

Sygn. akt KIO 1588/10

Sygn. akt KIO 1596/10

WYROK
z dnia 5 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 sierpnia 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **30 lipca 2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych:

A. w dniu **27 lipca 2010 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. ROSA BUD S.A. (pełnomocnik), 2. Roman Saczywko prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „ROSA.-BUD” Roman Jan Saczywko, adres dla pełnomocnika: ul. Gazowa 5/7, 26-600 Radom,**

B. w dniu **28 lipca 2010 r.** przez „**REMEX**” **Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe Krzysztof Wrzosek, Andrzej Cudny spółka jawna, ul. Grobelnego 2, 05-300 Mińsk Mazowiecki,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Starostwo Powiatowe w Białobrzegach, Plac Zygmunta Starego 9, 26-800 Białobrzegi,**

przy udziale wykonawcy **DORBUD S.A., ul. Zagańska 153, 25-563 Kielce** zgłaszającego przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO/1588/10 oraz KIO/1596/10 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1A. oddała odwołanie sygn. akt KIO 1588/10 wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ROSA BUD S.A., 2. Roman Jan

Saczywko prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „RO.SA.-BUD” Roman Jan Saczywko;

1B. uwzględnia odwołanie sygn. akt KIO 1596/10 wniesione przez „REMEX” Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe Krzysztof Wrzosek, Andrzej Cudny spółka jawna;

2. Kosztami postępowania obciąża:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ROSA BUD S.A. (pełnomocnik), 2. Roman Saczywko prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „ROSA.-BUD” Roman Jan Saczywko, adres dla pełnomocnika: ul. Gazowa 5/7, 26-600 Radom,

- Starostwo Powiatowe w Białobrzegach, Plac Zygmunta Starego 9, 26-800 Białobrzegi

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych:

A. wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ROSA BUD S.A. (pełnomocnik), 2. Roman Saczywko prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „ROSA.-BUD” Roman Jan Saczywko, adres dla pełnomocnika: ul. Gazowa 5/7, 26-600 Radom stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

B. wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez „REMEX” Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe Krzysztof Wrzosek, Andrzej Cudny spółka jawna, ul. Grobelnego 2, 05-300 Mińsk Mazowiecki stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

2) dokonać wpłaty kwoty **14 800 zł 00 gr** (słownie: czternaście tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A. kwoty 1 800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. ROSA BUD S.A. (pełnomocnik), 2. Roman Saczywko prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „ROSA.-BUD” Roman Jan Saczywko, adres dla pełnomocnika: ul. Gazowa

5/7, 26-600 Radom na rzecz **Starostwa Powiatowego w Białobrzegach, Plac Zygmunta Starego 9, 26-800 Białobrzegi**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwoty 13 000 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Starostwo Powiatowe w Białobrzegach, Plac Zygmunta Starego 9, 26-800 Białobrzegi** na rzecz **„REMEX” Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe Krzysztof Wrzosek, Andrzej Cudny spółka jawna, ul. Grobelnego 2, 05-300 Mińsk Mazowiecki**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu o odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Pouczenie:

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

.....

Sygn. akt: KIO/1588/10

KIO/1596/10

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a jego przedmiotem jest „Budowa Sali sportowej z zapleczem socjalnym przy Liceum Ogólnokształcącym im. Armii Krajowej w Białobrzegach”. W tym postępowaniu odwołania [pismo z dnia 27 lipca 2010 r.] zostały wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ROSA BUD S.A. z Radomia [lider] oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „ROSA-BUD” Roman Jan Saczywko z Radomia [sygn. akt: KIO 1588/10], dalej Odwołujący ROSA-BUD oraz „REMEX” Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe Krzysztof Wrzosek, Andrzej Cudny spółka jawna z Mińska Mazowieckiego, [dalej Odwołujący „REMEX” PBH].

