokumentów we wskazanym przez siebie terminie wskazanym przez siebie. Zamawiający byłby jednak zwolniony z obowiązku takiego wezwania, gdyby rzetelnie zbadał ofertę ERBUD, gdyż wykonawca ten winien być wykluczony, a oferta jego uznana za odrzuconą. Zamawiający nie wzywając ERBUD do uzupełnienia dokumentów, a przez to bezpodstawnie uznając, że ERBUD złożył tzw. dokumenty podmiotowe we właściwym zakresie co do ich ilości, treści, sposobu potwierdzania za zgodność z oryginałem, oryginalności, a zatem uznając, że ERBUD wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i potwierdził niepodleganie wykluczeniu z postępowania, naruszył przepisy ustawy pzp: art. 24 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2a, a w szczególności art. 26 ust. 3, a także przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów: § 1 ust. 1 pkt 2, § 6 ust. 2 oraz naruszył postanowienia s.i.w.z.: pkt. 9.1.2 lit. c, pkt. 9.1.5, pkt. 9.3, pkt. 10.1 lit. a) i lit. d), pkt. 10.2, pkt. 10.6, pkt. 10.7 ppkt 1) i pkt. 14.2 lit. g).

(II)

ERBUD zamierza polegać na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu, jakim jest ERES-MEDICAL Zbigniew Lubaś, w zakresie dostaw sprzętu medycznego i technicznego oraz wyposażenia szpitalnego. W tym celu, aby udowodnić Zamawiającemu, iż będzie

dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w zakresie wskazanym powyżej, przedstawił zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji ERBUD zasobu wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw sprzętu medycznego i technicznego oraz wyposażenia szpitalnego na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów złożone zostało w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika ERBUD (str. 400 oferty), zamiast w oryginale.

Art. 26 ust. 2b pzp stanowi, że zobowiązanie innego podmiotu, na którego zasobach wykonawca polega, musi być złożone w formie pisemnej. Taki sam wymóg postawił Zamawiający w postanowieniach s.i.w.z. w pkt. 9.1.5 i 10.6. Kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem przez podmiot nieuprawniony nie dochowuje wymogu pisemności zobowiązania. Ponieważ zobowiązanie do udostępnienia zasobów nie należy do dokumentów wymienionych w art. 26 ust. 3 pzp, zatem Zamawiający nie może wezwać ERBUD do uzupełnienia tego dokumentu. Wobec braku pisemnego zobowiązania podmiotu ERES-MEDICAL, ERBUD nie może polegać na zasobie tego podmiotu, tj. na wiedzy i doświadczeniu w zakresie dostaw sprzętu medycznego i technicznego oraz wyposażenia szpitalnego, nie wykazał zatem, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw sprzętu medycznego i technicznego oraz wyposażenia szpitalnego. Zamawiający wobec niespełniania tego warunku winien ERBUD wykluczyć z postępowania, a ofertę uznać za odrzuconą. Nie czyniąc tego naruszył przepisy ustawy pzp: art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 2a i ust. 2b, a także postanowienia s.i.w.z.: pkt 9.1.5 i 10.6.

(III)

Zamawiający w ust. 9.1.2 lit. a s.i.w.z. określił warunek posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie projektowania. ERBUD do wykazu usług (załącznik nr 3) wpisał usługę projektową wykonaną przez Biuro Projektów Służby Zdrowia „PRO-MEDICUS” sp. z

o.o. na rzecz Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Krakowie. Na potwierdzenie należytego wykonania tej usługi załączył list referencyjny w postaci kopii (str. 410 oferty), wystawiony przez inwestora. Na kopii tej brak było poświadczenia jej za zgodność z oryginałem. Pismem znak: EZ/215/25/2010 z 21 lutego 2011 r. wezwał ERBUD do uzupełnienia tego dokumentu we właściwej formie do dnia 28 lutego 2011 r. Pismem z 23 lutego 2011 r. dostarczonego do Zamawiającego 24 lutego 2011 r. ERBUD przekazał kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika ERBUD, a więc przez osobę nieuprawnioną do poświadczania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów dotyczących podmiotu PRO-MEDICUS.

Kopię listu referencyjnego mogła poświadczyć za zgodność z oryginałem (zgodnie § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów) wyłącznie osoba lub osoby uprawnione do

reprezentacji tego podmiotu albo osoba lub osoby upełnomocnione do tej czynności. Przepis rozporządzenia nie dopuszcza poświadczania przez jakiegokolwiek reprezentanta (przedstawiciela) podmiotu, mówi wprost o poświadczeniu przez podmiot. Zatem w przypadku osoby prawnej do poświadczania kopii dokumentów wykorzystywanych w ramach postępowań o udzielanie zamówienia publicznego uprawnione są osoby fizyczne wskazane w KRS jako uprawnione do reprezentacji tej osoby prawnej lub osoby upełnomocnione przez tę osobę prawną (czyli przez osoby uprawnione do reprezentacji osoby prawnej). W ofercie ERBUD brak jest pełnomocnictw dla Dyrektora Oddziału Mirosława Młynarskiego do poświadczania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów dotyczących innych podmiotów, które będą brać udział w wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, jest jedynie umocowanie do poświadczania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów dotyczących ERBUD.

Również Zamawiający w pkt 10.7 ppkt 1 s.i.w.z. postanowił: „Warunkiem uznania kopii za dokument jest umieszczenie na każdej stronie kopii poświadczenia za zgodność z oryginałem i złożenie podpisu osoby/osób uprawnionych do reprezentowania wykonawcy zgodnie z aktem rejestracyjnym, wymaganiami ustawowymi oraz przepisami prawa". ERBUD składając przedmiotowy dokument na wezwanie Zamawiającego w ramach uzupełnienia dokumentów spełnił wyłącznie drugi wymóg tego postanowienia s.i.w.z. Zgodnie z wymaganiami § 6 ust. 2 rozporządzenia i postanowieniem pkt 10.7 ppkt 1 s.i.w.z., kopia ta nie jest dokumentem poświadczającym, że usługi projektowe wskazane w załączniku nr 3 zostały wykonane należycie.

Czynność wezwania i uzupełnienia tego samego dokumentu jest czynnością jednorazową. Nie można zatem po terminie upływie terminu wskazanego przez Zamawiającego uzupełnić dokumentu. ERBUD nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie usług projektowych, podlega zatem wykluczeniu z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający winien wykluczyć ERBUD z postępowania oraz ofertę uznać za odrzuconą, a dodatkowo winien zatrzymać wadium w oparciu o art. 46 ust. 4a pzp. Zamawiający uznając wykazanie przez ERBUD spełniania warunku, nie wykluczając ERBUD z postępowania i wybierając jego ofertę jako najkorzystniejszą, naruszył przepisy ustawy pzp: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4., a także przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów: § 1 ust. 1 pkt 2 i § 6 ust. 2, jak również postanowienia s.i.w.z.: pkt 9.1.2 lit. a, pkt 9.1.5, pkt 10.1 lit. b, pkt 10.7 ppkt 1) oraz pkt 14.2 lit. g).

(IV)

ERBUD wskazał podmiot Biuro Projektów Służby Zdrowia „PRO-MEDICUS" sp. z o.o. jako tego, który będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia, jest to zatem wykonawca

przedmiotowego zamówienia. PRO-MEDICUS jest wykonawcą, o którym mówi art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp. PRO-MEDICUS przygotował program funkcjonalno-użytkowy (PFU), na podstawie którego opisano przedmiot zamówienia, a także wykonał koncepcję projektowo-przestrzenną na potrzeby przedmiotowego postępowania. Informacje, którymi dysponował ten wykonawca są znacznie szersze od tych, którymi dysponowali pozostali wykonawcy.

Zamówienie dotyczy starego budynku szpitala, który ma być w części zmodyfikowany, wyremontowany i połączony z nowo wybudowanym budynkiem bloku operacyjnego. Wykorzystywane będą niektóre urządzenia już istniejące, nastąpi przenikanie nowego ze starym.

