

Sygn. akt: KIO 2143/11

## WYROK

z dnia 18 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Bogdan Artymowicz**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2011 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp.z o.o., 62- 200 Gniezno, ul. Reymonta 11** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, 60 – 463 Poznań, ul. Siemiradzkiego 5a**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Skanska S.A., 01 – 518 Warszawa, ul. Gen. Józefa Zajączka 9** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: BADERA Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa Tadeusz Badera, DROMAK Sp. z o.o., T. K. EKO-BUD Sp. z o.o., 46 – 352 Rudniki, Dalachów 354** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenie czynności badania i oceny ofert; wszczęcie wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BADERA Firma Produkcyjno-Handlowo- Usługowa Tadeusz Badera, DROMAK Sp. z o.o., T. K. EKO-BUD Sp. z o.o., 46 – 352 Rudniki, Dalachów 354** procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego potencjału technicznego.

2. kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, 60 – 463 Poznań, ul. Siemiradzkiego 5a, i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp.z o.o., 62- 200 Gniezno, ul. Reymonta 11** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, 60 – 463 Poznań, ul. Siemiradzkiego 5a** na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp.z o.o., 62- 200 Gniezno, ul. Reymonta 11** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie województwa wielkopolskiego, dla których zarządcą jest Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad.

Pismem z dnia 23 września 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty dla części II obejmującej teren Rejonu w Gnieźnie wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dromak Sp. z o. o., T.K. Eko-Bud Sp. z o. o. oraz Tadeusz Badera prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „BADERA” Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa, [dalej „konsorcjum Badera”]. Zamawiający poinformował również, iż dla części II nie wykluczył żadnego wykonawcy i żadna oferta nie została odrzucona.

Wobec takich czynności zamawiającego w dniu 3 października 2011 r. odwołanie złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o. o. z siedzibą w Gnieźnie zarzucając zamawiającemu: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), [dalej także „ustawa p.z.p.”] poprzez:

