

WYROK
z dnia 14 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie : Renata Tubisz
Bogdan Artymowicz
Protokolant : Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2012 r. przez **wykonawcę Błażeja Przynoga prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NIKO-TECH Błażej Przynoga z siedzibą w Nowym Tomyślu, ul. Długa 22/2** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Poznański - Zarząd Dróg Powiatowych w Poznaniu, ul. Zielona 8**

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Błażeja Przynoga prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NIKO-TECH Błażej Przynoga z siedzibą w Nowym Tomyślu, ul. Długa 22/2** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Błażeja Przynoga prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą NIKO-TECH Błażej Przynoga z siedzibą w Nowym Tomyślu, ul. Długa 22/2** tytułem wpisu od odwołania,

1

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

Przewodniczący:

Członkowie :

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na oczyszczanie jezdni przy krawężniku i ścieków przy krawędzi jezdni (Przetarg nr 4/U/2012) zostało wszczęte przez zamawiającego powiatową jednostkę budżetową – Zarząd Dróg Powiatowych w Poznaniu, ul. Zielona 8 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 kwietnia 2012r. za numerem 2012 – 75963.

W dniu 24 kwietnia 2012r. faksem zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wykluczeniu wykonawcy Błażeja Przynoga prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą NIKO-TECH Błażej Przynoga z siedzibą w Nowym Tomyślu, ul. Długa 22/2 (dalej odwołujący) i o odrzuceniu jego oferty. Podstawą prawną tej czynności zamawiającego był art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy). Zamawiający wskazał, że w jego ocenie odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał wymaganego

doświadczenia. Odwołujący przedłożył wykaz dwóch usług podmiotu trzeciego, jednakże ten podmiot oświadczył, że nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 26 ust. 2 b ustawy zasoby udostępniane mają być niezbędne do realizacji zamówienia, a zatem niezbędność nie dotyczy samego złożenia referencji podmiotu trzeciego, ale konieczności zapewnienia sobie przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia potrzebnych do wykonania zamówienia. Ponadto odwołujący nie wykazał wymaganego sprzętu do realizacji zamówienia tj. nie wykazał zmywarko-zamiatarki lub zamiatarki samojezdnej 1 sztuki, a dokument złożono po wyznaczonym terminie. W dniu 30 kwietnia 2012r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że:

- 1) nie mając ku temu żadnych podstaw uznał, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia co zostało przyjęte za podstawę wykluczenia z postępowania,
- 2) zaniechał obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu - zobowiązania innego podmiotu do użyczenia potencjału wiedzy i doświadczenia, co było warunkiem koniecznym do ostatecznej weryfikacji spełnienia warunków podmiotowych przez odwołującego,

3

3) sformułował nieprawdziwy zarzut, jakoby w ofercie odwołującego nie udokumentowano posiadania wystarczającej ilości sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą,
- dokonania powtórnej oceny ofert pod kątem spełniania warunków podmiotowych, z udziałem złożonej przez odwołującego oferty.

W uzasadnieniu wskazał, że przedmiotowe postępowanie zostało podzielone na pięć zadań, a zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Odwołujący złożył ofertę na wszystkie zadania.

Zamawiający wymagał w zakresie potencjału technicznego aby wykonawca dysponował co najmniej jedną zmywarko - zamiatarką lub zamiatarką samobieżną na każde z zadań, których dotyczy składana oferta, w w zakresie potencjału wiedzy i doświadczenia, aby wykonawca wykazał wykonanie 2 usług odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia z obowiązkiem załączenia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych usług. Odwołujący w zakresie obu potencjałów polegał na zasobach innego podmiotu i do oferty deklarację o użyczeniu potencjału technicznego wraz z wykazami sprzętu do realizacji poszczególnych części zamówienia, jak również deklarację o użyczeniu potencjału wiedzy i doświadczenia, wraz z wykazem zrealizowanych usług i referencjami. W zobowiązaniu (deklaracji) do użyczeniu potencjału wiedzy i doświadczenia podmiot użyczający, według odwołującego, w sposób jednoznaczny zadeklarował, że użyczenie to będzie zrealizowane poprzez udzielanie porad i informacji umożliwiających wykonanie zadań objętych zamówieniem, bez uczestnictwa w realizacji zamówienia.

