

Sygn. akt: KIO/200/11

WYROK

z dnia 11 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2011 r. przez **Control Proces S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa**

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się u udzielenie zamówienia: **NAFTA-GAZ-SERWIS S.A., ul. Rymanowska 45, 38-500 Sanok** oraz **ZRUG Toruń S.A., ul. Wapienna 10, 87-100 Toruń** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,**
2. kosztami postępowania obciąża **Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa** i:
 - 2.1 do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Control Proces S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** oraz uzasadnione koszty **Control Proces S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

2.2 zasądza od **Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A., ul. Mszczonowska 4, 02-337 Warszawa** na rzecz **Control Proces S.A., ul. Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą uiszczony wpis oraz uzasadnione koszty stanowiące wynagrodzenie 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na realizację zadania: „Przebudowa węzła rozdzielczo-pomiarowego w Hermanowicach wraz z budową punktu rozliczeniowego” zostało wszczęte przez Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A., zwaną dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2010/S 225-344437) w dniu 19 listopada 2010 r.

W dniu 20 stycznia 2011 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 31 stycznia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Control Proces S.A., zwaną dalej Odwołującym.

W dniu 7 lutego 2011 r. Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NAFTA-GAZ-SERWIS S.A. (Lider Konsorcjum) oraz ZRUG Toruń S.A. (Członek Konsorcjum), zwani dalej łącznie Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS lub Przystępującym, doręczyli Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także oświadczenia i argumentację stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowaną w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania (w celu uzyskania większej przejrzystości tekstu uzasadnienia w opisie stanowisk Zamawiającego i uczestnika postępowania, jak również w dalszej części uzasadnienia przyjęte zostały odniesienia do stanowiska Odwołującego z użyciem systematyki przyjętej przy opisywaniu tego stanowiska).

Stanowisko Odwołującego – Control Proces S.A.:

Odwołanie zostało wniesione wobec błędnej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS, a tym samym uznaniu przez Zamawiającego, iż wykazało ono w sposób należyty, że spełniało ono warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, oraz że brak wobec niego podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż zaniechał on wykluczenia Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS, a tym samym naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Zarzuty podnoszone przez Odwołującego odnosiły się do następujących dokumentów i oświadczeń złożonych wraz wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS:

1. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego wystawionego dla Lidera Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż ten naruszył art. 24 ust. 1 pkt. 3 w zw. z ust. 2. pkt. 4 ustawy Pzp, z uwagi na brak wykluczenia z postępowania Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS, pomimo że Wykonawca ten nie dołączył do wniosku aktualnego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego. Wskazywał on, iż zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 3) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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), zwanego dalej Rozporządzeniem o dokumentach, zaświadczenie to powinno być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków, który został wyznaczony na dzień 17 grudnia 2010 r. Tym samym dokument ten powinien zostać wystawiony nie wcześniej niż przed dniem 17 września 2010 r. Tymczasem zaświadczenie przedłożone przez Lidera Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS zostało wystawione w dniu 14 września i poświadcza stan na ten dzień.

Odwołujący, wskazując na różnicę pomiędzy wymienionymi w § 1 Rozporządzenia o dokumentach dokumentami składanymi na potwierdzenie spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a ujętych w § 2 tegoż Rozporządzenia dokumentami składanymi w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z powodu

niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Twierdził, iż tego drugiego rodzaju dokumentów nie wskazuje art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym nie mogą one zostać uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, podnosił, iż nie jest możliwe w świetle przepisów prawa podatkowego uzyskanie zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego poświadczającego stan na dzień wcześniejszy, niż dzień jego wystawienia.

2. polisy potwierdzającej, że Lider Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej

- a) w zakresie potwierdzenia faktu opłacenia przedłożonej Zamawiającemu polisy OC

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż ten naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na brak wykluczenia z postępowania Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS, pomimo iż Wykonawca ten nie wykazał opłacenia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

Odwołujący podnosił, iż z treści pkt III.2.2.2) ogłoszenia o zamówieniu jednoznacznie wynika, iż przedstawiona Zamawiającemu polisa OC powinna być opłacona – tym samym, w ocenie Odwołującego, Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy przedłożyli dokument potwierdzający fakt opłacenia tejże polisy. Tymczasem z treści przedłożonej Zamawiającemu polisy OC wynika, iż została ona wystawiona w dniu 20 listopada 2010 r., a pierwsza rata składki płatna przelewem miała zostać zapłacona do dnia 22 listopada 2010 r., a Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS nie przedłożyło wraz z polisą OC żadnego dowodu na potwierdzenie zapłacenia pierwszej raty składki.

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący, przywołując treść art. 814 ustawy z dnia z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), określanej dalej akronimem „kc”, twierdził, iż Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS nie wykazało, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

- b) w zakresie granic odpowiedzialności podmiotu wystawiającego polisę OC

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż ten naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na brak wykluczenia z postępowania Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS, pomimo iż Wykonawca ten

nie dołączył polisy ubezpieczeniowej obejmującej swym zakresem przedmiot zamówienia.

