

Sygn. akt: KIO 41/14

WYROK
z dnia 24 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 stycznia 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2014 r. przez **Miko-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, ul. Brzoskwińska 71, 43-100 Tychy** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Św. Wojciecha 34, 43-600 Jaworzno**

przy udziale wykonawcy **SH+E Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Kraśnicka 25, 20-718 Lublin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu wykluczenie Przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz z art. 26 ust. 3 Pzp i jako skutek wykluczenia uznanie oferty Przystępującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Św. Wojciecha 34, 43-600 Jaworzno i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Miko-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, ul. Brzoskwiniowa 71, 43-100 Tychy** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Św. Wojciecha 34, 43-600 Jaworzno** na rzecz **Miko-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, ul. Brzoskwiniowa 71, 43-100 Tychy** kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 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 Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: Modernizację i rozbudowę Oczyszczalni Ścieków Jaworzno-Dąb w ramach projektu pn.: „Modernizacja i rozbudowa systemu kanalizacyjnego miasta Jaworzno – faza – II”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 180-311361 z dnia 17.09.2013 r. przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Św. Wojciecha 34, 43-600 Jaworzno zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 31.12.2013 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: SH+E Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Kraśnicka 25, 20-718 Lublin zwany dalej: „SH+E Polska Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”, druga pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła firma: Miko-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, ul. Brzoskwiniowa 71, 43-100 Tychy zwana dalej: „Miko-Tech Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 10.01.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Miko-Tech Sp. z o.o. wniósł na podstawie art. 180 ust.1 i art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” odwołanie na w/w czynności i zaniechań. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 09.01.2014 r. (faxem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez uznanie, iż SH+E spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
2. art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez uznanie, iż SH+E spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania osób zdolnych do realizacji zamówienia;
3. art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez uznanie, iż SH + E spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie warunków finansowych i ekonomicznych;
4. art. 26 ust. 2 b Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez uznanie, iż dopuszczalne jest udostępnienie SH+E potencjału ekonomicznego w postaci przychodów netto ze sprzedaży osiągniętych przez podmiot trzeci;
5. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez uznanie, iż SH+E był uprawniony do dwukrotnego uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie osób zdolnych do wykonania zamówienia;
6. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SH+E z postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,

7. posiadania osób zdolnych do realizacji Zamówienia oraz w zakresie warunków ekonomicznych i finansowych;

8. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia SH+E z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo wniesienia przez w/w wykonawcę wadium na niepełny okres związania ofertą;

8. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SH+E, pomimo, iż złożona ona została przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu;

9. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp; ewentualnie, działając z ostrożności:

10. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania SH+E do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz w zakresie spełniania warunków ekonomicznych i finansowych;

Mając na uwadze powyższe Odwołujący domaga się:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SH+E;
2. wykluczenia SH+E z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
3. powtórzenia czynności oceny oferty złożonej przez wykonawcę - SH+E i odrzucenia jej jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania;
4. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ważnej oferty złożonej w postępowaniu.

Ewentualnie, działając z ostrożności:

5. wezwania SH + E do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz spełnianie warunków finansowych i ekonomicznych;

6. dokonanie ponownej oceny oferty złożonej przez SH + E.

najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu, a Odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji Zamówienia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego warunków finansowych i ekonomicznych udziału w postępowaniu. Stosownie do treści pkt 9.1.4 SIWZ, wykonawcy ubiegający się o Zamówienie powinni spełniać następujące warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej:

- a) posiadać za okres 3 lat obrotowych średnie roczne przychody netto ze sprzedaży w wysokości nie mniejszej niż 20 000 000 PLN (słownie: dwadzieścia milionów);
- b) posiadać środki finansowe w wysokości co najmniej 8 000 000 PLN (słownie: osiem

milionów) lub posiadać zdolność kredytową w wysokości co najmniej 8 000 000 PLN (słownie: osiem milionów). Celem wykazania ww warunków SH+E przedłożyło rachunki zysków i strat za lata 2010, 2011 oraz 2012, z których jednoznacznie wynika, iż SH+E nie spełnia warunku ekonomicznego opisanego w pkt 9.1.4. a) SIWZ. Średnie przychody SH+E za okres ostatnich 3 lat obrotowych wynoszą bowiem zaledwie nieco ponad 10.000.000 PLN netto. Załączył jako dowód: oferta SH+E (str. 141 - 152). SH i E złożyło również w ofercie zobowiązanie do udostępnienia zasobów na czas realizacji zamówienia datowane na dzień 24.10.2013r. wystawione przez SH+E GmbH. Z przedmiotowego oświadczenia wynika, iż SH+E GmbH udostępnia SH+E zasoby finansowe na czas niezbędny do realizacji Zamówienia. Z treści zobowiązania nie wynika forma udostępnienia tego potencjału. Jednocześnie w ofercie SH+E znalazło się skonsolidowane sprawozdanie finansowe Grupy kapitałowej Stulz H+E za lata 2010-2012 oraz zaświadczenie z Sparkasse Hochrhein dotyczące SH+E GmbH dotyczące posiadanych środków finansowych oraz zdolności kredytowej w kwocie wynoszącej minimum 2 000 000 Euro. Wskazał jako dowód: oferta SH+E (str. 52, str.161 - 187 oraz str. 138-140). Przedmiotowe oświadczenie dotyczyło jednak wyłącznie zasobów finansowych, a nie zasobów ekonomicznych. Zauważyć przy tym należy, iż warunki finansowe i ekonomiczne nie są pojęciem tożsamym. Są one wyraźnie rozróżnione w treści art. 22 ust. 4 Pzp. Warunki finansowe dotyczą posiadania określonych zasobów pieniężnych lub określonej zdolności kredytowej, natomiast warunki ekonomiczne określają inne przymioty gospodarcze wykonawcy (osiągane przychody, wysokość posiadanej polisy OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej). Warunki ekonomiczne mają obrazować wiarygodność przedsiębiorcy, jego płynność finansową, ugruntowaną pozycję na rynku. Zauważył, iż nawet gdyby SH + E GmbH złożyło oświadczenie o udostępnieniu również warunków ekonomicznych pozostałoby ono bezskuteczne, bowiem z natury rzeczy udostępnienie warunków ekonomicznych nie jest możliwe. Wynika to jasno z treści art. 26 ust. 2b Pzp, zgodnie z którym: *„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.”* Niewątpliwie zatem treść art. 26 ust. 2 b Pzp nie dopuszcza możliwości udostępnienia wykonawcy potencjału ekonomicznego innego podmiotu. Zauważyć przy tym należy, iż treść art. 26 ust. 2b Pzp jest uzasadniona aksjologicznie. O ile bowiem możliwe jest udostępnienie wykonawcy przez podmiot trzeci zdolności finansowych (np. w formie pożyczki), o tyle nie jest możliwe faktyczne

udostępnienie wykonawcy przez podmiot trzeci jego potencjału ekonomicznego. Ewentualne „udostępnienie przychodów ze sprzedaży” pozostaje zatem jedynie fikcyjnym zobowiązaniem, które nie implikuje żadnych realnych czynności prawnych i faktycznych podmiotu trzeciego względem wykonawcy. Podobnie, nie jest możliwe udostępnienie wykonawcy potencjału ekonomicznego w postaci posiadanego ubezpieczenia OC podmiotu trzeciego. Co za tym idzie, przedmiotowe oświadczenie SH+E GmbH nie może dotyczyć udostępnienia warunku ekonomicznego w postaci wymaganych przychodów ze sprzedaży. W istocie dotyczy ono wyłącznie warunku finansowego, tj. warunku dotyczącego posiadania wymaganych środków pieniężnych lub określonej zdolności kredytowej. Na gruncie powyższych rozważań przytoczył wyrok KIO z dnia 07.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2320/12; KIO 2321/12. Niezależnie od powyższego, zauważył, iż przedmiotowe zobowiązanie nie jest również wystarczające dla wykazania udostępnienia zdolności finansowych SH+E GmbH. Z zobowiązania nie wynika bowiem wprost jaką formę przyjmie owo udostępnienie zdolności finansowych i na czym będzie polegać. W tym zakresie Zamawiający winien zatem wezwać SH + E do uzupełnienia dokumentu w postaci zobowiązania w taki sposób by z jego treści wprost wynikało realne zobowiązanie SH + E GmbH względem SH + E. Odwołujący zauważył bowiem, iż aktualne orzecznictwo KIO oraz prezentowane stanowisko Prezesa UZP mocno akcentują konieczność przedstawienia realnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy swojego potencjału oraz konieczność udowodnienia realności udostępnienia potencjału zamawiającemu. Powyższe obrazuje m. in. wyrok KIO z dnia 01.07.2013r., sygn. akt: 1439/13 lub wyroku KIO z dnia 12.06.2013r., sygn. akt: 1247/13. Wskazał także na wyrok KIO z dnia 03.06.2013r., sygn. akt: KIO 1184/13 oraz na wyrok KIO z dnia 14.05.2013r., sygn. akt: KIO 974/13. Powyższe potwierdził w swym orzecznictwie również TS (Holst Italia SpA v. Comune di Cagliari, orzeczenie wstępne z dnia 2.12.1999r.). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oświadczenia o udostępnieniu potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia (str. 19 oferty Odwołującego), albowiem złożone przez Odwołującego oświadczenie podmiotu trzeciego budziło jego wątpliwości co do sposobu udostępnienia potencjału. Jednocześnie jednak Zamawiający, badając ofertę SH+E nie wykazał się podobną dociekliwością i nie pochylił się nad treścią zobowiązania SH+E GmbH, które nie dość, że dotyczy wyłącznie warunków finansowych (nie ekonomicznych), to jeszcze w żaden sposób nie wyjaśnia na czym miałyby polegać udostępnienie potencjału. Takie działanie, zdaniem Odwołującego, stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, tj. naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Reasumując, w toku oceny oferty SH + E, Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2 b Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp. oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Stosownie do treści pkt 9.1.2 SIWZ, wykonawcy ubiegający się

