

WYROK
z dnia 26 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Członkowie: Marek Szafraniec
Klaudia Szczytowska-Maziarz
Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) PwC Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-638 Warszawa, Al. Armii Ludowej 14 (lider); 2) Halcrow Group Limited, Londyn W6 7BY (Wielka Brytania), Vineyard House, 44 Brook Green; 3) Wierzbowski Eversheds spółka komandytowa, 00-041 Warszawa, ul. Jasna 14/16a od rozstrzygnięcia przez zamawiającego: **Gmina Wrocław, Urząd Miejski Wrocławia, 50-141 Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8** protestu z dnia 17 czerwca 2010 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) PwC Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-638 Warszawa, Al. Armii Ludowej 14 (lider); 2) Halcrow Group Limited, Londyn W6 7BY (Wielka Brytania), Vineyard House, 44 Brook Green; 3) Wierzbowski Eversheds spółka komandytowa, 00-041 Warszawa, ul. Jasna 14/16a oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem złożonego przez tych wykonawców wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu.
2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Wrocław, Urząd Miejski Wrocławia, 50-141 Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu

- uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**
- 1) PwC Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-638 Warszawa, Al. Armii Ludowej 14 (lider); 2) Halcrow Group Limited, Londyn W6 7BY (Wielka Brytania), Vineyard House, 44 Brook Green; 3) Wierzbowski Eversheds spółka komandytowa, 00-041 Warszawa, ul. Jasna 14/16a,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Gminę Wrocław, Urząd Miejski Wrocławia, 50-141 Wrocław, pl. Nowy Targ 1/8** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:** **1) PwC Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-638 Warszawa, Al. Armii Ludowej 14 (lider); 2) Halcrow Group Limited, Londyn W6 7BY (Wielka Brytania), Vineyard House, 44 Brook Green; 3) Wierzbowski Eversheds spółka komandytowa, 00-041 Warszawa, ul. Jasna 14/16a,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
 - 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:** **1) PwC Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-638 Warszawa, Al. Armii Ludowej 14 (lider); 2) Halcrow Group Limited, Londyn W6 7BY (Wielka Brytania), Vineyard House, 44 Brook Green; 3) Wierzbowski Eversheds spółka komandytowa, 00-041 Warszawa, ul. Jasna 14/16a.**

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

Zamawiający – Gmina Wrocław, Urząd Miejski Wrocławia – prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Świadczenie kompleksowych usług doradczych przy przygotowaniu postępowania na wybór partnera prywatnego dla realizacji południowo-wschodniego odcinka obwodnicy śródmiejskiej od ul. Krakowskiej do ul. Mickiewicza we Wrocławiu”.

10 czerwca 2010 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego – konsorcjum w składzie: 1) PwC Polska spółka z o.o. z Warszawy (lider), 2) Halcrow Group Ltd. z Londynu w Wielkiej Brytanii,

Wierzbowski Eversheds spółka komandytowa z Warszawy, ul. Jasna 14/16a (zwane dalej również „Konsorcjum PwC”) o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 z uwagi na niewykazanie, iż Krzysztof Feluch jako osoba, która ma pełnić funkcję eksperta do spraw prawnych, posiada uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata.

Wobec dokonanej przez Zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania, Odwołujący wniósł odwołanie, poprzedzone protestem.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione przez Odwołującego z zachowaniem terminów wynikających z art. 184 ust. 2 pzp, odpowiednio: protest 17 czerwca 2010 r. (pismem z tej samej daty), odwołanie 8 lipca 2010 r. (pismem z tej daty.) wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego, w tym samym dniu Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Odwołujący, zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, zarzucił Zamawiającemu, że przez dokonaną czynność naruszył następujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Art. 7 – przez wykluczenie Konsorcjum PwC z postępowania, mimo że podobnie jak inni wykonawcy spełnia warunki udziału w postępowaniu.
2. Art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp – poprzez jego błędne zastosowanie do stanu faktycznego w niniejszej sprawie, polegające na uznaniu, że Konsorcjum PwC nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, mimo że złożone dokumenty wykazały spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny warunków udziału w postępowaniu.
2. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.
3. Dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu podniesionych w proteście i odwołaniu zarzutów, Odwołujący podniósł następujące okoliczności.

