

Sygn. akt: KIO/UZP 161/09

**Wyrok**

**z dnia 24 lutego 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Członkowie: Renata Tubisz**

**Barbara Bettman**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie\* w dniu ~~w dniach~~\* 24 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Thorn Lighting Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Gazowa 26A (lider Konsorcjum) i Elektro-Spark sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Energetyków 15** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Nowy Korczyn z siedzibą w Nowym Korczynie, ul. Krakowska 1** protestu ~~protestów~~\* z dnia **28 stycznia 2009 r.**

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego **xxx** – po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: Thorn Lighting Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Gazowa 26A (lider Konsorcjum) i Elektro-Spark sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Energetyków 15**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574.zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: Thorn Lighting Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Gazowa 26A (lider Konsorcjum) i Elektro-Spark sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Energetyków 15,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: Thorn Lighting Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Gazowa 26A (lider Konsorcjum) i Elektro-Spark sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Energetyków 15** na rzecz **Gminy Nowy Korczyn z siedzibą w Nowym Korczynie, ul. Krakowska 1,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 426 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Thorn Lighting Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Gazowa 26A (lider Konsorcjum) i Elektro-Spark sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Energetyków 15.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie oświetlenia drogowego wraz z dobudowaniami oraz iluminacjami wybranych obiektów na terenie Gminy Nowy Korczyn wszczął zamawiający Gmina Nowy Korczyn z siedzibą w Nowym Korczynie, ul. Krakowska 1, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 grudnia 2008r. za numerem 350721-2008. W dniu 22 stycznia 2009r. zamawiający poinformował Konsorcjum firm: Thorn Lighting Polska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Gazowa 26A (lider Konsorcjum) i Elektro-Spark sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Energetyków 15 – dalej zwany odwołującym,

o wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający postanowił na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058; nr 220 poz. 1420, dalej zwaną ustawą) wykluczyć wykonawcę z postępowania. W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 9 stycznia 2009r. skierował wezwanie w trybie art. 26 ustawy o uzupełnienie brakujących dokumentów w postaci załącznika nr 7 do wniosku. Odwołujący w dniu 15 stycznia 2009r. złożył ten załącznik i w pozycji 1 i 2 wskazał, że będzie dysponował :

- 2 szt. podnośników samochodowo-montażowych na podstawie umowy najmu z ZTE Lublin,
- 3 szt. podnośników samochodowo-montażowych na podstawie umowy najmu z MAX-EL.

Zgodnie z instrukcją wypełnienia załącznika nr 7 wykonawca, który dysponował sprzętem, miał obowiązek przedstawić pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego, w tym przypadku umowy najmu, a odwołujący uzupełniając dokumenty tego pisemnego zobowiązania nie przedłożył. Zamawiający w wezwaniu pouczył odwołującego, że nie złożenie dokumentów, które są umieszczone w wezwaniu skutkować będzie wykluczeniem z postępowania. Ponadto zamawiający stwierdził, że żaden z członków konsorcjum odwołującego nie ma w zakresie swojej działalności projektowania budowlanego, urbanistycznego i technologicznego (71 20 A), ale uznał, że od momentu rejestracji obaj członkowie konsorcjum mogli rozszerzyć swój zakres działalności. Niemniej zamawiający zbadał polisy ubezpieczenia oc złożone przez obu członków tj. dla Thorn Lighting sp. z o.o. polisę nr COA 002635 wraz z aneksem nr 2 do polisy, dla Elektro-Spark sp. z o.o. polisę OC 901002089068 i z treści obu polis nie wynika, żeby członkowie konsorcjum posiadali ubezpieczenie oc w zakresie objętym zamówieniem publicznym tj. projektowanie budowlane. Na pytanie skierowane przez zamawiającego, czy odwołujący posiada ubezpieczenie oc prowadzonej działalności w zakresie projektowania budowlanego, odwołujący wskazał, że wymogiem zamawiającego było złożenie polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę mniejszą niż 1 000 000zł. bez wskazania poszczególnych elementów, więc zamawiający nie może, zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy żądać od wykonawców innych dokumentów niż określone w siwz. Zamawiający na takie stanowisko odwołującego uznał, że nie żądał nowych dokumentów, ale polisy oc w zakresie objętym zamówieniem publicznym, co było wymagane w siwz. Na poparcie swojego stanowiska wskazał wyrok zespołu arbitrów z dnia 20 kwietnia 2007r. sygn. akt UZP/ZO/0-426/07.

Z powyższą czynnością zamawiającego nie zgodził się odwołujący i w dniu 28 stycznia 2009r. wniósł protest zarzucając zamawiającemu naruszenie :

1. art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy poprzez przyjęcie, że :

a) odwołujący nie posiada uprawnień do wykonywania działalności lub czynności niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia, w sytuacji, gdy ustawa nie nakłada obowiązku posiadania szczególnych uprawnień do wykonywania działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia,

b) odwołują nie posiada niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz nie dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i nie przedstawił pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, w sytuacji gdy odwołujący zastosował się do wymogów określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o przetargu, a w toku postępowania zamawiający nie wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, których brak zdaniem zamawiającego stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy,

c) odwołujący nie znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, którego to naruszenia zamawiający w ogóle nie opisał w swojej decyzji o wykluczeniu odwołującego,

2. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, których nie uzupełnienie stanowiło podstawę wykluczenia odwołującego,

3. art. 25 ust. 1 i 2 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakie zamawiający może żądać od wykonawców oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006r. nr 87 poz. 605) poprzez żądanie wskazania w załączniku nr 7 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: numeru świadectwa Urzędu Dozoru Technicznego (UDT), pojazdu, wyposażenia, jakim wykonawca może dysponować w celu wykonania zamówienia, czym zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

4. art. 7 ustawy i art. 96 ust. 3 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy poprzez nieuprawnioną odmowę udostępnienia przedstawicielowi odwołującego protokołu postępowania, co zostało dokonane pismem z dnia 27 stycznia 2009r., co winno skutkować unieważnieniem postępowania z uwagi na naruszenia zasady jawności postępowania przetargowego.

