Sygn. akt: KIO 1359/13

WYROK
z dnia 25 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Justyna Tomkowska
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 czerwca 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 07 czerwca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) GRESBUD Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) G……. K……. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GRESBUD G……. K……. (Członek Konsorcjum) z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: ul. Zbożowa 4, 20-827 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Lubelskie, ul. Spokojna 4, 20-074 Lublin**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty w części 5, a w konsekwencji także nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 5 oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części 5, w ramach której nakazuje Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp;**

---

2. kosztami postępowania obciąża **Województwo Lubelskie, ul. Spokojna 4, 20-074 Lublin** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Konsorcjum Firm: 1) GRESBUD Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) G……. K……. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GRESBUD G……. K……. (Członek Konsorcjum) z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: ul. Zbożowa 4, 20-827 Lublin** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Województwo Lubelskie, ul. Spokojna 4, 20-074 Lublin** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm: 1) GRESBUD Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) G……. K……. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GRESBUD G……. K……. (Członek Konsorcjum) z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: ul. Zbożowa 4, 20-827 Lublin** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie.**

Przewodniczący:

……

Członkowie:

Sygn. akt KIO 1359/13

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na usuwanie odpadów zawierających azbest z nieruchomości należących (zarządzanych, użytkowanych) do osób fizycznych, wspólnot mieszkaniowych, spółdzielni mieszkaniowych i samorządów położonych na terenie Województwa Lubelskiego w 2013 r. (znak sprawy: OP-IV.272.35.2013.PW) m.in. dla: - cz. 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ"* oraz wykonanie prac związanych z usuwaniem i unieszkodliwianiem azbestu oraz wyrobów zawierających azbest użytkowanych lub magazynowanych na terenie nieruchomości należących (zarządzanych, użytkowanych) do osób fizycznych, wspólnot mieszkaniowych, spółdzielni mieszkaniowych, samorządów, położonych na terenie obejmującym powiaty: puławski, opolski, kraśnicki, janowski, tudzież – cz. 5 SIWZ o wykonanie prac związanych z usuwaniem i unieszkodliwianiem azbestu oraz wyrobów zawierających azbest użytkowanych lub magazynowanych na terenie nieruchomości należących (zarządzanych, użytkowanych) do osób fizycznych, wspólnot mieszkaniowych, spółdzielni mieszkaniowych, samorządów, położonych na terenie obejmującym powiaty: lubelski, chełmski, łęczyński, świdnicki, miasto Lublin, miast Chełm. Zostało wszczęte przez Województwo Lubelskie, ul. Spokojna 4, 20-074 Lublin zwane dalej: *„Zamawiającym",* ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 065-109184 z dnia 03.04.2013 r.

W dniu 28.05.2013 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. dla części 4 – Przedsiębiorstwa Wywozu Nieczystości Stałych „ALMAX" Sp. z o.o., ul. Wrocławska 3, 26-600 Radom zwana dalej: *„Przedsiębiorstwa Wywozu Nieczystości Stałych „ALMAX" Sp. z o.o."* i 5 – KAN-POL PPHU I…….. Ł……, ul. Unicka 4/320, 20-950 Lublin zwana dalej: *„KAN-POL PPHU I…….. Ł……"* oraz wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp"* Konsorcjum Firm: 1) GRESBUD Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum); 2) G…….. K…….. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GRESBUD G…….. K……. (Członek Konsorcjum) z adresem na rzecz siedziby lidera konsorcjum: ul. Zbożowa 4, 20-827 Lublin zwane dalej: *„Konsorcjum GRESBUD"* albo *„Odwołującym"* oraz uznaniu na podstawie art. 24 ust.4 Pzp złożonych na cz. 4 i 5 ofert za odrzucone. Wykluczono Wykonawcę ze względu na fakt niewykazania

---

spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zostały uznane za odrzucone jego oferty Nr 15 i 16. Stwierdził, że w dniu 22.05.2013 r. Wykonawca został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Do złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania ww. Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów, tj. 2 szt. Pojazdów przystosowanych do załadunku i transportu odpadów zawierających azbest. W wyznaczonym terminie do Zamawiającego wpłynęły zobowiązania do udostępnienia zasobów wystawione na podmiot STARMAX M……. H……., ul. Przyjaźni 9/29, 20-314 Lublin, podpisane przez Pana R…….. H……. Dokumentów upoważniających Pana R…….. H……. do podjęcia czynności w imieniu STARMAX M……. H…….. nie załączono do złożonych zobowiązań. W związku z powyższym Wykonawca nie udowodnili Zamawiającemu, iż będą dysponować zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku dot. Dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, o którym mowa w rozdz. V ust.1 pkt 3 SIWZ.

W dniu 07.06.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie odwołanie: Konsorcjum GRESBUD na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 06.06.2013 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił naruszenie:

a) art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 25 ust. 4 Pzp, poprzez wykluczenie z postępowania

Wykonawcy, ze względu na fakt nie spełnienia warunków do udziału w postępowaniu, tj. poprzez przedłożenie przez Wykonawcę zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego STARMAX M……. H……, podpisane przez Pana R…….. H……, nie załączając do złożonego zobowiązania dokumentów upoważniających do podjęcia czynności w imieniu podmiotu, co skutkowało odrzuceniem oferty, podczas gdy ze zgromadzonej dokumentacji przetargowej wynika, iż Wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a przede wszystkim oświadczenie podmiotu trzeciego, w którym zobowiązuje się do udostępnienia zasobów posiada stosowną treść, z której wynika, iż podmiot STARMAX M…… H…… zobowiązuje się do oddania niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, jak i formę pisemną oraz zostało podpisane przez osobę uprawniona, zaś dokument stwierdzający umocowanie osoby do dokonania czynności prawnej nie może być uznany za dokument składany w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
b) art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez uznanie iż naruszony przepis nakłada na Wykonawcę obowiązek złożenia pełnomocnictw/ upoważnień potwierdzających umocowanie osób podpisujących zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, podczas gdy naruszony przepis, jednocześnie żaden przepis Pzp, ani też rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie zobowiązuje Wykonawcy do złożenia pełnomocnictw/upoważnień

potwierdzających umocowanie osoby podpisującej zobowiązanie do reprezentacji danego podmiotu.
c) art. 26 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp poprzez: zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w celu zweryfikowania prawidłowości reprezentacji podmiotu trzeciego STARMAX M……. H……. dla dokumentu zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów tj. 2 sztuk pojazdów przystosowanych do załadunku i transportu odpadów zawierających azbest,
d) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Konsorcjum GRE5BUD Sp. z o.o.; GRESBUD G……. K……., do uzupełnienia dokumentów upoważniających Pana R……. H…….. do podjęcia czynności w imieniu STARMAX M……. H……..- jako podmiotu zobowiązanego do udostępnienia zasobów,
e) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru ofert Nr 21 dla cz. 4 zamówienia, oraz oferty Nr 17 dla cz. 5 zamówienia jako ofert najkorzystniejszych, podczas gdy ze zgromadzonej dokumentacji przetargowej wynika, iż oferta Nr 15 dla cz. 4 zamówienia, oraz oferta Nr 16 dla cz. 5 zamówienia winny zostać wybrano jako oferty najkorzystniejsze, bowiem gdyby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia ww przepisów oferty odwołującego się Wykonawcy uzyskałyby najwyższą ilość punktów według kryteriów przedstawionych w SIWZ.
f) art. 91 i 92 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty w cz. 5 nie będącej najkorzystniejszą na podstawie kryterium oceny ofert określonego w rozdz. XVI SIWZ, w konsekwencji błędnego wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty,
g) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem przepisów Pzp. W związku z powyższym wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego Wykonawcy,
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert - Nr 17 w cz. 5,
3. powtórzenia czynności badania ofert,
4. wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, w celu zweryfikowania prawidłowości reprezentacji podmiotu trzeciego STARMAX M…….. H……. dla dokumentu zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów tj. 2 sztuk pojazdów przystosowanych do załadunku i transportu odpadów zawierających azbest, *ewentualnie*
5. wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów upoważniających Pana R……. H…… do podjęcia czynności w imieniu STARMAX M…….. H……., jako podmiotu zobowiązanego do udostępnienia zasobów, Ponadto wnosił o:
6. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów będących dokumentacją przetargową oraz innych dokumentów, a stanowiących załączniki do niniejszego