Odwołujący, przywołując treść pkt III.2.2.2) ogłoszenia o zamówieniu, wykazywał, iż ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, którego posiadanie miała potwierdzać przedstawiana Zamawiającemu polisa OC, powinno obejmować swym zakresem prowadzoną przez Wykonawcę działalność związaną z przedmiotem zamówienia. W tym kontekście twierdził on, iż przedstawiona przez Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS polisa OC nie obejmowała w pełni działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Nie można było bowiem, w ocenie Odwołującego uznać, iż enumeratywne wyliczenie działalności opisanej kodami Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) zawiera w sobie wymienione w pkt II.1.5) ppkt 7 ogłoszenia o zamówieniu „*wykonanie dróg, placów, chodników, ogrodzenia itp.*”. Podnosił także, iż wyliczenie to nie zawiera również rozbiórki istniejących obiektów. Konieczność jej uwzględnienia w polisie OC, z uwagi na fakt, że przedmiot zamówienia stanowi przebudowa istniejącej budowli, zakładał w oparciu o własne doświadczenie zawodowe. Podkreślał on, iż powołane działalności opisują kody 42.11.Z oraz 43.11.Z, które nie zostały w polisie OC uwzględnione. Tym samym polisa ta, w ocenie Odwołującego, nie potwierdzała spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

- c) w zakresie uprawnienia do podpisania polisy OC przez osobę, która tej czynności dokonała

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż ten naruszył art. 26 ust. 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na brak wezwania Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS do wyjaśnienia, czy osoba podpisująca polisę OC posiadała uprawnienie do występowania w imieniu Ubezpieczyciela Ergo Hestia.

Zwracał on uwagę, iż polisę OC złożoną przez Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS podpisała osoba, która zgodnie z opisującą podpis pieczętą nie była agentem Ubezpieczyciela. Wskazano tam, iż złożyła ona podpis z upoważnienia agencji. Tym samym Zamawiający, działając w oparciu powołaną treść polisy, nie jest, w ocenie Odwołującego, w stanie ustalić, czy osoba ta była umocowana do działania w imieniu Ubezpieczyciela. Dlatego też był on zobowiązany wezwać

Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS do wyjaśnienia powołanej kwestii, czego zaniechał.

3. wykazu wykonanych prac potwierdzających doświadczenie zawodowe Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż ten naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na brak wykluczenia z postępowania Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS, pomimo iż Wykonawca ten nie spełnia wymogów udziału w postępowaniu, t.j. nie legitymuje się wymaganym w ogłoszeniu o zamówieniu doświadczeniem.

Odwołujący wskazywał, iż każdy z Wykonawców miał obowiązek wykazać się wykonaniem dwóch prac, których zakres został wyraźnie dookreślony przez Zamawiającego w piśmie z dnia 2 grudnia 2010 r. Odwołujący twierdził, iż wartość każdej z prac określona w pkt III.2.3.1) ogłoszenia o zamówieniu, odnosi się do zakresu prac wskazanego w powołanym piśmie z dnia 2 grudnia 2010 r. w odpowiedzi na pytanie 1. Kierując się taką interpretacją powołanego warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, Odwołujący twierdził, iż wartość zakresu prac, odpowiadających wymaganemu w piśmie z dnia 2 grudnia 2010 r. zakresowi prac, w przypadku roboty wykazanej w pozycji drugiej złożonego wraz z wnioskiem Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS wykazu robót, według jego szacunków, nie przekracza określonego przez Zamawiającego progu. Podkreślał on, iż prace, o których wartość pomniejszył kwotę ujętą w wykazie Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS, jako wartość tejże wykazywanej pracy, stanowiły budowę gazociągów. A powoływanie się na budowę gazociągów w celu wykazania wymaganego doświadczenia Zamawiający wyraźnie wykluczył w piśmie z dnia 2 grudnia 2010 r. Tym samym praca ta nie może zostać uznana, za potwierdzającą spełnianie warunku.

4. pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż ten naruszył art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS na podstawie wadliwego pełnomocnictwa do reprezentowania Wykonawcy – Członka Konsorcjum.

Odwołujący podnosił, iż pełnomocnictwo składane w oparciu o art. 23 ust. 2 ustawy Pzp powinno mieć charakter rodzajowy. Tym samym powinno ono wskazywać

w sposób wyraźny, do dokonywania jakiego rodzaju czynności upoważnia ono pełnomocnika. Tymczasem w wyliczeniu czynności, do których dokonania uprawniony jest Lider Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS, nie zostało ujęte złożenie w imieniu Konsorcjum wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Powoduje to, iż Wykonawca ten powinien zostać przez Zamawiającego wykluczony z udziału w postępowaniu, czego Zamawiający zaniechał.

5. oświadczenia podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS niezbędnych zasobów

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, iż ten naruszył art. 26 ust. 4, w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, z uwagi na brak wezwania Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS do wyjaśnienia, czy osoba podpisująca oświadczenie w imieniu Elektromontaż Rzeszów S.A. posiadała uprawnienie do występowania w tego podmiotu.

Podnosił on, iż osoba, która podpisała powołane oświadczenie w imieniu Elektromontaż Rzeszów S.A. nie jest, zgodnie z informacjami ujawnionymi w KRS, członkiem zarządu tejże spółki, ani też jej prokurentem. Tym samym Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS nie wykazało, iż osoba ta jest upoważniona do składania oświadczeń w imieniu tegoż podmiotu. Wobec czego Zamawiający zobowiązany był wezwać Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS do wyjaśnienia powołanej kwestii, czego zaniechał.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, uzasadniało wniesione przez niego odwołanie.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o dopuszczeniu Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS do dalszego etapu postępowania oraz wykluczenia tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Stanowisko Zamawiającego – Operatora Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A.:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Control Proces S.A. na rozprawie przed Izbą.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutów podnoszonych przez Odwołującego podnosił co następuje – odnośnie do zarzutów dotyczących:

1. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego wystawionego dla Lidera Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS

Zamawiający nie zgadzał się z zakresem żądania Odwołującego – wskazywał, iż ciąży na nim obowiązek uzupełnienia tegoż dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie można bowiem z góry zakładać, że Wykonawca nie uzupełni takiego zaświadczenia, z uwagi na ograniczenia wynikające z prawa podatkowego.

2. polisy potwierdzającej, że Lider Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej

- a) w zakresie potwierdzenia faktu opłacenia przedłożonej Zamawiającemu polisy OC

Zamawiający powstrzymał się od zajęcia stanowiska w tym zakresie.