I. Odwołujący ROSA-BUD [sygn. akt: KIO/1588/10] podniósł zarzut dokonania wykluczenia wykonawcy z postępowania z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, art. 26 ust. 2b i ust.3 PZP oraz art. 87 ust. 1 PZP, wnosząc jednocześnie o unieważnienie decyzji o wyborze oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach jako najkorzystniejszej, unieważnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert w tym oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu wykonawca na wezwanie Zamawiającego - w trybie art. 26 ust. 3 PZP - do uzupełnienia kilku dokumentów i oświadczeń w tym do uzupełnienia „wykazu wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - robót budowlanych wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania wraz dokumentami potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (zgodnie z SIWZ pkt 11 ppkt 1)” – przekazał wymagane dokumenty. W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Zamawiający powołując się na opinie prawną UZP oraz orzeczenie KIO z dnia 17.05.2010r. sygn. akt KIO 790/10 uznał, iż skoro Odwołujący nie wskazał jako podwykonawcy firmy AGAT Spółka z o.o. z której wiedzy i doświadczenia - jak zadeklarował w ofercie - będzie korzystał w toku realizacji zadania (art. 26 ust. 2b PZP), to nie potwierdził tym samym spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia. Zdaniem Odwołującego, art. 26 ust. 2b ustawy PZP jednoznacznie stanowi, iż 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 nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami

niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Ustawodawca nie narzucił tym samym ani formy prawnej ani charakteru i rodzaju współpracy między wykonawcą a „innym podmiotem” . Nie określił również jaki dokument stanowić będzie potwierdzenie, iż wykonawca będzie dysponował zasobami „innego podmiotu”, gdyż w cyt. art. 26 ust. 2b mowa jest o pisemnym zobowiązaniu. Takie pisemne zobowiązanie Spółki AGAT Odwołujący dołączył do oferty. W ocenie Odwołującego zawężenie pozycji podmiotu, z którego wiedzy i doświadczenia będzie korzystał wykonawca przy realizacji danego zamówienia do roli podwykonawcy jest niczym nie uprawnione. Gdyby tak chciał ustawodawca to wprost stosowny zapis znalazłby się w PZP. „Pisemne zobowiązanie” jest niewątpliwie pojęciem szerszym od umowy o podwykonawstwo. W trakcie wykonywania robót budowlanych firmy mogą ze sobą współpracować na innych płaszczyznach niż tylko podwykonawstwa. W zależności od potrzeb mogą dysponować zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w oparciu o umowy o najmu/dzierżawy sprzętu specjalistycznego, oddelegowania pracowników - specjalistów, umowy o doradztwo itp. Za powyższą interpretacją art. 26 ust. 2b PZP przemawia również brzmienie § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa RM z dnia 30.12.2009r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Z wykładni logicznej § 1 ust 2 jednoznacznie wynika, iż zasoby innych podmiotów mogą być wykorzystywane przez wykonawcę bez udziału tych podmiotów (jako podwykonawców) w realizacji danego zamówienia publicznego. Odwołujący stwierdził także, że w miejsce art. 87 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 PZP wezwał Odwołującego do uzupełnienia Wykazu załączonych robót, przy czym w wezwaniu nie wskazał ani okoliczności, które wzbudziły wątpliwości ani dlaczego nie uznał przedstawionego Wykazu jako spełniającego warunki SIWZ. Precyzyjne określenie żądania do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń obciąża Zamawiającego. Brak takiej precyzji po stronie Zamawiającego nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla Odwołującego. Uwzględniając wszystkie wyżej przytoczone okoliczności odwołanie zdaniem wykonawcy, oraz wnioski w nim zawarte uznać należy za uzasadnione.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca - Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe DORBUD S.A. z Kielc [Przystępujący] wnosząc o oddalenie odwołania. Podał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, bowiem oddalenie odwołania pozwoli Przystępującemu na realizację przedmiotowego zamówienia w wyniku dokonanego przez Zamawiającego wyboru oferty Przystępującego, jako oferty