pisma na okoliczność: wykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia, wadliwie przeprowadzonych przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszych ofert, prawidłowo złożonego oświadczenia podmiotu trzeciego, w którym zobowiązuje się do udostępnienia zasobów, stosownej treści, formy pisemnej, oraz podpisu przez podmiot uprawniony zobowiązania STARMAX M.…… H.…… do oddania niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia; oferty Odwołującego tj. oferta Nr 16 dla cz. 5 jako ofertę najkorzystniejszą pod względem kryteriów przedstawionych w SIWZ, naruszenia przez Zamawiającego obowiązku wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, w celu zweryfikowania prawidłowości reprezentacji podmiotu trzeciego STARMAX M.……. H……. dla dokumentu *zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów* tj. 2 sztuk pojazdów przystosowanych do załadunku i transportu odpadów zawierających azbest *ewentualnie* naruszenia przez Zamawiającego obowiązku wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów upoważniających Pana R…… H……. do podjęcia czynności w imieniu STARMAX M.……. H……. jako podmiotu zobowiązanego do udostępnienia zasobów, naruszenia przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem przepisów Pzp,
6. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron, z tym że w charakterze Odwołującego winna być przesłuchana E……. K…….. jako osoba upoważniona do działania w imieniu Odwołującego (adres do doręczeń Odwołującego) na okoliczność: wykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przedstawienia najkorzystniejszej oferty tj. oferty Nr 16 dla cz. 5 pod względem kryteriów przyjętych w SIWZ, prawidłowo złożonego dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego STARMAX M.……. H…… do oddania niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia,
7. Zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia oryginałów całkowitej dokumentacji przetargowej, ze względu na fakt, iż dokumenty jakimi dysponuje Odwołujący są w formie kopii, bowiem wszystkie dokumenty składane były Zamawiającego w formie oryginałów
8. Zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego wg norm przepisanych, tj. obciążenie kosztami postępowania, w tym kosztami wpisu od odwołania oraz kosztami zastępstwa radcowskiego, w całości Zamawiającego i zasądzenie kosztów postępowania w całości od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

W dniu 21.05.2013 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Konsorcjum GRESBUD Sp. z o.o.; GRESBUD G……. K…… do złożenia m. in. zobowiązań podmiotu trzeciego do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów, tj. 2 pojazdów przystosowanych do załadunku i transportu odpadów zawierających azbest (w formie oryginału). W wezwaniu

dodano, iż Wykonawca w złożonym wykazie narzędzi wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, w informacji o podstawie dysponowania *ww.* zasobami jako podstawę wskazał wynajem, zatem winien przedłożyć dokument potwierdzający, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie złożył zobowiązanie do udostępnienia zasobów wystawione na podmiot STARMAX M.…… H……. ul. Przyjaźni 9/29, 20-314 Lublin. Dokument został podpisany przez Pana R……. H…….. W dniu 28.05.2013 r. Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wykluczył z postępowania Odwołującego, ze względu na fakt niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp uznał złożone przez Wykonawcę oferty za odrzucone. Rozstrzygnięcie Zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszych ofert, wykluczające Odwołującego, narusza przepisy Pzp. Naruszenia w sposób bezsprzeczny miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Stosownie do postanowienia 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 łączącego do z nimi 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 wykonaniu zamówienia. 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 wykonaniu zamówienia. W realiach niniejszej sprawy Wykonawca w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie złożył zobowiązanie do udostępnienia zasobów wystawione na podmiot STARMAX M.…… H.…… ul. Przyjaźni 9/29, 20-314 Lublin. Zamawiający zaś uznał, iż dokument został podpisany przez osobę nieupoważnioną do składania podpisu w imieniu MSTARMAX M…….. H……, oraz nie załączono do zobowiązania dokumentów upoważniających do podjęcia tej czynności. Skutkowało to odrzuceniem oferty Wykonawcy Konsorcjum GRESBUD Sp. z o.o.; GRESBUD G…….. K……... Załączone do niniejszego odwołania, jak i do pisma skierowanego w dniu 03.06.2013 r. - pełnomocnictwo z dnia 27.02.2012 r. - bezsprzecznie wskazuje na fakt, iż Pan R…… H…….. był umocowany do dokonania czynności w imieniu STARMAX M…….. H…….. W myśl powołanego przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, zobowiązanie podmiotu do udostępnienia zasobów jest dokumentem wskazanym przez ustawodawcę jedynie przykładowo, o czym świadczy użycie zwrotu *"w szczególności".* Wskazany dokument należy uznać jednocześnie za dokument, który spełnia wymóg przepisu, co do obowiązku udowodnienia

zamawiającemu przez wykonawcę, iż będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zwrot *„w szczególności"* wskazuje także, że ustawodawca pozostawił wykonawcy swobodę w zakresie decyzji, co do rodzaju dokumentów, które składa zamawiającemu w celu udowodnienia wymaganych w tym przepisie okoliczności. Zamawiający nie może, zatem ograniczyć prawa wykonawcy do samodzielnego wyboru dokumentów, jakie złoży w celu wykazania, że będzie dysponował wymaganymi zasobami, udostępnionymi mu przez podmiot trzeci. Zgodnie z cytowanym przepisem art. 26 ust. 2b Pzp, ustawodawca wymieniając *„zobowiązanie"* jako dokument, który *„w szczególności"* może być złożony w celu udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami, nie określa obowiązku załączenia przez Wykonawcę do tego zobowiązania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń bądź dokumentów, w tym potwierdzających umocowanie osoby podpisującej ww. dokument do reprezentowania danego podmiotu, jak np. pełnomocnictwa, upoważnienia lub odpisu z KRS (wyrok KIO z dnia 28.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1281/11 oraz w wyrokach KIO z dnia 18.03.2011 r., sygn. akt: KIO/447/11, sygn. akt: KIO 449/11, sygn. akt: KIO 452/11). W realiach niniejszej sprawy brak załączenia dokumentów upoważniających Pana R…… H…… do podjęcia czynności w imieniu STARMAX M…… H……, spowodowało wykluczenie oferty Odwołującego Wykonawcy, wobec nie wykazania spełnienia warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Wskazał, że Pzp ze szczególną uwagą traktuje kwestie dotyczące uprawnienia Zamawiającego do żądania od wykonawców oświadczeń i dokumentów. Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp *(W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.),* Zamawiający może żądać jedynie niezbędnych dokumentów, a wymagane dokumenty musi wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert. Katalog dokumentów, których może żądać Zamawiający jest ściśle określony w przepisach Prawo zamówień publicznych i przepisach 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). Przepisy ustawy i ww. rozporządzenia wykonawczego, wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp nie pozostawiają zatem Zamawiającemu swobody w powyższym zakresie, co w szczególności ma na celu zapewnienie zachowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasady uczciwej konkurencji i równego

traktowania wykonawców. Jedynie w przypadkach określonych w § 1 ust. 2 i 3 ww. rozporządzenia Zamawiający może żądać od wykonawców złożenia dokumentów

dotyczących podmiotów udostępniających zasoby, w zakresie określonym w tych przepisach.