- b) w zakresie granic odpowiedzialności podmiotu wystawiającego polisę OC

Zamawiający twierdził, iż zapisy tak ogłoszenia o zamówieniu, jak i Rozporządzenia w dokumentach, w zakresie polisy OC, przywoływane przez Odwołującego, nie oznaczają, iż zakresem ubezpieczenia powinna zostać objęta każda czynność wchodząca w skład przedmiotu zamówienia. W tym przypadku nie można mówić o tożsamości, czy identyczności zakresów, a jedynie o związku pomiędzy nimi. Przychylał się także do twierdzeń Przystępującego, iż kod 42.21.Z ujęty w treści złożonej mu polisy OC, obejmuje zakres odpowiadający zakresowi przedmiotu zamówienia.

- c) w zakresie uprawnienia do podpisania polisy OC przez osobę, która tej czynności dokonała

Zamawiający podnosił, iż nie on ma obowiązku weryfikowania prawidłowości podpisów na tego rodzaju dokumentach. W rozpatrywanym przypadku to na Odwołującym ciąży, w tym zakresie, ciężar dowodu wykazania, iż osoba, która podpisała polisę OC, nie była do tego uprawniona. Wskazywał też, że jeżeli w ogłoszeniu o zamówieniu nie był określony obowiązek przedkładania odpowiednich pełnomocnictw do popisywania oświadczeń w imieniu podmiotów trzecich, to obowiązek weryfikacji umocowania tych osób do podpisania powołanych dokumentów na Zamawiającym w świetle obowiązujących przepisów

nie ciąży. Obowiązany jest on jedynie do weryfikacji pełnomocnictw, ewentualnie dokumentów, wystawianych przez podmioty uczestniczące w postępowaniu, to jest przez Wykonawców.

Wskazywał w tym kontekście, iż Odwołujący, podobnie jak Przystępujący, nie przedstawił ciągu pełnomocnictw potwierdzającego umocowanie osób do podpisania złożonych przez niego polis ubezpieczeniowych.

3. wykazu wykonanych prac potwierdzających doświadczenie zawodowe Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS

Zamawiający wyjaśniał, iż w piśmie z dnia 2 grudnia 2010r. wyłączył możliwość wykazywania prac, które obejmowałyby swym zakresem jedynie budowę lub remont gazociągów wysokiego ciśnienia. Nie wykluczył jednak przypadku, gdy budowa takich gazociągów będzie jednym z wielu elementów objętych zakresem wykazywanej roboty. Podnosił, iż twierdzenie to nie stoi w sprzeczności z uznaniem pierwszej, z wykazanych przez Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS prac, za taką, która nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z jej opisem, zawartym w wykazie załączonym do wniosku Przystępującego, obejmowała ona jedynie budowę gazociągu.

Zamawiający twierdził, iż nie ma podstaw do wyłączenia wartości prac wskazanych przez Odwołującego. Ponadto twierdzeń Odwołującego nie może uzasadniać odniesienie do sporządzonej przez niego kalkulacji, ponieważ kalkulacja ceny zaoferowana przez Przystępującego, w przywołanym przez Odwołującego postępowaniu, mogła być skonstruowana w zupełnie inny sposób.

4. pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS

Zamawiający podnosił, iż na podstawie, złożonego wraz wnioskiem Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS, pełnomocnictwa, Lider upoważniony jest do podejmowania czynności w postępowaniu. Na określony rodzaj czynności do dokonywania, których został on upoważniony, wskazuje wyraźne określenie postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego. Postępowanie to prowadzone jest w określonym trybie, dopuszczonym i opisanym w ustawie Pzp. Tym samym odpowiednie przepisy, regulujące tenże tryb, określają rodzaj czynności, do których dokonywania upoważniony został Lider.

5. oświadczenia podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS niezbędnych zasobów

Zamawiający zaprezentował argumentację analogiczną do zaprezentowanej w odniesieniu do zarzutu dotyczącego kwestii podpisania złożonej mu polisy OC.

Stanowisko Przystępującego – Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS S.A.:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Control Proces S.A. w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie przed Izbą.

Popierał on w całości stanowisko Zamawiającego, zaś odnosząc się do zarzutów podnoszonych przez Odwołującego, uzupełniając argumentację Zamawiającego, podnosił, co następuje – odnośnie do zarzutów dotyczących:

1. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego wystawionego dla Lidera Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS

Przystępujący podkreślał, że nieuzasadnione są twierdzenia Odwołującego, iż w świetle przepisów ordynacji podatkowej, niemożliwym jest uzupełnienie dokumentów składanych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

2. polisy potwierdzającej, że Lider Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej

- a) w zakresie potwierdzenia faktu opłacenia przedłożonej Zamawiającemu polisy OC

Przystępujący oświadczył, iż polisa OC, którą złożył wraz z wnioskiem, jest opłacona. Zaś samo potwierdzenie zapłacenia należnej Ubezpieczycielowi składki, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, może zostać potwierdzone w drodze procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

- b) w zakresie granic odpowiedzialności podmiotu wystawiającego polisę OC

Przystępujący podnosił, iż wyrażenie „związany z przedmiotem zamówienia” występuje także w art. 22 ustęp 4 ustawy PZP. Twierdził także, iż w przypadku gdyby Zamawiający zawarł w treści ogłoszenia o zamówieniu postulowany

przez Odwołującego warunek odnoszący się do zakresu ubezpieczenia, zapisy te musiałyby zostać uznane za niezgodne z przepisami prawa.

