

**WYROK**

**z dnia 20 czerwca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Członkowie: Aneta Młacka

Izabela Niedziałek - Bujak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum firm: Unia Sp. z o.o., Infover S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum ul. Potocka 14, 01-652 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **ENERGA-OPERATOR S.A. ul. Marynarki Polskiej 130, 80-557 Gdańsk,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Systemy Pomiarowe Elgama Sp. z o.o., UAB "Elgama-Elektronika", UAB "Sigma Telas Energy" z siedzibą dla lidera konsorcjum w Świdnicy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: Unia Sp. z o.o., Infover S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum, ul. Potocka 14, 01-652 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: Unia Sp. z o.o., Infover S.A. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 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:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Firm: Unia Sp. z o.o. oraz INFOVER S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej także Odwołujący] w postępowaniu, którego przedmiotem jest „Zawarcie umowy ramowej na dostawę oraz uruchomienie Infrastruktury Licznikowej dla ENERGA - OPERATOR S.A.” Zdaniem wykonawcy, Zamawiający - ENERGA - OPERATOR S.A. z Gdańska naruszył art. 92 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp], gdyż zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty nie zawiera uzasadnienia prawnego takiej czynności, a w szczególności podstawy prawnej wykluczenia Odwołującego z postępowania. Mając powyższe na uwadze z ostrożności w ocenie Odwołującego, ta czynność wykluczenia narusza także: (1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawa Pzp, poprzez błędne ich zastosowanie i przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz (2) art. 89 ust. 1 pkt. i 5 ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, a w ich wyniku naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców określonych w art. 7 ustawy Pzp. Zarzucając Zamawiającemu wskazane uchybienia Odwołujący wniósł o: (1) uwzględnienie odwołania, oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu, a także (2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty i (3) nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i wybór, jako jednej z trzech najkorzystniejszych oferty Odwołującego. W uzasadnieniu wykonawca podał, że zgodnie z art. 92 ustawy Pzp, Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej (w tym przypadku ofert najkorzystniejszych - art. 99 w zw. z art. 100 ust. 3 pkt. 2 Pzp) zobowiązany jest zawiadomić wykonawców, którzy złożyli oferty nie tylko o wyborze oferty najkorzystniejszej, ale także o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, a ich oferty odrzucone. Wskazał także, że na Zamawiającym ciąży obowiązek wskazania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty, co w tym wypadku nie zostało wykonane. Jako uzasadnienie prawne przyjmuje się wskazanie podstawy dokonanej czynności (wykluczenia), a za takowe nie mogą być dla wykluczenia uważane przywołane w treści rozstrzygnięcia dotyczącego Odwołującego przepisy art. 22, art., 25 ust. 2b, czy art. 7 ustawy Pzp odnoszone do Odwołującego (str. 6 i 7 skarżonego rozstrzygnięcia) Tym samym analogicznie, jak w każdej innej procedurze prawnej, brak wskazania podstawy prawnej rozstrzygnięcia winien w ocenie Odwołującego stanowić wystarczającą przesłankę do uznania za nieważną taką czynność, a w efekcie skutkującą koniecznością powtórzenia czynności oceny ofert i uznania odwołania za zasadne.