W świetle przedstawionych powyżej regulacji Zamawiający nie może żądać ani wprost w ogłoszeniu lub SIWZ, ani też w sposób dorozumiany, pełnomocnictw, upoważnień lub odpisów z KRS podmiotów składających zobowiązanie, gdyż do żądania tych dokumentów nie uprawnia zamawiającego żaden przepis Pzp, ani rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Podkreślić należy także, że z treści przepisu art. 26 ust. 2b Pzp określającej obowiązek wykonawcy udowodnienia Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, nie wynika obowiązek złożenia pełnomocnictw, upoważnień lub KRS, potwierdzających umocowanie, osób podpisujących dane zobowiązanie, do reprezentacji danego podmiotu. Ponadto, na gruncie utrwalonej linii orzecznictwa przyjęto stanowisko, iż *Dokumenty stwierdzające umocowanie osoby do dokonania czynności prawnej nie mogą być uznane za dokumenty składane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.* Taki pogląd został przyjęty przez KIO w wyroku z dnia 28.06.2011 r. KIO 1281/11 oraz w wyrokach KIO z dnia 18.05.2011 r., sygn. akt: KIO/447/11, sygn. akt: KIO 449/11, sygn. akt: KIO 452/11. Również rozstrzygnięcie wyroku z dnia 29.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1781/11 przesądza, że Zamawiający nie jest uprawniony do żądania, aby zobowiązanie do udostępnienia zasobu było opatrzone pełnomocnictwem dla osoby je podpisującej oraz aktualnego odpisu z właściwego rejestru, z którego będzie wynikać prawidłowa reprezentacja do udzielenia pełnomocnictwa. Zatem uznanie, iż brak załączenia dokumentu upoważniającego Pana R…… H…….. do podpisu omawianego oświadczenia nie może przesądzać o braku potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, co za tym idzie o wykluczeniu Odwołującego Wykonawcy z postępowania. Wskazuje to na fakt, iż Zamawiający w sposób nieuzasadniony wykluczył odwołującego z postępowania, uznając, iż złożone dokumenty nie potwierdzają spełnia warunku udziału w postępowaniu, z tego powodu, że Wykonawca nie załączył do ww. zobowiązań żadnych dokumentów potwierdzających uprawnienie do przekazania zasobów przez osoby, które podpisały ww. zobowiązania. Brak załączenia do ww. zobowiązania dokumentów w postaci pełnomocnictw, upoważnień, odpisów z KRS dotyczących podmiotów trzecich w sytuacji, gdy zamawiający nie żądał tych dokumentów w ogłoszeniu, a jednocześnie żaden przepis Pzp ani też rozporządzenia wykonawczego nie zobowiązuje wykonawcy do ich złożenia, nie może rodzić negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawcy w postaci automatycznego wykluczenia z udziału w postępowaniu. Zamawiający ma obowiązek, w przypadku zaistnienia wątpliwości, co do braku należytego umocowania osoby, która podpisała zobowiązanie w imieniu podmiotu

trzeciego, do wezwania wykonawcy do przedstawienia wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, której to czynności zamawiający zaniechał (wyrok KIO z dnia 18.03.2011 r., sygn. akt: KIO 449/11).

Z daleko idącej ostrożności stwierdził, że gdyby przyjąć, iż tego rodzaju dokument może być żądany przez Zamawiającego na gruncie chociażby art. 25 ust 1 Pzp, to wymaganie takie powinno być wyraźnie sprecyzowane przez Zamawiającego na etapie publikacji ogłoszenia oraz SIWZ. W wyroku z dnia 05.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2307/10 KIO przesądziła, iż oświadczenie o udostępnieniu zasobów składane jest przez podmiot trzeci wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia, a nie Zamawiającemu. Skoro Zamawiający nie żądał dokumentów potwierdzających prawidłowość reprezentacji podmiotu trzeciego, stwierdzenia takiego może i powinien dokonać wyłącznie wykonawca, któremu oświadczenie takie zostało złożone. Jakkolwiek brak możliwości weryfikacji prawidłowości zaciągnięcia zobowiązania przez podmiot trzeci w sposób oczywisty rodzi ryzyko dla Zamawiającego. Powyższe stanowisko Izby zostało potwierdzone również w wyroku SO w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 07.02.2011 r., sygn. akt: V Ca 3036/10), który rozpatrywał skargę złożoną od wyroku z dnia 05.11.2010 r. W uzasadnieniu wyroku czytamy, *iż także jak trafnie wskazała KIO nie ma podstaw, aby kwestionować sposób podpisania zobowiązania do udostępniania zasobów, gdyż Zamawiający w treści ogłoszenia nie zastrzegł wymagania złożenia dokumentów potwierdzających prawidłowość reprezentacji osób zaciągających zobowiązanie w imieniu podmiotu trzeciego.* Nie można zgodzić się w związku z tym ze stanowiskiem Zamawiającego, który wykluczając Odwołującego uznał, że nieudowodnienie, iż osoba podpisująca zobowiązanie jest do tej czynności należycie umocowana równoznaczne jest z nieudowodnieniem dysponowania zasobami niezbędnymi

do realizacji zamówienia. O ile, więc można by przyjąć stanowisko, że Zamawiający uprawniony jest do żądania dokumentu potwierdzającego należyte umocowanie dla osoby podpisującej dane zobowiązanie na etapie publikacji ogłoszenia to *a contrario* należy uznać, że brak wyraźnego sprecyzowania takiego wymogu pozbawia Zamawiającego możliwości zasadnego twierdzenia, że wykonawca zobligowany był załączyć taki dokument wraz z zobowiązaniem.

W zaistniałym stanie rzeczy bezsprzecznym zdaniem Odwołującego jest fakt, że ani w ogłoszeniu ani w SIWZ nie znalazł się wymóg dołączenia w sytuacji powoływania się na zasób podmiotu trzeciego jakiegokolwiek dokumentu, na potwierdzenie prawidłowego umocowania osoby podpisującej zobowiązanie w imieniu tego podmiotu. W szczególności Zamawiający nie może wywodzić takiego obowiązku z zapisu SIWZ, który oparty jest wprost na art. 26 ust. 2b Pzp co zostało wykazane powyżej. Nie może również w sposób dorozumiany przewidzieć takiego obowiązku, gdyż byłoby to sprzeczne z istotą przejrzystości ogłoszenia, poprzez fakt, że wykonawcy chcący korzystać z zasobów

podmiotów trzecich nie mieliby możliwości pozyskania z ogłoszenia pełnej wiedzy w zakresie wymaganych przez Zamawiającego dokumentów.

Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy zasobów lub inne dokumenty (np. umowa, potwierdzenie zawarcia umowy itp.), które wykonawca może złożyć, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, w celu udowodnienia zamawiającemu okoliczności dysponowania zasobami, jest dokumentem składanym w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp. Wszelkie wątpliwości, co do prawidłowości reprezentacji podmiotu trzeciego w złożonym przez wykonawcę zobowiązaniu tego podmiotu do udostępnienia zasobów lub też w jakimkolwiek innym dokumencie złożonym przez wykonawcę na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 2b Pzp, podlegają wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Zamawiający ma, więc uprawnienie do weryfikowania prawidłowości reprezentacji podmiotu trzeciego. W takiej sytuacji zamawiający jest jednak zobowiązany do zastosowania procedury wyjaśniającej przewidzianej w art. 26 ust. 4 Pzp. Takie stanowisko zostało również przyjęte w wyroku KIO z dnia 20.05.2011 r., sygn. akt: KIO 945/11): *W przypadku powzięcia wątpliwości, co do należytego umocowania takiej osoby, zamawiający ma prawo i obowiązek, w oparciu o przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwać wykonawcę do ich wyjaśnienia.* Treść załączonego do niniejszego odwołania pisma, jak i pisma do Zamawiającego, bezspornie świadczy, o tym iż zobowiązanie zostało podpisane przez osobą upoważnioną, co potwierdza iż oświadczenia podmiotu trzeciego złożyła osoba umocowana do reprezentowania. Na kanwie niniejszego stanu faktycznego, Zamawiający zaniechał wyjaśnienia treści zobowiązań złożonych w ramach uzupełnienia dokumentów przez odwołującego, w zakresie powziętych wątpliwości, co do umocowania osoby R…… H…… do reprezentacji firmy STARMAX M…… H……, do czego był zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp.

Co do zarzutu ewentualnego w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, z daleko posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający zaniechał ustawowego obowiązku wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów stwierdzających, że Pan R…….. H…… podpisujący zobowiązanie podmiotu trzeciego był uprawniony do działania w imieniu tego podmiotu. Zgodnie, bowiem z art. 26 ust. 3 *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny*

potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Ratio legis przepisu

art. 26 ust. 3 Pzp jest jasne - postępowanie uzupełniające ma zapobiegać eliminowaniu z postępowania wykonawców, którzy popełnili drobne błędy i konieczności wyboru w takich sytuacjach mniej korzystnych wykonawców.

Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający ma prawo żądać udowodnienia, że osoby, które złożyły zobowiązanie w imieniu podmiotów udostępniających swoje zasoby, miały stosowne umocowanie, jednak powinien dać wykonawcom możliwość wyjścia naprzeciw jego żądaniom. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp wyodrębnia dokument pełnomocnictwa od dokumentów i oświadczeń wymienionych w art. 25 ust. 1 Pzp, które podlegają uzupełnieniu. Kierując się regulacją ustawową i ogłoszeniem o zamówieniu, Odwołujący Wykonawca przedłożył wymagane dokumenty dowodzące, że posiada niezbędne zasoby do zrealizowania zamówienia. Dodać należy, że celem przepisu art. 26 ust. 3 Pzp było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Postanowienia te dopuszczają poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Podjęte przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu czynności prowadzą natomiast do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, ponieważ wyklucza się wykonawcę zdolnego do realizacji zamówienia z powodu nie złożenia dokumentu, który nie jest wymagany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w przepisach prawa (wyrok KIO u sygn. akt. 452/11). Zamawiający nie wzywając Wykonawcy do złożenia dokumentów zgodnie z procedurą określoną w cytowanym przepisie uchybił regulacjom ustawowym. Z obowiązku wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów upoważniających Pana R…… H…….. do dokonania czynności w imieniu STARMAX M…… H……., nie zwalniał również fakt, iż Wykonawca został wezwany w dniu 21.05.2013 r. do złożenia zobowiązań podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów. Wykonawca, uzupełnił ten dokument w sposób prawidłowy. Skoro, bowiem brak takiego dokumentu spowodowało wykluczenie Wykonawcy z postępowania i miało wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty, to dokument ten - zawierający przedmiotowe upoważnienie, powinien być wymieniony w wezwaniu do złożenia dokumentów, a tym bardziej w SIWZ. śadne okoliczności nie zwalniały Zamawiającego z realizacji obowiązku przeprowadzenia ustawowo określonej procedury uzupełnienia dokumentów zgodnie z przepisami ustawy, z uwagi na brak potwierdzenia umocowania osób podpisujących zobowiązania podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji niezbędnych

zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, do działania w imieniu tego podmiotu trzeciego. Z powyższym stanowiskiem zgadzają się przedstawiciele doktryny. Zgodnie z komentarzem do przepisów ustawy (...) *w przypadku błędnie złożonego oświadczenia zamawiający ma obowiązek wezwać do jego uzupełnienia przez złożenie nowego, bezbłędnego oświadczenia.* (D. Rogoń, Komentarz do przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, zmienionych ustawą z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U.06.79.551) LEX). Obowiązek wezwania do złożenia dokumentów jest obligatoryjny, nie można więc mówić o dowolności postępowania zamawiającego w tej materii (wyrok KIO z 09.03.2012 r., KIO 419/12). Również UZP stwierdził, że *„obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do wszystkich dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. O tym, czy konieczne jest uzupełnienie dokumentów przez wykonawców, również decyduje zamawiający, biorąc pod uwagę analizę otrzymanych oświadczeń. Należy jednak pamiętać, że zaniechanie takiego wezwania w przypadku braku wymaganych dokumentów stanowiłoby naruszenie ustawy Pzp, nie mówiąc już o braku możliwości właściwej i zgodnej z prawem oceny oferty."* (Autor: M. A. Lebensztejn Uzupełnianie dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego od podstaw, stan prawny na 15.01.2013 r.). Zamawiający jest zobowiązany do żądania od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, który w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powołuje się - na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy - na zasoby podmiotu trzeciego, uzupełnienia dokumentów (pełnomocnictwa czy odpisu z KRS), z których wynikałoby umocowanie osoby podpisującej zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, do działania w imieniu tego podmiotu

trzeciego. (sygn. akt: KIO 2213/11 z dnia 25.10.2011 r.). Wykonawca biorący udział w postępowaniu, ma prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w SIWZ oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielenia zamówień publicznych, a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielenia zamówień publicznych. Uznać bezsprzecznie należy, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasady zamówień publicznych, w tym w szczególności zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł SO w Bydgoszczy oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących ze względu na ich właściwość. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców

11

(postanowienie SO w Bydgoszczy z dnia 17.03.2008 r., sygn. akt: VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie ustawodawca nakłada na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (Wyrok SO w Gliwicach z dnia 22.04.2008 r., sygn. akt: X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3 obliguje Zamawiającego do przestrzegania przywołanych zasad oraz przepisów obowiązujących. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nakazuje Zamawiającym do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielenia zamówień publicznych, czego w niniejszej sprawie zabrakowało. (wyrok KIO z dnia 30.01.2012 r., sygn. akt: KIO 84/12). Został wykluczony Wykonawca zdolny do realizacji zamówienia z powodu niezłożenia dokumentu, który nie jest wymagany w ogłoszeniu o zamówieniu. Na marginesie wskazał, iż Zamawiający nie skorzystał z możliwości konwalidowania swoich błędów. Odwołujący przed terminem do wniesienia odwołania poinformował na piśmie Zamawiającego o naruszeniach przepisów, jakich dopuścił się podczas postępowania, przedkładając jednocześnie pełnomocnictwo Pana R…… H……. do podejmowania czynności w imieniu STARMAX M…….. H…….. Zamawiający jednakże nie znalazł podstaw do unieważnienia czynności związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty. Z uwagi na rygor należytej staranności leżący po stronie Zamawiającego, Zamawiający był uprawniony oraz zobowiązany do podejmowania działań zmierzających naprawienia własnych błędów. Dopiero, bowiem każdorazowe przestrzeganie przepisów Pzp, na każdym etapie postępowania, skutkować będzie prowadzeniem postępowania z poszanowaniem zasad równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp), a w konsekwencji udzieleniem zamówienia publicznego zgodnie z przepisami Pzp (art. 7 ust. 3 Pzp).