Przystępujący wykazywał także, iż w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (Dz. U. Nr 251 poz. 1885 z późn. zm.), zwanym dalej Rozporządzeniem w sprawie PKD, w omówieniu kodu 42.21.Z wyraźnie mowa o robotach związanych, w tym również z budową budynków, budowli, które stanowią integralną część systemów wskazanych w opisie pozycji tegoż kodu. Odwołał się przy tym do definicji budowli zawartej w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2006 r. Nr 156 poz. 1118 z późn. zm.), zwanej dalej Prawem budowlanym, wykazując, iż pod tym pojęciem należy rozumieć również drogi.

Zwracał również uwagę na fakt, iż Odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie twierdzenia o braku odpowiedzialności Ubezpieczyciela w zakresie budowy dróg w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.

- c) w zakresie uprawnienia do podpisania polisy OC przez osobę, która tej czynności dokonała

Przystępujący twierdził, iż dokument ten odpowiada wymogom określonym w Rozporządzeniu o dokumentach. Przywołał zawarte w treści powołanej polisy oświadczenie Ubezpieczającego, tj. Lidera Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS, zgodnie z którym zostało mu okazane i zapoznał się on z treścią pełnomocnictwa do zawarcia umowy ubezpieczenia w imieniu Ubezpieczyciela. Podnosił także, iż Odwołujący nie wykazał, że polisa została podpisana przez osobę nieuprawnioną.

3. wykazu wykonanych prac potwierdzających doświadczenie zawodowe Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS

Twierdził, iż wyliczenie zaprezentowane przez Odwołującego w celu wykazania wartości prac przez niego wyszczególnionych, jako ujętych w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu, w kontekście wykazanej przez Przystępującego pracy, uznać należy jedynie za jego spekulację.

4. pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS

Przystępujący podnosił, iż w treści pełnomocnictwa wyraźnie wskazano konkretne postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego.

Podkreślał, że należy przy tym pamiętać, iż oświadczenie woli zawarte w pełnomocnictwie, w świetle przepisów kc, powinno być interpretowane zgodnie z zamiarem składającego to oświadczenie i celem tegoż pełnomocnictwa. Przywołał także wyrażenie „w szczególności” poprzedzające wyliczenie czynności zawarte w pełnomocnictwie, jako podważające, w jego ocenie, twierdzenia Odwołującego o enumeratywności tegoż wyliczenia.

5. oświadczenia podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS niezbędnych zasobów

Przystępujący przyznał, iż osoba, która podpisała oświadczenie w imieniu Elektromontaż Rzeszów S.A., nie jest członkiem zarządu tejże spółki, ani też jej prokurentem. Nie oznacza to jednak, iż nie była ona umocowana do złożenia takiego oświadczenia w imieniu tego podmiotu. Podkreślał on, iż Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego.

Niezależnie od powyższego Przystępujący kwestionował prawo Odwołującego do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego. Twierdził on, iż nie ma on interesu w jego wniesieniu, ponieważ w rozpatrywanym przypadku nie może on ponieść szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych w odwołaniu, w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak też w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego. Izba uznała za słuszne twierdzenia Odwołującego, że może on ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy

przez Zamawiającego, z uwagi na fakt, iż Zamawiający będzie mógł uznać za najkorzystniejszą ofertę Wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na jego wcześniejszym etapie. Tym samym Izba uznała działanie podjęte przez Odwołującego, nie za zmierzające do ograniczenia konkurencji, ale do ochrony jego słusznego interesu.

Izba ustaliła, że Wykonawca: Zakład Remontowy Urządzeń Gazowniczych Sp. z o.o. otrzymał kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 3 lutego 2011 r. W dniu 7 lutego 2011 r. doręczył on Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Nie przedłożył jednak wraz z powołanym zgłoszeniem dowodów przesłania jego kopii Zamawiającemu i Odwołującemu. Zgodnie z oświadczeniami złożonymi w toku posiedzenia Izby z udziałem stron, powołaną kopię Zamawiający otrzymał w dniu 8 lutego 2011 r., zaś Odwołujący w dniu 9 lutego 2011 r. Wobec powyższego nie można wykluczyć możliwości, iż powołane kopie zostały nadane po upływie określonego prawem terminu. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż określony w powołanym art. 185 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy Pzp termin 3 dni oznaczony dla zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, odnosi się również do czynności przesłania kopii powołanego zgłoszenia Zamawiającemu i Odwołującemu. Za taką wykładnią powołanego przepisu przemawia w ocenie Izby zasada szybkości postępowania i wiążące się z nią nierozzerwalnie dążenie do zapewnienia Stronom możliwości pełnego zapoznania się z liczbą uczestników biorących udział w postępowaniu odwoławczym oraz zapoznania się z reprezentowanych przez nich stanowiskiem. W ocenie składu orzekającego zdanie pierwsze powołanego art. art. 185 ust. 2 ustanawia warunki co do treści oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego oraz terminu w jakim musi ono zostać zgłoszone, zdanie drugie zaś ustanawia warunki co do jego formy, określając ponadto komu ma ono zostać doręczone lub przesłane, aby mogło ono zostać uznane za skutecznie dokonane. Dlatego też przepisy te należy czytać łącznie, jako stanowiące jedną normę prawną. Skład orzekający Izby nie znajduje w ich treści uzasadnienia, dla przyjęcia za słuszną tezy, iż nie jest istotną dla oceny skuteczności zgłoszenia przystąpienia okoliczność terminu przesłania jego kopii Stronom postępowania odwoławczego. W tym kontekście należy zauważyć, iż w przywołanym art. 185 ust. 2 w zdaniu drugim ustawodawca uregulował w sposób odmienny obowiązek Wykonawcy zgłaszającego przystąpienie w odniesieniu do Prezesa Izby i do Stron postępowania odwoławczego – Prezesowi Izby wyznaczonym w zdaniu pierwszym terminie należy bowiem doręczyć zgłoszenie przystąpienia w określonej tym przepisem formie, natomiast Zamawiającemu i Odwołującemu kopia tegoż zgłoszenia ma być jedynie przesłana (termin „przesłanie” został

