

**Sygn. akt: KIO 1150/19**

**WYROK**  
**z dnia 5 lipca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Małgorzata Matecka**  
**Aneta Mlącka**  
**Katarzyna Odrzywolska**

**Protokolant:** **Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2019 r. przez Odwołującego: BUDIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni

przy udziale wykonawcy: AARFLEFF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawcy AARFLEFF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przebudowa nabrzeża Polski Hak w Gdańsku w ramach projektu: *Modernizacja wejścia do portu wewnętrznego (w Gdańsku). Etap IIIA*” (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 października 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 199-449804.

I. W dniu 19 czerwca 2019 r. Odwołujący – BUDIMEX Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności podjęte oraz zaniechane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. na: czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę AARSLEFF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Wykonawca AARSLEFF” lub „Przystępujący”), zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy AARSLEFF z Postępowania, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu, a ponadto na prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców, między innymi poprzez wielokrotne wzywanie Wykonawcy AARSLEFF do uzupełnienia dokumentów złożonych w Postępowaniu oraz zaniechanie udostępnienia Odwołującemu umowy współpracy załączonej do wyjaśnień Wykonawcy AARSLEFF z dnia 12 lutego 2019 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy AARSLEFF z Postępowania, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania wymaganych przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia, w szczególności łącząc w sposób nieuprawniony potencjały (zasoby) dwóch podmiotów,
- art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 2 i ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy AARSLEFF z Postępowania, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania wymaganych przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia z uwagi na okoliczność, iż podmiot udostępniający wykonawcy zasoby niezbędne do realizacji zamówienia nie będzie realizował robót budowlanych (robót hydrotechnicznych),

do realizacji których udostępnione zasoby były wymagane, a nadto nie zostało wykazane przez Wykonawcę AARSLEFF, że przedstawione przez niego zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało podpisane przez osoby umocowane do jego złożenia,

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wielokrotne wzywianie Wykonawcy AARSLEFF do uzupełnienia dokumentów przedstawionych przez wykonawcę celem wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia w sytuacji, gdy wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jest wezwaniem jednokrotnym,
- ewentualnie, naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: "u.z.n.k") oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezasadne przyjęcie przez Zamawiającego, że Wykonawca AARSLEFF skutecznie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje załączone do wyjaśnień Wykonawcy AARSLEFF z dnia 12 lutego 2019r., tj. umowę współpracy.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę AARSLEFF,
- przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności wykluczenia Wykonawcy AARSLEFF z Postępowania, w konsekwencji, dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- ewentualnie, unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej i przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności udostępnienie Odwołującemu dokumentu niezasadnie uznanego przez Zamawiającego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

Odwołujący powołał się na treść postanowień zawartych w pkt 1 ppkt 2 lit. c) rozdziału V oraz pkt 4 i 5 rozdziału V Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”). Wskazał, iż Wykonawca AARSLEFF w złożonej ofercie oświadczył (lit. G), że wszystkie roboty za wyjątkiem robót kafarowych (jedne z robót o charakterze hydrotechnicznym z robót składających się na przedmiot zamówienia) zamierza powierzyć podwykonawcom, przy czym firmy podwykonawców nie są, zgodnie z jego oświadczeniem, znane na dzień składania ofert. Jednocześnie Wykonawca AARSLEFF załączył do oferty zobowiązanie z dnia 7 stycznia 2019 r., złożone w imieniu PER AARSLEFF A/S z siedzibą w Danii, z którego treści wynikało, że PER AARSLEFF A/S wyraża zgodę na to, by Wykonawca AARSLEFF polegał na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp „na zdolnościach technicznych i zawodowych” PER AARSLEFF A/S (co sugerowało, że PER AARSLEFF A/S udostępnia wykonawcy zarówno

wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia, jak i wymagany personel. PER AARSLEFF A/S oświadczył równocześnie, że (cyt.:) „będziemy uczestniczyć w wykonaniu robót hydrotechnicznych na podstawie umowy o współpracę w ramach grupy kapitałowej Arrsleff”, przy czym PER AARSLEFF A/S nie oświadczył, czy i ewentualnie jaki zakres robót będzie przez niego wykonany lub jaki inny charakter będzie miało jego uczestnictwo w realizacji zamówienia. Do ww. zobowiązania Wykonawca AARSLEFF dołączył pełnomocnictwo z dnia 20 grudnia 2018 r. do działania w imieniu PER AARSLEFF A/S p. M.P.. Pod pełnomocnictwem widniał nieczytelny podpis i nie było przy nim żadnej adnotacji co do tego, kto podpis złożył. W złożonym dokumencie JEDZ Wykonawca AARSLEFF potwierdził, że polega na zasobach innych podmiotów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przy czym z treści oświadczenia zawartego w dokumencie JEDZ nie wynikało, o jakich zasobach jest tu mowa. Zamawiający w dniu 5 lutego 2019 r. zasadnie skierował do Wykonawcy AARSLEFF wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że w złożonym wraz z ofertą zobowiązaniu PER AARSLEFF A/S jedynie wyraża zgodę, aby Wykonawca AARSLEFF polegał na zdolnościach technicznych i zawodowych PER AARSLEFF A/S w zakresie budowy lub przebudowy morskiej budowli hydrotechnicznej. Zamawiający wskazał również, że treść zobowiązania nie potwierdza, że wykonawcy zostały udostępnione zasoby ani nie precyzuje ich rodzaju. Ponadto, zobowiązanie odnosi się do „Konsorcjum”, a oferta została złożona przez Wykonawcę AARSLEFF samodzielnie. Zamawiający zwrócił także uwagę na to, że w zobowiązaniu tym nie podano „informacji o sposobie wykorzystania udostępnionych zasobów oraz o zakresie udziału podmiotu udostępniającego”, co Zamawiający zestawiał z zapisem z lit. G oferty tego wykonawcy. Zamawiający dał przy tym jasno wyraz w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów temu, że tak skonstruowane wezwanie (cyt.:) „poddaje w wątpliwość faktyczne dysponowanie zasobami innego podmiotu przez wykonawcę”. Wykonawca AARSLEFF nie zaskarżył wskazanego wezwania i w dniu 12 lutego 2019 r. złożył uzupełnienie, tj. przedstawił nowe zobowiązanie PER AARSLEFF A/S (dokument datowany na dzień 7 stycznia 2019 r.), tym razem sporządzone według wzoru z załącznika nr 8 do SIWZ. W treści tego zobowiązania jednoznacznie wskazano, że przedmiotem udostępnienia jest zasób w postaci wiedzy i doświadczenia, przy czym udostępnienie tego zasobu, zgodnie z oświadczeniem PER AARSLEFF A/S, następuje poprzez (cyt.:) „oddelegowanie doświadczonych pracowników nadzoru technicznego i/lub wysoko wykwalifikowanych operatorów maszyn i/lub sprzętu” (pkt 1). Dodatkowo w pkt 3 ww. zobowiązania wskazano, że zakres udziału PER AARSLEFF A/S przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący (cyt.:) „realizacja zamówienia w zakresie robót hydrotechnicznych związanych z budową nadbrzeża o konstrukcji wspornikowej ze stalowej ścianki szczelnej kombinowanej z oczepem żelbetowym, poprzez oddelegowanie

pracownika/ów do kierowania i koordynacji robót, a także udostępnienie (o ile zajdzie taka potrzeba) sprzętu i pracowników niezbędnych do realizacji tych robót”. Wykonawca AARSLEFF, wraz z nowym zobowiązaniem, przedstawił dodatkowe wyjaśnienia wskazując (cyt.): „Spółka AARSLEFF sp. z o.o. wykonała jedną robotę budowlaną spełniającą powyższe kryteria, natomiast aby wykazać spełnienie warunków udziału odnośnie drugiej takiej budowy zamierzamy polegać na zdolnościach PER AARSLEFF A/S.” W ślad za tym stwierdzeniem wykonawca powtórzył ww. cytowane zapisy ze zobowiązania, tłumacząc, że „udział w realizacji zamówienia” polegający na udostępnieniu personelu i/lub sprzętu nie jest, jego zdaniem, podwykonawstwem w rozumieniu przepisów prawa. Dalsza analiza wyjaśnień Wykonawcy AARSLEFF prowadzi przy tym do wniosku, że PER AARSLEFF A/S oddeleguje do pracy przy realizacji zamówienia w zasadzie tylko jedną osobę, tj. p. D.J., który w Wykazie osób został wskazany jako zasób własny wykonawcy, co dodatkowo zdaniem Odwołującego potwierdza, że PER AARSLEFF A/S na etapie realizacji zamówienia nie będzie miał żadnego związku z realizowanymi robotami. Trudno przy tym ustalić na podstawie dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę AARSLEFF, jaka w rzeczywistości ma być rola p. D.J. przy realizacji zamówienia.

