

**Sygn. akt KIO 2792/15**

**Sygn. akt KIO 2843/15**

**WYROK**

**z dnia 15 stycznia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o. w Bogatyni, Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o. w Warszawie oraz w dniu 28 grudnia 2015 r. przez wykonawcę Control Process EPC1 Sp. z o.o. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Tarnowskie Wodociągi Sp. z o.o. w Tarnowie

przy udziale wykonawcy Control Process EPC1 Sp. z o.o. w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2792/15 po stronie zamawiającego oraz wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. w Rzeszowie zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 2792/15 i KIO 2843/15 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołania;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o. w Bogatyni, Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o. w Warszawie oraz wykonawcę Control Process EPC1 Sp. z o.o. w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40.000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), w tym kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o. w Bogatyni, Europejski

Holding Energetyczny Sp. z o.o. w Warszawie oraz kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Control Process EPC1 Sp. z o.o. w Krakowie tytułem wpisów od odwołań;

2.1. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o. w Bogatyni, Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz zamawiającego Tarnowskie Wodociągi Sp. z o.o. w Tarnowie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione w z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od wykonawcy Control Process EPC1 Sp. z o.o. w Krakowie na rzecz zamawiającego Tarnowskie Wodociągi Sp. z o.o. w Tarnowie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione w z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnowie.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt KIO 2792/15**

**Sygn. akt KIO 2843/15**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Tarnowskie Wodociągi Sp. z o.o. w Tarnowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest rozbudowa i przebudowa obiektów części osadowej na terenie oczyszczalni ścieków w Tarnowie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 kwietnia 2015 r. pod numerem 2015/S 076-134988. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 16 grudnia 2015 r. informacji o wyniku postępowania odwołania wnieśli 23 grudnia 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o. w Bogatyni, Europejski Holding Energetyczny Sp. z o.o. w Warszawie, dalej również jako „Konsorcjum EGBUD” oraz 28 grudnia 2015 r. wykonawca Control Process EPC1 Sp. z o.o. w Krakowie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

#### **Odwołanie wniesione przez Konsorcjum EGBUD (KIO 2972/15):**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 24 ust. 2 pkt. 2-4, art. 26 ust. 3, art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp przez ich nieprawidłowe zastosowanie lub zaniechanie ich zastosowania skutkiem czego oferta odwołującego została odrzucona, a on sam został wykluczony, podczas gdy oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, którą złożyła Inżyniera Rzeszów S.A. w Rzeszowie, unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia oferty odwołującego oraz o powtórzenie czynności badania ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz dokonanie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej. Wniósł również o przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania oraz złożonych na rozprawie i o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający wykluczył z postępowania Konsorcjum EGBUD uznając, iż nie potwierdziło ono spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt. 3 Rozdziału XI.2 Części I Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Instrukcja dla Wykonawców), dalej jako „SIWZ”. Zarzucił, że w pkt 3 Rozdziału XI.2 Części I SIWZ nie został sformułowany warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia, lecz wymóg przedmiotowy odnoszący się do oferowanego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący powołał, że w pkt 3 Rozdziału XI.2 Części I SIWZ zamawiający określił wymagania dla kluczowych elementów przedsięwzięcia w następujący sposób:

„Główny proces technologiczny i instalacja hydrolizy termicznej i dezintegracji oferowana przez Wykonawcę musi posiadać minimum dwie referencje świadczące, że technologia i instalacja zostały zainstalowana i przekazana do eksploatacji w co najmniej dwóch różnych projektach, o wydajności minimum 5 000 Mg s.m./r dla każdego z projektów. Instalacje te muszą pracować w sposób ciągły na osadach ściekowych w oczyszczalniach ścieków we współpracy z komorami fermentacji projektowanymi dla mezofilowej fermentacji osadów ściekowych.

- Instalacja kogeneracyjna oferowana przez Wykonawcę musi posiadać minimum dwie referencje świadczące, że instalacja została zainstalowana i przekazana do eksploatacji w co najmniej dwóch różnych projektach. Instalacje te muszą pracować w sposób ciągły na biogazie pochodzącym z fermentacji mezofilowej osadów ściekowych osiągając sprawność wytwarzania energii elektrycznej na poziomie minimum 40%.

- Instalacja wirówek końcowych oferowana przez Wykonawcę musi posiadać minimum dwie referencje świadczące, że instalacja została zainstalowana i przekazana do eksploatacji w co najmniej dwóch różnych projektach. Instalacje te muszą pracować w sposób ciągły na osadach ściekowych w oczyszczalniach ścieków poddanych fermentacji mezofilowej osiągając sprawność odwadniania na poziomie minimum 31% s.m."

W takiej sytuacji zamawiający naruszył art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp, bowiem przywołany przez niego pkt 3 Rozdziału XI.2 Części I SIWZ nie określał jakiegokolwiek warunku udziału w postępowaniu, zatem odwołujący nie mógł w odniesieniu do tego wymogu dopuścić się nieudokumentowania spełnienia tego warunku.

W dalszym ciągu powołał odwołujący, że w informacji o wyniku postępowania z dnia 16 grudnia 2015 r. zamawiający wskazał, iż instalacje wykazywane przez Odwołującego, tj. w Walencji, w Gravesmuhlen oraz w Łańcucie nie spełniają wymogów z pkt 3 Rozdziału XI.2 Części I SIWZ i tak:

„w Walencji:

(1) instalacja hydrolizy nie pracuje w oczyszczalni ścieków we współpracy z komorami fermentacji mezofilowej;

(2) wskazana instalacja nie pracuje na osadach ściekowych - z załączonej przez Wykonawcę listy referencyjnej wynika, że instalacji jest dedykowana do obróbki piór, ewentualnie świńskiej szczeciny.

