

**WYROK**

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 20 października 2010 roku

Sąd Okręgowy w Gdańsku XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy  
w składzie:

Przewodniczący: SSO Ewa Górniak (spr.)

SSO Bożena Kachnowicz-Kokot  
SSO Grażyna Tarkowska

Protokolant: apl. rade. Marcin Szajkowski

po rozpoznaniu w dniu 08 października 2010 roku w Gdańsku

na rozprawie

sprawy ze skargi Skarbu Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni

przy udziale konsorcjum firm:

1. Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co. KG z siedzibą w Papenburgu, Niemcy,
2. Bunte Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,
3. "Moebius-Bau Polska" spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie,
4. Josef Möbius Bau-AG z siedzibą w Hamburgu, Niemcy

w przedmiocie zamówienia publicznego

na skutek skargi zamawiającego Skarbu Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni  
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 12 lipca 2010 r.,  
sygn. akt KIO 1314/10

I. oddała skargę,

II. zasądza od Skarbu Państwa - Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni na rzecz konsorcjum firm: Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co. KG z siedzibą w Papenburgu, Niemcy, Bunte Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie "Moebius-Bau Polska" spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie, Josef Möbius Bau-AG z

Wyrokiem z dnia 12 lipca 2010r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1/ Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co.KG , 26871 Papenburg, Niemcy, 2/ Bunte Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie., 3/Moebius Bau Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie , 4/ Jozef Moebius Bau-AG , Niemcy od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego Urząd Morski w Gdyni przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie 1/Hydrobudowa Gdańsk S.A. w Gdańsku , 2/"Energopol-Szczecin" S.A. w Szczecinie , 3/ Przedsiębiorstwo Robot Czerpalnych i Podwodnych spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku orzekła w ten sposób , iż uwzględniła odwołanie i nakazała powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert., kosztami postępowania w sprawie.

W uzasadnieniu orzeczenia KIO wywiodła zamawiający - Urząd Morski w Gdyni prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Prawo Zamówień Publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia na robotę budowlaną p. „Modernizacja wejścia do portu wewnętrznego (w Gdańsku). Etap I - przebudowa faliochronu wschodniego".

15 czerwca 2010r. zamawiający poinformował odwołującego- 1/Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co.KG , 26871 Papenburg, Niemcy, 2/ Bunte Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie., 3/Moebius Bau Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Szczecinie , 4/ Jozef Moebius Bau- AG , Niemcy o wynikach postępowania - wyborze ofert Konsorcjum w składzie 1/ Hydrobudowa Gdańsk S.A. w Gdańsku (lider), 2/ „Energopol-Szczecin" S.A. w Szczecinie , 3/ Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych sp. z o.o. w Gdańsku zwane w dalszej części „Konsorcjum Hydrobudowa".

25 czerwca 2010r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność wyboru i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Hydrobudowa oraz na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Mostostal. Odwołujący zarzucił zamawiającemu w odwołaniu między innymi

brak odrzucenia i wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum

Hydrobudowa pomimo niezgodności tej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia , a szczególności pkt 9.3 in fine oraz pkt 9.3 lit.h informacji dla wykonawców, co stanowi naruszenie Art.7 ust.3 , Art.22 , Art.26 ust. 2b, Art. 82 oraz Art.89 ustawy pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności oceny ofert i powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając podniesione zarzuty odnośnie oferty Konsorcjum Hydrobudowa odwołujący podniósł, iż w ofercie tej nie zostało wykazane spełnienie warunków udziału w przetargu poprzez spełnienie przesłanek opisanych w pkt 9.3 in fine i.d.w.. Wykonawca , pomimo , iż z oferty wynika , iż będzie polegał na zasobach osób trzecich , nie przedłożył dokumentów , o których mowa w pkt 9.3 lit.j)-o). Wprowadzenie takiego wymagania przez zamawiającego jest zgodne z § 1 ust. 2 rozp. w sprawie rodzajów dokumentów , jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form , w jakich te dokumenty mogą być składane . Zamawiający całkowicie pominął fakt niezgodności tej ofert z z i.d.w. i dopuścił się wyboru oferty w sposób niezgodny z prawem.

W ofercie Konsorcjum Hydrobudowa nie wykazano także spełnienia warunku opisanego w Art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, to jest dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający konstruując wymagania i.d.w. oparł się w tym zakresie na przepisie Art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Zarówno zamawiający, jak i ustawodawca wskazując dokumenty na potwierdzenie dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia wskazują w szczególności pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia. Zgodnie z Art. 26 ust. 2b ustawy pzp jeżeli wykonawca polega na potencjale osobowym innych podmiotów powinien udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami. Do oferty Konsorcjum Hydrobudowa zostało załączone takie pisemne ELZIT spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w treści którego wynika, iż spółka ta zobowiązała się oddać swojego pracownika Ryszarda Latocha wskazanego w wykazie osób, którymi dysponować będzie wykonawca, do dyspozycji Konsorcjum Hydrobudowa Gdańsk S.A. w celu należytego wykonania zamówienia. Odwołujący podnosi, iż zamówienie to jest wadliwe z następujących powodów.