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności Odwołujący zarzucił, że wobec sposobu określenia przez Zamawiającego warunku udziału w Postępowaniu odnoszącego się do wymaganej wiedzy i doświadczenia (dwie roboty o określonych parametrach) nie sposób spełnienia tego warunku wykazać poprzez proste zsumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch różnych podmiotów, z których każdy realizował tylko jedną robotę spełniającą wymagania postawione przez Zamawiającego. Przy takim połączeniu potencjałów Zamawiający otrzymuje dwa podmioty, z których żaden nie dysponuje wiedzą i doświadczeniem w realizacji dwóch robót w sytuacji, gdy istotą warunku udziału w Postępowaniu jest właśnie dysponowanie wiedzą i doświadczeniem w zrealizowaniu dwóch różnych robót (powtórzenie danego zakresu robót w celu, jak można założyć, utrwalenia nabytych umiejętności). Odwołujący powołał się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. C-387/14, Esaprojekt. Zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie Zamawiający dał wyraz temu, że zasoby niezbędne do realizacji zamówienia w postaci wiedzy i doświadczenia są niepodzielne, określając warunek udziału w Postępowaniu jako wykonanie dwóch takich samych robót i jednocześnie określając szeroko zakres wymaganych robót, tj., wymagając doświadczenia w wykonaniu robót hydrotechnicznych, bez zawężenia tych robót do robót określonego rodzaju. Wskazał, że dopuszczenie w niniejszej sprawie możliwości połączenia potencjałów wykonawcy i tzw. podmiotu trzeciego ma daleko idące konsekwencje. Wykonawca AARSLEFF sam bowiem przyznaje w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, że wobec posiadania doświadczenia w zrealizowaniu jednej z wymaganych przez Zamawiającego robót zamierza wykonać większość robót hydrotechnicznych (roboty kafarowe) w zasadzie samodzielnie.

Założony udział w wykonaniu zamówienia podmiotu trzeciego jest w zasadzie symboliczny i całkowicie uzależniony od decyzji wykonawcy („o ile okaże się to konieczne”). Wykonawca zakłada przy tym jednocześnie, że pozostałe roboty hydrotechniczne — roboty, do których również odnosi się warunek udziału w Postępowaniu — będą wykonywane przez podwykonawcę, który nie musiał wykazywać się wiedzą i doświadczeniem w realizacji tego typu zamówień. Przy takim połączeniu potencjałów nie sposób przyjąć, że Zamawiający uzyska do realizacji zamówienia wykonawcę/podwykonawcę, który zrealizował dwie wymagane warunki roboty. Dopuszczenie możliwości takiego połączenia potencjałów wykonawców stanowiłoby także o naruszeniu zasady równej i uczciwej konkurencji. Zamawiający zrównywałby sytuację wykonawcy, który zrealizował dwie wymagane przez Zamawiającego roboty z sytuacją wykonawcy, który ma doświadczenie w wykonaniu tylko jednej takiej roboty, a w pozostałym zakresie zamierza korzystać z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu (który również może mieć wiedzę i doświadczenie w realizacji tylko jednej roboty).

Odwołujący zarzucił, że nawet gdyby przyjąć, że w niniejszej sprawie było możliwe połączenie potencjałów w sposób założony przez Wykonawcę AARSLEFF, to wykonawca ten nie wykazał, że dysponuje zasobami podmiotu trzeciego w sposób realny, gwarantujący wykonywanie robót budowlanych przez podmiot, który spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w Postępowaniu. Odwołujący powołał się na stanowiska wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyroki z dnia 9 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2245/17 oraz z dnia 3 września 2018 r. sygn. akt KIO 1643/18). Stwierdził, iż w niniejszej sprawie nie sposób uznać, że powyższe wymogi zostały spełnione. Wykonawca PER AARSLEFF A/S zobowiązał się do „udziału” w realizacji zamówienia wyłącznie poprzez oddelegowanie ludzi i/lub przekazanie sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia. PER AARSLEFF A/S jako podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie nie zamierza wykonywać samodzielnie żadnych robót budowlanych. „Udział” w realizacji zamówienia podmiotu trzeciego może sprowadzić się w istocie do tego, że zwolni on p. D.J. z obowiązku świadczenia na swoją rzecz pracy i zgodzi się, by został on bezpośrednio „zatrudniony” przez spółkę polską. Odwołujący zaznaczył, że wobec niezasadnego utajnienia przez wykonawcę umowy o współpracy zawartej pomiędzy PER AARSLEFF A/S i Wykonawcą AARSLEFF nie ma pełnej wiedzy co do zasad, na jakich podmioty te mają współpracować przy realizacji zamówienia, niemniej treść udostępnionych mu oświadczeń wykonawców odnoszących się do tej kwestii jednoznacznie świadczy o tym, że założony przez strony sposób współpracy nie jest wystarczający dla przyjęcia, że wykonawca w sposób rzeczywisty dysponuje zasobem podmiotu trzeciego. Niewątpliwie „nośnikiem” wiedzy i doświadczenia spółki są jej pracownicy, jednak nie sposób wiedzy i doświadczenia zdobywanego przez spółkę przy realizacji kolejnych kontraktów utożsamiać z wiedzą i doświadczeniem tylko jednego pracownika spółki.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, iż wobec oświadczeń złożonych przez Wykonawcę AARSLEFF i wobec faktu, że Zamawiający wyczerpał względem niego procedurę z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp proces badania oferty Wykonawcy AARSLEFF powinien być się na tym etapie zakończyć wykluczeniem tego wykonawcy z Postępowania.

Natomiast – jak wskazał Odwołujący - Zamawiający w dniu 4 kwietnia 2019 r. skierował do Wykonawcy AARSLEFF kolejne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tym razem do złożenia pełnomocnictwa udzielonego Pani M.P. przez PER AARSLEFF A/S, z którego wynikałoby, jakie osoby go jej udzieliły. W odpowiedzi na to wezwanie Wykonawca AARSLEFF złożył pełnomocnictwo udzielone Pani M.P. przez PER AARSLEFF A/S w dniu 20 grudnia 2018 r. z uzupełnioną pieczętą imienną, z której wynikało, że pełnomocnictwo zostało udzielone przez p. S.W.. Jednocześnie wykonawca przedstawił pełnomocnictwo dla p. S.W. z dnia 7 stycznia 2019 r. uprawniające go do reprezentowania PER AARSLEFF A/S.

Odwołujący zarzucił, że nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający był w zaistniałej sytuacji uprawniony do wezwania wykonawcy do kolejnego uzupełnienia dokumentów, to po otrzymaniu wskazanych powyżej dokumentów, obowiązkiem Zamawiającego było wykluczenie Wykonawcy AARSLEFF. Wykonawca AARSLEFF nie wykazał bowiem, by zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia mu zasobów zostało złożone przez osobę do tego umocowaną. Dokumenty przedstawione przez wykonawcę świadczyły bowiem o tym, że osoba składająca oświadczenie w imieniu PER AARSLEFF A/S w dniu 12 grudnia 2018 r. była kolejnym pełnomocnikiem, przy czym jej mocodawca na dzień 12 grudnia 2018 r. nie dysponował stosownym umocowaniem do działania w imieniu PER AARSLEFF A/S.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, iż w dniu 10 maja 2019 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę AARSLEFF do następnego uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, tj. zażądał: 1) zastąpienia PER AARSLEFF A/S innym podmiotem lub 2) zobowiązania się Wykonawcy AARSLEFF do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, o ile wykaże spełnianie warunków określonych w rozdz. V pkt 2 lit. c) A SIWZ. Zamawiający zaznaczył w wezwaniu, że z uwagi na brak wykazania odpowiedniego umocowania osoby podpisującej zobowiązanie w imieniu PER AARSLEFF A/S (zarówno z uwagi na ww. omówioną rozbieżność w datach wystawienia obu pełnomocnictw, jak i brak wskazania w pełnomocnictwie dla p. W. prawa do udzielania dalszych pełnomocnictw), „należy uznać, że zasoby w postaci zdolności technicznych lub zawodowych nie zostały Wykonawcy skutecznie udostępnione (...)”. W odpowiedzi na to wezwanie z dnia 20 maja 2019 r. Wykonawca AARSLEFF wskazał szeroką argumentację mającą rzekomo wskazywać na brak możliwości wzywania wykonawcy do złożenia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej w imieniu podmiotu trzeciego zobowiązanie do udostępnienia zasobów, próbował wykazać poprawność pełnomocnictwa dla p. P., a nadto postawił tezę, że powinien być wezwany do



jego wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Dodatkowo, Wykonawca AARSLEFF wskazanymi wyjaśnieniami zastąpił PER AARSLEFF A/S innym podmiotem trzecim: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. (dalej jako „Korporacja Budowlana DORACO”) i załączył dokumenty odnoszące się do tego podwykonawcy, w tym dokument z dnia 16 maja 2019 r., w którym p. I.K. w imieniu Korporacji Budowlanej DORACO potwierdziła, że „na etapie przygotowywania oferty przez Wykonawcę... Spółka zobowiązała się do udostępnienia Wykonawcy niezbędnych zasobów .... w zakresie wiedzy i doświadczenia w zakresie budowy budowli hydrotechnicznych”. Zakres udziału Korporacji Budowlanej DORACO w wykonaniu robót hydrotechnicznych, według tego dokumentu, ustalono: „realizacja zamówienia w zakresie wykonania części robót branży hydrotechnicznej”, nie określając jednak, o jaki zakres robót w istocie tu chodzi. Załącznikiem do ww. dokumentu było pełnomocnictwo dla p. I.K. do działania w imieniu Korporacji Budowlanej DORACO z dnia 16 maja 2019 r. Po otrzymaniu wyżej wymienionych dokumentów, Zamawiający w dniu 27 maja 2019 r. skierował do Wykonawcy AARSLEFF wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów. Zamawiający w wezwaniu zauważył, że w oświadczeniu Korporacji Budowlanej DORACO mowa jest o udostępnieniu zasobów na „na etapie przygotowania oferty przez Wykonawcę Aarsleff Sp. z o.o.”, gdy tymczasem wykonawca w ofercie nie wskazał tego podmiotu jako „znanego” podwykonawcy. W dniu 31 maja 2019 r. Wykonawca AARSLEFF złożył wyjaśnienia, w których podał, że w dniu składania ofert nie zdecydowano jeszcze o wyborze konkretnego podwykonawcy do wykonania robót hydrotechnicznych, a co za tym idzie nie istniała konieczność wskazywania jego nazwy w ofercie (JEDZ).

