

Sygn. akt: KIO 2081/12

Sygn. akt: KIO 2082/12

## WYROK

z dnia 10 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Bartczak – Żuraw  
Renata Tubisz  
Bogdan Artymowicz

**Protokolant:** Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2012r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2012r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne "Vertical" Sp.z o.o., ul. Stodolna 31, 44-240 Żory** (sygn. akt KIO 2081 i KIO 2082/12) w postępowaniach prowadzonych przez **Świętokrzyskie Biuro Geodezji w Kielcach, ul. Targowa 18, 25-520 Kielce**.

**orzeka:**

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w niniejszym uzasadnieniu,
2. kosztami postępowania obciąża Świętokrzyskie Biuro Geodezji w Kielcach, ul. Targowa 18, 25-520 Kielce i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne "Vertical" Sp.z o.o., ul. Stodolna 31, 44-240 Żory** tytułem wpisu od odwołań,

2.2. zasądza od **Świętokrzyskiego Biura Geodezji w Kielcach, ul. Targowa 18, 25-520 Kielce** na rzecz **Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne "Vertical" Sp.z o.o., ul. Stodolna 31, 44-240 Żory** kwotę **33 600 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści trzy tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołań i 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 **Kielcach**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Sygn. akt KIO 2081/12**

**Sygn. akt KIO 2082/12**

## **U z a s a d n i e**

Świętokrzyskie Biuro Geodezji w Kielcach, ul. Targowa 18, 25-520 Kielce (dalej "Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na „Wykonanie projektu scalenia gruntów wsi Kików, gmina Solec Zdrój, powiat buski, woj. świętokrzyskie” oraz „Wykonanie projektu scalenia gruntów wsi Piestrzec, gmina Solec Zdrój, powiat buski, woj. świętokrzyskie”. Wartość przedmiotowych zamówień na usługi oszacowano na kwotę większą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenia o zamówieniu zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 10 sierpnia 2012 r. o numerach odpowiednio: 2012/S 153-255831 i 2012/S 153-255840.

W dniu 28 września 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wykonawcy Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne „Vertical” Sp. z o.o., ul. Stodolna 31, 44-240 Żory (dalej "Odwołujący") wobec czynności Zamawiającego w przedmiotowych postępowaniach polegających na:

- 1) uznaniu, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
- 2) odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 3) wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 4) wyborze najkorzystniejszej oferty.

Nadto Odwołujący zarzucał Zamawiającemu zaniechanie dokonania czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp, jak również z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności dokonanie lub zaniechanie dokonania w/w czynności niezgodnie z:

- 1) art. 7 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia;
- 2) art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i niewezwanie

Odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w przypadku, gdy dokumenty przedłożone przez Odwołującego wzbudziły w Zamawiającym jakiegokolwiek wątpliwości, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia;

- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez błędne zastosowanie (wykluczenie Odwołującego) w następstwie przyjęcia, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez błędne zastosowanie i dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w sytuacji, gdy taka czynność nie mogła zostać przez Zamawiającego dokonana,
- 5) § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane, przez jego błędne zastosowanie w sytuacji, gdy wykazany na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp podmiot, z którego doświadczenia i wiedzy korzystać będzie Odwołujący, nie będzie brał udziału w realizacji części przedmiotowego zamówienia, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia;
- 6) zarzucał Zamawiającemu błąd w ustaleniach faktycznych poczynionych przez Zamawiającego polegający na bezpodstawnym przyjęciu, iż spółka Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen „miała brać udział w realizacji części zamówienia” w sytuacji, gdy żaden z dokumentów dołączonych przez Odwołującego nie potwierdza powyższego faktu, a nadto złożone przez Odwołującego dokumenty wykazują, iż spółka Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen nie miała brać udziału w realizacji części zamówienia, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty,
- 2) uznanie, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego, albowiem nie był obowiązany do dołączenia dokumentów wskazanych

w rozdziale VI A SIWZ pkt 4-8 w odniesieniu do spółki Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen, z której wiedzy i doświadczenia Odwołujący będzie korzystał przy wykonywaniu zamówienia;

- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego,
- 4) przyznanie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, według norm przepisanych.

Odwołujący wskazywał, iż zgodnie z brzmieniem przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu lub innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że:

- 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie,
- 2) poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił, iż posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę, która będzie wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zamawiający pismem z dnia 19 września 2012 roku poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty, niespełnieniu przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, wykluczeniu Odwołującego oraz odrzuceniu jego oferty. Odwołujący wskutek działania Zamawiającego może ponieść szkodę z uwagi na fakt, iż wskutek postępowania Zamawiającego polegającego na niewezwaniu go do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy Zamawiający powziął jakieś wątpliwości odnośnie prawidłowości lub kompletności złożonych przez Odwołującego dokumentów podczas dokonywania przez Zamawiającego oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, uznał, iż Odwołujący nie spełnia wskazanych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, co doprowadziło do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty. W wyniku powyższych działań Zamawiającego Odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą, co równocześnie pozbawiło go możliwości zawarcia umowy, a tym samym uzyskania dochodu, co bezpośrednio spowoduje u niego powstanie szkody z tym związanej. Odwołujący podkreślał, iż w postępowaniu zostały złożone dwie oferty: przez Odwołującego i Konsorcjum Firm: Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „Le Mar” Sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu, ul. G. Narutowicza 1, 37-

