

Sygn. akt: KIO 84/12

WYROK
z dnia 30 stycznia 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Anna Packo
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2012 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2011 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Trakcja-Tiltra S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Żłotej 59 XVIII p., 00-120 Warszawa (lider) oraz Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Prokocimskiej 4, 30-556 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa

przy udziale wykonawcy Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Poleczki 35, 02-822 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu .

Nakazuje Zamawiającemu wezwanie do uzupełnienia dokumentów tj. oświadczeń podmiotów trzecich w formie pisemnej (oryginałów) oraz wezwanie do złożenia dokumentów stwierdzających, że osoby podpisujące zobowiązania podmiotów trzecich były uprawnione do działania w imieniu podmiotów trzecich.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 gr 00** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Trakcja-Tiltr S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Złotej 59 XVIII p., 00-120 Warszawa (lider) oraz Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Prokocimskiej 4, 30-556 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Trakcja-Tiltr S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Złotej 59 XVIII p., 00-120 Warszawa (lider) oraz Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Prokocimskiej 4, 30-556 Kraków kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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. 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 Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą „Budowa polegająca na odbudowie toru nr 1 linii kolejowej nr 540 Łódź Chojny - Łódź Widzew na odcinku od km 0,875 do km 6,818” opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 29 stycznia 2011 roku pod pozycją 2011/S 209-340193.

4 stycznia 2012 roku Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Trakcja-Tiltra S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Złotej 59 XVIII p., 00-120 Warszawa (lider) oraz Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Prokocimskiej 4, 30-556 Kraków, że do realizacji przedmiotu zamówienia został wybrany wykonawca Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Poleczki 35, 02-822 Warszawa, natomiast oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

13 stycznia 2012 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu, iż zaniechał wezwania wykonawcy PORR (Polska) S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz że bezpodstawnie dokonał wyboru oferty PORR (Polska) S.A. jako najkorzystniejszej mimo niewykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 26 ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2a i w związku z art. 26 ust. 2b zdanie drugie (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), co miało wpływ na wynik postępowania sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący wniósł nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy PORR (Polska) S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu we wskazanym przez Zamawiającego terminie oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania ofert.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie dostrzegł, że wykonawca PORR (Polska) S.A. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem do oferty załączył niektóre dokumenty w niewłaściwej formie lub o niewłaściwej treści, a niektórych dokumentów brak. Zamawiający winien był wezwać wykonawcę PORR (Polska) S.A. do uzupełnienia brakujących i wadliwych dokumentów we wskazanym przez siebie terminie. Dokonując wyboru oferty wykonawcy PORR (Polska) S.A. bez wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2a i w związku z art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy. Zamawiający naruszył także zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, bowiem nie żądając uzupełnienia dokumentów, którymi wykonawca winien wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nadto zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu w sposób niezgodny z przepisami Ustawy. Zamawiający w pkt 8.3 SIWZ ustanowił szczegółowe warunki udziału w postępowaniu, doprecyzowując je w dalszych podpunktach:

- w podpunkcie 8.3.1 określił wymagania dotyczące wiedzy i doświadczenia wykonawcy dzieląc je na dwa dalsze podpunkty dotyczące: a) wiedzy i doświadczenia w zakresie projektowania, b) wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonawstwa,
- w podpunkcie 8.3.2 określił dalsze wymagania, i tak: podpunkcie a) określił wymagania dotyczące dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi odpowiednie wykształcenie, uprawnienia i doświadczenie, zaś w podpunkcie b) określił wymagania dotyczące dysponowania przez wykonawcę wymienionym tam potencjałem technicznym.