Zamawiający nie uznał, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż w zakresie potencjału wiedzy i doświadczenia przekazania tego potencjału jest możliwe tylko w sytuacji jednoczesnego uczestnictwa w realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego, zamawiający pozostaje w błędnym przekonaniu, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia może się zrealizować wyłącznie pod warunkiem, że podmiot użyczający będzie fizycznie uczestniczył w realizacji zamówienia. Intencją podmiotu użyczającego było nie uczestniczenie w fizycznej realizacji zamówienia, ale zgodnie z orzecznictwem Izby jak i stanowiskiem Prezesa Urzędu zamówień Publicznych możliwe jest użyczenie potencjału wiedzy i doświadczenia może być realizowane w różnych formach, w tym także na zasadzie udzielania porad, konsultacji, doradztwa itp. Podmiot użyczający nie musi uczestniczyć w fizycznej realizacji zamówienia, np. jako podwykonawca. Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25. 07. 2011 r. Za dopuszczalne odwołujący uznał powoływanie się na cudze doświadczenie nawet, gdy firma, która oddaje do dyspozycji swój

4

potencjał nie będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia w żadnym charakterze. Przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji inwestycji. Podniósł, że deklaracja (zobowiązanie) o użyczeniu potencjału jest dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków podmiotowych i podlega uzupełnieniu na zasadach określonych w art. 26 ust. 3 Ustawy PZP, np. wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1026/2010. Wskazał na przepisy art. 47 ust. 2, art. 48 ust. 2, 45-50, 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy, usługi i wywiódł, że zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia potencjału, to jest jeden z dokumentów, które są składane w celu potwierdzenia legitymowania się odpowiednimi kwalifikacjami podmiotowymi. Dlatego, w ocenie odwołującego, należy uznać, że również i taki dokument będzie podgalać uzupełnieniu lub wyjaśnieniu. Zatem, skoro zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości co do treści zobowiązania podmiotu trzeciego, załączonego do oferty odwołującego, to jego obowiązkiem było albo zwrócić się do wykonawcy o stosowne wyjaśnienia, albo też wezwać wykonawcę do uzupełnienia tego dokumentu. Zaniechanie tego obowiązku automatycznie pozbawia zamawiającego prawa do wykluczenia wykonawcy z powodu zarzutów, które znalazły się w uzasadnieniu dokonanej bezprawnie, w tym przypadku czynności. Co do drugiej podstawy wykluczenia, to odwołujący stwierdził, że jest ona nieprawdziwa, gdyż w sposób należyty i zgodnie z wymaganiami zamawiającego zostało wykazane, że odwołujący dysponuje sprzętem niezbędnym do realizacji zamówienia. Odwołanie podpisał odwołujący jako właściciel firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w jego siedzibie w dniu 27 kwietnia 2012r.

W dniu 27 kwietnia 2012r. zamawiający faksem, a następnie pisemnie listem poleconym poinformował pozostałych wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający podzielił zamówienie na pięć zadań i umożliwił wykonawcom składanie ofert częściowych.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III.3) Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków w pkt III.3.2) Wiedza i doświadczenie podał opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku :

5

„Dla spełnienia warunku zawartego w art. 22 ust. 1, pkt. 2 - O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania wiedzy i doświadczenia - zamawiający żąda przedstawienia niżej wymienionych dokumentów:

1. wykazu wykonywanych 2 usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania zgodnie z treścią Załącznika - Doświadczenie zawodowe zamieszczonego w SIWZ oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie.

1.1. Wykonawca może polegać na doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, 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 wykonaniu zamówienia zgodnie z treścią Załącznika -Zobowiązanie innych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia zmieszczonego w SIWZ.

Opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków:

1. Warunki udziału w postępowaniu oceniane będą dla wszystkich punktów - spełnia/nie spełnia.
2. Zamawiający żąda złożenia dokumentów napisanych w języku polskim.
3. Zamawiający żąda złożenia dokumentów w oryginale lub kserokopii poświadczonej za

zgodność z oryginałem /każda strona/ przez Wykonawcę.

4. Załączniki, dla których zostały określone wzory, muszą być podpisane przez wykonawcę lub pełnomocnika.

5. Załączniki, dla których zostały określone wzory, należy wypełnić ściśle według niniejszych wymagań, bez dokonywania zmian w treści tych dokumentów. Jeżeli w załącznikach zabraknie miejsca należy załączyć dodatkowe strony.

