

**Sygn. akt: KIO 710/13**

**WYROK**  
**z dnia 11 kwietnia 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Członkowie: Małgorzata Stręciwilk**

**Marek Szafraniec**

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2013 roku przez wykonawcę w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Suwałki**, ul. Kościuszki 71, 16 - 400 Suwałki

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy **Przedsiębiorstwa Budowlano - Remontowego B COMPLEX Spółka z o. o.**, ul. Lityńskiego 12A, 16 - 400 Suwałki z postępowania i odrzucenia jego oferty, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownej oceny złożonych ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Suwałki**, ul. Kościuszki 71, 16 - 400 Suwałki i,

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowemu B COMPLEX Spółka z o. o.**, ul. Lityńskiego 12A, 16 - 400 Suwałki tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Suwałki**, ul. Kościuszki 71, 16 - 400 Suwałki na rzecz wykonawcy kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście 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. 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 Suwałkach.

**Przewodniczący:**.....

**Członkowie:**.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Gmina Suwałki, ul. Kościuszki 71, 16 - 400 Suwałki wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „budowę budynku Urzędu Gminy Suwałki” (IG.271.1.2013.IG.J).

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w dniu 4 lutego 2013r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 18043 - 2013.

Pismem z dnia 26 lutego 2013r. Zamawiający wezwał Odwołującego: Przedsiębiorstwu Budowlano-Remontowemu B COMPLEX Spółka z o. o., ul. Lityńskiego 12A, 16 - 400 Suwałki na podstawie art.26 ust.3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp do uzupełnienia złożonej oferty poprzez:

1) Uzupełnienie lub złożenie nowego wykazu wykonanych robót załącznik nr 5, bowiem z przedłożonego wykazu nie wynikało – według Zamawiającego – potwierdzenie spełniania warunku w zakresie niezbędnego doświadczenia – zobowiązanie na stronie 11 oferty i referencje na stronie 10 oferty nie potwierdzają spełniania warunku, gdyż podmiot trzeci REM-BUD sp. z o.o. nie został wskazany, jako wykonawca części zamówienia. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art.26 ust.2b ustawy Pzp nie można skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego jeśli podmiot ten nie będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia.

2) Uzupełnienie oferty o dokumenty wymienione w pkt.3.2.2 SIWZ w odniesieniu do W..... S..... i J..... B..... jako podmiotów oddających do dyspozycji zasoby na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt.3.1 pkt. 4 lit. a i b oraz uczestniczący w realizacji zamówienia - pkt.3 i 5 SIWZ.

W wykonaniu powyższego wezwania Odwołujący przy piśmie z dnia 4.03.2013r.skierowanego do Zamawiającego przesłał:

1) Oświadczenie REM BUD o braku podstaw do wykluczenia(zał. Nr 3 do SIWZ) z dnia 27 lutego 2013r.,

2) Zobowiązanie REM – BUD I.B..... i Wspólnicy s.j. do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów z dnia 27 lutego 2013r.,

3) Załącznik nr 6 do SIWZ będący wykazem osób, które będą brały udział w wykonaniu zamówienia z dnia 27 lutego 2013r.,

4) Zaświadczenie z Podlaskiej Okręgowej Izby Inżynierów dotyczące T.....

N..... (PDL/BO/0983/01),

5) Decyzja o stwierdzeniu przygotowania zawodowego T..... N..... (SUW – 27/90),

6) Zobowiązanie innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów – OPDM Olecko sp. z o.o. w imieniu J..... B..... z dnia 27 lutego 2013r.

Jednocześnie wyjaśnił, że firma REM – BUD będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia poprzez doradztwo, nadzór i przeszkolenie pracowników Odwołującego w technice montażu płyt ecophone, wykonaniu elewacji w systemie euro nit oraz pokryciu dachu membraną PCV.

W dniu 22 marca 2013 r. zostało Odwołującemu przesłane pocztą elektroniczną zawiadomienie o wynikach przedmiotowego przetargu, w tym o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego przetargu.

Jako motywację swojego rozstrzygnięcia Zamawiający podał między innymi, że przedłożone dokumenty noszą datę 27 lutego 2013r., a więc nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upływał termin składania ofert, tj. 21 lutego 2013r.

Nadto Zamawiający uznał, że uzupełniony wykaz nie potwierdza warunku określonego w pkt.3.1 ppkt.4 lit.a SIWZ, gdyż uprawnienia T..... N..... są ograniczone, a wykaz nie potwierdza doświadczenia przy budowie, co najmniej trzech budynków o powierzchni użytkowej min. 2 500 m<sup>2</sup>.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 27 marca 2013r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, oraz od czynności wyboru oferty Wykonawcy pod firmą Przedsiębiorstwo Remontów i Budownictwa Ogólnego Sp. z o.o., jako oferty najkorzystniejszej.

Wskazanym czynnościom Zamawiającego zarzucił:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - poprzez jego bezpodstawne zastosowanie;
- 2) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie;

3) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę wyrażoną w treści tego przepisu.

Wskazane powyżej naruszenia ustawy Pzp – według Odwołującego - miały wpływ na wynik postępowania, uniemożliwiając Odwołującemu uzyskanie zamówienia.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego,
- 4) powtórzenia czynności wyboru oferty oraz dokonania wyboru Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Nadto wnosił o dopuszczenie dowodów wskazanych w treści odwołania oraz przedstawionych na rozprawie oraz o zwrot kosztów postępowania odwoławczego, w tym uiszczonych wpisu oraz uzasadnionych kosztów strony postępowania odwoławczego.