Wykonawca PORR (Polska) S.A. wykorzystał uprawnienie nadane oferentom przez ustawę oraz SIWZ i dla wypełnienia szczegółowych warunków udziału w postępowaniu zamierza polegać na zasobach innych podmiotów we wszystkich wymaganych przez Zamawiającego zakresach. Odwołujący wskazał, że ustawa, w sytuacji polegania na zasobach innych podmiotów, nakłada na wykonawcę obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował wskazanymi przez siebie zasobami tych podmiotów, w szczególności poprzez przedstawienie ich pisemnego zobowiązania do udostępnienia zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, tak stanowi art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy. w ocenie Odwołującego wykonawca PORR (Polska) S.A. nie udowodnił, że będzie dysponował wskazanymi przez siebie zasobami innych podmiotów przez okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, bowiem załączył do oferty niewypełniające wymagań ustawowych zobowiązania podmiotów udostępniających zasoby. Ustawa stanowi, że jeżeli

wykonawca udowadnia zobowiązaniem innego podmiotu, że będzie dysponował zasobami tego podmiotu, to takie zobowiązanie musi posiadać formę pisemną. Odwołujący wskazał, że: - załączone do oferty kserokopie zobowiązań innych podmiotów, poświadczane przez pełnomocnika wykonawcy PORR (Polska) S.A. za zgodność z oryginałem, nie wypełniają wymogu pisemności,

- dwa z tych zobowiązań nie wypełniają wymogu co treści, określonego w art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy - w treści tych zobowiązań brak jest określenia okresu, na jaki udostępnione będą zasoby.

- wykonawca PORR (Polska) S.A. do swojej oferty nie załączył właściwych dowodów, z których wynikałoby, że osoby podejmujące zobowiązania w imieniu podmiotów udostępniających zasoby są uprawnione do podejmowania takich zobowiązań.

Art. 26 ust. 2b zdanie drugie Ustawy stanowi, że wykonawca musi udowodnić, a więc wykazać ponad wszelką wątpliwość, że będzie dysponował zasobami. Dokument podpisany przez osobę, co do której nie udowodniono, że miała prawo go podpisać, nie może być dowodem potwierdzającym prawdziwość zobowiązania zawartego w tym dokumencie.

Odwołujący wskazał, że:

- w zakresie dysponowania projektantami wykonawca PORR (Polska) S.A. zamierza polegać na zasobach podmiotu Biuro Projektów Kolejowych w Gdańsku Sp. z o.o. dla wykazania, że będzie dysponować tymi zasobami załączył do oferty zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów w formie kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika PORR (Polska) S.A. (strona 57 oferty),

- w zakresie dysponowania kierownikiem budowy wykonawca PORR (Polska) S.A. zamierza polegać na zasobie podmiotu Przedsiębiorstwo „EL-IN” Sp. j. - przedstawił zobowiązanie tego podmiotu w niewłaściwej formie i treści (strona 58 oferty),

- w zakresie dysponowania kierownikiem robót energetycznych wykonawca PORR (Polska) S.A. zamierza polegać na zasobie podmiotu PKP Energetyka S.A. - przedstawił zobowiązanie tego podmiotu w niewłaściwej formie i treści (strona 59 oferty),

- w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem w zakresie projektowania wykonawca PORR (Polska) S.A. zamierza polegać na zasobie podmiotu Biuro Projektów Kolejowych w Gdańsku Sp. z o.o. przedstawił zobowiązanie tego podmiotu w niewłaściwej formie (strona 67 oferty),

- w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem w zakresie wykonawstwa wykonawca PORR (Polska) S.A. zamierza polegać na zasobie podmiotu Porr Bau GmbH - przedstawił zobowiązanie tego podmiotu w niewłaściwej formie (strona 78 oferty),