- w Gravesmuhlen:

(1) instalacja hydrolizy termicznej i dezintegracji zainstalowana w zakładzie nie pracuje w sposób ciągły - instalacja ta została dopiero niedawno przejęta przez użytkownika i do tej pory nie jest w ciągłej eksploatacji. Nie są jeszcze dostępne ostateczne wyniki jej funkcjonowania, gdyż kontynuowany jest etap prób i działań tej instalacji, która faktycznie ma charakter pilotażowy;

(2) instalacja ta nie spełnia minimalnych wymagań co do wydajności - z Informacji dotyczących tego obiektu wynika, że jego wydajność to ok. 1.500 Mg suchej masy na rok przy wydajności minimum 5.000 Mg na rok określonej dla obiektów referencyjnych.

- w Łańcucie:

(1) instalacja hydrolizy termicznej i dezintegracji nie pracuje w sposób ciągły;

(2) instalacja ta nie spełnia minimalnych wymagań co do wydajności - z informacji dotyczących tego obiektu wynika, że jego wydajność to ok. 1.500 Mg suchej masy na rok przy wydajności minimum 5.000 Mg na rok określonej dla obiektów referencyjnych.”

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zamawiający w postanowieniach SIWZ nie ustanowił wymogu, aby instalacje wykazywane przez wykonawców zgodnie z pkt 3 Rozdziału XI.2 Części I SIWZ spełniały wymóg pracy ciągłej, czy też wymóg współpracy z komorami fermentacji projektowanymi dla mezofilowej fermentacji osadów ściekowych. W ocenie odwołującego wymóg współpracy instalacji z komorami fermentacji projektowanymi dla mezofilowej fermentacji osadów ściekowych oraz wymóg pracy w sposób ciągły nie dotyczy obiektów wykazanych w referencjach, gdyż o referencjach (i wymogach co do instalacji wskazanych w referencjach jest mowa w zdaniu pierwszym. Zdanie drugie z kolei dotyczy nie obiektów z referencji, ale instalacji oferowanych. Wyraźnie jest bowiem mowa w tym zdaniu, że instalacje te muszą pracować w sposób ciągły na osadach ściekowych w oczyszczalniach ścieków we współpracy z komorami fermentacji projektowanymi dla mezofilowej fermentacji osadów ściekowych.

W konsekwencji odwołujący uznał, że nie można przyjąć, iż wykonawca miał przedstawić referencje, które obrazować miały pracę ciągłą instalacji czy też współpracę z komorami fermentacji projektowanymi dla mezofilowej fermentacji osadów ściekowych.

Odwołujący podniósł, że nie bardzo wiadomo dlaczego zamawiający sformułował zastrzeżenie wobec instalacji w Walencji, gdyż w pkt 3 Rozdziału X1.2 Części I SIWZ nie ustanowił zakazu przeznaczenia instalacji do obróbki piór i świńskiej szczeciny.

Zarzucił, że zamawiający całkowicie bezpodstawnie wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wskazał, że zamawiający nie wykazał jakie informacje istotne dla postępowania złożone przez Konsorcjum EGBUD miałyby być nieprawdziwe. Informacje dotyczące obiektów referencyjnych przedstawionych przez odwołującego, są sprzeczne z informacjami, które podał odwołujący w swojej ofercie, ale nie oznacza to, że informacje są nieprawdziwe tylko dlatego, że różnią się od informacji posiadanych przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego nie występują pozostałe warunki zastosowania tego przepisu

Niezasadne jest także zdaniem odwołującego wykluczenie go na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp. Wskazana podstawa prawna nie może znaleźć zastosowania w sprawie, a to ze względu na fakt, iż odwołujący nie był obowiązany przedłużać ważności swojego wadium. Zgodnie bowiem z postanowieniami art. 46 ust 1 Pzp zamawiający powinien zwrócić wadium odwołującemu po pierwotnym wyborze oferty najkorzystniejszej (oferty Inżynierii Rzeszów S.A.) z 6 lipca 2015 r. Zamawiający wbrew obowiązkowi wynikającemu z przepisów prawa, nie dokonał zwrotu gwarancji wadium odwołującemu, a odwołujący podtrzymał ważność swojego wadium całkowicie dobrowolnie.

W odniesieniu do wykluczenia z postępowania w związku z niewykazaniem spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia odwołujący wywiódł, że sam zamawiający wskazał, iż zaniechał wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie tego warunku w trybie art. 26 ust 3 Pzp z uwagi na zachodzące (rzekomo) podstawy od odrzucenia oferty oraz inne podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania. Odwołujący podniósł, że prawidłowo wykazał spełnienie warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia, a gdy przedłożone dokumenty nie dokumentowały tego w sposób wystarczający to zamawiający winien wezwać odwołującego do ich uzupełniania w trybie art. 26 ust 3 Pzp. Wywodził, że żaden przepis prawa nie wymaga, aby podmiot trzeci udostępniający swe zasoby w trakcie realizacji zamówienia działał wyłącznie jako podwykonawca.

Control Process EPC1 Sp. z o.o. w Krakowie oraz Inżynieria Rzeszów S.A. w Rzeszowie zgłosiły swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniesli o oddalenie odwołania.