Odwołujący zadał Zamawiającemu wiele pytań, na które odpowiedzi byłyby niezwykle pomocne w przygotowaniu oferty. Na niektóre z nich uzyskał odpowiedzi, na inne uzyskał odpowiedzi w ostatnim momencie (7 dni przed terminem składania ofert, mimo że zadane były dużo wcześniej), a inne odpowiedzi były niepełne lub pomieszano zagadnienia, a na inne zaś nie udzielono odpowiedzi w ogóle. Odwołujący przygotowując się do złożenia odwołania odwiedził Zamawiającego i zażądał dokumentacji z fazy przygotowywania PFU i koncepcji projektowo-przestrzennej i dowiedział się, że Zamawiający dysponował szerszym zakresem dokumentacji, a co za tym idzie szerszym zakresem wiedzy niż udostępnił ją wykonawcom. Wiedza ta, gdyby była przez Zamawiającego upowszechniona, i odpowiedzi na pytania wykonawców były przedstawiane precyzyjnie i w terminie, to znacznie ułatwiłoby przygotowanie oferty, szczególnie ułatwiłoby rzetelne skalkulowanie ceny oferty, bez doliczania zapasu cenowego na nieprzewidziane roboty. Brak wiedzy w niektórych aspektach dotyczących przedmiotu zamówienia zmusił Odwołującego do wkalkulowania ryzyka i zaoferowania ceny wyższej, niż zaoferowałby, gdyby znał całość przedmiotu zamówienia. Wydaje się, że inni wykonawcy uczynili podobnie, gdyż przedmiotowe zamówienie polega na zaprojektowaniu i wybudowaniu obiektu nowego w powiązaniu ze starym, a wynagrodzenie jest ryczałtowe.

PRO-MEDICUS, a co za tym idzie także ERBUD podczas przygotowania oferty nie mieli tych dylematów, co pozostali wykonawcy, znali przygotowane przez PRO-MEDICUS dokumenty zawierające informacje nieujawnione przez Zamawiającego innym wykonawcom (Odwołujący poznał je po złożeniu oferty). Wiedza o przedmiocie zamówienia znacznie szersza od wiedzy pozostałych wykonawców pozwoliła ERBUD złożyć ofertę bez doliczania do jej ceny zapasu na nieprzewidziane roboty. Bezwzględnie należy stwierdzić, że wykonawca wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, i że jego udział w postępowaniu utrudnił uczciwą konkurencję, zatem są przesłanki do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający uznając, że ERBUD nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, naruszył przepisy ustawy pzp: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 1, art. 24 ust. 4.

22 marca 2011 r. (pismem z 21 marca 2011 r.) Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, której kopię przekazał równocześnie Odwołującemu oraz Uczestnikowi postępowania – wnosząc o odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy pzp.

Zamawiający podniósł, iż 12 marca 2011 r. kopia odwołania (na 12 stronach oraz pełnomocnictwo) została przekazana do Krośnieńskiej Dyrekcji Inwestycji (zwanej również w skrócie „KDI") sp. z o.o. faksem na nr 13 4320359 i adres e-mail: p.lobaza@kdi-krosno.home.pl, a nie do Zamawiającego na fax nr 13 4378497 lub e-mail: sezam.szpital@krosno.med.pl., w sposób wskazany w rozdziale 11 s.i.w.z. W rozdziale tym jednoznacznie wskazano Zamawiającego jako bezpośredniego adresata do wszelkich oświadczeń miało na celu uniknięcie późniejszych problemów w zakresie skutecznego ich składania, szczególnie w aspekcie kwestii zapoznania się z ich treścią. Zamawiający powierzył przygotowanie i przeprowadzenie postępowania inwestorowi zastępczemu - Konsorcjum Firm: Krośnieńskiej Dyrekcji Inwestycji spółce z o.o. z siedzibą w Krośnie oraz Wrocławskiemu Ośrodkowi Usług Ekologicznych „EKOCENTRUM" sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, a KDI jako lider Konsorcjum wykonywała w imieniu i we współpracy z Zamawiającym wszystkie czynności prawne i faktyczne związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania. Ponieważ kopia odwołania została przekazana do KDI, należy uznać, że Odwołujący naruszył przepis art. 180 ust. 5 pzp, poprzez nieprzesłanie kopii odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia, w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed jego upływem.

Nadto Zamawiający wskazał, iż przesłana do KDI 12 marca 2011 r. kopia była niekompletna, tzn. nie zawierała wszystkich części składowych, o których mowa w § 4 ust. 1

pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 480). Zdaniem Zamawiającego redakcyjnie wyodrębniona część odwołania pn. „Dowody", obejmująca 16 dowodów wymienionych w 16 pkt. na liście zamieszczonej na str. 12 odwołania, które nie zostały jednak przesłane 12 marca 2011 r., stanowi element konstytuujący treść odwołania, o którym stanowi przepis art. 180 ust. 2 *in fine* pzp poprzez wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności, o którym mowa również w § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia. Nieprzekazanie wszystkich załączników spowodowało, że Zamawiający nie miał możliwości

zapoznania się z jego treścią przed upływem terminu do wniesienia odwołania, a tym samym możliwości ustosunkowania się do jego treści.

Rozpatrując wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania, poza ustaleniem, że jak to wskazał Zamawiający, 12 marca 2011 r. kopia odwołania na 12 stronach, bez załączników – dowodów wymienionych na ostatniej stronie odwołania za listą załączników, została przesłana faksem i drogą elektroniczną do KDI sp. z o.o., Izba wzięła nadto pod uwagę następujące ustalenia faktyczne.

W pkt. 3 protokołu postępowania *Osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia,* wskazano w lit. A *Osoby wykonujące czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia:* w pkt. 1, iż Kierownik Zamawiającego nie wykonuje czynności w postępowaniu i przekazał pisemne upoważnienie do dokonania w postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności (jakich to czynności, nie sprecyzowano): „KDI Sp. z o.o. w Krośnie – Inwestorowi Zastępczemu przedmiotowego zadania, działającego w imieniu Zamawiającego", w pkt. 2, iż komisja przetargowa została powołana 18 sierpnia 2010 r. na podstawie Zarządzenia wewnętrznego nr 1/2010 Prezesa Krośnieńskiej Dyrekcji Inwestycji Sp. z o.o. w Krośnie, a jej skład której wchodziły 4 osoby, oprócz tego został powołany obserwator ze strony Zamawiającego.

Do odpowiedzi na odwołanie załączono Umowę NZ/215/13/2010, zawartą 12 sierpnia 2010 w Krośnie pomiędzy Wojewódzkim Szpitalem podkarpackim im. Jana Pawła II w Krośnie (jako Zamawiającym) a Konsorcjum Firm: Krośnieńską Dyrekcją Inwestycji spółce z o.o. z siedzibą w Krośnie oraz Wrocławskiemu Ośrodkowi Usług Ekologicznych „EKOCENTRUM" sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (jako Wykonawcą), w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Zgodnie z § 1 *Przedmiot umowy* ust. 1: „Zamawiający zleca a Wykonawca przyjmuje zlecenie pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego (w tym pełnienie kompleksowego nadzoru inwestorskiego) nad realizacją przedsięwzięcia inwestycyjnego: (…)" [podano nazwę zbieżną z nazwą przedmiotowego postępowania]. Natomiast w ust. 3 wskazano, iż „Wykonawca będzie pełnić funkcję Inwestora Zastępczego przez okres od dnia podpisania niniejszej Umowy do dnia, w którym dobiegnie koniec okres gwarancji udzielonej przez wykonawcę robót budowlanych przedsięwzięcia inwestycyjnego wyłonionego w odrębnym postępowaniu".