W załączniku nr 10 do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, podpisanym przez Odwołującego, znalazło się stwierdzenie, że Krzysztof F. posiada uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata. Mimo to Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia oświadczenia o tym, że Krzysztof F. jako osoba, która będzie pełnić funkcję eksperta do spraw prawnych, posiada uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata. Następnie wykluczył Odwołującego z postępowania z tego powodu, jakoby nie wykazał, że w dacie złożenia wniosku Krzysztof F. był adwokatem.

Wykonawca złożył w tym zakresie odpowiednie oświadczenie - znajdujące się w treści załącznika nr 10 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o nazwie „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia”, w wierszu oznaczonym numerem 3, w kolumnie oznaczonej numerem 5 „Kwalifikacje”, gdzie wyraźnie wskazano, że Krzysztof F. jako osoba, która będzie pełnić funkcję eksperta do spraw prawnych, posiada uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata.

Zgodnie z art. 14 pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego („kc”), jeżeli przepisy ustawy pzp nie stanowią inaczej. Zgodnie zaś z art. 65 § 1 kc, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Zdaniem Zamawiającego załączniku nr 10 znajduje się jedynie informacja, że Krzysztof F. posiada uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata, a nie oświadczenie, o tym, że Krzysztof F. posiada uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata. Argumentacja ta nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż biorąc pod uwagę, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, niewątpliwie wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest oświadczeniem woli, zaś treść tego oświadczenia obejmuje treść wszystkich załączników do niego.

Rozporządzenie 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; zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów”), nie stawia bezwzględnego wymogu, by wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, stanowiły dwa odrębne dokumenty. Także w ogłoszeniu o zamówieniu brak było wyraźnego wskazania, że w tym zakresie powinny być złożone dwa odrębne dokumenty. W związku z powyższym Odwołujący był uprawniony do zawarcia w jednym dokumencie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i stwierdzeń, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia. Trzeba przy tym podkreślić, że Zamawiający, bez względu na kompozycję zestawu dokumentów, miał wszystkie stwierdzenia, których wymagał.

W tych okolicznościach samo wezwanie Zamawiającego do złożenia oświadczenia w zakresie, w jakim Odwołujący już wcześniej złożył odpowiednie stwierdzenie, było wadliwe i zbędne, zaś Odwołujący wypełnił je tak, jak odczytał wolę Zamawiającego. Nie zmienia to jednak faktu, że już w samym załączniku nr 10 do wniosku Odwołujący zawarł stwierdzenie, że Krzysztof Feluch jako osoba, która będzie pełnić funkcję eksperta do spraw prawnych, posiada uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata. Wobec tego wymóg Zamawiającego, by Odwołujący powtórzył stwierdzenie zawarte w załączniku nr 10 w kolejnym dokumencie jest nadmiernie formalistyczny i

nie znajduje uzasadnienia ani w przepisach rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów ani ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przesłanką wykluczenia z postępowania może być jedynie niespełnienie warunków udziału w nim, a nie nieprawidłowe wykonanie wezwania Zamawiającego. W szczególności w wyroku z dnia 27 lipca 2009 r., Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz brak ich uzupełnienia w odpowiedzi na takie wezwanie, nie przesądza o „nieprawidłowości” dokumentów pierwotnie załączonych do oferty (sygn. akt KIO/UZP 916/091). Co więcej, nawet niezłożenie dokumentu, do którego złożenia wezwał Zamawiający nie mogłoby spowodować automatycznego wykluczenia Odwołującego, gdyż Zamawiający musi podczas badania i oceny wniosków brać pod uwagę dokumenty, które są w jego dyspozycji (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 13 stycznia 2009 r. ; sygn. akt KIO/UZP 1507/08), a więc także treść załącznika nr 10 do wniosku

W związku z tym, że Odwołujący wskazał, że Krzysztof F. jako osoba, która będzie pełnić funkcję eksperta do spraw prawnych, posiada uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata, to Zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie braku oświadczenia o tym, że Krzysztof F. jako osoba, która będzie pełnić funkcję eksperta do spraw prawnych, posiada uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata.

Czynność ta naruszyła art. 7 ust. 1 pzp, bowiem Odwołujący, mimo iż podobnie jak inni wykonawcy spełnia warunki udziału w postępowaniu, to nie został zakwalifikowany do dalszego jego toku.