Odnosząc się do powyższego, Odwołujący podtrzymał stanowisko, że Zamawiający nie był uprawniony do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów. O ile postępowanie musi cechować się pewną elastycznością, aby nie usuwać wykonawców tylko z powodu formalnych uchybień, to z całą pewnością niedozwolone jest łamanie zasady równości wykonawców i dawanie szans na modyfikację dokumentów „do skutku”, a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Odwołujący powołał się na przedstawioną w tym zakresie opinię Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”. Odwołujący stwierdził, iż za własną przyjmuje i w pełni podtrzymuje argumentację Zamawiającego wskazującą na niepoprawność wykazania przez Wykonawcę AARSLEFF umocowania osoby, która złożyła w dniu 20 grudnia 2018 r. zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez PER AARSLEFF A/S. Powyższe, w powiązaniu z omówionym powyżej brakiem wykazania także w ujęciu materialnym faktu, iż wykonawca w sposób rzeczywisty może korzystać z zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, w tym w szczególności, że podmiot, który udostępnia zasoby zgodnie z art. 22a ust. 4 Pzp będzie realizował roboty budowlane, do realizacji których te zasoby są wymagane, powoduje, iż Wykonawca

AARSLEFF powinien być wykluczony bez prawa do kolejnego uzupełnienia dokumentów. Z możliwości uzupełnienia dokumentów (zarówno „zobowiązania” jak i „pełnomocnictwa”) wykonawca już bowiem nieskutecznie skorzystał. Odwołujący powołał się na stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż uprawnienie do zmiany podmiotu trzeciego wynikające z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie może być traktowane odrębnie od wezwania kierowanego do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2018r., sygn. akt KIO 572/18). Odwołujący podtrzymał przy tym stanowisko, że ze względu na sposób skonstruowania przez Zamawiającego warunku udziału w Postępowaniu Wykonawca AARSLEFF nie mógł połączyć swoich zasobów z zasobami Korporacji Budowlanej DORACO w celu wykazania jego spełnienia (bo dwa „niższe” potencjały nie dają jednego „wyższego”).

Odwołujący zarzucił, że także w świetle dokumentów uzupełnionych przez Wykonawcę AARSLEFF w dniu 20 maja 2019 r. wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Po pierwsze, powołując się na stanowisko przedstawione w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2018r. sygn. akt KIO 2083/18 stwierdził, że wobec oświadczeń wykonawcy zawartych w jego ofercie, nie sposób przyjąć, że Wykonawca AARSLEFF rzeczywiście zamierzał już na etapie składania ofert korzystać z zasobów Korporacji Budowlanej DORACO, a skoro tak, to podmiot ten nie mógł zostać „wprowadzony” do oferty dopiero na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Po drugie, trudno przyjąć, że Wykonawca AARSLEFF udowodnił Zamawiającemu dysponowanie zasobami Korporacji Budowlanej DORACO, skoro przedstawił wyłącznie oświadczenie wiedzy p. I. K., że jej mocodawca (Korporacja Budowlana DORACO) w dacie, kiedy ona sama nie była jeszcze umocowana do działania w imieniu Korporacji Budowlanej DORACO (na etapie składania ofert) złożył zobowiązanie do udostępnienia Wykonawcy AARSLEFF zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. Takie oświadczenie wiedzy pełnomocnika Korporacji Budowlanej DORACO, nie będące w istocie samodzielnym zobowiązaniem tego podmiotu do udostępnienia zasobów, ma co najmniej wątpliwą wartość dowodową i w ślad za tym nie może przesądzać o istnieniu po stronie Korporacji Budowlanej DORACO zobowiązania do udostępnienia zasobów. Po trzecie, nie sposób przyjąć, by Korporacja Budowlana DORACO jako podmiot udostępniający zdolności wymagane do realizacji zamówienia miała, jak wymaga tego art. 22a ust. 4 Pzp, zrealizować roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. W dokumencie z dnia 16 maja 2019 r. mówi się o wykonywaniu przez ten podmiot „części robót branży hydrotechnicznej”, o jakiej części robót jest tu w istocie mowa (robót o jakiej wartości, jakiego rodzaju) jednak nie wiadomo. Zamawiający nie mając takich informacji nie może ocenić, czy udział Korporacji Budowlanej DORACO w wykonywaniu robót, do których odnosi się warunek udziału w Postępowaniu jest odpowiedni, adekwatny do zakresu udostępnianego zasobu, co winno prowadzić do wniosku, że wykonawca nie wykazał, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami. Warto przy tym

zaznaczyć, że jeżeli przyjmiemy w ślad za oświadczeniem Wykonawcy AARSLEFF z oferty, iż to ten podmiot wykona roboty kafarowe, to potencjalny udział Korporacji Budowlanej DORACO w wykonywaniu robót hydrotechnicznych będzie niewielki (roboty kafarowe stanowią największą co do zakresu i wartości część wszystkich robót składających się na zamówienie), co nie może świadczyć o „odpowiednim” udziale tego podmiotu w realizacji zamówienia.

Ponadto, Odwołujący wskazał, iż jak wynika z treści wyjaśnień Wykonawcy AARSLEFF z dnia 12 lutego 2019 r. załącznikiem do tych wyjaśnień jest umowa współpracy zawarta z PER AARSLEFF A/S, która, jak zakłada Odwołujący, stanowić ma dowód na „realność” udostępnienia przez PER AARSLEFF A/S zasobów wykonawcy. Dokument ten został zastrzeżony przez Wykonawcę AARSLEFF jako tajemnica przedsiębiorstwa, a co za tym idzie Odwołujący nie może odnieść się do jego treści. Informacje, które zostały udostępnione Odwołującemu przez Zamawiającego, świadczą jednak o tym, że Wykonawca AARSLEFF nie wykazał należyście spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, mimo przedstawienia tego dokumentu. Z daleko idącej ostrożności procesowej – jak wskazał Odwołujący - tj. na wypadek przyjęcia, że to informacje zawarte we wspomnianej umowie współpracy przesądzają o „realności” udostępnienia potencjału Wykonawcy AARSLEFF, Odwołujący podniósł, że dokument ten nie został skutecznie zastrzeżony przez Wykonawcę AARSLEFF jako tajemnica przedsiębiorstwa i jako taki winien zostać udostępniony Odwołującemu. Wykonawca AARSLEFF chcąc zastrzec ten dokument jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powinien był wykazać, że zastrzegane informacje spełniają wymagania wynikające z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Żadna z ww. przesłanek nie została przez Wykonawcę AARSLEFF wykazana. Wykonawca AARSLEFF poprzestał na ich przywołaniu w piśmie z dnia 12 lutego 2019 r. i stwierdzeniu, że informacje spełniają wymagania z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, iż w razie przyjęcia przez Izbę, że informacje zawarte w umowie o współpracy są istotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, obowiązkiem Izby jest nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ich udostępnienia Odwołującemu, a w ślad za tym uznanie dalej idących zarzutów za przedwczesne.

II. Pismem z dnia 3 lipca 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Uzasadniając stanowisko w sprawie Zamawiający wskazał w szczególności, co następuje:

Zarzut braku możliwości sumowania potencjału z podmiotem trzecim celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający uznał za niezasadny. Zamawiający powołał się na regulację art. 22a ust. 1 ustawy Pzp oraz postanowienia rozdziału V pkt 1 ppkt 2 lit c) A oraz pkt 3 - 5 SIWZ i stwierdził, że ani z brzmienia cytowanych wyżej

