

WYROK
z dnia 27 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Marek Szafraniec
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2011 r. przez **Instytut Badawczy Dróg i Mostów, ul. Instytutowa 1, 03-302 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym wezwania wykonawcy Pneumotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych
2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Instytut Badawczy Dróg i Mostów, ul. Instytutowa 1, 03-302 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice** na rzecz: **Instytutu Badawczego Dróg i Mostów, ul. Instytutowa 1, 03-302 Warszawa** kwotę: **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu od odwołania zaliczonego w poczet kosztów postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Ocenę stanu eksploatacyjnego dróg wojewódzkich będących w administracji Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach na terenie województwa śląskiego z fotorejestracją nawierzchni oraz korytarza drogi*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113,

poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 23 lutego 2011 r. pod nr 2011/S 37-060566.

W postępowaniu tym wykonawca Instytut Badawczy Dróg i Mostów z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 13 maja 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Odwołanie dotyczyło czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, o dokonaniu której informacja została przekazana wykonawcy w dniu 4 maja 2011 r.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołanie zostało wniesione od czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Pneumotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej: „Pneumotechnika”), a także zaniechanie wykluczenia Pneumotechnika z postępowania. Odwołujący w tym zakresie wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności oceny spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i stwierdzenie, że warunków tych Wykonawca nie spełnia, a następnie jego wykluczenie,
3. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i tym samym uznanie

oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podniósł, że wykonawca Pneumotechnika powinien być wykluczony z udziału w postępowaniu ponieważ

- nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- nie przedstawił dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia na podst. art. 24 ust. 1, i powinien zostać z postępowania wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Co do niespełnienia warunku wiedzy i doświadczenia Odwołujący przywołał wymogi pkt 1.5 ppkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), zgodnie z którymi wykonawca powinien wykazać, że wykonał usługi polegające na:

- wykonaniu i analizie ugięć nawierzchni jednorodnych na odcinkach dróg o łącznej długości minimum 500 km,
- wykonaniu wideorejestracji lub fotorejestracji pasa drogowego na odcinkach o łącznej długości minimum 500 km, o łącznej wartości nie mniejszej niż 400 000,00 zł brutto, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty wykonania i odbiorcy, oraz załączy dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie”.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Pneumotechnika powyższego warunku udziału w postępowaniu nie spełnia, gdyż nie wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania wykonał ww. usługi spełniające wymagania określone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ.

Co do warunku dotyczącego wykonania usługi polegającej na wykonaniu i analizie ugięć nawierzchni jednorodnych na odcinkach dróg o łącznej długości minimum 500 km Pneumotechnika posłużyła się doświadczeniem podmiotu trzeciego, tj. firmy Kwalifikacyjno-Kontrolne Laboratorium Drogowe Sp. z o.o. (dalej: „KKLD”). Podkreślił, że w załączonym do oferty Pneumotechnika Załączniku nr 7 „Oświadczenie wykaz wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia”, nie został wskazany zakres wykonanych usług w związku z czym – w jego ocenie - niezbędne jest, w celu sprawdzenia czy warunek został spełniony, posłużenie się treścią załączonych do oferty dokumentów dla potwierdzenia należytego wykonania tych

usług (referencje). Tymczasem z przedstawionych przez KKLD 9 referencji tylko 6 podaje informacje o długości odcinków dróg, na których były wykonywane analizy ugięć nawierzchni. Zsumowane długości odcinków drogi według niego dają liczbę 430.9 km:

- a. referencje wystawione przez OCSC Sp. z o.o. - 34 km
- b. referencje wystawione przez BPBK w Bydgoszczy Sp. z o.o. - 3,6 km
- c. referencje wystawione przez PPMOST s.c. - 59,1 km
- d. referencje wystawione przez Scott Wilson Sp. z o.o. - 126,85 km
- e. referencje wystawione przez PPIL „RONDO” - 30 km
- f. referencje wystawione przez ERECT Sp. z o.o. - 176,54 km.