- określenie wykonawcy jako Hydrobudowa Gdańsk S.A., podczas, gdy oferta ta została złożona wspólnie przez 3 podmioty,
- brak wskazania, iż Tomasz Lang jest upoważniony do składania oświadczeń w imieniu ELZIT spółki z o. o.,
- brak wskazania okresu korzystania z pracownika,
- zobowiązania pracodawcy do oddania pracownika do dyspozycji osobie trzeciej bez zgody tego pracownika nie jest wystarczające dla zapewnienia dysponowania pracownikiem osoby trzeciej. Odwołujący przywołał przepis Art. 11 kodeksu pracy zgodnie z którym ustalenie warunków pracy i płacy wymaga zgodnego oświadczenia woli pracodawcy i pracownika, a zatem zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa do takiej zmiany potrzebna jest zgoda pracownika na zmianę warunków pracy. W tej sytuacji wykonawca winien legitymować się zgodą pracownika na taką zmianę.

Odwołujący zaznaczył, iż Art. 26 ust. 2b ustawy pzp zawiera jedynie przykładowe wymienienie dokumentów niezbędnych do spełnienia tego warunku, na co wskazuje użycie w jego konstrukcji sformułowania „w szczególności”. Brak przedstawienia zgody pracownika stanowi ryzyko, iż pracownik odmówi zgody na wykonywanie pracy przy wykonywaniu przez inny niż pracodawca podmiot, co wskazuje na wadliwość zapewnienia wykonawcy o spełnieniu warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Z powyższych względów oferta Konsorcjum Hydrobudowa nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W swych ustaleniach KIO podkreśliła między innymi, iż Konsorcjum Hydrobudowa złożyło ofertę z najniższą ceną, która zgodnie z pkt 25 s.i.w.z. stanowiła jedyne kryterium wyboru ofert.

W pkt 9 i.d.w. s.i.w.z. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków zamawiający w następujący sposób opisał niektóre warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonania ich oceny.

Warunek,, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (...). Ocena spełniania warunków zostanie dokonana w oparciu o złożone w ofercie dokumenty i oświadczenia według formuły: spełnia - nie spełnia. Z treści złożonych dokumentów lub oświadczeń musi wynikać, iż wykonawca odpowiednie warunki udziału w postępowaniu spełnia".

„Jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu, polega m.in. na wiedzy, doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonywania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, obowiązany jest to udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu: pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia" ( pkt 9.3 lit.h).

W ofercie Konsorcjum Hydrobudowa:

W pkt 11 formularza oferty sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik Nr 1 do i.d.w. znajduje się oświadczenie o treści, iż w niniejszej postępowaniu zamierza ono powierzyć podwykonawcom część zamówienia, to jest roboty elektryczne.

W pkt 5 tabeli wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia znajduje się oświadczenie, wymieniające Ryszarda Latocha jako kierownika robót do kierowania robotami budowlanymi

w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych.

Do wykazu dołączono oświadczenie z dnia 18 maja 2005r. podpisane w imieniu ELZIT sp. z o. o. w Wejherowie przez dyrektora Tomasza Langa, w którym m.in. jako przedsiębiorca - osoba prawna do udostępnienia danych swojego pracownika w zakresie wykształcenia oraz doświadczenia zawodowego, a także zobowiązuje się do w przypadku wyboru oferty wykonawcy-Hydrobudowy Gdańsk S.A. oddać swojego pracownika Ryszarda Latocha wskazanego w wykazie osób, którymi dysponować będzie wykonawca do dyspozycji Hydrobudowy Gdańsk S.A. w celu należytego wykonania powyższego zamówienia.

W swych rozważaniach Krajowa Izba Odwoławcza wywiodła, iż odwołujący posiada interes w rozumieniu Art. 179 ust. 1 pzp, gdyż potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania oznaczałoby, iż został w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc tym samym szkodę.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów ust. 7 ust. 3, Art. 22, Art.26 ust.2b, Art. 82 oraz Art.24 ust.2 pkt 4 ustawy pzp przez uznanie, iż Konsorcjum Hydrobudowa nie podlega wykluczeniu z postępowania, pomimo, iż nie zastosowało się ono do przepisu Art.26 ust. 2b pzp w zw. z postanowieniami pkt 9.3 in fine oraz pkt 9.3 lit.h) i.d.w. s.i.w.z. bez wezwania Konsorcjum Hydrobudowa do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, iż załączone do oferty Konsorcjum Hydrobudowa zobowiązanie ELZIT sp. z o. o. do oddania swego pracownika Ryszarda Latocha do dyspozycji jest prawidłowe w świetle przepisu Art. 26 ust.2b pzp oraz postanowienia pkt 9.3 lit.h) i.d.w. s.i.w.z.