Odwołujący wniósł o uchylenie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku o unieważnienie postępowania w uwagi na rażące naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 3 e tabeli ogłoszenia o zamówieniu zawierającej wyliczenie oświadczeń i dokumentów, wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć wykaz niezbędnych do wykonania narzędzi i urządzeń, którymi dysponują lub będą dysponować lub pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego do wykonania zamówienia. Użycie przez zamawiającego alternatywy „lub” oznaczało według odwołującego, że wykonawcy mogli złożyć pisemne zobowiązanie innych niż wykonawca podmiotów o udostępnieniu potencjału technicznego, ale tylko wówczas, gdy takim oświadczenie będą dysponować. Odwołujący zatem prawidłowo wykonał wezwanie z dnia 9 stycznia 2009r. Ponadto klasyfikacja działalności gospodarczej nie oznacza, że podmiot mający wpis rodzaju danej działalności musi tę działalność wykonywać lub odwrotnie, że brak wpisu oznacza, że tenże podmiot nie może danej działalności wykonywać. W obecnie obowiązującej klasyfikacji nie występuje kod 74.30.A i brak jest wyróżnienia działalności w zakresie projektowania budowlanego, urbanistycznego i technologicznego, a kwestię wykonywania tego rodzaju działalności regulują przepisy ustawy zawodowych architekta czy projektanta, to osoby fizyczne wykonujące projekty budowlane pełnią samodzielne funkcje w budownictwie i muszą się legitymować uprawnieniami. Odwołujący to dwie spółki z o.o. i nie nigdy nie będzie mógł uzyskać uprawnień do projektowania budynków i budowli inaczej jak przez zatrudnienie osoby fizycznej posiadającej stosowne uprawnienia. W tej sytuacji brak wpisu w KRS o prowadzeniu działalności gospodarczej w zakresie projektowania budowli, nie świadczy o nie prowadzeniu przez odwołującego takiej działalności. Odwołujący podkreślił, że zaprojektowanie oświetlenia jest jedynie nieznacznym elementem całości przedmiotu zamówienia. Wskazał, że w KRS ma wpis o działalności komercyjnej, gdzie indziej niesklasyfikowanej, a w tym wpisie mieszczą się czynności niezbędne do wykonania zamówienia. Podniósł także, że zamawiający nie sprecyzował wymogów, co do tego, co powinna zawierać polisa oc. W pkt 4a tabeli ogłoszenia zamawiający wskazał, że wykonawcy zobowiązani byli złożyć kserokopie polisy oc w zakresie prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej. Zamawiający nie może zatem wymagać, aby treść polisy zawierała wyliczenie poszczególnych elementów działalności odwołującego. Polisa złożona przez odwołującego obejmuje szkody powstałe w wyniku montażu, sprzedaży opraw oświetleniowych, a w tym zakresie mieści się niewątpliwie również odpowiedzialność za zaprojektowanie oświetlenia ulicznego, jego sprzedaż i wykonanie oraz wykonywanie obowiązków gwarancyjnych. Zamawiający nie żądał w ogłoszeniu, aby polisa oc miała szczególną formę. Zdaniem odwołującego, zamawiający zaniechał także wezwania

odwołującego do uzupełnienia oświadczeń przedstawicieli sprzętu o ich udostępnieniu odwołującemu na czas wykonania zamówienia. Gdyby zamawiający w ogłoszeniu określił, że jest to wymóg bezwarunkowy, to odwołujący wraz z wnioskiem złożyłby te oświadczenia i mógłby je złożyć na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Zamawiający tego nie uczynił i dopiero w piśmie o wykluczeniu podał brak oświadczeń jako podstawę wykluczenia, co jest sprzeczne z treścią ogłoszenia. Odwołujący wskazał dodatkowo, że zamawiający w sposób sprzeczny z art. 25 ust. 1 i 2 ustawy oraz przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakie zamawiający może żądać od wykonawców oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006r. nr 87 poz. 605) żądał decyzji UDT dla urządzeń, których wykonawcy użyją do wykonania zamówienia. Wskazał, że rozporządzenia zawiera zamknięty katalog dokumentów i w zakresie sprzętu zamawiający może jedynie żądać wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jakimi dysponuje wykonawca. Decyzje UDT w katalogu rozporządzenia się nie mieszczą i wymóg stanowi jedynie niesłuszną preferencję dla wykonawców, którzy są właścicielami sprzętu. Zamawiający wprawdzie nie żąda już dołączenia decyzji UDT dla sprzętu, gdyż poprzednio prowadzone postępowanie zostało ostatecznie unieważnione wyrokiem KIO z dnia 12 listopada 2008r. sygn. akt KIO/UZP 1217/08, jednakże zamawiający nadal żąda podania numerów UDT, numerów rejestracyjnych maszyn, pojazdów i urządzeń, którymi wykonawca dysponuje dla wykonania zamówienia, co stanowi, zdaniem odwołującego, próbę ominięcia wyroku KIO. Odwołujący powołał się w tym miejscu na fragmentu orzeczenia sygn. akt KIO/UZP1217/08. Zdaniem odwołującego, takie działanie zamawiającego naraża go na ponowne unieważnienie postępowania. Zmiana ustawy i rozporządzenia w okresie pomiędzy wydanym wyrokiem, a wszczęciem przedmiotowego postępowania nie spowodowała zmiany prawa w tym zakresie. Żądanie okazania świadectw UDT dla sprzętu używanego na budowie może być zasadne jedynie w stosunku do wykonawcy, z którym została podpisana umowa, a na obecnym etapie postępowania jest jedynie utrudnieniem uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, preferującym właścicieli sprzętu. Zamawiający także bezprawnie odmówił odwołującemu możliwości zapoznania się z dokumentacją przetargową, w szczególności z protokołem postępowania, co narusza zasadę jawności postępowania, który jest jawny w toku postępowania i jego jawność nie doznaje żadnych ograniczeń, a naruszenie tej zasady jest wadą skutkująca nieważnością całego postępowania.