- w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem w zakresie wykonawstwa wykonawca PORR (Polska) S.A. zamierza polegać na zasobie podmiotu European Trans Energy GmbH -przedstawił zobowiązanie tego podmiotu w niewłaściwej formie (strona 80 oferty),
- w zakresie dysponowania potencjałem technicznym (wysokowydajna oczyszczarka tłuczni, profilarka ławy torowiska, pociąg fundamentowo-słupowy oraz dźwigi samochodowe i kolejowe odpowiedniej nośności) wykonawca PORR (Polska) S.A. zamierza polegać na zasobach podmiotu Porr Bau GmbH, przedstawił zobowiązanie tego podmiotu w niewłaściwej formie (strona 85 oferty),
- w zakresie dysponowania potencjałem technicznym (profilarka tłuczni i podbijarka uniwersalna torowo-rozjazdowa) wykonawca PORR (Polska) S.A. zamierza polegać na zasobach podmiotu PORR-ALPINE Austriarail GmbH, przedstawił zobowiązanie tego podmiotu w niewłaściwej formie (strona 86 oferty),
- w zakresie dysponowania potencjałem technicznym (lokomotywa spalinowa do transportu materiałów nawierzchni torowej i zestaw wagonów samowyładowczych do transportu kruszyw) wykonawca PORR (Polska) S.A. zamierza polegać na zasobach podmiotu CTL Kargo Sp. z o.o., przedstawił zobowiązanie tego podmiotu w niewłaściwej formie (strona 87 oferty),
- w zakresie dysponowania potencjałem technicznym (zgrzewarka do szyn) wykonawca PORR (Polska) S.A. zamierza polegać na zasobie podmiotu Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o., przedstawił zobowiązanie tego podmiotu w niewłaściwej formie (strona 88 oferty),
- w zakresie dysponowania potencjałem technicznym (pociąg sieciowy do potokowej wymiany sieci trakcyjnej i palownica do wbijania fundamentów pod słupy sieciowe) wykonawca PORR (Polska) S.A. zamierza polegać na zasobach podmiotu European Trans Energy GmbH, przedstawił zobowiązanie tego podmiotu w niewłaściwej formie (strona 89 oferty).

Odwołujący podniósł, że we wszystkich jedenastu wyżej wskazanych przypadkach nie udowodniono także, że osoby zobowiązujące się w imieniu udostępniających zasoby podmiotów, były do tego uprawnione.

W świetle powyższego, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i wydanie wyroku zgodnego z jego oczekiwaniami.

18 stycznia 2012 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Poleczki 35, 02-822 Warszawa. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło po stronie Zamawiającego a zgłaszający przystąpienie wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

W dniu 25 stycznia 2012 roku zgłaszający przystąpienie przesał faksem, przed posiedzeniem, *Pismo przystępującego do odwołania*, które w oryginale złożył na posiedzeniu. Zgłaszający przystąpienie podniósł w piśmie argumentację bezzasadności zgłoszonych w odwołaniu zarzutów.

25 stycznia 2012 roku na posiedzeniu Zamawiający złożył *Pismo Zamawiającego* w którym wniósł o oddalenie odwołania kwestionując argumentację Odwołującego. Zamawiający wskazał, że w sposób prawidłowy dokonał oceny złożonych dokumentów w ofercie wykonawcy PORR (Polska) S.A. a oświadczenia podmiotów trzecich o udostępnieniu temu wykonawcy swoich zasobów zostały złożone w formie pisemnej tj. w formie pisemnego dokumentu zawierającego własnoręczny podpis osób składających zobowiązanie. Dokumenty zostały złożone w należytej formie w ofercie – w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez osobę reprezentującą wykonawcę. W zakresie zarzuczonego braku odpowiedniej treści w dwóch oświadczeniach wskazał Zamawiający, że nie ma wymogu zawarcia w oświadczeniu dosłownego sformułowania, że zasoby będą udostępnione na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia a wystarczające jest jednoznaczne stwierdzenie, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Odnośnie niedołączenia przez PORR (Polska) S.A. dowodów potwierdzających uprawnienia osób podejmujących zobowiązania w imieniu podmiotów udostępniających zasoby Zamawiający wskazał, że art. 26 ust. 2b ustawy nie wymaga składania takich dokumentów a dokumenty złożone przez PORR (Polska) S.A. były kompletne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 grudnia 2011 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego PORR (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Poleczki 35, 02-822 Warszawa. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 16 stycznia 2012 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Poleczki 35, 02-822 Warszawa - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpień doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu. Izba uznała, iż Porr (Polska) S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Poleczki 35, 02-822 Warszawa stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia*

odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

*Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż zaniechał wezwania wykonawcy PORR (Polska) S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz że bezpodstawnie dokonał wyboru oferty PORR (Polska) S.A. jako najkorzystniejszej mimo niewykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców art. 7 ust. 3 – Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy oraz art. 26 ust. 3 ustawy – Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. w związku z art. 26 ust. 2a – Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. i w związku z art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy - 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.**

Stosownie do postanowienia art. 26 ust. 2b ustawy, 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.