o zamówienie publiczne muszą spełniać następujące warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia: „Wykonawca powinien wykonać w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie co najmniej jedno zamówienie zakończone w terminie polegające na budowie lub modernizacji mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 25 tys. m³ na dobę i wartości 15 mln zł netto.” Jednocześnie w piśmie z dnia 11.10.2013r. („Pytania i odpowiedzi nr 8”) zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego, Zamawiający w odpowiedzi nr 1 wyjaśnił, iż: „Zamawiający pod pojęciem budowa lub modernizacja (rozumiana również jako przebudowa lub rozbudowa mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków) rozumie wykonanie robót w zakresie budowlanym i technologicznym o łącznej wartości przekraczającej w jednym zamówieniu kwotę 15 mln złotych netto, polegającym na budowie lub modernizacji części procesu mechanicznego oraz biologicznego oczyszczania ścieków, co jest adekwatne do przedmiotu niniejszego zamówienia.”. SH + E złożył w ofercie wykaz wykonanych robót budowlanych wraz z referencją wystawioną w języku niemieckim, jej tłumaczeniem oraz oświadczeniem o udostępnieniu potencjału podmiotu trzeciego wykonawcy. Z załączonej referencji z dnia 04.11.2013r. wystawionej przez Emschergenossenschaft z siedzibą w Essen wynika niezbicie, iż zakresem prac SH + E GmbH było wyłącznie wyposażenie oczyszczalni ścieków w odpowiednią technologię (wyposażenie mechaniczne i elektryczne). W żadnym wypadku jednak z referencji nie wynika by SH + E GmbH wykonała jakiegokolwiek roboty budowlane na rzecz inwestora. Wskazał na ofertę SH+E (str. 16, str. 53, str. 194-196). Wobec powyższego, SH+E dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego SH + E GmbH w zakresie wiedzy i doświadczenia, które nie spełnia wymogu opisanego w pkt. 9.1.2 SIWZ oraz w wyjaśnieniach Zamawiającego. W tym stanie rzeczy wybór oferty SH + E nastąpił z rażącym naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Z ostrożności Odwołujący podnosi również, iż Zamawiający nie skorzystał z prawa do wezwania SH+E do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku w postaci wiedzy i doświadczenia, czym naruszył art. 26 ust. 3 Pzp.

Odnośnie zarzutu dotyczącego warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych zasobów ludzkich. Stosownie do treści pkt. 9.1.3b SIWZ, Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne muszą posiadać następującą osobę zdolną do wykonania zamówienia:

„b). Kierownik budowy - mający co najmniej 8 lat doświadczenia zawodowego w kierowaniu robotami budowlanymi z sektora środowiska w zakresie gospodarki wodno-ściekowej przy co najmniej dwóch zdaniach inwestycyjnych, w tym jednym polegającym na budowie lub modernizacji mechaniczno -biologicznej oczyszczalni ścieków, posiadający uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji

i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, zgodnie z art. 12, art. 12 a oraz art. 14 ust. 1. ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2010r., Nr 243, poz. 1623) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów." W ofercie SH + E znalazł się wykaz osób nie zawierający informacji o wymaganym doświadczeniu poszczególnych osób zdolnych do realizacji Zamówienia, w tym między innymi informacji o doświadczeniu Kierownika Budowy – W..... K..... Wskazał na ofertę: (str. 12 oferty SH+E). Powyższe uniemożliwiło Zamawiającemu weryfikację, czy wskazane w wykazie osoby posiadają wymagane doświadczenie zawodowe. W konsekwencji, pismem z dnia 12.12.2013r. Zamawiający wezwał SH + E do złożenia brakujących dokumentów oraz wyjaśnienia ich treści poprzez wskazanie szczegółowych informacji na podstawie których Zamawiający będzie w stanie ocenić, czy zaproponowany przez Wykonawcę personel spełnia szczegółowe warunki dotyczące doświadczenia zawodowego, wskazane w pkt. 9.3. lit. a, b, c, c, i, e IDW. Pismem z dnia 17.12.2013 r. SH+E uzupełniło wykaz osób zdolnych do realizacji zamówienia w ten sposób, iż w rubryce doświadczenie i wykształcenie wskazano konkretne inwestycje w jakich brały udział poszczególne osoby w nim wskazane, w tym również Kierownik Budowy – W..... K..... Z załączonych dokumentów nie wynika jednak by łączne doświadczenia ww. osoby wynosiło 8 lat „w kierowaniu robotami budowlanymi z sektora środowiska w zakresie gospodarki wodno-ściekowej”. Większość inwestycji wskazanych w wykazie dotyczy bowiem innych inwestycji, w tym budowy dróg, budowy budynków mieszkalnych, hal produkcyjnych. Załedwie trzy inwestycje dotyczą sektora środowiska w zakresie gospodarki wodno-ściekowej, są to:

- Modernizacja mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków Oyten_Ottersberg w Niemczech, Etap I, Etap II (01.2007r. -08.2007r.);
- Budowa mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków dla Zakładu przetwórstwa owoców TB Fruit w Anopolu - Kierownik robót (08.2012 r.-12.2013 r.);
- Rozbudowa i modernizacja mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków dla Zakładu Mleczarskiego OSM w Piątnicy (08.2012r.-04.2013r.). Łączne doświadczenie Kierownika Budowy wynosiło zatem załedwie nieco ponad dwa lata. Wobec powyższego, pismem z dnia 20.12.2013 r. Zamawiający wezwał SH + E do wyjaśnienia dokumentów załączonych do pisma z dnia 17.12.2013 r. w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy. Zamawiający wskazał, iż z załączonych dokumentów nie wynika, iż Pan W..... K..... posiada co najmniej 8 letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi z sektora środowiska w zakresie gospodarki wodno-ściekowej. W odpowiedzi, pismem z dnia 23.12.2013r. SH + E nie złożyło wyjaśnień dotyczących p. W..... K....., tylko wskazało na Kierownika Budowy inną osobę – p. K..... K....., załączając

jednocześnie dokumenty dotyczące nowej osoby wskazanej na przedmiotowe stanowisko (oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadają wymagane prawem uprawnienia, oświadczenia p. Karkowskiego oraz wykaz osób ograniczony do Kierownika Budowy – p. K..... K.....). Odwołujący podnosił, iż SH + E, z rażącym naruszeniem art. 26 ust. 3 Pzp dokonało dwukrotnego uzupełnienia dokumentów potwierdzających doświadczenie Kierownika Budowy. Tymczasem, zgodnie z ujednoczonym poglądem zarówno doktryny, jak i orzecznictwa KIO, wykonawca może tylko jednokrotnie uzupełnić ten sam dokument potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Skoro zatem SH+E uzupełnił wykaz kadry zawierający informacje o doświadczeniu m. in. Kierownika Budowy w piśmie z dnia 17.12.2013 r., to nie mógł uczynić tego ponownie w piśmie z dnia 23.12.2013r. Zauważyć należy, iż w obu przypadkach wykonawca miał wykazać przedmiotowym dokumentem doświadczenie tej samej osoby - Kierownika Budowy. Bez znaczenia jest przy tym fakt, iż w pierwszym i drugim przypadku chodziło o dwie różne osoby. Gdyby bowiem przyjąć, iż w takim wypadku możliwe jest wielokrotne uzupełnianie dokumentu przez wykonawcę, to takie uzupełnienie mogłoby nastąpić niezliczoną ilość razy, gdyby tylko za każdym razem wykonawca przedstawiał inną osobę na określone stanowisko. W takiej sytuacji zamawiający *de facto* premiowałby tych wykonawców którzy dokonują zmian w prezentowanym personelu względem tych którzy wskazują na te same osoby. Odwołujący podnosił, iż możliwość dwukrotnego uzupełnienia tego samego dokumentu może nastąpić wyłącznie w sytuacji w której wezwanie do uzupełnienia dokumentów dotyczy innych okoliczności (np. doświadczenia dwóch różnych osób), w szczególności w sytuacji w której Zamawiający nie dostrzeże przy pierwszym wezwaniu wszystkich uchybień w określonym dokumencie i w konsekwencji wezwie wykonawcę ponownie do uzupełnienia tego samego dokumentu w zakresie innych uchybień. Za powyższym przemawia między innymi orzeczenie KIO z dnia z dnia 26.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 827/08 również wyrok SO z dnia 23.04.2008r., sygn. akt: IV Ca 223/08, wyrok SO z dnia 05.12.2008r., sygn. akt: XII Ga 391/08. Reasumując, SH + E nie był uprawniony do ponownego uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie przez Kierownika Budowy odnośnego doświadczenia. Co za tym idzie, Zamawiający winien uznać, iż SH+E nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczyć tego wykonawcę z postępowania i odrzucić jego ofertę. Działanie Zamawiającego naruszyło zatem treść art. 26 ust. 3 Pzp.

