

Sygn. akt: KIO 945/11

WYROK

z dnia 20 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Action S.A. w Warszawie** oraz **BMCG sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Energa Operator S.A. w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **Logon S.A. w Bydgoszczy**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu, w tym wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy **Logon S.A. w Bydgoszczy**,

2. kosztami postępowania obciąża **Energa Operator S.A. w Gdańsku** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Action S.A. w Warszawie** oraz **BMCG sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Energa Operator S.A. w Gdańsku** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Action S.A. w Warszawie** oraz **BMCG sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych) 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Energa Operator S.A. w Gdańsku prowadzi postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej stosując odpowiednio przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dotyczące udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie. Przedmiotem postępowania jest dostawa oraz uruchomienie infrastruktury licznikowej dla Energa Operator S.A. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2011/S 247-377831 w dniu 21 grudnia 2010 r.

W dniu 22 kwietnia 2011 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty elektronicznej wykonawcy wykonawcom wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Action S.A. w Warszawie oraz BMCG sp. z o.o. w Warszawie zwanym dalej „odwołującym” zawiadomienie o wynikach oceny ofert. Zgodnie z ww. zawiadomieniem zamawiający wybrał jako najkorzystniejsze trzy oferty złożone przez:

Logon S.A. w Bydgoszczy,

Unia sp. z o.o. w Warszawie i Infover S.A. w Kielcach,

T-matic Systems sp. z o.o. w Warszawie i Arcus S.A. w Warszawie.

Poinformował, że ww. oferty uzyskały odpowiednio: 88,31 pkt, 84,72 pkt, 26,19 pkt.

Zawiadomił także, że oferta odwołującego została sklasyfikowana na czwartym miejscu uzyskując 22,82 pkt.

Wobec zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy Logon S.A. w Bydgoszczy oraz zaniechania odrzucenia tego wykonawcy oferty odwołujący wniósł w dniu 2 maja 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- a) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Logon S.A. w Bydgoszczy, zwanego dalej „przystępującym”, pomimo, że złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania i nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- b) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego jako niezgodnej z ustawą,
- c) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty odwołującego,
- d) innych przepisów wynikających pośrednio i bezpośrednio z treści odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że w jego ocenie przystępujący powołał się na potencjał podmiotu trzeciego (SAGEMCOM Energy & Telecom SAS) dla pozoru. W istocie nie będzie korzystał ze współpracy z nim w trakcie zamówień realizacyjnych, co przyznał odmawiając przedstawienia dokumentów dotyczących nie podlegania wykluczeniu przez podmiot trzeci. Wywodził, że zamawiający zaniechał wykluczenia przystępującego z postępowania, pomimo, że wykonawca ten przyznał, że nie zamierza korzystać z udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy i odmówił przedstawienia dokumentów dotyczących niepodlegania wykluczeniu przez podmiot trzeci na którego potencjał techniczny się powoływał.

Podnosił, iż zamawiający w przedmiotowym postępowaniu żądał wykazania się doświadczeniem w postaci wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- co najmniej jednej dostawy o wartości przynajmniej 1 mln PLN netto, w ramach której wykonane zostały:

- a) dostawa liczników energii elektrycznej i koncentratorów,
- b) dostawa i instalacja oprogramowania narzędziowego służącego do parametryzacji i odczytów liczników energii elektrycznej i koncentratorów,
- c) świadczenie usługi konsultacji technicznych w zakresie korzystania z przedmiotu dostaw, oraz

- dostaw lub dostawy co najmniej 100.000 liczników energii elektrycznej w okresie 12 miesięcy.

Zwracał uwagę, że przystępujący wraz z ofertą nie złożył żadnych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Dopiero w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia tych dokumentów przedstawił wykaz dostaw wraz z referencjami oraz zobowiązanie do udostępnienia zasobów - opieczętowne przez firmę Sagemcom Energy & Telecom SAS i podpisane przez Dyrektora Zarządzającego Erica Rieul.

Podkreślał, że w tym samym piśmie przystępujący odmówił przedstawienia dokumentów dotyczących nie podlegania wykluczeniu przez podmiot trzeci - Sagemcom Energy & Telecom SAS - wskazując, że nie zamierza korzystać z udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Podnosił, iż wykonawca odmówił przedstawienia ww. dokumentów, pomimo obowiązku wynikającego z pkt V 1.3) 3 ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którym *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, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wykonawca obowiązany jest załączyć do oferty dokumenty*

określone w sekcji III.2.1) w pkt 4.), dział XIV pkt 8 SIWZ (str. 22 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia).

Podnosił, że przystępujący w sposób nieuprawniony wskazał kilka wyroków Krajowej Izby Odwoławczej. W orzeczeniach tych składy orzekające wskazywały jedynie, że niekonieczna dla korzystania z potencjału podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 26 ust. 2b jest forma podwykonawstwa. Natomiast, w jego ocenie wykonawca powołując się na potencjał podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp musi przedstawić dokumenty dotyczące tego podmiotu jeśli zamierza współpracować z tym wykonawcą w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia, niekoniecznie w formie podwykonawstwa.

Odwołujący zwracał uwagę, że przystępujący złożył dodatkowe wyjaśnienia w dniu 20.04.2011r. - wskazując, że Sagemcom Energy & Telecom SAS nie będzie wykonywał żadnych świadczeń na rzecz zamawiającego - co wskazuje na pozorność powołania się na doświadczenie tego podmiotu. Następnie przystępujący wskazał, że będzie korzystał z tych zasobów szkoląc swoje kadry pod nadzorem specjalistów z SAGEMCOM Energy & Telecom SAS oraz, że Logon S.A. będzie miał dostęp do dokumentacji technicznych należących do SAGEMCOM Energy & Telecom SAS. W ocenie odwołującego, tego rodzaju stwierdzenia mają charakter ogólny i wskazują bezpośrednio na pozorność powołania się na doświadczenie SAGEMCOM Energy & Telecom SAS.