Powyższe wskazuje, zdaniem Odwołującego, że wykonawca Pneumotechnika nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dot. wykonania usługi polegającej na wykonaniu i analizie ugięć nawierzchni jednorodnych na odcinkach dróg o łącznej długości minimum 500 km. Tym samym powinien zostać wykluczony z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Powyższy zarzut w toku rozprawy przed Izbą został przez Odwołującego wycofany.

Co do warunku dotyczącego wykonania usługi polegającej na wykonaniu wideorejestracji lub fotorejestracji pasa drogowego na odcinkach o łącznej długości minimum 500 km Odwołujący wskazał, że wykonawca Pneumotechnika posiłkował się doświadczeniem podmiotu trzeciego tj. firmy VIAGEOS z siedzibą w Pradze (dalej: „VIAGEOS”). Odwołujący przywołał zapisy pkt 1.6.1 a) SIWZ, zgodnie z którym wykonawcy w celu wykazania spełniania postawionych warunków udziału w postępowaniu mogli polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Wskazał, że w ofercie Pneumotechnika przedstawiła zobowiązanie VIAGEOS, z którego wynika, iż podmiot ten zobowiązał się tylko do wykonania zadania w zakresie wykonania pomiarów nierówności podłużnych i poprzecznych przy pomocy urządzenia profilometrycznego, natomiast nie zobowiązał się do wykonania wideorejestracji lub fotorejestracji pasa drogowego, mimo że Pneumotechnika posiłkowała się doświadczeniem tego podmiotu w tym zakresie. Podkreślił, że konsekwencją sytuacji, w której Pneumotechnika dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału, dotyczącego zwłaszcza doświadczenia, posiłkuje się zasobami podmiotu trzeciego, jest udział tego podmiotu (jako podwykonawcy) w realizacji tej części przedmiotu zamówienia dla której potwierdził spełnianie warunku. Tymczasem VIAGEOS nie zobowiązał się do wykonania wideorejestracji lub fotorejestracji pasa drogowego na odcinkach o łącznej długości minimum 500 km. Sytuacja ta oznacza zdaniem Odwołującego, że Pneumotechnika nie będzie mogła powierzyć do wykonania tego zakresu zamówienia VIAGEOS. Tym samym jego zdaniem za niedopuszczalne należy uznać posługiwanie się referencjami VIAGEOS na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia w zakresie wykonania usługi wykonania wideorejestracji lub fotorejestracji pasa drogowego na odcinkach o łącznej długości minimum 500 km.

Odwołujący powołał się na stanowisko Prezesa UZP wyrażone stosownej opinii odnoszącej się do interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zgodnie z którym nie jest dopuszczalne powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego, jeżeli zasoby te nie będą wykorzystane przy wykonaniu zamówienia. Powyższe odnosi się w szczególności do zasobów doświadczenia, które nie stanowi dobra materialnego, czy też niematerialnego, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu, a stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (art. 551 i art. 552 k.c.). Nie jest możliwe, w świetle tej opinii, udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane.

Odwołujący zwrócił także uwagę na wadliwość zobowiązania VIAGEOS, gdyż z jego treści nie można wywnioskować komu (jakiemu wykonawcy) zostały oddane zasoby w postaci doświadczenia VIAGEOS. Tymczasem z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wynika, że z treści zobowiązania musi wynikać „zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów”, a zatem zobowiązaniem takim wykonawca może się posługiwać, o ile to jemu podmiot trzeci zobowiązał się oddać swoje zasoby. Odwołujący wskazał, że zobowiązanie VIAGEOS jest abstrakcyjne i nie sposób z jego treści wywieść, iż VIAGEOS zobowiązał się udostępnić swoje zasoby na rzecz Pneumotechnika.