Odwołujący nie podzielił stanowiska Zamawiającego o zasadności wykluczenia go z przedmiotowego przetargu na zasadzie art. 24 ust.2 pkt. 4 ustawy Pzp - z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wskazał, że z uzasadnienia faktycznego zamieszczonego w treści pisma Zamawiającego wynika(pośrednio), że w ocenie Zamawiającego dokumenty złożone wraz z ofertą (wraz z złożonymi w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego) nie potwierdzały spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (w zakresie wymaganej liczby wykonanych robót) oraz warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (w zakresie wskazanych osób: Pana W..... S..... oraz Pana J..... B.....).

Zaznaczył przy tym, że z treści tego pisma wynika również, że w ocenie Zamawiającego spełnienia wskazanych wyżej warunków nie potwierdzą ją także dokumenty uzupełnione przez Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego, już dokumenty złożone wraz z ofertą, na co dodatkowo wskazują wyjaśnienia, potwierdzają, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący nie zgodził się z oceną złożonych dokumentów dokonaną przez

Zamawiającego, bowiem w zakresie dokumentów złożonych wraz z ofertą, Zamawiający dokonał ich wskutek błędnej interpretacji przepisów.

Stwierdził, że podtrzymanie tej błędnej oceny wynikało z pominięcia przez Zamawiającego wyjaśnień Odwołującego dotyczących treści złożonych dokumentów, a w zakresie dokumentów uzupełnionych, Zamawiający dokonał ich błędnej oceny z tej przyczyny, że uzupełnienia traktował w oderwaniu od dokumentów złożonych wraz z ofertą.

Według Odwołującego dokumenty złożone wraz z ofertą nie utraciły „ważności” wskutek złożenia dokumentów dodatkowych.

Zdaniem Odwołującego, ocena wykonawcy powinna być dokonywana łącznie w oparciu o wszystkie wyjaśnienia złożone w toku postępowania - uzupełnienia powinny być brane łącznie z dokumentami złożonymi wraz z ofertą, a Zamawiający nie może przy tym pomijać arbitralnie wyjaśnień, które wykonawca składa w odpowiedzi na jego wezwania.

W zakresie dokumentów (wraz z wyjaśnieniami) potwierdzających spełnianie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia Odwołujący podniósł, że złożył wymagany wykaz robót zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ i załączył dokumenty potwierdzające, że roboty wymienione w tym wykazie zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończone.

Zaznaczył przy tym, że w zakresie pozycji nr 3 wykazu wskazał, że polega na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu REM-BUD na zasadach określonych w art.26 ust.2b ustawy Pzp.

Odwołujący twierdził, że udowodnił, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia poprzez przedstawienie w tym celu pisemnego zobowiązania firmy REM-BUD do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Zwrócił uwagę, że załączył również odpowiednie dokumenty firmy Rem – Bud wymienione w pkt. 3.2.2. SIWZ – zgodnie z wymogiem Zamawiającego, zawartym w pkt. 3.5 SIWZ.

W ocenie Odwołującego załączając dokumenty podmiotowe firmy REM-BUD potwierdził w ten sposób, że będzie ona brała udział w realizacji zamówienia.

Odwołujący uważał, że składając wykaz robót wraz z oraz pisemnym zobowiązaniem i dokumentami podmiotowymi firmy REM-BUD wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia – zgodnie z żądaniem Zamawiającego i w sposób wskazany w SIWZ.

Wskazał, że w piśmie z dnia 26 lutego 2013 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty o uzupełniony lub nowy wykaz wykonanych robót.

Zaznaczył przy tym, że wskazując oba ustępy (3 i 4) artykułu 26, jako podstawę prawną swojego żądania, Zamawiający dopuścił tym samym alternatywnie bądź uzupełnienie dokumentu bądź złożenie wyjaśnień dotyczących dokumentu złożonego wraz z ofertą – w braku wyraźnie określonych wskazówek, pozostawiając w tym zakresie inicjatywę wezwanemu wykonawcy.

Odwołujący nie podzielił stanowiska Zamawiającego uzasadniającego czynność wezwania opartego na twierdzeniu, że „z przedłożonego wykazu nie wynika potwierdzenie spełniania warunku w zakresie niezbędnego doświadczenia - zobowiązanie na stronie 11 oferty i referencje na stronie 10 oferty nie potwierdzają spełniania warunku, gdyż podmiot trzeci tj. REM-BUD z o.o. nie został wskazany, jako wykonawca części zamówienia.”.

Zdaniem Odwołującego powyższe stanowisko Zamawiającego jest błędne - ponieważ ani przepisy ustawy Pzp, ani postanowienia SIWZ nie wymagają wskazania w ofercie podmiotu udostępniającego potencjał, jako „wykonawcy części zamówienia”. Zaznaczył przy tym, że pomimo braku takiego obowiązku, Odwołujący potwierdził, że firma REM-BUD będzie brała udział w realizacji części zamówienia składając wraz z ofertą dokumenty wymagane zgodnie z punktem 3.5 SIWZ( potwierdzające brak przesłanek wykluczenia w stosunku do tego podmiotu).