Oświadczenie podmiotu trzeciego, aby mogło być uznane za dowód potwierdzający dysponowanie zasobami tego podmiotu, musi posiadać zarówno stosowną treść, z której będzie wynikało, że podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, jak i formę pisemną oraz dla swej skuteczności musi także zostać złożone przez osobę/osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu trzeciego w powyższym zakresie.

W zakresie formy złożonego oświadczenia należy mieć na uwadze, że art. 26 ust. 2b ustawy wskazuje, że zobowiązanie to ma być złożone w formie pisemnej. Ustawa nie definiuje pojęcia pisemności dlatego uwzględniając regulację 14 ustawy – *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* koniecznym jest odniesienie się do przepisów kodeksu cywilnego. Zgodnie art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) Kodeks *Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (...). § 2 Oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoznaczne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.* Tym samym, uwzględniając powyższe dokument zawierający oświadczenie woli podmiotu trzeciego winien zawierać własnoręczny podpis wystawcy dokumentu. Jednakże należy w tym miejscu zastrzec, że oświadczenie podmiot trzeci może złożyć sam (podpisać) lub może ono zostać złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu tego podmiotu. Za zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowiące dowód dysponowania przez wykonawcę zasobami tego podmiotu (w sposób wiążący złożone w imieniu i z konsekwencjami dla tego podmiotu), o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, może być uznane wyłącznie pisemne oświadczenie takiego podmiotu podpisane przez

osobę uprawnioną do działania w jego imieniu (tak też Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 24 marca 2011 r., XIX Ga 92/11).

Odnosząc się do podnoszonej argumentacji Zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego opartej o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku *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), Izba wskazuje, że zastrzeżenie jakie zostało poczynione w § 6 ust. 1, iż dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę odnosi się do dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jednak tylko w tym rozporządzeniu wskazanych. Nie odnosi się tym samym do zastrzeżenia formy pisemnej dla zobowiązania podmiotu trzeciego. Niedopuszczalna jest bowiem interpretacja dokonana przez Zamawiającego, że przepis rangi rozporządzenia, dalej również specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogą zmieniać przepisy rangi ustawy, która w hierarchii aktów prawnych stoi wyżej niż w/w akty prawne. Rozporządzenie w/w nie wymienia „pisemnych zobowiązań” podmiotów udostępniających zasoby wykonawcom, a w związku z tym wykonawcę wiąże nakaz odnoszący się do formy, w jakiej ma być złożone zobowiązanie, wynikający z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy, a nie przepisy rozporządzenia, które odnoszą się do formy zupełnie innych dokumentów (sygn. akt KIO 636/11 z dnia 6 kwietnia 2011 roku).

Tym samym, dokument zawierający oświadczenie woli podmiotu trzeciego winien zawierać własnoręczny podpis wystawcy dokumentu. Jednakże należy w tym miejscu zastrzec, że oświadczenie podmiot trzeci może złożyć sam (podpisać) lub może ono zostać złożone przez osobę umocowaną do działania w imieniu tego podmiotu.

W tej części zarzut poczyniony przez Odwołującego jest zasadny i Izba nakazała w sentencji orzeczenia wezwanie do uzupełnienia dokumentów tj. oświadczeń podmiotów trzecich w formie pisemnej (oryginałów).