najkorzystniejszej. W uzasadnieniu stwierdził, że Odwołujący nie wykazał w swojej ofercie spełnienia warunku posiadania wymaganego doświadczenia, tj. w złożonym wykazie (poz. 1 wykazu) powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego i złożył referencje wystawione na ten podmiot. Jednocześnie w formularzu oferty Odwołujący jednoznacznie oświadczył, iż nie przewiduje zatrudnienia podwykonawcy, zatem wykazanie doświadczenia podmiotu trzeciego jest nieskuteczne. Stwierdził także, że żaden z członków konsorcjum, będących Odwołującym się, nie brał udziału w realizacji zamówienia wskazanego w pkt 1 załączonego do oferty wykazu robót Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie nie uzupełnił wykazu wykonanych robót, składając ponownie wykaz załączony do oferty oraz stwierdził, że „dokumenty złożone przez konsorcjum wraz z ofertą zgodne są z przepisami oraz SIWZ”. Wobec powyższego Zamawiający słusznie uznał, iż Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku. Nie można bowiem zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż w oparciu o treść art. 26 ust. 2b Pzp może on skutecznie korzystać z potencjału innego podmiotu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci nie bierze udziału w realizacji zamówienia, będącego przedmiotem odwołania. Powołał się na opinie UZP oraz orzecznictwo KIO, z którego wynika że wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa, które nie mogą być przedmiotem obrotu w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego. Posiadanie doświadczenia jest faktem, nie zaś prawem i z tego powodu doświadczenia nie można samodzielnie zbyć, ani w inny sposób zadysponować nim przenosząc go na określony podmiot. Doświadczenie stanowi indywidualny dorobek przedsiębiorstwa, na który składa się ogół wiadomości oraz umiejętności zdobytych w toku prowadzonej działalności gospodarczej. W tej sytuacji doświadczenie dzieli zawsze byt prawny przedsiębiorstwa. Stąd też, dla wykazania dysponowania odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia, niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu części udzielanego zamówienia. Zwrócił także uwagę, że w rozdziale XII pkt 2 oraz w rozdziale XXVIII SIWZ, Zamawiający wymagał, aby w przypadku korzystania z podwykonawców, wykonawca złożył wypełniony załącznik o podwykonawcach oraz wskazał tą część zamówienia, która zostanie powierzona podwykonawcom. Wobec złożenia przez Odwołującego w pkt 10 formularza oferty jednoznacznego oświadczenia, że nie zamierza on powierzać realizacji zamówienia

podwykonawcom, Zamawiający nie mógł mieć żadnej wątpliwości, co do tego że zamówienie realizowane będzie samodzielnie przez Odwołującego się. Konsekwencją tego mogło być nieuznanie Odwołującemu doświadczenia posiadanego przez podmiot trzeci, nawet w sytuacji złożenia przez ten podmiot oświadczenia o pozostawieniu do dyspozycji Odwołującego posiadanych zasobów. Również przywoływany przez Odwołującego przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców (...), nie przesądza o odmiennej od prezentowanej przez Zamawiającego interpretacji art. 26 ust. 2b Pzp, w związku z zaistniałym w niniejszej sprawie stanem faktycznym. Ponadto Zamawiający, wobec braku wątpliwości co do treści złożonej oferty, nie miał obowiązku żądania od Odwołującego wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Powyższy przepis nie stanowi bowiem obowiązku dla Zamawiającego, lecz uprawnienie do wezwania do złożenia wyjaśnień i to tylko w przypadku powstania po stronie Zamawiającego wątpliwości co do treści oferty. Jeżeli takie wątpliwości nie powstały, Zamawiający był uprawniony do wykluczenia Odwołującego się, bez uprzedniego wezwania go w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

II. Odwołujący PBH REMEX [sygn. akt: KIO/1596/10] podniósł zarzut dokonania wykluczenia wykonawcy z postępowania z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 92 ust. 1 pkt 1,2,4 ustawy PZP. Wniósł jednocześnie o unieważnienie czynności wykluczenia Wykonawcy z postępowania i powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przywrócenie wykonawcy do postępowania i powtórzenie czynności oceny ofert. W uzasadnieniu podał, że Zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP uznając, iż ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, gdyż złożone w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów zaświadczenie z ZUS jest niezgodne z prawem. Zdaniem wykonawcy, Zamawiający nie wskazał w jakim zakresie zaświadczenia przedstawione przez Wykonawcę są niezgodne z prawem. Zamawiający - odwołując się do orzeczenia KIO w sprawie nie dotyczącej prowadzonego postępowania - wskazał jedynie na okoliczność, iż Wykonawca powinien był złożyć zaświadczenie z ZUS dla spółki jawnej oraz dla każdego ze wspólników z osobna. W niniejszej sprawie Wykonawca