Zdaniem wykonawcy, można domniemywać, czyniąc to z ostrożności, wczytując się w opis sytuacji faktycznej, wskazanej w rozstrzygnięciu, że u podstaw czynności Zamawiającego legła błędna wykładnia art. 26 ust. 2b Pzp, skoro w okolicznościach prowadzonego postępowania uznał on, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w Dziale XIII pkt. 1.1. SIWZ, dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia związanego z przedmiotem Zamówień Realizacyjnych umowy ramowej (przedmiot postępowania) tj. należytego wykonania, 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 opisanych w pkt. a i b, 2. dostawy lub dostaw, co najmniej 100 000 liczników energii elektrycznej w okresie 12 miesięcy. Stwierdził także, że Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu w Dziale XIV pkt.9 SIWZ, wskazał, iż jeżeli Wykonawca na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp wykazując spełnienie 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 musi w takiej sytuacji 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 wykonywaniu zamówienia realizacyjnego zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ. Wyjaśniając to zagadnienie, w sposób nienaruszający przepisu art. 26 ust. 2b Pzp odpowiadając w dniu 28.01.2011r. na pytanie nr 171 dotyczące podania:, jakich informacji oczekuje Zamawiający w przypadku udostępnienia wiedzy i doświadczenia w treści „zobowiązania” podmiotu trzeciego, Zamawiający powołał się na opinię UZP w tym zakresie, z tym, że nie wskazał przy tym na konkretne zasoby, które mogą być udostępnione, „ponieważ udział w wykonywaniu zamówienia przez podmiot trzeci może być realizowany w różnych formach. Zamawiający oczekuje natomiast, że w przedmiotowym oświadczeniu podmiot udostępniający określi, jaką wiedzę i doświadczenie udostępni Wykonawcy” - cyt. z udzielonej odpowiedzi. Z powyższego wynika, że wskazane pisemne zobowiązanie o treści według załącznika nr 6 do SIWZ wraz z oświadczeniem podmiotu trzeciego o rodzaju udostępnianej wiedzy i doświadczeniu było jedynym, wymaganym dokumentem, za pomocą którego wykonawca miał udowodnić, że Wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wobec postawionych w SIWZ wymagań oraz przedłożonych przez Odwołującego dokumentów, zdaniem Odwołującego nie sposób uznać, iż podlega on wykluczenia z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, albowiem korzystając z zasobów firmy Sagemcom Energy & Telecom SAS i przedstawiając w tym zakresie stosowne zobowiązanie użyczającego, nie miał obowiązku złożenia dokumentów dotyczących tego podmiotu, potwierdzających brak przesłanek do jego wykluczenia z postępowania (dokumenty

podmiotowe), co jego zdaniem podnosi Zamawiający w skarżonej czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Tak, więc korzystając z zasobów Sagemcom Energy & Telecom SAS, w sposób wskazany w zobowiązaniu użyczającego z dnia 18 lutego 2011 r. oraz wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 19 kwietnia 2011r. nie można w zgodzie z obowiązującymi regulacjami uznać, tak jak to uczynił Zamawiający, że Odwołujący „polegając na zasobach innego podmiotu, przedkładając samo tylko zobowiązanie, bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w realizacji zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem”, tym bardziej, gdy ocena taka oparta jest na orzeczeniu KIO, które nie zapadło w sprawie Odwołującego i przez to nie może oddziaływać na jego sytuację prawną. Konsorcjum Unia Sp. z o.o. i INFOVER S.A. poprzez złożenie zobowiązania podmiotu trzeciego tj. Sagemcom Energy & Telecom SAS do udostępnienia swoich zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia oraz poprzez złożenie wykazu prac wykonanych przez Sagemcom Energy & Telecom SAS, referencji świadczących o należyтым wykonaniu tych prac, spełniło wszelkie wymogi SIWZ dotyczące warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający - Energa-Operator SA. z Gdańska wniósł o oddalenie odwołania ze względu na bezzasadność zgłoszonych w nim zarzutów. W uzasadnieniu podał, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 92 ust 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp jest nie trafny, gdyż Zamawiający jednoznacznie podał w uzasadnieniu rozstrzygnięcia podstawę wykluczenia Odwołującego. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, że celem uzasadnienia prawnego i faktycznego jest umożliwienie wykonawcy polemiki z decyzją zamawiającego i skorzystania w tym celu z przewidzianych w ustawie środków ochrony prawnej. Uzasadnienie powinno być czytelne, nie może wprowadzać w błąd i powinno umożliwić wykonawcy odniesienie się do poszczególnych motywów decyzji zamawiającego, przy czym może być związane i rzeczowe, jeżeli spełnia powyższe cele. Nie ma podstaw zatem do twierdzenia, że uzasadnienie prawne sprowadza się do podania jednostki redakcyjnej aktu normatywnego. Kluczowe znaczenie ma odniesienie się do normy prawnej, które nakazuje zamawiającemu wykluczenie danego wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego w uzasadnieniu wprost wskazano, że przyczyną wykluczenia Odwołującego jest niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Uzasadnienie rozstrzygnięcia jest w tym zakresie identyczne z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, co jego zdaniem niewątpliwie dostrzegł Odwołujący o czym świadczy podjęcie przez Odwołującego rozbudowanej polemiki z poglądami wyrażonymi przez Zamawiającego.