postanowień SIWZ, ani z żadnego przepisu ustawy nie wynika wywodzony przez Odwołującego w odwołaniu zarzut zakazu sumowania potencjału Wykonawcy z potencjałem podmiotu trzeciego celem łącznego wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu. Zamawiający powołał się na stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 maja 2018 r. sygn. akt KIO 755/18. Stwierdził, iż w treści SIWZ Zamawiający nie postawił w żadnym miejscu wymogu, by którykolwiek z warunków udziału odnoszący się do zdolności technicznej lub zawodowej musiał być spełniony inaczej niż poprzez sumowanie potencjału, umożliwiając tym samym to sumowanie tak w zakresie konsorcjum, jak i w zakresie wykonawcy i podmiotu trzeciego, z zasobów którego wykonawca korzysta. Zauważył, iż na konieczność wyraźnego zastrzeżenia w tym zakresie uwagę zwracała Izba choćby w sprawie prowadzonej pod sygn. akt KIO 1714/16. W przypadku przedmiotowego Postępowania tego typu obostrzeń brak, a tym samym w pełni dopuszczalne było zsumowanie potencjału podmiotu trzeciego z własnym potencjałem i w ten sposób wykazanie się spełnianiem warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Zarzut nieskutecznego udostępnienia zasobów przez PER AARSLEFF A/S Zamawiający uznał za niezasadny i w istocie bezprzedmiotowy. Stwierdził, iż istotnie zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego PER AARSLEFF A/S załączone do oferty nie spełniało wymagań cytowanego wyżej przepisu. Jednakże w ocenie Zamawiającego Wykonawca AARSLEFF wezwany do wyjaśnień wykazał realność udostępnienia zasobu przez ww. podmiot trzeci. Wykazano bowiem współudział tego podmiotu w wykonywaniu robót hydrotechnicznych na podstawie umowy o współpracę w ramach grupy kapitałowej AARSLEFF, a także zakres udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia poprzez oddelegowanie imiennie wskazanego pracownika do kierowania i koordynacji robót, a także w razie potrzeby udostępnienie sprzętu i pracowników niezbędnych do realizacji robót. Mając na uwadze pozostawanie Wykonawcy AARSLEFF i podmiotu trzeciego w jednej grupie kapitałowej, istotnie należało uznać, iż tego typu udostępnienie jest skuteczne nawet, jeśli z takich czy innych przyczyn udział tego podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia nie sprowadzałby się do podwykonawstwa. Zamawiający powołał się na stanowisko zaprezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyroki z dnia 8 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2597/18 oraz z dnia 20 lipca 2018 sygn. akt KIO 1336/18). Stwierdził, iż typowym przykładem, kiedy ww. udział w realizacji zamówienia nie przybiera formy podwykonawstwa tylko formę innego rodzaju wspólnej realizacji zamówienia jest właśnie kooperacja wykonawcy z podmiotem trzecim w ramach grupy kapitałowej, w tym poprzez udostępnianie maszyn, urządzeń, pracowników i tym samym wspólną realizację robót. Jednocześnie zauważył, iż zarzut odnosi się do dokumentów, które obejmują swoim zakresem sposób udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci PER AARSLEFF A/S, podczas gdy udostępnienie to dla przedmiotowego Postępowania stało się niejako okolicznością obojętną z uwagi na

odstąpienie przez Wykonawcę AARSLEFF od powoływania się na zasoby tego podmiotu trzeciego w ramach własnej grupy kapitałowej i definitywne, skuteczne zastąpienie tego podmiotu zupełnie innym podmiotem, tj. Korporacją Budowlaną DORACO. Tym samym nawet uznanie przez KIO, iż podmiot trzeci PER AARSLEFF A/S nieskutecznie udostępnił swoje zasoby, nie pozwala na uwzględnienie odwołania, albowiem okoliczność ta pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Zamawiający stwierdził, iż obszerna argumentacja Odwołującego w przedmiocie nieskutecznego udostępnienia zasobów PER AARSLEFF A/S dziwi tym bardziej, że sam Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia uznał to udostępnienie za nieskuteczne.

Zarzut niedozwolonego, wielokrotnego wzywania Wykonawcy AARSLEFF do wyjaśnień Zamawiający uznał za niezasadny. Stwierdził, iż podziela pogląd Odwołującego o tym, iż procedura wzywania do wyjaśnień zawarta w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp co do zasady winna się sprowadzić do jednokrotnego wezwania, nie zgodził się jednak z poglądem, iż w przypadku przedmiotowego zamówienia doszło do naruszenia dyspozycji tego przepisu. Zamawiający stwierdził, iż na gruncie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (przykładowo wskazał wyrok z dnia 19 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2114/18) wywodzi się, iż owszem wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter jednokrotny, ale by zakończyć procedurę oceny jednym wezwaniem, w wezwaniu tym winien się znaleźć komplet zastrzeżeń Zamawiającego i to na tyle precyzyjnych, by wzywany wykonawca miał szansę odnieść się również precyzyjnie do tych zastrzeżeń. W przypadku Wykonawcy AARSLEFF istotnie wezwanie było ponawiane, ale zdaniem Zamawiającego Odwołujący pomija całkowicie, iż żadne z wezwań nie powiełało okoliczności będących przedmiotem wezwania i każde z wezwań dotyczyło innego rodzaju okoliczności. Wezwanie z dnia 5 lutego 2019 r. oparte było m.in. o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i dotyczyło w tym zakresie wyłącznie sposobu udostępnienia zasobów PER AARSLEFF A/S i realności tego udostępnienia. Wezwanie z dnia 4 kwietnia 2019 r. również oparte było m.in. o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, lecz dotyczyło już zupełnie innej, nieartykułowanej w poprzednim wezwaniu okoliczności tj. braku niektórych dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia PER AARSLEFF A/S czy niewłaściwego umocowania osoby podpisującej dokumenty w imieniu podmiotu trzeciego tj. Pani M.P.. Trzecie wezwanie z dnia 10 maja 2019 r. oparte częściowo na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże w związku z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, ponownie dotyczyło całkowicie odmiennych okoliczności. W wezwaniu tym po raz pierwszy Zamawiający ujawnił, iż negatywnie ocenia zakres umocowania osób podpisujących dokumenty w imieniu podmiotu trzeciego PER AARSLEFF A/S i wzywa do jego zastąpienia innym podmiotem lub zobowiązaniem się do osobistego wykonania zamówienia przy wykazaniu zdolności w tym zakresie. Każde z wezwań dotyczyło całkowicie odmiennych okoliczności i Zamawiającemu nie można zarzucać, iż „wyjaśniał do skutku”. Na żadnym

z wcześniejszych etapów procedury niż wezwanie z dnia 10 maja 2019 r. procedura wyjaśnień nie mogła zostać zakończona, a Wykonawca AARSLEFF wykluczony.

Zarzut braku możliwości zastąpienia jednego podmiotu trzeciego innym podmiotem Zamawiający uznał za niezasadny. Stwierdził, iż z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp wynika nie tyle uprawnienie Zamawiającego, co jego obowiązek do skierowania do wykonawcy dodatkowego wezwania, jeśli w wyniku dotychczasowego przebiegu procedury oceny składanych dokumentów zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu trzeciego, na którego zasoby wykonawca się powołuje, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu. Zamawiający powołał się na poglądy wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 19 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2114/18, z dnia 3 września 2018 r. sygn. akt KIO 1643/18 oraz z dnia 13 lipca 2018 roku sygn. akt KIO 1286/18). Zdaniem Zamawiającego trudno również twierdzić, iż wezwanie do zastąpienia podmiotu trzeciego winno być adresowane do Wykonawcy AARSLEFF na wcześniejszym etapie Postępowania, albowiem dopiero wezwanie z dnia 4 kwietnia 2019 r. wykazało Zamawiającemu, iż powołując się na zasób podmiotu trzeciego PER AARSLEFF A/S ww. wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Wcześniej nie był znany Zamawiającemu fakt wadliwego umocowania pełnomocników, a Wykonawcy AARSLEFF nie była znana okoliczność polegająca na tym, iż Zamawiający negatywnie ocenia skuteczność udostępnienia zasobu przez ww. podmiot trzeci. W ocenie Zamawiającego odstąpienie w takiej sytuacji od stosowania art. 22a ust. 6 ustawy Pzp stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy skutkujące wadliwym wykluczeniem Wykonawcy AARSLEFF bez zakończenia kompletnej procedury wyjaśniającej.

Zarzut nieskutecznego udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci - Korporację Budowlaną DORACO – Zamawiający uznał za niezasadny. Stwierdził, iż z przedstawionych przez Wykonawcę AARSLEFF wyjaśnień wynika, iż podmiot trzeci Korporacja Budowlana DORACO udostępni swoje zasoby w sposób realny poprzez fizyczną realizację robót hydrotechnicznych i będzie pełnił rolę podwykonawcy. Udostępnienie takie w pełni odpowiada dyspozycji art. 22a ust. 1-4 ustawy Pzp i bez znaczenia pozostaje, iż z udostępnienia zasobów nie wynika wprost konkretny zakres robót podwykonawczych czy też powoływania się w dokumencie udostępnienia na uzgodnienia stron z okresu sprzed złożenia oferty. Prowadzenie przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia rozmów z potencjalnymi podwykonawcami czy innego rodzaju kooperantami jeszcze przed złożeniem oferty, a także zabezpieczanie sobie różnych możliwości współdziałania z tymi podmiotami w zależności od przebiegu czy wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest normalną, znaną również Zamawiającemu praktyką rynkową. Zamawiający stwierdził, iż nie dostrzega również żadnych przeszkód prawnych, jak również nie widzi podstaw by poddawać w wątpliwość oświadczenie podmiotu trzeciego tylko z tego powodu, iż podpisująca je

pełnomocnik Pani I.K. składa w nim oświadczenie wiedzy dotyczące okresu, w którym nie dysponowała pełnomocnictwem od swojego mocodawcy (okres sprzed składania ofert). Udzielone tej osobie w dniu 16 maja 2019 r. pełnomocnictwo nie zawiera żadnych ograniczeń w zakresie składania oświadczeń woli czy wiedzy.