Odwołujący podniósł także, że zgodnie z postanowieniami pkt 1.6.1.SIWZ

wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, powinien przedłożyć także dokumenty dotyczące tych podmiotów w zakresie wymaganym dla wykonawcy w pkt 1.6 ppkt 4-9 SIWZ: oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia oraz dokumenty takie jak odpis z właściwego rejestru, zaświadczenie z US, zaświadczenie z ZUS, informacje z KRK. Wykonawca, który ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza Rzeczpospolitą Polską, zamiast dokumentów, o których mowa w zdaniu poprzednim, zgodnie z postanowieniami SIWZ i rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z 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) (dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”) powinien przedłożyć dokument lub dokumenty, wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, a w przypadku, gdy w jego kraju nie wydaje się tych dokumentów - oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Wykonawca Pneumotechnika powołał się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia na potencjał innego podmiotu - firmy VIAGEOS. W ofercie tego wykonawcy brak jest wyżej wskazanych dokumentów

dotyczących VIAGEOS, a zostało złożone jedynie oświadczenie VIAGEOS, które co prawda zawiera w swojej treści informacje jakie są wymagane na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, jednak oświadczenie to – w ocenie Odwołującego - nie jest dokumentem, który w świetle przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów w odniesieniu do podmiotów zagranicznych oraz postanowień SIWZ mógłby zostać uznany za prawidłowy. Oświadczenie to jest ponadto podpisane przez przedstawicieli VIAGEOS i nie wynika z niego, że złożone zostało przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju, w którym VIAGEOS ma siedzibę.

W toku rozprawy Odwołujący sprostował treść swojego odwołania wskazując, z w miejsce wymienionego w odwołaniu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinien być wskazany art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający z zarzutami odwołania nie zgodził się, wnosząc o jego oddalenie.

W toku rozprawy przed Izbą wyjaśnił także, że przy weryfikacji warunku wiedzy i doświadczenia w ofercie najkorzystniejszej opart się na zobowiązaniu do współpracy firmy VIAGEOS z 1 kwietnia 2011 r. Na podstawie tego dokumentu przyjął, że wskazany podmiot będzie podwykonawcą przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Podkreślił, że w warunkach SIWZ oraz w odpowiedzi na zapytania do SIWZ nie wskazywał szczególnych wymogów co do konieczności tożsamości wykonywanych prac w ramach podwykonawstwa z pracami wykazywanymi przez podmiot trzeci w ramach spełniania warunku podmiotowego udziału w postępowaniu co do wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający podkreślił również, że co do dokumentów podmiotowych dla podmiotu trzeciego (VIAGEOS), o których mowa w § 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów opierał się na oświadczeniu tego podmiotu także z dnia 1 kwietnia 2011 r. Skierowane przez niego wezwanie do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczyło wyłącznie formy dokumentu. Zamawiający w SIWZ oczekiwał bowiem, że takie oświadczenie zostanie złożone na przygotowanym załączniku nr 6 do SIWZ. W związku z tym, że Pneumotechnika nie dotrzymała tej formy oświadczenia Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełniania dokumentu. Wykonawca ten uzupełnił dokument w wymaganej formie. Zamawiający podkreślił także, że komisja przetargowa w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przyjęła za wystarczające przedłożone przez Pneumotechnika dokumenty i nie wyjaśniła z wykonawcą kwestii zakresu dokumentów podmiotowych wystawianych w Czechach uznając, że wystarczające w tym zakresie jest oświadczenie samej firmy VIAGEOS.

i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące oferty uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym Odwołujący również złożył swoją ofertę i miałby szansę na uzyskanie zamówienia w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, co również wskazuje na potencjalny uszczerbek w interesie w uzyskaniu zamówienia i możliwość wyrządzenia w tym zakresie Odwołującemu szkody.

Rozpoznając odwołanie Izba – uwzględniając oświadczenie Odwołującego złożone w toku rozprawy o niepodtrzymywaniu zarzutu dotyczącego spełniania warunku podmiotowego przez wykonawcę Pneumotechnika w zakresie korzystania z potencjału firmy KKLD - ograniczyła się do zarzutów odwołania, związanych z niespełnieniem opisu warunku podmiotowego udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przez Pneumotechnika co do posługiwania się przez tego wykonawcę potencjałem podmiotu trzeciego, tj. firmy VIAGEOS, i nie przedłożenia wymaganych dokumentów podmiotowych dotyczących tego podmiotu.