Zgodnie z § 5 *Szczegółowe obowiązki Wykonawcy jako Inwestora Zastępczego* ust. 5: „W szczególności pełniąc funkcję Inwestora Zastępczego Wykonawca obowiązany jest do wykonania następujących czynności:
1) Na Etapie I - Czynności przed rozpoczęciem robót:

d) W terminie 6 tygodni od dnia podpisania niniejszej umowy, przygotowanie oraz przeprowadzenie w oparciu o istniejący program funkcjonalno-użytkowy we współpracy z Zamawiającym postępowania o zamówienie publiczne na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.(…) Prawo zamówień publicznych na wyłonienie wykonawcy dokumentacji projektowej i robót budowlano-montażowych w systemie „zaprojektuj i wybuduj" oraz świadczenie usług dla nadzorowanej inwestycji, w tym w

szczególności przygotowanie:

- opisu i zakresu dokumentacji projektowej, •
  opisu i zakresu robót budowlanych,
- wzoru umowy z wykonawcą dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych, •
  specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami;
- przygotowanie dokumentów, •
  udzielanie odpowiedzi na zapytania uczestników postępowania,
- dokonanie oceny złożonych i przedstawienie opinii Zamawiającemu, •
  udzielenie odpowiedzi na protesty złożone przez uczestników postępowania,
  udział w ewentualnych odwołaniach przez nich wniesionych,
- inne czynności wymagane przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (…)
  Prawo zamówień publicznych"

Zgodnie z § 9 *Obowiązki Zamawiającego związane z realizację inwestycji* pkt. 7: „Do obowiązków Zamawiającego związanych z realizacją inwestycji należy podpisanie umowy z wybranym w drodze przetargu publicznego wykonawcą robót budowlanych".

Rozdział 11 s.i.w.z. *Informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami* zawiera następujące regulacje:

„W niniejszym postępowaniu wszelkie oświadczenia, wnioski zawiadomienia oraz informacje przekazywać pisemnie, lub faksem – z wyłączeniem wyjątków wynikających z przepisów, jeżeli ustawa przewiduje formę pisemną". /pkt 1/

„Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informację należy przekazywać:

- za pomocą faksu na nr : 13-43-209-17 fax : 13-43-203-59
- za pomocą e-mail : p.lobaza@kdi-krosno.home.pl
- pisemnie na adres : Krośnieńskiej Dyrekcji Inwestycji Sp. z o.o. ul. Kościuszki 49 38-400 Krosno Woj. Podkarpackie". /pkt 2/

„Osobami upoważnionymi do kontaktowania się z Wykonawcami są :

- Inwestor Zastępczy tj. Krośnieńska Dyrekcja Inwestycji Sp. z o.o. ul. Kościuszki 49 38-400 Krosno Woj. Podkarpackie: Pan Paweł Łobaza tel.: 13-43-209-17 fax : 13-43-203-59 e-mail: p.lobaza@kdi-krosno.home.pl
- Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II ul. Korczyńska 57 38-400 Krosno Woj. Podkarpackie: Pani Edyta Prajsnar tel.: 13-43-782-08, Pan Marek Dziedzic tel.: 13-43-782-42"./pkt 4/

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego w zakresie okoliczności przesłania kopii odwołania przez Odwołującego, skład orzekający Izby stwierdził, iż dochował on wymagania przepisu art. 185 ust. 5 pzp, a zatem nie zachodzi przesłanka do odrzucenia jego odwołania określona w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 7 pzp.

W pierwszej kolejności Izba zważyła bowiem, iż Odwołujący przekazał kopię odwołania właściwemu podmiotowi. Zgodnie z przepisami art. 15 ust. 2 i 3 pzp zamawiający może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej, a podmioty te działają jako pełnomocnicy zamawiającego. W niniejszej sprawie Zamawiający na podstawie umowy powierzył przygotowanie i przeprowadzenie postępowania wyłonionemu po przeprowadzeniu innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego „Konsorcjum Firm", którego lider: KDI sp. z o.o., został wprost wskazany w protokole przedmiotowego postępowania jako podmiot działający w imieniu Zamawiającego (którego kierownik nie wykonuje czynności w postępowaniu) – upoważniony do wykonywania tych czynności w postępowaniu. W protokole pominięto wymaganą informację o zakresie powierzonych czynności (co na marginesie nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców), jednak z przywołanej powyżej umowy o zastępstwo inwestycyjne wynika, iż *de facto* KDI jest upoważniona do wszystkich czynności wymaganych przepisami ustawy pzp (§ 5 ust. 5 pkt 1 lit. d, w szczególności ostatnie wypunktowanie), a Zamawiający będzie miał obowiązek zawrzeć umowę z podmiotem wyłonionym w wyniku przeprowadzonego przez KDI jako pełnomocnika przedmiotowym postępowaniu o jego udzielenie (§ 9 pkt 7).

Pozycja KDI jako pełnomocnika Zamawiającego znalazła odzwierciedlenie w

konstrukcji s.i.w.z., którą podpisały osoby upoważnione do reprezentacji tej spółki z o.o. W szczególności postanowienia rozdziału 11 s.i.w.z., dotyczącego sposobów porozumiewania się z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, wskazano jako właściwe do ich przekazywania należące do KDI, a nie do Szpitala, nr faksu i adres e-mail, na które Odwołujący przesłał 12 marca 2011 r. kopię odwołania. Wobec braku wskazania odmiennych uregulowań w rozdziale 20 dotyczącym pouczenia o przysługujących wykonawcom środkach odwoławczych, który zawiera wyłącznie postanowienia blankietowo odsyłające do przepisów pzp, bez znaczenia jest okoliczność, iż s.i.w.z. zawiera również

przy oznaczeniu Zamawiającego wskazanie nr faksu i adres e-mail należący bezpośrednio do Szpitala. Z kolei przy wskazanych z ramienia Szpitala osobach uprawnionych do kontaktów z wykonawcami, wskazano jedynie nr telefonów, odmiennie niż przy osobach uprawnionych z ramienia KDI jako pełnomocnika prowadzącego postępowanie. Nadto zdaniem składu orzekającego Izby nie można utożsamiać osób wskazanych do kontaktów z wykonawcami ze wskazanym odrębnie sposobem przekazywania oświadczeń i dokumentów.

Wobec tego zupełnie bezpodstawne są twierdzenia Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, iż Odwołujący przekazał kopię odwołania w sposób niezgodny z postanowieniami rozdziału 11 s.i.w.z. Z kolei, skoro ustawa pzp dopuszcza możliwość przeprowadzenia postępowania przez pełnomocnika, a Zamawiający skorzystał z tej możliwości, zupełnym nieporozumieniem jest następnie stawianie Odwołującemu zarzutu nieprzekazania kopii odwołania Zamawiającemu, gdyż tylko „zamawiający" jest wymieniony w przepisie art. 185 ust. 5 pzp. Stawianie takiego zarzutu jest tym bardziej niezrozumiałe, że odpowiedź na odwołanie również podpisały osoby upoważnione do reprezentacji KDI, i to z ich upoważnienia występował na posiedzeniu przed Izbą pełnomocnik Zamawiającego. Nadto, jako zmierzające do niedopuszczalnego ograniczenia prawa Odwołującego do wniesienia środków ochrony prawnej w terminie przewidzianym w ustawie pzp, należy uznać twierdzenie przez Zamawiającego na posiedzeniu, iż nie mógł zapoznać się z treścią odwołania, gdyż 12 marca 2011 r., to jest ostatni dzień 10-dniowego terminu na wniesienie odwołania, przypadał w dzień wolny od pracy. Izba zważyła, iż sobota nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy, s.i.w.z. nie zawiera żadnych informacji odnośnie godzin pracy Zamawiającego i inwestora zastępczego-pełnomocnika, wobec czego Odwołujący miał pełne prawo wnieść odwołanie w ostatnim dniu terminu na jego wniesienie przypadającym w sobotę, a Zamawiający (jego pełnomocnik) mieli możliwość zapoznania się z treścią wniesionego w tym dniu odwołania.

W drugiej kolejności Izba zważyła, iż nie znajdują oparcia w ustaleniach faktycznych i stosownych przepisach ustawy pzp twierdzenia Zamawiającego, iż przesłana 12 marca 2011 r. kopia odwołania nie była kompletna i uniemożliwiała mu ustosunkowanie się do zarzutów odwołania. Zamawiający miał bowiem możliwość poznania wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania, gdyż zostały one w pełni i wyczerpująco wskazane na 11 stronach otrzymanej 12-stronicowej kopii odwołania. Izba zważyła, że w niniejszej sprawie dowody wymienione na liście obejmującej 16 pkt. na ostatniej stronie odwołania, już po podpisie i wymienieniu załączników, nie stanowią integralnej części treści uzasadnienia odwołania, która bez zapoznania się z nimi nie jest w żaden sposób niekompletna. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, iż 14 z 16

dowodów wymienionych za załącznikami odwołania, stanowi bądź kopie stron oferty ERBUD, opisanych co do nr tych stron i kwestionowanej treści dokumentów w uzasadnieniu odwołania, bądź są to kopie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz innej korespondencji prowadzonej w postępowaniu pomiędzy Zamawiającym a ERBUD S.A. Jedynym wyjątkiem są dwa dokumenty wymienione w pkt. 11 i 12 listy dowodów, gdyż są to dokumenty stanowiące dokumentację innego postępowania, ale również dotyczącego Szpitala jako Zamawiającego. Skład orzekający Izby zważył jednak, iż odwołanie nie odwołuje się wprost do tych dowodów, a okoliczności z nich wynikające zostały w sposób

wyczerpujący i autonomiczny opisane w treści uzasadnienia odwołania w pkt. IV.