Zamawiający w dniu 07.06.2013 r. wezwał (e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. śadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 24.06.2013 r. (faxem i e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu.

12

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko określone w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty. W uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Odwołującego Zamawiający jako wadę dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego wskazał iż: *(...) Dokumentów upoważniających Pana R…… H…… do podjęcia ww. czynności w imieniu STARMAX M…… H…….. nie załączono do złożonych zobowiązań. W związku z powyższym Wykonawcy nie udowodnili Zamawiającemu, iż będą dysponować zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.*

Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku dot. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (...). Zamawiający w powyższych słowach nie kwestionuje podnoszonej w odwołaniu prawidłowej treści, formy ani możliwego, ale niczym nie potwierdzonego umocowania osoby R……. H…….., co zarzuca Odwołujący. Zamawiający podkreślił jedynie kwestię nieprzedłożenia dokumentu na podstawie którego mógłby ocenić fakt takiego umocowania, abstrahując od faktu czy takowe istnieje czy też nie. Zamawiający w tym miejscu pragnie podkreślić fakt, iż w treści odwołania, jak pisze Odwołujący *(...)Z obowiązku wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów upoważniających (...) nie zwalniał również fakt, iż Wykonawca został wezwany w dniu 21 maja 2013 roku do złożenia zobowiązań podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (...),* Odwołujący co prawda wskazał tiret pierwszy naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, jednak z powyższego wynika, iż jest to konsekwencją zaniechania wezwania do złożenia dokumentów stwierdzających umocowanie R……. H……, a nie jak to jest podnoszone w odwołaniu błędnej wykładni stosowania art. 26 ust. 2b przez Zamawiającego. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 wg powyższego ściśle związane jest z naruszeniem art. 26 ust. 3 Pzp. W związku z czym Odwołujący w treści wniesionego odwołania uznaje poniekąd zasadność i niezbędność w niniejszym postępowaniu dokumentu upoważniającego R……. H…….. do dokonania czynności udostępnienia zasobów w imieniu podmiotu trzeciego, natomiast w treści odwołania tiret pierwszy jest ona podważana. Z powyższego stanu faktycznego wynika więc jednoznacznie, że zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał odwołującego - zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2b Pzp - do przedłożenia pisemnego zobowiązania STARMAX M……. H…… do oddania odwołującemu do dyspozycji zasobów, podpisanego przez osobę lub osoby upoważnione do reprezentowania tych podmiotów. Jest to zwykłe i oczywiste wymaganie wynikające z zasad prawa cywilnego, zgodnie z którymi tylko osoba upoważniona do reprezentacji danego podmiotu może zaciągnąć w jego imieniu zobowiązanie. W odniesieniu do treści art. 26 ust. 2b Pzp - zobowiązanie podmiotu trzeciego można uznać za udowadniające dysponowanie zasobem wyłącznie, jeśli skutecznie zobowiązuje ono podmiot trzeci, czyli m.in. jest podpisane przez osobę upoważnioną do występowania w imieniu tego podmiotu. W przypadku działania przez pełnomocnika to pełnomocnictwo *"udowadnia",* że dana osoba jest osobą

upoważnioną do reprezentacji. Na gruncie prawa cywilnego nie ma również wątpliwości, że pełnomocnik posiada tylko taki zakres umocowania, jaki nadał mu mocodawca. W przypadku pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej, zakres umocowania określony jest łatwą do ustalenia treścią pełnomocnictwa, więc jakakolwiek argumentacja o pozapisemnym zakresie umocowania nie wynikającym z przedstawionego pełnomocnictwa nie zasługuje na akceptację. Należy też zwrócić uwagę, że takowe pisemne pełnomocnictwo było konieczne w niniejszym postępowaniu na gruncie zasady pisemności wyrażonej w art. 9 ust. 1 Pzp oraz art. 26 ust. 2b Pzp w zw. z art. 99 § 1 Kc, tj. przy wymogu pisemności zobowiązania również pełnomocnictwo musi być udzielone w tej samej formie. Niestety takie pisemne pełnomocnictwo nie zostało w niniejszej sprawie przedstawione zamawiającemu. Zatem Odwołujący nie przedstawił zamawiającemu wymaganego przez niego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów *"pisemnego zobowiązania do oddania dla Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, podpisanego przez osobę/y upoważnioną/e do reprezentacji tego podmiotu",* czyli nie uzupełnił prawidłowo wymaganego dokumentu. Co więcej zamawiający dokładając należytej staranności sprawdził w rejestrze CEIDG czy podmiot oddający do dyspozycji niezbędne zasoby posiada ustanowione na stałe, bądź czasowo i odpowiednio ujawnione osoby uprawnione poza prowadzącym działalność do jego reprezentowania. W wyniku powyższych czynności zostało ustalone, iż w przedmiotowym rejestrze nie było żadnych informacji o takowych pełnomocnikach (w tym pełnomocnictwie dla Pana R…… H……..). W związku z powyższym Zamawiający nie miał możliwości postąpienia w inny sposób jak tylko wykluczyć Odwołującego z postępowania. Dodatkowo należy podkreślić, że wzywanie Odwołującego do uzupełnienia pełnomocnictwa w brakującym zakresie byłoby postacią ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentu w zakresie zobowiązania oddania odwołującemu do dyspozycji zasobów. W ocenie zamawiającego przy uzupełnianiu dokumentów w ogóle nie przedłożonych zamawiającemu wraz z ofertą czy wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu obowiązuje zasada, iż w ramach uzupełnienia muszą być one od razu uzupełnione poprawnie - tylko przy dokumentach, które zamawiający

już posiada, może on wskazać zauważone w nich wady. Nie może być tak, iż wykonawca najpierw uzupełnia *"brak"* owych dokumentów w ogóle, a dopiero potem - już w uzupełnionych - ich *"wady".* Powyższe w pełni znajduje odzwierciedlenie w linii orzeczniczej KIO oraz SO, orzeczenia: KIO 2494/12, KIO 2213/11, SO w Katowicach w wyroku z dnia 24.03.2011 r., XIX Ga 92/11, KIO 2332/12, KIO 84/12, KIO 2494/12, KIO 804/13 KIO 808/13. Biorąc pod uwagę fakt, iż jak dotąd w orzecznictwie KIO nie kwestionowano i nie rozstrzygano co do zgodności treści SWIZ z obowiązującymi przepisami, w której to Zamawiający wymaga przedłożenia dokumentów poświadczających prawidłową reprezentację czy też upoważnień dla pełnomocników podmiotów

udostępniających swoje zasoby, Izba rozstrzygała w zaistniałym stanie faktycznym tj. bądź przy uregulowaniu powyższych kwestii w SIWZ bądź przy ich braku wraz z powoływaniem się na przepisy ustawy Pzp i inne powszechnie obowiązujące.