6. Dokumenty nie wymagane niniejszą specyfikacją nie będą przez zamawiającego rozpatrywane."

Natomiast w zakresie warunku określonego w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji III.3.3)

Potencjał techniczny zamawiający zawarł opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku :

„Dla spełnienia warunku zawartego w art. 22 ust. 1, pkt. 3 - O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - zamawiający żąda przedstawienia niżej wymienionych dokumentów:

6

1. wykazu narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami - zgodnie z treścią Załącznika Wykaz sprzętu zamieszczonego w SIWZ. Wykonawca na jedno zadanie dysponuje następującym sprzętem: - zmywarko-zamiatarka lub zamiatarka samobieżna - 1 szt.

1.1. wykonawca może polegać na potencjale technicznym innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, 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 wykonaniu zamówienia zgodnie z treścią Załącznika - Zobowiązanie innych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia zamieszczonego w SIWZ.

Opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków:

1. Warunki udziału w postępowaniu oceniane będą dla wszystkich punktów - spełnia/nie spełnia.

2. Zamawiający żąda złożenia dokumentów napisanych w języku polskim.

3. Zamawiający żąda złożenia dokumentów w oryginale lub kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem /każda strona/ przez Wykonawcę.

4. Załączniki, dla których zostały określone wzory, muszą być podpisane przez wykonawcę lub pełnomocnika.

5. Załączniki, dla których zostały określone wzory, należy wypełnić ściśle według niniejszych wymagań, bez dokonywania zmian w treści tych dokumentów. Jeżeli w załącznikach zabraknie miejsca należy załączyć dodatkowe strony.

6. Dokumenty nie wymagane niniejszą specyfikacją nie będą przez zamawiającego rozpatrywane.

Analogiczne postanowienia zawarł zamawiający w siwz w rozdziale V lit. A pkt II lit. b i c oraz lit. B.

Odwołujący przed upływem terminu składania ofert złożył ofertę na wszystkie pięć zadań oferując w ramach każdego z tych zadań najniższą cenę spośród złożonych ofert.

Do oferty nie załączono wykazu „Doświadczenie zawodowe” ani referencji, ani wykazu „Wykaz sprzętu”.

W dniu 12 kwietnia 2012r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał odwołującego do przedłożenia wykazu wykonywanych 2 usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania zgodnie z treścią

7

Załącznika - Doświadczenie zawodowe zamieszczonego w SIWZ oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie oraz przedłożenia wykazu sprzętu zgodnie z treścią załącznika „Wykaz sprzętu” Sprzęt jakim na jedno zadanie

musi dysponować wykonawcą do realizacji zamówienia : zmywarko-zamiatarka lub zamiatarka samobieżna – 1 szt. Zamawiający określił wykonawcy termin na uzupełnienie dokumentów tj. do dnia 17 kwietnia 2012r. godz. 10:00.

W dniu 17 kwietnia 2012r. wpłynęły od odwołującego dwa pliki dokumentów :

Pierwszy z pieczęcią kancelarii i datownikiem 17-04-2012 oraz z adnotacją Naczelnika Wydziału Zamówień Publicznych Kadr i Plac Doroty Staszak – „dokument wpłynął 17.04.2012r. godz. 10:00” obejmował wykaz „doświadczenie zawodowe”, gdzie wykazano dwie usługi obie realizowane dla Zarządu Dróg Miejskich w Poznaniu, ul. Wilcza 16 w okresach 2009/2010 i 2010/2011. Do wykazu załączono referencję Zarządu Dróg Miejskich z dnia 12 stycznia 2012r. wystawioną dla firmy „KDS” sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Północna 1 potwierdzającą należyte wykonanie obu wskazanych w wykazie usług. Załączono także zobowiązanie innego podmiotu tj. „KDS” sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Północna 1 do oddania odwołującemu niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia pn. „Oczyszczanie jezdni przy krawężniku i ścieków przy krawędzi jezdni”. Upoważniono odwołującego do zamieszczania tego zobowiązania wraz z wykazem i załączonymi referencjami w składanej ofercie celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, oraz zadeklarowano, że „KDS” sp. z o.o. będzie służyć odwołującemu wszelką wiedzą na zasadzie udzielania informacji i porad umożliwiających realizację zadań objętych zamówieniem, bez uczestnictwa w realizacji zamówienia.