- zaniechanie wykluczenia wykonawcy konsorcjum Badera z siedzibą dla lidera w Rudnikach,
- zaniechanie wykluczenia wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert;
3. wykluczenia konsorcjum Badera z postępowaniu na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
4. wykluczenie wykonawcy Skanska S.A. z postępowaniu na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w uzasadnieniu odwołania;  
ewentualnie
5. w przypadku, gdyby KIO stwierdziła, iż uchybienia o których mowa w odwołaniu nie mogą skutkować na obecnym etapie wykluczeniem z postępowania wykonawcy konsorcjum Badera i wykonawcy Skanska to nakazanie zamawiającemu wezwanie obu wykonawców do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odnośnie zarzutów dotyczących wykonawcy konsorcjum Badera odwołujący podnosił, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego. Z załącznika nr 1 do formularza 3.2. dotyczącego doświadczenia Pana Tadeusza Badery wskazanego do pełnienia funkcji kierownika usługi zimowego utrzymania dróg w ocenie odwołującego nie wynika, aby miał on doświadczenie w kierowaniu usługami zimowego utrzymania i 2 –letnią praktykę na drogach klasy GP lub wyższej. Doświadczenia takiego zdaniem odwołującego nie ma również kolejna osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika usługi zimowego utrzymania dróg Pan Andrzej Kowalczyk. Odwołujący wskazywał również, że za potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.3 b) Instrukcji Dla Wykonawców nie sposób również uznać przedłożonego przez konsorcjum Badera zaświadczenia wystawionych przez GDDKiA Oddział w Łodzi. Wskazano w nim, iż Pan Tadeusz Badera i Pan Andrzej Kowalczyk byli kierownikami usług zimowego utrzymania w trakcie umowy na „Bieżące utrzymanie dróg i mostów w latach 2009 - 2012 (4 lata) oraz zimowe utrzymanie dróg w latach 2009 -2012 (3 sezony) na sieci dróg administrowanych przez rejon w Wieluniu". Tymczasem sezon na zimowe utrzymanie dróg rozpoczyna się od 1 listopada i trwa do 31 lipca, co jednoznacznie wskazuje, iż w/w osoby mogły rozpocząć pełnienie funkcji Kierownika usług zimowego utrzymania od 1 listopada 2009 r., a zatem pełne dwa lata doświadczenia uzyskają dopiero z dniem 1 listopada 2011 r. Osoby te nie spełniają zatem wymogu posiadania 2 - letniej praktyki na drogach klasy GP lub wyższej. Co więcej w zaświadczeniu zawarto także lakoniczne stwierdzenie, iż „PHU Badera realizowała zadania związane z zimowym utrzymaniem dróg na naszych drogach krajowych jako generalny wykonawca w latach 2006 - 2009, gdzie kierownikami usług zimowego utrzymania również byli: pan Tadeusz Badera i Pan Andrzej Krawczyk. (...)", czego nie można uznać za wymagane przez Zamawiającego w Instrukcji dla Wykonawców udokumentowane doświadczenie w kierowaniu usługami zimowego utrzymania i 2 - letniej praktyki na drogach klasy GP lub wyższej. Odnośnie przedłożonych przez konsorcjum Badera referencji wystawionych przez firmę Pol-Dróg Dolny Śląsk S.A. z siedzibą w Oleśnicy odwołujący stwierdził, iż została w nich zaświadczona okoliczność, iż Firma Produkcyjno - Handlowo - Usługowa „BADERA” realizuje zadanie: „Bieżące utrzymanie dróg i mostów oraz zimowe utrzymanie dróg w latach 2009 - 2012 (3 sezony zimowe) na sieci dróg krajowych, administrowanych przez Rejon w Wieluniu” nie zaś fakt, iż pan Tadeusz Badera i Pan Andrzej Kowalczyk pełnią na danym zadaniu funkcję kierownika usług zimowego utrzymania dróg. Odwołujący wskazywał również, iż poczynione przez zamawiającego w Instrukcji dla Wykonawców zastrzeżenia miały na celu zapewnienie, iż osoby wskazane do pełnienia określonych funkcji będą pełniły jednocześnie tylko jedną funkcję. Podczas gdy Pan Tadeusz Badera i Pan Andrzej

Kowalczyk pełni już funkcję kierownika zimowego utrzymania dróg na innych trwających aktualnie kontraktach.

W zakresie złożonego przez konsorcjum Badera zobowiązania firmy Przedsiębiorstwo Drogowe Lambdar Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia odwołujący podnosił, iż zobowiązanie to zostało złożone bez zachowania wymaganej formy pisemnej. Odwołujący wskazywał, że dla zachowania formy pisemnej dokumentu konieczne jest złożenie pod oświadczeniem własnoręcznego podpisu osoby, której to oświadczenie dotyczy.

Odnośnie zaniechania wykluczenia wykonawcy Skanska S.A. odwołujący wskazywał, iż zamawiający zastrzegł, że „Wymagania dotyczą każdej części. W przypadku składania ofert na więcej niż jedną część wymagania stanowią wielokrotność (tj. liczbę części, których dotyczy oferta) liczb określonych wyżej.”. Odwołujący podnosił, że wykonawca Skanska S.A. w ofercie z dnia 25 maja 2011 r. złożonej w postępowaniu ogłoszonym przez zamawiającego dnia 14 kwietnia 2011 r., w którym ofert ta została wybrana jako najkorzystniejsza w części IV obejmującej teren Rejonu w Koninie oraz w ofercie z dnia 6 września 2011 r. złożonej w postępowaniu ogłoszonym przez zamawiającego dnia 21 lipca 2011 r. w części II obejmującej teren Rejonu w Gnieźnie (postępowanie którego dotyczy niniejsze odwołanie) posłużyła się tym samym potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący wywodził, że „(...) biorąc pod uwagę okoliczność, iż postępowanie ogłoszone przez zamawiającego dnia 21 lipca 2011 r. stanowi powtórzenie postępowania ogłoszonego przez zamawiającego dnia 14 kwietnia 2011 r. w zakresie części I do III oraz V do VII (unieważnionych w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 czerwca 2011 r.) oraz treść przytoczonej powyżej odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 5, nie może budzić żadnych wątpliwości fakt, iż Skanska, której oferta została uznana za najkorzystniejszą w drugim z w/w postępowań w zakresie części IV, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu powinna wykazać, iż dysponuje wielokrotnością wymaganego przez Zamawiającego potencjału technicznego i kadrowego.”.