Podnosił, że odwołujący nie wykazał w sposób przekonujący, że podmiot trzeci uczestniczył będzie w realizacji zamówienia, pomimo, iż na takie uczestnictwo się powoływał. Tym samym zasadne było wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz odrzucenie jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wskazywał, że z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wynika, że udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, szczególnie takich, które nierozzerwalnie związane są z podmiotem udostępniającym (takim zasobem z pewnością jest wiedza i doświadczenie) musi mieć charakter realny, tj. gwarantować faktyczne przekazanie zasobu i łączyć się z określonym zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w wykonywanie zamówienia.

Podkreślał również, że z powodu niezłączenia dokumentów dotyczących niepodlegania wykluczeniu podmiotu trzeciego - Sagemcom Energy & Telecom SAS nie wiadomo, czy osoba podpisująca zobowiązanie podmiotu trzeciego ma prawo je podpisywać.

Podnosił, że w poz. 3 wykazu zamówień przystępujący powołał się na referencje nie należące do Sagemcom Energy & Telecom SAS, ale do innej spółki -Sagemcom SAS, która istnieje i jest odrębnym podmiotem w stosunku do Sagemcom Energy & Telecom SAS. Ponadto przystępujący w pisemnych wyjaśnieniach udzielonych zamawiającemu z dn. 19.04. 2011 r. złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania

stwierdzając, że Sagemcom Energy & Telecom SAS i Sagemcom SAS, to te same podmioty, podczas gdy w rzeczywistości są to dwa odrębne podmioty.

Odwołujący podnosił, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnień ww. wątpliwości przystępujący nie przedstawił oświadczenia podmiotu udzielającego przedmiotowej referencji - tj. Elektronska Industrija NISEI PCB Factory d.o.o., o tym, że zamówienie wykonał podmiot Sagemcom Energy & Telecom SAS, ale jedynie oświadczenie Sagemcom Energy & Telecom SAS, który w ten sposób sam potwierdził sobie należyte wykonanie zamówienia. Tymczasem - Spółka Sagemcom SAS istnieje i jest odrębnym podmiotem w stosunku do SAGEMCOM Energy & Telecom SAS. Wywodził, że referencje zostały wystawione dla spółki Sagemcom SAS, a nie dla SAGEMCOM Energy & Telecom SAS.

W oparciu o przytoczoną w odwołaniu argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako drugiej w kolejności,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym m.in. wykluczenia przystępującego i odrzucenia jego oferty,
- 3) dokonanie czynności wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedź zamawiającego na pytania z dnia 28 stycznia 2011 r., ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego z dnia 15 marca 2011 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego, pismo przystępującego z dnia 21 marca 2011r., wezwanie zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2011 r. do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wyjaśnienie przystępującego z dnia 20 kwietnia 2011 r., zawiadomienie o wynikach oceny ofert z dnia 22 kwietnia 2011 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe odwołującego, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:

Zamawiający - Energa Operator S.A. w Gdańsku prowadzi postępowanie w celu zawarcia umowy ramowej stosując odpowiednio przepisy ustawy Pzp, dotyczące udzielania

zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiotem postępowania jest dostawa oraz uruchomienie infrastruktury licznikowej dla Energa Operator S.A. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający zgodnie z art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dokonał opisu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wykonawców niezbędnej wiedzy i doświadczenia w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Zgodnie z postanowieniem pkt 1 Działu XIII SIWZ (Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełnienia) *W postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:*

1.1. posiadania wiedzy i doświadczenia związanego z przedmiotem zamówień realizacyjnych i proporcjonalnego do przedmiotu zamówień realizacyjnych, tj. jeżeli w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonali:

1.1.1. co najmniej jedną dostawę o wartości przynajmniej 1 mln PLN netto, w ramach której wykonane zostały:

- a) dostawa liczników energii elektrycznej i koncentratorów,*
- b) dostawa i instalacja oprogramowania narzędziowego służącego do parametryzacji i odczytów liczników energii elektrycznej i koncentratorów,*
- c) świadczenie usługi konsultacji technicznych w zakresie korzystania z przedmiotu dostaw opisanych w pkt 1.1.1.a i b*

oraz

1.1.2. dostawę lub dostawy co najmniej 100.000 liczników energii elektrycznej w okresie 12 miesięcy.

Zgodnie z pkt 4 Działu XIV SIWZ, wykonawcy w celu potwierdzenia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zobowiązani byli złożyć wykaz wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 4); a także dokumenty potwierdzające, że te dostawy zostały wykonane należycie.

Ustalono ponadto, zgodnie z pkt 1 Działu XIV SIWZ zamawiający określił, jakie dokumenty ma obowiązek złożyć wykonawca w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że w myśl pkt 8 Działu XIV SIWZ 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, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia realizacyjnego, Wykonawca obowiązany jest załączyć do oferty:

dotyczące tych podmiotów dokumenty określone w tabeli znajdującej się w punkcie 1 (Działu XIV) [Podstawy wykluczenia Wykonawców z art. 24 ust. 1 ustawy], a jeśli w skład organów podmiotu mającego siedzibę na terytorium RP wchodzi osoby mające miejsce zamieszkania poza terytorium RP – zamiast dokumentów określonych w pkt 6 tabeli znajdującej się w punkcie 1 – należy złożyć odpowiednie dokumenty określone w tabeli znajdującej się w punkcie 2 [Dokumenty składane przez wykonawców, którzy mają siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, dotyczące osób, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, mających miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej].

lub – jeżeli podmiot udostępniający zasoby ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - odpowiednie dokumenty określone w punkcie 3 [Dokumenty składane przez wykonawców, którzy mają siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w celu potwierdzenia, że nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 Ustawy].

Ponadto, stosownie do pkt 9 Działu XIV SIWZ, Jeżeli wykonawca, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, będzie polegać na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia realizacyjnego lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, to wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia realizacyjnego, 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 realizacyjnego (zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 6 do SIWZ).

W dniu 28 stycznia 2011 r., w trakcie postępowania, zamawiający odpowiadając na pytanie jednego z wykonawców o treści:

W Dziale XIV SIWZ w punkcie 9 zamawiający wymaga, aby w przypadku polegania na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów wykonawca przedłożył pisemne zobowiązanie tych podmiotów zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ.