Drugi dokument z pieczęcią kancelarii i datownikiem 17-04-2012 oraz z adnotacją Naczelnika Wydziału Zamówień Publicznych Kadr i Plac Doroty Staszak – „dokument wpłynął po wyznaczonym terminie tj. po wyznaczonej godzinie” zawiera:

- pismo przewodnie,
- referencje wystawione dla Firmy Handlowo-Usługowej „Alkom” z siedzibą w Poznaniu, ul. Falista 6/1 z dnia 6 października 2010r. wystawione przez Obsługę Wspólnot Mieszkaniowych Justyna Zwolińska w Witkowie potwierdzającą należyte wykonanie usługi obsługi komunalno-porządkowej osiedla im. Ludowego Lotnictwa Polskiego w Witkowie
- referencje wystawione dla Firmy Handlowo-Usługowej „Alkom” z siedzibą w Poznaniu, ul. Falista 6/1 z dnia 8 grudnia 2011r. wystawione przez Obsługę Wspólnot Mieszkaniowych Justyna Zwolińska w Witkowie potwierdzającą należyte wykonanie usługi kompleksowej obsługi porządkowej osiedla nr 5 w Witkowie,
- wykaz „Doświadczenie zawodowe” obejmujący dwie usługi wskazane w referencjach,

8

- zobowiązanie Firmy Handlowo-Usługowej „Alkom” z siedzibą w Poznaniu, ul. Falista 6/1 do oddania odwołującemu niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia pn. „Oczyszczanie jezdni przy krawężniku i ścieków przy krawędzi jezdni”.

Upoważniono odwołującego do zamieszczania tego zobowiązania wraz z wykazem i załączonymi referencjami w składanej ofercie celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, oraz zadeklarowano, że „Alkom” będzie służyć odwołującemu wszelką wiedzą na zasadzie udzielania informacji i porad umożliwiających realizację zadań objętych zamówieniem, bez uczestnictwa w realizacji zamówienia,

- pięć wykazów „Wykaz sprzętu”, w których wykazano 4 zamiatarki samobieżne i 3 zmywarko zamiatarki, którymi odwołujący dysponuje na podstawie umowy użyczenia,
- zobowiązanie Firmy Handlowo-Usługowej „Alkom” z siedzibą w Poznaniu, ul. Falista 6/1 do oddania odwołującemu sprzętu objętego wykazami sprzętu przy realizacji przedmiotowego zamówienia,
- wydruk z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej dla odwołującego.

Z wyjaśnień zamawiającego złożonego na rozprawie wynika, że Kancelaria Zamawiającego nie prowadzi ewidencji godzin wpływu pism. Ustalenie czy dokumenty wpłynęły do wyznaczonej godziny polega na stawieniu się pracownika Wydziału Zamówień Publicznych, Kadr i Plac w Kancelarii zamawiającego o godzinie wyznaczającej upływ terminu w celu odbioru dokumentów, które wpłynęły do tej godziny. Pozostałe dokumenty są przekazywane przez pracownika Kancelarii na koniec dnia od poszczególnych wydziałów. Według oświadczenia zamawiającego dokumenty spięte z pismem zawierającym adnotację „dokument wpłynął 17.04.2012r. godz. 10:00” zostały wniesione do godziny 10-tej, natomiast

drugie pismo zostało przyniesione z Kancelarii pod koniec dnia pracy i Naczelnik Wydziału Zamówień Publicznych, Kadr i Płac poczynił drugą adnotację o wpływie po wyznaczonej godzinie. Naczelnik Wydział nie był w stanie podać godziny wpływu tego pisma.

Odwolujący oświadczył, że dysponuje wyłącznie pismem opatrzonym pieczęcią Kancelarii oraz datą 17-04-2012 i nie znane mu były przedstawione przez zamawiającego adnotacje, nie poinformowano go, ani nie zaznaczono na jego piśmie, że złożył je po terminie.

Izba zważyła, co następuje :

Izba uznała, że nie zaistniały przesłanki, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