Wobec powyższego, odwołujący wskazywał, że wykonawca Skanska S.A. nie wykazał spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, a zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów żądanych na potwierdzenie spełnienia powyższych warunków.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest

bieżące i zimowe utrzymanie dróg krajowych na terenie województwa wielkopolskiego dla których zarządcą jest Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 lipca 2011 r. pod numerem 2011/S 141-234466.

Zgodnie z pkt. 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej także „SIWZ”] przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót i usług bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych na terenie województwa wielkopolskiego w podziale na następujące części:

- 1) część I – obejmująca teren Rejonu w Chodzieży;
- 2) część II - obejmująca teren Rejonu w Gnieźnie;
- 3) część III - obejmująca teren Rejonu w Kaliszu i Kępnie;
- 4) część V - obejmująca teren Rejonu w Lesznie;
- 5) część VI - obejmująca teren Rejonu w Nowym Tomysłu;
- 6) część VII - obejmująca teren Rejonu w Środzie Wlkp.

Jednocześnie zamawiający dopuścił składanie ofert na poszczególne części lub na całość przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z pkt 8.2.3) SIWZ zamawiający wymagał wykazania się odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w tym wykazania się m.in., że dysponuje co najmniej trzema osobami do pełnienia funkcji kierownika usług zimowego utrzymania dróg, które posiadają udokumentowane doświadczenie w kierowaniu usługami zimowego utrzymania i 2 letniej praktyki na drogach klasy GP lub wyższej. Jednocześnie zamawiający zastrzegł:

- w zakresie potencjału technicznego – iż wymaganie dotyczy każdej części, w przypadku składania ofert na więcej niż jedną część wymaganie stanowi wielokrotność (tj. liczbę części, których dotyczy oferta) liczby określonej wyżej;
- w zakresie potencjału osobowego – iż zamawiający nie dopuszcza przedstawienia tej samej osoby do pełnienia kilku funkcji (więcej niż jednej) z wymienionych w SIWZ. Wymaganie dotyczy każdej części, w przypadku składania ofert na więcej niż jedną część wymaganie stanowi wielokrotność (tj. liczbę części, których dotyczy oferta) liczb określonych powyżej.

Celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający zgodnie z pkt 9.1. SIWZ wymagał m.in. złożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, a także wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresem wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Ponadto zgodnie z pkt. 9.5.1. SIWZ zamawiający określił, iż dokumenty i oświadczenia wymagane dla potwierdzenia spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu (za wyjątkiem oświadczenia wymienionego w pkt 9.1.1. które musi zostać złożone w formie oryginału a także zobowiązania o którym mowa w pkt 9.2., które wymaga zachowania formy pisemnej), należy złożyć w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Dodatkowo w piśmie z dnia 24 sierpnia 2011 r. w odpowiedzi na pytanie „czy zapis umieszczony w pkt 9.5.1. instrukcji dla wykonawców należy interpretować tak, że zobowiązania o których mowa w pkt 9.2 instrukcji dla wykonawców wymagają formy pisemnej lecz nie muszą być złożone w formie oryginału ale mogą być poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę i zgodnie z pkt 9.5.3. instrukcji zamawiający żąda przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii gdy dokument będzie nieczytelny lub będzie budził wątpliwości co do jego prawdziwości?”, zamawiający wyjaśnił, że zobowiązania, o których mowa w pkt. 9.2. instrukcji dla wykonawców wymagają formy pisemnej, lecz nie muszą być złożone w formie oryginału ale mogą być poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Izba ustaliła również, iż jeden z wykonawców wystąpił z następującym zapytaniem: „Zamawiający wymaga, aby wykonawcy składając ofertę na więcej niż jedną część wykazał zwielokrotnienie (odpowiednio do ilości części na które są składane oferty) spełnienie wymagań w zakresie zarówno potencjału technicznego i osób, jak i doświadczenia, które posiada, oraz sytuacji finansowej. W związku z takim zapisem prosimy o stanowisko w sprawie sytuacji gdy wykonawca uzyskał już u zamawiającego zamówienie tego typu. Czy dopuszczalne jest posługiwanie się potencjałem technicznym, osobami, doświadczeniem, oraz potencjałem finansowym wykorzystywanym do realizacji już wygranego zamówienia. Jeżeli tak, to czy zapisy o zwielokrotnieniu wymagań w przypadku złożenia ofert na więcej niż jedną część nie naruszają zasady równego traktowania wykonawców?”. Zamawiający w piśmie z dnia 24 sierpnia 2011 r. wyjaśnił, że podtrzymuje zapis dotyczący wymagań. Uważa, że zapis nie narusza zasad równego traktowania wykonawców.

Izba ustaliła również, iż do upływu terminu składania ofert, na część II – teren Rejonu w Gnieźnie, swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Konsorcjum Badera z siedzibą dla lidera w Rudnikach na kwotę 37.586.981,09 zł brutto;
- 2) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o. o. z siedzibą w Gnieźnie na kwotę 39.996.596,20 zł brutto;
- 3) Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 39.852.645,76 zł brutto.

Konsorcjum Badera zgodnie z formularzem 3.2. (str. 57 oferty) wskazało do pełnienia funkcji kierownika usług zimowego utrzymania dróg następujące osoby: Tadeusza Badere,

Andrzej Kowalczyka oraz Józefa Borto. Ponadto wykonawca ten załączył do oferty zobowiązanie firmy Lambdar Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi do oddania do dyspozycji firmie Dromak Sp. z o. o. z siedzibą w Zduńskiej Woli (partner konsorcjum Badera) niezbędnych zasobów (potencjał techniczny) na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zobowiązanie to zostało złożone w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez lidera konsorcjum.

Izba ustaliła również, iż w następstwie wezwania zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p., co do spełniania przez osoby wskazane do pełnienia funkcji kierownika usług zimowego utrzymania dróg wymagań zamawiającego, konsorcjum Badera w ramach wyjaśnień dotyczących osoby Pana Tadeusza Badery i Pana Andrzeja Kowalczyka przedłożyło:

- zaświadczenie o zrealizowanych usługach zimowego utrzymania dróg krajowych przez w/w kierowników oraz,
- referencje dotyczące zimowego utrzymania dróg krajowych, administrowanych przez GDDKiA O/Łódź Rejon w Wieluniu dla FPHU „Badera”.

Ponadto, Izba ustaliła, iż zarówno wykonawca konsorcjum Badera jak i wykonawca Skanska S.A. złożyło w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty wyłącznie na część II.