*Prosimy o wyjaśnienie jakich informacji oczekuje zamawiający w przypadku udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenia. Innymi słowy, jakie informacje ma podać podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie w oświadczeniu, po słowach: „zobowiązuję się do oddania do dyspozycji _____** zasobów niezbędnych na okres korzystania z nich przy wykonywaniu Zamówień Realizacyjnych, tj.: _____ „ ?*

udzielił odpowiedzi:

W świetle opinii zamieszczonej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych - „Warunki dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b ustawy - prawo zamówień publicznych)”, powołanie się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie (referencje) podmiotów trzecich możliwe będzie zatem tylko w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca).

Zamawiający nie może wskazać na konkretne zasoby, które mogą być udostępnione wykonawcy przez podmiot trzeci w celu powołania się przez wykonawcę na wiedzę i doświadczenie tego podmiotu, ponieważ udział w wykonaniu zamówienia przez podmiot trzeci może być realizowany w różnych formach (udostępnienia osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, udostępnienia potencjału technicznego itp.). Zamawiający oczekuje natomiast, że w przedmiotowym oświadczeniu podmiot udostępniający określi jaką wiedzę i doświadczenie udostępni wykonawcy.

Ustalono także, że przystępujący nie złożył wraz z ofertą wykazu dostaw ani dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych zamówień.

Na skutek ww. ustalenia, pismem z dnia 15 marca 2011 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do uzupełnienia wykazu zamówień, potwierdzającego, że wykonawca posiada doświadczenie określone w dziale XIII pkt 1.1 SIWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie wykazanych zamówień.

Przystępujący pismem z dnia 21 marca 2011 r. złożył wykaz dostaw wraz z referencjami. W wykazie wykazał realizację następujących zamówień:

- 1) zamówienia polegającego na dostawie liczników energii elektrycznej i koncentratorów oraz dostawę i instalację oprogramowania narzędziowego do parametryzacji i odczytów liczników energii elektrycznej i koncentratorów, świadczenie usługi konsultacji technicznych w zakresie korzystania z ww. przedmiotu zamówienia o wartości 250.000 Euro na rzecz ESB, Dublin, Irlandia,

- 2) zamówienia polegającego na dostawie liczników energii elektrycznej o wartości 400.000 Euro na rzecz Iberdrola, Bilbao, Hiszpania,
- 3) zamówienia polegającego na dostawie liczników energii elektrycznej o wartości 100.000 Euro na rzecz Union Fenosa S.A., Madrid, Hiszpania
- 4) zamówienia polegającego na dostawie ponad 100.000 liczników energii elektrycznej w okresie 12 miesięcy na rzecz Elektronska Industrija – Nisei PCB Factory d.o.o., Nis, Serbia

Do wykazu załączył listy referencyjne:

- 1) wystawione przez ESB dla Sagemcom SAS,
- 2) wystawione przez Iberdrola dla Sagemcom Energy & Telecom SAS,
- 3) Wystawione przez Union Fenosa dla Sagemcom Energy & Telecom SAS,
- 4) Wystawione przez Elektronska Industrija – NIS EI PCB Factory d.o.o. dla Sagemcom SAS.

Przystępujący złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego wystawione przez Sagemcom Energy & Telecom SAS do udostępnienia przystępującemu zasobu wiedzy i doświadczenia, podpisane przez Dyrektora Zarządzającego Erica Rieul.

Wyjaśnił, iż nie składa dokumentów potwierdzających brak przesłanek wykluczenia z postępowania dla podmiotu trzeciego, gdyż nie będzie on brał udziału w realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 18 kwietnia 2011 r. działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający zwrócił się do przystępującego z prośbą o wyjaśnienie:

- czy Sagemcom Energy&Telecom SAS weźmie udział w realizacji zamówień realizacyjnych w roli innej, niż podwykonawca, a jeżeli tak, to na czym ma polegać ta rola i w jaki sposób ma dojść do udostępnienia doświadczenia,
- czy Sagemcom SAS i Sagemcom Energy&Telecom SAS, o których mowa wykazie i referencjach przedłożonych przez wykonawcę, to ten sam podmiot czy dwa różne podmioty,
- czy zamówienia opisane w wykazie zostały wykonane przez Sagemcom SAS czy Sagemcom Energy&Telecom SAS?
- czy referencje wystawione przez ESB i Elektronska Industrija, przedłożone przez wykonawcę wraz z wykazem zamówień, zostały wystawione dla Sagemcom SAS czy Sagemcom Energy&Telecom SAS?

Pismem z dnia 20 kwietnia 2011 r. przystępujący wyjaśnił, że Sagemcom Energy & Telecom SAS nie weźmie udziału jako jego podwykonawca w realizacji zamówień realizacyjnych, w związku z tym nie będzie on wykonywał żadnych świadczeń na rzecz zamawiającego. Wskazał, że będzie korzystał z zasobów wiedzy i doświadczenia szkoląc swoje kadry pod nadzorem specjalistów z Sagemcom Energy & Telecom SAS. Dodał, że

będzie miał dostęp do dokumentacji technicznych należących do Sagemcom Energy & Telecom SAS. Przez cały czas trwania projektu Sagemcom Energy & Telecom SAS może doradzać przystępującemu we wszystkich kwestiach związanych z realizacją projektu.

Wyjaśnił, że Sagemcom SAS i Sagemcom Energy & Telecom SAS, o których mowa w wykazie i referencjach przedłożonych przez przystępującego to ten sam podmiot - Sagemcom Energy & Telecom SAS. Nazwa Sagemcom użyta została jako skrót nazwy firmy. Precyzował, że wszystkie zamówienia opisane w wykazie zostały wykonane przez Sagemcom Energy & Telecom SAS. Wskazywał, że referencje udzielone przez ESB i Elektronska Industrija, zostały wystawione dla Sagemcom Energy & Telecom SAS.

Do ww. pisma przystępujący załączył oświadczenie Sagemcom Energy & Telecom SAS z 19 kwietnia 2011 r., zgodnie z którym wszystkie referencje dotyczą Sagemcom Energy & Telecom SAS, pomimo tego, iż w niektórych z nich użyta została nazwa skrócona Sagemcom SAS.