Izba zważyła, iż zamawiający zobowiązany był do domagania się od Konsorcjum Hydrobudowa złożenia dokumentów podmiotowych, o których mowa w pkt 9.3 lit.j) do o) i.d.w. s.i.w.z. dla podmiotu, na którego zasobach polega w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, gdyż została spełniona przesłanka opisana w pkt 9.3 in fine i.d.w. s.i.w.z. w zw. z § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w postaci możliwości uczestniczenia przez ten podmiot w realizacji części zamówienia.

Na podstawie analizy oferty Konsorcjum Hydrobudowa można ustalić następujące okoliczności, niesporne pomiędzy stronami a uczestnikiem: po pierwsze - Konsorcjum będzie korzystało przy realizacji zamówienia z „oddelegowanego” do dyspozycji lidera Konsorcjum pracownika (Ryszarda Latocha) podmiotu trzeciego (ELZIT sp. z o. o.), po drugie - pracownik ten ma uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia pełniąc funkcję kierownika robót, o którym mowa w pkt 9.1 ppkt 2 lit.d) i.d.w. s.i.w.z. (specjalność elektroenergetyczna), potrzebie - Konsorcjum zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia w zakresie robót elektrycznych podwykonawcy.

Z tak ustalonego stanu faktycznego strony wyciągają odmienne wnioski.

Zdaniem zamawiającego, z połączenia wyżej wymienionych faktów, nie można wyciągnąć wniosku, iż to ELZIT sp. z o. o. będzie tym podwykonawcą robót elektrycznych - wobec braku takiego wskazania wprost w treści oferty i dokumentach załączonych do oferty.

Odwolujący uważa, iż wniosek taki jest uprawniony wskazując, iż tylko w takim przypadku ma sens wprowadzenie w pkt 9.3 in fine i.d.w. s.i.w.z. obowiązku przedłożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotów trzecich, przy pomocy których zasobów wykonawcy wykazują spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Za powstanie tak określonej sytuacji odpowiada zamawiający, który z jednej strony wprowadził w S.I.W.Z. jako obligatoryjny obowiązek składania przez wykonawców dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w stosunku do podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby i uczestniczących w realizacji zamówienia, z drugiej strony, nie wprowadził obowiązku podania wszystkich proponowanych podwykonawców.

Prawo zamówień publicznych nie przewiduje w żadnym artykule możliwości domagania się przez zamawiającego wskazania podwykonawców, to należy uznać, iż nie jest to zabronione.

Niekonsekwencja zamawiającego w ukształtowaniu obowiązków wykonawców spowodowała, iż istotnie z oferty Konsorcjum Hydrobudowa, złożonej zgodnie z treścią wymagań S.I.W.Z. wprost nie wynika, czy to Elzit sp. z o. o. byłby tym proponowanym wykonawcą robót elektrycznych, co z kolei prowadzi do uzasadnionego wniosku, iż w przypadku Ryszarda Latocha mamy do czynienia z oddelegowaniem pod bezpośrednie kierownictwo wykonawcy.

W przypadku wskazania Elzit sp. z o. o. jako podwykonawcy robót elektrycznych Ryszard Latocha wróciłby pod bezpośrednie kierownictwo swojego pracodawcy jako podmiotu uczestniczącego w zamówieniu.

Izba wzięła również pod uwagę, iż w przypadku innego wykonawcy, który w zakresie spełniania warunku udziału dotyczących wiedzy i doświadczenia polegał na zasobach podmiotu trzeciego, zamawiający z własnej inicjatywy zażądał dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego oraz wyegzekwował zajęcie przez wykonawcę stanowiska, co do

udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia , a w konsekwencji dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

W ocenie Izby potwierdził się również zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisów Art. 24 ust.2 pkt 4 w zw. z Art. 26 ust.2b ustawy pzp poprzez uznanie , iż Konsorcjum Mostostal nie podlega wykluczeniu , pomimo , iż nie zastosowało się ono do przepisu Art. 26 ust. 2b pzp w zw. z postanowieniami pkt 9.3 in fine i.d.w. s.i.w.z. nie składając dla podmiotów , które udostępniły swoje zasoby dokumentów wymienionych w pkt 9.3 lit. J) do o) i.d.w. s.i.w.z. bez wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

Wbrew stanowisku zamawiającego z treści wykazu osób , jak i treści załączonych zobowiązań do współpracy ( udostępnienia ) wynika , iż Konsorcjum Mostostal będzie dysponować dwoma osobami fizycznymi, które na zasadzie przepisu Art.26 ust. 2b jako podmioty niezależne od wykonawcy , zobowiązały się do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia , a także zobowiązały się do uczestnictwa w realizacji zamówienia.