17 marca 2011 r. (pismem z tej daty) ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 pzp.

śadna ze Stron nie kwestionowała interesu ERBUD S.A. w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, po stronie którego wykonawca ten zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i zachowując wymóg przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (art. 185 ust. 2, 3 i 4 pzp).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i oddalenia na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika zgodnego wniosku Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 7 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, co poparł Przystępujący, a Odwołujący podtrzymał wniesione odwołanie, z wyjątkiem zarzutu dotyczącego braku załączenia do oferty Przystępującego oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, według wzoru z załącznika nr 2 do s.i.w.z., dotyczących 5 podmiotów, które udostępniły ERBUD swoje zasoby.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz piśmie

procesowym, a także oświadczenia i stanowiska wyrażone na rozprawie ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 27 listopada 2010 r. pod nr 2010/S_231-353305, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił to ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.krosno.med.pl), na której udostępnił również s.i.w.z..

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na 77.195.600,00 zł, co stanowi równowartość 20.108.257,36 euro.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 27 listopada 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp, gdy ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się takim interesem, gdyż złożył ofertę z drugą w kolejności ceną, która jest jedynym kryterium oceny ofert, co stwarza mu realną szansę na uzyskanie zamówienia w razie potwierdzenie się zarzutów odwołania zmierzających do wyeliminowania z postępowania Przystępującego. Jednocześnie zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego i odrzucenia jego oferty naraża Odwołującego na szkodę z tytułu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za

zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania, oferty Odwołującego, dokumentów uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego. Izba wzięła również pod uwagę inne pisma i dokumenty wymienione i omówione w treści uzasadnienia, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej i wyrażone ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, podtrzymanych na rozprawie i podlegających rozpoznaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie, pomimo że większość zarzutów nie znalazła potwierdzenia.

(Ad. I oraz III)

Większość tzw. nieprawidłowości wskazanych w odwołaniu wiąże się z zarzutem załączenia do oferty ERBUD oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących 5 podmiotów trzecich, które udostępniły Przystępującemu swoje zasoby na zasadzie art. 26 ust. 2b pzp – w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika upoważnionego do podpisania i złożenia oferty w imieniu ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, co ma wskazywać na przedwczesność lub wręcz nieprawidłowość dokonanej przez Zamawiającego pozytywnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego.

Zdaniem Odwołującego z przepisu art. 25 ust. 1 pzp oraz przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów wydanego na podstawie przepisu art. 25 ust. 2 pzp, z uwzględnieniem postanowień pkt. 9.1.5, 10.1, 10.2 i 10.7 s.i.w.z., wynika, iż oświadczenia należało załączyć do oferty wyłącznie w oryginale podpisanym przez podmiot składający oświadczenie, natomiast dokumenty można było załączyć w formie kopii, ale potwierdzonej za zgodność wyłącznie przez ten podmiot, którego dany dokument dotyczy.

Izba zważyła, po pierwsze, iż obowiązujące rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, pojęcie „rodzajów dokumentów" rozciąga zarówno na dokumenty (urzędowe i inne), jak i na oświadczenia, których konkretne typy (rodzaje) wskazuje, w zakresie dokumentów dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu – na zasadzie katalogu zamkniętego. Wśród wymienionych rodzajów oświadczeń znajdują się między innymi: wymienione w § 2 ust. 1 pkt 1 oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia oraz wymienione w § 2 ust. 1 pkt 2 oświadczenie w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 pzp, zastępujące w stosunku do osób fizycznych informacje zawarte w aktualnym odpisie z właściwego rejestru. Po drugie, Izba zważyła, że z godnie z przepisem § 6 ust. 2 w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3 tego rozporządzenia (a więc

podmiotów trzecich z art. 26 ust. 2b pzp), kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów mogą być poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty.

W ocenie Izby z przywołanych przepisów wynika, w pierwszej kolejności wniosek, iż oświadczenia wymienione w § 2 ust. 1 pkt 1 i 2 są również dokumentami w rozumieniu rozporządzenia w sprawie dokumentów, a zatem są również objęte dyspozycją przepisu § 6 ust. 2 – wskazującego jako dopuszczalne złożenie ich w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. W drugiej kolejności, zdaniem składu orzekającego Izby nasuwa się wniosek, iż przepis § 6 ust. 2 dopuszcza w przypadku załączania w kopii dokumentów dotyczących podmiotów trzecich, potwierdzenie ich za zgodność z oryginałem zarówno

przez wykonawcę składającego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertę, jak i przez te podmioty, które udostępniają mu swoje zasoby na zasadzie przepisu art. 26 ust. 2 b pzp. Zdaniem składu orzekającego Izby wskazuje na to w szczególności już samo językowe sformułowanie przepisu, który wskazuje w pierwszej części, iż dotyczy dokumentów zarówno wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak i podmiotów trzecich – i tego rozróżnienia dotyczy słowo „odpowiednio" w nim użyte, a nie samej czynności poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów, gdyż w dalszej części przepisu nie wskazano, iż to ona ma być dokonywana „odpowiednio" przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie lub przez te podmioty trzecie. Zwrot „odpowiednio" rozróżniający dokumenty dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub podmiotów trzecich, wskazuje natomiast również na obiektywną niemożliwość zajścia sytuacji poświadczania dokumentów wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia przez podmiot trzeci.

Ponadto zdaniem składu orzekającego Izby dyspozycja przepisu dopuszczająca poświadczanie dokumentów za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, odnosi się w przypadku wykonawcy działającego przez pełnomocnika, również do możliwości dokonywania takiego poświadczania przez tego pełnomocnika, a czynność ta, będąca oświadczeniem wiedzy, nie wymaga jakiegoś szczególnego odrębnego umocowania, gdyż nie wykracza poza umocowanie do złożenia w imieniu wykonawcy oświadczenia woli obejmującego złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nadto należy zauważyć, iż w przypadku wykonawców będących, jak Przystępujący, osobami prawnymi, nigdy nie mogą oni działać „osobiście" lecz za pośrednictwem osób wchodzących w skład ich organów uprawnionych do reprezentacji lub będących odrębnie ustanowionymi pełnomocnikami (prokura), w tym pełnomocnikami ustanowionymi przez te organy zarządzające osoby prawnej. Niezrozumiałe jest zatem stanowisko Odwołującego, iż przepis § 6 ust. 2 rozporządzenia rzekomo nie dopuszcza poświadczania za zgodność z oryginałem

przez jakiegokolwiek reprezentanta (przedstawiciela) podmiotu, gdyż mówi wprost o poświadczaniu przez ten podmiot. Równie dobrze można by twierdzić, iż ponieważ przepis art. 82 pzp w ust. 1 wskazuje, iż to wykonawca może złożyć jedną ofertę, a z ust. 2 wynika wymóg złożenia jej w formie pisemnej pod rygorem nieważności, to niedopuszczalne jest podpisanie oferty przez pełnomocnika, a ofertę taką należy uznać za niewywołującą skutków prawnych.