Względem zarzutu dotyczącego wniesienia wadium na niepełny okres związania ofertą. Odwołujący podnosił, iż SH + E nie wniosło wadium na pełny okres związania ofertą, tj. na okres co najmniej 60 dni. Gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona przez Zurich Insurance pic NfD obowiązuje bowiem od 12.11.2013 r. do 10.01.2014 r. (tj. łącznie 59 dni). Odwołujący podnosił, iż stosownie do treści art. 14 Pzp: „*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." Powyższe oznacza, iż do liczenia terminu związania ofertą stosuje się przepis art. 111 § 2 kc, zgodnie z którym: „jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczeniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło.” W analizowanym przypadku zdarzeniem stanowiącym początek terminu związania ofertą jest termin złożenia ofert (12.11.2013r.). Powyższe wynika z treści art. 85 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym *bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem składania ofert*. Przepis art. 85 ust. 5 Pzp nie zmienia zatem zasady liczenia terminów opisanej w kodeksie cywilnym, która nakazuje przy obliczaniu terminu nie uwzględniać dnia w którym wystąpiło zdarzenie stanowiące początek terminu (w tym wypadku zdarzeniem tym jest upływ terminu składania ofert). Nie wolno bowiem mylić pojęcia „*biegu terminu*”, który zawsze rozpoczyna się w momencie określonego w przepisach zdarzenia z pojęciem sposobu obliczania terminu o jakim mowa w art. 111 §2 KC. Art. 85 ust.5 Pzp, wbrew pojawiającym się w orzecznictwie KIO poglądom, nie ustanawia bowiem odmiennej reguły obliczania terminu związania ofertą. *Ratio legis* tego przepisu jest bowiem zastrzeżenie, iż nawet jeśli oferta złożona zostanie przed terminem składania ofert, to należy uznać, iż bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się dopiero w momencie upływu terminu składania ofert (a nie w momencie jej złożenia). Przepis ten nie ma jednak na celu zmiany sposobu obliczania terminu opisanego w art. 111 § 2 KC. Gdyby bowiem intencją ustawodawcy była zmiana sposobu obliczenia terminu składania ofert (co byłoby decyzją kuriozalną mając na uwadze, iż cały system prawa prywatnego i publicznego opiera się na jednolitej regule obliczania terminów wynikającej z kodeksu cywilnego), to wprost wskazałby, iż: „*przy obliczaniu terminu związania ofertą wlicza się dzień stanowiący termin składania ofert*” (analogicznie do konstrukcji art. 111 § 2 KC). Powyższe stanowisko jest obecnie często prezentowane w doktrynie: „*Jeśli przepisy szczególne nie wprowadzają odmiennych uregulowań, należy skłonić się do stanowiska, iż stosujemy przepisy Kodeksu cywilnego. I tak jest [...] w przypadku obliczania terminu związania ofertą na gruncie Prawa zamówień publicznych. [...] Ustawa precyzyjnie określa dzień, w którym termin związania ofertą rozpoczyna swój bieg. Jest to też niewątpliwie pierwszy dzień związania ofertą. Jednocześnie jest to dzień, w którym następuje określone zdarzenie, czyli termin składania ofert. W związku z tym zastosowanie mają przepisy prawa cywilnego.*” (Jagiello Dariusz, artykuł Zam.Pub.Dor.2008.12.44, „*Kontrowersje wokół obliczania terminu związania ofertą*”. Teza nr 1 (również komentarz do art. 85 Prawa zamówień publicznych Babiarz Stefan, Czarnik Zbigniew, Janda Paweł, Pełczyński Piotr, Lexis Nexis; „*Prawo zamówień publicznych*” - Komentarz, J. Pieróg, Wydawnictwo C.H. Beck – W-wa 2004; „*Prawo zamówień publicznych*” - Komentarz, Emil Norek, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis,

W-wa 2006 (wyd. II), stan prawny: 01.11.2005 r.). Za całkowicie błędne uznać należy zatem utożsamianie pojęcia „rozpoczęcia biegu terminu” ze zmianą sposobu liczenia terminów wskazaną w art. 111 §2 KC. Zauważyć bowiem należy, iż sformułowanie użyte w art. 85 ust. 5 Pzp: „*Bieg terminu rozpoczyna się*”, użyte zostało również na gruncie innych aktów prawnych, dla przykładu:

- Art. 120. § 1 KC; *Bieg przedawnienia rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stało się wymagalne. Jeżeli wymagalność roszczenia zależy od podjęcia określonej czynności przez uprawnionego, bieg terminu rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby uprawniony podjął czynność w najwcześniejszym możliwym terminie.*
- Art. 164 KPC: *Bieg terminu wyznaczonego przez sąd lub przewodniczącego (termin sądowy) rozpoczyna się od ogłoszenia w tym przedmiocie postanowienia lub zarządzenia, a gdy kodeks przewiduje doręczenie z urzędu - od jego doręczenia.* Jednocześnie, w doktrynie i orzecznictwie nie budzi najmniejszych wątpliwości fakt, iż żadnym z ww. przypadków nie zmienia zasad obliczania terminów wynikających z art. 111 § 2 KC (a zatem przy obliczaniu tych terminów nie bierze się pod uwagę dnia w którym nastąpiło zdarzenie stanowiące początek terminu). Nie sposób zatem zrozumieć poglądu który w identycznej konstrukcji art. 85 ust. 5 Pzp doszukuje się odmiennej interpretacji pojęcia „*biegu terminu*”. Wobec powyższego przyjąć należy, iż art. 85 ust.5 Pzp również wyznacza jedynie początek biegu terminu, a nie dokonuje zmiany sposobu liczenia terminu wynikającego z dyspozycji art. 111 § 2 KC. W konsekwencji przyjąć należy, iż wadium złożone przez SH + E nie zostało wniesione na pełny okres związania ofertą (60 dni), tylko na okres krótszy (59 dni), co powinno skutkować wykluczeniem SH+E z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w dniu 09.01.2014 r. wezwał (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13.01.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) SH+E Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, ul. Kraśnicka 25, 20-718 Lublin zwany dalej: „*SH+E Polska Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 20.01.2014 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu na posiedzeniu wraz z oryginałem dla KIO. Odnośnie pierwszego zarzutu dotyczącego warunków finansowych i ekonomicznych udziału w postępowaniu. Zamawiający nie

zgadza się z zarzutem naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b, art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez uznanie, iż SH+E Polska Sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie warunków finansowych i ekonomicznych. Jakkolwiek w przepisie art. 26 ust. 2b Pzp nie wymieniono wprost możliwości posłużenia się potencjałem ekonomicznym innego podmiotu, to jest ugruntowanym w orzecznictwie i doktrynie stanowisko, iż na tle przepisów dyrektywy 2004/18/WE udostępnienie takie należy uznać za dopuszczalne. Art 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE wskazuje na możliwość powołania się przez wykonawcę zarówno na zdolność ekonomiczną, jak i zdolność finansową innych podmiotów, uzależniając powyższe jedynie od okoliczności: „w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia”. W oparciu o analizę orzecznictwa ETS należy przyjąć, iż owa „stosowna sytuacja” zachodzi w przypadku istnienia powiązań kapitałowych podmiotów, czy oceny zdolności spółki matki holdingu, gdy można uwzględnić również zasoby i zdolności jej spółek córek (C-5/97, Ballast Nedam Groep przeciwko Belgii). Jeżeli więc dyrektywa 2004/18/WE dopuszcza powyższe rozwiązanie, to prawo polskie powinno również umożliwiać powołanie się na potencjał ekonomiczny innego podmiotu, przy zachowaniu konieczności wykazania faktycznej możliwości dysponowania odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego. Wskazał na wyrok z dnia 23.02.2011 r., sygn. akt: KIO/269/11. W świetle powyższego, analogicznie należy przyjąć, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego do udzielenia wykonawcy na czas realizacji zamówienia „niezbędnych zasobów finansowych” oznacza, iż wykonawca może polegać zarówno na sytuacji finansowej, jak i ekonomicznej podmiotu udostępniającego. Przystępujący, składając w/w zobowiązanie, załączył do oferty skonsolidowane sprawozdanie finansowe grupy kapitałowej Stulz H+E GmbH (obecnie: „SH+E GmbH”) za lata 2010-2012, do której to grupy Przystępujący należy. Sprawozdanie to wskazuje, iż grupa kapitałowa ze spółką SH+E GmbH jako spółką macierzystą na czele, wykazuje przychody ze sprzedaży w wysokości przekraczającej minimalną kwotę 20 000 000 PLN określoną w SIWZ. Zamawiający uznał, iż powiązania kapitałowe spółek przesądzają o realności udostępnienia Przystępującemu zasobów finansowych (rozumianych w tym wypadku również jako określona kondycja ekonomiczna). Wskazał jako dowód: ofertę SH+E Polska Sp. z o. o. (str. 52,161-193). Prezentowana powyżej wykładnia art. 26 ust. 2b Pzp znajduje potwierdzenie również w brzmieniu § 1 ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Powołany przepis stanowi, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, Zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych

zasobów, może żądać: 1) w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy - dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9-11 (tj. sprawozdania finansowego, informacji banku, opłaconej polisy), a także innych dokumentów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...). Redakcja powołanego przepisu wskazuje, iż celem ustawodawcy było objęcie możliwością udostępnienia wykonawcy przez podmiot trzeci zarówno zasobów ekonomicznych, jak i finansowych.

W kwestii zarzutów Odwołującego, dotyczących udostępnienia zasobów finansowych sensu stricto, Zamawiający stwierdza również, iż nie powziął żadnych wątpliwości dotyczących „realności” tego udostępnienia. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów finansowych wystawione przez SH+E GmbH w powiązaniu z zaświadczeniem Sparkasse Hochrhein (w którym stwierdza się, iż *„Na potrzeby przetargu Modernizacja i rozbudowa Oczyszczalni Ścieków Jaworzno - Dąb w ramach projektu pn. Modernizacja i rozbudowa systemu kanalizacyjnego miasta Jaworzna (...), do którego staje Spółka SH+E Polska Sp. z o. o. (...), jej spółka macierzysta SH+E GmbH posiada fundusze lub zdolność kredytową w kwocie przynajmniej 2 000 000 EUR”*) w ocenie Zamawiającego są w zupełności wystarczające dla stwierdzenia, iż Przystępujący spełnia warunek dotyczący posiadania środków finansowych lub zdolności finansowej w wysokości co najmniej 8 000 000 PLN. Wskazał jako dowód: oferta SH+E Polska Sp. z o. o. (str. 52,138-140). W tym miejscu Zamawiający pragnie odnieść się do zarzutu Odwołującego (karta 9 odwołania), iż kwestia oceny spełniania przez Przystępującego warunku wiedzy i doświadczenia, została potraktowana z większą dociekliwością, niż kwestia sytuacji ekonomicznej i finansowej. Otóż dla Zamawiającego jest oczywistym, iż udostępnienie warunku wiedzy i doświadczenia ma o tyle praktyczne znaczenie, iż zasadniczo powinno być związane z faktycznym udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (dotyczy to głównie warunku doświadczenia). Mając świadomość tej kwestii, a także jej implikacji (w szczególności w zakresie dotyczącym ewentualnego podwykonawstwa), Zamawiający uznał, iż konieczne jest wyjaśnienie, w jakiej formie podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji inwestycji. Zamawiający zwraca przy tym uwagę, iż orzecznictwo powoływane przez Odwołującego na potwierdzenie jego stanowiska co do nieprawidłowej oceny spełniania warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, dotyczy w istocie udostępnienia warunków w postaci wiedzy i doświadczenia. Ocena sposobu i realności udostępnienia tychże warunków ma inny charakter niż ocena udostępnienia warunków ekonomicznych i finansowych.