Zamawiający wniósł w dniu 31 maja 2011 r. odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący w dniu 19 maja 2011 r. przesłał pismo procesowe, odnoszące się do argumentacji zamawiającego podniesionej w odpowiedzi na odwołanie. Do ww. pisma załączył odpis z francuskiego rejestru dla spółki Sagemcom SAS i odpis z rejestru dla spółki Sagemcom Energy & Telecom SAS

Przystępujący w dniu 16 maja 2011 r. złożył pismo procesowe, do którego załączył:

- 1) oświadczenie wystawione przez Elektronska Industrija z dnia 10 maja 2011 r., zgodnie z którym użyty przez nią w liście referencyjnym skrót Sagemcom SAS odnosi się do Sagemcom Energy & Telecom SAS,
- 2) oświadczenie wystawione przez ESB, zgodnie z którym użyty przez nią w liście referencyjnym skrót Sagemcom SAS odnosi się do Sagemcom Energy & Telecom SAS,
- 3) oświadczenie Sagemcom Poland sp. z o.o. w Warszawie, iż Sagemcom SAS jest firmą finansową posiadającą 100% udziałów i zarządzającą firmami Sagemcom Documents SAS, Sagemcom Broadband SAS, Sagemcom Energy & Telecom SAS i nie zajmuje się działalnością produkcyjną i usługową, a także nie realizuje dostaw,
- 4) pełnomocnictwo Sagemcom Energy & Telecom SAS dla Pana Erica Rieul o delegowaniu na niego wszystkich uprawnień w imieniu Sagemcom Energy & Telecom SAS.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Ewentualne niezasadne zaniechanie dokonania czynności wykluczenia z postępowania przystępującego, który złożył jedną z trzech ofert wybranych jako najkorzystniejsze, w sytuacji, gdy oferta odwołującego została sklasyfikowana na czwartym miejscu, uniemożliwia odwołującemu zawarcie umowy ramowej i w konsekwencji uzyskania zamówienia realizacyjnego, a tracąc tę możliwość, może ponieść szkodę. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp

Przystępujący wykazując spełnianie opisanego przez zamawiającego w pkt 1 Działu XIII SIWZ warunku udziału w postępowaniu oparł się wyłącznie na wiedzy i doświadczeniu, udostępnionej przez podmiot trzeci na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp.

Zamawiający, stosownie do postanowienia pkt 9 Działu XIV SIWZ specyfikacji powtórzył brzmienie regulacji art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Zamawiający dodatkowo sprecyzował w odpowiedzi na pytanie z dnia 28 stycznia 2011 r., jak należy potraktować w przedmiotowym postępowaniu wykazywanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sytuacji powołania się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego, wyjaśniając, iż powołanie to musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Wyjaśnił, że powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie (referencje) podmiotów trzecich możliwe będzie zatem tylko w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca).

Nie podzielono w tym zakresie argumentacji zaprezentowanej przez Zamawiającego na rozprawie, iż przytoczona odpowiedź odnosiła się jedynie do treści samego dokumentu zobowiązania. Przeczy temu jej wyraźne brzmienie, gdzie wskazano, że powołanie to musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą wykorzystywane przy realizacji zamówienia, a ponadto, że podmiot trzeci ma brać udział w realizacji zamówienia, co do zasady jako podwykonawca.

Stosownie do brzmienia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp *„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 nim 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 wykonywaniu zamówienia.”

Przywoływany przepis, wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. W przepisie tym wskazuje się dwukrotnie, iż zasoby te mają być niezbędne do realizacji zamówienia. Niezbędność ta nie dotyczy zatem złożenia jedynie samych referencji podmiotu trzeciego, potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia w celu złożenia oferty, ale konieczności zapewnienia sobie przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia potrzebnych do wykonania zamówienia. Powyższe oznacza, iż regulacja przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp związana się nierozłącznie z obowiązkiem wykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Z kolei przepis art. 22 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; posiadania wiedzy i doświadczenia; dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; sytuacji ekonomicznej i finansowej. Regulacja ta służy wykazaniu zamawiającemu, iż zamówienie uzyskają wykonawcy, którzy ze względu na swój potencjał techniczny, ekonomiczny, finansowy, posiadane uprawnienia, wiedzę i doświadczenie będą w stanie należycie wykonać zamówienia.

Nadto, stosownie do przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać stosownymi dokumentami, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Na uwagę zasługuje okoliczność, iż stosownie do art. 26 ust. 2b w sytuacji korzystania przez wykonawcę z możliwości posiłkowania się zasobami innego podmiotu, obowiązek wykazania przez wykonawcę spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ustawy został wzmocniony poprzez obowiązek udowodnienia (por. Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów, Aleksandra Sołtysińska, Grzegorz Wicik, kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 4/2009, str. 10-34).

Przedmiotem tego udowodnienia jest uzyskanie przez wykonawcę od podmiotu trzeciego zasobu stanowiącego wiedzę i doświadczenie, a nie jedynie uzyskanie samych dokumentów referencji. Udowodnienie, o którym mowa w analizowanym przepisie powinno obejmować wykazanie zarówno, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go

posiada, że zasób ten odpowiada swym zakresem warunkowi postawionemu przez zamawiającego, że nastąpi jego bezwarunkowe oddanie wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie na czas i w celu realizacji tego zamówienia.

Na uwagę zasługuje fakt, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty. Innymi słowy, zamawiający musi upewnić się, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia. *„Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwyczajnie oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia.”* „Przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia.” (orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari). Trybunał w orzeczeniu tym wskazywał ponadto, że ciężar wykazania, że wykonawca faktycznie może korzystać przy wykonywaniu zamówienia z udostępnionych mu zasobów obciąża wykonawcę, który na takie udostępnienie się powołuje. *„Jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia.”*