Powyższe należy odpowiednio odnieść do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących podmiotów trzecich – fakt ich udostępnienia Przystępującemu w związku z postępowaniem jest wystarczający dla możliwości złożenia przez jego pełnomocnika oświadczenia wiedzy co do zgodności kopii z oryginałem i nie wymaga żadnego odrębnego umocowania ze strony tych podmiotów. Za oparte na wątpliwych przesłankach merytorycznych i nie udowodnione należy również uznać twierdzenie Odwołującego na rozprawie, iż odległość geograficzna siedzib tych podmiotów w stosunku do siedziby Przystępującego, w szczególności w przypadku oświadczeń składanych wyłącznie na potrzeby przedmiotowego postępowania, wskazuje na to, iż pełnomocnik ERBUD nie mógł zapoznać się z oryginałami dokumentów, za zgodność z którymi poświadczył załączone do oferty ich kopie. Nie sposób również stwierdzić, iż sposób potwierdzania dokumentów za zgodność z oryginałem polegający na złożeniu na każdej stronie kopii własnoręcznego podpisu przez ustanowionego zgodnie z przepisami prawa (kodeksu cywilnego) pełnomocnika ERBUD S.A. jest niezgodny z postanowieniem pkt. 10.7 ppkt 1 s.i.w.z.

Zatem w odniesieniu do wszystkich wymienionych w uzasadnieniu odwołania dokumentów (w tym oświadczeń) podmiotów trzecich, które udostępniły swoje zasoby Przystępującemu, Izba uznała za prawidłowe w świetle przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów załączenie ich w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika ERBUD S.A., który podpisał również ofertę. Nie zachodzi w przypadku tych dokumentów w ogóle konieczność wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp do ich uzupełnienia przez złożenie ich w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność przez te podmioty trzecie, których dany dokument dotyczy. Również złożenie przez Przystępującego, w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, dotyczącej usługi

projektowej wykonanej przez Biuro Projektów Służby Zdrowia „PRO-MEDICUS” spółkę z o.o., referencji w formie kopii potwierdzonej za zgodność przez tego pełnomocnika, należy uznać za prawidłowe. Nie ma zatem w tym przypadku podstawy do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Ponieważ w ocenie składu orzekającego Izby również odpowiednie postanowienia s.i.w.z. nie wprowadziły odmiennych wymagań w stosunku do rozporządzenia w sprawie dokumentów w zakresie potwierdzania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów, nie zachodzi konieczność rozstrzygania, które uregulowania mają w tym zakresie pierwszeństwo. Odpowiednie postanowienia s.i.w.z. zostały zaś zawarte w pkt. 9.1.5, przewidującym wprost dla spełnienia wymagania: „jeżeli Wykonawca, wykazując spełnienie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia dokumentów, o którym mowa w ust. 3 dotyczącej tych podmiotów”, następujący sposób postępowania: „przekładane przez Wykonawcę kopie dokumentów dotyczące każdego z tych podmiotów muszą być poświadczone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę lub te podmioty”. Natomiast ust. 3 pkt. 9 dotyczy dokumentów na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy pzp, wskazując, iż lista wymaganych w tym zakresie dokumentów została wskazana w pkt. 10.2., który z kolei wymienia w wypunktowaniu od lit. „a” do lit. „e” 5 rodzajów tych dokumentów. Prześledzenie wskazanych powyżej odesłań pomiędzy tymi postanowieniami s.i.w.z. pozwala na stwierdzenie, iż użyte w lit. „a”, w stosunku do oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, sformułowanie „w formie oryginału”, odnosi się wyłącznie do stosowania wprost tego postanowienia, a zatem wyłącznie do oświadczenia składanego przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Nieuzasadnione jest zatem stanowisko Odwołującego, który z pominięciem postanowień pkt. 9.1.5 i 9.3, chce wprost stosować postanowienie pkt. 10.2 lit. „a” do oświadczeń składanych przez podmioty trzecie.

Na podobnym błędzie logicznym w interpretacji postanowień s.i.w.z., oparte jest także dopatrywanie się, w przypadku podmiotów trzecich będących osobami fizycznymi (przedsiębiorcy: Jarosław Lipiarz oraz Zbigniew Lubaś), konieczności złożenia odrębnych oświadczeń dotyczących braków podstaw wykluczenia, to jest oprócz oświadczenia wskazanego w lit. „a” pkt. 10.2, również oświadczenia wynikającego z treści lit „b” tego pkt. Otóż lit. „b” pkt. 10.2 s.i.w.z. jest odzwierciedleniem wspomnianego już przepisu § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który wskazuje, iż w przypadku wykonawców będących osobami fizycznymi w zakresie braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 2 pzp (likwidacja lub upadłość wykonawcy), zamawiający mogą żądać wyłącznie oświadczenia (a nie np. zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej), odmiennie niż w przypadku wymienionych w pierwszej części przepisu podmiotów podlegających obligatoryjnemu

wpisowi do właściwego rejestru, dla których można żądać dokumentu w postaci odpisu z tego rejestru. Podyktowane koniecznością dokonania takiego rozróżnienia, w zależności od charakteru podmiotowego wykonawcy, sformułowanie przepisu § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia nie oznacza, że systematyka rozporządzenia, wskazująca oświadczenie w tym zakresie odrębnie od oświadczenia z przepisu § 2 ust. 1 pkt 1, skutkuje koniecznością składania dwóch fizycznie odrębnych oświadczeń, ani przez wykonawców, ani przez podmioty trzecie będące osobami fizycznymi. Nie ma bowiem żadnych wątpliwości, iż niepodleganie wykluczeniu z powodu okoliczności wskazanych w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 2 pzp jest tylko jedną z wielu przewidzianych w przepisach ustawy pzp okoliczności skutkujących wykluczeniem z postępowania, zatem oświadczenie o braku podstaw do

wykluczenia, w przypadku wszystkich wykonawców (i podmiotów trzecich), co do zasady, dotyczy braku wszelkich podstaw do wykluczenia, natomiast wykonawcy (i podmioty trzecie), podlegające z mocy odrębnych przepisów wpisowi do odpowiedniego rejestru, muszą nadto co do niepodlegania likwidacji lub niebycia w stanie upadłości, przedstawić stosowny dokument z tego rejestru. W niniejszej sprawie wszelkie wątpliwości w tym zakresie rozwiewa nadto odesłanie przez Zamawiającego w lit. „a" pkt. 10.2 s.i.w.z. do załącznika nr 8, który zawiera gotowy wzór oświadczenia, zawierający wprost w swojej treści również okoliczność wskazaną w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 2 pzp. Zatem brak załączenia do oferty ERBUD odrębnych dokumentów, które miałby zawierać odrębne oświadczenia Jarosława Lipiarza i Zbigniewa Lubasia jako osób fizycznych, o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 pzp, nie powoduje sam w sobie powstania braku w zakresie złożenia przez te osoby oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, który należałoby uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Wystarczające było w tym zakresie załączenie do oferty oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia sporządzonego według wzoru przygotowanego przez Zamawiającego w załączniku nr 7 do s.i.w.z., co w odniesieniu do Jarosława Lipiarza zostało uczynione przez Przystępującego.

(Ad. II)

Kolejną nieprawidłowość podniesiona w odwołaniu wiąże się z załączeniem do oferty Przystępującego zobowiązania do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw sprzętu medycznego przez przedsiębiorcę Zgniewa Lubasia (ERES-MEDICAL) w formie kopii potwierdzonej za zgodność, jak wszystkie inne dokumenty i oświadczenia załączone do tej oferty, przez pełnomocnika ERBUD S.A.

Zdaniem Odwołującego z przepisu art. 26 ust. 2b, z uwzględnieniem postanowień pkt. 9.1.5 i 10.6. s.i.w.z., wynika, iż zobowiązanie innego podmiotu, na którego zasobach wykonawca polega, musi być złożone wyłącznie w formie pisemnej, natomiast załączenie

tego zobowiązania w formie kopii, potwierdzonej do tego za zgodność z oryginałem przez podmiot nieuprawniony, nie dochowuje tego wymogu pisemności, co powinno skutkować uznaniem przez Zamawiającego, iż Przystępujący podlega wykluczeniu, gdyż definitywnie nie spełnił warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw sprzętu medycznego i technicznego oraz wyposażenia szpitalnego.