Odnośnie zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający nie zgadza się z zarzutem Odwołującego, iż z referencji wystawionej przez Emschergerossenschaft z siedzibą w Essen nie wynika by SH+E GmbH wykonała jakiegokolwiek roboty budowlane na rzecz inwestora. W w/w referencjach wskazano,

że Spółka ta wykonała „kompleksowe prace w dziedzinie wyposażenia mechanicznego i elektrycznego” oczyszczalni ścieków Scholven, przy czym jako główne części składowe inwestycji wskazano: budynek rozdzielni, separator oleju, flotacja ciśnieniowa rozpuszczonym powietrzem, biologiczna stacja rozkładu biochemicznego za pomocą tlenu, stacja oczyszczania pośredniego, nityfikacja/denitryfikacja, sedymentacja wtórna, proces Stop oil, obróbka szlamu, dozowanie chemiczne i oczyszczanie powietrza dolotowego. Ponadto w treści referencji podano, iż „do zakresu dostawy i świadczeń należało kompleksowe planowanie szczegółowe, konstrukcja i montaż ze wszystkimi pracami dodatkowymi”. Zamawiający dostrzegł przy tym, iż tłumaczenie niemieckiego rzeczownika „Bau” jako „montaż” nie jest całkowicie prawidłowe, albowiem w istocie oznacza on „budowę”. Zamawiający uznał, że tak sformułowane referencje, w połączeniu z informacją zawartą w wykazie wykonywanych robót budowlanych (k. 16 oferty), gdzie przedmiotowe zadanie inwestycyjne określono jako: „Budowa oczyszczalni ścieków „pod klucz” Scholven $Q=1\ 500\ m^3/h$ ”, jest wystarczające dla uznania za spełniony warunku wiedzy i doświadczenia. Wskazał jako dowód: oferta SH+E sp. z o.o. (str. 16, 53,194-196). Tym samym, bezpodstawny jest zarzut Odwołującego, iż wybór oferty SH+E Polska Sp. z o. o. nastąpił z rażącym naruszeniem art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, względnie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych zasobów ludzkich. Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem, iż SH+E Polska Sp. z o. o., z rażącym naruszeniem art. 26 ust. 3 Pzp dokonało dwukrotnego uzupełnienia dokumentów potwierdzających doświadczenie Kierownika Budowy. W związku z faktem, iż wykaz personelu załączony do oferty wskazywał tylko na okres wymaganego doświadczenia zawodowego poszczególnych osób, bez wskazania szczegółowych zadań, zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia wykazu poprzez udzielenie informacji, na podstawie, których możliwa będzie ocena, czy zaproponowany personel spełnia szczegółowe warunki dotyczące doświadczenia zawodowego, wskazane w pkt 9.3 lit. a, b, c, d, i, e IDW. Dopiero informacje, które Przystępujący przedstawił w piśmie z dnia 17.12.2013r. pozwoliły Zamawiającemu na szczegółową ocenę spełniania warunków określonych w SIWZ, w odniesieniu do konkretnych osób. Co do osoby zaproponowanej na stanowisko kierownika budowy tj. Pana W..... K..... Zamawiający stwierdził, iż z załączonych dokumentów nie wynika jednoznacznie, że w/w osoba posiada co najmniej 8 letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi z sektora środowiska w zakresie gospodarki wodno - ściekowej i wezwał Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień. W odpowiedzi Przystępujący po raz pierwszy i de facto z własnej inicjatywy dokonał uzupełnienia dokumentu (wykazu osób) w zakresie dotyczącym osoby zaproponowanej na stanowisko kierownika budowy, w ten sposób, że na zaproponowane stanowisko wskazał inną osobę. Załączył jako dowód: pisma Zamawiającego z dnia 12.12.2013 r. oraz 20.12.2013 r., pisma

Przystępującego z dnia 17.12.2013r. (wraz z załącznikami), 23.12.2013 r. (wraz z załącznikami). W tym miejscu Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 14.02.2011 r., sygn. akt: KIO 212/11 oraz wyrok z dnia 26.11.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2470/10. Biorąc pod uwagę powyższą wykładnię instytucji wzywania do złożenia wyjaśnień oraz do uzupełnienia dokumentów wynikającą z orzecznictwa KIO, jak również zważając na treść pism Zamawiającego i Przystępującego, nie sposób przyjąć, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Ze względu na treść przedłożonych przez Przystępującego oświadczeń i dokumentów oraz z uwagi na ostateczny charakter instytucji wzywania do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień pozwalających na ustalenie podstawy wykluczenia bądź odrzucenia oferty wykonawcy. Fakt uzyskania wskutek wezwania nowych informacji, nie pozbawił Zamawiającego uprawnienia do wyjaśnienia wątpliwości, jeżeli takie w świetle ich treści się pojawiły. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 24.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1102/38, art. 26 ust. 3 Pzp nie wprowadza zasady jednokrotności. Zasada ta wynika z orzecznictwa KIO oraz sądów powszechnych. Jednak, co bardzo ważne, skład orzekający wskazał, że nie można jej mechanicznie stosować w każdym stanie faktycznym. Wiodące znaczenie należy przypisać bowiem zasadzie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 Pzp).

Odnosnie zarzutu dotyczącego wniesienie wadium na niepełny okres związania ofertą. Za oczywiście bezzasadny uznaje Zamawiający zarzut Odwołującego, iż SH+E Polska Sp. z o. o. wniosło wadium na niepełny okres związania ofertą, tj. na 59 dni. Prezentowane przez Odwołującego stanowisko, co do sposobu liczenia okresu związania ofertą ma charakter odosobniony. Na chwilę obecną zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie dominuje pogląd, iż Pzp zawiera własną, odrębną od przepisów KC regulację obliczania terminu związania ofertą, a ściślej - początku biegu tego terminu. Zgodnie z art. 85 ust. 5 Pzp: „*bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem składania ofert*”, co stanowi jednocześnie odstępstwo od ogólnej reguły liczenia terminów wyrażonej w art. 111§ 2 KC. Tym samym za pierwszy dzień terminu związania ofertą należy uznać dzień składania ofert. W konsekwencji przyjąć należy, iż wadium wniesione przez Przystępującego obejmuje cały okres związania ofert, tj. 60 dni.

W dniu 20.01.2014 r. (faxem) Przystępujący wniósł pismo procesowe, w którym wnosił o oddalenie odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu na posiedzeniu wraz z oryginałem dla KIO.

Względem zarzutu dotyczącego warunków zdolności finansowej i ekonomicznej. Na spełnienie ich przez Przystępującego wskazują zarówno oświadczenia, jak dokumenty przedłożone przez Przystępującego do przedmiotowego postępowania. Natomiast ocena spełnienia tych warunków winna nastąpić w myśl prawa krajowego, ale z uwzględnieniem

przepisów unijnych. Przystępujący w przedmiotowym postępowaniu korzysta z zdolności finansowych i ekonomicznych podmiotu trzeciego, tj. podmiotu powiązanego, z którym tworzy grupę kapitałową. Przystępujący wskazuje bowiem, że jest spółką zależną od Spółki Stulz H+E GmbH. Jedynym Wspólnikiem Przystępującego jest LimnoTec Bioenergieanlagen GmbH. LimnoTec Bioenergieanlagen GmbH jest powiązana ze spółką LimnoTec Abwasseranlagen GmbH. Natomiast ta ostatnia jest spółką bezpośrednio powiązaną z SH+E GmbH (dawniej: „Stulz H+E GmbH”), tj. ze spółką udzielającą Przystępującemu potencjału ekonomicznego. Przepis art. 26 ust. 2 b Pzp umożliwia Przystępującemu poleganie na zdolnościach finansowych podmiotów trzecich. Przepis ten został wprowadzony w celu implementacji postanowień dyrektywy 2004/18/WE, wskazujących m.in. na możliwość korzystania ze zdolności finansowych podmiotów trzecich. Jednakże należy wskazać, że przepis ten winien obejmować swym zasięgiem także możliwość korzystania ze zdolności ekonomicznych innego podmiotu. Nie ujęcie w przepisie Pzp pojęcia: „zasobów ekonomicznych” prowadzi do wniosków, że implementacja dyrektywy unijnej odbyła się w sposób niepełny, a w ślad za tym Przystępujący może się powoływać wprost na zapisy dyrektywy dające możliwość skorzystania z zasobów ekonomicznych podmiotu trzeciego. W przedmiotowym postępowaniu jest to tym bardziej uzasadnione, że korzysta z zasobów ekonomicznych spółki, od której jest pośrednio zależna. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS), w sytuacji wadliwej lub niepełnej implementacji dyrektywy do porządku krajowego zachodzi konieczność takiej jego wykładni, aby uwzględniała ona rezultat określony w dyrektywie (tzw. pronunijna wykładnia przepisów). Tak więc, w tym przypadku należałoby oderwać się od literalnego brzmienia przepisu i, stosując wykładnię pronunijną i celowościową, przyjąć, że „*zdolność finansowa*” w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp obejmuje swoim zakresem także „*warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej*” w rozumieniu art. 22 ust. 1 Pzp. Abstrahując jednak od powyższego Przystępujący dysponuje zobowiązaniem Spółki SH+E GmbH do udostępnienia zasobów ekonomicznych Spółce SH+E Polska Sp. z o.o. Powyższe twierdzenia znalazły swe odzwierciedlenie w orzecznictwie – przywołał wyrok KIO z dnia 07.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2320/12, KIO 2321/12. Zatem uwzględniając konieczność osiągnięcia rezultatu zakładanego przez dyrektywę unijną sformułowanie zawarte w treści art. 26 ust. 2b Pzp, iż wykonawca może polegać jedynie na „*zdolnościach finansowych innych podmiotów*” należy rozumieć szeroko jako zdolność dotyczącą zarówno sytuacji ekonomicznej, jak i sytuacji finansowej wykonawcy. Jednocześnie w orzecznictwie podkreśla się tym bardziej możliwość powoływania się na warunki ekonomiczne innego podmiotu, w sytuacji gdy podmioty należą do grupy kapitałowej. Ma bowiem wtedy miejsce „*stosowna sytuacja*”, o której mowa w art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE. Tak też stanowi np. orzeczenie KIO z dnia 07.11.2011r., sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11, wskazujące na możliwość korzystania

z zasobów ekonomicznych w przypadku tworzenia przez spółki grupy kapitałowej. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w § 1 ust. 6 odwołuje się wprost do możliwości posłużenia się także potencjałem ekonomicznym podmiotu trzeciego, bowiem: „6. Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:

1) w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy - dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9-11, a także innych dokumentów, dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia". Reasumując, przepisy unijne nie różnicują warunków ekonomicznych i finansowych oraz dopuszczają możliwość posłużenia się zasobami innych podmiotów w zakresie obydwu tych warunków. Nadto odwoływanie się do zasobów innych podmiotów jest ustawowym uprawnieniem wykonawcy i nie można tego uprawnienia ograniczać. Mając natomiast na względzie, że zasoby finansowe i ekonomiczne mieszczą się w ustawowym pojęciu zasobów finansowych, Przystępujący przedstawiając oświadczenie podmiotów udzielających tych zasobów, wykazał, że będzie dysponował tymi zasobami. Ponadto nie znajduje uzasadnienia twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający winien wykazać się dociekliwością i ustalić w jaki sposób Przystępujący może korzystać z udzielonych warunków finansowych i ekonomicznych. Oświadczenia, które zostały załączone do oferty Przystępującego nie budziły wątpliwości Zamawiającego, a zatem nie był on w żaden sposób zobligowany do prowadzenia dalszych wyjaśnień. Możliwość żądania dodatkowych dokumentów jest nadto prawem, a nie obowiązkiem Zamawiającego. Mając powyższe na względzie Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów Pzp. W celu uzupełniania Przystępujący jest w stanie przedłożyć dokumenty dotyczące współpracy ze spółką SH+E GmbH (dawniej: Stulz H+E GmbH).

Względem zarzutu dotyczącego warunek dotyczącego referencji. Nie można również zgodzić się z twierdzeniami strony odwołującej, jakoby Przystępujący nie posiadał wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. W tym zakresie Przystępujący wskazał bowiem na doświadczenie nabyte w trakcie wykonania oczyszczalni ścieków w Scholven. Z przedłożonych przez Przystępującego referencji wynika, że do zadań związanych z wykonaniem oczyszczalni ścieków należała także budowa, a nie jak to wskazał Odwołujący jedynie wyposażenie. W szczególności wskazał, iż zgodnie z przedłożonymi

referencjami do zakresu prac należała konstrukcja i budowa („Bau” - nieprecyzyjnie przetłumaczone jako montaż) wraz ze wszystkimi pracami dodatkowymi. Zatem referencja Stulz-Planagua GmbH potwierdza wykonanie robót w zakresie budowlanym i technologicznym. Załączył jako dowód: tłumaczenie przysięgłe referencji. Odnosząc się dalej do znaczenia „*wykonania robót w zakresie budowlanym i technologicznym*”, wskazuję, że roboty w zakresie budowlanym nie powinny być tożsame z wykonywaniem obiektów budowlanych, ani traktowane wyłącznie poprzez roboty branży konstrukcyjno-budowlanej (jako konstrukcje stalowe czy żelbetowe). Wymóg Zamawiającego tj. „*wykonanie robót w zakresie budowlanym i technologicznym [...], polegającym na budowie lub modernizacji części procesu mechanicznego oraz biologicznego oczyszczania ścieków, [...]*” w sposób jednoznaczny definiuje na czym polega wykonanie tych robót. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w odpowiedzi na pytanie numer 1 zadane w ramach wyjaśnień SIWZ. Stulz-Planagua GmbH wykonał roboty polegające na budowie mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków, tj. „... *kompleksowe prace w dziedzinie wyposażenia mechanicznego i elektrycznego*” oraz „*Do zakresu dostawy i świadczeń należało kompleksowe planowanie szczegółowe, konstrukcja i budowa wraz ze wszystkimi pracami dodatkowymi*”. W SIWZ Zamawiający podaje kody i odpowiadające im sformułowania definiujące zakres zamówienia zgodnie ze Wspólnym Słownikiem Zamówień Publicznych. Zamawiający w dokumencie „*Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót*” stanowiącym integralną część SIWZ, wskazał Dział „*45000000-7- Roboty budowlane*” oraz poszczególne Grupy robót należących do tego działu. Natomiast na stronie 6 Instrukcji dla Wykonawców Zamawiający podał m.in. kod „*45252200-0 Wyposażenie oczyszczalni ścieków*” definiując tym samym przedmiot zamówienia. Stwierdzenia inwestora w liście referencyjnym wystawionym dla Stulz-Planagua GmbH, wskazane również powyżej, potwierdzają zatem wykonanie robót w zakresie budowlanym i technologicznym przez podmiot z którego doświadczenia Przystępujący zamierza skorzystać. W związku z powyższym Przystępujący korzysta z doświadczenia, które spełnia w całej rozciągłości wymogi Zamawiającego ustanowione w SIWZ oraz we wskazywanych wyjaśnieniach.

Odnośnie zarzutu dotyczącego wiedzy i doświadczenia kierownika budowy. Odnosząc się do zarzutów dotyczących wymogów w zakresie doświadczenia kierownika budowy, należy w tym miejscu wskazać, że Przystępujący nie dokonał dwukrotnego uzupełnienia dokumentów potwierdzających to doświadczenie. Przystępujący dokonał uzupełnienia wraz z pismem z dnia 17.12.2013 r. Natomiast pismem z dnia 20.12.2013 r. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień. Wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp jest czynnością odrębną od wezwania do złożenia oświadczeń lub dokumentów. W związku z powyższym nie można twierdzić, iż Zamawiający dwukrotnie wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających doświadczenie.

Nadto przedmiot wezwania znacznie różnił się od przedmiotu wyjaśnień. W pierwszym przypadku chodziło bowiem o ogólne uzupełnienie dokumentów w myśl wezwania, natomiast druga z czynności Zamawiającego odnosiła się do wyjaśnień w zakresie jednej z osób. Ponadto Przystępujący chcąc wziąć udział w przedmiotowym postępowaniu zobowiązany był do złożenia przedmiotowych dokumentów dotyczących doświadczenia kierownika budowy, w związku z dokonaną zmianą osoby na tym stanowisku. Należy bowiem wskazać, że na tym etapie postępowania dopuszczalna jest taka zmiana. W dalszej kolejności wskazał, że wezwanie do wyjaśnień nie może być również odczytywane jako nadużycie praw Zamawiającego. Zgodnie przywołał wyrok KIO z dnia 12.11.2010r., sygn. akt: KIO/UZP 2393/10, KIO/UZP 2394/10. Zgodnie z powyższym wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz wezwanie do wyjaśnień stanowiły dwie odrębne czynności Zamawiającego. Nie można zatem poczytywać, że Zamawiający dwukrotnie wzywał Przystępującego do uzupełniania dokumentów, w tym samym zakresie. Nadto należy wskazać, że wykonawcy zainteresowani uczestnictwem w postępowaniu analizują swoje szanse na podstawie wymogów sprecyzowanych przez zamawiającego w ogłoszeniu, czy też w SIWZ, nie mają natomiast obowiązku domniemywania, w jaki dokładnie sposób zamawiający chciał, aby przedmiotowe informacje mu przedstawić. Abstrahując od powyższego z przepisów Pzp nie wynika wprost możliwość tylko jednokrotnego uzupełniania dokumentów. Ponadto odnosząc się do celu wprowadzenia omawianej regulacji wskazał na wyrok KIO z dnia 02.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 482/08. W dalszej kolejności wskazał, że zmiana osoby kierownika budowy jest tym bardziej dopuszczalna, że nie stanowi ona zmiany oferty, a jedynie potwierdza dysponowanie przez Przystępującego osobami uprawnionymi do realizacji zamówienia. Przytoczył wyrok z dnia 04.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 622/08. Postępowanie Zamawiającego było zatem w przedmiotowej sprawie prawidłowe, gdyż rozstrzygnął ostatecznie, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, dysponując odpowiednimi zasobami ludzkimi. Nadto należy również wskazać, że jeżeli Zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentów o określone informacje, to nic nie stałoby na przeszkodzie powtórnego wezwania w zakresie innych informacji, nawet w zakresie tego samego dokumentu i tego samego warunku (tak stanowi np. orzeczenie o sygn. akt: KIO 742/11, KIO 1944/11). W przedmiotowej sprawie mieliśmy zatem do czynienia z dwoma czynnościami Zamawiającego, przy czym jedna z nich dotyczyła ogólnego wezwania do sprecyzowania treści dokumentu, a druga wyjaśnień w zakresie określonej osoby, którą dysponował Przystępujący.