Zarzut niezasadnego uznania zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa PER AARSLEFF A/S Zamawiający uznał za niezasadny, a przy tym bezprzedmiotowy. Wskazał, iż Wykonawca AARSLEFF zastrzegł, że przekazana umowa zawiera informacje poufne, dlatego część zapisów została zamazana, a ponadto informacje zawarte w umowie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca AARSLEFF wypełnił dyspozycję art. 8 ust 3 ustawy Pzp, ponieważ zastrzegł określony zakres informacji, i w ocenie Zamawiającego wykazał skutecznie, iż te zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W szczególności Wykonawca AARSLEFF wykazał, iż informacje stanowią określoną wartość gospodarczą, nie są powszechnie dostępne oraz wskazał, jakie czynności podjął celem ich ochrony przed ujawnieniem. Jednocześnie Zamawiający zauważył, że zarzut odnosi się do dokumentów, które obejmują swoim zakresem współpracę między Wykonawcą AARSLEFF a PER AARSLEFF A/S, która dla przedmiotowego Postępowania stała się niejako obojętna z uwagi na odstąpienie przez Wykonawcę AARSLEFF od powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego w ramach własnej grupy kapitałowej i definitywne, skuteczne zastąpienie tego podmiotu zupełnie innym podmiotem. Tym samym nawet uznanie przez KIO, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa odbyło się w sposób nieskuteczny, nie pozwala na uwzględnienie odwołania, albowiem okoliczność ta pozostaje bez wpływu na wynik Postępowania.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 21 czerwca 2019 r. Wykonawca AARSLEFF zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Stanowisko w sprawie Przystępujący przedstawił w piśmie z dnia 4 lipca 2019 r. stwierdzając w szczególności, co następuje:

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp (połączenie w sposób nieuprawniony potencjałów/zasobów dwóch podmiotów) Przystępujący stwierdził, iż Odwołujący przedstawia wybiórczą, i przy tym błędną analizę przywołanego w tym zakresie orzecznictwa. Zdaniem Przystępującego o jedynie wybiórczym przywołaniu przytoczonych w Odwołaniu tez świadczy wyrok TSUE z dnia 10 października 2013 r. wydany w sprawie C-94/12, którego fragment Przystępujący przytoczył w piśmie procesowym. Na tej podstawie zaprezentował pogląd, iż zasadą jest sumowanie potencjałów, zaś wyjątkiem od tej zasady możliwym do zastosowania przez zamawiającego w

konkretnym postępowaniu, jest niesumowanie potencjałów. Zastosowanie takiego wyjątku od zasady sumowania potencjałów jest możliwe przez zamawiającego przy wyraźnym wskazaniu w specyfikacji zakazu sumowania i to zarówno w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jak i w przypadku powołania się na potencjał innego podmiotu, jak również w konsekwencji nakaz wykonania danych kluczowych części jedynie przez ten podmiot o danych kwalifikacjach nie podlegających sumowaniu. Przystępujący wskazał, iż Zamawiający takich wymogów w Postępowaniu nie określił. Podkreślił, że możliwość powołania się na potencjał innego podmiotu przysługuje wykonawcom ex lege. Ustawodawca dopuścił zaistnienie powyższej sytuacji w art. 22a ustawy Pzp. Nieuzasadnione ograniczenie tych uprawnień należy traktować jako naruszenie zasady wskazanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 2 i ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp (zaniechanie wykluczenia Wykonawcy AARSLEFF - niewykazanie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania wymaganych przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia z uwagi na niezapewnienie faktycznej realizacji przez podmiot udostępniający oraz braku umocowania osoby podpisującej zobowiązanie podmiotu trzeciego (PER AARSLEFF A/S) Przystępujący wskazał, iż z przedstawionych przez Przystępującego dokumentów - zobowiązanie PER AARSLEFF A/S oraz umowa o współpracy, w sposób jednoznaczny wynika, iż Przystępujący dysponuje wszelkimi zasobami ludzkimi oraz technicznymi wskazanej grupy kapitałowej. Trudno wyobrazić sobie lepsze, bardziej rzeczywiste przekazanie wiedzy i doświadczenia, niż przekazanie ludzi o danej wiedzy i doświadczeniu, wyposażonych w zasoby techniczne.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp (naruszenie zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów) Przystępujący stwierdził, iż zasada jednokrotności uzupełnienia dokumentów dotyczy danego dokumentu, a nie - danej okoliczności. Wskazuje to wprost treść art. 26 ust 3 Pzp odnosząc się do nieprawidłowości, błędu, niekompletności dokumentu. Każde zaś wezwanie kierowane przez Zamawiającego w Postępowaniu w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp dotyczyło innego dokumentu, co tym samym stanowi o braku naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem Przystępującego przytoczona w treści odwołania opinia Urzędu Zamówień Publicznych stanowiąca o relacji art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wyraźnie wskazuje na obligatoryjność takiego wezwania i jednokrotność takiego wezwania o konkretny brakujący lub nieprawidłowy dokument. Nie można stawiać zarzutu nieprawidłowego działania Zamawiającego stanowiącego rzekome naruszenie obowiązującej zasady jednokrotności wzywania i działania poprzez „wyjaśnianie do skutku”, dokonując wyłącznie wyliczenia ilości pism kierowanych przez Zamawiającego do Wykonawcy. Takie mylne rozumienie zasady jednokrotności wzywania sprowadzałoby się do faktycznej jednokrotnej możliwości



wystosowania do wykonawcy pisma wzywającego do uzupełnienia brakujących lub nieprawidłowych dokumentów. Jednokrotność zaś oznacza brak możliwości ponownego wzywania do uzupełniania tego samego konkretnego dokumentu. Jeśli zatem Zamawiający w każdym z wezwań wzywał do uzupełniania innych dokumentów, to nie naruszył zasady jednokrotności wezwania. Nawet jednak gdyby przyjąć, zgodnie z twierdzeniem Odwołującego, któremu wyraźnie zaprzecza Przystępujący, iż wezwanie do zastąpienia podmiotu trzeciego winno być wystosowane do Przystępującego na wcześniejszym etapie postępowania, to skutek byłby dokładnie taki sam, bowiem Przystępujący złożyłby dokładnie te same dokumenty, jakie złożył w piśmie z dnia 31.05.2019 r., zastępując PER AARSLEFF A/S innym podmiotem - Korporacją Budowlaną DORACO. Przystępujący wskazał, iż skoro Zamawiający, w przypadku nieuznania udostępnienia zasobów przez PER AARSLEFF A/S za prawidłowe, był zobligowany do żądania zmiany podmiotu udostępniającego zasoby, to nie ma w rzeczywistości znaczenia, czy miałby tego dokonać przed skierowaniem wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa. Nawet gdyby, jak żąda Odwołujący, uznać wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictwa za nieprawidłowe, wówczas nie wywołałoby skutków prawnych, a więc i tak ziściłby się obowiązek żądania zmiany podmiotu udostępniającego zasoby w trybie art. 22a ust 6 ustawy Pzp, co w konsekwencji nastąpiło, a Przystępujący potwierdził spełnianie warunków udziału w Postępowaniu.

W ocenie Przystępującego nie znajduje uzasadnienia twierdzenie Odwołującego jakoby nie było możliwym powołanie się na potencjał podmiotu, który nie został wskazany w ofercie/JEDZ w dniu złożenia oferty. Powyższe przeczy intencji art. 22a ust 6 ustawy Pzp, który wprost mówi o zastąpieniu podmiotu udostępniającego innym podmiotem. Interpretacja Odwołującego prowadziaby do wniosku, iż wykonawcy w dniu składania ofert musieliby niejako na wyrost, wskazywać kilka/kilkanaście podmiotów, by w trakcie badania i oceny ofert móc na ich zasoby się powołać na wypadek gdyby wystąpiła konieczność zmiany podmiotu udostępniającego zasoby w trybie art. 22a ust 6 ustawy Pzp. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska powołał się na opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznej wydaną na prośbę Prezesa Centrum Unijnych Projektów Transportowych, której fragment przytoczył w treści pisma procesowego. Następnie Przystępujący wskazał, iż oświadczenie pełnomocnika podmiotu udostępniającego - Korporacji Budowlanej DORACO, potwierdzające zobowiązanie tego podmiotu do oddania zasobów, było jak najbardziej poprawne i nie budziło i nadal nie budzi żadnych wątpliwości. Fakt, iż pełnomocnik Pani I.K. składa w nim dodatkowo (a nie wyłącznie jak wskazuje Odwołujący) oświadczenie wiedzy dotyczące tego, iż na etapie składania ofert reprezentowana przez nią Spółka zobowiązała się do udostępnienia zasobów. Nadto Pani pełnomocnik oświadcza, iż nadal to zobowiązanie jest aktualne. Tym samym w jednym oświadczeniu zawarte jest zarówno oświadczenie woli w zakresie udostępniania zasobów jak i wiedzy od kiedy Wykonawca AARSLEFF takimi zasobami mógł dysponować. Podkreślił, iż

oświadczenie Pani pełnomocnik dotyczyło również aktualności zobowiązania do udostępnienia zasobów w dniu jego złożenia. Ponadto, Przystępujący stwierdził, iż faktem jest, że spełnia warunek wiedzy i doświadczenia określony przez Zamawiającego wraz z podmiotem Korporacją Budowlaną DORACO, ale posiadana przez niego wiedza i doświadczenie umożliwia mu ustalenie stosunku współpracy ze wskazanym podmiotem, w zakresie wykonania robót hydrotechnicznych - a nie na powierzeniu w całości do wykonania podmiotowi udostępniającemu zasoby. Wskazał, iż stosując konstrukcję współpracy wskazaną w zobowiązaniu oraz w ofercie, w sposób jednoznaczny potwierdził, iż jako wykonawca, wraz z podmiotem Korporacja Budowlana DORACO jako podwykonawcą, posiada wiedzę i doświadczenie konieczne do wykonania zamówienia w sposób należyty, a przyjęte warunki współpracy pozwalają na łączne wykorzystanie posiadanej wiedzy i doświadczenia obydwu podmiotów. Dlatego też przyjęta konstrukcja współpracy nie musi obejmować wykonania całości robót hydrotechnicznych przez Korporację Budowlaną DORACO, a roboty katarowe mogą zostać wykonane przez Wykonawcę AARSLEFF (który się w tego rodzaju robotach specjalizuje).