Izba zważyła, iż zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Nadto Izba wzięła pod uwagę, iż postanowienia s.i.w.z. zawarte w pkt. 9.1.5 (z rozdziału dotyczącego warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania ich spełnienia) i pkt 10.6. s.i.w.z. (z rozdziału dotyczącego wykazu oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu), nie wprowadziły w tym zakresie żadnych istotnych odmienności w stosunku do regulacji ustawowej.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby stwierdził, po pierwsze, iż zobowiązanie Zgniewa Lubasia (ERES-MEDICAL) do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia nie zostało, co do zasady, złożone w formie wymaganej przepisami pzp i postanowieniami s.i.w.z. Ponieważ możliwość złożenia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów została uregulowana wprost wyłącznie w art. 26 ust. 2b pzp, nieuprawnione wydaje się stosowanie do dokumentu obejmującego to zobowiązanie przepisu § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, dopuszczającego możliwość złożenia dokumentów objętych regulacją tego rozporządzenia zarówno w oryginale, jak i w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W konsekwencji nie można również uznać również dokumentu obejmującego to zobowiązanie za dokument dotyczący podmiotu trzeciego, w stosunku do którego przepis § 6 ust. 2 dopuszcza złożenie w kopii poświadczonej za zgodność przez wykonawcę lub przez ten podmiot trzeci (ta ostatnia

możliwość *de facto* pokrywałoby się ze złożeniem raz jeszcze podpisu przez ten podmiot). W tym zakresie zatem skład orzekający Izby podzielił stanowisko Odwołującego. Jednakże wbrew dalszej argumentacji odwołania, skład orzekający Izby podziela dominujący w doktrynie i orzecznictwie pogląd, iż złożenie w niewłaściwej formie jakiegokolwiek dokumentu dotyczącego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, a więc dokumentu objętego dyspozycją art. 25 ust. 1 pkt 1 pzp, należy uznać za błąd mieszczący się w

dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 pzp. Wobec tego gdyby Zamawiający podczas badania oferty Przystępującego stwierdził, iż zobowiązanie Zbigniewa Lubasia, dotyczące niewątpliwie w przedmiotowym postępowaniu potwierdzenia przez ERBUD warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, zostało złożone w niewłaściwej formie, byłby obowiązany i uprawniony wezwać Przystępującego do uzupełnienia tego braku przez przedstawienie oryginału dokumentu obejmującego to zobowiązanie.

Po drugie, skład orzekający Izby stwierdził, iż w okolicznościach niniejszej sprawy nakazywanie Zamawiającemu uzyskania zobowiązania prawidłowego co do formy dokumentu je zawierającego byłoby niezasadne. Izba zważyła bowiem, iż przepis art. 26 ust. 2b pzp wskazuje pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego jako jeden z możliwych („w szczególności") sposobów wykazania zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego niezbędnym do realizacji zamówienia. Ustawodawca nie ograniczył zatem wykonawców co do wyboru środków dowodowych, za pomocą których udowodnią zamawiającym dostęp do potencjału podmiotu trzeciego. Jednocześnie Zamawiający określił w s.i.w.z. sposób udowodnienia przez wykonawców tych okoliczności w sposób analogiczny do przepisu art. 26 ust. 2b pzp, jednak w żaden sposób nie konkretyzując tej regulacji na potrzeby prowadzonego postępowania. Jednak zdaniem składu orzekającego Izby w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający będzie mógł uznać fakt dysponowania przez ERBUD wiedzą i doświadczeniem Zbigniewa Lubasia (ERES-MEDICAL) za wystarczająco udowodniony, bez wzywania do złożenia oryginału dokumentu obejmującego zobowiązanie tego podmiotu. Już do oferty załączone zostały bowiem, w dopuszczalnej formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, dokumenty urzędowe z KRK i ZUS oraz od naczelnika urzędu skarbowego, pośrednio wskazujące na możliwość uczestnictwa tego podmiotu w realizacji części zamówienia (co nie było kwestionowane przez Przystępującego w toku postępowania odwoławczego), a bezpośrednio świadczące o tym, iż podmiot ten udostępnił swoje dokumenty Przystępującemu. W ocenie składu orzekającego Izby złożenie przez osobę upoważnioną do działania w imieniu wykonawcy podpisu na kopii dokumentu obejmującego oświadczenie woli Zbigniewa Lubasia, oznacza również akceptację przez ERBUD S.A. zobowiązania do udostępnienia zasobów ze strony tego podmiotu trzeciego. Nadto skład orzekający Izby zważył, że Zamawiający będzie mógł w toku powtórzonej czynności dokonać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez ERBUD dysponując, wedle oświadczenia złożonego na rozprawie przez pełnomocników Przystępującego i pełnomocnika Zamawiającego, oryginałem oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia podpisanym przez Zbigniewa Lubasia.

(Ad. IV)

Odrębny zarzut odwołania, mający wskazywać na konieczność definitywnego wykluczenia z postępowania ERBUD, oparty został na przepisie art. 24 ust 2 pkt 1 pzp, nakazującym wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Zdaniem Odwołującego z oferty ERBUD wynika, iż wykonawcą zamówienia będzie Biuro Projektów Służby Zdrowia „PRO-MEDICUS" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, które przygotowało program funkcjonalno-użytkowy, na podstawie którego opisano przedmiot zamówienia oraz wykonało koncepcję projektowo-przestrzenną na potrzeby przedmiotowego

postępowania.

Pomimo mnożenia przez Odwołującego na rozprawie środków dowodowych mających potwierdzić sformułowany zarzut, przedstawione dokumenty okazały się bez znaczenia dla możliwości rozstrzygnięcia o tym, iż jest on bezzasadny. Sformułowanie zarzutu odwołania wskazuje bowiem wyłącznie na przesłankę wykluczenia dotyczącą wykonawcy, który wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, a nie na przesłankę dotyczącą wykonawcy, który posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w tych czynnościach. Niepodważalne jest przy tym, iż wykonawcą, który złożył ofertę uznaną przez Zamawiającego za najkorzystniejszą jest ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie. Tymczasem Odwołujący nie sformułował zarzutu, iż to ERBUD S.A wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, lecz wskazał jako tego wykonawcę Biuro Projektów Służby Zdrowia „PRO-MEDICUS" spółkę z o.o. z siedzibą w Krakowie. Odwołujący w sposób nieuprawniony na gruncie obowiązujących przepisów ustawy pzp utożsamia ten podmiot trzeci, który udostępnił ERBUD swoje zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b pzp, z wykonawcą zamówienia publicznego. Według Odwołującego podmiot trzeci, który udostępnia swoje zasoby wykonawcy i będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia, sam również uzyskuje status wykonawcy, przynajmniej w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp. Posługując się takim błędnym zabiegiem nadinterpretacyjnym, dalszą argumentację i wysiłek dowodowy Odwołujący poświęcił wyłącznie wykazaniu, że tzw. „wykonawca PRO-MEDICUS" wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

Wyłącznie dowiedzeniu tej okoliczności dotyczyły następujące dowody: 1) datowane na 8 stycznia 2009 r. zawiadomienie o wyborze przez Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie jako najkorzystniejszej oferty Biura Projektów Służby Zdrowia „PRO-

MEDICUS" spółki z o.o. z siedzibą w Krakowie w przetargu nieograniczonym na wykonanie programu funkcjonalno-użytkowego dla zadania „Budowa bloku operacyjnego z OIOM i Centralnej sterylizatorni" wraz z wykonaniem koncepcji projektowo-przestrzennej (NZ/214/41/2/2008); 2) Umowa o prace projektowe NZ/214/41/2008 zawarta 9 stycznia 2009 r. pomiędzy tymi Stronami na wykonanie powyższej dokumentacji, która miała być zgodna z art. 31 oraz przepisami rozporządzenia wykonawczego [załączniki do odwołania z pkt. 11 i 12 listy dowodów]; 3) datowane na październik 2008 Projekty Budowlano-Wykonawcze Instalacji Oświetlenia Ewakuacyjnego w Budynkach A i H Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie, oba na 9 stronach włącznie z tytułową – określane w załączonej również korespondencji z 8-11 marca 2011 r. pomiędzy Odwołującym a Szpitalem jako Ekspertyza w zakresie wymagań ppoż. dla obiektów należących do WSP w Krośnie opracowana przez firmę CERBEX; 4) Orientacyjne zbiorcze zestawienie kosztów przedsięwzięcia inwestycyjnego dla inwestycji: Rozbudowa i reorganizacja Wojewódzkiego Szpitala podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie na sumę 83739,8 tys. zł, w tym roboty budowlano-montażowe 51837,5 tys. zł wraz z omówieniem, wskazującym, iż opracowanie to zostało „sporządzone w poziomie cen 2006 r. na podstawie koncepcji funkcjonowania szpitala opracowanej przez biuro projektowe „PRO-MEDICUS" sp. z o.o w grudniu 2006 r. powstało – łącznie na 53 stronach; 5) nazwane przez Odwołującego „Załącznikiem nr 1 do umowy z PRO-MEDICUS" opracowanie, którego przedmiotem jest „koncepcja funkcjonowania Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego w Krośnie uwzględniająca dostosowanie obiektów Szpitala do wymogów przewidzianych przepisami prawa(…), z uwzględnieniem przedsięwzięć reorganizacji Szpitala", wskazujące między innymi, iż „zawiera budowę nowego Bloku Operacyjnego wraz z OIOM oraz Centralną Sterylizatornią" – na łącznie 72 stronach [3-5 oznaczone przez Odwołującego adnotacją „Nie załączono do SIWZ"]; 6) stanowiąca załącznik nr 10 do s.i.w.z. datowana na styczeń 2010 r. Koncepcja projektowo-przestrzenna Bloku Operacyjnego wraz z OIOM oraz Centralną Sterylizatornią Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie, wskazanego jako Inwestora, opracowaną przez Pracownię Projektową „MAUHAUS" z Krakowa – strona tytułowa + 18 pierwszych stron, na których Odwołujący zakreślił zdania: „Nowy budynek opracowano zgodnie z wytycznymi programowymi uzgodnionymi z