Odnośnie liczenia terminu wadium. Nie można również zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego w zakresie wniesienia wadium na okres związania ofertą. W tym zakresie należy wskazać, że KIO wypowiedała się już wielokrotnie. Przytoczył następując wyrok KIO z dnia 22.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1433/08 oraz wyrok KIO z dnia 03.04.2008 r., sygn.

akt: KIO/UZP 246/08. W związku z powyższym nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, jakoby termin wymieniony w art. 85 ust. 5 Pzp winien być liczony zgodnie z dyspozycją art. 111§ 2 KC. Pzp zawiera własną, odrębną od przepisów KC regulację obliczania terminu związania ofertą a dokładniej początku biegu tego terminu. Zatem jedynie w pozostałym zakresie (sposobu liczenia terminów), nie obejmującym terminu związania ofertą, właściwe jest odesłanie do przepisów KC. Przystępujący zatem złożył w postępowaniu gwarancję ubezpieczeniową obowiązującą przez okres 60 dni, tj. przez okres wymagany w przedmiotowym postępowaniu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. W tym zakresie Izba wskazuje, że biorąc pod uwagę odrzucenie oferty Odwołującego wniósł środek ochrony prawnej, którego uwzględnienie dałoby mu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Oferta Przystępującego była najkorzystniejsza cenowo, zaś oferta Odwołującego druga w kolejności, w przypadku potwierdzenia się podnoszonego zarzutu, Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj. ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania, postanowień SIWZ, odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 11.10.2013 r.), oferty Przystępującego, w tym zobowiązania z dnia 24.10.2013 r. wystawionego przez SH+E GmnH (str. 52), rachunku zysków i strat Przystępującego za lata 2010-2012 (str. 141-152), skonsolidowanego sprawozdania Grupy Kapitałowej Stulz H+E za lata 2010-2012 (str.161-187), zaświadczenia z dnia 14.10.2013 r. Sparkasse Hochrhein wystawionego na rzecz SH+E GmnH /w oryginale z tłumaczeniem/ (str. 138-140), zobowiązania z dnia 25.10.2013 r. (str. 53), wykazu wykonanych robót budowlanych (str. 16-17) wraz z referencją z dnia 04.11.2013 r. (oryginał) i tłumaczeniem tłumacza przysięgłego z dnia 04.11.2013 r. (str. 194-196), wykazu osób (str. 12-15),

wezwania z dnia 12.12.2013 r., stosownych odpowiedzi Przystępującego z dnia 17.12.2013 r. (w tym nowym wykazem osób), wezwania z dnia 20.12.2013 r., stosownych odpowiedzi Przystępującego z dnia 23.12.2013 r. (w tym nowym wykazem osób w zakresie Kierownika Budowy), gwarancji przetargowej ubezpieczeniowej wadialnej z dnia 07.11.2013 r. wystawionej przez Zurich Insurance plc NfD, odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, pisma Przystępującego z dnia 20.01.2014 r. wraz z załącznikami (kopii nowego tłumaczenia z dnia 08.11.2013 r. tłumacza przysięgłego referencji z dnia 04.11.2013 r., kopii zobowiązania do udostępnienia zasobów ekonomicznych z dnia 08.11.2013 r.) pisma Odwołującego z dnia 20.01.2014 r. wraz z załącznikami (korespondencji między Husar Budownictwo Inżynieryjne Sp. z o.o., a wystawcą referencji złożonych przez Przystępującego – zapytanie z dnia 05.12.2013 r. /oryginał z tłumaczeniem/ oraz odpowiedź /oryginał z tłumaczeniem/ z dnia 11.12.2013 r., nadto email z dnia 11.12.2013 r. wraz z tłumaczeniem) złożonego na posiedzeniu, porozumienia z dnia 08.02.2013 r. oraz tzw. Raportu złożonego na rozprawie przez Przystępującego.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie do zarzutu pierwszego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2 b Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp. oraz art. 7 ust. 1. Pzp, Izba uznała niniejszy zarzut za niepotwierdzony.

W pierwszym rzędzie należy zauważyć, że w ramach ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wyraźnie zakwalifikował ogłaszane zamówienie, jako zamówienie sektorowe. Izba nie przeczy treści art. 132 ust. 1 Pzp w ramach, którego znajduje się zastrzeżenie wskazujące na art. 3 ust.1 pkt 5 Pzp. Jednakże, jeśli rzeczywiście w tym zakresie mają zastosowanie przepisy Pzp dotyczące zamówień klasycznych, z uwagi na zaistnienie jednej z przesłanek wynikających z art. 3 ust.1 pkt 5 lit. a – c Pzp (na rozprawie Zamawiający wskazywał na kwestie finansowania ze środków unijnych – czyli lit. a), to treść ogłoszenia o zamówieniu jest niespójna i wprowadzająca w błąd, a w konsekwencji także SIWZ. Powyższego stanu rzeczy nie zmienia również okoliczność tego rodzaju, że z protokołu postępowania wynika finansowanie ze środków unijnych, tudzież że Zamawiający jest spółką w której 100% udziałów ma Gmina Jaworzno. Izba w tym zakresie odniosła się do powyższej kwestii, jedynie z uwagi na argumentację podnoszoną na rozprawie przez strony. Generalnie bowiem przedmiotem sporu nie jest status Zamawiającego, ani charakter ogłoszonego

zamówienia, ale po pierwsze możliwość udostępnienia zasobów ekonomicznych przez podmiot trzeci, po drugie, kwestia rzeczywistego dostępu do zasobów ekonomicznych podmiotu trzeciego.

Zamawiający stosowny wymóg dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej określił w pkt 9.1.4 SIWZ. Celem jego wykazania Przystępujący złożył rachunek zysków i strat za lata 2010-2012 (str. 141-152), skonsolidowane sprawozdania Grupy Kapitałowej Stulz H+E za lata 2010-2012 (str.161-187), dodatkowo złożono także zaświadczenia z dnia 14.10.2013 r. Sparkasse Hochrhein wystawionego na rzecz SH+E GmnH /w oryginale z tłumaczeniem/ (str. 138-140). Przedłożył również zobowiązania co do udostępnienia zasobów finansowych z dnia 24.10.2013 r. SH+E GmbH. (str. 52).

Izba przyznaje, iż ustawodawca krajowy, mimo że pozwolił na formułowanie przez Zamawiającego warunków odnoszących się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy (art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp), to jednocześnie w art. 26 ust. 2b Pzp, odwołał się wprost jedynie do zdolności finansowej podmiotu trzeciego, na której może polegać wykonawca. W wypadku przyjęcia, że Zamawiający należy do grona Zamawiających Sektorowych, właściwe jest odwołanie się do przepisów dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych z dnia 31.03.2004 r. (Dz. Urz. UE. L 2004, Nr 134), w szczególności do przepisu art. 54 ust. 5, który stanowi, że: Jeżeli kryteria i zasady kwalifikacji, o których mowa w ust. 1 i 2, obejmują wymogi odnoszące się do możliwości gospodarczych i finansowych wykonawcy, w uzasadnionych przypadkach podmiot taki może zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a tymi podmiotami. W takim przypadku wykonawca musi udowodnić Zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając na przykład odpowiednie zobowiązanie tych podmiotów.

Przytoczona regulacja po pierwsze, odnosi się do gospodarczych i finansowych warunków danego wykonawcy, po drugie, upoważnia do skorzystania z możliwości gospodarczych i finansowych innego podmiotu, wreszcie po trzecie, jedynie w uzasadnionych wypadkach wykonawca może skorzystać z wymienionych możliwości innego wykonawcy. Oznacza to, iż jakkolwiek ustawodawca unijny dostrzega potencjał wykonawcy nie tylko w aspekcie finansowym, ale również szerszym, a więc gospodarczym i co do zasady nie ogranicza uprawnienia do skorzystania z obu potencjałów podmiotu trzeciego, to co istotne, nakazuje badanie możliwości posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego w warunkach konkretnego zamówienia. Co więcej, w powołanej regulacji nie znajdujemy odwołania do sytuacji gospodarczej czy też finansowej, a do możliwości w tym

przedmiocie, co pozwala na stwierdzenie, iż nie chodzi jedynie o wykazanie konkretnego stanu, w jakim znajduje się wykonawca, ale o możliwości wynikające z tej sytuacji, w postaci skorzystania (użycia) tego potencjału, co ma tym bardziej istotne znaczenie, jeśli idzie o potencjał podmiotu trzeciego. (za wyrokiem KIO z dnia 07.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2320/12, sygn. akt: KIO 2321/12) W konsekwencji należy uznać analogicznie (aspekt gospodarczy jest szerszy i niewątpliwie zawiera w sobie aspekt ekonomiczny), że nie dopuszczenie korzystania z zasobów podmiotu trzeciego z wyłączeniem zdolności ekonomicznej nie odpowiada treści tak Dyrektywy „Sektorowej” 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., jak i (co wynika z orzecznictwa KIO), Dyrektywy „Klasycznej” 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., w wyniku wdrożenia której wprowadzono przepis art. 26 ust. 2b Pzp (m.in. wyrok z 23.02.2011 r. sygn. akt KIO 269/11, w którym Izba wskazała, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu powinna nastąpić z uwzględnieniem art. 47 Dyrektywy, która nie ogranicza możliwości skorzystania z zasobów podmiotów trzecich do jednej ze zdolności, a więc sytuacji ekonomicznej lub sytuacji finansowej, ale odnosząc się jednoznacznie do sytuacji ekonomicznej i finansowej, dopuszcza posłużenie się zasobami innych podmiotów w zakresie obydwu tych sytuacji (zarówno sytuacji ekonomicznej, jak i sytuacji finansowej).

Izba podziela stanowisko o konieczności dokonania pronijnej wykładni przepisów krajowych, do której zobowiązane są organy państw członkowskich Unii Europejskiej, a która - w przypadku art. 26 ust. 2b Pzp - nie pozwala zaprzeczyć możliwości polegania przez wykonawcę na potencjale ekonomicznym innych podmiotów. Tym niemniej, dokonanie interpretacji przepisu w duchu pronijnym, na co powoływał się Zamawiający oraz Przystępujący, nie oznacza przyzwolenia na bezkrytyczne uznanie za wykazany stawianego warunku udziału w postępowaniu, w każdej sytuacji, gdy tylko wykonawca złoży Zamawiającemu zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia odpowiedniego zasobu. (podobnie w wyroku z 28.07.2011 r. sygn. akt: KIO 1535/11 oraz w wyroku KIO z dnia 08.01.2014 r., sygn. akt: KIO 2931/13).