Za zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowiące dowód dysponowania przez wykonawcę zasobami tego podmiotu (w sposób wiążący złożone w imieniu i z konsekwencjami dla tego podmiotu), o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, może być uznane wyłącznie pisemne oświadczenie takiego podmiotu podpisane przez osobę uprawnioną do działania w jego imieniu (tak też Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 24 marca 2011 r., XIX Ga 92/11). Zamawiający jest zobowiązany do żądania od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, który w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powołuje się - na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy - na zasoby podmiotu trzeciego, uzupełnienia dokumentów (pełnomocnictwa czy odpisu z KRS), z których wynikałoby

umocowanie osoby podpisującej zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, do działania w imieniu tego podmiotu trzeciego. Uznać należy, iż nie spełnia wymogu zobowiązania,

o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, dokument podpisany przez osobę nieuprawnioną, jak też dokument podpisany przez osobę, której umocowania do działania w imieniu podmiotu trzeciego wykonawca nie wykazał. Wyartykułowany wprost w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy wymóg udowodnienia przez wykonawcę, że dysponuje określonymi zasobami podmiotu trzeciego oznacza, że w przypadku złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego, wykonawca zobowiązany jest również do złożenia dowodów, że osoba podpisująca takie zobowiązanie, była uprawniona do działania w imieniu podmiotu trzeciego. (sygn. akt KIO 2213/11 z dnia 25 października 2011 roku).

W tej części zarzut poczyniony przez Odwołującego jest zasadny i Izba nakazała w sentencji orzeczenia wezwanie do złożenia dokumentów stwierdzających, że osoby podpisujące zobowiązania podmiotów trzecich były uprawnione do działania w imieniu podmiotów trzecich.

Odnosząc się do zarzucanego przez Odwołującego braku odpowiedniej treści w złożonych oświadczeniach Przedsiębiorstwa „EL-IN” Sp. j oraz PKP Energetyka S.A. Izba uznała, że w tej części zarzut nie znajduje uzasadnienie. Zamawiający dokonując analizy dokumentów przedłożonych przez wykonawców w celu wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, ma mieć możliwość stwierdzenia (a nie przypuszczenia), że wykonawca rzeczywiście będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego. Należy mieć na względzie, że zarówno zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów, jak też inne dowody, służą potwierdzeniu spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W obu oświadczenia wskazano, iż wystawcy tych oświadczeń zobowiązują się udostępnić wykonawcy PORR (Polska) S.A. wymienioną osobę jako zdolną do wykonania zamówienia i posiadającą niezbędną wiedzę, doświadczenie i kwalifikacje do pełnienia odpowiednio funkcji Kierownika Budowy, Kierownik robót w specjalności energetycznej. Oświadczenia owe jednoznacznie zatem wskazują na udostępnienie określonych zasobów a okres na jakie podmiot trzeci zobowiązał się udostępnić swój zasób wyznaczony został funkcją jaką dana osoba pełnić będzie w trakcie realizacji zamówienia. Ustawodawca nie wymaga podania w treści oświadczenia formuły jaka zawarta jest w przepisie, niemniej z treści tego oświadczenia woli musi wynikać czas w jakim podmiot trzeci zobowiązał się udostępnić swój zasób.

Dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym dowodzące dysponowanie zasobem podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy należy zaliczyć do katalogu dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 zdanie 1 ustawy, co przesądza o stosowaniu do ich art. 26 ust. 3 ustawy.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy.* Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).* Odwołujący uzasadnił w sposób przekonujący swoje stanowisko, wykazał bowiem, że Zamawiający nie wezwał go do złożenia dokumentów zgodnie z procedurą określoną w art. 26 ust. 3 ustawy, czym Zamawiający uchybił regulacjom ustawowym. Zamawiający nie uzasadnił stanowiska, które zwalniało go z realizacji bezwzględnego obligatoryjnego obowiązku przeprowadzenia ustawowo określonej procedury uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy z uwagi na brak pisemności oświadczeń podmiotów trzecich oraz brak potwierdzenia umocowania osób podpisujących zobowiązania podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, do działania w imieniu tego podmiotu trzeciego.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Izba uznała, iż działanie Zamawiającego nie było zgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 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:

Członkowie:

.....