został pismem z dnia 15 lipca 2010r. został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia m.in. zaświadczenia z ZUS w zakresie określonym w SIWZ pkt XI ppkt 10, tj. „aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert". W ramach wezwania Zamawiający nie precyzował żadnych szczególnych, dodatkowych oczekiwań, co do dokumentów jakie należy uzupełnić. W związku z wezwaniem Wykonawca przedstawił zaświadczenie (w zakresie wymaganym siwz oraz rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty powinny być składane) potwierdzające na dzień składania ofert (j)7.07.2010r.) brak zaległości w ZUS dla: podmiotu - spółki jawnej - z dnia 04.06.2010r. oraz dla każdego ze wspólników (Krzysztofa Wrzoska i Andrzeja Cudnego0 - z dnia 07.06.2010r. Zdaniem wykonawcy z przedstawionych zaświadczeń bezspornie wynika, że spółka jawna nie zalega wobec ZUS oraz że wspólnicy tej spółki również nie posiadają wobec ZUS żadnych zaległości. Podkreślił także, że przedstawione w terminie zaświadczenia z ZUS poświadczają, iż podmioty o określonym i indywidualnym nr NIP nie zalegają ze składkami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Przedstawione zaświadczenia są zgodne z prawem i nie budzą wątpliwości, co do ich treści. W zakresie drugiej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania [brak daty na oświadczeniu Wykonawcy, że osoby wykonujące zamówienie posiadają wymagane prawem uprawnienia], Odwołujący stwierdził, że oświadczenie wykonawcy jako odrębny dokument należy oceniać wraz ze wszelkimi dokumentami złożonymi wraz z ofertą. Mianowicie do oferty Wykonawca załączył komplet dokumentów potwierdzających posiadane przez wskazane w wykazie osoby odpowiednie uprawnienia wraz z zaświadczeniami o przynależności do właściwego samorządu zawodowego oraz oświadczenie z art. 22 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto oświadczenie Wykonawcy złożone zostało w związku z wezwaniem w zakresie określonego postępowania, co stanowi o kontekście i intencji składającego takie oświadczenie. Nie prawdziwe jest więc stwierdzenie Zamawiającego, że „nie ma wiedzy na temat tego czy na dzień

składania ofert wskazane osoby posiadają wymagane prawem uprawnienia". Reasumując, Wykonawca stwierdził, iż brak jest podstaw do przyjęcia, iż Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a zatem czynność jego wykluczenia była bezpodstawna. Wykonawca wskazał ponadto, iż Wykonawca, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu nie otrzymał zawiadomienia, o którym mowa w art. 92 ust. 1 pkt 1,2 i 4 ustawy PZP. Zdaniem Wykonawcy, Zamawiający dokonał oceny przedstawionych dokumentów w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji, gdyż mimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu oferta Wykonawcy nie została oceniona i wzięta pod uwagę przy wyborze oferty najkorzystniejszej. W związku z powyższym, a także w związku z ryzykiem dokonania przez Zamawiającego zatrzymania wadium, Wykonawca wnosi jak na wstępie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca - Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe DORBUD S.A. z Kielc [Przystępujący] wnosząc o oddalenie odwołania. Zdaniem Przystępującego odwołujący się wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie pkt 4 i 10 rozdziału XI specyfikacji, dotyczących wymogu złożenia oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia oraz w zakresie wymogu złożenia aktualnego zaświadczenia, że wykonawca nie zalega z opłacaniem na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty odwołujących się wykonawców, a także składane w toku rozprawy oświadczenia stron i przystępującego do postępowań odwoławczych wykonawcy, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, z uwzględnieniem art. 180 ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759]. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a wartość szacunkowa zamówienia, nie przekracza kwoty określonej w

przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych t. j. kwoty 4.845.000 EURO.

I. Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując odwołanie sygn. akt: KIO/1588/10 stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut naruszenia tego przepisu dotyczy bowiem warunku, stanowiącego o wiedzy i doświadczeniu wykonawcy i związanego z realizacją robót budowlanych. Zamawiający, w tym przypadku w specyfikacji (pkt X.3) wymagał wykazania przez wykonawcę, budowy jednej hali sportowej o wartości nie mniejszej niż 5.000.000 zł. Dla potwierdzenia tego warunku odwołujący się wykonawca przedstawił w wykazie realizację takiej inwestycji przez spółkę Agat sp. z o.o. oraz zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia wykonawcy do jego dyspozycji posiadanych przez spółkę (...) zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (...) objętego przetargiem. Jednocześnie odwołujący się wykonawca stwierdził w ofercie, że zamówienie zostanie zrealizowane bez udziałów podwykonawców.