Zamawiający oddalił protest 1 lipca 2010 r., w uzasadnieniu podając następujące okoliczności uzasadniające jego decyzję.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy pzp, „złożenie na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty (...) powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upływa termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert”. Redakcja przepisu nie pozostawia wątpliwości, co do aktualności oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca musi wykazać, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na dzień składania wniosków. W niniejszym stanie faktycznym dokument zawierający oświadczenie, że osoba, która będzie pełnić funkcję eksperta ds. prawnych - Pan Krzysztof F., posiada wymagane uprawnienia, został wystawiony po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. w dniu 10 maja 2010 r. W treści złożonych oświadczeń nie wskazano, iż oświadczenie to jest zgodne z prawdą na dzień składania wniosków tj. na dzień 7 kwietnia 2010 r. Tym samym Wykonawca nie wykazał, iż dysponuje osobą posiadającą uprawnienia na dzień składania wniosków.

Możliwe jest złożenie w wyniku uzupełnienia dokumentu z datą po upływie terminu składania wniosków jedynie wówczas gdy treść dokumentu potwierdza spełnianie przez wykonawcę warunków i wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków. Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 5 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 2/07; X Ga 4/07) według którego: „zdaniem Sądu Okręgowego na podstawie art. 26 ust 3 ustawy zamawiający może uznać brakujące dokumenty uzupełnione później, jednakże tylko wtedy, gdy wynika z nich, że stan, jaki potwierdzają, istniał także na dzień składania ofert. Przeciwny pogląd prowadziłby do naruszenia zasady równego traktowania wszystkich uczestników postępowania, co tym samym uniemożliwiłoby zamawiającemu ocenę spełnienia przez wszystkich wykonawców warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.”

Odwołujący zarzuca niezgodną z regułami kodeksowymi interpretację oświadczenia woli i podnosi, że złożył we wniosku oświadczenie w zakresie spełniania przez wskazany personel, warunków stawianych przez Zamawiającego. Data zawarta w oświadczeniu uzupełniającym, zdaniem Odwołującego, winna być interpretowana w nawiązaniu do treści pierwotnego oświadczenia. Zgodnie z art. 65 § 1 kc, oświadczeniu woli należy tłumaczyć jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Należy mieć również na uwadze dyrektywy wykładni wypracowane przez naukę prawa, zwłaszcza dyrektywę *clara non sunt interpretanda*, w myśl której rzeczy nie budzące wątpliwości nie podlegają Interpretacji. Protestujący złożył oświadczenie woli, zawierając w nim datę określającą czas, do którego odnosi się jego treść. Trudno o bardziej precyzyjne określenie terminu. Błędem było by przyjmowanie, że data ta oznacza dzień zupełnie Inny. Zgodnie z poglądami doktryny: „Szczególne dyrektywy odnoszą się do wykładni oświadczeń woli wyrażonych w formie pisemnej (...) sposób sporządzania wypowiedzi w formie pisemnej powoduje, że formułująca ją strona ma możliwość głębszego (w porównaniu z wypowiedzią ustną) namysłu nad jej treścią i precyzyjniejszego jej sformułowania. Uzasadnia to postawienie większych wymagań autorowi takiej wypowiedzi. Na tej podstawie opiera się dyrektywa interpretacji rygorystycznej wobec osoby redagującej (*In dubio contra proferentem*) – niejasne (po zastosowaniu ogólnych reguł wykładni) pisemne oświadczenie woli powinno być interpretowane na niekorzyść osoby, która je zredagowała...” (P. Machnikowski [w:] E. Gniewek, *Kodeks Cywilny. Komentarz*, Warszawa 2006). Mając na względzie powyższe, oraz rygorystyczny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stwierdzić należy, że na wykonawcę składającego oświadczenia woli w toku procedury regulowanej ustawą, nałożone są szczególnie wysokie wymagania.

Jednocześnie zgodnie z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, Zamawiający, na potwierdzenie spełniania warunków udziału, żądał w ogłoszeniu, w pkt. III.A) 10. i III.A) 11. dwóch odrębnych dokumentów: po pierwsze – wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i

wykształcenia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami, oraz, po drugie – oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia. Odwołujący złożył we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykaz osób stanowiący załącznik nr 10 do wniosku. Jednym z elementów tego wykazu była (zgodnie z rozporządzeniem) kolumna nr 5 oznaczona jako „Kwalifikacje”. W kolumnie tej, zgodnie z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, Odwołujący winien wpisać informacje na temat kwalifikacji zawodowych osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia. W kolumnie „Kwalifikacje” dot. P. Krzysztofa F. wpisano: „Uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata”. Jednakże zgodnie z rozporządzeniem jest to tylko i wyłącznie informacja na temat kwalifikacji zawodowych. Nie można rozszerzyć interpretacji takiej informacji i traktować jej jako oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, które zgodnie z tym rozporządzeniem powinno stanowić odrębny dokument.