Nie zgodził się również z dalszą częścią uzasadnienia wezwania Zamawiającego, że „zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie można skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, jeśli podmiot ten nie będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia”.

Oświadczył, że jeżeli nawet przyjąć (czemu Odwołujący zaprzecza), że udział w wykonywaniu zamówienia stanowi warunek skuteczności udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci, należy raz jeszcze wskazać, że poprzez załączenie dokumentów podmiotowych firmy REM-BUD stwierdził pośrednio spełnianie także i takiego wymogu.

Argumentował, że udzielając wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów w odpowiedzi na żądanie Zamawiającego w trybie art.26 ust. 4, w swoim piśmie z dnia 4 marca 2013 r. Odwołujący potwierdził, iż: „REM-BUD” będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia poprzez doradztwo, nadzór i przeszkolenie naszych pracowników w technice montażu płyt, wykonaniu elewacji w systemie euronit oraz w pokryciu dachu membraną PCV”.

Dodatkowo zwrócił uwagę, że załączył uzupełnione zobowiązanie firmy REM-BUD, które szczegółowo opisuje udział tej firmy w wykonywaniu zamówienia.

Według Odwołującego to oświadczenie firmy składane wraz z wyjaśnieniami Odwołującego - powinno być traktowane, jako dodatkowy element wyjaśnień, tym bardziej wiarygodny, że pochodzący bezpośrednio od podmiotu, a nie jedynie od wykonawcy, który się na potencjał tego podmiotu powołuje.

Nie zgodził się z tym, że to oświadczenie „unieważniło” istniejące wcześniej zobowiązanie.

Twierdził w związku z tym, że podstawą dysponowania firmy REM-BUD nadal pozostaje pisemne zobowiązanie tego podmiotu, które zostało przez Odwołującego złożone wraz z ofertą.

Wyjaśnił również, że dodatkowe oświadczenia firmy REM-BUD zostały złożone w odpowiedzi na żądanie Zamawiającego, także w celu uniknięcia ryzyka prawnego związanego z możliwością zatrzymania wadium w przypadku braku uzupełnienia dokumentów.

Mając na uwadze powyższe stwierdził, że spełnianie warunku wiedzy i zostało przez Odwołującego wykazane poprzez złożenie wymaganych dokumentów wraz z ofertą. Ewentualne wątpliwości Zamawiającego, wynikające prawdopodobnie z błędnej próby zastosowania w postępowaniu też zawartych w opinii UZP, powinny zostać rozstrzygnięte na podstawie jednoznacznych wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego - w połączeniu z oświadczeniem firmy REM-BUD, jako udostępniającego swój potencjał. Data złożenia oświadczenia firmy REM – BUD nie powinna być porównywana z datą upływu terminu składania ofert, ponieważ podstawą dysponowania potencjałem firmy REM-BUD jest i pozostaje jej pisemne zobowiązanie dokonane przed upływem terminu składania ofert i złożone wraz z ofertą Odwołującego.



W zakresie dokumentów (wraz z wyjaśnieniami) potwierdzających spełnianie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia nie zgodził się ze stwierdzeniem Zamawiającego, że: „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz zobowiązanie OPDMSp. z o. o., jako innego podmiotu oddającego do dyspozycji wykonawcy zasoby noszą datę 27 lutego 2013r. a więc nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy, nie później niż w dniu, w którym\ upływał termin składania ofert tj. 21 lutego 2013r. ”.

Zarzucił Zamawiającemu, że ten nie odniósł się w swoim uzasadnieniu do oceny dokumentów złożonych wraz ofertą, podczas, gdy podstawą łącznego badania i oceny powinny być zarówno dokumenty wraz z ofertą, jak i ich uzupełnienia.

Odwołujący twierdził, że wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - na żądanie Zamawiającego i w sposób wskazany w treści SIWZ - poprzez złożenie wraz z ofertą odpowiedniego wykazu osób.

Ewentualne wątpliwości Zamawiającego powinny zostać rozstrzygnięte na podstawie wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 4.

Dodatkowo zwrócił uwagę, że w zakresie funkcji „kierownik budowy”, spełnianie warunku zostało potwierdzone w drodze uzupełnienia wykazu osób o osobę Pana T..... N..... .

Zauważył, że złożył wraz z ofertą wykaz osób, potwierdzający spełnianie warunku określonego w części 3.1. punkt 4) SIWZ pt. „Warunek dysponowania odpowiednim kadrowym”.

Podniósł przy tym, że w wykazie wskazał m.in. Pana W..... S..... (do pełnienia funkcji kierownika budowy) oraz Pana J..... B..... (do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych), a w stosunku do żadnej z osób wskazanych w tym wykazie Zamawiający nie zgłosił zastrzeżeń dotyczących spełniania warunku w zakresie wymaganych uprawnień, ani też kwalifikacji czy doświadczenia.

Zwrócił również uwagę, że w przypadku osób wskazanych powyżej, jako podstawę dysponowania tymi osobami Odwołujący wskazał w wykazie: „Oddanie do dyspozycji -

oświadczenie indywidualne”.

Zaznaczył przy tym, że jako podstawy dysponowania nie podał w tych przypadkach udostępnienia przez podmiot trzeci (w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp), tak jak to uczynił w przypadku osoby wskazanej w wykazie pod poz. 3 (Pan L..... A..... – „Oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci - oświadczenie pracodawcy”).