Zdaniem KIO w tych okolicznościach faktycznych, przedłożone zobowiązanie podmiotu trzeciego nie potwierdza, że Odwołujący spełniania wymagany warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia. Izba przede wszystkim zwraca uwagę, iż przedmiotem tego zamówienia są roboty budowlane. Zgodnie z art. 647(1) ustawy – Kodeks cywilny - roboty budowlane są realizowane osobiście przez wykonawcę lub za pomocą podwykonawców. Z treści przedłożonego oświadczenia nie wynika, że celem jego przedłożenia było bezpośrednie uczestnictwo w realizacji zamówienia przez podmiot, którego zobowiązanie zostało dołączone do oferty odwołującego. Zdaniem Izby w przypadku robót budowlanych -dysponowanie potencjałem - dla potwierdzenia warunku wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę mogło nastąpić przede wszystkim poprzez przyjęcie przez podmiot trzeci zadań dla podwykonawcy, co powinno wynikać z treści oświadczeń. W innych okolicznościach Odwołujący nie może powoływać się na doświadczenie podmiotów trzecich, tylko z tego powodu, że taki podmiot udziela mu upoważnienia do dysponowania jego doświadczeniem nabytym wyłącznie przez ten podmiot przy realizacji skonkretyzowanych inwestycji.

Izba stoi także na stanowisku, że dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami potwierdzenie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia musi być jednoznaczne. Krajowa Izba Odwoławcza zgadza się z poglądem prezentowanym w orzecznictwie, że dysponowanie wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 2 – 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych zasobami może być oparte na zindywidualizowanych podstawach prawnych. Jednakże Izba stwierdza, że w sytuacji gdy warunek dotyczy zasobów nierozdzielnie związanych z podmiotem ich udostępniającym, które to zasoby nie mogą być przedmiotem samodzielnego obrotu, to ich udostępnianie bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, nie jest możliwe. Takie cechy w przypadku robót budowlanych ma warunek, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Zatem zobowiązanie o udostępnieniu zasobów powinno zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w tej konkretnej sprawie, gdzie przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, musi być związane z osobistym udziałem podmiotu w charakterze podwykonawcy. W innym przypadku wykonawca przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu nie udowadnia dysponowania wymaganym zasobem. Izba stwierdza także, iż wskazywany w niniejszej sprawie przepis § 1 ust.2 rozporządzenia 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] nie może stanowić dowodu, iż w przypadku robót budowlanych dla potwierdzenia warunku z art. 22 ust.1 pkt 2 udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia nie jest niezbędny. Przepis ten ogólnie bowiem odwołuje się do warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy PZP.

Mając zatem na względzie przepis art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych i okoliczności faktyczne i prawne, odwołujący się wykonawca nie udowodnił dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w zakresie potwierdzenia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Także zarzut naruszenia art. 26 ust.3 ustawy PZP jest niezasadny. Zamawiający bowiem skierował wezwanie do wykonawcy o uzupełnienie dokumentów w spornym zakresie. Zdaniem Izby – w zaskarżonym zakresie - brak jest podstaw do żądania zastosowania przepisu art. 87 ust.1 ustawy PZP. Przepis ten ma bowiem zastosowanie tylko wówczas gdy wątpliwości dotyczą treści oferty,

a nie dokumentów, o których mowa w pkt 25 ust.1 pkt 1 w zw. z art. 26 ustawy PZP.

Wobec powyższych ustaleń nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy PZP i tym samym odwołanie [sygn. akt: KIO/1588/10] podlega oddaleniu.

II. Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując odwołanie sygn. akt: KIO/1596/10 stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim Izba stwierdziła, że odwołujący się wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy PZP, w brzmieniu ustalonym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 223,poz.1779), które to przepisy mają zastosowanie do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie ze wskazanym przepisem, wykonawca nie musi wykazywać interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Wystarczy, że legitymuje się interesem *sensu largo* [zatem także interesem faktycznym] w uzyskaniu danego zamówienia i jednocześnie wykaże, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP. Niewątpliwie odwołujący się wykonawca miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem – w tym przypadku - złożył w niniejszym postępowaniu ofertę, a wykluczenie wykonawcy z postępowania – także z naruszeniem przepisów ustawy - może na gruncie przepisów prawa zamówień potencjalnie skutkować utratą wadium, jeżeli czynność taka nie zostanie zaskarżona. Tym samym wykonawca może ponieść szkodę w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy PZP.