Z uwagi na fakt, iż Konsorcjum Mostostal nie dysponowało powyższymi osobami jako swoim zasobem kadrowym w oparciu o umowę o pracę lub umowę cywilnoprawną , było ono zobowiązane na mocy przytoczonych powyżej przepisów do złożenia wymienionych w tych przepisach dokumentów potwierdzających , iż osoby te zgodziły się udostępnić swą wiedzę i doświadczenie , a także uczestniczyć w realizacji zamówienia - Izba stwierdziła , iż w stosunku do Konsorcjum Mostostal wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest konieczne. W razie jego negatywnego wyniku Konsorcjum miało podlegać wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu.

Skargę na powyższy wyrok złożył zamawiający - Skarb Państwa - Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni zarzucając zaskarżonemu wyrokowi:

- w zakresie oceny oferty Konsorcjum Hydrobudowa naruszenie Art. 26 ust. 3 pzp w zw. z Art. 26 ust. 2b pzp , § 1 ust. 2 Rozp. RM z dnia 30.12. 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane w zw. z post. Pkt 9.3 in fine oraz pkt 9.3 (h) I.D.W. S.I.W.Z. przez błędne przyjęcie, iż zamawiający winien wezwać wykonawcę Konsorcjum Hydrobudowa do złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących ELZIT sp. z o. o. - podmiotu , na zasobach którego Konsorcjum polegało na zasadach określonych w Art. 26 ust. 2b PZP w zakresie zasobów osobowych , mimo , iż z treści oferty nie wynika , iż podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia,
- w zakresie ofert Konsorcjum Mostostal naruszenie Art. 26 ust. 2 pkt 4 pzp w zw. z Art. 26 ust. 2b pzp przez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i uznanie , iż osoby fizyczne udostępniające „same siebie” są podmiotami, do których zastosowanie mają przywołane powyżej przepisy i w konsekwencji powinno zostać wezwane do prze zamawiającego do złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących tych osób, mimo, iż wykładnia powyższych przepisów jednoznacznie wskazuje, iż nie mają one zastosowania do osób fizycznych udostępniających „sami siebie”.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia w całości i oddalenie odwołania oraz zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów postępowania przed KIO oraz zasądzenie kosztów za postępowanie wywołane wniesieniem skargi.

W uzasadnieniu skargi skarżący wywiódł, iż ustalenie KIO , iż została spełniona przesłanka do wezwania Konsorcjum Hydrobudowa do uzupełnienia

dokumentów podmiotowych podmiotu udostępniającego zasoby osobowe , tj. ELZIT sp. z o.o. jest błędne albowiem z oferty nie wynika , iż podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia.

W ocenie skarżącego sposób wnioskowania KIO jest błędny , gdyż zgodnie z treścią § 1 ust. 2 Rozp. Prezesa RM z dnia 30.12.2009r. w sprawie rodzajów dokumentów , jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form , w jakich te dokumenty mogą być składane , przesłankami do żądania od wykonawcy dostarczenia dokumentów podmiotowych podmiotu

udostępniającego zasoby w trybie Art. 26 ust. 2b pzp , są jednocześnie:

- wprowadzenie możliwości żądania takich dokumentów w S.I.W.Z. ( przesłanka bezspornie spełniona w pkt 9.3 i.d.w. S.I.W.Z.,
- branie udziału przez te podmioty w realizacji części zamówienia.

Deklaracja wykonawcy zawarta w ofercie , iż dany podmiot (tu: ELZIT ) będzie brał udział w realizacji części zamówienia decyduje o tym , iż wykonawca winien przedłożyć dokumenty podmiotowe podmiotu udostępniającego.

Możliwość wprowadzenia żądania złożenia dokumentów przez zamawiającego wynika z treści złożonych ofert, mianowicie , iż dany podmiot będzie brał udział w realizacji części zamówienia.

Z oferty Konsorcjum Hydrobudowy nie wynika , aby ELZIT sp. z o.o. miała brać udział w realizacji części zamówienia , a zatem zamawiający nie miał podstaw do żądania dokumentów podmiotowych ELZIT sp. z o.o.