**Odwołanie wniesione przez Control Process EPC1 Sp. z o.o. w Krakowie (KIO 2843/15):**

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2. pkt 4 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania, a w konsekwencji, naruszenie art, 24 ust. 4 Pzp rzez bezpodstawne uznanie oferty odwołującego za odrzuconą;
- art. 26. ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień;
- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp przez uznanie, iż złożone przez odwołującego na wezwanie zamawiającego dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień, w którym upłynął termin złożenia oferty;
- art. 26 ust, 3 Pzp przez; brak wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty przez złożenie pełnomocnictwa dla pana P.L.;
- art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ewentualnie nakazanie wezwania odwołującego do złożenia odpowiednich wyjaśnień w oparciu o art. 26 ust. 4 Pzp oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że wykluczenie odwołującego z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia nastąpiło dlatego, iż z wykazu robót budowlanych jaki został złożony przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia nie można ustalić, iż okoliczności przedstawione przez odwołującego w uzupełnieniu były aktualne na dzień 08.06.2015r. tj. na dzień upływu terminu składania ofert. Odwołujący zwrócił uwagę, że na mocy oświadczenia złożonego przez TSK Electrónica Y Electricidad S.A z siedzibą w Gijón, odwołujący dysponował zasobami w postaci wiedzy i doświadczenia, już od dnia 29.05.2015r., w tym bowiem dniu podpisane zostało zobowiązanie do udostępnienia zasobów. Z samego wykazu wynika natomiast, że poszczególne zamówienia referencyjne wykonywane były w okresach: 06.2008 - 11.2010, 07.2010 - 11.2012, 06.2013 - 05.2015. Nie ma więc wątpliwości, iż z dokumentów złożonych Zamawiającemu wprost wynika, iż odwołujący wykazał, że dysponował właściwym doświadczeniem i wiedzą na dzień wcześniejszy niż dzień upływu terminu składania ofert.

Podniósł odwołujący, że zamawiający w piśmie z 16.12.2015r. wadliwie uznał, że odwołujący nie wykazał realnego dysponowania udostępnianymi mu zasobami ze względu

na nieprecyzyjną i niepełną treść oświadczenia o udostępnieniu zasobów. Wskazał, że treść oświadczenia wyraźnie wskazuje, jakie zasoby zostały udostępnione tj. wiedza i doświadczenie i określony został ich zakres stosownie do wymogów jakie zamawiający określił w SIWZ. Na dowód, iż udostępniający zasoby dysponuje stosownym doświadczeniem złożony został wykaz robót budowlanych wraz z referencjami, które potwierdzają, że istotnie doświadczenie posiadane przez TSK Electrónica Y Electricidad S.A z siedzibą w Gijón odpowiada wymaganiom zamawiającego. Z dokumentów tych rozpatrywanych łącznie bezsprzecznie wynika, w jakim zakresie wiedza i doświadczenie zostaną odwołującemu udostępnione.

Za bezpodstawne uznał odwołujący poglądy zamawiającego co do charakteru stosunku, jaki ma łączyć odwołującego z udostępniającym zasoby, gdyż zostało to określone wyraźnie w treści oświadczenia o udostępnieniu zasobów łącznie z wyszczególnieniem podstawowych obowiązków jakie będzie realizował udostępniający zasoby. Zamawiający otrzymał więc wszystkie niezbędne informacje. Odwołujący wskazał w ofercie, iż zasadniczą część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy, którym jest spółka matka odwołującego - Control Process S.A. (zwana dalej: „CPSA”). CPSA jest podmiotem mającym bogate doświadczenie w realizacji podobnych inwestycji, co ma znaczenie z punktu widzenia zapotrzebowania odwołującego na charakter wsparcia udzielanego mu przez udostępniającego zasoby. Odwołujący, korzystając z podwykonawstwa CPSA, nie będzie musiał opierać się na TSK Electrónica Y Electricidad S.A jako podwykonawcy. Biorąc pod uwagę własne doświadczenie CPSA, dla odwołującego wystarczającym będzie oparcie się na udostępniającym zasoby w mniejszym stopniu tj. poprzez uzyskanie dostępu do jego wiedzy i doświadczenia na zasadzie konsultacji, usług doradczych, opinii, nadzoru itp.

W następstwie odwołujący nie zgodził z zamawiającym, że był zobowiązany złożyć dokumenty podmiotowe dla podmiotu udostępniającego zasoby wskazane w rozdziale XII pkt H.5) SIWZ. Postanowienie to przewiduje bowiem, że jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w pkt C i D polega na zasobach innych podmiotów zobowiązany jest wykazać, że w stosunku do tych podmiotów brak jest podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia poprzez złożenie razem z ofertą dokumentów wymienionych w pkt A.3) oraz pkt od B. 1) do B.5) dotyczących każdego z tych podmiotów, o ile te podmioty będą brały udział w realizacji części zamówienia. Zdaniem odwołującego, zgodnie z powyższym postanowieniem, jedynie w przypadku, gdy udostępniający zasoby miałby być podwykonawcą odwołującego, zaktualizowałby się obowiązek złożenia stosownych dokumentów podmiotowych. Natomiast nie ma takiego obowiązku w przypadku, gdy udostępniający zasoby nie będzie realizował żadnej części zamówienia.



Ponadto odwołujący podniósł, że gdyby zatem uznać hipotetycznie, że dla podmiotu używającego zasoby wiedzy i doświadczenia konieczne było złożenie dokumentów określonych w pkt A.3) oraz pkt od B.1) do B.5) SIWZ, to należy wskazać, iż oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu oraz odpis z właściwego rejestru został dla podmiotu TSK Electronica Y Electricidad S.A. złożony, a przedłożenie pozostałych dokumentów określonych w pkt B.2) - B.5) rozdziału XII SIWZ nie jest możliwe, bowiem w kraju siedziby tego podmiotu dokumenty takie z oczywistych względów nie istnieją.

Odwołujący zakwestionował też stanowisko zamawiającego odnośnie potwierdzenia za zgodność z oryginałem kopii wskazanych dokumentów. Podkreślił, że umocowany przedstawiciel wykonawcy złożył na wskazanych dokumentach swój podpis. Oczywistym jest, że uczynił to w jakimś celu, a dokument nie pochodził od odwołującego, tylko od podmiotu trzeciego zatem można domniemywać, iż celem odwołującego było uwierzytelnienie tego dokumentu.