Rozstrzygając o zarzutach podniesionych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że przedłożone przez wykonawcę dokumenty o niezaleganiu z płatnościami z tytułu ubezpieczeń społecznych na rzecz ZUS, potwierdzają brak podstaw do wykluczenia z tego tytułu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym przypadku Izba miała na względzie treść złożonych zaświadczeń z dnia 7 czerwca 2010 r. oraz przepisy kodeksu spółek handlowych. Zgodnie z powołanymi przepisami [w tym art. 22 ksh i następnymi] spółka jawna jest co prawda spółką osobową, jednakże wspólnikami tej spółki mogą być m.in.

zarówno osoby fizyczne nie będące przedsiębiorcami jak i osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą. Izba zwraca także uwagę, że Odwołujący - spółka jawna – zgodnie z art. 26 ksh - powstała z przekształcenia spółki cywilnej, zarejestrowanej w ewidencji działalności gospodarczej i działającej pod firmą „REMEX” Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe A. Cudny, K. Wrzosek spółka cywilna (data rejestracji spółki jawnej w KRS-28.01.2002r.). Zatem przedstawienie zaświadczeń z ZUS z zaznaczeniem prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby, będące z imienia i nazwiska wspólnikami spółki jawnej, nie stanowią dowodu, że te zaświadczenia nie dotyczą wspólników spółki jawnej, składającej ofertę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający także w toku rozprawy nie przedstawił żadnego dowodu na uzasadnienie twierdzeń co do podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz twierdzeń, że zaświadczenia ZUS są niezgodne z prawem, albowiem powinny być wystawione na wspólników ze wskazaniem, że są to wspólnicy spółki jawnej.

Także zarzut dotyczący wykluczenia wykonawcy z powodu braku złożenia oświadczenia, że osoby wykonujące zamówienie posiadają wymagane prawem uprawnienia, jest zasadny. Z ustaleń w sprawie bezspornie wynika, że Zamawiający nie ustalił wymaganego wzoru formularza oświadczenia. Wykonawca złożył w ofercie wykaz kandydatów przewidzianych do realizacji zamówienia wraz z danymi dotyczącymi ich uprawnień. Ponadto dodatkowo załączył dokumenty stwierdzające posiadane uprawnienia. Na wezwanie Zamawiającego przedstawił oświadczenie wymagane w specyfikacji. Brak daty na tym oświadczeniu nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, albowiem bezspornie to oświadczenie jako oświadczenie wiedzy wykonawcy dotyczy faktów wynikających z wykazu, a zatem potwierdza - stosownie do postanowień art. 26 ust.1 ustawy PZP – spełnianie wymaganego warunku, nie później niż na dzień składania ofert. W niniejszej sprawie chociażby kopie załączonych zaświadczeń o przynależności do właściwej izby inżynierów, które zawierają datę ich ważności – potwierdzają, że na dzień składania ofert osoby wymienione w ofercie do realizacji zamówienia posiadają wymagane przepisami prawa uprawnienia. Izba zwraca także uwagę, że w niniejszej sprawie zgodnie z art.14 ustawy PZP należy mieć na względzie przepis art. 65 §1 kodeksu cywilnego. Zgodnie z normatywnymi zasadami wykładni oświadczeń woli wynikającymi z postanowień tego przepisu, oświadczenie woli [w tym przypadku oświadczenie wiedzy] należy tłumaczyć, z uwzględnieniem

wszystkich obiektywnych okoliczności, w których to oświadczenie zostało złożone.

Z kolei zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1,2 i 4 ustawy PZP nie zasługuje na uwzględnienie. W tym przypadku za dowód doręczenia Izba przyjęła raport z transmisji faksu. Wykonawca nie podważał okoliczności związanych z numerem faxu, na który przesyłka została nadana. Twierdzenia w tym przypadku oparte były na braku dowodu przekazania Zamawiającemu potwierdzenia otrzymania przesyłki, podczas gdy zgodnie ze specyfikacją takie potwierdzenie mogłoby stanowić dowód w sprawie tylko wówczas gdyby takie żądanie zostało skierowane do wykonawcy.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy PZP, z uwzględnieniem § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

.....