W odniesieniu do zarzutu niezasadnego zaniechania ujawnienia Odwołującemu złożonej przez Przystępującego umowy o współpracy stwierdził, iż poza sporem jest fakt, iż umowa o współpracy pomiędzy członkami danej grupy kapitałowej może stanowić, wg woli jej stron, tajemnicę przedsiębiorstwa i jako taka zostać zastrzeżona. Art. 8 ustawy Pzp wymaga wskazania uzasadnienia, i takie zostało wskazane w odniesieniu do tegoż dokumentu przez Przystępującego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

**Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania, co nie było też sporne.

Izba ustaliła, iż wskazywane przez strony okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu Postępowania znajdują potwierdzenie w dokumentacji Postępowania i nie są pomiędzy stronami sporne, w szczególności:

Zgodnie z rozdz. V pkt 1 ppkt 2) lit. c) A) Zamawiający dokonał opisu jednego z warunków udziału w Postępowaniu poprzez wskazanie, że o udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca, który wykaże, że wykonał w okresie 5 (pięciu) lat przed upływem terminu

składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie minimum 2 (dwie) roboty budowlane, których przedmiotem było wykonanie morskich budowli hydrotechnicznych (w rozumieniu określonym w § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie - Dz. U. z 1998 r. Nr 101, poz. 645 ze zm.) polegających na budowie lub przebudowie nabrzeży, pirsów, pomostów, falochronów (z wyłączeniem falochronów o konstrukcji narzutowej) o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 9 000 000 (słownie: dziewięć milionów) zł brutto każda.

Zgodnie z rozdz. V pkt 3 SIWZ w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunki, o których mowa w rozdz. V pkt 1 ppkt 2) SIWZ zostaną spełnione wyłącznie jeżeli:

- a) wykonawcy wykażą łączne spełnianie warunku, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. b) SIWZ;
- b) jeden z wykonawców wykaże, że samodzielnie spełnia warunek określony w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c) A SIWZ;
- c) wykonawcy wykażą łączne spełnianie warunku, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c) B SIWZ.

Zgodnie z rozdz. V pkt 4 Wykonawca może, w celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w rozdz. V pkt 1 ppkt 2) SIWZ w stosownych sytuacjach polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

W rozdz. V pkt 5 SIWZ Zamawiający wskazał, że „stosowna sytuacja”, o której mowa w rozdz. V pkt 4 SIWZ wystąpi wyłącznie w przypadku kiedy:

- 1) Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów udowodni Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (Wykonawca może wykorzystać w tym celu formularz zobowiązania zawarty w Załączniku nr 8 do SIWZ).
- 2) Zamawiający oceni czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5) ustawy Pzp (w zakresie analogicznym jak dla wykonawcy).

- 3) W odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Wykonawca AARSLEFF wraz z ofertą złożył oświadczenie o zobowiązaniu podmiotu trzeciego PER AARSLEFF A/S do udostępnienia mu zasobów w postaci zdolności technicznych i zawodowych w zakresie budowy lub przebudowy morskiej budowli hydrotechnicznej, takiej jak: nabrzeża lub pirsy lub pomosty lub falochrony (z wyłączeniem falochronów o konstrukcji narzutowej). Do ww. oświadczenia zostało załączone pełnomocnictwo dla Pani M.P. z dnia 20 grudnia 2018 r.

Pismem z dnia 5 lutego 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, „do uzupełnienia dokumentów, które udowodnią Zamawiającemu, że Wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu, na którego zdolnościach polega w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”. W treści wezwania zostało wskazane, z jakich powodów oświadczenie o zobowiązaniu podmiotu trzeciego złożone przez Przystępującego zostało uznane za niepotwierdzające dysponowania zasobami tego podmiotu w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Wykonawca AARSLEFF udzielił pismem z dnia 12 lutego 2019 r. składając m. in. nowe oświadczenie o zobowiązaniu podmiotu trzeciego – PER AARSLEFF A/S z dnia 7 stycznia 2019 r., wypełnione na formularzu stanowiącym Załącznik nr 8 do SIWZ. Przystępujący złożył również umowę o świadczenie usług zawartą pomiędzy Przystępującym a PER AARSLEFF A/S, której treść została zastrzeżona przez Przystępującego jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa (uzasadnienie zastrzeżenia zostało zawarte na str. 4 ww. pisma). W ww. piśmie Przystępujący między innymi wskazał, iż wykonał wyłącznie jedną robotę spełniającą wymagania określone przez Zamawiającego w opisie warunku udziału w Postępowaniu zawartego w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c) A SIWZ. Natomiast drugą z robót na potwierdzenie spełnienia warunku Przystępujący zamierzał wykazać poprzez posłużenie się zasobem ww. podmiotu trzeciego.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia pełnomocnictwa dla Pani M.P. wskazującego, że zostało udzielone zgodnie z zasadami reprezentacji spółki.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący udzielił pismem z dnia 9 kwietnia 2019 r. Przystępujący uzupełnił oryginał pełnomocnictwa udzielonego Pani M.P. opatrzony pieczętką imienną osoby udzielającej tego pełnomocnictwa, tj. Pana S.W., wraz z poświadczonym notarialnie odpisem pełnomocnictwa udzielonego Panu S.W. przez osoby upoważnione do

reprezentacji PER AARSLEFF A/S tj. Prezesa Zarządu A.L. oraz Dyrektora Zarządzającego J.K.J.

W wyniku dokonanej analizy ww. dokumentów uzupełnionych przez Przystępującego Zamawiający stwierdził, iż uzupełnione pełnomocnictwo nie potwierdza, że Pani M.P. została umocowana w sposób właściwy do reprezentacji przez PER AARSLEFF A/S (brak umocowania dla S.W. do ustanawiania dalszych pełnomocników oraz brak umocowania do działania w imieniu PER AARSLEFF A/S przed 7 stycznia 2019 r.) i w związku z tym uznał, że zasoby w postaci zdolności technicznych lub zawodowych nie zostały Wykonawcy skutecznie udostępnione (szczegółowe uzasadnienie zostało wskazane w wezwaniu z dnia 10 maja 2019 r.).

W konsekwencji dokonania powyższych ustaleń pismem z dnia 10 maja 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, „do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, poprzez:

- 1) zastąpienie Per Aarsleff A/S innym podmiotem lub podmiotami, lub
- 2) zobowiązanie się Wykonawcy do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże zdolności techniczne lub zawodowe określone w rozdziale V.1 pkt 2 lit. c) A SIWZ.”

Odpowiedzi na ww. wezwanie Wykonawca Aarsleff udzielił pismem z dnia 20 maja 2019 r., w treści którego wyraził zastrzeżenia do czynności Zamawiającego polegającej na stwierdzeniu, iż nie wykazał skutecznie dysponowania zasobami PER AARSLEFF A/S. Jednocześnie wraz z ww. pismem złożył oświadczenie nowego podmiotu trzeciego tj. Korporacji Budowlanej DORACO o zobowiązaniu do udostępnienia mu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia oraz dokumenty dotyczącego tego podmiotu.

Następnie pismem z dnia 27 maja 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, z jakich przyczyn treść oświadczenia o zobowiązaniu Korporacji Budowlanej DORACO wskazuje, że podmiot ten będzie współdziałał z Wykonawcą AARSLEFF na podstawie umowy o podwykonawstwo i było to ustalone już na etapie przygotowania oferty przez tego wykonawcę, a w ofercie oraz w formularzu JEDZ Przystępujący zawarł oświadczenie, że nie zna firm podwykonawców na dzień składania ofert.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący udzielił pismem z dnia 31 maja 2019 r. wyjaśniając w szczególności, iż na dzień składania oferty nie miał możliwości wskazania konkretnych nazw podwykonawców, gdyż nie zapadły wtedy jeszcze ostateczne decyzje, który z podmiotów (poza PER AARSLEFF A/S) i w jakim zakresie zostanie w przypadku uzyskania zamówienia włączony w jego realizację.

Pismem z dnia 10 czerwca 2019 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Wykonawcy AARSLEFF jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

- I. Zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia z Postępowania Wykonawcy AARSLEFF:
- zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy AARSLEFF z Postępowania, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania wymaganych przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia, w szczególności łącząc w sposób nieuprawniony potencjały (zasoby) dwóch podmiotów,
  - zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 2 i ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy AARSLEFF z Postępowania, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania wymaganych przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia z uwagi na okoliczność, iż podmiot udostępniający wykonawcy zasoby niezbędne do realizacji zamówienia nie będzie realizował robót budowlanych (robót hydrotechnicznych), do realizacji których udostępnione zasoby były wymagane, a nadto nie zostało wykazane przez Wykonawcę AARSLEFF, że przedstawione przez niego zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało podpisane przez osoby umocowane do jego złożenia,
  - zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wielokrotne wzywianie Wykonawcy AARSLEFF do uzupełnienia dokumentów przedstawionych przez wykonawcę celem wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia w sytuacji, gdy wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jest wezwaniem jednokrotnym.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż dokonując analizy okoliczności faktycznych dotyczących przebiegu Postępowania w zakresie ww. zarzutów odwołania Izba doszła do przekonania, iż Zamawiający nadużył, kierując wezwania do Przystępującego, instytucji uregulowanej przez ustawodawcę w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten przewiduje obowiązek Zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia (złożenia/poprawienia) dokumentów w sytuacji, gdy dokumenty te nie zostały w ogóle złożone, są niekompletne lub zawierają błędy.