Także zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem dokonując po raz pierwszy w niniejszym postępowaniu czynności oceny ofert, Zamawiający przyjął najbardziej liberalną koncepcję i uznał za najkorzystniejsze między innymi oferty Odwołującego i Logon SA., aczkolwiek z dokumentów złożonych przez tych wykonawców i

złożonych przez nich wyjaśnień wynikało, że Sagemcom Energy&Telecom SAS nie tylko nie będzie podwykonawcą żadnego z nich, ale w ogóle nie weźmie udziału w realizacji Zamówień Realizacyjnych, natomiast wiedza i doświadczenie będą przekazane w trakcie szkoleń. Poglądów Zamawiającego nie podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza (wyrok z 20 maja 2011 r., KIO 945/11), nakazując unieważnienie czynności oceny ofert i powtórzenie jej z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu, w tym wykluczenie wykonawcy Logon SA. Wykonując orzeczenie Izby, Zamawiający wobec jednoznacznego nakazu wykluczył wykonawcę Logon SA, a następnie dokonał oceny ofert z uwzględnieniem poglądów wyrażonych w uzasadnieniu, w myśl których skuteczne powołanie się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego wymaga udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, niekoniecznie w roli podwykonawcy. Mimo że rozważania Izby w wyroku w sprawie KIO 945/11 dotyczyły bezpośrednio tylko wykonawcy Logon SA, to można je wprost odnieść także do sytuacji Odwołującego, albowiem złożył on w postępowaniu identyczne dokumenty i wyjaśnienia, dotyczące korzystania z zasobów Sagemcom Energy &Telecom SAS.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp, Zamawiający stwierdził, że poza sformułowaniem zarzutu Odwołujący nie zawarł w odwołaniu argumentacji zmierzającej do wskazania, w czym miały się przejawiać nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu albo naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Niezależnie od braku bliższego uzasadnienia powyższego zarzutu, w opinii Zamawiającego nie można uznać go za trafny, albowiem rozstrzygając postępowanie i wykluczając z niego zarówno wykonawcę Logon S.A. (zgodnie z orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 945/11), jak i Odwołującego, Zamawiający działał w celu zapewnienia równego traktowania wykonawców.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający podobnie stwierdził, że Odwołujący poprzestał tylko na sformułowaniu zarzutu naruszenia tego przepisu, nie rozwijając tej problematyki w uzasadnieniu odwołania. Jednocześnie podniósł, że prostą konsekwencją prawidłowości decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udział w postępowaniu była konieczność odrzucenia jego oferty, co wynika z literalnego brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i w konsekwencji, zarzut naruszenia powyższego przepisu również nie jest uzasadniony.

Przystępujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm - Systemy Pomiarowe Elgama Sp. z o.o. ze Świdnicy, oraz UAB „ELGAMA-ELEKTORNIKA” i UAB „SIGMA TELAS ENERGY” z siedzibą w Wilnie po stronie Zamawiającego wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 185 ust 6 ustawy Prawo zamówień publicznych ewentualnie o jego oddalenie w całości na podstawie art. 192 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu przystąpienia podał, że Zamawiający, wykonując orzeczenie z dnia 20 maja 2011r. [KIO 945/11], Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89