Przytoczone fakty wskazują – zdaniem Odwołującego, że dysponowanie osobami W..... St..... oraz J..... B..... miało charakter tzw. dysponowania bezpośredniego, które należy odróżnić od tzw. dysponowania pośredniego (jak w przypadku Pana L..... A..... - a więc dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego na zasadach art. 26 ust. 2b ustawy Pzp).

Ponieważ dysponowanie bezpośrednio daną osobą jest dysponowaniem bezpośrednio przez wykonawcę, nie podlega ono przepisom art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - a w konsekwencji nie jest również objęte hipotezą § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2009 r., Nr 226, poz.1817).

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego wykonawca nie ma obowiązku przedkładać w takim przypadku ani pisemnego zobowiązania do udostępnienia potencjału ani też żadnych oświadczeń lub dokumentów podmiotowych dotyczących osoby, którą bezpośrednio dysponuje - w tym oświadczeń i dokumentów wymienionych w § 2 cyt. wyżej rozporządzenia (czyli dokumentów potwierdzających brak przesłanek wykluczenia).

Powołał się na Opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z tezą, iż przepis § 1 powyższego rozporządzenia nie znajduje zastosowania do przypadków, gdy to sam wykonawca dysponuje takimi osobami (dysponowanie bezpośrednie).”.

Z powyższego wnioskował, że nie miał obowiązku przedkładać w niniejszym przypadku ani pisemnego zobowiązania do udostępnienia potencjału ani też żadnych oświadczeń lub dokumentów i dotyczących osób, którymi bezpośrednio dysponuje - w tym oświadczeń i dokumentów wymienionych w § 2 wskazanego rozporządzenia (czyli dokumentów potwierdzających brak przesłanek wykluczenia).

Twierdził, że w przedmiotowym postępowaniu nie było podstaw do składania przez Odwołującego wskazanych w pkt. 3.2.2 SIWZ dotyczących Pana W..... S.....

oraz B..... (zgodnie z częścią 3.5 SIWZ takie dokumenty były wymagane od wykonawców tylko w odniesieniu do podmiotów trzecich udostępniających swój potencjał).

Wyjaśnił, że pomimo braku takiego obowiązku, wobec spotykanych w praktyce wątpliwości dotyczących sposobu wykazywania dysponowania osobami innymi niż pracownicy (tj. osoby pozostające w stosunku pracy), a także mając na uwadze wymijające odpowiedzi, jakich Zamawiający w tym zakresie udzielił przed upływem terminu składania ofert (wniosek Odwołującego z dnia 12 lutego 2013 r. oraz wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 13 lutego 2013 r. treści: „Do wyboru Wykonawcy”), dla potwierdzenia rzetelności składanego wykazu osób, Odwołujący zdecydował się złożyć wraz z wykazem pisemne oświadczenia W..... S..... oraz J..... B.....

Zaznaczył przy tym, że były to oświadczenia indywidualne tych osób, dotyczące ich samych - a więc oświadczenia, które potwierdzają zarówno bezpośredni charakter dysponowania tymi osobami jak i brak pomiędzy nimi a Odwołującym „innego podmiotu” w rozumieniu cytowanej powyżej opinii UZP.

Z powyższego wynikało – w ocenie Odwołującego, że wykazał on spełnienie warunku dysponowania potencjałem kadrowym (określonego w części 3.1. punkt 4) SIWZ) już w chwili składania ofert - poprzez złożenie wymaganych dokumentów wraz z ofertą.

W zakresie wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 26 lutego 2013 r. na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy do: „b) Uzupelnienia oferty o dokumenty wymienione w pkt. 3.2.2 SIWZ w odniesieniu do W..... S..... i J..... B..... jako podmiotów oddających do dyspozycji zasoby na potwierdzenie spełniania warunku określone w pkt. 3.1.pkt.4 lit. a i b oraz uczestniczący w realizacji zamówienia - pkt. 3.5 SIWZ” Odwołujący podniósł, że podobnie jak w przypadku wezwania w zakresie wykazu robót, także i w tym przypadku wskazując oba ustępy (3 i 4) artykułu 26, Zamawiający dopuścił alternatywnie bądź uzupełnienie dokumentów bądź złożenie wyjaśnień dotyczących złożonych wraz z ofertą - w braku wyraźnie określonych wskazówek, w tym zakresie pozostawiając inicjatywę wezwanemu wykonawcy.

Podkreślił, że dokumenty wskazane w wezwaniu nie były żadanymi w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz w treści SIWZ i nie były niezbędne w celu wykazania spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Oświadczył również, że wobec zaskakującej treści wezwania, mając na uwadze udzielone wcześniej wyjaśnienia treści SIWZ, Odwołujący złożył w dniu 4 marca 2013 r. przede stosowne wyjaśnienia - wskazując na przyczynę nieporozumienia i błędnej oceny Zamawiającego, jak również na bezpośredni charakter stosunku prawnego łączącego Odwołującego i wskazane osoby: „Ad b)Przed złożeniem oferty nasza firma zadała pytanie dotyczące osoby pełniącej kierownika robót zaznaczając, że jest on pracownikiem innej firmy niż składająca ofertę i pytając czy zobowiązanie może podpisać sam pracownik czy też firma w której jest zatrudniony. Zamawiający odpowiedział w piśmie IG.271.1.4.2013.IGJ z dnia 13 lutego 2013r, że zależy to od naszego wyboru i dlatego oświadczenia zostały złożone i podpisane przez pracowników osobiście.”.