9

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę na pięć zadań i w każdym z tych zadań zaoferował najniższą cenę. Jednym kryterium oceny ofert była cena. Zatem gdyby nie został wykluczony z postępowania jego oferta miałaby szansę być ofertą najkorzystniejszą w każdym z tych zadań. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, który zakładał w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy polegający na tym, że zamawiający nie mając ku temu żadnych podstaw uznał, że odwołujący nie wykazał spełniania warunku wiedzy i doświadczenia co zostało przyjęte za podstawę wykluczenia z postępowania.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby do udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia zwłaszcza w zamówieniach, których przedmiotem jest świadczenie usługi może dojść poprzez podzielenie się posiadaną przez inny podmiot wiedzą, informacjami i poradami. Podmiot, którego wiedzą i doświadczeniem ma zamiar posłużyć się odwołujący realizował podobne zlecenia, zna warunki na jakich takie zlecenie jest świadczone, pozyskał doświadczenie w zakresie organizacji sposobu wykonania usługi i może je przekazać poprzez stałe udzielanie informacji, konsultację, czy nawet zapewnienie swoich pracowników do nadzoru nad wykonywaniem zlecenia. Przepis ustawy – art. 26 ust. 2b - nie oddziela rodzaju udostępnianego zasobu i nie wymaga w odniesieniu do konkretnego zasobu innych środków dowodowych. Zawsze wykonawca może wykazać się dysponowaniem danym zasobem za pomocą zobowiązania innego podmiotu. W przedmiotowej sprawie takie zobowiązanie zostało złożone. Jest ono jednoznaczne i konkretne: wskazuje kto, komu, jaki zasób i w jaki sposób udostępnia, a także gwarantuje to udostępnienie przez cały czas realizacji zamówienia. W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że wykonawca każdorazowo musi zapewnić udział innego podmiotu w realizacji zamówienia. Oczywiście najbardziej pożądanym jest, aby wykonawca posiadał własne doświadczenie i wiedzę, jednakże przepis art. 26 ust. 2b ustawy zezwala mu na posłużenie się cudzymi zasobami, bez określania dodatkowych warunków tego dysponowania. Sam zamawiający również odmiennych wymagań w siwz nie postawił. W ocenie Izby zamawiający naruszył art. 26 ust. 2 b ustawy poprzez jego niewłaściwą wykładnię i nieprawidłowe zastosowanie, które w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowego zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy polegający na tym, że zamawiający zaniechał obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu - zobowiązania innego podmiotu do użyczenia potencjału wiedzy i doświadczenia, co było

10

warunkiem koniecznym do ostatecznej weryfikacji spełniania warunków podmiotowych przez odwołującego.

Izba uznała zarzut za niezasadny. Wobec wskazania, że w ocenie odwołującego zamawiający zaniechał wezwania go do uzupełnienia dokumentu, Izba uznała, że podstawą prawną sformułowanego zarzutu jest naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy, który to przepis statuuje obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu

potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy nie złożono takiego dokumentu lub złożony dokument zawiera błędy. Izba podziela wywody odwołującego, co do zasady, że możliwe jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Jednakże Izba stoi na stanowisku, że w przedmiotowej sprawie zamawiający nie uchybił swojemu obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy. Doktryna bowiem poza przyjęciem interpretacji art. 26 ust. 3 ustawy podanej przez odwołującego w odwołaniu, zajmuje stanowisko, że z art. 26 ust. 3 ustawy wynika kolejna zasada jaką jest jednokrotność wzywania do uzupełnienia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw. W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, iż odwołujący do swojej oferty nie załączył w ogóle wykazu doświadczenia, ani referencji, czy zobowiązań innych podmiotów na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganego przez zamawiającego. Bezsporne jest również, że w dniu 12 kwietnia 2012r. zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia tego wykazu i referencji. Tym samym zasada jednokrotności wzywania w odniesieniu do tych samych dokumentów została już przez zamawiającego skonsumowana. Nie miał zatem ani prawa ani obowiązku wezwać odwołującego do dalszych uzupełnień w tym zakresie. To odwołujący nie załączył wymaganych dokumentów do oferty, a na wezwanie zamawiającego przedstawił dokumenty, wykazując doświadczenie za pomocą zasobu innego podmiotu. Obecny zarzut i skorelowane z nim żądanie zmierzają do przyznania odwołującemu prawa do kolejnego uzupełnienia tych samych dokumentów, co prowadziłoby do wykładni rozszerzającej art. 26 ust. 3 ustawy, która w ocenie Izby jest nie dopuszczalna. Art. 26 ust. 3 ustawy stanowi wyjątek od zasady, że dokumenty, oświadczenia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu mają być składane na dzień składania ofert, tym samym przepis ten musi być ściśle interpretowany. Przyjęcie stanowiska odwołującego prowadziłoby bowiem do sytuacji, w której wykonawca niezałączający dokumentów do oferty byłby w lepszej sytuacji niż wykonawca, który załączył do oferty dokumenty, ale zawierają one błędy. Wykonawca z błędnym dokumentem mógłby liczyć tylko na jedno wezwanie, podczas gdy wykonawca nie załączający dokumentów mógłby załączyć na wezwanie błędny dokument i domagać się wezwania go do uzupełnienia dokumentu