ust 1 pkt 5 uznając, iż wykonawca ten podlega wykluczeniu, ponieważ wykonawca Odwołujący nie złożył dokumentów wymaganych postanowieniem sekcji III.2.1 w pkt 4 ogłoszenia dla podmiotu, na którego doświadczenie Odwołujący się powołuje, nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oraz nie potwierdził dysponowania zasobami Sagemcom Energy & Telecom SAS. Podkreślił, że czynność wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego jest następstwem wydanego w dniu 20 maja br., sygn. akt 945/11 wyroku KIO, którym to wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza nakazała wykluczenie LOGON S.A. z siedzibą w Bydgoszczy. Stwierdził także, sytuacja faktyczna wykonawcy LOGON S.A. oraz Konsorcjum firm Unia Sp. z o.o. i NFOVER S.A. jest identyczna w zakresie leżącej u podstaw nakazania wykluczenia LOGON S.A. argumentacji wskazanej w uzasadnieniu wyroku, gdyż dotyczy ona takich samych dokumentów złożonych przez obu wykonawców. Obaj, bowiem wykonawcy powołali się na doświadczenie firmy Sagemcom Energy & Telecom SAS, a złożone przez tych wykonawców dokumenty na potwierdzenie spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu są identyczne w swej treści. Stwierdził także, że w świetle postanowień ogłoszenia oraz siwz wskazani wykonawcy mieli obowiązek złożenia wraz z ofertą dokumentów, o których mowa w sekcji III.2.1 w pkt 4 ogłoszenia. Nie uczynili tego, przez co oferty obu wykonawców - LOGON S.A. oraz Konsorcjum firm: Unia Sp. z o.o. oraz INFOVER S.A. podlegają odrzuceniu, jako niezgodne z treścią siwz na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przystępujący zwrócił także uwagę, że w wezwaniu skierowanym do Konsorcjum, Zamawiający wskazał (str. 2 wezwania z dnia 15 marca 2011r.), „Jeśli podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest także do jednoczesnego załączenia (w terminie wskazanym powyżej) dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia takiego podmiotu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z dyspozycją § 1 ust 2 oraz § 6 ust 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane), jeśli dokumenty te nie zostały załączone do złożonej przez Wykonawcę oferty.” Takie dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby, nie zostały złożone. Tym samym, zdaniem Przystępującego, Odwołujący sam potwierdził, iż nie uznaje, że będzie korzystał przy realizacji zamówienia z doświadczenia i wiedzy Sagemcom Energy & Telecom SAS a przedłożone zobowiązanie ma wyłącznie charakter iluzorycznego zobowiązania mającego na celu uzyskanie zamówienia. W konkluzji podniósł, że Konsorcjum firm Unia Sp. z o.o. i INFOVER S.A. pomimo skutecznego wezwania do zgłoszenia przystąpienia w toczącym się postępowaniu odwoławczym zakończonym wyrokiem z dnia 20 maja 2011 r., nie skorzystało z przysługującego prawa do zgłoszenia przystąpienia, a tym samym w świetle art. 185 ust 6 ustawy Pzp nie może korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności Zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając niniejsze odwołania oraz mając na względzie dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ofertę Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Unia Sp. z o.o. i INFOVER S.A. oraz ofertę wykonawcy – Logon S.A. z Bydgoszczy a także dokumentację z postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/945/11, ustaliła, co następuje:**

W odwołaniu wykonawca – Konsorcjum Firm: Unia Sp. z o.o. i INFOVER S.A. podniósł zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy Pzp, gdyż jego zdaniem zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty nie zawiera uzasadnienia prawnego takiej czynności, a w szczególności podstawy prawnej wykluczenia oraz zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poprzez błędne ich zastosowanie i przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. i 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zastosowanie tego przepisu i uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, a w ich wyniku naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonych w art. 7 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący powołał się na pismo z dnia 26 maja 2011 r. stwierdzając, że w tym piśmie został powiadomiony o wykluczeniu z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty. Przyznał także, że w tym powiadomieniu Zamawiający stwierdził, że wykluczenie jest następstwem wydanego w dniu 20 maja 2011 r., sygn. akt: KIO/945/11 wyroku KIO. Tak jak ustaliła Izba rozpoznająca niniejsze odwołanie, w odwołaniu, którego dotyczy wskazany wyrok wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Action S.A. oraz BMCG sp. z o.o. z Warszawy podnieśli zarzuty względem oferty wykonawcy LOGON S.A. z Bydgoszczy, stwierdzając, że dla potwierdzenia warunku z pkt 1 działu XIII specyfikacji wykonawca - LOGON S.A. złożył wykaz dostaw wraz z referencjami oraz zobowiązan do udostępnienia zasobów przez firmę Sagemcom Energy & Telecom SAS, które to dokumenty nie potwierdziły spełnienia wskazanego warunku specyfikacji. Powołanym wyrokiem, Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie nakazała 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. Rozstrzygnięcie, co do wykluczenia z postępowania wykonawcy LOGON S.A oparte zostało na ustaleniu, że wykonawca ten (...) 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. 2b ustawy Pzp. W uzasadnieniu wyroku KIO w szczególności stwierdziła, że (...) przywoływany przepis, wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2- 4