Zdaniem Odwołującego powyższe wyjaśnienia powinny usunąć jakiegokolwiek możliwe wątpliwości dotyczące bezpośredniego dysponowania obiema wskazanymi osobami.

Zarzucił Zamawiającemu, że ten pomijając w trakcie czynności badania i oceny ofert treści udzielonych wyjaśnień działał w sposób nieobiektywny, naruszając w ten sposób zasadę prowadzenia postępowania w zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wyjaśnił również, że w zakresie uzupełnienia dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego mając na uwadze ryzyko prawne (związane z możliwością zatrzymania wadium) mogące zaistnieć w przypadku nieuzupełnienia dokumentów (ryzyko występujące pomimo - jak wcześniej - przemiennego charakteru tego wezwania, z uwagi na dokonanie go w trybie art. 26 ust. 3 oraz 4 ustawy Pzp), w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego oprócz złożenia wyjaśnień Odwołujący zdecydował się także złożyć nowe dokumenty.

Jako drugi powód złożenia - obok wyjaśnień - także nowych dokumentów Odwołujący wskazał również na wątpliwości, co do przesłanek, jakimi kierował się Zamawiający dokonując czynności wezwania oraz wynikającymi z nich kolejnych wątpliwości, co do sposobu, w jaki Zamawiający zamierzał dokonać badania i oceny uzupełnianych dokumentów.

Zauważył, że w treści wezwania z dnia 26 lutego 2013 r. Zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego i prawnego i nie wskazał, z jakich powodów uznał dokumenty złożone wraz z ofertą za niewystarczające.

Zwrócił również uwagę, że Zamawiający żądając „uzupełnienia oferty o dokumenty wymienione w pkt 3.2.2. SIWZ” nie wskazał również, czy żąda dokumentów dotyczących wskazanych osób czy też dokumentów dotyczących ich pracodawców.

Odwołujący podniósł, że wskazał na powyższe wątpliwości w treści złożonych wyjaśnień: „Zamawiający odpowiedział w piśmie IG.271.1.4.2013.IGJ z dnia 13 lutego 2013r., że zależy to od naszego wyboru i dlatego oświadczenia zostały złożone i podpisane przez pracowników osobiście. Jednak wskazani pracownicy nie będą w stanie przedstawić niektórych z wymaganych w SIWZ dokumentów, gdyż nie prowadzą działalności gospodarczej.

Poinformował, że biorąc pod uwagę, że wezwanie Zamawiającego mogło być następstwem zakwestionowania udostępnienia „samego siebie”, w zakresie osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych, Odwołujący dołączył - do oświadczenia potwierdzającego bezpośrednio dysponowanie osobą J..... B..... - także oświadczenie jego pracodawcy.

Argumentował przy tym, że oświadczenie pracodawcy nie pozbawia jednak skuteczności oświadczenia samego zainteresowanego, które zostało złożone (przed upływem terminu składania ofert) wraz z ofertą, i które - w ocenie Odwołującego - jest i pozostaje wystarczającym dowodem dysponowania osobą wymaganą do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych.

Z punktu widzenia Odwołującego podstawa dysponowania wskazaną osobą nie uległa zmianie, zaś złożenie oświadczenia jej pracodawcy (wraz z dokumentami podmiotowymi tego pracodawcy) miało charakter działania „z ostrożności”.

Twierdził, że dokonanie oceny dokumentów dotyczących J..... B..... w zakresie ograniczonym jedynie do dokumentów uzupełnionych, z pominięciem dokumentów (oraz ich wyjaśnień) złożonych wraz z ofertą, narusza zasadę prowadzenia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie (wyrażoną w treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) i jest przyczyną błędnych ustaleń, co do oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy - Waldemara Stachowicza - wobec braku możliwości złożenia „z ostrożności” zobowiązania innego niż złożone wraz ofertą przez samego zainteresowanego, Odwołujący stwierdził, że w uzupełnieniu wskazał nowego kierownika budowy w osobie Pana T..... N..... - pracownika (a zarazem - Prezesa Zarządu, który podpisywał ofertę w przedmiotowym Odwołującego postępowaniu).

Tak jak w przypadku pozostałych uzupełnień, w ocenie Odwołującego wskazanie w wykazie nowej osoby nie powoduje „unieważnienia” wskazania osób w wykazie złożonym wraz z ofertą.

W ocenie Odwołującego, wskazanie nowej osoby spełniającej wymagania określone dla kierownika budowy dodatkowo (tj. niezależnie od wykazu złożonego wraz z ofertą) potwierdza, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie.

Podniósł, że wobec faktu stałego pozostawania z Odwołującym w stosunku pracy, jak również wobec pełnionej stale funkcji Prezesa Zarządu (co potwierdza odpis z KRS z ofertą), fakt bezpośredniego dysponowania przez Odwołującego osobą T..... N..... na dzień upływu terminu składania ofert nie może budzić wątpliwości.