przez ustawodawcę użyty również przy redakcji postanowień art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie moment przesłania informacji rozpoczyna bieg terminu na wniesienie odwołania). Tym samym ustawodawca nie wymaga od Wykonawcy zgłaszającego przystąpienie, aby w terminie 3 dni od doręczenia mu kopii odwołania umożliwił on Stronom postępowania odwoławczego zapoznanie się z treścią zgłoszenia przystąpienia. Ma on jedynie obowiązek w tym terminie przesłać im jego kopię, innymi słowy nadać ją za pomocą dopuszczonego przepisami sposobu przesyłania informacji, chociażby faksem lub drogą elektroniczną. W rozpatrywanym przypadku ciężar dowodu spoczywał na Wykonawcy zgłaszającym przystąpienie i to on powinien wykazać, że dochował przewidzianych ustawą terminów na przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Tymczasem Zakład Remontowy Urządzeń Gazowniczych Sp. z o.o. tego nie uczynił – nie przedłożył on bowiem żadnego dowodu na okoliczność, iż przesłał powołaną kopię w ustawowym terminie, a tym samym nie udowodnił spełnienia obowiązku nałożonego na niego przepisami prawa. Wobec powyższego Izba uznała, iż nie uzyskał on statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz dokument złożony w toku rozprawy przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do każdego z zarzutów podniesionych przez Odwołującego Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Oдноśnie do zarzutów dotyczących:

1. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego wystawionego dla Lidera Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS

Mając na celu ocenę zasadności tegoż zarzutu, Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt III.2.1.3) ogłoszenia o zamówieniu wymagał, aby Wykonawcy złożyli zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków. Zgodnie z pkt IV.3.4 ogłoszenia o zamówieniu powołany termin składania wniosków upływał w dniu 17 grudnia 2010 r, tym samym żądane przez Zamawiającego

zaświadczenie powinno być wystawione nie wcześniej niż przed dniem 17 września 2010 r.

Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło odnoszące się do Lidera Konsorcjum zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego wystawione w dniu 14 września 2010 r. i poświadczające stan na ten dzień.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż Przystępujący nie złożył dokumentu wykazującego brak podstawy do wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ustanowionej w art. 24 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp. Tym samym potwierdził się zarzut podniesiony w tym zakresie przez Odwołującego.

Izba nie podzieliła jednak stanowiska Odwołującego w zakresie braku możliwości uzupełnienia powołanego dokumentu w trybie procedury naprawczej określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zauważyć należy, iż art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sposób wyraźny wskazuje, iż uzupełnieniu podlegają oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Ten przepis z kolei w zdaniu pierwszym stanowi, iż Zamawiający może żądać od Wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Katalog tych oświadczeń lub dokumentów określony został przepisami Rozporządzenia o dokumentach, które zostało wydane na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Kwestią bezsporną jest, iż w § 2 ust. 1 pkt 3) powołanego Rozporządzenia wskazane jest zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego. Tym samym, w ocenie Izby, zaświadczenie to należy do katalogu oświadczeń lub dokumentów niezbędnych Zamawiającemu do przeprowadzenia postępowania, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, dlatego też podlega ono uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, Izba zauważa, iż w katalogu oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp mieszczą się zarówno te składane na potwierdzenie spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 (wyliczonych w § 1 Rozporządzenia o dokumentach), jak i te składane w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 (wyliczonych w § 2 Rozporządzenia o dokumentach). Dlatego też argumentację odwołującego w tym zakresie uznać należy za chybioną. Zgodnie bowiem z obowiązującym obecnie stanem prawnym warunki podmiotowe –

odnoszące się do właściwości wykonawcy warunki decydujące o możliwości jego udziału w postępowaniu, zostały przez ustawodawcę podzielone na dwie grupy – warunki pozytywne i negatywne. Te pierwsze zostały ustanowione w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i mogą zostać dookreślone przez Zamawiającego poprzez opis sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu lub zaproszeniu do negocjacji. Drugie zaś zostały dookreślone w art. 24 ust. 1. Do każdej z tych kategorii warunków odnoszą się inne oświadczenia lub dokumenty, których żąda Zamawiający – odpowiednio – do pierwszych (warunków pozytywnych) odnoszą się dokumenty wskazane w § 1 Rozporządzenia o dokumentach, zaś do drugich – dokumenty wskazane w § 2 Rozporządzenia o dokumentach. Tym samym uznać należy, iż tak dokumenty ujęte tak w § 1, jak i § 2 Rozporządzenia o dokumentach należą do katalogu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż Zamawiający ma, w rozpatrywanym przypadku, prawo, a nawet obowiązek przeprowadzić procedurę uzupełniania oświadczeń lub dokumentów ustanowioną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Na skorzystanie z powołanej procedury naprawczej nie mają, w ocenie Izby, wpływu przywołane przez Odwołującego przepisy prawa podatkowego. Zamawiający nie jest bowiem uprawniony, w świetle treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do zakładania z góry, iż Wykonawca nie uzupełni brakujących dokumentów. Zgodnie z powołanym przepisem odstępianie od jego zastosowania uzasadnia jedynie przypadek, gdy mimo złożenia uzupełnianych dokumentów oferta tego Wykonawcy podlegałaby odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

2. polisy potwierdzającej, że Lider Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej

Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt III.2.2.2) ogłoszenia o zamówieniu żądał, aby Wykonawcy złożyli opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS złożyło wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu polisę nr 901006220887 wystawioną w dniu 17 listopada 2010 r. przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia

S.A. Okres ubezpieczenia, jaki obejmowała ta polisa, zamykał się w datach od dnia 20 listopada 2010 r. do dnia 19 listopada 2010 r.