Ponadto, podnieść należy, że jeżeli przedmiotem udostępnienia na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp są zasoby takie jak wiedza i doświadczenie wymagane dla realizacji zamówienia, to wskazane zobowiązanie powinno uwzględniać charakter tego zasobu i okoliczność, że nie jest możliwe przeniesienie czy udostępnienie wiedzy lub doświadczenia bez osobistego uczestnictwa podmiotu w realizacji przyszłego zamówienia. Wiedza i doświadczenie są zasobami ze swej istoty nierozzerwalnie związanymi z podmiotem ich

udzielającym, których samodzielny obrót i dalsze udzielenie bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia jest ze swej natury niemożliwy. Zauważyć należy bowiem, że wiedza i doświadczenie są niematerialnymi elementami przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ KC. W orzecznictwie akcentuje się, że przeniesienie elementów niematerialnych przedsiębiorstwa może nastąpić wyłącznie poprzez zbycie całości lub co najmniej zorganizowanej części przedsiębiorstwa zdolnej do dalszego prowadzenia w niezmienionym zakresie (orzeczenie SN z 10.1.1972 r., I CR 359/71, OSPiKA 1972, z. 12, poz. 232, wyrok Sądu Najwyższego z 17.10.2000 r., sygn. akt I CKN 850/98, LEX Nr 50895, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2003r. sygn. akt IV CKN 51/01). W piśmiennictwie odnośnie pojęcia zasobu „wiedzy i doświadczenia”, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje się, że: *„Tak w doktrynie, jak i w orzecznictwie nie wyróżnia się składnika niematerialnego przedsiębiorstwa w postaci „wiedzy i doświadczenia”. Wydaje się jednak, że nie ma przeszkód, ażeby uznać, iż zwrot niedookreślony, który stanowi „wiedza i doświadczenie”, mieści w sobie wymienione powyżej składniki niematerialne przedsiębiorstwa. W szczególności pojęcie „wiedza” zawiera tak know-how, jak i tajemnice przedsiębiorstwa. Przez doświadczenie należy natomiast rozumieć wcześniejsze świadczenie usług na bazie przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym, które pokrywają się z usługami objętymi postępowaniem o zamówienie publiczne. Ścisłe z wyżej wymienionym doświadczeniem łączy się goodwill czy też dobra marka przedsiębiorstwa wykonawcy.”* Wskazuje się dalej, że *„(...) organy stosujące art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy powinny ocenić każdy przypadek indywidualnie, badając in casu, czy doszło do skutecznego nabycia przedsiębiorstwa, tj. czy przeniesione zostały na nabywcę składniki materialne i niematerialne umożliwiające prowadzenie (kontynuowanie) działalności gospodarczej. A zatem Zespół Arbitrów czy też sąd winny w każdym przypadku badać, czy wykonawca „posiada wiedzę i doświadczenie”, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, czyli czy doszło do zbycia składników niematerialnych przedsiębiorstwa, takich jak: tajemnica przedsiębiorstwa i dokumentacja, oraz czy wykonawca dysponuje osobami, które są zdolne nie tyle do wykonania zamówienia, gdyż o tych osobach jest mowa w dalszej części przepisu, ile osobami niezbędnymi do „kierowania” wykonaniem zamówienia. Wymóg doświadczenia będzie natomiast spełniony, jeżeli zbywca prowadził działalność gospodarczą na bazie „zbytego” przedsiębiorstwa w zakresie, który obejmuje zamówienie.”* (G. Jędrsek *Wymóg niezbędnej wiedzy i doświadczenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, kwartalnik *Prawo zamówień publicznych* nr 3(18)2008, s. 75-84).

Skoro oddanie przez podmiot trzeci zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie wymaga uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, ponieważ nierozzerwalnie związane jest z tym zasobem, a zatem także uczestnictwo – w myśl przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp także jest objęte obowiązkiem udowodnienia. Fakt uczestnictwa w wykonaniu

zamówienia musi zostać udowodniony przez wykonawcę, bowiem nie można oddać, ani zobowiązać się do oddania wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału podmiotu udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp istotnie nie wymaga wprost odniesienia się w treści zobowiązania (lub innego dokumentu składanego w celu udowodnienia) do uczestnictwa podmiotu oddającego zasób w postaci wiedzy i doświadczenia w realizacji zamówienia. Zauważyć jednak należy, że użyte przez ustawodawcę w przepisie pojęcie „udowodnienie” ma charakter ogólny i abstrakcyjny. Przepis ten dopuszcza bowiem możliwości polegania na różnego rodzaju zasobach należących do innego podmiotu, a nie tylko na zasobie wiedzy i doświadczenia. Sposób udowodnienia oddania do dyspozycji zasobu jest uzależniony od jego rodzaju a także konkretnych, występujących w sprawie okoliczności faktycznych. Konieczność udowodnienia uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia przykładowo nie będzie konieczna w sytuacji gdy podmiot trzeci odda do dyspozycji wykonawcy na czas realizacji zamówienia swój zasób w zakresie potencjału technicznego w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 3 np. narzędzia, urządzenia niezbędne do realizacji zamówienia. W takim przypadku wymóg uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia nie będzie konieczny i nie będzie objęty obowiązkiem udowodnienia. Zasób taki może być bowiem realnie wykorzystany przy realizacji zamówienia przez samego wykonawcę bez potrzeby wykonywania części zamówienia przez podmiot trzeci. Odmienna sytuacja będzie natomiast miała miejsce w sytuacji korzystania z zasobu wiedzy i doświadczenia. Ponadto, na uwagę zasługuje okoliczność, iż art. 26 ust. 2 b w przeciwieństwie do przepisu art. 26 ust. 2 a odwołuje się do konieczności „udowodnienia” przez wykonawcę polegania na zasobie podmiotu trzeciego, zaś art. 26 ust. 2a ustawy Pzp reguluje instytucję „wykazania” spełniania warunków udziału w postępowaniu i to w zakresie wskazanym przez zamawiającego. W drugim z omawianych przepisów, to zamawiający wskazuje wykonawcy, w jaki sposób i w jakim zakresie ma wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, określając dokumenty jakie należy w tym celu złożyć.

W oparciu o powyższe rozważania należało uznać, że zamawiający jest nie tylko uprawniony ale zobowiązany do oceny, czy na podstawie złożonych przez wykonawców zobowiązań (lub innych odpowiednich dokumentów) nastąpiło udowodnienie dysponowania wymienionym w tym dokumencie zasobem. Tym samym, wykonawca powinien – dla uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu – udowodnić, że na podstawie odpowiedniego, stosownego do charakteru udostępnianego zasobu stosunku prawnego, zasób w momencie rozpoczęcia wykonywania zamówienia będzie posiadał.

Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy stwierdzono, że złożone w piśmie przystępującego z dnia 21 marca 2011 r., zobowiązanie podmiotu trzeciego do

oddania przystępującemu zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia nie pozwala uznać, że wykonawca ten udowodnił zamawiającemu, iż oddano mu wymagane treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wiedzę i doświadczenie. Treść tego zobowiązania wskazuje jedynie, że jego wystawca zobowiązał się do oddania do dyspozycji przystępującego zasobu wiedzy i doświadczenia i przekazał mu referencje potwierdzające doświadczenie. Natomiast treść tego zobowiązania ani żadnego innego dokumentu nie nawiązuje w żadnym stopniu do osobistego uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Odpowiedź w jaki sposób zasób zostanie wykorzystany przy realizacji zamówienia daje dopiero pismo przystępującego z dnia 20 kwietnia 2011t. W piśmie tym przystępujący oświadczył jednoznacznie, że podmiot trzeci tj. Sagemcom Energy & Telecom, na którego zasób w zakresie wiedzy i doświadczenia się powoływał, nie będzie wykonywał żadnych świadczeń na rzecz zamawiającego i nie weźmie udziału w realizacji zamówień realizacyjnych jako podwykonawca.

Powyższe ustalenia prowadziły do wniosku, że udzielenie przez podmiot trzeci przystępującemu wiedzy i doświadczenia nie będzie w żadnym, nawet minimalnym zakresie pociągać za sobą uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Taki stan, w ocenie Izby, stanowi użyczenie jedynie dokumentu w postaci referencji tylko dla formalnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, czemu sprzeciwia się zarówno cel wprowadzenia przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy jak i jego brzmienie (wyrażona w tym przepisie niezbędność do realizacji zamówienia oddanego przez podmiot trzeci zasobu).

Za wypełnienie obowiązku udowodnienia wynikającego z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie może być uznane ogólne oświadczenie przystępującego złożone w przywoływanym piśmie z 20 kwietnia 2011 r., że będzie szkolił swe kadry pod nadzorem specjalistów podmiotu trzeciego i że będzie miał dostęp do dokumentacji technicznych, zaś podmiot trzeci będzie mógł mu doradzać w trakcie realizacji projektu. O ile przyjąć można, że w drodze szkolenia można nabyć wiedzę teoretyczną potrzebną do wykonania zamówienia, o tyle niemożliwym jest w ten sposób nabycie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia. O ile w efekcie nauczania można przekazać teorię, którą można utożsamić z pojęciem „wiedza”, to jednak pojęcie „doświadczenia” odnosi się nie tylko do znajomości praktycznej danego zagadnienia, ale także wynikającą z niej umiejętność reakcji w warunkach zmieniających się okoliczności, której nie da się uzyskać w sposób inny, aniżeli wcześniej osobiście uczestnicząc w podobnych przedsięwzięciach. Doświadczenie to zbiór niewyuczonych, automatycznych reakcji wynikających z już nabytych praktycznych umiejętności. Proces zdobywania praktycznych umiejętności kształtowany jest przez czynnik czasu czego efektem jest biegłość i wprawa przy wykonywaniu określonych czynności wynikająca z uprzedniego wykonywania analogicznych prac. Z pewnością więc przekazywanie wiedzy przez doświadczonych specjalistów podmiotu trzeciego nie spowoduje nabycia wymaganego doświadczenia przez pracowników przystępującego.

Wbrew twierdzeniom przystępującego doświadczenia nie można pozyskać także poprzez sam dostęp do dokumentacji technicznych zawierających instrukcje przygotowane przez pracowników podmiotu trzeciego. Dopiero weryfikacja informacji pozyskanych z tych dokumentacji i zastosowanie ich w praktyce, tj. przy realizacji zamówienia powodować będzie z upływem czasu nabywanie przez przystępującego wymaganego przez zamawiającego doświadczenia. Powyższe oznacza, że w oparciu o wiedzę uzyskaną od specjalistów podmiotu trzeciego w trakcie szkolenia, przystępujący przystąpi do realizacji zamówienia i dopiero w trakcie jego wykonywania, posiłkując się dokumentacją techniczną, nabywać będzie stosowne doświadczenie.

Za udowodnienie, wymagane stosownie do brzmienia przepisu art. 26 ust. 2b nie można uznać również samego twierdzenia przystępującego, że specjaliści podmiotu trzeciego mogą mu doradzać w trakcie realizacji zamówienia. Okoliczność ta nie świadczy jeszcze o uczestnictwie podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia, co podnosił sam przystępujący. Ponadto, na uwagę zasługuje okoliczność, iż zamawiający wymagał aby wykonawca posiadał wiedzę i doświadczenie m.in. w instalacji oprogramowania narzędziowego służącego do parametryzacji i odczytów liczników energii elektrycznej koncentratorów oraz wiedzy i doświadczenia w świadczeniu usługi konsultacji technicznych (pkt 1 Działu XIII SIWZ). Skoro opis tego warunku, stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, czego żadna ze stron w terminach wynikających z ustawy Pzp nie zakwestionowała, to należy sięgnąć do odpowiednich postanowień opisu przedmiotu zamówienia oraz postanowień umowy realizacyjnej, w celu ustalenia w jaki sposób postanowienia SIWZ w zakresie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia znalazły przełożenie na obowiązki wykonawcy wynikające z opisanego przedmiotu zamówienia przy realizacji umowy. W wyniku analizy warunku udziału w postępowaniu należało stwierdzić, że dla zamawiającego istotnym było aby wykonawca posiadający odpowiednią wiedzę i doświadczenie wykonał nie tylko część zamówienia w zakresie samych dostaw liczników, ale aby wykonał również część przedmiotu zamówienia w zakresie konsultacji technicznych i instalacji oprogramowania w terenie. Wynikało to wprost z treści opisanego w pkt 1 Działu XIII SIWZ warunku udziału w postępowaniu.