W szczególności za przesłankę pozytywną , spełniającą wymóg § 1 ust. 1 cyt. Rozporządzenia nie sposób uznać porównania zakresu udostępnienia zasobów osobowych przez firmę ELZIT ( pracownik-elektryk ) i zaznaczenia w treści oferty bez wskazania danych podwykonawcy ( nie było to wymagane - brak podstaw prawnych do wyprowadzenia takiego wymogu), iż Konsorcjum Hydrobudowa zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie robót elektrycznych.

W ocenie skarżącego nietrafny jest pogląd KIO, iż zamawiający doprowadził do sytuacji , w której z jednej strony wprowadził w S.I.W.Z. wprowadził jako obligatoryjny obowiązek składanie przez wykonawców dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w stosunku do podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby i uczestniczących w realizacji zamówienia , z drugiej - nie wprowadził obowiązku podania wszystkich proponowanych wykonawców. Zamawiający nie wprowadził takiego wymogu , gdyż w świetle pzp nie ma takiej możliwości , a wprowadzenie takiego wymogu spowodowałoby wniesienie odwołań przez wykonawców.

Brzmienie Art. 36 ust. 4 pzp nie zezwala zamawiającemu na podanie danych podwykonawców , a jedynie na przedmiotowe określenie części zamówienia , jakie wykonawca będzie wykonywał za pomocą podwykonawców.

W dalszej części uzasadnienia skargi skarżący podkreślił, iż ustalenie KIO , iż Konsorcjum Mostostal winno zostać wezwane do przedłożenia dokumentów podmiotowych osób fizycznych udostępniających samych siebie jest błędne , gdyż Art. 26 ust. 2b ustawy nie ma zastosowania do takich osób.

Zamawiający stwierdził, iż na stronie 50 i 51 oferty Mostostal

zadeklarował, iż w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym osób zdolnych do wykonania zamówienia , *tiysqorifytozi* będzie konkretnymi osobami spełniającymi te warunki. Do oferty dołączono stosowne deklaracje tych osób . Zamawiający stwierdził w toku badania oferty, iż są to zobowiązania konkretnych osób fizycznych , a nie zobowiązania podmiotów udostępniających zasoby.

W tym przypadku mamy bowiem do czynienia z bezpośrednim dysponowaniem osobami fizycznymi, zdolnymi do wykonania zamówienia , a nie powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego.

O takiej kwalifikacji rozstrzyga treść stosunku prawnego istniejącego pomiędzy wykonawcą , a taką osobą.

W odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi Konsorcjum Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co.KG , 26871 Papenburg , Niemcy wniósł o odrzucenie skargi względnie o umorzenie postępowania bądź oddalenie skargi w całości oraz zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi koszty postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu swego stanowiska przeciwnik skargi oświadczył, iż trzech wykonawców biorących udział w przetargu powoływało się na udostępnienie zasobów przez podmioty trzecie i spośród nich tylko jeden został wezwany przez zamawiającego do przedstawienia dokumentów dotyczących tego podmiotu.

Natomiast w przypadku Konsorcjum Hydrobudowa oraz Konsorcjum Mostostal zamawiający w żaden sposób nie badał , czy podmioty trzecie będą brały udział w realizacji zamówienia. W szczególności , nie wzywał do złożenia oświadczenia , czy będą one brały udział w charakterze podwykonawców.

Uzasadniając żądanie odrzucenia skargi przeciwnik skargi oświadczył, iż skarżący wysłał odpis skargi jedynie do Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co.KG , 26871 Papenburg , Niemcy jako przeciwnika skargi w jednym egzemplarzu , podczas , gdy nie może on jako osoba prawna być pełnomocnikiem w postępowaniu cywilnym. Skarżący winien był zatem wysłać po jednym odpisie skargi do każdego z podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum, w konsekwencji skarga dotknięta jest brakiem formalnym w postaci braku właściwego jej doręczenia przeciwnikowi.

W oparciu o Art. 198 a ust. 2 pzp w zw. z Art. 391 § 1 k.pc. oraz Art. 133 § 2a w myśl którego pisma dla przedsiębiorców i wspólników spółek handlowych wpisanych do rejestru handlowego na podstawie odrębnych przepisów , doręcza się na adres podany w rejestrze , chyba że strona wskazała inny adres dla doręczeń.

Odpis skargi został doręczony na adres wskazany jako adres dla doręczeń w postępowaniu przetargowym, natomiast powinien zostać doręczony na adres miejsca siedziby Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co.KG , 26871 Papenburg, Niemcy , a nadto skarżący nie załączył egzemplarza skargi dla każdego uczestnika sporu.