Izba, rozpoznając odwołanie we wskazanym zakresie, uznała je za zasadne.

Dokonując rozstrzygnięcia w sprawie odwołania Izba ustaliła, że w pkt 1.5 ppkt 2 SIWZ Zamawiający w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia dokonał opisu sposobu dokonania oceny spełniania tego warunku udziału w postępowaniu w następujący sposób:

„Zamawiający uznaje, iż Wykonawca spełni warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał usługi polegające na:

– (...) –

wykonaniu i analizie ugięć nawierzchni jednorodnych na odcinkach dróg o łącznej długości minimum 500 km,

– (...) –

wykonaniu wideorejestracji lub fotorejestracji pasa drogowego na odcinkach o łącznej długości minimum 500 km,

o łącznej wartości nie mniejszej niż 400 000,00 zł brutto, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty wykonania i odbiorcy, oraz załączy dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należyście.”

Na potwierdzenie spełniania tego warunku zgodnie z pkt 1.6 ppkt 2 SIWZ należało dołączyć do oferty wykaz wykonanych usług oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie.

W pkt 1.6.1 lit a) SIWZ Zamawiający określił dodatkowe postanowienia SIWZ dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie możliwości korzystania z potencjału podmiotu trzeciego. Przytoczył tam dyspozycję art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dodatkowo wskazując, że na mocy rozporządzenia w sprawie dokumentów (§ 1 ust. 2) żąda załączenia do oferty dokumentów i oświadczeń z pkt 1.6 ppkt 4 do 9. We wskazanych punktach SIWZ określono natomiast następujące dokumenty:

- 1) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp,
- 2) aktualny odpis z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminem składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenie w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- 3) aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego, potwierdzające,

że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

- 4) aktualne zaświadczenie właściwego oddziału ZUS lub KRUS potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
- 5) aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, – wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

-
- 6) aktualną informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, – wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

W pkt 1.6.1 lit b) SIWZ Zamawiający wyraźnie wskazał, że przywołane dokumenty powinny być przedłożone przez wykonawcę, który powołuje się przy wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia. W tym samym pkt SIWZ, lit. c- e Zamawiający określił wymogi dotyczące przedkładania dokumentów przez podmioty zagraniczne, które to wymogi odpowiadały regulacjom rozporządzenia w sprawie dokumentów (§ 4 tego rozporządzenia).

Zamawiający w SIWZ określił wzory podstawowych dokumentów i oświadczeń wymaganych w postępowaniu, w tym w załączniku nr 6 do SIWZ określił wzór oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła także, że wykonawca Pneumotechnika dla spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, opisanego w SIWZ posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego, tj. potencjałem firmy VIAGEOS. W tym zakresie przedstawiono w ofercie:

1. oświadczenie z dnia 1 kwietnia 2011 r. – „Zobowiązanie do współpracy”.

Dokument złożono w oryginalnej czeskiej wersji językowej w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę oraz kopii tłumaczenia przysięgłego wskazanego dokumentu. Do dokumentu załączono w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę potwierdzenie przez notariusza - „Poświadczenie – *legalizacja*” o poświadczeniu prawdziwości podpisu przed notariuszem Sarką N. w Pradze.

2. oświadczenie z dnia 1 kwietnia 2011 r. odnośnie braku rozpoczęcia postępowania likwidacyjnego, braku zaległości zobowiązań podatkowych oraz z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, braku wyroku, czy też prowadzenia postępowania karnego wobec spółki, oraz przedstawicieli spółki, odnośnie dysponowania niezbędną wiedzą i doświadczeniem, potencjałem technicznym i pracowniczym oraz sytuacją ekonomiczną i finansową do realizacji przedmiotu zamówienia. Dokument złożono w oryginalnej, czeskiej wersji językowej w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę oraz kopii (potwierdzonej przez wykonawcę) tłumaczenia przysięgłego wskazanego dokumentu. Do dokumentu załączono w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem potwierdzenie przez notariusza - „Poświadczenie – *legalizacja*” o poświadczeniu prawdziwości podpisu przed notariuszem Sarką N. w Pradze.