Przepisy Dyrektywy „Klasycznej” ograniczają możliwość skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego „do stosownych sytuacji”, zaś Dyrektywy „Sektorowej” z kolei „do uzasadnionych przypadków”. W oparciu o analizę orzecznictwa ETS, należy przyjąć, że owa „stosowana sytuacja”, czy też „uzasadniony przypadek” zachodzi np. w przypadku istnienia powiązań kapitałowych podmiotów czy oceny zdolności spółki matki holdingu, gdy można uwzględnić również zasoby i zdolności jej spółek córek (C-5/97, Ballast Nedam Groep przeciwko Belgii). Przy czym, konieczne jest wykazanie, iż faktycznie rozporządza zasobami tych przedsiębiorstw, niezbędnymi do wykonania zamówienia. (podobnie wyrok KIO z dnia

07.11.2011 r., sygn. akt: KIO 22250/11, KIO 2260/11, KIO 2280/11). W przedmiotowym stanie faktycznym zaistniała taka właśnie sytuacja, gdyż udostępnione zasoby ekonomiczne podmiotu trzeciego dotyczyły spółki „matki” (skonsolidowane sprawozdanie finansowe Grupy kapitałowej Stulz H+E) względem Przystępującego spółki „córki”. Przy czym z uwagi na treść pierwotnego zobowiązania do udostępnienia zawartego w ofercie, Zamawiający winien wezwać Przystępującego do uzupełnienia w tym zakresie, albowiem zobowiązanie pierwotne w ogóle nie odnosiło się do zasobów ekonomicznych. Izba wskazuje, że nowe zobowiązanie z dnia 08.11.2013 r. załączone do pisma procesowego Przystępującego, tudzież porozumienie oraz tzw. Raport przedłożone na rozprawie nie były elementem oferty i nie sanują wcześniejszego zaniechania Zamawiającego. W konsekwencji Izba nie oceniała ich treści pod kątem realności udostępnienia. W tym kontekście należy wskazać także na § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) („rozporządzenie w sprawie dokumentów”). Regulacja ta bowiem została wprowadzona w celu oceny przez Zamawiającego czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy łączący wykonawcę z tymi podmiotami stosunek gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. (za wyrokiem KIO z dnia 09.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2292/13). Izba nie dokonuje w tym miejscu oceny zgodności wskazanego przepisu rozporządzenia z regulacjami art. 26 ust. 2b Pzp, stwierdza jedynie wyraźny kierunek ustawodawcy wskazany tymi przepisami. Dodatkowo wskazując w kontekście zarzutu na treść uzasadnienie do projektu niniejszego rozporządzenia (str. 14): „(...) W tym miejscu podkreślić należy, iż przepis § 1 ust. 6 jest regulacją otwierającą katalog dokumentów, których może żądać zamawiający od wykonawcy powołującego się na zasoby podmiotów trzecich, w tym na ich sytuację ekonomiczną i finansową. (...)”(<http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//4/85736/85767/dokument65652.pdf>).

Jednakże z uwagi na potwierdzenie się trzeciego zarzutu, co skutkuje wykluczeniem Przystępującego z udziału w postępowaniu i uznaniem jego oferty za odrzuconą, wskazane wyżej zaniechanie nie ma wpływu na wynik (art. 192 ust. 2 Pzp), co skutkuje generalnym oddaleniem zarzutu.

Odnosnie do zarzutu drugiego naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp, 26 ust. 3 Pzp, Izba uznała niniejszy zarzut za niepotwierdzony.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w toku postępowania Zamawiający dokonał wykładni postanowień SIWZ dotyczących wiedzy i doświadczenia – pismem z dnia 11.10.2013 r. – w ramach odpowiedzi na pytanie 1: „*pod pojęciem budowa lub*

modernizacja (...) wykonanie robót w zakresie budowlanym i technologicznym (...)”. Powyższa wykładnia stanowi podstawę do oceny, czy Przystępujący spełnił wymóg sformułowany przez Zamawiającego w pkt. 9.1.2 SIWZ. Niewątpliwie istnieje rozbieżność między treścią wykazu wykonanych robót budowlanych (str. 16-17), a przedłożoną na potwierdzenie, jako dowód referencją z dnia 04.11.2013 r. (oryginał) i tłumaczeniem tłumacza przysięgłego z dnia 04.11.2013 r. (str. 194-196) wystawioną na rzecz podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia – Stulz-Planaqua GmnH, zobowiązanie do udostępnienia zasobów na czas realizacji przez Stulz-Planaqua GmnH na rzecz Przystępującego z dnia 25.10.2013 r. (str. 53). W wykazie jest mowa o budowie oczyszczalni ścieków „pod klucz” Scholven na rzecz Emschergenossenschaft. Referencja odnosi się do kompleksowych pracy w dziedzinie wyposażenia mechanicznego i elektrycznego, nadto wskazuje jako główną część składową inwestycji: budynek rozdzielni. Podnosi, że do zakresu dostawy i świadczeń należało kompleksowe planowanie szczegółowe, konstrukcja i montaż ze wszystkimi pracami dodatkowymi. Nie ma więc żadnego potwierdzenia, że przedmiotem inwestycji była modernizacja, tj. także roboty w zakresie budowlanym, a nie tylko technologicznym.

Powyższe winno być przedmiotem ewentualnych wyjaśnień lub wezwania do uzupełnienia. Przy czym, ponownie Izba podnosi, podobnie jak miało to miejsce przy rozpatrywaniu poprzedniego zarzutu, że załączone do pisma procesowego Przystępującego nowe tłumaczenie referencji nie może sanować zaistniałej rozbieżności na tym etapie. W tym zakresie mogłyby jedynie stanowić dowód na potwierdzenie błędu w tłumaczeniu pierwotnym przedłożonym wraz z referencją oryginalną do oferty. Jednakże, Odwołujący przedłożył jako dowód wraz ze swoim pismem procesowym korespondencje z inwestorem na rzecz, którego realizowane było w Niemczech wykazane zadanie, które potwierdza jego stanowisko (odpowiedzi na pytania od 2 do 5). Przystępujący przedstawił na rozprawie jedynie oświadczenie przeciwne, przy czym pełnomocnik Przystępującego mający uprawnienie, jak podniósł Kierownika Budowy stwierdził, że nie brał udziału w realizacji wykazywanego zadania w Niemczech, a jego wiedza w tym zakresie pochodzi od osób trzecich. Powyższe skutkuje tym, że Zamawiający winien wezwać Przystępującego do wyjaśnień lub uzupełnienia, równoległe przeprowadzając postępowanie wyjaśniające z wystawcą referencji w trybie § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Jednakże z uwagi na potwierdzenie się trzeciego zarzutu, co skutkuje wykluczeniem Przystępującego z udziału w postępowaniu i uznaniem jego oferty za odrzuconą, wskazane wyżej zaniechanie nie ma wpływu na wynik (art. 192 ust. 2 Pzp), co skutkuje generalnym oddaleniem zarzutu.

Odnosnie do zarzutu trzeciego naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, 26 ust. 3 Pzp, Izba uznała niniejszy zarzut za potwierdzony.

Zamawiający stosowny wymóg w zakresie posiadanych zasobów ludzkich określił w pkt 9.1.3 lit. b SIWZ. W zakresie Kierownika Budowy – należało wykazać się osobę mającą co najmniej 8 lat doświadczenia zawodowego w kierowaniu robotami budowlanymi z sektora środowiska w zakresie gospodarki wodno-ściekowej przy co najmniej dwóch zdaniach inwestycyjnych, w tym jednym polegającym na budowie lub modernizacji mechaniczno -biologicznej oczyszczalni ścieków, posiadający uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, zgodnie z art. 12, art. 12 a oraz art. 14 ust. 1. ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2010r., Nr 243, poz. 1623) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Na potwierdzenie należało złożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacja o podstawie do dysponowania tymi osobami (pkt 10.1 .2 SIWZ). Przystępujący złożył wykazu osób (str. 12-15) – m.in. w poz. 2 na Kierownika Budowy wskazując p. W..... K..... – w rubryce trzeciej podano jedynie wykształcenie oraz liczbę lat posiadanego doświadczenia /podobnie w odniesieniu do innych wykazanych osób/. Zamawiający wezwał pismem z dnia 12.12.2013 r. do wyjaśnień – w trybie art. 26 ust. 4 Pzp – w zakresie wykazu osób (...) poprzez udzielenie informacji, na podstawie których Zamawiający będzie w stanie ocenić, czy zaproponowany przez Wykonawcę personel spełnia szczegółowe warunki dotyczące doświadczenia zawodowego, wskazane w pkt 9.3 lit. a, b, c, d, i, e SIWZ. W ramach stosownych odpowiedzi Przystępującego z dnia 17.12. 2013 r. – dokonano uzupełnienia o nowy wykaz osób zawierający brakujące dane szczegółowe względem wszystkich wykazanych pierwotnie osób w tym Kierownika Budowy p. W..... K..... Zamawiający wezwał pismem z dnia 20.12.2013 r. Przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp – podnosząc, że informacje dotyczące p. W..... K..... nie potwierdzają wymogu z pkt. 9.1.3 lit. b SIWZ. W ramach stosownych odpowiedzi Przystępującego z dnia 23.12.2013 r. – dokonano uzupełnienia nowego wykazu osób w zakresie Kierownika Budowy, tzn. zamieniono osobę p. W..... K..... na rzecz p. K..... K.....