Izba mając na celu rozstrzygnięcie zarzutów odnoszących się do tejże polisy OC, ustaliła także, ponadto co powyżej, oraz zważyła co następuje.

a) w zakresie potwierdzenia faktu opłacenia przedłożonej Zamawiającemu polisy OC

Zgodnie z treścią pkt IV „*Forma i warunki płatności składki ubezpieczeniowej w przypadku płatności odroczonej*” złożonej przez Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS polisy OC, składka ubezpieczeniowa płatna jest w ratach. Przed upływem terminu składania wniosków, tj. przed dniem 17 grudnia 2010 r., w dniu 22 listopada 2010 r. upłynął termin zapłacenia pierwszej raty. Przystępujący nie przedstawił wraz z polisą OC dowodu jej opłacenia.

Postanowienia przywołanego pkt III.2.2.2) ogłoszenia o zamówieniu są wiernym przeniesieniem regulacji zawartej w § 1 ust. 1 pkt 10) Rozporządzenia o dokumentach. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż Wykonawca składając polisę OC zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu dowód na potwierdzenie okoliczności opłacenia tej polisy. W ocenie Izby obowiązek ten wynika z treści przywołanego § 1 ust. 1 pkt 10) Rozporządzenia o dokumentach, gdzie ustawodawca wyraźnie postanowił, iż polisa ta ma być opłacona. Wykonawca jest zobowiązany wykazać, iż opłacił należną składkę ubezpieczeniową. Zgodnie bowiem treścią art. 26 ust. 2a to na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania na żądanie Zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Słusznie zauważył Odwołujący, iż o takim kierunku interpretacji tego przepisu przemawia również wykładnia historyczna właściwych przepisów – porównanie treści obecnie obowiązującego przepisu ustanawiającego obowiązek składania polisy OC do treści obowiązującej w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, na gruncie Rozporządzenia o dokumentach z roku 2006. Zestawienie tych przepisów uzasadnia tezę, iż różnią się one właśnie wyraźnym wskazaniem w obecnie obowiązującej regulacji, iż polisa ta ma być opłacona.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż Przystępujący nie udowodnił w stopniu wystarczającym, iż spełniania warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Tym samym potwierdził się zarzut podniesiony w tym zakresie przez Odwołującego.

Niezależnie od uznania zarzutu za zasadny, Izba uznała, iż Zamawiający ma, w rozpatrywanym przypadku, prawo, a nawet obowiązek przeprowadzić procedurę uzupełniania oświadczeń lub dokumentów ustanowioną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie tegoż stwierdzenia należy przywołać stanowisko Izby zaprezentowane w uzasadnieniu odnoszącym się do rozstrzygnięcia w zakresie zarzutów odnoszących się do zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego wystawionego dla Lidera Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS.

b) w zakresie granic odpowiedzialności podmiotu wystawiającego polisę OC

Zgodnie z treścią pkt II „*Warunki ubezpieczenia*” złożonej przez Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS polisy OC zakres ubezpieczenia obejmuje odpowiedzialność z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej, przy czym ubezpieczeniem została objęta działalność opisana, zgodnie z wpisem do KRS, wyliczeniem poszczególnych podklas PKD. W wyliczeniu tym ujęta została m.in. podklasa 42.21.Z.

Skład orzekający Izby uznał, iż przywołana treść polisy OC potwierdza w sposób wystarczający, iż Przystępujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z pkt 3.5) Części I – Zasady budowy klasyfikacji – załącznika do Rozporządzenia w sprawie PKD: *„Działalność może polegać na prostym procesie (np. tkactwo), ale może również dotyczyć całego szeregu „pod-procesów”, gdzie każdy z nich jest wymieniony w różnych podklasach, klasach, grupach, działach, a nawet sekcjach klasyfikacji (np. produkcja samochodów polega na takich działalnościach jak odlewanie, kucie, spawanie, montaż, malowanie itp.). Jeżeli proces produkcyjny jest zorganizowany jako zintegrowany szereg elementarnych działalności, całość jest traktowana jako jedna działalność”*.

Izba ustaliła ponadto, iż zgodnie z treścią Część III – Wyjaśnienia PKD 2007 – powołanego załącznika do Rozporządzenia w sprawie PKD podklasa 42.21.Z obejmuje *„roboty związane z budową rurociągów przesyłowych i sieci rozdzielczych oraz związanych z nimi budynków i budowli, które stanowią integralną część tych systemów”*.

W ocenie składu orzekającego Izby objęcie przez Ubezpieczyciela zakresem swojej odpowiedzialności szkód zaistniałych w związku z działalnością Przystępującego scharakteryzowanej m.in. podklasą PKD 42.21.Z, jest wystarczającym dla uznania, iż polisa OC w rozpatrywanym zakresie odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Nie sposób bowiem, wobec treści przywołanego pkt 3.5) Części I – Zasady budowy klasyfikacji – załącznika do Rozporządzenia w sprawie PKD, uznać za zasadne twierdzeń Odwołującego, iż ujętego w pkt II.1.5 ppkt 7) ogłoszenia o zamówieniu „*wykonania dróg, placów, chodników, ogrodzenia itp.*” nie można uznać za roboty związane z przebudową węzła stanowiącą przedmiot zamówienia. Szczególnie wobec faktu, iż w powołanym pkt II.1.5 ppkt 7) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, iż jest to jeden z elementów kompleksowej przebudowy węzła stanowiącej przedmiot zamówienia, a także okoliczności, iż droga, w świetle regulacji art. 3 pkt 3) Prawa budowlanego, mieści się w definicji budowli.