3. wykaz usług z trzema usługami oraz dokumentami potwierdzającymi wykonanie tych usług. Dokumenty złożono w angielskiej i czeskiej wersji językowej w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę oraz kopii tłumaczeń

przysięgłych tych dokumentów.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pismach z dnia 12 i 27 kwietnia 2011 r. skierował do wykonawcy Pneumotechnika dwa wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co do oświadczenia VIAGEOS o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp według wymogów SIWZ, a także polisy od odpowiedzialności cywilnej oraz co do wykazu usług, gdzie wykonawca posługiwał się potencjałem podmiotu KKLD. W odpowiedzi na wezwania Zamawiającego Pneumotechnika

w pismach z dnia 13 i 28 kwietnia 2011 r. uzupełniła stosowne dokumenty, w tym oświadczenie VIAGEOS o braku podstaw do wykluczenia z postępowania złożone na załączniku nr 6 do SIWZ.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba stwierdziła, że Zamawiający, dokonując oceny oferty wykonawcy Pneumotechnika pod kątem spełniania warunku wiedzy i doświadczenia dopuścił się naruszeń przepisów ustawy wskazanych przez Odwołującego, tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała po pierwsze, że oświadczenie firmy VIAGEOS (podmiotu trzeciego) z dnia 1 kwietnia 2011 r. – „Zobowiązanie *do współpracy*” nie potwierdza, że wskazany podmiot zobowiązał się oddać swój potencjał właśnie wykonawcy Pneumotechnika. Treść tego dokumentu wskazuje co prawda nazwę przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i określenie Zamawiającego. W jego treści jednak w żaden sposób nie wskazuje się podmiotu Pneumotechnika, na rzecz którego ów podmiot trzeci miałby udostępniać swój potencjał. Treść tego zobowiązania wskazuje natomiast wyraźnie na osobiste zobowiązanie się: „*w imieniu i na korzyść firmy VIAGEOS*” do realizacji zamówienia przez tę firmę. Powyższe zatem nie może wskazywać na udostępnienie potencjału wiedzy i doświadczenia przez firmę VIAGEOS komukolwiek, w tym wykonawcy Pneumotechnika, a co najwyżej wskazywać, że firma VIAGEOS samodzielnie jest w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie publiczne, tym bardziej, że do oferty dołączono kserokopię tego oświadczenia potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, co nie spełniania wymogów pisemności tego zobowiązania podmiotu trzeciego o udostępnieniu określonego potencjału na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o której to pisemności stanowi art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Gdyby określonej treści zobowiązanie podmiotu trzeciego o możliwości realizacji przedmiotu zamówienia i posiadaniu w tym zakresie określonego rodzaju doświadczenia złożone zostało w formie pisemnej przez firmę Pneumotechnika można byłoby wywieść, że to właśnie tej firmie złożono owo zobowiązanie, ponieważ firma ta dysponuje jego oryginałem. W przedmiotowej sprawie wykonawca

Pneumotechnika złożył jednak wyłącznie kserokopię tego oświadczenia potwierdzoną przez siebie za zgodność z oryginałem, co dodatkowo – jak wskazano powyżej – nie spełnia rygorów przewidzianych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – tj. pisemności zobowiązania podmiotu trzeciego. Co do tego to dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu ustawodawca z racji jego wyjątkowości zastrzegł tę szczególną formę (pisemność), niezależnie od innych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, określonych przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów, które to dokumenty mogą być składane także w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem (§ 6 tego rozporządzenia).