Protest został podpisany przez pełnomocnika konsorcjum zgodnie § 1 zdanie 2 z umowy konsorcjum z dnia 8 grudnia 2008r. podpisanym przez osoby uprawnione do reprezentacji obu członków konsorcjum zgodnie z odpisami z KRS załączonymi do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Do udziału w postępowaniu protestacyjnym nikt nie przystąpił.

Zamawiający w dniu 5 lutego 2009r. rozstrzygnął protest oddalając go w całości. Zamawiający wskazał, że złożony protest jest sprzeczny z okolicznościami faktycznymi, wewnątrznie niezborny. Wskazał, że zarzuty dotyczące wykluczenia odwołującego z powodu braku uprawnień do wykonywanej działalności oraz nieposiadania przez odwołującego niezbędnej wiedzy oraz niedysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, nie znajdują potwierdzenia w okolicznościach faktycznych, gdyż zamawiający żadnym dokumentem nie stwierdził, że odwołujący nie spełnia tych warunków. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, że zamawiający nie opisał w swojej decyzji o wykluczeniu, jako jej podstawy nie znajdowania się przez odwołującego w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie tego zamówienia. Zamawiający to właśnie uchybienie odwołującemu zarzucił na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z § 1 ust. 3 pkt. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Bezpośrednią przyczyną wykluczenia odwołującego był brak ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie faktycznie (w odróżnieniu od formalnie określonej w dokumentach z KRS) prowadzonej działalności w zakresie wymaganym ogłoszeniem o zamówieniu publicznym, a zgodnym z przedmiotem zamówienia tj. projektowania budowlanego. To uchybienie szczegółowo zostało opisane w zawiadomieniu o wykluczeniu. Ponadto zamawiający podjął próby wyjaśnienia czy odwołujący posiada taki zakres ubezpieczenia, ale odwołujący z możliwości wyjaśnienia nie skorzystał choćby poprzez załączenie wyjaśnienia ubezpieczyciela czy załączenie regulaminu ubezpieczenia lub szczegółowych i ogólnych warunków ubezpieczenia. Podniósł, że nigdy nie kwestionował braku wyszczególnienia w zakresie działalności ujawnionej w KRS braku faktycznie wykonywanej działalności, ale istnienie tego zapisu uprościłoby badanie treści polis OC. Ponadto wymogi dotyczące zakresu ubezpieczenia wynikają z treści rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zamawiający stwierdził, że w świetle wyjaśnień odwołującego zawartych w proteście ponad wszelką wątpliwość wynika, że odwołujący nie posiada ubezpieczenia oc w zakresie projektowania budowlanego, a czym innym jest projektowanie w rozumieniu ustawy Prawo budowlanej, a czym innym projektowanie np. opraw, czego zdaje się nie rozróżniać odwołujący. Zamawiający wskazał ponadto, że w załączniku nr 7 dla wykazu sprzętu wskazał wyraźnie, że wykonawcy mają określić czy dysponują sprzętem czy też będą nim dysponować. Wówczas zgodnie instrukcją zawartą w tym załączniku wykonawcy mieli załączyć pisemne zobowiązania podmiotu, który udostępni potencjał techniczny. Również treść art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy jak i § 1 ust. 2 pkt 3a rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie pozostawiały wątpliwości, że jest to dokument wymagany. Żaden innych wykonawca w tym zakresie nie miał wątpliwości i wszyscy złożyli załącznik nr 7

w wymaganej prawem i ogłoszeniem formie, a ci którzy nie złożyli w dacie składania wniosków złożyli stosowny załącznik wraz ze zobowiązaniami na skutek wezwania do uzupełnienia. Zamawiający wskazał, że ustawa nie przewiduje możliwości wielokrotnych wezwań do uzupełnienia, a ponadto zachodziły inne przesłanki odrzucenie oferty, a więc dalsze wzywianie do uzupełnienia byłoby niecelowe.

Wskazał, że zarzut dotyczący wymogu podania numerów decyzji UDT, numerów rejestracyjnych pojazdów jest zarzutem dotyczącym treści siwz i jako wniesiony po terminie nie może być rozstrzygany.

Odnosnie zarzutu naruszenia zasady jawności, to zamawiający nie naruszył art. 96 ust. 3 ustawy, gdyż z literalnego brzmienia przepisu wynika, że wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu udostępnia się od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert, a w przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na nie zakończenie jeszcze etapu badania wniosków, zaproszenia nie zostały przekazane. Odmowa zatem udostępnienia protokołu wraz z załącznikami jest uzasadniona na gruncie art. 96 ust. 2 ustawy i zarzut jest chybiony.

W dniu 10 lutego 2009r. odwołujący wniósł odwołanie podtrzymując wszystkie zarzuty i wnioski zawarte w proteście oraz podniesioną w nim argumentację. Dodatkowo wskazał, że ustalenia zamawiającego dokonane w rozstrzygnięciu protestu są sprzeczne ze stanem faktycznym i sprzeczne z prawem. Podniósł, że członek konsorcjum odwołującego Thorn Lighting sp. z o.o. wykonywał już dziesiątki podobnych Zamówień i nigdy żaden zamawiający nie kwestionował jego prawa do wykonywania inwestycji. Na dowód tego złożył referencję Burmistrza Łasku z dnia 26 sierpnia 2008r., protokół odbioru robót wykonanych dla Gminy Pomiechówek z dnia 27 października 2008r., list referencyjny Burmistrza Kleszczel z dnia 8 maja 2008r., referencje Gminy Włoszczowa z dnia 7 maja 2008r., referencje Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Kielcach z dnia 24 października 2008r. Wskazał, że zamawiający wymagał polisy oc w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej i przedłożona polisa nr COA 002635 obejmuje projektowanie budowlane. Na dowód czego przedłożył potwierdzenie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej HDI Asekuracja z dnia 10 lutego 2009r., w którym zakład ubezpieczeń oświadczył, że polisa obejmuje również ryzyko związane z działalnością gospodarczą wykonywaną przez Thorn Lighting sp. z o.o. w zakresie wykonywania elektrycznych robót instalacyjnych, projektowania, w tym projektowania budowlanego, urbanistycznego i technicznego. Podkreślił, że jedynie alternatywa zawarta w tabeli w zakresie dokumentów donoszących się do dysponowania sprzętem i urządzeniami spowodował nie załączenie oświadczeń właścicieli sprzętu, a odwołujący takie oświadczenia posiada, ale wobec treści ogłoszenia ich przedstawienie nie było niezbędne. Odwołujący zawnioskował oświadczenie właściciela