Zarzucił, że dokonując badania i oceny oferty Odwołującego, Zamawiający pominął - podobnie jak w przypadku elementów wspomnianych już wcześniej - wykaz złożony wraz z ofertą oraz dotyczące go wyjaśnienia i ograniczył się jedynie do zbadania dokumentu uzupełnianego - naruszając w ten sposób zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zwrócił uwagę, że po przeprowadzeniu takiej wrywkowej czynności badania i oceny oferty, w piśmie przesłanym w dniu 22 marca 2013 r. Zamawiający wskazał następujące okoliczności, jako podstawę dokonanego wykluczenia: „Ponadto z nowego wykazu załączonego do pisma wykonawcy z dnia 6.03.2013r. nie wynika potwierdzenie warunku określonego w pkt. 3.1 ppkt. 4 litera a siwz /dysponowanie, co najmniej 1 osobą przewidzianą, jako kierownik budowy, posiadającą uprawnienia w branży konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, 5 letni staż w pełnieniu funkcji kierownika budowy, doświadczenie przy budowie co najmniej 3 budynków o powierzchni użytkowej min. 2 500m<sup>2</sup>/ gdyż uprawnienia Pana T..... N..... są ograniczone a wykaz nie potwierdza doświadczenia przy budowie co najmniej 3 budynków o powierzchni użytkowej min. 2.500 m<sup>2</sup>.”.

Odwołujący powyższemu stwierdzeniu Zamawiającego stanowczo zaprzeczył.

Odwołujący oświadczył również, że świetle załączonej „decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego wydanej dnia 30 marca 1990 r., T..... N..... posiada uprawnienia w zakresie wymaganym przez przepisy prawa i przez Zamawiającego, to jest uprawnienia odpowiadające „uprawnieniom w branży konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń” w rozumieniu części 3.1. pkt 4) lit. a) SIWZ (co Odwołujący potwierdził także stosownym oświadczeniem).

Według Odwołującego w razie jakichkolwiek wątpliwości, co do zakresu uprawnień wynikających z tej decyzji (jako wydanej w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, zachowującej jednak walor skuteczności i prawomocności), Zamawiający może się zwrócić o wyjaśnienia do właściwego organu samorządu zawodowego (tj. Podlaskiej Izby Inżynierów Budownictwa).

Zdaniem Odwołującego ze złożonych dokumentów wynika, że obie osoby wskazane do pełnienia funkcji kierownika budowy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Zwrócił uwagę, że przy wykładni oświadczenia woli (jakim niewątpliwie jest wykaz osób składany przez wykonawcę wraz z ofertą), należy mieć na uwadze cel i okoliczności złożenia tego oświadczenia.

Zauważył, że Wzór umowy (stanowiący integralną część SIWZ) przewiduje w § 3 ust. 2: „Wykonawca oświadcza, że robotami będzie kierował kierownik budowy posiadający uprawnienia w branży konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, 5 letni staż w pełnieniu funkcji kierownika budowy, doświadczeniem przy budowie, co najmniej 3 budynków o powierzchni użytkowej min. 2 500m<sup>2</sup> oraz posiadać ważne zaświadczenie z Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa”.

Wyjaśnił, że wskazując w wykazie osób osobę, która nie tylko jest zdolna do wykonania zamówienia, ale zgodnie z treścią oświadczenia - będzie brała udział w wykonywaniu zamówienia, miał na uwadze wskazany wymóg kontraktowy, a zatem nie można przypisywać mu zamiaru wskazania w wykazie osoby, która w świetle cytowanego wzoru umowy nie byłaby zdolna do wykonywania zamówienia w ramach zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zaznaczył przy tym, że przede wszystkim należy jednak mieć na uwadze zakres

żądania Zamawiającego oraz wskazany przez niego sposób dokonywania oceny spełniania warunku dysponowania osobą wskazaną do pełnienia funkcji kierownika budowy.

Wskazał, że Zamawiający w żadnym punkcie SIWZ ani też we wzorze wykazu osób nie żądał wykazania konkretnych inwestycji (ani też łącznej ich liczby czy też powierzchni użytkowej budynków będących przedmiotem tych inwestycji), przy których osoba wskazana w wykazie zdobyła doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy.

Przypomniał, że zgodnie z punktem 3.2.1. SIWZ Wykaz dokumentów, jakie Wykonawca jest zobowiązany dołączyć do oferty należało złożyć: „wykaz osób, potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt. 3.1.4 siwz - wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami oraz oświadczeniem, że osoby te posiadają wymagane prawem uprawnienia- wg załącznika nr 6 do siwz ”.

Wywodził, że w postanowieniach SIWZ nie było żądania podania dokładnej informacji dotyczącej doświadczenia zawodowego danej osoby w zakresie pełnienia funkcji kierownika budowy przy inwestycjach o zadanych parametrach.

Wskazał, że zgodnie ze wzorem - załącznik nr 6 do SIWZ, kolumna V - wykaz osób powinien zawierać kolumnę „Kwalifikacje i doświadczenie” (nie określono jednak wymaganego zakresu treści w tej kolumnie) i nie ma również żądania informacji o obowiązku wykazania inwestycji, przy których dana osoba pełniła funkcję kierownika budowy.

Wyjaśnił, że stosownie do żądania Zamawiającego, Odwołujący wskazywał w tym miejscu kwalifikacje w zakresie pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz okres doświadczenia zawodowego (w latach).

Zwrócił również uwagę na dwie inne okoliczności.

Po pierwsze, odniesieniu do osoby wskazanej pierwotnie do pełnienia funkcji kierownika budowy W..... S.....), Zamawiający nie kwestionował w żaden sposób sposobu wykazania, że osoba ta posiada wymagane uprawnienia, kwalifikacje i doświadczenie, pomimo że były one określone również tylko poprzez podanie rodzaju i numeru posiadanych uprawnień oraz okresu doświadczenia zawodowego.