Po drugie Izba uznała, co do wskazanego w ofercie Pneumotechnika podmiotu trzeciego nie złożono wymaganych dokumentów podmiotowych, o których mowa w § 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz w postanowieniach SIWZ w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 1.6.1 lit. a i b SIWZ). Zgodnie z przywołanymi regulacjami rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz postanowień SIWZ określone dokumenty podmiotowe, potwierdzające, że także podmiot trzeci, na którego potencjał wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powołuje się, nie podlegałby wykluczeniu z udziału w postępowaniu, tj. spełnia wymagania wiarygodnego publicznie podmiotu (nie jest w stanie upadłości, czy likwidacji, nie ma generalnego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne, członkowie władz tego podmiotu nie byli karani za określonego rodzaju przestępstwa, nie zalega z publicznoprawnymi płatnościami – podatki zobowiązania pracownicze *etc.*), powinny być złożone wraz z ofertą, jeśli dany podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Śądanie przedłożenia wraz z ofertą dokumentów podmiotowych od podmiotów trzecich, zgodnie z przywołanymi regulacjami (§ 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów), jest zatem uzasadnione, o ile w danym przypadku będzie jasne, że dany podmiot trzeci będzie faktycznie uczestniczył w realizacji zamówienia, czyli będzie przynajmniej w części fizycznie realizował jakieś świadczenie objęte przedmiotem zamówienia (podwykonawstwo). O ile z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie można wywodzić konieczności faktycznego uczestnictwa w realizacji choćby części przedmiotu zamówienia przez podmiot trzeci, na którego potencjał wykonawca powołuje się

przy spełnianiu warunków podmiotowych udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b wskazuje na konieczność wykorzystania – oddania do dyspozycji udostępnianych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia poprzez fizyczne oddanie sprzętu, ludzi, czy środków finansowych w okresie realizacji zamówienia, jak również oddanie swojej wiedzy i doświadczenia poprzez fizyczne wykonanie określonej części zamówienia, czy też podzielenie się swoim *know-how* poprzez np. doradztwo w tym zakresie w trakcie wykonywania zamówienia), to z § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów taki

obowiązek należałoby wywodzić, ale wyłącznie w kontekście żądania dokumentów podmiotowych od takiego podmiotu trzeciego (jeśli podmiot trzeci ma faktycznie realizować część zamówienia powinien także podlegać weryfikacji pod kątem przesłanek z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp i składanych w tym zakresie dokumentów podmiotowych).

W przedmiotowej sprawie sam Zamawiający nie miał wątpliwości, że treść zobowiązania VIAGEOS potwierdza faktyczne podwykonawstwo tej firmy w realizacji przedmiotowego zamówienia. Z tych też względów dokumenty podmiotowe od firmy VIAGEOS powinny zostać załączone do oferty wykonawcy Pneumotechnika. Tymczasem w ofercie tej znajduje się wyłącznie oświadczenie z dnia 1 kwietnia 2011 r. VIAGEOS odnośnie braku rozpoczęcia postępowania likwidacyjnego, braku zaległości zobowiązań podatkowych oraz z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, braku wyroku czy też prowadzenia postępowania karnego wobec spółki, oraz przedstawicieli spółki, odnośnie dysponowania niezbędną wiedzą i doświadczeniem, potencjałem technicznym i pracowniczym oraz sytuacją ekonomiczną i finansową do realizacji przedmiotu zamówienia tej firmy. Oświadczenie to – jak wynika z treści oferty i odpowiedniego poświadczenia - zostało złożone przed notariuszem Sarką N. w Pradze. Stosownie jednak do regulacji rozporządzenia w sprawie dokumentów (§ 4 ust. 3), odnoszących się do dokumentów składanych przez podmioty (wykonawców), które mają siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium RP, a takim podmiotem jest firma VIAGEOS, oświadczenie przed notariuszem w postępowaniu może być wystarczające jedynie w sytuacji, gdy w miejscu zamieszkania określonej osoby, której dotyczy wymagany dokument, lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się określonych dokumentów.