W dalszej części rozważań przeciwnik skargi nadmienił, iż wydanie wyroku w niniejszej sprawie jest zbędne , bowiem zamawiający powtórzył zgodnie z wyrokiem KIO zaskarżone czynności i ponownie wybrał ofertę Konsorcjum Hydrobudowa jako ofertę najkorzystniejszą , a czynność wyboru oferty nie została zaskarżona przez przeciwnika i jest ostateczna.

Wyrok wydany w niniejszej sprawie nie miałby więc jakiegokolwiek

znaczenia dla rozstrzygnięcia postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zgłoszonych w odpowiedzi na skargę wniosków o odrzucenie skargi względnie umorzenie postępowania jako najdalej idących.

Należy przyznać rację przeciwnikowi skargi, iż zgodnie z Art. 133 § 2a zd. pierwsze pisma procesowe dla przedsiębiorców i wspólników spółek handlowych, wpisanych do rejestru handlowego na podstawie odrębnych przepisów, doręcza się na adres podany w rejestrze, chyba że strona wskazała inny adres dla doręczeń.

Pozostaje poza sporem w niniejszej sprawie, iż odpis skargi został doręczony liderowi Konsorcjum Johann Bunte Bauunternehmung GmbH & Co.KG, 26871 Papenburg, Niemcy. Miał on nieograniczoną możliwość zapoznania się z treścią skargi, w terminie została złożona odpowiedź na skargę. Przedstawiciel tego podmiotu, umocowany również do

reprezentowania pozostałych członków konsorcjum stawiał się na wyznaczonej rozprawie przed Sądem, gdzie miał możliwość przedstawienia zajętego stanowiska w sprawie.

W świetle Art.198a.2. pzp w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego działu nie stanowią inaczej. Przepisy K.P.C. stosuje się subsidiarnie.

Przepis Art. 198b.2 stanowi, iż skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Izby, w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby, przysyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi (...).

Z brzmienia tego przepisu wynika jednoznacznie, iż jego ratio legis stanowi nałożenie na skarżącego obowiązku zapewnienia przeciwnikowi skargi możliwości dowiedzenia się o fakcie wniesienia skargi oraz stworzenie możliwości zapoznania się z jej treścią poprzez doręczenie odpisu skargi.

Istotnym więc jest, aby odpis skargi dotarł do przeciwnika skargi w czasie umożliwiającym mu podjęcie stosownej obrony swych praw.

Należy w tym miejscu przytoczyć postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2009r., III CSK 287/08 mogące mieć odpowiednie zastosowanie w niniejszej sprawie zgodnie z którym stwierdzenie wadliwości w doręczeniu zawiadomienia pełnomocnika wnioskodawcy o terminie rozprawy nie przesądza jeszcze o nieważności postępowania. Zgodnie z Art.

379 pkt 5 k.p.c. nieważność taka zachodzi „jeżeli strona została pozbawiona możliwości obrony swych praw. Przyczyną nieważności jest tu zatem „pozbawienie możliwości” takiej obrony, a nie jedynie utrudnienie działania.

Zgodnie z utrwalonymi poglądami doktryny i orzecznictwa ewentualne wadliwości w doręczaniu mogą być rozpatrywane wyłącznie w kontekście pozbawienia strony możliwości obrony swych praw.

Pozbawienie możliwości obrony swych praw przez stronę polega na tym, że strona na skutek wadliwości procesowych Sądu lub strony przeciwnej nie

mogła brać udziału i nie brała udziału w postępowaniu lub jego istotnej części , jeżeli skutki tych wadliwości nie mogły być usunięte.

A zatem pozbawienie strony możliwości działania trzeba wiązać z uchybieniami procesowymi sadu lub działaniami strony przeciwnej naruszającym przepisy postępowania lub wynikające z nich zasady lojalnego zachowania się względem przeciwnika.

Przy analizie , czy doszło do pozbawienia strony możliwości działania , najpierw należy rozważyć , czy nastąpiło naruszenie przepisów procesowych , a w drugiej kolejności trzeba sprawdzić , czy uchybienie to wpłynęło na możliwość strony do działania w postępowaniu , a końcu należy badać , czy pomimo zajścia tych okoliczności strona mogła bronić swych praw ; jedynie w razie kumulatywnego zaistnienia wszystkich tych trzech przesłanek można mówić , że strona została pozbawiona możliwości obrony swych praw.

Należy podkreślić , iż skarżący doręczył odpis skargi na adres wskazany przez przeciwnika skargi jako adres dla doręczeń i w toku dalszego postępowania przeciwnik skargi nie złożył oświadczenia , iż adres ten nie pozostaje już aktualny.