Opis warunku korespondował z postanowieniem pkt 11.8 umowy realizacyjnej, z którego wynikało wprost, iż wykonawca obowiązany będzie zagwarantować, że zobowiązania w ramach wsparcia uruchomieniowego realizowane będą przez personel wykonawcy posiadający wiedzę, doświadczenie zawodowe związane z instalacją, uruchomieniem, testowaniem, usuwaniem wad urządzeń. Ponadto, analizując treść istotnych postanowień umowy realizacyjnej nie sposób nie dostrzec, że zamawiający wymagał, aby wykonawca przeprowadził warsztaty dla pracowników zamawiającego. Celem tych

warsztatów będzie wyposażenie uczestników w wiedzę oraz kompetencje niezbędne do samodzielnej instalacji, konfiguracji oraz obsługi urządzeń (liczników), zakończone egzaminem, którego pozytywny wynik skutkuje przyznaniem certyfikatu. Oczywistym jest, że przystępujący, nie będzie mógłby wykonać zamówienia w przytoczonych częściach przedmiotu zamówienia osobiście, a jedynie przy pomocy realnego, osobistego udziału podmiotu trzeciego, który posiada wymagane przez zamawiającego w tym przypadku wiedzę i doświadczenie, a których nie posiada przystępujący. Czynnością, wymagającą uprzedniego doświadczenia w świetle pkt I Działu XIII SIWZ jest też wsparcie konsultingowe zamawiającego przy instalacji urządzeń. Wsparcie to obejmować ma usługi konsultingu, usługi diagnostyczne, usługi parametryzacyjne realizowane „w miejscu instalacji urządzeń”. Na uwagę zasługuje okoliczność, że jeżeli czynność instalacji urządzeń tj. liczników montowanych w terenie się nie powiedzie, obowiązek uruchomienia urządzeń przechodzi na wykonawcę. Wsparcie uruchomieniowe obejmuje również czynności realizowane bezpośrednio na miejscu instalacji urządzeń samodzielnie zmierzające do uruchomienia urządzeń w pełnym zakresie funkcjonalnym obszaru bilansującego. Czynności te wymagają realnego zaangażowania podmiotu posiadającego opisane w pkt 1 Działu XIII SIWZ wiedzę i doświadczenie w realizację czynności objętej przedmiotem zamówienia i jego obecności w miejscu instalacji, czego przystępujący nie zapewnił sobie poprzez możliwość posiłkowania się zasobem podmiotu trzeciego tylko na zasadzie ewentualnego doradztwa. Wreszcie podnieść należy, że możliwość doradztwa wynika wyłącznie z samego oświadczenia przystępującego, które nie zostało poparte żadnymi dowodami. Ponadto oświadczenie to ma charakter wyłącznie warunkowy, co oznacza, że w bliżej nieokreślonych sytuacjach przystępujący przewiduje możliwość zwrócenia się do specjalistów podmiotu trzeciego z prośbą o pomoc i konsultację. Powyższe oznacza, że przystępujący nie zapewnił sobie rzeczywistego dostępu do zasobu w zakresie wiedzy i doświadczenia, na który się powoływał. Nie udowodnił, że zaangażuje ten podmiot bezpośrednio i osobiście w realizację zamówienia.

Tym samym uznano, że potwierdził się zarzut dotyczący – wobec uprzedniego wezwania przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaniechania wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, a w konsekwencji również art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Przystępujący nie udowodnił bowiem zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami wiedzy i doświadczenia niezbędnymi do realizacji zamówienia.

W zebranych materiale dowodowym nie potwierdziła się natomiast podnoszona przez odwołującego okoliczność, że sam dokument zobowiązania podmiotu trzeciego do

udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia został podpisany przez osobę nieuprawnioną do składania oświadczeń woli w imieniu podmiotu trzeciego.

Izba zważyła, że niewątpliwie, stosownie do przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, to w interesie wykonawcy, który zamierza polegać na zasobie należącym do podmiotu trzeciego leży udowodnienie zamawiającemu, że rzeczywiście może polegać na tym zasobie. Z powyższym wiąże się obowiązek złożenia dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego podpisanego przez osobę upoważnioną do składania oświadczeń woli w imieniu tego podmiotu. W przypadku powzięcia wątpliwości co do należytego umocowania takiej osoby, zamawiający ma prawo i obowiązek, w oparciu o przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwać wykonawcę do ich wyjaśnienia. Wątpliwości w analizowanym zakresie zostały podniesione przez odwołującego dopiero w treści odwołania, jednakże nie wykazał on żadnymi dowodami, że Pan Eric Rieul, który podpisał w imieniu spółki Sagemcom Energy & Telecom SAS kwestionowane zobowiązanie, nie był upoważniony do złożenia wzmiankowanego oświadczenia. Tymczasem, przystępujący do pisma procesowego z dnia 16 maja 2011 r. załączył pełnomocnictwo Sagemcom Energy & Telecom SAS dla Dyrektora Zarządzającego Pana Erica Rieul o delegowaniu na niego wszystkich uprawnień w imieniu Sagemcom Energy & Telecom SAS. Treść tego pełnomocnictwa świadczy o tym, iż zobowiązanie zostało podpisane przez osobę upoważnioną, czego zresztą nie kwestionował w trakcie rozprawy odwołujący. Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż oświadczenie podmiotu trzeciego złożyła osoba umocowana do jego reprezentowania.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie dokonania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, podnosząc naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Norma prawna wyrażona w powołanym wyżej przepisie jest normą iuris cogentis. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Zdaniem Izby, przyczyny przedstawienia nieprawdziwej informacji pozostają bez znaczenia dla wywołania skutku wykluczenia wykonawcy z postępowania, określonego w ww. przepisie. Stanowisko takie Krajowa Izba Odwoławcza zajęła m.in. w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 669/09, w którym wskazała, że „dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie

ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp”.