W praktyce stosowania instytucji określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podstawowe znaczenie ma tzw. zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Zasada ta nie wynika wprost z ww. przepisu ustawy Pzp, lecz została wypracowana w orzecznictwie oraz przez doktrynę. Fundamentem dla ww. zasady, jak i wytycznymi co do jej stosowania w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu – są podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasada proporcjonalności i zasada przejrzystości. Zgodnie z ww. przepisem zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Ww. zasady stanowią zatem wytyczne interpretacyjne dla innych przepisów ustawy Pzp regulujących poszczególne instytucje w ramach procedury udzielania zamówień publicznych. Na konieczność kierowania się zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą przejrzystości na gruncie stosowania instytucji wezwania do uzupełnienia dokumentów ustawodawca unijny wskazał wprost w art. 56 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 65). Zgodnie z ww. regulacją jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą - chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej - zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości.

Oceny dopuszczalności zastosowania wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – w kontekście ww. zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów – należy zatem dokonywać w odniesieniu do konkretnych okoliczności danej sprawy, kierując się jako wytycznymi podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych. Mając na uwadze wskazane powyżej wytyczne interpretacyjne pod pojęciem dokumentów, o których mowa w ww. przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należy rozumieć dokumenty potwierdzające określone okoliczności. Wskazuje na to również samo brzmienie ww. przepisu, gdzie między innymi jest mowa o „oświadczeniach lub dokumentach potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1”, a zatem chodzi o okoliczności potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, okoliczności potwierdzające spełnianie wymagań przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane oraz okoliczności potwierdzające brak podstaw wykluczenia. Jeżeli zamawiający uzna, że dany wykonawca na podstawie złożonych w postępowaniu dokumentów nie wykazał spełnienia określonego

warunku udziału w postępowaniu, to w takim przypadku – przed podjęciem decyzji co do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania – winien wezwać go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie tego warunku. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jak i orzecznictwie sądowym podkreśla się, iż wezwanie wystosowane przez zamawiającego do wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp winno być konkretne, przez co należy rozumieć nie tyle konkretny sposób uzupełnienia dokumentów, co wskazanie konkretnych braków i nieprawidłowości dostrzeżonych przez zamawiającego, które nie pozwalają na uznanie, iż na podstawie złożonych dokumentów wykonawca np. potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca w celu wykazania (na potwierdzenie okoliczności) spełniania określonego warunku udziału w postępowaniu powołuje się na zasoby tzw. podmiotu trzeciego przedstawiając oświadczenie o zobowiązaniu tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy określonych zasobów, to w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego braków lub nieprawidłowości w zakresie dokumentów złożonych na potwierdzenie ww. okoliczności wykonawcy przysługuje uprawnienie do jednokrotnego uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Uwzględniając przy tym regulację art. 22a ust. 6 ustawy Pzp należy stwierdzić, iż powyższe może mieć miejsce poprzez 1) uzupełnienie dokumentów dotyczących pierwotnie wskazanego podmiotu, na którego zasoby powołał się wykonawca (np. uzupełnienie oświadczenia dotychczasowego tzw. podmiotu trzeciego) albo poprzez 2) zastąpienie tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami (poprzez złożenie oświadczenia nowego tzw. podmiotu trzeciego wraz z wymaganymi dokumentami) lub zobowiązanie się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia wraz z wykazaniem samodzielnego spełniania warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo należy zauważyć, iż wskazanie nowego podmiotu, o którym mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, nie jest dopuszczalne w zakresie, w jakim wykonawca (uprzednio) samodzielnie wykazywał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli zatem zamawiający stwierdził, iż dany wykonawca w celu wykazania (na potwierdzenie okoliczności) spełniania określonego warunku udziału w postępowaniu złożył nieprawidłowe oświadczenie o zobowiązaniu tzw. podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, to takiemu wykonawcy przysługuje uprawnienie do złożenia prawidłowego oświadczenia pierwotnie wskazanego podmiotu udostępniające swojego zasoby albo (poza możliwością wykazania samodzielnego spełniania warunku) do złożenia oświadczenia nowego tzw. podmiotu trzeciego wraz z pozostałymi dokumentami wymaganymi w tym zakresie postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Za sprzeczną z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych należy uznać sytuację, która miała miejsce w Postępowaniu, tj. polegającą na tym, że Zamawiający w pierwszej kolejności umożliwił Przystępującemu uzupełnianie dokumentów dotyczących pierwotnie wskazanego tzw. podmiotu trzeciego, w tym oświadczenia tego



podmiotu o zobowiązaniu do oddania swoich zasobów wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia, tj. podmiotu PER AARSLEFF A/S (wezwanie z dnia 5 lutego 2019 r. oraz z dnia 4 kwietnia 2019 r.), a następnie – po stwierdzeniu, iż Wykonawca AARSLEFF nie wykazał, iż zasoby PER AARSLEFF A/S zostały mu skutecznie udostępnione, a zatem nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c) A SIWZ – umożliwił Przystępującemu złożenie w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu dokumentów dotyczących polegania na zasobach innego podmiotu, tj. Korporacji Budowlanej DORACO (wezwanie z dnia 10 maja 2019 r.). W niniejszej sprawie Przystępujący miał zatem więcej niż jedną możliwość uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia ww. warunku, w tym doszło do dwukrotnego uzupełnienia tego samego dokumentu, tj. oświadczenia o zobowiązaniu podmiotu trzeciego do oddania niezbędnych zasobów do dyspozycji wykonawcy. Pierwsze uzupełnienie tego dokumentu miało miejsce w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 5 lutego 2019 r., natomiast drugie – w odpowiedzi na wezwanie z dnia 10 maja 2019 r. Wskazane powyżej działanie Zamawiającego stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, a w szczególności zasadą równego traktowania wykonawców. Skutkuje bowiem nierównym traktowaniem wykonawców poprzez uprzywilejowanie wykonawców powołujących się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu na zasoby tzw. podmiotu trzeciego (którzy mają więcej niż jedną szansę uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia określonego warunku udziału w Postępowaniu), a w konsekwencji gorsze traktowanie wykonawców samodzielnie wykazujących spełnienie warunków udziału w Postępowaniu (którzy mają możliwość wyłącznie jednokrotnego uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia określonego warunku udziału w Postępowaniu).

Przedstawiona powyżej wykładnia regulacji art. 22a ust. 6 oraz 26 ust. 3 ustawy Pzp znajduje również potwierdzenie w stanowisku Urzędu Zamówień Publicznych, wyrażonym w opinii, na którą powoływał się Odwołujący, pt. „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych” ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)). Jak między innymi wskazano w ww. opinii „(...) regulacja wyrażona w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest jedyną regulacją określającą w sposób kompleksowy zasady wezwania o uzupełnienie dokumentów w przedmiocie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia (niezależnie, czy dotyczą one wykonawcy samodzielnie wykazującego ich spełnienie i brak podstaw do wykluczenia, czy też wykonawcy wykazującego spełnienie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego). (...) W kontekście regulacji z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, analizowany 22a ust. 6 ustawy Pzp może zatem jedynie określać sposób wykonania obowiązku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wobec wykonawców, którzy wykazują spełnienie warunków przy pomocy zasobów podmiotów trzecich. (...) Wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu podmiotu trzeciego, może, albo,

dokonać stosownego uzupełnienia dokumentu dotyczącego podmiotu trzeciego zgłoszonego pierwotnie, albo, skorzystać z dyspozycji art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, tj. na okoliczność wezwania zmienić podmiot trzeci na inny lub samodzielnie spełnić warunek w zakresie udostępnianego zasobu. Nie jest to jednak instytucja nowa w systemie zamówień publicznych – możliwość zmiany podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci lub samodzielne wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunku w zakresie objętym zasobem podmiotu trzeciego istniała także przed nowelizacją ustawy Pzp. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie dubluje zatem zasady dotyczącej uzupełniania dokumentów z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie ingeruje w nią i nie stanowi odrębnej regulacji względem tej zasady. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp – nie stanowi zatem także o możliwości dalszego badania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia ponad to na co przyzwala art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (reguła jednokrotnego wezwania o dany dokument). W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych nie jest zasadna interpretacja, która skutkuje rozszerzeniem podstaw prawnych regulujących zagadnienie uzupełniania dokumentów, w szczególności w zakresie zasady jednokrotnego uzupełniania dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykładnia systemowa nie pozwala bowiem na przyjęcie, że art. 22a ust. 6 ustawy Pzp stanowi nową przesłankę uzupełniania dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób inny niż przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Art. 22a ustawy Pzp dotyczy udziału podmiotów trzecich w postępowaniu, a nie uzupełniania dokumentów.”