W kwestii interpretacji art. 26 ust 2b Pzp i pojęć zobowiązanie podmiotu trzeciego oraz dokumentów się na niego składających Zamawiający zwraca szczególną uwagę na rozstrzygnięcie w wyroku KIO 72/13 w którym to:

1) w podobnie skonstruowanej SIWZ i ogłoszeniu tj. niezawierającym i wzmianek o potrzebie przedstawienia upoważnień od podmiotów trzecich izba oddaliła odwołanie. *(...)Ogłoszenie, ani SIWZ nie wymieniały w katalogu dokumentów jakie mają złożyć wykonawcy, dokumentów potwierdzających, że osoby składające oświadczenie w imieniu podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp, są uprawnione do reprezentowania tych podmiotów (jak to nazwał zamawiający, że ich podpis jest „prawomocny"). Zapisy jakie dotyczyły kwestii udostępniania zasobów wskazywały, że jeżeli wykonawca będzie polegał na doświadczeniu innych podmiotów, to zobowiązany jest przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (wiedzy i doświadczenia) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. (...).*
2) Nie uwzględniono argumentacji Odwołującego w której powoływał się na rozstrzygnięcia Izby: KIO 447/11, 449/11,452/11, 1530/11, 1781/11, 1259/12 (co ma miejsce również w niniejszej sprawie). (...) *Jednocześnie Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego oraz przystępującego (...)że faktyczna dostępność przekazywanych zasobów potwierdzana jest m.in. przez wykazanie, że osoba podpisująca oświadczenie o zobowiązaniu do ich udostępnienia jest uprawniona do złożenia takiego oświadczenia. (...) Przy czym równolegle znajdują zastosowanie przepisy regulujące funkcjonowanie i sposób reprezentacji podmiotów występujących w obrocie prawnym. (...) Obowiązkiem zatem wykonawcy w przypadku, gdy korzysta z potencjału podmiotów trzecich, jest rzeczywiste wykazanie, że tym potencjałem będzie dysponował. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego powinna określać: kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. Zobowiązanie takie stanowi oświadczenie woli podmiotu w rozumieniu przepisów ustawy Kodeks cywilny. Tym samym do powyższego zobowiązania, w związku z treścią art. 14 P.z.p., należy stosować wprost przepisy Tytułu IV Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego dotyczące czynności prawnych (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2010 r. sygn. KIO/UZP 2316/10, KIO/UZP 2368/10). Ważność czynności prawnej zależy od dokonania tej czynności zgodnie z normatywnie określonymi regułami konstytutywnymi podmiotu decydującego się na*

udostępnienie zasobów. W szczególności ważność takiej czynności zależy od posiadania zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych i właściwego umocowania osoby składającej tego rodzaju oświadczenie woli. Zaniechanie wykazania przez odwołującego faktycznego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, w tym wykazanie ważności czynności prawnej - złożenia przez podmiot trzeci oświadczenia o zobowiązaniu do udostępnienia tych zasobów, poświadcza, że zasoby takie nie mogą zostać uznane za faktycznie udostępnione. Tym samym, Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że pomimo nieuzupełnienia dokumentów na wezwanie, wystarczające były dokumenty zawarte w ofercie, a w szczególności samo zobowiązanie do udostępnienia zasobów

wiedzy i doświadczenia, strona 62 oferty, podpisane przez osobę o nieustalonym statusie, co do pełnionej funkcji z wymienieniem jedynie nazwy podmiotu zasoby, pod "podpisy osób do udostępniającego adnotacją upoważnionych reprezentowania firmy." (...)W przypadku udostępniania zasobów, przepis wymienia jedynie przykładowy dokument „zobowiązania podmiotu udostępniającego" co świadczy, że mogą być przedłożone inne dokumenty na dowiedzenie realnego udostępnienia zasobów. Przedstawienie zaś dokumentu rejestrowego danego podmiotu, ewentualnie wraz z pełnomocnictwem jest czynnością immanentnie związaną z wykazaniem ważności i skuteczności zaciągniętego zobowiązania, a więc w komplecie to zobowiązanie stanowi.(...)

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2b Pzp poprzez uznanie, iż ww. przepis nakłada na Odwołującego obowiązek złożenia pełnomocnictw potwierdzających umocowanie osób podpisujących zobowiązanie podmiotu trzeciego, Zamawiający zaznacza, iż nie w każdym przypadku niezbędne jest załączenie dokumentu z którego wynika kto jest uprawniony do reprezentacji podmiotu trzeciego. Chociażby działalność gospodarcza wykonywana osobiście i dokumenty wystawione przez osobę której imię i nazwisko widnieją w firmie wystarczająco udowadniają odpowiednią reprezentację tego podmiotu. Powyższe mogłoby mieć miejsce w przypadku podmioty STARMAX M…….. H……, gdyby dany podmiot trzeci nie zdecydował się działać poprzez pełnomocnika w przedmiotowej sprawie. śądanie choćby aktualnego odpisu z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej na potwierdzenie umocowania M…… H……. byłoby oczywiście zbędne (przedmiotowy rejestr jest jawny i zamawiający sam może sprawdzić reprezentację podmiotu). W związku z czym to na podmiocie, który domaga się wywołania określonych skutków prawnych powinien spoczywać obowiązek udowodnienia określonych faktów co zresztą wynika z obowiązujących przepisów prawa *(art. 6 k.c, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne).*

W zakresie zarzutów naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp i zaniechania wezwań do złożenia wyjaśnień odnośnie prawidłowości reprezentacji STARMAX M…… H…….

bądź zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów upoważniających Zamawiający przedstawił powyżej orzecznictwo Izby w którym udowodniono, że fakt złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego powinien wiązać się z udowodnieniem umocowania osoby podpisującej takie zobowiązanie. Oprócz powyżej wskazywanych Zamawiający przedstawia następujące orzecznictwo i argumentację. Zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp jest powszechnie stosowana w orzecznictwie a ograniczenia w jej stosowaniu znajdują uzasadnienie w szczególnych okolicznościach niemożliwych do przewidzenia czy pominiętych na etapie pierwotnego wezwania. Bez znaczenia pozostaje fakt, czy Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wezwania do złożenia upoważnienia na etapie wezwania z dnia 21.05.2013 r. czy też zaniechanie wezwanie do złożenia właściwego upoważnienia już po złożeniu wymaganego zobowiązania (z treści odwołania wywieść odpowiedniego żądania nie sposób). Wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w niniejszej sprawie jest zbędne i nie wnoszące nic do sprawy, bowiem nie przyczyni się to do udowodnienia posiadania uprawnień przez Pana R……. H……. w odpowiedniej formie i czasie. Co więcej wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w niniejszej sprawie byłoby faktycznym powtórnym wezwaniem

Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp co powodowałoby naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Biorą pod uwagę powyższe można postawić pytanie czym różni się umocowanie do złożenia oferty w imieniu wykonawcy od umocowania do udostępnienia zasobów w imieniu podmiotu trzeciego. śaden przepis Pzp nie nakłada obowiązku przedstawienia pełnomocnictwa do reprezentowania Wykonawcy w postępowaniu, w tym zakresie (ale czy tylko w tym) zastosowanie ma k.c. Art. 26 ust. 3 Pzp jednakże stanowi: *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw.* Ustawa Pzp nie kładzie tu nacisku na konieczność wyrażenia wymogu pełnomocnictwa w SIWZ, czy ogłoszeniu, a jedynie na wymóg żądania w stosunku do oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Badanie samej oferty jak i dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego przez pryzmat ich ważności w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 8 powinno być dokonywane w ten sam sposób. W związku z tym stawianie wymagań odnośnie SIWZ i ogłoszenia w zakresie

udowadniania umocowania do reprezentacji podmiotu trzeciego powinno traktowane być na równi z reprezentacją samego Wykonawcy. Braku wymogu przedstawienia pełnomocnictwa od Wykonawcy w treści SIWZ, czy ogłoszeniu nikt skutecznie nie mógłby zakwestionować, a żądanie przedstawienia pełnomocnictwa do reprezentacji wykonawcy w postępowaniu jest oczywiste.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający nie podziela argumentacji Odwołującego wg której zresztą trudno wywieść czego ona dotyczy.