sprzętu sporządzone przed dniem wezwania zamawiającego z dnia 9 stycznia 2009r. Dowód ten jednak nie został załączony do odwołania. Co do zasady jawności, to odwołujący podniósł, iż z rozstrzygnięcia protestu dowiedział się o tym, że badanie i ocena wniosków o dopuszczenie nie następowała jednocześnie wobec wszystkich biorących udział w postępowaniu wykonawców, co stanowi naruszenie art., 51 ust. 1 a ustawy i zasady niezwłoczności. Z tych też powodów, w ocenie odwołującego żaden przepis ustawy nie uprawnia zamawiającego do odmowy udostępnienia wykonawcy dokumentów przetargowych poza wyraźnie wyliczonymi wyjątkami. Odwołanie zostało podpisane tak jak protest. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 10 lutego 2009r.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zgodnie z pkt 3 ogłoszenia o zamówieniu przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie oświetlenia drogowego wraz z dobudowami oraz iluminacjami wybranych obiektów na terenie Gminy Nowy Korczyn. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza równowartości kwoty 5 150 000 euro.

Zgodnie z pkt 6 ogłoszenia zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu wraz z podaniem ich znaczenia oraz opisem sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, w myśl których o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 6.1. posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień,
- 6.2. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia,
- 6.3. znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia,
- 6.4. nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia.

Na potwierdzenie posiadania uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, Zamawiający wymagał złożenia aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej potwierdzającego, że profil działalności Wykonawcy odpowiada przedmiotowi zamówienia oraz, że Wykonawca jest uprawniony do występowania w obrocie prawnym, zgodnie z wymaganiami ustawowymi, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu do składania Wniosku. Dokument ten miał stanowić Załącznik nr 2 do Wniosku.

Wykonawcy mieli także wykazać, że dysponują odpowiednim sprzętem budowlanym, tj.: złożyć wykaz niezbędnych do wykonania narzędzi i urządzeń którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca lub pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego do wykonania zamówienia, który to dokument miał stanowić Załącznik nr 7 do Wniosku wraz z załącznikami. Wykonawcy mieli dysponować co najmniej:

- min. 2 szt. samochodowych podnośników montażowych
- min. 1 szt. żurawia
- min. 1 szt. koparki
- min. 1 szt. samochodów ciężarowych lub przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego.

Mieli także znajdować się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, a w szczególności złożyć oświadczenie na Załączniku nr 1 do Wniosku, a ponadto posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę nie mniejszą niż 1.000.000,00 zł, co należało wykazać kserokopią polisy OC, stanowiącą Załącznik nr 10 do Wniosku.

W pkt 6.5. ogłoszenia zamawiający określił znaczenie kryterium udziału w postępowaniu oraz opis dokonywania oceny tych warunków w tabeli nr 2, przy czym ocenie poddawał jedynie doświadczenie w realizacji Zamówień rodzajem odpowiadających przedmiotowi zamówienia. W załączniku nr 7 zamawiający oczekiwał podania następujących informacji: opisu, rodzaju / producenta, nazwy, liczby jednostek, numeru rejestracyjnego lub innego identyfikatora, numeru UDT, właściciela. W załączniku znajdowało się pouczenie o treści „w przypadku jeżeli wykonawca będzie dysponował załączyć pisemne zobowiązanie podmiotu, który udostępni potencjał techniczny”.

We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwołujący nie załączył wykazu sprzętu – potencjału technicznego według załącznika nr 7 do ogłoszenia. Do wniosku załączono natomiast polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr COA 002635 wystawioną przez HDI Asekuracja TU SA dla Thorn Lighting sp. z o.o. na sumę gwarancyjną 3 442 000pln za każde i wszystkie zdarzenia obejmującą odpowiedzialność cywilną z tytułu prowadzonej działalności z wyłączeniem odpowiedzialności za produkt i wykonanie usługi, a zakres ubezpieczanej działalności określono jako: montaż, sprzedaż opraw oświetleniowych oraz akcesoriów. Ubezpieczenie zostało zawarte na okres do 1 maja 2009r. W dniu 29 października 2008r. podpisano aneks do tej umowy wskazując aktualny opis działalności ubezpieczanej tj. prace badawczo-rozwojowe, zaopatrzenie, planowanie, porady, projektowanie, produkcja, montaż, dystrybucja, serwis i konserwacja opraw oświetleniowych, rozwiązań oświetleniowych, składników oświetlenia, diod świecących (LED), produkcja i zarządzanie oświetleniem, włączając w to sprzęt i oprogramowanie oraz wykonywanie elektrycznych robót instalatorskich. Aneks nr 2 z dnia 3 listopada 2008r. zmieniał jedynie zakres terytorialny. Ponadto załączono polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr A 0 51 00122 (A) udzielonej przez Ergo Hestia S.A. na rzecz Elektro-Spark sp. z o.o. na sumę ubezpieczenia 5 000 000zł. z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej lub użytkowania mienia. Zakres działalności określono jako handel hurtowy, budownictwo ogólne, produkcja rozdzielni elektrycznych.