Izba podnosi, że: „Treść normy prawnej uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na podmiot zamawiający obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów m.in. w przypadku, gdy dokumenty przez niego złożone nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powodem wezwania może być zarówno całkowity brak dokumentów, jak również zawarte w nich błędy oraz braki. Instytucja uregulowana w powyższym przepisie ma charakter wyjątkowy i umożliwia sanację oferty złożonej przez wykonawcę dając mu szansę m.in. na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W zakresie powyższej normy orzecznictwo sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej wypracowało szereg zasad, w tym zasadę jednokrotności wezwania, zakazu zastępowania informacji nieprawdziwych – zgodnymi ze stanem faktycznym, zasadę obowiązku uszczegółowienia takiego wezwania oraz zasadę utożsamiania złożenia dokumentu nie potwierdzającego spełnienia warunku z jego fizycznym brakiem. Powyższe zasady nie wynikają wprost z normy prawnej uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, lecz są konsekwencją wykładni systemowej i celowościowej tego przepisu.” (wyrok KIO 11.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2818/12). Dodatkowo wskazując, że: „(...) z treści art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, że uzupełnieniu podlegają wyłącznie dokumenty w ogóle niezłożone, lecz również te, które zawierają błędy: „zamawiający wzywa wykonawców, którzy (...) nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów (...), albo którzy złożyli (...) oświadczenia i dokumenty (...) zawierające błędy...” Przy czym przyjęło się w praktyce uznawać, że wskazanie dostaw, usług czy robót budowlanych, które nie potwierdzają spełnienia warunku (a nie stanowią nieprawdziwych informacji), również wchodzi w zakres błędu. Wynika to głównie z założenia, że wykonawca, który w ogóle nie złożył wymaganego dokumentu, nie powinien być traktowany lepiej, niż wykonawca, który złożył dokument nieprawidłowy.” (wyrok KIO z dnia 20.02.2013 r., sygn. akt: KIO 262/13). W przedmiotowym stanie faktycznym mimo, że Zamawiający wezwał w obu wypadkach w zakresie przedmiotu sporu do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp niewątpliwie mamy do czynienia de facto z wezwaniem do uzupełnienia. Przy czym jeśli nawet uznać, że takie wezwanie miało miejsce tylko w pierwszym wypadku, a w drugim Zamawiający zwrócił się o klasyczne wyjaśnienia, nie zmienia to faktu, że w takiej sytuacji działanie Przystępującego należy uznać za samodzielne uzupełnienie wykazu osób. Tego rodzaju działanie jest uznawane przez orzecznictwo sądów powszechnych oraz KIO, jednakże wiążą się z tym określone skutki, w tym wypadku negatywne względem Przystępującego: „(...) za orzecznictwem KIO oraz SO, (...) dopuszczalne jest w pewnych wypadkach i z określonymi konsekwencjami samodzielne uzupełnienie w toku oceny ofert, czy też procedury odwoławczej. Izba przywołuje w tym zakresie wyrok KIO z dnia 25.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 59/10, wyrok KIO z dnia 04.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1551/10 oraz w wyroku KIO z dnia 23.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1444/10, czy też wyrok KIO

z dnia 14.05. 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 735/10. Podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 29 kwietnia 2010 r., sygn. akt: XIX Ga 162/10.” (za wyrokiem z dnia 05.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1054/12), gdyż niedopuszczalne jest dwukrotne uzupełnianie wykazu osób w tym samym zakresie, tzn. względem Kierownika Robót (pierwotny wykaz został po pierwsze uzupełniony w zakresie doświadczenia zawodowego wszystkich wykazanych osób w tym Kierownika Robót – czyli także pkt 9.1.3 lit. b SIWZ, po drugie w skutek drugiego uzupełnienia zmieniono osobę Kierownika Robót – celem potwierdzenia pkt 9.1.3 lit. b SIWZ). W konsekwencji Przystępujący nie wykazał się Kierownikiem Budowy spełniającym wymogi z pkt 9.1.3 lit. b SIWZ, czyli nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania osób zdolnych do realizacji zamówienia (art. 22 ust.1 pkt 3 Pzp). Uwzględnienie niniejszego zarzutu skutkowało w konsekwencji uwzględnieniem całego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie do zarzutu czwartego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, Izba uznała niniejszy zarzut za niepotwierdzony.

Przystępujący załączył do oferty gwarancję przetargową ubezpieczeniową wadialną z dnia 07.11.2013 r. /nr 704.004.471.811/ wystawioną przez Zurich Insurance plc NfD na jego rzecz – z terminem ważności na okres 12.11.2013 r. do 10.01.2014 r. Zamawiający wymagał wniesienia wadium na okres związania oferta, tj. 60 dni.

W tym zakresie Izba podtrzymuje dotychczasowe ugruntowane i jednolite stanowisko (wyrok ZA z 18.01.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-11/05; wyrok ZA z 31.03.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-526/05; wyrok ZA z 10.10.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2784/05, wyrok KIO z dnia 15.01.2008 r.; sygn. akt: KIO/UZP 65/07, wyrok KIO z dnia 03.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 246/08, wyrok KIO z dnia 12.09.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 901/08, wyrok KIO z dnia 22.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1433/08, wyrok KIO z dnia 08.04.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 426/10, wyrok KIO z dnia 09.11.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2339/10, wyrok KIO z dnia 04.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2020/12), że o ile w Pzp do obliczania terminów stosuje się przepisy kodeksu cywilnego dotyczące terminów to na gruncie art. 85 ust. 5 Pzp przyjął się pogląd, że regulacja kodeksowa nie ma zastosowania do obliczania terminu związania ofertą. Powołany przepis jest jednym z najważniejszych przepisów ustawy z punktu widzenia praktyki i systemu udzielania zamówień publicznych, gdyż w przypadku nie znalezienia odpowiedzi na wątpliwości prawne na gruncie Pzp, Zamawiający jest uprawniony (a właściwiej zobowiązany) do korzystania z regulacji zawartych w Kodeksie cywilnym. Przepisy Pzp stanowią zatem *lex specialis* w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego jednakże tylko w obszarach uregulowanych Pzp. Wykładnia literalna przepisu art. 85 ust.

5 Pzp i użycie w nim przez ustawodawcę spójnika: „wraz”, czyli w tej samej chwili, pozwala przypisać temu przepisowi pierwszeństwo zastosowania przed art. 111 § 2 KC w brzmieniu: *„jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło”*, oraz uznać, że początek terminu związania ofertą stanowi pierwszy dzień składania ofert (wyrok ZA z dnia 30.03.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-546/05). Stanowisko takie wyraził również SO w Katowicach (wyrok z dnia 30.01.2007 r., sygn. akt: XIX Ga 3/07 w sprawie wyroku ZA z dnia 01.12.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2854/06) stwierdzając, iż *„Sześćdziesięciodniowy termin związania ofertą rozpoczął bieg wraz z upływem terminu składania ofert”*. Przepis art. 85 ust. 5 Pzp jest w tym przypadku przepisem szczególnym wobec Kodeksu cywilnego. W ocenie Izby, istnieją dostateczne podstawy normatywne do odstąpienia od ogólnych zasad z art. 111§ 2 KC, należy również podkreślić, iż początek biegu terminu związania ofertą łączy się bezpośrednio z jej złożeniem, a także terminem składania i otwarcia ofert, które są wskazane nie tylko co do dnia, ale danej godziny z minutami (np. 10:15), zaś w tym samym czasie ustanawia się wiążące wadium, celem zabezpieczenia złożonej oferty. W tym ostatnim zakresie Zamawiający ustanawiają w ramach postanowień SIWZ różną wiążącą procedurę składania oryginału dokumentu wadialnego /razem z ofertą – choć w oddzielnej kopercie – z kopią dołączoną w samej ofercie, tudzież nawet zdeponowaną oddzielnie w innym miejscu – z kopią dołączoną w samej ofercie/.

Izba przypomina także, że przepisy Pzp należy także odczytywać w sposób systemowy. Niewątpliwie, zaś funkcją wadium jest zabezpieczenie organizatora przetargu poprzez umożliwienie mu zatrzymania wadium na wypadek niezawarcia umowy przez wybranego oferenta. Nadto, nie ulega wątpliwości, iż obowiązkiem uczestnika postępowania jest złożenie wadium na cały okres związania ofertą (wyrok SO w Katowicach z 13.10.2005 r.; sygn. akt: IV Ca 468/05). W związku z tym, że wniesienie wadium stanowi zabezpieczenie ciężącego na Wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, czas jego wniesienia nie może być krótszy niż okres związania wykonawcy ofertą. (podobnie w wyroku KIO z dnia 20.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1655/10). Inaczej mówiąc wadium musi być wiążące – nie od dnia następnego – ale w tej samej chwili.

Podobne stanowisko zostało wyrażone w publikacji: „Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona przez Prezesa UZP” /W-wa 2012/ (str.91-92) oraz w Informatorze UZP 4/2012 (str. 31-32): *„Należy bowiem wskazać, że w przypadku terminów związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Prawo zamówień publicznych konstytuuje samoistną podstawę określenia początku terminu związania ofertą wskazując, iż bieg tego terminu zaczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, co oznacza, że rozpoczyna się on w tej samej chwili, a dzień składania ofert wlicza się do okresu związania*

ofertą. Nie znajduje więc w tym przypadku zastosowania art. 111 § 2 k.c., zgodnie z którym - termin oznaczony w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w 32 ostatnim miesiącu nie było - w ostatnim dniu tego miesiąca. Stosuje się natomiast zasadniczo pozostałe reguły dotyczące obliczania terminów określone w kodeksie cywilnym. Mając na uwadze powyższe, okres obowiązywania wadium należy liczyć analogicznie, jak w przypadku terminu związania ofertą. Wadium musi zabezpieczać ofertę w okresie, gdy wykonawca jest nią związany, a więc od dnia upływu terminu składania ofert. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 13 października 2005 r. (sygn. akt IV Ca 468/05) stwierdził, iż: „Nie ulega wątpliwości, że obowiązkiem uczestnika postępowania jest złożenie wadium ważnego przez cały okres związania ofertą”. W konsekwencji Izba uznała, że oferta Przystępującego jest zabezpieczona na okres 60, a nie 59 dni związania ofertą.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Nadto w ocenie Izby, naruszenie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp dotyczy postępowania z prekwalfikacją, nie dotyczy natomiast procedury – jak przedmiotowe postępowanie – jednoetapowej. Z tych względów Izba nie dopatrzyła się w działaniu Zamawiającego naruszenia tego przepisu.

Jednocześnie wobec potwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, 26 ust. 3 Pzp, Izba uznała za potwierdzony również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 i 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....