Zważyć należy, że art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa powodów złożenia nieprawdziwej informacji. Nie wskazuje, że podanie nieprawdziwych informacji musi być zawinione przez wykonawcę, ani nawet, że musi wynikać „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Dyrektywa 2004/18/WE, w przepisie, którego transpozycję do porządku krajowego stanowi art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nakazuje wykluczenie wykonawcy, jeżeli „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd”. Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 19 sierpnia 2009 r. o sygn. akt 1004/09, że ww. przepis dyrektywy „nie stoi w sprzeczności z polskim Prawem zamówień publicznych (zresztą w tym zakresie nie zakwestionowanym przez audyt Komisji Europejskiej). Jak już wyżej stwierdzono, informacje co do warunków udziału w postępowaniu wykonawca podaje w sposób celowy – aby wykazać spełnienie tychże warunków, a więc podanie nieprawdziwych informacji (niezgodnych z rzeczywistością) odnośnie warunków zawsze jest działaniem zawinionym i to niezależnie od tego, czy dotyczy to oświadczenia woli samego wykonawcy, czy też przedłożenia przez niego w ofercie dokumentów, czy informacji uzyskanych od osób trzecich. Składając ofertę w postępowaniu bierze bowiem za nią pełną odpowiedzialność. Nie może również budzić wątpliwości, że nieprawdziwe informacje co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu to poważne wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podlega uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub dokument wadliwy. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. KIO/UZP 1223/09, w którym Izba orzekła, że, złożenie „nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi wyjątek od generalnego obowiązku wzywania do uzupełnienia wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji prawdziwą. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który można sanować”. Podobny pogląd Izba reprezentowała m.in. w wyroku z dnia 5 lutego 2009r. sprawie o sygn. akt KIO/UZP 99/09.

Złożone nieprawdziwe informacje będą skutkowały wykluczeniem tylko wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest więc niezbędne wykazywanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania, a wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu. Wynik postępowania to nie tylko wybór oferty najkorzystniejszej, ale również kwalifikacja podmiotowa wykonawców, punktacja przyznana poszczególnym wnioskom. Każda z wymienionych czynności składa się bowiem na poprawność postępowania i może nieść określone konsekwencje dla sytuacji prawnej danego wykonawcy. Dokonywana klasyfikacja wykonawców ma bezpośredni wpływ na ich dalsze uczestnictwo w postępowaniu, tj. na to, czy powstanie po stronie zamawiającego obowiązek zaproszenia danego wykonawcy do dalszego udziału w postępowaniu, co jest niezbędne dla możliwości złożenia oferty.

W odwołaniu odwołujący zarzucił, iż przystępujący złożył nieprawdziwe informacje stwierdzając w piśmie z dnia 20 kwietnia 2011 r., że Sagemcom Energy & Telecom i Sagemcom SAS to te same podmioty. Skoro odwołujący wywodził, że przystępujący złożył w ww. zakresie informacje nieprawdziwe, to obowiązkiem odwołującego było po pierwsze wskazanie oświadczenia przystępującego, któremu zarzucał niezgodność z rzeczywistością, a następnie ustalenie rzeczywistego stanu faktycznego, wskazanie co najmniej potencjalnego wpływu na wynik postępowania i wykazanie ww. przesłanek wiarygodnymi dowodami. Izba stwierdziła bowiem, że ciężar dowodu co do podania przez przystępującego informacji nieprawdziwych spoczywał w niniejszej sprawie na odwołującym, albowiem to on z faktu tego wywodził skutek prawny tj. obowiązek wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 188 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony mogą przedstawiać, aż do zamknięcia rozprawy. Ponadto, zgodnie z art. 6 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z faktu wywodzi skutki prawne.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że wbrew twierdzeniom odwołującego przystępujący, w piśmie z dnia 20 kwietnia 2011 r., nie złożył oświadczenia, któremu odwołujący zarzucał niezgodność z rzeczywistością, a mianowicie, iż Sagemcom Energy & Telecom SAS i Sagemcom SAS to te same podmioty. Nie ulegało wątpliwości Izby, że spółki Sagemcom SAS i Sagemcom Energy & Telecom SAS to dwie odrębne spółki prawa francuskiego, na co wskazywały odpowiednie wypisy z rejestrów, złożone przez odwołującego i czego nie kwestionował zarówno zamawiający jak i przystępujący. Izba stwierdziła jednakże, że w przywoływanym piśmie z dnia 20 kwietnia 2011 r. przystępujący oświadczył jedynie, że w dokumentach referencyjnych wystawionych

przez ESB i Elektronska Industrija nazwa „Sagemcom SAS” została użyta jako skrót nazwy podmiotu „Sagemcom Energy & Telecom SAS”. Z powyższego wynika, że przystępujący wcale nie twierdził, że obie spółki są tożsamymi podmiotami. Podnosił jedynie, że w obu referencjach pomimo użycia nazwy Sagemcom SAS zleceniodawcy potwierdzili należyte wykonanie dostaw przez spółkę Sagemcom Energy & Telecom SAS, albowiem to ten ostatni podmiot, a nie Sagemcom SAS wykonywał na ich rzecz zamówienia. Na uwagę zasługuje, okoliczność, że oświadczenie przystępującego zostało poparte pismami, zawierającymi oświadczenia obu wystawców kwestionowanych referencji tj. pisma Elektronska Industrija z dnia 10 maja 2011 r. oraz pisma ESB. Obydwaj zleceniodawcy potwierdzili w tych dokumentach, iż użyty przez nie w listach referencyjnych skrót Sagemcom SAS odnosi się do Sagemcom Energy & Telecom SAS. Izba nie znalazła podstaw do odmówienia ww. dokumentom wiarygodności, pochodziły one bowiem od samych zleceniodawców dostaw, którzy po pierwsze wystawili kwestionowane listy referencyjne, a ponadto posiadają najpełniejszą wiedzę jaki podmiot wykonywał na ich rzecz zamówienia.

Reasumując, skoro przystępujący nie oświadczył, iż spółki Sagemcom Energy & Telecom SAS i Sagemcom SAS to te same podmioty, to zarzut odwołującego, iż przystępujący złożył w tym zakresie informacje nieprawdziwe, okazał się niezasadny. W konsekwencji Izba stwierdziła, iż zamawiający nie naruszył w omawianym zakresie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ustawy Pzp

Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem odwołujący, w trakcie rozprawy cofnął ww. zarzut.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie. Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zaniechał dokonania czynności wykluczenia przystępującego z postępowania. Stwierdzone naruszenie ma wpływ na wynik postępowania albowiem oferta przystępującego została niezasadnie wybrana przez zamawiającego jako jedna z trzech ofert najkorzystniejszych.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....