Odwołujący nie zgodził z zamawiającym, iż uzupełnienie wykazu osób w odniesieniu do przedstawiciela wykonawcy w dniu 31.08.2015r. przesądza o tym, iż od tego dnia dopiero odwołujący dysponuje wskazaną osobą. Wyjaśnił, że omyłkowo pominął osobę przedstawiciela wykonawcy w wykazie osób złożonych wraz z ofertą, stąd konieczne stało się uzupełnienie tego wykazu. Ponowny dokument „wykaz osób” został sporządzony w dniu 31.08.2015r. i dlatego opatrzony został datą bieżącą. Zamawiający nie może zmuszać przedsiębiorcy do poświadczania nieprawdy i antydatowania dokumentu. Złożony na wezwanie zamawiającego wykaz osób nie precyzuje daty, od której odwołujący dysponuje określonymi osobami stąd właściwe było wezwanie odwołującego do złożenia w tym względzie wyjaśnień, czego zamawiający poniechał. Nie jest prawidłową praktyką wymaganie od wykonawców, by z uwagi na formalistyczną interpretację przepisów Pzp, antydatowali oni składane przez siebie dokumenty.

Odwołujący zajął również stanowisko wobec braków wskazanych przez zamawiającego w informacji o wykluczeniu odwołującego, do uzupełnienia których odwołujący nie był wzywany przez zamawiającego z uwagi na pozostałe podstawy do wykluczenia.

W odniesieniu do zobowiązania CPSA do udostępnienia odwołującemu zasobów finansowych zarzucił, że wykładnia prezentowana przez zamawiającego jest w istocie wykładnią *contra legem*, gdyż zamawiający kwestionuje dokument oświadczenia o zobowiązaniu się do udostępnienia zasobów, pomimo tego, że ustawa w art. 26 ust. 2b wyraźnie przewiduje, iż taki właśnie dokument jest w zupełności wystarczający do udowodnienia zamawiającemu, iż dany wykonawca będzie dysponował określonymi zasobami. Zdaniem odwołującego zobowiązanie takie można przyrównać do umowy

przedwstępnej, natomiast szczegółowe warunki udostępnienia zasobu zostaną określone w umowie zawartej pomiędzy udostępniającym, a odwołującym, o ile skorzystanie z udostępnianych zasobów okaże się konieczne. Nie ma zatem żadnych podstaw do kwestionowania pewności złożonego dokumentu, bowiem z jego treści wynika konkretne i rzeczywiste zobowiązanie.

Odnośnie pełnomocnictwa pana P.L. odwołujący wskazał, iż zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego winno ono podlegać uzupełnieniu, czego zamawiający w sposób nieprawidłowy zaniechał z uwagi na pozostałe nieprawidłowe czynności dokonane w postępowaniu.

Inżynieria Rzeszów S.A. w Rzeszowie zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której zamawiający i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a zamawiający wnosił o oddalenie obu odwołań.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

#### **Odwołanie wniesione przez Konsorcjum EGBUD (KIO 2972/15):**

Odwołanie podlega oddaleniu, gdyż odwołujący nie wykazał przesłanek wymaganych przez art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący będący wykonawcą, który ubiega się o zamówienie w badanym postępowaniu ma interes w uzyskaniu zamówienia, jednak skutkiem zarzucanych zamawiającemu naruszeń przepisów ustawy nie może on ponieść szkody.

Konkluzja ta wynika z porównania informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania, przywołanej przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, z treścią zarzutów odwołania. Izba zważyła, że zamawiający dokonał wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a odwołujący nie objął zarzutami odwołania wszystkich podstaw faktycznych czynności zamawiającego, pominął bowiem wymagania zamawiającego dotyczące wydajności. Zamawiający zarzucił, że instalacje w Gravensmuhlen i Łańcucie nie spełniają wymagania wydajności minimum 5 000 Mg s.m./r. Wymaganie to powinno być spełnione dla każdego z projektów referencyjnych, a jego podmiotowy (odnoszący się do wiedzy i doświadczenia

wykonawcy) charakter nie był kwestionowany. Ponieważ zamawiający wymagał przedstawienia co najmniej dwóch różnych projektów, a wymaganie dotyczące wydajności nie było zdaniem zamawiającego spełnione w dwóch z nich, jeśli odwołujący chciał zachować status wykonawcy w postępowaniu, a tym samym szanse na podpisanie umowy z zamawiającym, powinien podnieść zarzut wobec takiego ustalenia zamawiającego.

Zarzut w postępowaniu odwoławczym nie tworzy bowiem – jak chciałby odwołujący - wyłącznie wskazanie podstawy prawnej oraz kwestionowanej czynności zamawiającego. Niezbędną osnową zarzutu wynikającą wprost z art. 180 ust. 3 Pzp stanowią bowiem okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Zarzut, że instalacje w Gravensmuhlen i Łąncucie nie spełniają wymagania dotyczącego pracy ciągłej, a instalacja w Walencji pracuje wyłącznie na piórach i świńskiej szczecinie, to inne zarzuty niż nie spełnianie przez instalacje w Gravensmuhlen i Łąncucie wymagania dotyczącego wydajności, a tylko dwa pierwsze zostały podniesione w odwołaniu.

Ponieważ brak spełniania wymagania dotyczącego wydajności był jedną z podstaw wykluczenia odwołującego, to niezależnie od oceny wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu, czynność wykluczenia odwołującego – w tym zakresie, w jakim nie wniósł wobec niej odwołania – pozostaje w mocy. Odwołanie wobec czynności wykluczenia wnieść można wyłącznie w terminie prekluzyjnym, określonym w art. 182 ust. 1 Pzp, a skoro termin ten upłynął, czynność wykluczenia odwołującego z postępowania nie może zostać już wzruszona. Wykazanie przez odwołującego dopiero na rozprawie, że wymagania dotyczące wydajności zostało spełnione jest spóźnione, gdyż zarzut ten nie może być rozpoznany z powodu zakazu wynikającego z art. 192 ust. 7 Pzp.