W dniu 23 września 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty dla części II obejmującej teren Rejonu w Gnieźnie wskazując jako najkorzystniejszą ofertę konsorcjum Badera. Zamawiający poinformował również, iż dla części II nie wykluczył żadnego wykonawcy i żadna oferta nie została odrzucona.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż zamawiający w dniu 4 października 2011 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy p.z.p. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca konsorcjum Badera z siedzibą dla lidera w Rudnikach, oraz wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie stając się uczestnikami przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**



Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy p.z.p., jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p. gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia wykonawcy konsorcjum Badera z uwagi na brak wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Zgodnie z wymogami pkt 8.2.3) lit. b SIWZ zamawiający wymagał wykazania się dysponowaniem m.in. trzema osobami na stanowisko kierownika usług zimowego utrzymania dróg posiadającymi co najmniej 2-letnią praktykę na drogach klasy GP lub wyższej. W ocenie Izby wymagania powyższe spełniają osoby wskazane przez konsorcjum Badera, a kwestionowane przez odwołującego tj. Pan Tadeusz Badera oraz Pan Andrzej Kowalczyk. Należy zauważyć, iż słusznie miał wątpliwości zamawiający wzywając konsorcjum Badera do złożenia wyjaśnień w zakresie czy wymienione osoby spełniają postawione wymagania. Jednakże wbrew twierdzeniom odwołującego ze złożonych wyjaśnień a w szczególności treści zaświadczenia wystawionego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, Rejon w Wieluniu wynika jednoznacznie, że zarówno Pan Tadeusz Badera jak i Pan Andrzej Kowalczyk również w latach 2006-2009 pełnili funkcje kierowników usług zimowego utrzymania. Powyższe jednoznacznie potwierdza posiadanie przez wskazane osoby co najmniej 2-letniej praktyki na wymienionym stanowisku na drogach klasy GP lub wyższej. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnia, dlaczego stwierdzenie „PHU Badera realizowała zadania związane z zimowym utrzymaniem dróg na naszych drogach krajowych jako generalny wykonawca w latach 2006 - 2009, gdzie kierownikami usług zimowego utrzymania również byli: pan Tadeusz Badera i Pan Andrzej Krawczyk. (...)”, nie można uznać za wymagane przez zamawiającego w SIWZ udokumentowane doświadczenie w kierowaniu usługami zimowego utrzymania i 2 - letniej praktyki na drogach klasy GP lub wyższej. Zarówno nie kwestionuje ani faktu, że osoby te pełniły funkcje kierownika usług zimowego utrzymania dróg, ani też czasu pełnienia tych funkcji, jak też prawdziwości samego zaświadczenia. Należy zwrócić uwagę, iż zamawiający nie określił, jaki sposób udokumentowania doświadczenia uzna za właściwy. Celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.3) lit. b wymagał jedynie złożenia 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 zakresem wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy konsorcjum Badera z uwagi na brak wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym Izba podzieliła stanowisko odwołującego z zastrzeżeniem konieczność wezwania konsorcjum Badera w trybie art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego potencjału technicznego. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż załączone do oferty w formie kopii poświadczony za zgodność z oryginałem, zobowiązanie firmy Lambdar Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi do oddania do dyspozycji firmie Dromak Sp. z o. o. (członkowi konsorcjum Badera) niezbędnych zasobów (potencjału technicznego) nie odpowiada formie wymaganej przepisami prawa.

Zawarty w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przykładowy sposób udowodnienia i wykazania, iż wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia oparty został w szczególności na pisemnym zobowiązaniu tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Należy w tym miejscu wskazać, iż dla zachowania formy pisemnej dokumentu konieczne jest złożenie pod oświadczeniem własnoręcznego podpisu osoby, której to oświadczenie dotyczy. Dlatego też załączenie przez konsorcjum Badera do oferty kopii pisemnego zobowiązania poświadczony za zgodność z oryginałem przez lidera konsorcjum nie sposób uznać za prawidłowe, co w dalszej konsekwencji, prowadzi do wniosku, iż wykonawca ten nie wykazał że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące potencjału technicznego. W tym miejscu należy pamiętać o tym, że wynikający z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p., dokument dotyczący potwierdzenia dysponowania zasobami podmiotów trzecich, podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy tak jak każdy inny dokument dotyczący potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie ma wątpliwości, iż dokument taki mieści się w kategorii dokumentów opisanych w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2010 r. (sygn akt KIO/1161/10) Izba wskazuje, iż „(...) należy pamiętać o treści § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, z którego wynika, iż „(...) w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty.” Za dopuszczalną formę złożenia dokumentów dotyczących podmiotu uznano więc ich poświadczenie za zgodność z oryginałem. Poświadczenie za zgodność z oryginałem jest oświadczeniem wiedzy, które wskazuje, iż składającemu je podmiotowi znany jest oryginał dokumentu w takim stopniu, że może poświadczyć, że przedłożona kopia jest z nim tożsama, tym samym dokumentem tym nie musi dysponować. Niemniej jednak podmiot inny, a więc także wykonawca, niż podmiot, z którego zasobów