ustawy Pzp 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. Niezbędność ta nie dotyczy, zatem złożenia jedynie samych referencji podmiotu trzeciego, potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia w celu złożenia oferty, ale także konieczności zapewnienia przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia potrzebnych do wykonania zamówienia. (...) Z kolei przepis art. 22 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia. Zatem ta regulacja służy wykazaniu, że zamówienie uzyskają wykonawcy, którzy ze względu m.in. na posiadaną wiedzę i doświadczenie będą w stanie należycie wykonać zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza wskazując na doktrynę oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich stwierdziła, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty i konieczność wykazania, że wykonawca (...) faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia”. Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy KIO – tak jak wskazano w uzasadnieniu - stwierdziła, że złożone w piśmie wykonawcy - LOGON S.A. 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, albowiem (...) 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 2011 r. W piśmie tym wykonawca 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. Taki stan, w ocenie KIO, stanowił 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. 2b ustawy jak i jego brzmienie (wyrażona w tym przepisie niezbędność do realizacji zamówienia oddanego przez podmiot trzeci zasobu)”.

Skład orzekający Izby rozpoznający odwołanie z dnia 6 czerwca 2011 r. Konsorcjum Firm: Unia Sp. z o.o. oraz INFOVER S.A. po analizie treści oświadczenia Sagemcom Energy & Telcom SAS z dnia 18 lutego 2011 r. załączonego do oferty Odwołującego - Konsorcjum firm - Unia Sp. z o.o. i INFON/ER S.A., a także wezwań Zamawiającego z dnia 15.03. 2011 r. i z dnia 18.04.2011 r. skierowanego do Odwołującego o złożenia wyjaśnień oraz wyjaśnień wykonawcy z dnia 24 03. 2011 r. i 19.04.2011 r. stwierdził bezspornie, że Odwołujący – podobnie jak wykonawca LOGON S.A. -

powołał się na wiedzę i doświadczenie Sagemcom Energy & Telecom SAS, przedłożył zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, a następnie składając wyjaśnienia oświadczył – podobnie jak LOGON S.A – że Sagemcom Energy & Telecom SAS (...), że nie bierze udziału w realizacji Zamówień Realizacyjnych ani w roli podwykonawcy, ani w innej roli”. Tym samym Odwołujący i wykonawca LOGON S.A. złożyli dokumenty na potwierdzenie spełnienia w/w warunku - analogiczne w swej treści. Izba stwierdziła także, że Odwołujący nie przystąpił do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO/945/11, mimo stosownego wezwania na podstawie art. 185 ust.2 i 3 ustawy Pzp.