Wywodził, że jeżeli Zamawiający uznałby te informacje za niewystarczające, to w swoim wezwaniu (oprócz podania ewentualnego uzasadnienia faktycznego i prawnego) powinien wskazać także brakujący zakres informacji, jako zakres wymagany do uzupełnienia



dokumentu.

Dodatkowo wskazał, że T..... N..... posiada uprawnienia o szerszym zakresie, aniżeli uprawnienia posiadane przez W..... S..... Obie wskazane osoby posiadają uprawnienia odpowiadające wymogom SIWZ - co zostało wykazane nie tylko poprzez złożenie odpowiedniego oświadczenia, ale również poprzez załączenie poświadczonych kopii zarówno tych uprawnień, jak i zaświadczeń o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego.

Po drugie, według Odwołującego zmieniając sposób dokonywania oceny spełniania warunku w odniesieniu tylko do dokumentu uzupełnianego i tylko w przypadku Odwołującego, Zamawiający naruszył w rażący sposób zasadę równego traktowania wykonawców.

W wykazie osób załączonym do oferty wykonawcy pod firmą PRIBO sp. z o.o., wybranej następnie przez Zamawiającego, jako oferta najkorzystniejsza, w kolumnie „kwalifikacje i doświadczenie” konkurencyjny wykonawca wskazał jedynie rodzaj i numer uprawnień posiadanych przez wskazaną osobę - nie podając nie tylko informacji dotyczących jej doświadczenia w zakresie pełnienia funkcji kierownika budowy, ale nawet informacji o okresie doświadczenia zawodowego (który był również elementem warunku stawianego takiej osobie).

W ten Zamawiający dopuścił się jawnej dyskryminacji - traktując Odwołującego w gorszy sposób, aniżeli Wykonawcę PRIBO w dokładnie takich samych okolicznościach faktycznych.

Ostatecznie – zdaniem Odwołującego – jego oferta nie podlega odrzuceniu i jako oferta z najniższą ceną spośród wszystkich złożonych ofert - powinna zostać w przedmiotowym postępowaniu wybrana, jako oferta najkorzystniejsza.

Pismem z dnia 29 marca 2013r. wykonawca Przedsiębiorstwo Remontów i Budownictwa Ogólnego Sp. z o.o. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść złożonej przez Odwołującego oferty, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zawiadomienia o wynikach przetargu z dnia 21 marca 2013r., pisma Zamawiającego z dnia 26 lutego 2013 r., wyjaśnień Odwołującego z dnia 4 marca 2013 r. wraz z załączonymi do tego wykazu dokumentami, jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień, Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że z racji wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi(Dz. U. poz. 1271)stosuje się przepisy dotychczasowe.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący wnosząc odwołanie posiada, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Według zapatrywania Izby treść pisma z dnia 21 marca 2013r. skierowanego do Zamawiającego, przekazującego przedłużoną gwarancję przetargową(ważną do dnia 21 kwietnia 2013r. włącznie) w sposób dostateczny ujawnia wolę Odwołującego przedłużenia terminu związania ofertą i dalszego ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z art.60 kodeksu cywilnego z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonywającej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny(oświadczenie woli).

W dalszej kolejności Izba po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego uznała, że działania Zamawiającego stanowiły naruszenie przepisów art. 7 ust.1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 91 ust. 1 powołanej wyżej ustawy Pzp.

Podstawowym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny zasadności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania przetargowego ze skutkiem odrzucenia jego oferty.

Analiza materiału dokumentacyjnego rozpoznawanej sprawy skłoniła Izbę do przyjęcia zapatrywania, że Odwołujący załączył do oferty wymagane prawem i treścią SIWZ dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie rozpoznawanego odwołania.

Za dokumenty te Izba uznała między innymi załączony na stronie 7 oferty wykaz wykonanych robót(załącznik nr 5 do SIWZ), który czynił – w ocenie Izby - zadość postanowieniom pkt. 3.2.1 lit. a SIWZ i zawierał elementy wymagane treścią załącznika nr 5 do SIWZ.

Należy również wskazać, że Odwołujący na stronie 4 oferty (załącznik nr 2 do SIWZ) w pkt.2 złożył oświadczenie, że będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów - na zasadach określonych w art.26 ust.2b ustawy Pzp.

Poza tym do oferty zostało również załączone oświadczenie zobowiązujące wykonawcy REM – BUD I. B..... i Wspólnicy sp.j. do oddania na rzecz Odwołującego do jego dyspozycji posiadanych zasobów (wiedzy i doświadczenia) wraz z referencją(strona 10 oferty).

Powyższe zobowiązanie osoby trzeciej załączone do oferty stanowiło – zdaniem Izby - dowód dysponowania przez Odwołującego niezbędnymi zasobami w zakresie wiedzy i doświadczenia w realizacji przedmiotu zamówienia.

Powyższe dokumenty i oświadczenia zostały złożone przez Odwołującego wraz z ofertą w wykonaniu przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, który stanowi, że 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.

Izba reprezentuje pogląd, że powyższy przepis należy w pierwszej kolejności odczytywać stosując metodę wykładni literalnej, której zastosowanie nie prowadzi wszakże do wniosku, że wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu osoby trzeciej jest zobowiązany do zlecenia podwykonawstwa tej osobie wykonania części przedmiotu zamówienia.