Odwołujący nie neguje w uzasadnieniu protestu złożenia w ramach uzupełnień niewłaściwego oświadczenia, że P. Krzysztof F. posiada wymagane uprawnienia a jedynie wskazuje, iż we wniosku takie oświadczenie znajdowało się w jednej z kolumn wykazu. Tym samym w chwili gdy uzupełnienia okazały się błędne i spowodowały wykluczenie z postępowania Odwołujący uznał, iż samo wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów było niezasadne. W tej części uzasadnienie protestu należy uznać za złożone po terminie, gdyż w swej istocie dotyczy samej czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy pzp, wykonawca ma prawo wnieść protest na czynności zamawiającego w terminie 10 dni, od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o niezgodnej z prawem czynności.

W złożonej do Urzędu Zamówień Publicznych 15 lipca 2010 r. odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Uzupełniając argumentację rozstrzygnięcia protestu, wskazał dodatkowo, iż z § 1 ust. 1 pkt 6 i 7 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów wynika, iż „informacja o posiadanych kwalifikacjach zawodowych” zawarta w wykazie osób nie jest tożsama z „oświadczeniem o posiadanych uprawnieniach”, zatem nie można uznać, iż zawarta w wykazie osób w kolumnie „Kwalifikacje” informacja dot. p. Krzysztofa F. „Uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata”, spełnia jednocześnie wymogi informacji o posiadanych kwalifikacjach oraz oświadczenia o posiadanych uprawnieniach.

Żaden z pozostałych wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Po ustaleniu z urzędu, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących

odrzuconiem odwołania, o których mowa w art. 187 ust. 4 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone na piśmie oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 29 stycznia 2010 r. pod numerem 2010/S 20-028498, z tym że ogłoszenie zostało wysłane do Urzędu Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej 27 stycznia 2010 r. i w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.wroclaw.pl).

W Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 10 marca 2010 r. pod numerem 2010/S 48-069668 ukazało się ogłoszenie o zmianie (wysłane do UOPUE 5 marca 2010 r.), które wprowadziło między innymi zmiany w pkt III.2.1.2.2 ppkt. 3 zmieniając w ramach wymogu dysponowania zespołem ekspertów zdolnych do wykonania zamówienia wymagania dysponowania ekspertem do spraw prawnych z zakresu partnerstwa publiczno-prywatnego, przez usunięcie wymagania doświadczenia w świadczeniu usług polegających na obsłudze prawnej przy przynajmniej dwóch inwestycjach realizowanych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego, na wymagania dysponowania ekspertem do spraw prawnych, przy pozostawieniu wymagania posiadania uprawnień do wykonywania zawodu radcy prawnego, zgodnie z ustawą z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1059, z późn. zm.) lub uprawnień do wykonywania zawodu adwokata, zgodnie z ustawą z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (t.j. Dz. U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188, z późn. zm.).

Treść ogłoszenia nie uległa zmianie w zakresie pkt III.2.1.2.2 lit. A ppkt. 10 i 11, gdzie określono, iż w celu wykazania spełniania opisanego powyżej warunku udziału w postępowaniu wykonawca obowiązany jest przedłożyć: wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami – potwierdzający spełnianie warunku określonego w pkt. III.2.1.2.2 (ppkt 10); oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia (ppkt 11).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 1.968.333,33 zł, co stanowi równowartość 512.720,33 euro.

Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny obowiązujący na dzień wszczęcia postępowania, to jest przed wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), natomiast uwzględniając wejście w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), zgodnie odpowiednio: z art. 4 oraz z art. 3 ust. 1 przywołanych ustaw nowelizujących.

Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, gdyż potwierdzenie się zarzutów odwołania umożliwi mu kontynuowanie udziału w postępowaniu i stwarza realną możliwość uzyskania zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania, wniosku o dopuszczenie Odwołującego do udziału w dialogu, wezwania do uzupełnienia dokumentów z 7 maja 2010 r., odpowiedzi Odwołującego z 19 maja 2010 r. wraz z załączonymi dokumentami. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w proteście i odwołaniu, skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż ani w zarzutach, ani w treści uzasadnienia odwołania i protestu Odwołujący nie sformułował zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 pzp, wobec tego Izba nie była uprawniona do orzekania w tym zakresie. Jednocześnie brak oprotestowania tej czynności nie oznacza, iż Odwołujący nie jest uprawniony do kwestionowania wykluczenia go z postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Natomiast z przepisu § 1 ust. 1 pkt. 6 i 7 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 wynika, iż w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp, których opis sposobu oceny spełnienia został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, w postępowaniach

powyżej tzw. progów unijnych, zamawiający żąda: po pierwsze – wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami, oraz, po drugie – oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania tych uprawnień.