W dniu 9 grudnia 2008r. odwołujący wniósł protest podnosząc zarzuty naruszenia art. 25 ust. 1 i 2 ustawy w związku z § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów poprzez żądanie wskazania w załączniku nr 7 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu numeru świadectwa UTD, numeru rejestracyjnego sprzętu oraz wskazania właściciela pojazdu i wyposażenia, jakim wykonawca może dysponować w celu wykonania zamówienia i żądając wykreślenia z ogłoszenia tego żądania oraz pozostawienie żądania przedstawienia sprzętu, pojazdów, wyposażenia technicznego i innych oraz liczbę jednostek. Zamawiający oddalił protest w całości jako bezzasadny, podnosząc, że nie żądał dokumentu w postaci świadectwa UDT, natomiast potwierdził, iż żądał wskazania opisu, rodzaju / producenta, nazwy, liczby jednostek, numeru rejestracyjnego lub innego identyfikatora, numeru UDT, właściciela, ale uznał takie żądanie za uzasadnione, gdyż rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów nie zawiera wzoru wykazu i zakresu informacji pozostawiając w tym przedmiocie swobodę zamawiającemu. Wskazał, że powyższe informacje, które mają być zawarte w wykazie nie stanowią preferencji właścicieli sprzętu, gdyż wykonawcy mogą korzystać ze sprzętu podwykonawców, dzierżawić, a także leasingować sprzęt, czy też wypożyczyć i w takim przypadku mają wskazać podmiot, który udostępni im sprzęt załączając jednocześnie zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia. W dniu 9 stycznia 2009r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oczekując uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy lub wyjaśnienia w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości czy wykonawca posiada w zakresie działalności w obszarze projektowania budowlanego i czy ta działalność jest objęta polisą ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej (aneksem do polisy) lub czy posiada samą polisę oc obejmującą projektowanie budowlane w rozumieniu ustawy Prawo budowlane oraz wzywając do uzupełnienia załącznika nr 7 wykaz sprzętu, jakim dysponuje lub będzie dysponował wykonawca przy wykonywaniu zamówienia. Zamawiający wskazał, że taki załącznik nie został złożony. Zamawiający określił odwołującemu termin do zadośćuczynienia wezwaniu do dnia 16 stycznia 2009r. do godz. 15:00 pouczając, że niezłożenie dokumentów we wskazanym terminie spowoduje wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. W dniu 16 stycznia 2009r. odwołujący złożył wyjaśnienia i wskazał, że w ogłoszeniu wymagano polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie mniejszą niż 1 000 000zł. bez wskazania poszczególnych elementów, więc zamawiający nie może zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy żądać od wykonawców innych dokumentów niż określone w ogłoszeniu. Odwołujący załączył także wykaz sprzętu – potencjał techniczny – załącznik nr 7 do ogłoszenia wskazując podnośniki samochodowo montażowe sztuk 2 o numerach rejestracyjnych LU 58266 i LU 58267, umowa najmu, właściciel ZTE Lublin ul. Grenadierów 13, 20-331 Lublin, oraz podnośniki

samochodowo montażowe sztuk 3 o numerach rejestracyjnych LBD 1174, LBF 8923, LU 51801, umowa najmu – właściciel Max-EI w Lublinie, ul. Bursaki 6A, 20-150 Lublin. Do pisma z dnia 16 stycznia 2009r. odwołujący nie załączył żadnych innych dokumentów.

W dniu 27 stycznia 2009r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie w dniu 29 stycznia 2009r. Panu Piotrowi Tomkowiczowi wniosków złożonych w ww. przetargu celem wykonania kopii. W dniu 27 stycznia 2009r. zamawiający cytując art. 96 ust. 3 ustawy odmówił udostępnienia protokołu wraz z załącznikami wskazując, że nie dokonał jeszcze czynności zaproszenia do składania ofert.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, w tym z ogłoszenia o zamówieniu wraz z załącznikami, wezwania z dnia 9 stycznia 2009r., odpowiedzi na wezwanie z dnia 15 stycznia 2009r., protestu z dnia 9 grudnia 2008r., rozstrzygnięcia protestu z dnia 15 grudnia 2008r., wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, referencji Burmistrza Łasku z dnia 26 sierpnia 2008r., protokołu odbioru robót wykonanych dla Gminy Pomiechówek z dnia 27 października 2008r., listu referencyjnego Burmistrza Kleszczel z dnia 8 maja 2008r., referencji Gminy Włoszczowa z dnia 7 maja 2008r., referencji Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Kielcach z dnia 24 października 2008r., potwierdzenie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej HDI Asekuracja z dnia 10 lutego 2009r., umowy o świadczenie usług sprzętowych z dnia 1 lipca 2005r. z Przedsiębiorstwem Wielobranżowym „Max-EI” w Lublinie, umowy o świadczenie usług sprzętowych z dnia 1 lipca 2005r. z Zakładem Transportu Energetyki w Lublinie.

Izba wzięła pod rozwagę stanowiska stron wyrażone w pismach oraz zaprezentowanie na rozprawie.

**Izba zważyła, co następuje :**

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek z art. 187 ust. 4 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i został wykluczony przez zamawiającego, a jego zarzuty zmierzają do uznania czynności wykluczenia za niezgodną z prawem, a więc mają na celu umożliwienie odwołującemu złożenia oferty i uzyskania zamówienia, a więc przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy poprzez przyjęcie, że :

- a) odwołujący nie posiada uprawnień do wykonywania działalności lub czynności niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia, w sytuacji, gdy ustawa nie nakłada obowiązku posiadania szczególnych uprawnień do wykonywania działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nie stwierdził u odwołującego braku uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia, ani też nie uznał, że realizacja przedmiotu zamówienia wymaga posiadania określonych prawem uprawnień do wykonywania działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Zamawiający w zawiadomieniu o niedopuszczeniu odwołującego do składania ofert wprost wskazał, że żaden z członków konsorcjum odwołującego nie ma w zakresie swojej działalności projektowania budowlanego, urbanistycznego i technologicznego (71 20 A), ale uznał, że od momentu rejestracji obaj członkowie konsorcjum mogli rozszerzyć swój zakres działalności. Tym samym brak uprawnień nie był podstawą odmowy dopuszczenia odwołującego do składania ofert.