Podobne stanowisko zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 lipca 2010r., sygn. Akt 1186/10 przyjmując zapatrywanie, że „oddanie wiedzy i doświadczenia w tym zakresie może odbywać się zatem tak poprzez faktyczne podwykonawstwo, jak też oddanie nabytego przez przedsiębiorstwo doświadczenia poprzez możliwość korzystania z tej wiedzy przy realizacji zamówienia poprzez konsultacje, czy doradztwo, bowiem w taki sposób także istnieje praktyczna możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu przy wykonywaniu danego zamówienia. Ustawodawca w art.26 ust.2b ustawy Pzp nie posłużył się bowiem wprost określeniem „podwykonawca przy realizacji zamówienia”, a jedynie „uczestniczyć przy realizacji zamówienia”, co jest pojęciem szerszym obejmującym także uczestnictwo przy realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy, ale nie wyłącznie w tym charakterze”.

Obok rozstrzygnięcia powyższego zagadnienia prawnego Izba ustaliła także, że powyższe dokumenty i oświadczenia nie przesądzały o charakterze prawnym tego zobowiązania w relacjach zarówno pomiędzy Zamawiającym, a tym podmiotem, jak i pomiędzy nim a Odwołującym.

Nadto należy wskazać, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp abstrahuje od charakteru prawnego stosunków łączących Odwołującego z podmiotem udostępniającym mu dany zasób niezbędny do wykonania przedmiotu zamówienia.

Zatem powołanie się przez Zamawiającego w piśmie z dnia 26 lutego 2013r. na niewskazanie przez Odwołującego podmiotu trzeciego tj. REM -BUD, jako wykonawcy części zamówienia, nie znajduje uzasadnienia, wobec okoliczności złożenia powołanego wyżej oświadczenia woli znajdującego się na stronie 4 oferty i oświadczenia zobowiązującego wykonawcy REM – BUD I. B..... i Wspólnicy sp.j. do oddania na rzecz Odwołującego do jego dyspozycji posiadanych zasobów(wiedzy i doświadczenia) wraz z załączoną referencją(strona 10 oferty).

W ocenie Izby Zamawiający w piśmie z dnia 26 lutego 2013 r. bezpodstawnie zażądał od Odwołującego uzupełnienia lub złożenia nowego wykazu stanowiącego załącznik nr 5 w

zakresie wykonania roboty budowlanej przez osobę udostępniającą swój zasób w zakresie wiedzy i doświadczenia w poz.3 tego wykazu.

Na marginesie należy zauważyć, że zarówno wyjaśnienia Odwołującego z dnia 4 marca 2013 r., jak i jego oświadczenia znajdujące się w ofercie, w całej rozciągłości potwierdziły jego zamiar wykonania przedmiotu zamówienia przy wsparciu przez REM - BUD, i wskazywały w sposób jednoznaczny, że podmiot ten będzie wspierał realizację zamówienia poprzez doradztwo, nadzór i przeszkolenie pracowników Odwołującego w technice płyt ecophone, wykonaniu elewacji w systemie euro nit oraz pokryciu dachu membraną PCV.

W ocenie Izby powyższe czynności nie są równoznaczne z pojęciem realizacji podwykonawstwa części przedmiotu zamówienia, lecz mają charakter jedynie wspomagający jego realizację.

Czynności te nie są wykonywane samoistnie i nie oznaczają powierzenia danego zakresu robót do samodzielnego, odrębnego wykonania.

Nadto Izba uznała za oczywiście bezzasadne żądanie Zamawiającego uzupełnienia przez Odwołującego oferty o dokumenty wymienione w pkt. 3.2.2 SIWZ w odniesieniu do W..... S..... i J..... B.....

Przede wszystkim Izba doszła do przekonania, że w stosunku do tych osób nie miały zastosowania postanowienia pkt.3.5 SIWZ, bowiem dotyczyły one jedynie sytuacji polegania na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art.26 ust.2b ustawy Pzp, w sytuacji, w której podmioty te uczestniczą w realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z § 2 ust.2 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane(Dz. U. z dnia 31 grudnia 2009 r.).

W rozpoznawanym przypadku sytuacja ta nie zaistniała, ponieważ wykonawca nie korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, a bezpośrednio dysponuje wykazywanym kapitałem kadrowym.

Z oświadczenia wykonawcy wynika, że nie będzie on korzystał z podwykonawstwa tych osób, lecz będzie korzystał bezpośrednio z ich potencjału.

W kontekście powyższego należy przyjąć, że dokumenty złożone przy ofercie( strona 29 oferty) czyniły zadość postanowieniom pkt 3.1.4 lit. a i b SIWZ dotyczących oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła również, że Odwołujący udowodnił spełnianie warunku udziału w postępowaniu w rozpoznawanym zakresie zgodnie z pkt 3.1.4 zdanie ostatnie SIWZ przedkładając wykaz osób – zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami oraz oświadczeniem, że osoby te posiadają wymagane prawem uprawnienia.

Wobec powyższego stanowiska Izby podniesiona w uzasadnieniu przetargu kwestia nie uznania przez Zamawiającego uzupełnienia przez Odwołującego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z powodu ich wystawienia po terminie otwarcia ofert, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia w rozpoznawanej sprawie.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

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

**Przewodniczący:.....**

.....

.....