Przesłanki odrzucenia skargi normuje Art. 198e.1 pzp , zgodnie z którym Sąd na posiedzeniu niejawnym odrzuca skargę wniesioną po upływie terminu lub niedopuszczalną z innych przyczyn , jak również skargę , której braków strona nie uzupełniła w terminie , zarazem warunki formalne skargi zostały określone w art.198c pzp.

Katalog przyczyn skutkujących odrzuceniem skargi ma charakter zamknięty i przepis ten nie może być interpretowany rozszerzająco. Wśród wymogów formalnych, jakie musi spełniać skarga nie został wymieniony obowiązek dołączenia dowodu doręczenia odpisu skargi jej przeciwnikowi.

Z powyższych względów w sytuacji, w której przeciwnik skargi nie został pozbawiony możliwości obrony swych praw zarzut braku prawidłowego doręczenia skargi nie mógł się ostać.

Odnosnie wniosku przeciwnika skargi w przedmiocie umorzenia postępowania

przeciwnik skargi nadmienił , iż wydanie wyroku w niniejszej sprawie jest zbędne , bowiem zamawiający powtórzył zgodnie z wyrokiem KIO zaskarżone czynności i ponownie wybrał ofertę Konsorcjum Hydrobudowa jako ofertę najkorzystniejszą , a czynność wyboru oferty nie została zaskarżona przez przeciwnika i jest ostateczna.

Zgodnie z Art. 355 § 1 k.p.c. Sąd wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania , jeżeli powód cofnął ze skutkiem prawnym pozew lub jeżeli wydanie wyroku stało się z innych przyczyn zbędne lub niedopuszczalne.

Należy podkreślić , iż stosowanie w postępowaniu skargowym przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji ma charakter subsydiarny i stosuje się je wyłącznie wówczas , gdy prawo zamówień publicznych nie zawiera odmiennej regulacji.

Wniesienie skargi do Sądu Okręgowego na orzeczenie KIO nie uchyla możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie tamuje zaś rozpoznania skargi.

Skoro zatem ogłoszenie orzeczenia KIO otwiera możliwość zawarcia

umowy , a jednocześnie jej zawarcie nie wstrzymuje rozpoznania skargi na orzeczenie KIO , to w sytuacji , gdy Sąd okręgowy, odmiennie niż KIO , stwierdzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy pzp skutkujących

unieważnialnością umowy, uchylając wyrok KIO i uwzględniający odwołanie , sąd może jedynie stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

Zawarcie umowy po upływie okresu standstill należy bowiem uznać za okoliczność dopuszczoną w ustawie.

Odnosnie zarzutu skargi określonego jako możliwość występowania podmiotu udostępniającego zasoby osobowe - ELZIT sp. z o.o. w charakterze podwykonawcy jako podstawa uwzględnienia odwołania przez KIO w zakresie oferty Hydrobudowa Sąd podzielił w tym zakresie całkowicie stanowisko Izby.

Zdaniem Izby załączone do do oferty Konsorcjum Hydrobudowa zobowiązanie ELZIT sp. z o.o. do oddania swojego pracownika Ryszarda Latocha do dyspozycji jest prawidłowe świetle przepisu Art. 26 ust. 2b pzp oraz postanowienia pkt 9.3 lit.h) i.d.w.s.i.w.z.

Z pkt 9.1 ppkt 1 i 2 wynika , iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu , o których mowa w Art. 22 ust.1 pzp, w szczególności dysponują odpowiednią wiedzą i doświadczeniem wykazaną udziałem w odpowiednich inwestycjach oraz dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia , w tym posiadającymi ściśle określone uprawnienia.

Z pkt 9.3 wynika , iż na potwierdzenie spełnienia przytoczonych powyżej warunków udziału w postępowaniu wykonawcy byli obowiązani przedłożyć odpowiednie dokumenty. Wykonawca zobowiązany był do przedłożenia odpowiednich dokumentów w sytuacji, gdy zamierza bazować na zasobach osób trzecich na zasadach określonych w Art. 26 ust. 2b pzp .

Jak ustaliła Izba w Ofercie Konsorcjum Hydrobudowy w pkt 11 formularza oferty sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik Nr 1 do i.d.w. znajduje się oświadczenie o następującej treści: „ informuję , iż w niniejszym postępowaniu zamierza powierzyć podwykonawcom niżej wymienione części zamówienia: 1. Roboty elektryczne".

W pkt 5 tabeli wykazu osób , które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia , sporządzonego wg wzoru stanowiącego załącznik Nr 5 do i.d.w. znajduje się oświadczenie dotyczące osób , które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wymieniałe Ryszarda Latocha jako kierownika robót z uprawnieniami budowlanymi w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych, przy czym jako podstawę dysponowania wskazano „ oświadczenie o dysponowaniu", ocenie Izby przedmiotowe oświadczenie należało uznać za prawidłowe.