11

zawierającego błąd. Interpretacja art. 26 ust. 3 ustawy przez odwołującego pozostawałaby zatem w sprzeczności z art. 7 ust. 1 ustawy i w ocenie Izby jest niedopuszczalna. Mając na uwadze powyższe Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia zobowiązania innego podmiotu w odniesieniu do zasobu wiedzy i doświadczenia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy polegający na tym, że zamawiający sformułował nieprawdziwy zarzut, jakoby w ofercie odwołującego nie udokumentowano posiadania wystarczającej ilości sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wprawdzie odwołujący uzupełnił wykazy sprzętu i wykazał się 4 zamiatarkami samobieźnymi i 2 zmywarko-zamiatarkami, jednak odwołujący nie udowodnił, że nastąpiło to w wyznaczonym terminie tj. do godz. 10 w dniu 17 kwietnia 2012r. Odwołujący twierdził jedynie, że to miało miejsce w dniu 17 kwietnia 2012r. do godz. 10-tej. Nie powołał w tym zakresie jednakże jakiegokolwiek dowodu. To na odwołującym, których chce osiągnąć pozytywny dla siebie skutek w postaci przywrócenia do postępowania, ciążył obowiązek dowodowy wykazania, że wymagane dokumenty złożył w terminie. Odwołujący o tym, że zamawiający kwestionuje posiadanie przez niego potencjału technicznego z powodu uchybienia terminowi wiedział już od dnia 24 kwietnia 2012r. mógł zatem powołać stosowne wnioski dowodowe, czy zapewnić sobie na sprawie udział świadka, którego chciał powołać. Odwołujący jednak takich starań, mimo jednoznacznego uzasadnienia faktycznego, nie poczynił. Ponadto rację należy przyznać zamawiającemu, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, to na odwołującym ciąży obowiązek wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym, że spełnia je na określony moment. Zatem odwołujący nie dbając o oznaczenie mu na jego egzemplarzu pisma godziny jego złożenia nie wykazał należytej dbałości o własne interesy i nie może oczekiwać obecnie, iż nastąpi zmiana rozkładu ciężaru dowodu. Adnotacje, na które powołuje się zamawiający pochodzą

wprawdzie od osoby, która nie przyjmowała pism, ale oparte są na praktyce funkcjonowania Kancelarii zamawiającego. Odwołujący skutecznie im nie zaprzeczył. W tej sytuacji zamawiający, nawet gdyby uznał te dokumenty za odpowiadające jego potrzebom, nie mógł uznać, że odwołujący wykazał spełnianie warunku dysponowania potencjałem technicznym na dzień składania ofert. Przyjęcie bowiem dopuszczalności badania dokumentów podmiotowych złożonych po upływie oznaczonego terminu, byłoby nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy. Tym samym przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy mimo tego, że jego aktualne brzmienie nie zawiera określenia momentu w jakim wykonawca musi wykazać się spełnieniem warunku

12

udziału w postępowaniu, musi być interpretowany w powiązaniu z art. 44, 26 ust. 3 i 7 ust. 1 ustawy. Zatem wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu następuje wyłącznie wtedy, kiedy wykonawca udowodni, że na dzień składania ofert spełniał warunki udziału w postępowaniu postawione przez zamawiającego i udowodnienie to, nastąpi najpóźniej w terminie określonym przez zamawiającego dla uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy. Można jedynie postulować większą dbałość zamawiającego o dokumentowanie czynności postępowania, zwłaszcza tych, z których wywodzone są negatywne skutki prawne dla stron. Jednak nie sposób uznać, że odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Z tych przyczyn Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Wobec faktu, iż w ocenie Izby czynność wykluczenia odwołującego z powodu nie wykazania spełniania warunku potencjału technicznego została dokonana przez zamawiającego prawidłowo, to uwzględnienie zarzutu dotyczącego wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia nie zmienia statusu odwołującego jako wykluczonego, ani statusu jego oferty jako odrzuconej. Tym samym uwzględnienie tego zarzutu nie ma wpływu i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, gdyż nie dojdzie do zmiany pozycji wykonawców w rankingu ofert, ani do zmiany w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej w którymkolwiek zadaniu. Tym samym odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy należało oddalić.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

Przewodniczący:

Członkowie :

.....

13