W przedmiotowej sprawie istota sporu między Stronami sprowadza się do oceny czy dokument załączony przez Odwołującego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu potwierdza spełnianie określonego przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu warunku udziału w tym postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego Izby, z faktu, iż rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów wymienia powyższe dokumenty w odrębnych punktach enumeratywnego katalogu dokumentów z § 1, nie wynika w każdym przypadku konieczność złożenia przez wykonawców na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ani dwóch odrębnych fizycznie dokumentów, ani też jednego dokumentu zawierającego w wyraźny sposób oddzieloną „informację o posiadanych kwalifikacjach zawodowych” od „oświadczenia o posiadanych uprawnieniach”.

Po pierwsze, zważyć należy, iż zarówno wykaz osób, jak i oświadczenie o posiadaniu przez te osoby wymaganych kwalifikacji służą potwierdzeniu spełniania przez wykonawców tego samego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania przez nich osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 *in fine* pzp). W przedmiotowym postępowaniu chodziło konkretnie o potwierdzenie spełniania warunku dysponowania przez wykonawcę zespołem osób (ekspertów) zdolnych do wykonania zamówienia, w szczególności Ekspertem do spraw prawnych – osobą z uprawnieniami do wykonywania zawodu radcy prawnego lub adwokata, zgodnie z przepisami, odpowiednio: ustawy o radcach prawnych lub ustawy Prawo o adwokaturze (pkt III.2.1.2.2 ppkt. 3 ogłoszenia o zamówieniu). Zatem istotne jest, czy wykonawca wykaże spełnianie postawionego przez zamawiającego warunku, a nie to czy złożył odpowiednią liczbę dokumentów na jego potwierdzenie, nawet jeżeli w treści ogłoszenia wymieniono te dokumenty w odrębnych punktach (pkt III.2.1.2.2 lit. A ppkt. 10 i 11).

Po drugie, w zależności od uwarunkowań prawnych i faktycznych danego postępowania: treści postawionego warunku, opisu sposobu jego spełniania, konfiguracji podmiotowej wykonawcy (np. występowania w ramach konsorcjum) – zarówno wykaz osób, jak i oświadczenie może pochodzić od tego samego podmiotu – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. O ile bowiem w przypadku wykazu osób oczywistym jest, iż pochodzi on od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, o tyle w stosunku do oświadczenia o posiadaniu kwalifikacji przez osoby wymienione w wykazie rozporządzenie w sprawie rodzaju dokumentów ani wprost, ani pośrednio nie wskazuje, kto powinien je złożyć (podpisać). Oznacza to, iż

rozporządzenie dopuszcza złożenie tego oświadczenia zarówno przez wykonawcę jaki i przez inny podmiot uprawniony do złożenia oświadczenia wiedzy w tym zakresie. Zatem słuszne jest stanowisko Zamawiającego, który na rozprawie wskazał, iż dopuszcza możliwość złożenia oświadczenia zarówno przez lidera Konsorcjum PwC, uczestnika konsorcjum zapewniającego osobę do pełnienia funkcji Eksperta do spraw prawnych (Wierzbowski Eversheds sp. komandytowa), jak i osobiście przez tę osobę (Pana Krzysztofa F.). Wobec tego, również w tym aspekcie istotne jest czy wykonawca w danym postępowaniu może sam potwierdzić spełnianie warunku, czy w tym celu wymagane jest złożenie oświadczenia przez inny podmiot.

Po trzecie, co jest związane z opisanym poprzednio aspektem zagadnienia, zarówno wykaz osób jak i oświadczenie, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 6 i 7 rozporządzenia są dokumentami o takim samym charakterze i doniosłości prawnej – oświadczeń wiedzy, za których prawdziwość, niezależnie od tego przez kogo zostały złożone (kto jest ich wystawcą), ponosi odpowiedzialność, pod rygorem wykluczenia z postępowania (na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp), wykonawca, który załączył je na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu do wniosku lub oferty – oświadczeń woli ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby, również taka sama ranga obu „typów” dokumentów przemawia za uznaniem, iż w razie wyczerpującej treści wykazu, nie jest niezbędne złożenie odrębnego oświadczenia. Odwołujący za pośrednictwem upoważnionego do tego lidera Konsorcjum PwC zawarł w stosowne oświadczenie dotyczące posiadania przez Krzysztofa F. uprawnień do wykonywania zawodu adwokata, licząc się z tym, że w razie nieprawdziwości tej informacji może zostać wykluczony z postępowania.