wykonawca w danym postępowaniu będzie korzystał powinien posiadać umocowanie do działania w imieniu podmiotu, w tym także do uwierzytelniania składanych w jego imieniu dokumentów. Z literalnego brzmienia powołanego wyżej przepisu w sprawie dokumentów wynika bowiem, że użycie słowa „odpowiednio” wskazuje iż poświadczanie dokumentów przez wykonawcę lub przez podmiot (...) uzależnione jest od tego, czy dokument dotyczy wykonawcy, czy tego podmiotu. Tym samym nie dając wykonawcy, który nie posiada stosownego umocowania od tego podmiotu, prawa do poświadczania dokumentów w imieniu podmiotu, na którego zasoby się powołuje.”. Wobec powyższego zaniechanie przez zamawiającego wezwania konsorcjum Badera do przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego we właściwej formie potwierdziło zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. Na marginesie należy wskazać, iż działania takiego nie sanuje złożenie przez przystępującego konsorcjum Badera na rozprawie zobowiązania w formie oryginału.

Należy podkreślić również, iż dopuszczalność złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez lidera konsorcjum nie uzasadniają wyjaśnienia zamawiającego, że zobowiązanie podmiotu trzeciego nie musi być złożone w formie oryginału, ale mogą być poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Jako niezgodne z treścią przepisu art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p. należało uznać je za niewłaściwe.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. W tym przypadku działania zamawiającego należy uznać za prawidłowe i nienaruszające przepisów ustawy p.z.p. W ocenie Izby skoro wykonawca Skanska S.A. złożył ofertę tylko na część II to nie był zobowiązany do wykazywania się zwielokrotnionym doświadczeniem, potencjałem technicznym i osobowym, czy wreszcie potencjałem finansowym zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Słusznie wskazywał przystępujący Skanska S.A., iż rozumienie „część zamówienia” zostało zdefiniowane w pkt 5 SIWZ i tylko w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedną z części tam określonych wymagałoby wykazaniem się zwielokrotnionym doświadczeniem, potencjałem technicznym i osobowym, zdolnością finansową. W sposób nieuprawniony odwołujący rozszerza wymóg wykazania się zwielokrotnieniem postawionych warunków do zapisów zawartych w treści SIWZ innego postępowania o udzielenie zamówienia. Należy wskazać, iż zamawiający nie zastrzegł, iż czy to potencjał techniczny czy kadrowy nie może być wykorzystywany przy realizacji innego zamówienia uzyskanego w innym postępowaniu. Na marginesie należy zaznaczyć, iż Izba nie bada racjonalność postępowania zamawiającego a legalność jego działania. W niniejszej sprawie działania zamawiającego odnoszące się do oferty wykonawcy Skanska S.A. należało uznać za prawidłowe i zgodne z przepisami ustawy p.z.p.

Mając na względzie powyższe, Izba uznała, że zamawiający naruszył jedynie art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. gdyż powinien był wezwać wykonawcę konsorcjum Badera do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego potencjału technicznego albowiem złożenie zobowiązania podmiotu trzeciego w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez lidera konsorcjum było nieprawidłowe. Okoliczność ta przesądziła o uznaniu odwołania. Pozostałe zarzuty należało uznać za niezasadne.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p. tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....