Zgodnie z przywołanym przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzuty powinny być na tyle skonkretyzowane, aby istniała możliwość przeprowadzenia postępowania w odpowiednim kierunku oraz by wskazywane przez skarżącego wadliwości postępowania stanowiły właściwe uzasadnienie postawionych następnie wniosków (postanowienie Sądu Najwyższego z 7 listopada 2006 r., sygn. akt I CZ 84/06, [www.sn.pl](http://www.sn.pl), data dostępu: 25.01.2016 r.). Kwestia konkretyzacji zarzutów w odwołaniu jest doniosła w postępowaniu odwoławczym. Wskazanie konkretnych uchybień określa ramy postępowania odwoławczego i umożliwia to zarówno zamawiającemu jak i uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego.

W tej sytuacji nawet w razie potwierdzenia się wszystkich podniesionych zarzutów, odwołujący nie może już zostać przywrócony do udziału w postępowaniu i uzyskać zamówienia. Nie może więc ponieść szkody skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Czynność wykluczenia odwołującego z powodu braku wykazania przez niego spełniania

warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż inwestycje w Gravensmuhle i Łańcucie nie spełniają wymagania wydajności, pozostaje w mocy i wywiera skutek prawny w postaci utraty przez odwołującego statusu wykonawcy w badanym postępowaniu.

Odwołujący nie spełnia przesłanek art. 179 ust. 1 Pzp, zatem wniesione przez niego odwołanie podlega oddaleniu bez konieczności merytorycznego rozpoznawania zarzutów podniesionych przez wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08 w: Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze. Zeszyt Nr 4, M. Stręciwilk red., teza 219, str. 132).

**Odwołanie wniesione przez Control Process EPC1 Sp. z o.o. w Krakowie (KIO 2843/15):**

Izba sformułowała uzasadnienie, którego treść jest taka sama dla wszystkich podmiotów uczestniczących w postępowaniu odwoławczym, jednak z poszanowaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego. Orzeczenie Izby dotyczy sytuacji prawnej wszystkich podmiotów uczestniczących w postępowaniu odwoławczym - zamawiającego, którego czynność podlega ocenie, odwołującego, który czynność tę kwestionuje oraz przystępującego, którego oferta skutkiem uwzględnienia odwołania mogłaby utracić status najkorzystniejszej. Skoro zatem wyrok dotyczy praw wszystkich uczestników postępowania odwoławczego, to również uzasadnienie powinno być dla nich jednakowe. Istotne jest także, aby w razie wniesienia skargi żaden z uczestników sporu nie został całkowicie pozbawiony możliwości oceny rozstrzygnięcia zapadłego w postępowaniu odwoławczym. Konsekwencją tego jest sformułowanie wywodów uzasadnienia w sposób bardziej ogólny niż miałyby to miejsce w sytuacji przywołania treści oświadczeń i dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego.

Izba uwzględniła również, że wybrane rozwiązanie pozwala na zachowanie spójności treści uzasadnienia z ustnymi motywami rozstrzygnięcia podawanymi na posiedzeniu, na którym następuje ogłoszenie orzeczenia. Posiedzenie takie zgodnie z art. 196 ust. 1 Pzp jest jawne.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie podlega oddaleniu, mimo potwierdzenia części podniesionych w nim zarzutów.

Zarzut braku wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia na dzień, w którym upływał termin składania ofert potwierdził się.

Zamawiający wadliwie wykluczył odwołującego z uzasadnieniem, że złożony w wyniku wezwania do uzupełnienia nosi datę przypadającą po upływie terminu składania ofert. Pomiął bowiem zamawiający, że okoliczność spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu wynika z innego dokumentu złożonego w wyniku wezwania – zobowiązania do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia. Podmiotem, który zobowiązał się wobec odwołującego do udostępnienia tych zasobów był TSK Electronica Y Electricidad S.A. w Gijon, który – co nie było kwestionowane przed Izbą - wykonał roboty wskazane w wykazie, a prace te spełniały wymagania zamawiającego opisane w SIWZ. Zobowiązanie nosi datę 29 maja 2015 r. i nie zawiera w swojej treści postanowień ustalających datę zaciągnięcia zobowiązania wobec odwołującego inną niż data podpisania dokumentu. Skoro data ta przypada przed upływem terminu składania ofert odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień, w którym upływał termin składania ofert.

Zamawiający oceniając tę kwestię błędnie skoncentrował się wyłącznie na jednym dokumencie wykazie wykonanych robót. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi część obrotu cywilnoprawnego, a do czynności zamawiającego i wykonawców podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w braku regulacji ustawy, z mocy art. 14 Pzp stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Zamawiający w toku wykładni oświadczeń wykonawców powinien więc uwzględnić okoliczności, w których dane oświadczenie zostało złożone (art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp).

Powołany przepis kodeksu cywilnego odnosi się do oświadczeń woli, jednak zdaniem Izby, brak jest podstaw, by wyłączyć jego zastosowanie w drodze analogii do w odniesieniu do dokumentów, składanych przez wykonawcę wraz z ofertą lub w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i będących zasadniczo oświadczeniami wiedzy. Oznacza to, że zamawiający nie może pomijać okoliczności istotnych dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wynikających z pozostałych oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawcę. W okolicznościach sprawy oznacza to, że zamawiający w toku oceny spełniania przez odwołującego warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia nie powinien ignorować, że z zobowiązania do udostępnienia zasobów można bez trudu ustalić, że odwołujący składając ofertę spełniał warunek udziału w postępowaniu.