Jednakże Izba wskazuje, że art. 14 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U.07.155.1095 j.t., zm. Dz.U.08.216.1367) reguluje obowiązki rejestracyjne przedsiębiorcy stanowiąc, że przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym albo do Ewidencji Działalności Gospodarczej, przy czym spółka kapitałowa w organizacji może podjąć działalność gospodarczą przed uzyskaniem wpisu do rejestru na zasadach określonych w ustawie. Podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej może wiązać się dodatkowo z obowiązkiem uzyskania przez przedsiębiorcę koncesji albo wpisu do rejestru działalności regulowanej. Projektowanie budowlane nie wiąże się z posiadaniem koncesji lub prowadzeniem działalności regulowanej określonej w rozdziale 4 cyt. ustawy. Natomiast wykonywanie projektowania budowlanego wiąże się z wykonywaniem samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy Prawo budowlane. Te funkcje mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową stwierdzone decyzją wydaną przez organ samorządu zawodowego. Tym samym wykonawca, który ma świadczyć usługi projektowania budowlanego oraz roboty budowlane obowiązany jest zapewnić wykonywanie samodzielnych funkcji w budownictwie przez osoby posiadające takie uprawnienia, ale nie oznacza to, że sam musi posiadać w tym zakresie koncesję, zezwolenie czy wpis do rejestru działalności regulowanej. Zgodnie z art. 27 ust. 2 pkt 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz art. 40 pkt 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U.07.168.1186 j.t. zm. Dz.U.08.141.888) w ewidencji czy rejestrze przedsiębiorców zamieszcza się określenie przedmiotu działalności według Polskiej

Klasyfikacji Działalności (PKD), przy czym Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (Dz.U.07.251.1885 zał.) reguluje zasady określania przedmiotu działalności wskazując na definicje działalności tj. działalność ma miejsce wówczas, gdy czynniki takie jak: wyposażenie, siła robocza, technologia produkcji, sieci informacyjne lub produkty są powiązane w celu wytworzenia określonego wyrobu lub wykonania usługi. Działalność charakteryzowana jest przez produkty wejściowe (wyroby lub usługi), proces technologiczny oraz przez produkty wyjściowe. Działalność może polegać na prostym procesie (np. tkactwo), ale może również dotyczyć całego szeregu "podprocesów", gdzie każdy z nich jest wymieniony w różnych podklasach, klasach, grupach, działach, a nawet sekcjach klasyfikacji (np. produkcja samochodów polega na takich działaniach jak odlewanie, kucie, spawanie, montaż, malowanie itp.). Jeżeli proces produkcyjny jest zorganizowany jako zintegrowany szereg elementarnych działalności, całość jest traktowana jako jedna działalność. W praktyce większość jednostek (podmiotów gospodarczych) prowadzi różne rodzaje działalności. W związku z tym, w celu zaklasyfikowania jednostki do danego poziomu (grupowania) klasyfikacji PKD, niezbędne jest określenie jej działalności przeważającej. Przeważającą działalnością jednostki statystycznej jest działalność posiadająca największy udział wskaźnika (np. wartość dodana, produkcja brutto, wartość sprzedaży, wielkość zatrudnienia lub wynagrodzeń) charakteryzującego działalność jednostki. W badaniach statystycznych zalecanym wskaźnikiem służącym do określenia przeważającej działalności jest wartość dodana.

Działalność w zakresie architektury obecnie reguluje kod 71.11.Z. Podklasa ta obejmuje opracowywanie projektów architektonicznych oraz doradztwo w zakresie architektury związane z:

- projektowaniem budowlanym,
- projektowaniem urbanistycznym i architektonicznym kształtowaniem krajobrazu.

Podklasa ta nie obejmuje:

- doradztwa z dziedziny informatycznej, sklasyfikowanego w 62.02.Z, 62.09.Z,
- dekorowania wnętrz, sklasyfikowanego w 74.10.Z.

Wskazać także należy, że jednostka może zmieniać swoją działalność główną jednorazowo lub stopniowo w ciągu pewnego okresu czasu. Może to być spowodowane czynnikiem sezonowości lub wynikiem decyzji o zmianie profilu produkcji. Ponieważ wszystkie te przypadki powodują zmiany w zaklasyfikowaniu jednostki, zbyt częste zmiany działalności głównej mogą doprowadzić do braku spójności pomiędzy statystyką krótkookresową

(miesięczną i kwartalną) i długookresową, w najwyższym stopniu utrudniając ich interpretację. Aby uniknąć zbyt częstych zmian, stosuje się zasadę stabilności. Zgodnie z tą zasadą, nowy rodzaj działalności powinien być działalnością główną przez co najmniej dwa lata, zanim zostanie zmieniona przypisana do jednostki dana działalność przeważająca. W przypadku, gdy jednostka wykonuje tylko jedną działalność gospodarczą, działalność podstawowa tej jednostki jest określana grupowaniem PKD, które opisuje tę działalność. Jeżeli jednostka wykonuje wiele działalności gospodarczych (inne niż działalność pomocnicza), działalność podstawowa jest określana na podstawie wskaźnika odnoszącego się do każdej działalności, np. wartości dodanej, produkcji brutto, wartości sprzedaży, wielkości zatrudnienia lub wynagrodzeń.

Tym samym brak wskazania w KRS działalności projektowania w budownictwie nie przesądza jeszcze o niemożliwości realizacji zamówienia w tym zakresie. Polską Klasyfikację Działalności (PKD) wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 2 stycznia 2004 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (Dz. U. Nr 33, poz. 289 i Nr 165, poz. 1727) stosuje się do działalności oznaczonej zgodnie z tą klasyfikacją przed dniem wejścia w życie niniejszego rozporządzenia, jednak nie dłużej niż do dnia 31 grudnia 2009 r., stąd pomiędzy odwołującym a zamawiającym rozbieżności w zakresie wskazania właściwego kodu PKD. Biorąc powyższe pod uwagę zamawiający prawidłowo uznał, iż nie może być podstawą odmowy dopuszczenia do składania ofert brak ujawnienia w rejestrach przedsiębiorców obu członków konsorcjum odwołującego działalności określonej jako projektowanie budowlane. Izba w tym zakresie nie dopatrzyła się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 przez zamawiającego.