17

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący w sposób bezcelowy dokonuje sumowań wartości swoich ofert oraz ofert dwóch różnych wykonawców. Wskazuje to na kompletny brak rozumienia (lub też ma stworzyć pozory takiego braku) instytucji oferty częściowej, której składanie Zamawiający dopuścił w niniejszym postępowaniu. Zgłaszanie zarzutu naruszenia przepisów Pzp w stosunku do Odwołującego przy braku wykazania naruszeń przy ocenie 2 ofert z niższymi cenami niż oferta Odwołującego skutecznie podważa zasadność interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w 4 części postępowania. Zamawiający nie rozstrzyga czy działanie Odwołującego w tym względzie jest świadome i ma na celu utrudnienie postępowanie o udzielenie zamówienia poprzez wywołanie skutku zakazu zawarcia umowy w części 4 postępowania, jednakże wskazuje, iż powyższe działanie odwołującego może zostać w ten sposób odebrane.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, wyjaśnieniami SIWZ z dnia 12.04.2013 r., wyjaśnieniami i modyfikacja SIWZ z dnia 17.04.2013 r., wyjaśnieniami SIWZ z dnia 18.04.2013 r., ofertą Odwołującego w cz. 5, wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 21.05.2013 r., stosownym uzupełnieniem Odwołującego, zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. w cz. 4 i 5 z dnia 28.05.2013 r. zawierającym także informacje o odrzuceniu oferty Odwołującego w cz. 4 i 5, pismem Odwołującego skierowanym do Zamawiającego z dnia 03.06.2013 r. wraz z załącznikiem, odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, pismem Odwołującego złożonym na posiedzeniu, po wysłuchaniu oświadczenia, jak i stanowiska stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izba stwierdza, że przedmiotowe odwołanie dotyczy postępowania wszczętego ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 03.04.2013 r., czyli po wejściu w życie ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271).

Nadto, Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu w cz. 5, a jego oferta odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

18

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1359/13, postanowień SIWZ, wyjaśnień SIWZ z dnia 12.04.2013 r., wyjaśnień i modyfikacji SIWZ z dnia 17.04.2013 r., wyjaśnień SIWZ z dnia 18.04.2013 r., oferty Odwołującego w cz. 5, wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 21.05.2013 r., stosownego uzupełnienia Odwołującego, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. w cz. 4 i 5 z dnia 28.05.2013 r. zawierającego także informacje o odrzuceniu oferty Odwołującego w cz. 4 i 5, pisma Odwołującego skierowanego do Zamawiającego z dnia 03.06.2013 r. wraz z załącznikiem (upoważnieniem Pana R…….. H……. do działania w imieniu STARMAX M…….. H…….), odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma Odwołującego złożonego na posiedzeniu.

Izba nie dopuściła dowodu z przesłuchania strony Pani E…….. K……., gdyż fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty:

a) art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 25 ust. 4 Pzp, poprzez wykluczenie z postępowania Wykonawcy, ze względu na fakt nie spełnienia warunków do udziału w postępowaniu, tj. poprzez przedłożenie przez Wykonawcę zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego STARMAX M…….. H……., podpisane przez Pana R……. H……, nie załączając do złożonego zobowiązania dokumentów upoważniających do podjęcia czynności w imieniu podmiotu, co skutkowało odrzuceniem oferty, podczas gdy ze zgromadzonej dokumentacji przetargowej wynika, iż Wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a przede wszystkim oświadczenie podmiotu trzeciego, w którym zobowiązuje się do udostępnienia zasobów posiada stosowną treść, z której wynika, iż podmiot STARMAX M…….. H…….. zobowiązuje się do oddania niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, jak i formę pisemną oraz zostało podpisane przez osobę uprawniona, zaś dokument stwierdzający umocowanie osoby do dokonania czynności prawnej nie może być uznany za dokument składany w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

b) art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez uznanie iż naruszony przepis nakłada na Wykonawcę obowiązek złożenia pełnomocnictw/ upoważnień potwierdzających umocowanie osób

podpisujących zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, podczas gdy naruszony przepis, jednocześnie żaden przepis Pzp, ani też rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie zobowiązuje Wykonawcy do złożenia pełnomocnictw/upoważnień potwierdzających umocowanie osoby podpisującej zobowiązanie do reprezentacji danego podmiotu.

c) art. 26 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w celu zweryfikowania prawidłowości reprezentacji podmiotu trzeciego STARMAX M……. H…….. dla dokumentu zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów, tj. 2 sztuk pojazdów przystosowanych do załadunku i transportu odpadów zawierających azbest,

d) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Konsorcjum GRE5BUD Sp. z o.o.; GRESBUD G…….. K……, do uzupełnienia dokumentów upoważniających Pana R…….. H…… do podjęcia czynności w imieniu STARMAX M…….. H……..- jako podmiotu zobowiązanego do udostępnienia zasobów,

e) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru ofert Nr 21 dla cz. 4 zamówienia, oraz oferty Nr 17 dla cz. 5 zamówienia jako ofert najkorzystniejszych, podczas gdy ze zgromadzonej dokumentacji przetargowej wynika, iż oferta Nr 15 dla cz. 4 zamówienia, oraz oferta Nr 16 dla cz. 5 zamówienia winny zostać wybrano jako oferty najkorzystniejsze, bowiem gdyby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia ww przepisów oferty odwołującego się Wykonawcy uzyskałyby najwyższą ilość punktów według kryteriów przedstawionych w SIWZ.

f) art. 91 i 92 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty w cz. 5 nie będącej najkorzystniejszą na podstawie kryterium oceny ofert określonego w rozdz. XVI SIWZ, w konsekwencji błędnego wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty,

g) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem przepisów Pzp.

Na posiedzeniu Odwołujący złożył pismo w ramach, którego sprostowała odwołanie, precyzując, że dotyczy ono tylko i wyłącznie cz. 5 zamówienia. Nadto, skorygował, że w odwołaniu omyłkowo sformułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 25 ust. 4 Pzp, gdy chodziło o zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 Pzp. Izba z uwagi na charakter zarzutów postawionych przez Odwołującego, rozpatrzy w/w zarzuty, za wyjątkiem zarzutu alternatywnego - naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp – uznając powyższe zarzuty za zasadne.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów:

Zamawiający określił w rozdz. V ust.1 pkt 3 SIWZ – w ramach warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, że

o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 Pzp dotyczące m.in. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W opisie sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku stwierdzono, że Wykonawca spełni ten warunek, jeżeli wykaże, że: – dysponuje narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi dostępnymi Wykonawcy: a) dysponowanie min. 3 pojazdami (w tym min. 1 o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 tony) przystosowanymi do załadunku i transportu odpadów zawierających azbest tj. wyposażonymi w urządzenia dźwigowe umożliwiające załadunek przygotowanych odpadów na pojazd, przestrzeń ładunkową pozbawiona elementów umożliwiających uszkodzenie opakowań w trakcie transportu oraz wyposażona w mocowania opakowań tak aby ładunek nie był narażony na wstrząsy, przewracanie lub wypadniecie z pojazdu zgodnie z § 10 Rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 02.04.2004 r. w sprawie sposobów i warunków bezpiecznego użytkowania i usuwania wyrobów zawierających azbest (Dz. U. z 2004 r., Nr 71, poz. 649 z późn. zm.) (…) Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnym 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 (w oryginału). Z kolei w rozdz. VI ust.1 pkt 6 SIWZ – w ramach wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający stwierdził, że w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 Pzp, których opis sposobu spełniania został dokonany przez Zamawiającego należy przedłożyć: Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę) według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ. Natomiast w rozdz. VI ust. 4 SIWZ stanowi w zakresie dokumentów podmiotu trzeciego, że jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa rozdz. V ust. 1 SIWZ, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający nie żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 2, tzn. w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp. Dodatkowo w rozdz. VII - Uwagi dotyczące formy składanych dokumentów – podnosi, że m.in. w przypadku

Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, na zasobach których Wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio Wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczone za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub te podmioty. Zaś, w rozdz. XI. Opis sposobu przygotowania ofert, ust.1 Uwagi ogólne pkt 3 stwierdza, że w przypadku ustanowienia pełnomocnika Wykonawca składa wraz z ofertą także – pełnomocnictwo do reprezentowania Wykonawcy (jeżeli oferta i załączniki nie będą podpisane przez osobę/y wskazaną/e w rejestrze sądowym lub innym dokumencie właściwym dla formy organizacyjnej Wykonawcy). Z pełnomocnictwa musi jednoznacznie wynikać do jakich czynności prawnych dana osoba/y została/y umocowana/e (w formie oryginału lub kopii poświadczonej przez notariusza za zgodność z oryginałem). Odwołujący w ramach oferty na cz. 4 i 5 zamówienia przedłożył stosowny wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę) według wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ (str. 18 ofert na cz. 4 i 5 zamówienia). W pierwszej pozycji wykazał 2

szt. pojazdu wyposażonego w: - urządzenia dźwigowe umożliwiające załadunek przygotowanych odpadów na pojazd, - przestrzeń ładunkową pozbawioną elementów uszkodzenie w oraz wyposażoną umożliwiających opakowań trakcie transportu w mocowania opakowań tak aby ładunek nie był narażony na wstrząsy, przewracanie lub wypadnięcie z pojazdu - wynajem, a w drugiej pozycji 1 szt. pojazdu o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 tony wyposażonego w: - urządzenia dźwigowe umożliwiające załadunek przygotowanych odpadów na pojazd, - przestrzeń ładunkową pozbawioną elementów umożliwiających uszkodzenie opakowań w trakcie transportu oraz wyposażoną w mocowania opakowań tak aby ładunek nie był narażony na wstrząsy, przewracanie lub wypadnięcie z pojazdu – własność. Pismem z dnia 21.05.2013 r. Zamawiający wezwał m.in. do złożenia zobowiązań podmiotu trzeciego do oddania ww. Wykonawcy do dysponowania niezbędnych zasobów, tj. 2 szt. pojazdów przystosowanych do załadunku i transportu odpadów zawierających azbest (w formie oryginału). Wskazał, ze Wykonawca w złożonym wykazie w informacji o podstawie dysponowania ww. zasobami (poz. 1 wykazu) jako podstawę wskazał wynajem. Do ofert w cz. 4 i 5 dowodów, iż wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnym do realizacji zamówienia nie załączono. W ramach stosownego uzupełnienia złożono m.in. zobowiązanie dla cz. 4 i 5 do udostępnienia zasobów wystawione na podmiot STARMAX M…….. H…… ul. Przyjaźni 9/29, 20-314 Lublin. Dokument został podpisany przez Pana R…… H…….. Pismem z dnia 03.06.2013 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu upoważnienie Pana R…….. H……. do działania w imieniu STARMAX M……. H……..

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności, Izba podtrzymuje stanowisko wynikające z orzeczeń przywołanych przez Odwołującego, tzn. wyroku KIO z dnia 18.05.2011 r., sygn. akt: KIO/447/11, sygn. akt: KIO 449/11, sygn. akt: KIO 452/11, wyroku KIO z dnia 28.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1281/11, wyroku KIO z dnia 29.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1530/11, postanowieniu KIO z dnia 29.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1781/11, wyroku KIO z dnia 27.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1259/12, a pośrednio także w wyroku KIO z dnia 20.05.2011 r., sygn. akt: KIO 945/11. Należy zauważyć, że art. 26 ust.3 Pzp wyodrębnia dokument pełnomocnictwa od dokumentów i oświadczeń wymienionych w art. 25 ust. 1 Pzp. W konsekwencji dokumenty stwierdzające umocowanie osoby do dokonania czynności prawnej nie mogą być uznane za dokumenty składane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Skoro w wezwaniu z dnia 21.05.2013 r. Wykonawca przedłożył stosowne zobowiązanie o odpowiedniej treści i formie – Zamawiający jego nie kwestionował, czyli zobowiązanie jest realne, nie można mówić o nie spełnianiu warunków udziału w postępowaniu z rozdz. V ust.1 pkt 3 SIWZ.

Z treści przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, określającej obowiązek wykonawcy udowodnienia Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, ani innego przepisu Pzp, tudzież rozporządzenia wykonawczego, tj. Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) nie wynika obowiązek złożenia pełnomocnictw, upoważnień lub KRS-u, potwierdzających umocowanie, osób podpisujących dane zobowiązanie, do reprezentacji danego podmiotu.

Izba podzieliła także stanowisko Odwołującego, że w zakresie stosownych dokumentów potwierdzających umocowanie, Zamawiający ma prawo jedynie oczekiwać od Wykonawcy wyjaśnień treści złożonych oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Powyższe było tym bardziej zasadne wobec wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie, na które wskazywał na rozprawie. Należy także przypomnieć, że zastosowanie art. 26 ust.4 Pzp jest obowiązkiem Zamawiającego, a nie jego uprawnieniem.

W ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał na rozprawie, że z powodu nie wykazania przez Odwołującego umocowania osoby podpisującej zobowiązania podmiotu trzeciego wynika nieważność tego zobowiązania. Zamawiający przyjął nieuprawnione domniemanie,

że zobowiązanie podpisała osoba nieupoważniona, choć brak było dowodu, że osoba podpisująca zobowiązanie nie jest do tego umocowana, a z Rozdz. II, Działu V, Tytułu IV Księgi pierwszej KC nie wynika termin w jakim pełnomocnik winien okazywać dokument pełnomocnictwa. Zaś art. 14 Pzp nie odsyła do art. 89 Kpc nakazującego okazywanie dokumentu pełnomocnictwa, przy pierwszej czynności procesowej. Nadto, przedsiębiorca ma obowiązek ujawnienia w CEIDG osób umocowanych do reprezentacji w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, a nie do pojedynczych czynności, w konsekwencji brak wskazania takich osób do pojedynczych czynności nie oznacza wcale, że dana osoba jest osobą nieumocowaną. Izba nie neguje prawa Zamawiającego do zbadania, czy przedłożone mu zobowiązanie jest ważne (a w efekcie, czy zasób jest realnie dostępny wykonawcy), ani czy zostało podpisane przez upoważnione do tego osoby, jednak ustawodawca w ustawie Pzp, określił jednoznacznie jeden rodzaj dowodu – zobowiązanie podmiotu trzeciego, a w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013r. poz. 231) określił katalog dokumentów, jaki może być żądany od wykonawcy w zakresie dotyczącym podmiotu trzeciego. Z tego względu Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający nie mógł wezwać Wykonawcy do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, bo przede wszystkim Zamawiający oświadczył, że nie oczekuje odpisu z KRS lub wydruku z CEIDG dla podmiotu trzeciego na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, a bez wyjaśnień Wykonawcy nie mógł przesądzić jednoznacznie charakteru prawnego osoby podpisującej zobowiązanie. W ocenie Izby, zatem jedynym skutecznym sposobem rozwiania wątpliwości Zamawiającego co do złożonego dokumentu zobowiązania innego podmiotu było wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

W konsekwencji zaistniały stan faktyczny w przedmiotowej sprawie, tym bardziej kwalifikował się do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……