Pominięcie wynikającej z treści zobowiązania daty, od której zasoby wiedzy i doświadczenia TSK Electronica Y Electricidad S.A. w Gijon. Były dostępne odwołującemu doprowadziło do naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Potwierdzenie znalazły również zarzuty związane z treścią zobowiązania TSK Electronica Y Electricidad S.A. w Gijon.

Izba nie zgadza się z zamawiającym, że treść zobowiązania jest zbyt mało konkretna, nie pozwala na identyfikację udostępnionych zasobów, nie pozwala na ocenę realności udostępnienia zasobu.

Art. 26 ust. 2b Pzp nie wskazuje minimalnej treści zobowiązania, na podstawie której zamawiający miałby dokonać pozytywnej oceny, że wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem daje gwarancję rzeczywistego dostępu do tych zasobów. Pomocą służy § 1 ust. 6 rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r., w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 1735, dalej jako: „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”) dający zamawiającemu możliwość żądania dokumentów dotyczących zakresu dostępnych zasobów, sposobu ich wykorzystania przy wykonaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Z orzecznictwa natomiast wywodzi się postulat dokonywania oceny dokumentu za pomocą którego wykonawca chce dowieść dysponowania zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia *ad casum*, w indywidualnych okolicznościach danego przypadku.

Izba zważyła, że treść zobowiązania TSK Electronica Y Electricidad S.A. w Gijon jest wystarczająca dla uznania, że odwołujący będzie dysponował zasobami innego podmiotu. Ponownie należy przypomnieć, że zamawiający winien dokonać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wszystkich dokumentów złożonych przez wykonawcę.

Wykaz wykonanych robót złożonych wraz z ofertą jasno wskazuje, gdzie TSK Electronica Y Electricidad S.A. w Gijon wykonał roboty spełniające wymagania zamawiającego, zatem wyjaśnia jaka wiedza i doświadczenie podlegają udostępnieniu. Z samej treści zobowiązania wynika natomiast sposób ich wykorzystania przy wykonaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Treść zobowiązania sformułowana została na tyle wyraźnie i konkretnie, że na jego podstawie odwołujący w toku wykonywania umowy może zwrócić się do podmiotu udostępniającego zasoby z żądaniem wykonania czynności wskazanych w treści zobowiązania. Treść zobowiązania może zatem stać się podstawą do formułowania roszczeń i nie można postawić zarzutu braku konkretności powinności, którą przyjmuje na siebie TSK Electronica Y Electricidad S.A. w Gijon.

Nie podzielono również poglądu zamawiającego, że skoro w treści zobowiązania odwołano się do umowy cywilnoprawnej, to obowiązkiem odwołującego było złożenie tej umowy, i w takich okolicznościach zobowiązanie TSK Electronica Y Electricidad S.A. w Gijon nie może być wystarczającym dowodem dostępności zasobów tego podmiotu dla odwołującego.

Dostrzec wszak trzeba, że art. 26 ust. 2b Pzp wskazuje zobowiązanie jako środek dowodowy umożliwiający wykazanie dostępności zasobów innego podmiotu dla wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Tym samym zobowiązanie to jest dowodem wystarczającym, o ile – jak w okolicznościach sporu - posiada dostateczną treść.

Nie można też pominąć, że szczegółowe postanowienia regulujące współpracę wykonawcy i podmiotu udostępniającego swe zasoby mogą zostać ustalone dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. Wynika to jasno z powołanego rozporządzenia stanowiącym o stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem. Tym samym na etapie postępowania o udzielenie zamówienia wystarczające jest wskazanie tego stosunku, co odwołujący uczynił w treści zobowiązania.

W tym stanie rzeczy zamawiający nie miał podstaw, aby domagać się od odwołującego złożenia umowy regulującej jego zamierzoną współpracę z TSK Electronica Y Electricidad S.A. w Gijon.

Złożenie umowy z której wynikają zasady tej współpracy na niejawniej części rozprawy nie może być zatem poczytane – jak chciałby zamawiający – za niedostatek wykazania dostępności zasobów innego podmiotu w toku postępowania, lecz stanowi dowód potwierdzający prawdziwość treści zawartych w zobowiązaniu z 29 maja 2015 r.

Nie znajduje podstaw również wykluczenie odwołującego z tego powodu, że TSK Electronica Y Electricidad S.A. w Gijon nie będzie podwykonawcą odwołującego w toku wykonywania umowy.

Dostrzec bowiem trzeba, że przepisy ustawy i rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie uzależniają możliwości powalania się na zasoby innego podmiotu, od wykonania części zamówienia przez ten podmiot nawet w przypadku, gdy przedmiot zamówienia stanowią roboty budowlane.

Ocena treści zobowiązania TSK Electronica Y Electricidad S.A. w Gijon. oraz umowy zawartej między tym podmiotem a odwołującym, złożonej na rozprawie, pozwala na uznanie, że zamierzony sposób współpracy odwołującego z TSK Electronica Y Electricidad S.A. w Gijon oraz więzi jakie miałyby łączyć te podmioty nie dają podstaw do kwestionowania, że odwołujący będzie dysponował udostępnionymi zasobami w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia. Twierdzeń przeciwnych zamawiający nie podniósł.

W konkluzji Izba stwierdziła, że wykluczając odwołującego w związku z treścią zobowiązania TSK Electronica Y Electricidad S.A. w Gijon oraz planowanej roli tego podmiotu w związku z wykonywaniem umowy zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Zamawiający nie naruszył natomiast art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z powodu nie złożenia dokumentów potwierdzających, że TSK Electronica Y Electricidad S.A. w Gijon nie podlega wykluczeniu.