**Mając na względzie tak ustalony stan faktyczny, rozpoznając odwołanie Izba zważyła, co następuje:**

Nie podlega rozpoznaniu zarzut naruszenia 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, dotyczący wykluczenia Odwołującego z postępowania, z uwagi na odpowiednie zastosowanie przepisu art. 189 ust.2 pkt 5 tej ustawy Pzp. Zgodnie z art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. W tym przypadku Izba stwierdziła, że podnoszony zarzut naruszenia 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dotyczy czynności wykonanej zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 20 maja 2011 r., sygn. akt: KIO/945/11. Wyrokiem tym KIO, uwzględniając odwołanie przede wszystkim nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu. Tak jak podniesiono powyżej rozważania Izby w wyroku w sprawie KIO 945/11 dotyczyły także bezpośrednio wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy LOGON S.A., jednakże przedstawiona argumentacja w uzasadnieniu wyroku odnosiła się również do sytuacji faktycznej i prawnej pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego. Tak jak ustaliła Izba wykonawca ten złożył w tym postępowaniu o zamówienie publiczne analogiczne dokumenty i wyjaśnienia, dotyczące zasad korzystania z zasobów Sagemcom Energy&Telecom SAS. Tym samym sformułowany w sentencji wyroku nakaz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu, a związanych z podstawami wykluczenia wykonawcy Logon S.A. dotyczył de facto także oferty Odwołującego. Izba brała również pod uwagę, że Odwołujący - Konsorcjum firm Unia Sp. z o.o. i INFOVER S.A. pomimo skutecznego wezwania do zgłoszenia przystąpienia w toczącym się postępowaniu odwoławczym zakończonym wyrokiem z dnia 20 maja 2011 r. nie skorzystał z przysługującego prawa do zgłoszenia przystąpienia, a tym samym w świetle art. 185 ust 6 ustawy Pzp nie może korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby. Odwołujący – wbrew jego twierdzeniom – miał oczywisty interes, podobnie jak wykonawca LOGON S.A., w przystąpieniu do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 945/11 po stronie Zamawiającego. Odwołanie bowiem z dnia 2 maja 2011 r.

wniesione przez Action S.A. oraz BMCG sp. z o.o. z Warszawy wobec oferty wykonawcy - LOGON S.A dotyczyło tych samych okoliczności, które stanowiły podstawę do wykluczenia Odwołującego decyzją z dnia 26 maja 2011r. w związku z wyrokiem KIO z dnia 20 maja 2011r.

Jednocześnie Izba stwierdza, że przepis art. 189 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp ma w niniejszej sprawie odpowiednie zastosowanie, albowiem ustawa – Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji odrzucenia odwołania w części. Z tych też względów zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Izba pozostawiła bez rozpoznania.

Rozpoznając na rozprawie zarzuty w pozostałym zakresie, a dotyczące naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy Pzp, oraz 89 ust. 1 pkt. i 5 ustawy Pzp i art. 7 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że podlegają one oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że w piśmie z dnia 26 maja 2011 r. w zakresie pkt IV lit. g, Zamawiający niewątpliwie podał okoliczności stanowiące uzasadnienie faktyczne i prawne dla wykluczenia Odwołującego z postępowania. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że brak powołania przepisu (jednostki redakcyjnej) w treści rozstrzygnięcia nie jest ani przesłanką nieważności postępowania w procedurze cywilnej, ani podstawą nieważności decyzji w procedurze administracyjnej. Także na gruncie przepisów ustawy Pzp nie można wywieść takiego wniosku. Tym samym, nawet przyjmując, że zarzut Odwołującego jest trafny, nie ma podstaw do uznania, że powyższe skutkuje wadliwością czynności oceny ofert i tym samym brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania na tej podstawie. Brak powołania podstawy prawnej decyzji o wykluczeniu wykonawcy nie pozbawia takiej decyzji bytu prawnego, bowiem powołanie właściwego przepisu nie jest warunkiem zaistnienia wykluczenia konkretnego wykonawcy z postępowania, lecz służy co najwyżej ocenie prawidłowości dokonanego wykluczenia w znaczeniu formalnym. Izba stwierdza także, że brak wskazania w decyzji o wykluczeniu konkretnego właściwego przepisu nie stanowi również naruszenia przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania, jak również – co podnosił Zamawiający - nie stanowi wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy. Tym samym wobec brzmienia art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, nie może stanowić podstawy uwzględnienia odwołania. Na marginesie Izba zauważa, iż zgodnie ze wskazanym przepisem art. 92 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy Pzp zawiadomienie powinno zawierać uzasadnienie prawne, przy czym ustawodawca jednoznacznie nie rozstrzygnął, iż takie uzasadnienie ma być wyrażone poprzez wskazanie konkretnego przepisu prawnego.

Izba stwierdziła także, że nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, albowiem jego zastosowanie jest konsekwencją decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udział w postępowaniu, co wynika z literalnego brzmienia powołanego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W konsekwencji, brak jest także podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp, wobec oddalenia zarzutów rozpoznawanych na rozprawie z uwzględnieniem zarzutu pozostawionego bez rozpoznania.

Mając powyższe na względzie Izba orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp

**Przewodniczący:** .....

.....

.....