Wobec takiego jednak sformułowania oferty pojawiła się wątpliwość , czy w takim razie ELZIT sp. z o.o. jako specjalizująca się w robotach energo elektrycznych będzie pełniła funkcje podwykonawcy. Słuszne jest w tym zakresie stanowisko Izby, iż wobec braku takiego wskazania wprost w treści formularza ofertowego czy w dokumentach załączonych do oferty Konsorcjum Hydrobudowa nie miało obowiązku podawać tej informacji.

Wykonawca jest obowiązany wykazać, iż dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia.

W sytuacji, w której okazałoby się, iż ELZIT sp. z o.o. będzie pełnić

funkcję podwykonawcy wykonawca powinien mieć możliwość zaznaczenia tego w treści oferty.

Zasadne jest bowiem stanowisko Izby, iż nie można wykluczyć, iż w tej sytuacji Ryszard Latocha wróci po bezpośrednie kierownictwo swojej firmy.

Brak odnośnej rubryki prowadzi do zaistnienia rozbieżności i stwarza brak możliwości precyzyjnej oceny co do faktycznego potencjału, jakim będzie dysponowało Konsorcjum Hydrobudowa podczas realizacji zamówienia.

Wymagania w tym zakresie powinny zostać wskazane w sposób precyzyjny i jednoznaczny w dokumentacji ofertowej.

W myśl Art. 262b. pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Sąd podziela również stanowisko Izby w zakresie ustalenia, iż Konsorcjum Mostostal winno zostać wezwane do przedłożenia dokumentów podmiotowych osób fizycznych udostępniających samych siebie.

W szczególności Sąd podziela ustalenia Izby iż z oferty Konsorcjum Mostostal, a konkretnie z treści wykazu osób, jak i treści dołączonych zobowiązań do współpracy wynika, iż Konsorcjum Mostostal będzie dysponować dwiema osobami na zasadzie przepisu Art. 26 ust. 2b pzp jako osobami fizycznymi, które jako podmiot niezależny od wykonawcy zobowiązały się do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia, a także zobowiązały się do uczestnictwa w realizacji zamówienia. Konsorcjum Mostostal nie dysponowało tymi osobami jako swoim zasobem kadrowym, gdyż nie wskazał, iż łączy go z nimi umowa o pracę bądź inna umowa cywilnoprawna.

Wobec powyższego, na mocy postanowienia pkt 9.3 in fine i.d.w.s.i.w.z. Konsorcjum Mostostal obowiązane było, co do zasady do złożenia dokumentów wymienionych w postanowieniu pkt 9.3 in fine i.d.w.s.i.w.z. w lit. J) do o).

Wykonawca stosownymi dokumentami winien przede wszystkim wykazać, w oparciu o jaki stosunek prawny będzie dysponował tymi osobami.

Nie można wykluczyć, iż w przypadku tych osób, iż przykładowo prowadzą one działalność gospodarczą w oparciu o wpis do ewidencji działalności gospodarczej i Konsorcjum Mostostal zaangażuje ich w charakterze podwykonawców, lecz wobec wspomnianych wyżej braków w ofercie zamawiającego nie mógł tego uczynić z uwagi na brak stosownej rubryki w dokumentacji ofertowej.

W trybie Art. 26 ust. 2b pzp zamawiający może żądać zarówno dokumentów, jak i oświadczeń.

W niniejszej sytuacji same opisane powyżej oświadczenia dwóch osób fizycznych należy uznać za niewystarczające.

Celem nowelizacji Art. 26 pzp było umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Poleganie wykonawcy na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, bez wątpienia zwiększa potencjalny krąg wykonawców.

Wykonawca jest obowiązany udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, przy czym wykonawca musi wykazać charakter prawny stosunku łączącego go z takim podmiotem, musi też udowodnić czas korzystania z tego potencjału, jak i jego zakres i rodzaj.

Zgodnie z ustalonym stanowiskiem doktryny różnica pomiędzy osobami trzecimi a podwykonawcami sprowadza się do tego, iż osoby trzecie jedynie udostępniają potencjał wykonawcy czy też podwykonawcom, natomiast podwykonawcy realizują część zamówienia.

W doktrynie uważa się, iż do osób trzecich nie ma zastosowania Art. 36 ust. 4 i 5 pzp, brak jest natomiast poglądu doktryny, aby wyłączeniu podlegał w stosunku do osób trzecich Art. 26 ust. 2b pzp.

Z powyższych względów wobec bezzasadności skargi w oparciu o Art. 385 k.p.c. w zw. z Art. 198a. ust. 1 pzp orzeczono jak w sentencji wyroku, o kosztach orzeczono w oparciu o Art. 98 k.p.c.