Zgodnie z treścią § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, 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, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1-3. Powołany przepis nie jest jednoznaczny, co powoduje trudności interpretacyjne.

Kwestia, czy podmiot udostępniający zasoby jest zobowiązany do złożenia dokumentów potwierdzających, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w każdym przypadku uczestnictwa w wykonaniu zamówienia, czy tylko wtedy, gdy wykonuje on część zamówienia jako podwykonawca, jest różnie postrzegana w orzecznictwie.

Z tego względu należało w pierwszej kolejności ustalić, jak zamawiający i wykonawcy rozumieli treść Rozdziału XII H.5 SIWZ powielającą przywołane postanowienia ust. 4 § 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

W tej mierze Izba uwzględniła, że kwestionowana rozpoznawanym odwołaniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jest trzecim rozstrzygnięciem postępowania. Zamawiający wybrał po raz pierwszy ofertę najkorzystniejszą (ofertę przystępującego – Inżynieria Rzeszów S.A.) dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 6 lipca 2015 r. Pismem z tej daty poinformował również, że wykluczył odwołującego z postępowania z powodu nie złożenia dokumentów potwierdzających, że podmiot udostępniający swe zasoby nie podlega wykluczeniu. W odwołaniu wniesionym 16 lipca 2015 r. odwołujący domagał się dokonania przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia tych dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, co wynika z treści zawartych na str. 11 i 15 uzasadnienia wyroku Krajowej



Izby Odwoławczej z 31 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1505/15, KIO 1517/15, KIO 1518/15. Orzeczeniem tym Izba uwzględniła zarzut zaniechania zamawiającego wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że podmiot udostępniający zasoby nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający wykonał wyrok Izby i wezwał odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających, że TSK Electronica Y Electricidad S.A. w Gijon nie podlega wykluczeniu. W odpowiedzi odwołujący uzupełnił jedynie oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, co jest niesporne.

W tym stanie sprawy zamawiający prawidłowo wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Niezłożenie dokumentów potwierdzających, że podmiot, na którego zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia powołuje się wykonawca uczestniczący w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu, oznacza, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Nie ma przy tym znaczenia, że w Królestwie Hiszpanii nie wydaje się wszystkich dokumentów żądanych przez zamawiającego. W tej sytuacji § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów przewiduje obowiązek złożenia oświadczeń zastępczych, a stosowne regulacje zamawiający zamieścił w Rozdziale XII E.3 SIWZ. Odwołujący zobowiązany był więc do złożenia prawidłowych dokumentów i może więc zastrajać się nieznajomością prawa.

Dostrzec trzeba, że zobowiązanie TSK Electronica Y Electricidad S.A. w Gijon do udostępnienia odwołującemu swoich zasobów nosi datę 29 maja 2015 r., a z jego treści wynika, że podmiot ten nie będzie podwykonawcą odwołującego. Te okoliczności były znane odwołującemu przed pierwszym wyborem najkorzystniejszej oferty z 6 lipca 2015 r., zatem odwołujący – jeśli uważał, że jego zdaniem obowiązek złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego swe zasoby, dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy podmiot ten będzie jednocześnie podwykonawcą – powinien w odwołaniu wobec wykluczenia go z postępowania (pismem z 6 lipca 2015 r.) podnieść zarzut braku podstaw do żądania od niego tych dokumentów. Podniesienie w odwołaniu z 16 lipca 2015 r. jedynie zarzutu zaniechania wezwania do ich złożenia oznacza, że odwołujący uważał, że jest zobowiązany do złożenia dokumentów potwierdzających, że podmiot udostępniający swe zasoby nie podlega wykluczeniu, niezależnie od sposobu uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Tym samym zmiana poglądu prawnego przez odwołującego nie może odnieść zakładanego skutku. Obowiązująca w postępowaniu wykładnia § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów została dokonana w orzeczeniu z 31 lipca 2015 r. i Izba – w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie – jest nią związana.

Nie podzielono poglądu zamawiającego, że brak adnotacji „za zgodność z oryginałem” uniemożliwia uznanie, że dokumenty złożone przez odwołującego potwierdzają należyte wykonanie zamówień, a tym samym spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia.

Izba zważyła, że kwestionowane dokumenty zostały złożone w formie kopii, opatrzonej własnoręcznym podpisem osoby upoważnionej do reprezentacji wykonawcy. Osoba ta na podstawie pełnomocnictwa złożonego zamawiającemu była upoważniona m.in. do potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co nie było kwestionowane przez zamawiającego. Kompletność dokumentów nie budzi wątpliwości.

Rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów stanowi § 7 ust. 1, że dokumenty i oświadczenia mogą składane zamawiającemu przez wykonawców bądź oryginały, bądź w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Skoro dokumenty poświadczające należyte wykonanie zamówienia zostały złożone w formie kopii opatrzonej podpisem przez osobę umocowaną do potwierdzenia dokumentów za zgodność z oryginałem brak jest podstaw do uznania, że złożone zostały w wadliwej formie. Żaden przepis ustawy, a ani rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie wymaga złożenia od osoby poświadczającej dokumenty oświadczenia o treści „poświadczam za zgodność z oryginałem”.

W tej sytuacji zamawiający wykluczając odwołującego z powodu braku przywołanej adnotacji naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem zamawiającego, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącym dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie później niż w dniu, w którym upływał termin składania ofert.

Odwołujący złożył wykaz osób, w którym nie wskazał osoby będącej Przedstawicielem Wykonawcy, zamawiający wezwał odwołującego do usunięcia tego braku, a wykaz złożony w uzupełnieniu nosi datę po upływie terminu składania ofert. Powołane okoliczności nie są sporne. Nie jest też sporne, że z treści wykazu nie wynika, czy osoba wskazana jako Przedstawiciel Wykonawcy była w dyspozycji odwołującego nie później niż w dniu, w którym upływał termin składania ofert.