Wobec tego, zdaniem składu orzekającego Izby, przy zachowaniu przez wykonawcę powyżej opisanych wymagań, przy ocenie spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia należy badać treść złożonych przez wykonawcę oświadczeń i informacji, niezależnie od tego czy zostały zawarte w jednym czy dwóch dokumentach i nazwy tych dokumentów. W przedmiotowym postępowaniu, wobec złożenia w pkt. 3 wykazu w kolumnie dotyczącej kwalifikacji oświadczenia, iż Pan Krzysztof F. posiada uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata, nie sposób wskazać jakiego prawnie relewantnego elementu brakuje w treści tego oświadczenia dla stwierdzenia, iż potwierdza ono posiadanie przez tę osobę wymaganych przez Zamawiającego kwalifikacji i uprawnień. Należy zważyć bowiem, iż wobec warunku postawionego przez Zamawiającego, oraz nie ograniczenia się przez Odwołującego do wpisania w rubryce „Kwalifikacje” wykazu słowa „adwokat”, nie sposób oddzielić i rozróżnić w tym przypadku informacji o posiadaniu kwalifikacji adwokata od oświadczenia o posiadaniu uprawnień do wykonywania tego zawodu.

Nie oznacza to jednak, iż utrzymane w aktualnie obowiązującym rozporządzeniu w sprawie rodzaju dokumentów wyodrębnienie obu rodzajów dokumentów jest zbędne, gdyż w przeciwieństwie do poprzedniego stanu prawnego (rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane), oświadczenie o posiadaniu uprawnień zastąpiło dokumenty, którymi mogły być również dokumenty urzędowe potwierdzające posiadanie takich uprawnień, pochodzące od podmiotu niezależnego i odrębnego od wykonawcy. W aktualnym stanie prawnym uzasadnieniem dla takiej techniki legislacyjnej jest właśnie okoliczność, iż wykaz osób składany jest przez wykonawcę, natomiast oświadczenia o posiadaniu kwalifikacji może być również złożone przez osobę, której dotyczy treść tego oświadczenia lub jeszcze inny podmiot.

Na marginesie powyższych rozważań, skład orzekający Izby zauważa, iż nawet gdyby stanowisko Zamawiającego o konieczności złożenia odrębnie „informacji o kwalifikacjach” i „oświadczenia o posiadaniu kwalifikacji” było zasadne, to w okolicznościach faktycznych sprawy nie było podstaw do automatycznego uznania oświadczeń złożonych przez Odwołującego w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów za niepotwierdzające spełniania warunku udziału w postępowaniu w sposób wymagany przez art. 26 ust. 3 pzp, gdyż uwidoczniona na nich data (10 maja 2010 r.) przypadała po terminie składania wniosków (7 kwietnia 2010 r.). Biorąc pod uwagę, nie tyle ogólne oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, ale dysponując konkretną „informacją” z wykazu osób załączonego do wniosku, iż Pan Krzysztof F. ma uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata, Zamawiający powinien w takiej sytuacji wezwać Odwołującego na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 pzp do złożenia wyjaśnień. Sformalizowany sposób uzyskiwania uprawnień do wykonywania zawodu adwokata powoduje, iż wyjaśnienie takie odpowiednio sformułowane przez Odwołującego mogłoby bez wątplenia wykazać w sposób satysfakcjonujący Zamawiającego, iż osoba ta nieprzerwanie kontynuuje wykonywanie zawodu adwokata przez okres wykraczający poza termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Skład orzekający Izby stwierdził również naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców, gdyż pomimo wykazania przez Odwołującego spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w ogłoszeniu o zamówieniu, został on bezpodstawnie wykluczony z udziału w tym postępowaniu.

Wobec potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, z którego niezasadnie został wyeliminowany Odwołujący – i działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu

art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec niezłożenia do akt sprawy rachunku, jak tego wymaga przepis § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z późn. zm.) – Izba nie uwzględniła w wniosku pełnomocnika Odwołującego o zasądzenie kosztów według norm przepisanych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....