Mając zatem na uwadze, iż w analizowanej sprawie Zamawiający po wystosowaniu do Przystępującego wezwań o uzupełnienie dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c) A SIWZ w związku ze stwierdzeniem nieprawidłowości dotyczących oświadczenia o zobowiązaniu PER AARSLEFF A/S, a zatem po stwierdzeniu niewykazania ww. warunku udziału w Postępowaniu dał Przystępującemu dodatkową szansę przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie tego warunku – stanowiło w ocenie Izby naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zaniechanie wykluczenia Przystępującego z Postępowania po stwierdzeniu niewykazania przez niego spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c) A SIWZ, co miało miejsce w wyniku negatywnej oceny dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (z dnia 4 kwietnia 2019 r. jako uzupełniające wezwanie do wezwania z dnia 5 lutego 2019 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) stanowiło naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Wskazane powyżej zarówno działanie (wielokrotne wezwanie) jak i zaniechanie (wykluczenia) stanowiły jednocześnie naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w sposób uprzywilejowany potraktował jednego z wykonawców, tj. Przystępującego, dając mu więcej niż jedną możliwość wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c) A SIWZ, w sytuacji gdy każda

wykonawca – bez względu na to czy samodzielnie wykazuje spełnianie warunku udziału w postępowaniu czy też powołuje się w tym zakresie na zasoby podmiotu trzeciego – powinien mieć tylko jedną szansę uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie danej okoliczności. Należy przy tym zauważyć, iż zalecane jest, aby w treści wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów dotyczących powoływania się na zasoby tzw. podmiotu trzeciego zamawiający wskazywali również regulację art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, niemniej jednak nieuczynienie powyższego nie może skutkować zaakceptowaniem oczywistego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, w sytuacji gdy możliwe działanie wykonawcy w sytuacjach określonych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przy powoływaniu się na potencjał podmiotu trzeciego wynika wprost z przepisu ustawy Pzp (art. 22a ust. 6 ustawy Pzp). Jak wskazano w ww. opinii Urzędu Zamówień Publicznych „przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp jedynie doprecyzowuje możliwe działania wykonawcy w sytuacjach określonych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przy powoływaniu się na potencjał podmiotu trzeciego”. Nie można przy tym zgodzić się ze stwierdzeniem zawartym w odpowiedzi na odwołanie, iż „dopiero wezwanie z dnia 4 kwietnia 2019 r. wykazało Zamawiającemu, iż powołując się na zasób podmiotu trzeciego PER AARSLEFF A/S ww. wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Wcześniej nie był znany Zamawiającemu fakt wadliwego umocowania pełnomocników, a Wykonawcy AARSLEFF nie była znana okoliczność polegająca na tym, iż Zamawiający negatywnie ocenia skuteczność udostępnienia zasobu przez ww. podmiot trzeci.” Negatywna ocena Zamawiającego co do pierwotnie złożonego przez Przystępującego oświadczenia tzw. podmiotu trzeciego i związana z tym konieczność wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika bowiem w sposób nie budzący wątpliwości z treści pierwszego wezwania z dnia 5 lutego 2019 r. Okoliczność, iż wykonawca decyduje się w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnić dokumenty dotyczące pierwotnie wskazanego tzw. podmiotu trzeciego (tj. nie korzysta z możliwości zastąpienia tego podmiotu innym), nie może skutkować przyznaniem mu dodatkowej możliwości uzupełnienia dokumentów poprzez złożenie w następnej kolejności dokumentów dotyczących nowego podmiotu, o którym mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp (tzw. podmiot trzeci).

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż kolejne umożliwienie Wykonawcy AARSLEFF wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdz. V pkt 1 ppkt 2 lit. c) A SIWZ poprzez wystosowanie wezwania z dnia 10 maja 2019 r. na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp było nieuprawnione i w konsekwencji za niecelowe uznała odnoszenie się do wskazywanych w odwołaniu okoliczności dotyczących dokumentów, które zostały złożone w odpowiedzi na to wezwanie (dot. Korporacji Budowlanej DORACO), a co nie powinno w ogóle mieć miejsca w ramach Postępowania.

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego nieuprawnionego łączenia potencjału (zasobów) dwóch podmiotów na gruncie wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdz. V pkt 1 ppkt 2 lit. c) A SIWZ należy wskazać na postanowienie zawarte w rozdz. V pkt 3 lit. b) SIWZ. Zgodnie z tym postanowieniem w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunki, o których mowa w rozdz. V pkt 1 ppkt 2) SIWZ zostaną spełnione wyłącznie jeżeli jeden z wykonawców wykaże, że samodzielnie spełnia warunek określony w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c) A SIWZ. W ocenie Izby w ww. postanowieniu SIWZ został przez Zamawiającego wyrażony niepodzielny charakter warunku określonego w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c) A SIWZ – warunek ten musi spełniać samodzielnie jeden podmiot. Nie ma istotnego znaczenia fakt, iż ww. postanowienie odnosi się do sytuacji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a nie sytuacji powoływania się na zasoby tzw. podmiotu trzeciego. Skoro bowiem została w nim wyrażona zasada, iż warunek ten musi spełniać samodzielnie jeden podmiot, to dotyczy to tak samo sytuacji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak i sytuacji powoływania się na zasoby tzw. podmiotu trzeciego. W związku z tym podniesiony w tym zakresie zarzut Izba uznała za zasadny. Powyższe nie miało jednak w ocenie Izby znaczenia w odniesieniu do stwierdzonego przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp w związku z niezachowaniem zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów i zaniechaniem wykluczenia Przystępującego z Postępowania. Wymaga bowiem podkreślenia, iż Zamawiający i Przystępujący w toku Postępowania konsekwentnie i niezmiennie stali na stanowisku, iż w ramach wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c) A SIWZ możliwe jest łączenie potencjału dwóch podmiotów w przypadku powoływania się na zasoby podmiotu, o którym mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, dopuszczając w ten sposób do umożliwienia Przystępującemu uzupełniania dokumentów na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu. Powyższe stanowi stan rzeczy, jaki zaistniał w Postępowaniu, w pełni zgodny z wolą zarówno Zamawiającego jak i Przystępującego, którzy nie kwestionowali na żadnym etapie Postępowania, jak i postępowania odwoławczego (przedmiotowy zarzut został przez te podmioty uznany za niezasadny), prawidłowości wystosowanych przez Zamawiającego do Przystępującego wezwań w sprawie uzupełnienia dokumentów na potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c) A SIWZ. Uwzględniając ww. stanowiska Zamawiającego i Przystępującego taki stan rzeczy Izba obowiązana była przyjąć na gruncie rozpoznawanej sprawy.

II. Zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezasadne przyjęcie przez Zamawiającego, że Wykonawca AARSLEFF skutecznie zastrzegł jako tajemnicę

przedsiębiorstwa informacje załączone do wyjaśnień z dnia 12 lutego 2019 r., tj. umowę współpracy.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W celu skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wymagane jest zatem jednoczesne wykazanie przez wykonawcę wystąpienia przesłanek składających się na definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartą w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Jak wynika z przywołanego powyżej przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek przekonywującego i terminowego wykazania, iż zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreśla się, iż „wykazać” oznacza coś więcej niż tylko „wyjaśnić”. Przykładowo, w wyroku z dnia 23 marca 2017 r. KIO 421/17 Izba stwierdziła: „W tym zakresie Izba stoi na stanowisku, że wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Nie będą zatem spełniać przesłanki z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone, twierdzenia (często zresztą powtarzające się w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia), że zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawcy, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadają znaczną wartość gospodarczą, itd.”

Takie właśnie ogólnikowe, niczym nie potwierdzone twierdzenia zostały przez Wykonawcę AARSLEFF zawarte w kilku wierszach na stronie 4 pisma z dnia 12 lutego 2019 r. jako uzasadnienie zastrzeżenia treści umowy o świadczenie usług zawartej pomiędzy Przystępującym a PER AARSLEFF A/S. W szczególności wymaga wskazania, iż Przystępujący nawet nie wyjaśnił charakteru zastrzeganych informacji, co w pierwszej kolejności winien uczynić w związku z obowiązkiem wynikającym z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k, ograniczając się do nader ogólnego stwierdzenia, iż przedmiotowa umowa zawiera tajemnice handlowe i organizacyjne dotyczące posiadanych zasobów i warunków współpracy w ramach grupy kapitałowej, a informacje te posiadają wartość gospodarczą i handlową. Poza powyższą informacją Przystępujący jeszcze wskazał, iż informacje te nie są przez strony umowy ujawniane lub informowanie o elementach jej treści obwarowane jest zastrzeżeniem o tajemnicy przedsiębiorstwa i koniecznością zachowania poufności. Ww. uzasadnienie kończy się podsumowującym stwierdzeniem Przystępującego,

iż „Powyższe wyjaśnienia wypełniają dyspozycję art. 8 ust. 3 ustawy Pzp skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i wnosimy o jej nieujawnianie.”

Mając na uwadze wskazane powyżej uzasadnienie przedstawione w piśmie z dnia 12 lutego 2019 r. Izba stwierdziła, iż Przystępujący nawet nie podjął próby wykazania, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to należało zatem uznać za nieskuteczne. W konsekwencji Izba uznała, iż potwierdził się postawiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie nakazywała jednak Zamawiającemu udostępnienia umowy o świadczenie usług zawartej pomiędzy Przystępującym a PER AARSLEFF A/S, tj. zgodnie ze sformułowanymi w tym zakresie przez Odwołującego zarzutem oraz związanym z nim żądaniem, jako zawartymi w odwołaniu na wypadek nieuwzględnienia podstawowych zarzutów odnoszących się do zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z Postępowania Wykonawcy AARSLEFF. Nakazanie Zamawiającemu ujawnienia ww. umowy – wobec uwzględnienia przez Izbę ww. zarzutów odnoszących się do zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z Postępowania Wykonawcy AARSLEFF - stanowiłoby zatem wyjście ponad żądania Odwołującego określone w treści odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....