Słusznie, w ocenie Izby, tak Zamawiający, jak i Przystępujący, wykazywali, iż ubezpieczenie ma obejmować odpowiedzialność cywilną w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Działalność ta ma być związana, nie zaś, jak chciał tego Odwołujący, tożsama, identyczna z przedmiotem zamówienia. Należy zatem dopuścić pewne różnice pomiędzy zakresem działalności objętej ubezpieczeniem, a zakresem przedmiotu zamówienia. Istotne jest to, aby istniał związek między nimi. Zasadnie wskazuje Odwołujący w tym kontekście, iż termin „*związana*” jest pojęciem nieostrym, wymagającym zbadania i interpretacji w kontekście konkretnego przypadku. Niemniej jednak termin ten zawarty został w § 1 ust. 1 pkt 10) Rozporządzenia o dokumentach, dlatego też jego zawężanie przez Zamawiającego, czego oczekiwał Odwołujący, stanowiłoby naruszenie powołanego przepisu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała zarzut za nieudowodniony, a tym samym za niezasadny.

- c) w zakresie uprawnienia do podpisania polisy OC przez osobę, która tej czynności dokonała

Izba ustaliła, iż podpis pod polisą złożoną przez Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS w imieniu Ubezpieczyciela złożyła osoba, która dokonała tego, zgodnie z treścią pieczętki opisującej tenże podpis, z upoważnienia agenta ubezpieczeniowego działającego na rzecz Ubezpieczyciela. Ponadto

w treści powołanej polisy zawarte jest oświadczenie Ubezpieczającego, tj. Lidera Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS, zgodnie z którym zostało mu okazane i zapoznał się on z treścią pełnomocnictwa do zawarcia umowy ubezpieczenia w imieniu Ubezpieczyciela.

Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, że polisa została podpisana przez osobę nieuprawnioną. Nie przedstawił on żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Tym samym uznała ten zarzut za bezzasadny.

Istotną okolicznością, w rozpatrywanym przypadku, jest to, że przepisy prawa określają zamknięty katalog dokumentów, których może żądać Zamawiający od Wykonawców na potwierdzenie spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu – katalog ten został zawarty w § 1 i 2 Rozporządzenia o dokumentach. Możliwość żądania od Wykonawców polisy OC przewiduje przepis § 1 ust. 1 pkt 10) powołanego Rozporządzenia. Zauważyć jednak należy, iż powołane przepisy nie dopuszczają możliwości, żądania złożenia oświadczeń lub dokumentów wraz z odpowiednimi pełnomocnictwami lub innymi dokumentami potwierdzającymi umocowanie do działania osób je podpisujących. Dlatego też Zamawiający prawidłowo nie uznał zarzutów Odwołującego w tym zakresie.

3. wykazu wykonanych prac potwierdzających doświadczenie zawodowe Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS

Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt III.2.3.1) ogłoszenia o zamówieniu wymagał, aby Wykonawcy wykazali zrealizowanie co najmniej 2 zamówień odpowiadających wartością i rodzajem przedmiotowemu zamówieniu. Za zamówienie odpowiadające wartością i rodzajem Zamawiający uznawał wykonanie budowy, remontu lub modernizacji obiektów (obiektu) gazowniczych wysokiego ciśnienia (MOP>1,6 MPa) o wartości co najmniej 15 000 000 PLN netto każde.

W piśmie z dnia 2 grudnia 2010 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 1 doprecyzował, iż warunku tak określonego nie spełnia budowa, remont lub modernizacja gazociągów wysokiego ciśnienia (MOP>1,6 MPa) o wartości co najmniej 15 000 000 PLN netto każde. Uzasadniając swą decyzję wskazał, iż w przypadku budowy, remontu lub modernizacji gazociągu nie występują w ogóle lub występują w dużo mniejszej skali i złożoności elementy przedmiotu zamówienia wyszczególnione w pkt II.1.5) ppkt 2)-7) ogłoszenia o zamówieniu.

W dalszej części powołanych wyjaśnień, Zamawiający oświadczył, iż za potwierdzające spełnianie warunku będzie uznawał doświadczenie w realizacji obiektu (obiektów) gazowniczych wysokiego ciśnienia w rodzaju węzłów rozdzielczo-pomiarowych, stacji gazowych (redukcyjno-pomiarowych lub pomiarowych), obiektu załączania lub odbioru gazu na Podziemnym Magazynie Gazu lub Kopalni Gazu zawierających wymienione w pkt II.1.5) ppkt 2)-7) ogłoszenia o zamówieniu elementy przedmiotu zamówienia o wartości zamówienia co najmniej 15 000 000 PLN netto.

Odwołujący twierdzi, iż praca wskazana w pozycji nr 2 wykazu wykonanych robót potwierdzających doświadczenie zawodowe Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS nie potwierdza spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, z uwagi na fakt, iż wartość robót, według szacunków Odwołującego, odpowiadających elementom przedmiotu zamówienia wyszczególnionych w pkt II.1.5) ppkt 2)-7) ogłoszenia o zamówieniu nie przekracza określonego przez Zamawiającego progu 15 000 000 PLN netto.

W ocenie Izby zarzut ten nie znajduje potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym.

Izba uznała, iż Odwołujący dokonał nieprawidłowej interpretacji treści wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 2 grudnia 2010 r. Zamawiający bowiem żądał, aby wykazywana praca, po pierwsze zawierała wszystkie elementy przedmiotu zamówienia ujęte w pkt II.1.5) ppkt 2)-7) ogłoszenia o zamówieniu, po drugie zaś, aby wartość całej pracy była co najmniej równa kwocie 15 000 000 PLN netto. W treści wyjaśnień wyraźnie zostało zapisane, iż mowa jest o wartości zamówienia, a zatem całej wykazywanej pracy, a nie poszczególnych jej elementów.