- b) odwołujący nie posiada niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz nie dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i nie przedstawił pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, w sytuacji gdy odwołujący zastosował się do wymogów określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o przetargu, a w toku postępowania zamawiający nie wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, których brak zdaniem zamawiającego stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy,

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Podstawą odmowy dopuszczenia odwołującego do składania ofert nie był brak niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz niedysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zamawiający kierował się tymi warunkami przy odmowie dopuszczenia do składania ofert. Izba zatem tym zakresie uznała zarzut za nieudowodniony. Co do zarzutu naruszenia przez

zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy poprzez przyjęcie, że odwołujący nie dysponuje potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia oraz nie przedstawił pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego, to Izba uznała, że zarzut nie jest zasadny. Warunek postawiony przez zamawiającego, aby wykonawcy wykazali, że dysponują odpowiednim sprzętem budowlanym tj.: złożyli wykaz niezbędnych do wykonania narzędzi i urządzeń, którymi dysponują lub będą dysponować lub pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego do wykonania zamówienia nie może być odczytywany w oderwaniu od przepisów obowiązującego prawa. § 1 ust. 2 pkt 3 i 3a rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi, że zamawiający może żądać wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca, a jeżeli w tym wykazie wykonawca wskazał narzędzie i urządzenia, którymi będzie dysponował, to również pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń. Odwołujący na etapie poprzedzającym złożenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie kwestionował w tym zakresie postanowień ogłoszenia, ani nie zwracał się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści. Jednoznaczny sposób przygotowania wniosku został mu także podany w rozstrzygnięciu protestu z dnia 9 grudnia 2008r., gdzie zamawiający wskazał, że wykonawcy mogą korzystać ze sprzętu podwykonawców, dzierżawić, a także leasingować sprzęt, czy też wypożyczyć i w takim przypadku mają wskazać podmiot, który udostępni im sprzęt załączając jednocześnie zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia. Zatem na pewno w dacie wezwania go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy miał świadomość, że wykazując w załączniku nr 7 sprzęt nie będący jego własnością ma jednocześnie załączyć pisemne zobowiązanie właściciela do udostępnienia sprzętu. Mimo tej wiedzy takich oświadczeń w przypadku pozycji nr 1 i 2 wykazu nie załączył. Nie można tego braku usunąć poprzez okazane na rozprawie umowy o świadczeniu usług sprzętowych, gdyż nie jest to pisemne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń. Obie umowy zgodnie z § 4 zd. 2 tych umów można wypowiedzieć z jednomiesięcznym okresem wypowiedzenia, a więc nie zabezpieczają one wykonania zamówienia. Nadto rację należy przyznać zamawiającemu, że Izba dokonuje oceny czynności zamawiającego pod względem ich zgodności z prawem biorąc pod uwagę stan faktyczny i prawny w dacie dokonywania czynności. W dacie 22 stycznia 2009r. tj. w dacie wysłania zawiadomienia o wynikach oceny wniosku zamawiający nie dysponował powyższymi dokumentami i podjęta przez niego decyzja była słuszna. Ponadto zamawiający w odniesieniu do tego samego dokumentu (w tym przypadku pełnym dokumentem był wykaz i pisemne zobowiązanie) może jedynie jednokrotnie wezwać wykonawcę do uzupełnienia



w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Tym samym obecne żądanie odwołującego, aby zamawiający ponownie wezwał go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dysponowania potencjałem technicznym, zmierza do sanowania wadliwie dokonanej czynności odwołującego i zapewnienia mu możliwości ratowania własnego wniosku nienależycie przygotowanego. Izba nie może uznać takiego działania za uprawnione w świetle zasady równego traktowania wykonawców, gdyż przyznanie racji odwołującemu w rzeczywistości prowadziłoby do nadużycia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy i zastosowania wobec odwołującego wielokrotnego (w miejsce jednokrotnego) wezwania do uzupełnienia. Art. 26 ust. 3 ustawy ma charakter przepisu wyjątkowego stanowiącego odstępstwo od zasady przygotowania wniosku lub oferty kompletnej i spełniającej wymogi zamawiającego na dzień składania wniosku, względnie oferty, dlatego nie może być interpretowany rozszerzająco. Odwołujący jest profesjonalistą na rynku zamówień publicznych oraz w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej i zgodnie z art. 355 § 2 kc stosowanym odpowiednio na podstawie art. 14 ustawy zamawiający ma prawo oczekiwać szczególnej staranności zawodowej w zakresie składanego wniosku. Izba w tej sytuacji nie dopatryła się naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy.

c) odwołujący nie znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, którego to naruszenia zamawiający w ogóle nie opisał w swojej decyzji o wykluczeniu odwołującego

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający żądał, aby wykonawcy znajdowali się w sytuacji finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, a w szczególności złożyli oświadczenie na Załączniku nr 1 do Wniosku, a ponadto posiadali ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę nie mniejszą niż 1.000.000,00 zł, co należało wykazać kserokopią polisy OC, stanowiącą Załącznik nr 10 do Wniosku. Wprost zatem zamawiający odniósł wymóg posiadania polisy oc do prowadzonej działalności gospodarczej, a nie do przedmiotu zamówienia. Takie działanie zamawiającego przy konstruowaniu powyższego warunku było prawidłowe i uzasadnione. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę, że wbrew twierdzeniom zamawiającego, iż zakres polisy ubezpieczenia oc wymaganego jako potwierdzenie spełniania warunku ekonomicznego, nie musi odpowiadać przedmiotowi zamówienia. Ratio legis wprowadzenia jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego polisy ubezpieczenia oc w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polega na tym, że potwierdza wiarygodność ekonomiczną wykonawcy, który ubezpieczając swoją działalność z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonally dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej

i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Natomiast polisa oc w ramach wykazania spełniania warunku nie służy do zabezpieczenia realizacji zamówienia. Nie jest to ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia. Takie ubezpieczenie może być żądane przy zawarciu umowy, jako dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji zamówienia poza ustawowo przewidzianym zabezpieczeniem wykonania umowy. Ponadto wskazać należy, że zamawiający dopuścił możliwość wykonania zamówienia z udziałem podwykonawców, a zatem przewidywał możliwość, że część zamówienia np. projektowanie budowlane będzie wykonywane przez podmiot trzeci, stąd żądanie posiadania polisy oc w zakresie przedmiotu zamówienia byłoby nieracjonalne, gdyż polisy podwykonawcy żądać zamawiającemu nie wolno. Z powyższych względów Izba uznała, że przedłożone przez odwołującego polisy oc potwierdzają spełnianie warunku określonego przez zamawiającego i z tego względu zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy i nie zaproszenia go do składania ofert. Jednakże z uwagi na poczynione w zakresie zarzutu nr 1 a i b ustalenia Izby, Izba uznała, że wniosek odwołującego nie spełnia warunku dopuszczenia do udziału w postępowaniu z uwagi na nie wykazanie się dysponowaniem wymaganym sprzętem, stąd nie zasadne byłoby nakazywanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny wniosku, gdyż sytuacja odwołującego nie uległaby zmianie. Z tego względu mimo stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Izba w oparciu o art. 191 ust. 1a ustawy uznała że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż naruszenie to nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, których nie uzupełnienie stanowiło podstawę wykluczenia odwołującego.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie z powodów wskazanych w uzasadnieniu zarzutu nr 1 pkt b. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy w związku z art. 25 ust. 1 ustawy.

3. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 25 ust. 1 i 2 w zw. z § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakie zamawiający może żądać od wykonawców oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006r. nr 87 poz. 605) poprzez żądanie wskazania w załączniku nr 7 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: numeru świadectwa Urzędu Dozoru Technicznego (UDT), pojazdu, wyposażenia, jakim wykonawca może dysponować w celu wykonania zamówienia, czym zamawiający, według

Odwołującego, naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut nie może być przedmiotem rozpoznania Izby, gdyż został skutecznie cofnięty przez odwołującego na rozprawie.

4. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy i art. 96 ust. 3 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy poprzez nieuprawnioną odmowę udostępnienia przedstawicielowi odwołującego protokołu postępowania, co zostało dokonane pismem z dnia 27 stycznia 2009r., co winno, zdaniem odwołującego, skutkować unieważnieniem postępowania z uwagi na naruszenia zasady jawności postępowania przetargowego.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. O ile bowiem należy przyznać rację odwołującemu, że protokół postępowania jest jawny przez cały tok postępowania i w tym zakresie nietrafna jest argumentacja zamawiającego wyrażona w rozstrzygnięciu protestu, o tyle ustawodawca przewidział ograniczenie czasowe jawności załączników do protokołu. W przedmiotowej sprawie dotyczy to wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które są jawne od momentu przekazania zaproszenia do składania ofert. Odwołujący w piśmie z dnia 27 stycznia 2009r. zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie mu wniosków pozostałych wykonawców o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Żądaniem pisma nie był objęty protokół postępowania. Zamawiający w dacie 27 stycznia 2009r. nie zakończył jeszcze badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i nie przekazał zaproszenia do składania ofert. W tej sytuacji odmowa udostępnienia wniosków znajdowała swoje oparcie w art. 96 ust. 3 ustawy i interes prawny odwołującego w tym zakresie nie doznał uszczerbku. Natomiast w proteście i odwołaniu, odwołujący wskazuje, że zamawiający nieuprawnienie odmówił mu dostępu do protokołu postępowania, podczas gdy w rzeczywistości takiego żądania nie zgłaszał, ani nie udowodnił, że taki wniosek był zgłaszany ustnie, np. podczas rozmowy telefonicznej czy osobistej wizyty u zamawiającego. Mając to na uwadze, Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 7 ustawy i art. 96 ust. 3 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy.

Odwołujący w odwołaniu wskazał także, że zamawiający naruszył art. 51 ust. 1 a ustawy i zasadę niezwłoczności, gdyż badanie i ocena wniosków o dopuszczenie nie następowała jednocześnie wobec wszystkich biorących udział w postępowaniu wykonawców. Jednakże Izba odmówiła rozpoznania tegoż zarzutu na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy, gdyż nie został on podniesiony na etapie protestu. Na marginesie jedynie Izba zwraca uwagę, że przepis art. 51 ust. 1a ustawy nie posługuje się pojęciem „jednoczesności czynności wykluczenia”. Także art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy nie reguluje tej sytuacji nie obejmując swoim

zakresem przetargu ograniczonego. Z tego względu wywód odwołującego jest nietrafny i nie zasługuje na uwzględnienie. Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 51 ust. 1a ustawy.

Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a ustawy uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, mimo tego, że stwierdziła naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez odmowę dopuszczenia odwołującego do składania ofert z powodu braku wskazania w zakresie działalności objętej ubezpieczeniem oc projektowania budowlanego, z uwagi na brak wpływu tego naruszenia na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Za uzasadnione koszty zamawiającego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika Izba uznała 3 600 zł na podstawie przedłożonego rachunku stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 128 poz. 886), ograniczając żądanie zamawiającego do maksymalnej wysokości zwrotu kosztów zastępstwa prawnego tj. do kwoty 3 600zł. Izba na podstawie § 1 ust. 2 pkt 1 cyt. rozporządzenia stwierdziła, że wpis należny od wniesionego odwołania w przedmiotowej sprawie wynosi 10 000zł., natomiast z ustaleń Izby wynika, że odwołujący uiścił wpis w wysokości 40 000zł., stąd Izba orzekając o kosztach postępowania nakazała zwrócić odwołującemu nienależnie poniesioną nadwyżkę wpisu.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~\* -  
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa  
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Kielcach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....