Zgodzić się trzeba z odwołującym, że dokumenty składane w wyniku wezwania do uzupełnienia mogą być opatrzone datą późniejszą niż termin składania ofert, w tym również datą przypadającą po dacie wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Nie budzi jednak wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień, w którym upływał termin składania ofert. Wymaga tego art. 26 ust. 2a Pzp.

Skoro z treści wykazu nie wynika data, od której osoba wskazana jako Przedstawiciel Wykonawcy, była w dyspozycji odwołującego, Izba poddała ocenie inne dokumenty złożone zamawiającemu przez odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Analiza ich treści nie pozwoliła na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego osób nie później niż na dzień, w którym upływał termin składania ofert.

Wprawdzie z umowy złożonej na rozprawie wynika, że dla wykonania przedmiotu zamówienia TSK Electronica Y Electricidad S.A. w Gijon przekaże również swoich pracowników, jednak osoby te nie zostały wskazane z imienia i nazwiska.

Wobec braku dowodów na twierdzenie przeciwne Izba uznała zatem, że odwołujący nie wykazał, że dysponował osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia nie później niż w dniu, w którym upływał termin składania ofert i wykluczając odwołującego z tej przyczyny zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Umowa przedwstępna złożona na niejawnej części rozprawy przez odwołującego nie zmienia zaprezentowanej oceny. W postępowaniu odwoławczym Izba ocenia czynność lub zaniechania zamawiającego w stanie rzeczy istniejącym w dacie dokonania tej czynności. Na dzień wykluczenia zamawiający nie miał żadnych podstaw, by uznać, że warunek dysponowania osobą na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy został przez odwołującego wykazany nie później niż na dzień, w którym upływał termin składania ofert.

Zamawiający nie naruszył również art. 26 ust. 4 Pzp. Wprawdzie brzmienie tego przepisu jest kategoryczne, ale wyjaśniać można wyłącznie treści, które zostały zawarte w oświadczeniu lub dokumencie, i które nie są jednoznaczne. Art. 26 ust. 4 Pzp nie może być jednak stosowany w celu uzupełnienia brakujących informacji, których udzielenie jest obowiązkiem wykonawcy. Temu celowi służy art. 26 ust. 3 Pzp, z którego zamawiający w odniesieniu do wykazu osób już skorzystał.

Izba uznała, że odwołujący wykazał warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zamawiający kwestionując możliwość powołania się na zdolność kredytową innego podmiotu, podnosił jedynie, że skoro w treści zobowiązania zostało wskazane, że udostępnienie tych zasobów nastąpi na podstawie umowy cywilnoprawnej, a sami zobowiązanie jest dokumentem niewystarczającym.

W tej kwestii Izba podtrzymuje argumentację dotyczącą wykazania warunku wiedzy i doświadczenia wskazaną powyżej. Zobowiązanie, którego treść w pozostałym zakresie nie była kwestionowana przez zamawiającego, jest dokumentem wystarczającym dla wykazania, że zasoby innego podmiotu będą dostępne odwołującemu na potrzeby wykonania zamówienia. Zamawiający pominął również istotną okoliczność, że podmiotem

udostępniającym swe zasoby będzie spółka ściśle powiązana z odwołującym pod względem kapitałowym i zainteresowana w wykonaniu zamówienia. W tej sytuacji stosunki istniejące między odwołującym, a wykonawcą udostępniającym swe zasoby uzasadniają dodatkowo możliwość powołania się na zasoby ekonomiczne i finansowe innego podmiotu.

W odniesieniu do uzupełnienia pełnomocnictwa dla osoby, która złożyła oświadczenie w sprawie listy podmiotów wchodzących z odwołującym w skład jednej grupy kapitałowej, Izba dostrzegła, że zamawiający dokonał już takiego wezwania. W odpowiedzi otrzymał od odwołującego pełnomocnictwo dla osoby, która złożyła to oświadczenie, jednak z datą późniejszą, niż data oświadczenia.

W ocenie zamawiającego zawartego w informacji o wykluczeniu odwołującego, należy w tej sytuacji skierować ponowne wezwanie, tym razem do uzupełnienia listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej podpisanej przez osobę upoważnioną.

Izba nie zgadza się z tym twierdzeniem. Dostrzec bowiem należy, że sama lista podmiotów została złożona i nie zawierała błędów. Tym samym nie zachodzą niezbędne, wynikające z art. 26 ust. 3 Pzp, przesłanki wezwania do uzupełnienia dokumentu. Art. 26 ust. 3 Pzp ma charakter wyjątku od ogólnej reguły, że wykonawca składa niezbędne oświadczenia i dokumenty wraz z ofertą i nie może być wykładany rozszerzająco. Brakującym dokumentem było pełnomocnictwo dla osoby, która podpisała listę. Zamawiający wezwał do uzupełnienia pełnomocnictwa, a wezwanie to nie przyniosło zakładanego skutku.

Ponowne wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictwa jest niedopuszczalne. Zgodnie z poglądem wypracowanym w orzecznictwie wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w odniesieniu do tej samej kwestii ma charakter jednokrotny i nie może być ponawiane bez obrazy art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący nie złożył listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej, zatem podlega wykluczeniu na podstawie art. 24b ust. 3 Pzp.

Izba rozstrzygnęła odwołanie w oparciu o dowody z dokumentów znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania okazanych przez zamawiającego na rozprawie (kopie w aktach sprawy) oraz pozostałych dokumentów wymienionych w uzasadnieniu złożonych na rozprawie.

Dokumenty nie wymienione w uzasadnieniu nie zostały zaliczone do materiału dowodowego z powodu braku znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł od każdego odwołania, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....