Odwołujący nie kwestionował faktu, iż praca wykazana w pozycji nr 2 wykazu wykonanych robót potwierdzających doświadczenie zawodowe Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS obejmuje pełen, wymagany przez Zamawiającego, zakres prac. Kwestia ta pozostaje zatem poza sporem i nie jest objęta zarzutami.

Odnosnie zaś do wartości powołanej pracy, Izba ustaliła, iż zgodnie z treścią kolumny trzeciej powołanego wykazu, równała się ona kwocie 17 956 229,65 PLN netto. Tego faktu również Odwołujący nie kwestionował. Oczywistym jest, iż kwota ta jest wartością większą od kwoty 15 000 000 PLN netto.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała rozpatrywany zarzut za niezasadny.

4. pełnomocnictwa dla Lidera Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS

Izba ustaliła, iż wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS złożyło pełnomocnictwo z dnia 7 grudnia 2010 r., zgodnie z którego treścią Lider Konsorcjum jest upoważniony do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia Członka Konsorcjum.

Pełnomocnictwo to w swej treści wyraźnie wskazuje, iż zostało ono wystawione w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, w którym zostało wniesione odwołanie rozpatrywane przez Izbę. Wyraźnie też stanowi, iż Lider Konsorcjum jest upoważniony do reprezentowania Członka Konsorcjum w tym konkretnym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. W dalszej zaś części tego dokumentu znajduje się wyliczenie poprzedzone następującą treścią: *„Niniejsze pełnomocnictwo obejmuje w szczególności umocowanie do.”*

W ocenie Izby zarzut podnoszony przez Odwołującego jest niezasadny.

Wywodzi on bowiem z treści art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, iż pełnomocnictwo wystawiane przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obejmować musi co najmniej upoważnienie dla pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zdaje się jednak nie zauważać, iż dokładnie ten zakres działania Wykonawcy został kwestionowanym przez niego pełnomocnictwem objęty. Wyraźnie w nim bowiem mowa, iż Lider Konsorcjum jest upoważniony do reprezentowania Członka Konsorcjum w tym konkretnym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. W ocenie Izby, tym samym, pełnomocnictwo w swej treści jest wystarczająco precyzyjne, aby uznać je za prawidłowo wystawione.

Na taką interpretację treści tegoż pełnomocnictwa nie ma wpływu, przywoływane wyliczenie czynności, do których dokonania jest upoważniony Lider Konsorcjum. Słusznie bowiem wskazuje Przystępujący, iż wyliczenie to nie jest katalogiem zamkniętym, o czym świadczy poprzedzający je zwrot *„w szczególności”*.

Dodatkowym argumentem za uznaniem prawidłowości tegoż pełnomocnictwa jest wyraźne wskazanie w jego treści, w związku z którym postępowaniem zostało ono wystawione. Jak pisze M. Pazdan (System Prawa Prywatnego tom 2, red. prof. dr Zbigniew Radwański, rok wydania: 2008, Wydawnictwo: C.H.Beck, Wydanie: 2): *„pełnomocnictwo rodzajowe powinno określać rodzaj czynności prawnej*

objętej umocowaniem oraz jej przedmiot. W braku wyraźnych wskazówek mocodawcy jego rzeczywistą wolę należy ustalać przy wykorzystaniu reguł wykładni oświadczeń woli (art. 56 i 65 kc)”. Wskazuje także, iż pełnomocnictwo rodzajowe „obejmuje umocowanie do dokonywania czynności prawnych mieszczących się w określonej klasie (grupie) czynności prawnych (stanowiących określoną kategorię czynności prawnych).” Dlatego też za słuszne uznać należy stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że z okoliczności, w jakich oświadczenie woli, zawarte w kwestionowanym pełnomocnictwie, zostało złożone, wynika, iż działając na jego podstawie Lider Konsorcjum był umocowany do złożenia Zamawiającemu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w imieniu Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS.

Uwzględniając powyższe Izba uznała rozpatrywany zarzut za bezzasadny.

5. oświadczenia podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS niezbędnych zasobów

Izba ustaliła, iż Konsorcjum NAFTA-GAZ-SERWIS złożyło wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie o udostępnieniu mu niezbędnych zasobów złożone w imieniu Elektromontaż Rzeszów S.A. Podpis pod tym oświadczeniem złożyła osoba, która dokonała tego, zgodnie z treścią pieczętki opisującej jej podpis, z upoważnienia prezesa. Jak wynika, z treści odpisu z KRS tej spółki przedłożonego przez Odwołującego w toku rozprawy, spółkę tę reprezentuje każdy członek zarządu lub prokurent.

Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, że oświadczenie złożone w imieniu Elektromontaż Rzeszów S.A. zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną. Nie przedstawił on żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń. Za dowód wystarczający nie mógł bowiem zostać uznany sam opis z KRS tejże spółki. Nie podważa on bowiem domniemania, iż osoba ta była umocowania w imieniu spółki do składania oświadczeń o tej treści, szczególnie wobec zasad reprezentacji ujawnionych w KRS.

Jak już wskazywano to powyżej przepisy prawa nie dopuszczają możliwości, żądania złożenia oświadczeń lub dokumentów wraz z odpowiednimi pełnomocnictwami lub innymi dokumentami potwierdzającymi umocowanie do działania osób je podpisujących. Dlatego też Zamawiający prawidłowo nie uznał za uzasadnione zarzutów Odwołującego w tym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

Przewodniczący:

.....