Inwestorem. Nowy budynek medyczny zastał zaprojektowany w południowo-wschodniej części Budynku Głównego Szpitala, w bezpośrednim sąsiedztwie bloku H, usytuowany równolegle do budynku A i H". (…) Jeden łącznik /nr1/ wraz z dwoma windami /zlokalizowanymi bezpośrednio przy bloku G/ służyć będzie do przewożenia pacjentów z oddziałów łóżkowych bezpośrednio do Bloku Operacyjnego i OAiT z pominięciem ogólnych dróg komunikacji szpitalnej. W tym celu w bloku A, w części ogólnej każdego oddziału,

powinny zostać zaprojektowane korytarze łączące w/w windy z oddziałami.(…) Pacjent przywożony jest z SOR-u lub z oddziałów zabiegowych w bloku A na Trakt Operacyjny windami szpitalnymi przeznaczonymi tylko do przewożenia pacjentów(…)" [na stronie nr 3], „/Na podstawie Ekspertyzy w zakresie wymagań przeciwpożarowych dla obiektów należących do Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego w Krośnie opracowanego przez „CERBEX" sp. z o.o. ul. Lwowska w Krośnie/" [na stronach:14 w pkt. 3. Zagadnienia p.poż, 15 w pkt. 3.3 Podział Szpitala na strefy pożarowe i 17 w pkt. 3.4.14 Drogi pożarowe]; 7) stanowiący załącznik nr 11 do s.i.w.z. datowany na styczeń 2010 r. Program Funkcjonalno-Użytkowy Budowa Bloku Operacyjnego wraz z OIOM oraz Centralną Sterylizatornią Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie, opracowany przez Pracownię Projektową „MAUHAUS" z Krakowa – strony 125-127, na których Odwołujący zakreślił zdania: „Ekspertyza w zakresie wymagań przeciwpożarowych dla obiektów należących do Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego w Krośnie opracowanego przez „CERBEX" sp. z o.o. ul. Lwowska w Krośnie 09-2008 r." [na stronie 126], „Sterownie i nadzorowanie urządzeń przeciwpożarowych zgodnie z zatwierdzoną ekspertyzą opracowaną przez „CERBEX" realizowane jest przez zintegrowany system zarządzania budynkiem, do którego dołączona jest CSP" [na stronie 127]; 8) stanowiące załącznik nr 12 do s.i.w.z. niedatowane Uzupełnienie do programu funkcjonalno-użytkowego dla zadania: Budowa bloku operacyjnego wraz z OIOM (OAiT) oraz centralną sterylizatornią. Dotyczy opisu ogólnego przedmiotu zamówienia pkt. 5 – na 6 stronach, na których Odwołujący zakreślił zdania: „1. Dotyczy punktu 10.6.1.1. PFU Po wykonaniu bilansu zapotrzebowania całości nowego bloku na ciepło dla potrzeb wentylacji i c.o., c.w. należy dokładnie przeanalizować możliwość zasilania w ciepło z istniejącej kotłowni, w przypadku niespełnienia wymagań i braku pokrycia zapotrzebowania mocy cieplnej z odpowiednim rezerwowaniem ująć w projekcie i wykonać niezależną kotłownię dla potrzeb nowego budynku. Powyższą analizę należy ująć w projekcie budowlanym. 2. Dotyczy punktu 10.6.2. PFU Miejsce i sposób włączania zasilania nagrzewnic dla potrzeb wentylacji mechanicznej wyniknie z przeprowadzonego bilansu ciepła zgodnie z punktem 1"[na stronie 2].

Przywołane dowody w żaden sposób nie wpływają zatem na mającą kluczowe znaczenie dla możliwości zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp okoliczność, iż „PRO-MEDICUS" nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt. 11 pzp, gdyż nie jest podmiotem ubiegającym się o udzielenie zamówienia, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, lecz jest tzw. innym podmiotem w rozumieniu art. 26 ust. 2b pzp, który udostępnił swoje zasoby wykonawcy ERBUD by ten mógł spełnić warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego. Należy przy tym stwierdzić, iż z faktu zobowiązania się przez „PRO-MEDICUS" do udostępnienia zasobów w razie uzyskania

zamówienia przez ERBUD w żaden sposób nie wynika, iż podmiot ten uczestniczył w sporządzaniu oferty przez Przystępującego i miał jakikolwiek wpływ na jej merytoryczną treść, w szczególności zaoferowaną cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła nadto, iż odwołujący przeszedł również do porządku dziennego nad kolejną przesłanką warunkującą możliwości zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp, to jest wymaganiem by wykonywanie czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania miało charakter bezpośredni. Otóż w zasadzie niesporną między stronami i wynikającą z dokumentacji postępowania jest okoliczność, że stanowiące opis przedmiotu zamówienia załączniki 10-11 do s.i.w.z., to jest odpowiednio Koncepcja projektowo-przestrzenna, Program funkcjonalno-użytkowy oraz Uzupełnienie do programu

funkcjonalno-użytkowego, zostały opracowane przez jeszcze inny podmiot – Pracownię Projektową „MAUHAUS” z Krakowa, uwidocznioną jako autor każdego z tych dokumentów. Zatem to ten podmiot wykonywał bezpośrednio czynność związane z przygotowaniem przedmiotowego postępowania, co zostało odzwierciedlone w pkt. 3 lit. B pkt 2 protokołu postępowania, gdzie wskazano, iż ustalenie wartości szacunkowej zamówienia zostało dokonane na podstawie kosztorysu inwestorskiego również sporządzonego przez Pracownię Projektową „MAUHAUS”. Jest to ustalenie niesprzeczne z dowodami przedstawionymi przez Odwołującego, z których wynika jedynie, iż „PRO-MEDICUS” przygotował poprzednio zamawiane przez Szpital opracowania dotyczące koncepcji projektowo-przestrzennej i programu funkcjonalno-użytkowego, które jednak nie stały się podstawą opisu przedmiotu zamówienia, gdyż postępowania, w których miały do tego posłużyć nigdy nie zostały wszczęte. Co prawda Odwołujący podniósł na rozprawie, iż Pracownia Projektowa „MAUHAUS” opracowała aktualne PFU i koncepcję na zlecenie „PRO-MEDICUS”, który uzyskał od Szpitala zamówienie na ich opracowanie, jednak nie przedstawił na tą okoliczność żadnych dowodów.