Jak wynika z oświadczenia Zamawiającego złożonego w toku rozprawy przed Izbą nie badał on, czy w Republice Czeskiej określone dokumenty urzędowe, potwierdzające podmiotową sytuację określonych podmiotów, czy osób, są wydawane. Z wiedzy Izby oraz jej doświadczenia zawodowego i życiowego wynika, że w tym kraju (Republika Czeska) są wydawane oficjalne dokumenty urzędowe, które potwierdzają określoną sytuację podmiotową firmy, czy osoby. Na powyższe wskazują choćby informacje zawarte na stronie internetowej UZP (www.uzp.gov.pl), czy też stronie Komisji Europejskiej (www.ec.europa.eu/markt/ecertis/login.do?selectedLanguage=pl), gdzie wyraźnie wskazuje się choćby na dokument rejestrowy, dokumenty o niekaralności osób fizycznych o wypełnianiu zobowiązań z tytułu zabezpieczeń społecznych.

Biorąc pod uwagę powyższe do oferty Pneumotechnika niewystarczającym było dołączenie jedynie oświadczenia złożonego przed notariuszem przez podmiot trzeci, na którego potencjał wykonawca powoływał się, skoro określone urzędowe dokumenty

potwierdzające sytuację podmiotową danej firmy, czy osób są w Republice Czeskiej wystawiane.

Izba wydając przedmiotowe rozstrzygnięcie uznała, że tak w zakresie dokumentów potwierdzających sytuację podmiotową firmy VIAGEOS, jak i samego zobowiązania tego podmiotu o udostępnieniu swojego potencjału wykonawcy (Pneumotechnika) Zamawiający powinien wezwać wykonawcę Pneumotechnika do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który to przepis nakazuje skierowanie takiego wezwania do wykonawcy m.in. w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, a za takie dokumenty należy uznać tak dokumenty, o których mowa w przepisach rozporządzenia w sprawie dokumentów, jak również szczególny dokument, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego).

Dokumenty uzupełnione w wyniku takiego wezwania powinny potwierdzać określone okoliczności najpóźniej na dzień składania ofert. Uzupełnienie dokumentów we wskazanym

trybie jest możliwe wyłącznie jednorazowo w zakresie określonego dokumentu, biorąc pod uwagę wyjątkowość tej regulacji ustawowej, co było wielokrotnie potwierdzane przez orzecznictwo KIO oraz sądów okręgowych, rozpoznających skarg na orzeczenia Izby.

Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie takie formalne wezwanie we wskazanym zakresie nie zostało skierowane. Wezwania do uzupełniania dokumentów skierowane w niniejszym postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez Zamawiającego do Pneumotechnika (wezwanie z dnia 12 kwietnia 2011 r. i z dnia 27 kwietnia 2011 r.) dotyczyły bądź spełniania innego opisu warunku wiedzy i doświadczenia, gdzie wykonawca posługiwał się potencjałem firmy KKLD, bądź potencjału VIAGEOS, jednakże wyłącznie w zakresie dokumentu oświadczenia co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp i to wyłącznie co do nieprawidłowej formy tego dokumentu (wymagana w SIWZ forma złożenia oświadczenia – opracowany przez Zamawiającego załącznik nr 6 do SIWZ).

Tym samym Izba uznała, że przywołane dwa wezwania Zamawiającego skierowane do wykonawcy Pneumotechnika nie dotyczyły stwierdzonego przez Izbę zakresu dokumentów podmiotowych zawierających braki.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp, tj. uznając, że stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy Pzp ma wpływ na wynik postępowania (wybór oferty najkorzystniejszej), orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, obciążając nimi Zamawiającego, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Do kosztów postępowania odwoławczego zaś w przedmiotowej sprawie Izba zaliczyła - stosownie do § 3 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) - koszty wpisu uiszczonego w należnej – zgodnej § 1 ust. 1 pkt 2) wskazanego rozporządzenia - wysokości od złożonego odwołania, tj. 15 000 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....