Odwołujący nie wykazał również kolejnej przesłanki z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp – utrudniania uczciwej konkurencji, nawet w stosunku do błędnie utożsamianego z wykonawcą „PRO-MEDICUS”. Podnoszone w odwołaniu i na rozprawie nieprawidłowości w udzielaniu odpowiedzi na zadawane przez Odwołującego przed otwarciem ofert pytania, polegające na zwłoce w ich udzielaniu, nieadekwatności lub wręcz braku odpowiedzi – są okolicznościami leżącymi wyłącznie po stronie Zamawiającego i to wyłącznie jemu można było w stosownym terminie skutecznie postawić z tego tytułu zarzut. Z przebiegu rozprawy nie wynika jednak, iż Zamawiający traktował w tym względzie jednych wykonawców lepiej a innych gorzej, Izba nie znalazła podstaw by nie dać wiary oświadczeniu Przystępującego, iż również jemu sposób udzielania odpowiedzi utrudnił przygotowanie oferty. Ponieważ jednak żaden z wykonawców nie skorzystał z prawa do zaskarżenia treści udzielonych odpowiedzi,

zaniechania ich udzielenia, czy niejednoznacznego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, ocena tych nieprawidłowości nie mieści się w zakresie kognicji Izby w niniejszej sprawie.

Niezasadne są jednak twierdzenia Odwołującego, iż zostały przed nim ukryte ważne informacje, do których dostęp miał wyłącznie „PRO-MEDICUS”, a za jego pośrednictwem rzekomo również ERBUD. Odwołujący sam stwierdził w odwołaniu, iż przygotowując się do jego złożenia, zażądał od Zamawiającego dokumentacji dotyczącej poprzednich opracowań PFU i koncepcji projektowo-przestrzennej oraz Ekspertyzy w zakresie wymagań ppoż. dla obiektów należących do WSP w Krośnie opracowanej przez firmę CERBEX i uzyskał je, a następnie złożył na rozprawie przed Izbą (dokumenty opisane w pkt 3-5 na stronie 25). Nic nie stało zatem na przeszkodzie by Odwołujący zażądał od Zamawiającego tych opracowań przed terminem składnia ofert, jeżeli uznał, iż będą one dla niego pomocne w przygotowaniu oferty. Bezsporną okolicznością jest bowiem, iż opracowania te zostały uzyskanie przez Zamawiającego w trybie zamówień publicznych, a zatem podlegają one udostępnieniu na zasadach dostępu do informacji publicznej. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na to, iż czynił starania o wgląd w te opracowania przed terminem składania ofert, lecz Zamawiający mu to uniemożliwił. Z okoliczności przedstawionych w odwołaniu i na rozprawie wynika natomiast, iż Odwołujący zapragnął wglądu do tych dokumentów dopiero po otwarciu ofert, gdy okazało się, że jednym z podmiotów, które zobowiązały się do udostępnienia zasobów konkurencyjnemu wykonawcy, który zaoferował niższą cenę, jest „PRO-MEDICUS”. Wobec wielokrotnego zakreślenia. Natomiast wielokrotne użycie w PFU załączonej do s.i.w.z. zdania wskazującego na istnienie ekspertyzy w zakresie wymagań ppoż. opracowanej przez CERBEX spółkę z o.o., oznacza, iż Zamawiający w żaden sposób nie ukrywał przed wykonawcami, iż istnieje takie opracowanie, a Odwołujący jeżeli uważał je za niezbędne do właściwego przygotowania oferty, to mógł i powinien zwrócić się z odpowiednim wnioskiem, a w razie odmowy udostępnienia, odwołać się od tej czynności.

Przeciwko twierdzeniu Odwołującego, iż dysponował on znacznie mniejszym zakresem i szczegółowością informacji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia niż Przystępujący, co uniemożliwiło mu złożenie odpowiednio konkurencyjnej oferty, świadczy porównanie cen obu ofert, wynoszących odpowiednio: 28.345.890,00 zł (oferta ERBUD) i

28.894.299,06 zł (oferta ABM SOLID) – wskazujące na bardzo nieznaczną ich różnicę.

Podstawą uwzględnienia odwołania przez Izbę jest potwierdzenie się zarzutów dotyczących niedołączenia do oferty ERBUD we właściwej formie zaświadczenia z ZUS dotyczącego Jarosław Lipiarza (Usługi Elektryczne), które zostało złożone w kserokopii bez potwierdzenia za zgodność z oryginałem oraz niezałączenia w ogóle do tej oferty

---

oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia dotyczącego Zbigniewa Lubasia (ERES-MEDICAL). Pełnomocnik Zamawiającego przyznał na rozprawie, iż komisja przetargowa przeoczyła te braki w ofercie ERBUD. Istnienie powyższych braków w złożonej ofercie potwierdzili również na rozprawie pełnomocnicy Przystępującego, którzy nadto okazali na rozprawie przed Izbą dwa dokumenty w formie odpowiednio: kopii zaświadczenia z ZUS poświadczonej za zgodność przez Jarosława Lipiarza oraz oryginału oświadczenia Zbigniewa Lubasia o braku podstaw do wykluczenia, oświadczając, iż przekazują je na ręce Pełnomocnika Zamawiającego i składając jednocześnie do akt sprawy ich kopie. Skład orzekający Izby nie uznał za zasadny wniosku Pełnomocników Zamawiającego i Przystępującego o oddalenie odwołania z uwagi na przepis art. 192 ust. 2 pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W ocenie składu orzekającego Izby przekazanie na rozprawie pomiędzy Przystępującym a Zamawiającym dokumentów, przede wszystkim potwierdziło ponad wszelką wątpliwość zasadność zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp: art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 2a pzp. Wobec oświadczenia pełnomocnika Zamawiającego, iż jego zdaniem otrzymał właściwe dokumenty, nie znajduje jednak uzasadnienia w tych okolicznościach nakazywanie Zamawiającemu dokonywania odrębnego wezwania do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Nie przesądza to jednak, iż potwierdzone naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 2a pzp nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego, który nie dokonał jeszcze czynności badania i oceny oferty Przystępującego z uwzględnieniem tych dokumentów, którymi dotychczas nie dysponował. Ponieważ pełnomocnik Zamawiającego występujący przed Izbą nie jest uprawniony do dokonywania w imieniu Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie może również zastąpić komisji przetargowej powołanej do badania tych dokumentów i oceny na ich podstawie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wobec tego Izba w niniejszej sprawie może ocenić i rozstrzygnąć wyłącznie o prawidłowości czynności już dokonanej przez Zamawiającego, a nie zastępować go w przeprowadzeniu tych czynność. Sposób postępowania Przystępującego uniemożliwił zatem ziszczenie się przesłanki braku możliwości istotnego wpływu na wynik postępowania stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy pzp. Należy przy tym zauważyć, że nawet po wniesieniu odwołania, które w sposób jasny i precyzyjny wskazywało zarzucane braki w ofercie ERBUD S.A., Zamawiający miał możliwość wezwania Przystępującego w trybie art. 26 ust. 2b pzp do uzupełnienia tych dwóch braków, a zwłaszcza Przystępujący mógł, nie czekając na takie wezwanie, uzupełnić z własnej inicjatywy brakujące dokumenty w celu umożliwienia ich oceny przez

---

prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia – zamiast zwlekać niemal do zakończenia rozprawy z próbą dokonania „uzupełnienia” na rozprawie, które nie mogło już mieć wpływu na wynik rozstrzygnięcia sprawy. W żadnej ze wskazanych przez Przystępującego spraw przed Krajową Izbą Odwoławczą nie doszło do takiej próby swoistego zastępczego uzupełnienia dokumentów na rozprawie przed Izbą. Stanowisko składu orzekającego w niniejszej sprawie jest przy tym niesprzeczne ze stanowiskiem składów orzekających w sprawach przywołanych z sygnatury na rozprawie przez Przystępującego. W sprawie sygn. akt KIO 212/11 sporny dokument znajdował się już w dyspozycji zamawiającego, a na rozprawie okazano jedynie dowód, który dał podstawę do rozstrzygnięcia wątpliwości co do prawidłowości tego dokumentu i dał asumpt do odstąpienia

przez Izbę od nakazywania zamawiającemu wzywania do jego wyjaśnienia lub uzupełnienia. Nadto rozważania uzasadnienia wyroku z 14 lutego 2011 r. dotyczą ewentualnego braku wpływu na wynik postępowania w kontekście zarzutu dotyczącego wyłącznie naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 pzp. Również w sprawie sygn. akt: KIO 2363/10, KIO 2364/10, KIO 2397/10 nie doszło do złożenia brakujących dokumentów dopiero na rozprawie, a skład orzekający nie zastąpił komisji przetargowej w dokonywaniu ich oceny.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 2a może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku (faktury VAT) – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

……