500 Jarosław i Małopolskie Biuro Geodezji w Tarnowie S. Krypel i wspólnicy Spółka jawna, 33-100 Tarnów, Pl. Więźniów KL Auschwitz 1 (dalej "Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „Le Mar” Sp. z o.o.- Małopolskie Biuro Geodezji w Tarnowie S. Krypel i wspólnicy Spółka jawna"), a jedynym kryterium oceny ofert była cena i Odwołujący złożył ofertę korzystniejszą pod względem ceny (taka sama sytuacja dotyczyła ofert złożonych w obu postępowaniach o udzielenie zamówienia - Odwołujący złożył ofertę korzystniejszą cenowo). W sytuacji, gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona przez Zamawiającego i nie został on wykluczony z postępowania i zarazem gdyby Zamawiający nie uznał, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, zapewne oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza z uwagi na zaoferowaną niższą cenę niż cena drugiego oferenta. Zatem należy stwierdzić, iż Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, które jest konieczne i uzasadnione.

Odwołujący dodatkowo podnosił, iż w pewnym zakresie zachowało aktualność stanowisko doktryny i orzecznictwa związane z wykazaniem interesu prawnego przez Odwołującego przy wnoszeniu odwołania. Potwierdza to w szczególności postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2011 r. (KIO 1117/11), w którym KIO podkreśliła, iż „Zmiana „interesu prawnego na „interes ” nie zmienia faktu, że interes wykonawcy nadal wynika z normy prawa, bowiem odwołanie przysługuje wyłącznie w sytuacji niezgodnej z przepisami czynności lub brakiem czynności zamawiającego (art. 180 ust. 1 p.z.p.), czyli wynika z naruszenia przepisów p.z.p. (art. 179 ust. 1 p.z.p.)”. Wprawdzie obecnie ustawodawca nie posługuje się już tym pojęciem, a używa sformułowania wskazującego na to, iż odwołujący się musi wykazać, iż „posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia”, nie mniej w ocenie Odwołującego interes prawny niejako mieści się w zakresie pojęciowym sformułowania „posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia.” Stąd Odwołujący wskazywał na to, iż zgodnie z powołanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwem „Ustawa nie zawiera wprawdzie definicji interesu prawnego, to jednak nie ma żadnych podstaw, aby rozumieć go inaczej, aniżeli określone to zostało w doktrynie i orzecznictwie dotyczącym pojęcia interesu prawnego na gruncie prawa cywilnego. Przyjąć więc należy, że interes prawny ma tylko ten, na którego sferę prawną może oddziaływać bezpośrednio lub pośrednio wynik danego postępowania (rozstrzygnięcie).” (wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z 31 marca 2003 r. UZP/ZO/O- 337/03, ZPO 2003/2/88). Zgodnie ze stanowiskiem doktryny „za utrwalony uznaje się pogląd, według którego interes prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę do sądu doznał uszczerbku (lub mógł doznać uszczerbku) w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy, polegającego na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą” (W. Łysakowski [w] Prawo Zamówień Publicznych Komentarz pod red.

Tomasza Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych 2007, wyd. III, str. 504, teza 7). Taka sytuacja występuje między innymi w niniejszym postępowaniu, w którym Odwołujący wskutek postępowania Zamawiającego może utracić możliwość uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą. Powyższe twierdzenia znajdują całkowite potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych. Przykładowo tylko Odwołujący wskazywał m.in. na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2011 r. (KIO 1389/11) w którym KIO stwierdziła, iż „Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez odwołującego zamówienia”. Natomiast w postanowieniu z dnia 11 czerwca 2012 r. (KIO 1114/12) podkreślono, iż „Dla wykazania interesu, nie jest konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo jego zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia”. Ponadto należy podkreślić, iż zgodnie z orzecznictwem KIO - „Skoro odwołujący podniósł zarzuty dotyczące niezasadności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty, nie można odmówić mu legitymacji do wniesienia odwołania” (wyrok KIO z dnia 12 października 2011 roku, KIO 2096/11). Reasumując - uwzględniając całokształt okoliczności niniejszej sprawy oraz wskazane powyżej argumenty - należy stwierdzić, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę, która będzie wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, zatem Odwołujący posiada interes prawny do wniesienia niniejszego odwołania, które jest konieczne i uzasadnione.

Odwołujący wskazywał, że pismem z dnia 19 września 2012 roku, doręczonym Odwołującemu w dniu 20 września 2012 roku, Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Ponadto w pkt 2 przedmiotowego pisma Zamawiający poinformował Odwołującego, iż oferta Odwołującego "została odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 (...) - oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu", natomiast w pkt 3 Zamawiający wskazał, iż Odwołujący „został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 - nie wykazał w sposób określony w SIWZ spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

Odwołujący podkreślał, iż Zamawiający w toku postępowania nie wzywał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień. Natomiast o zastrzeżeniach Zamawiającego, co do złożonych przez Odwołującego dokumentów, Odwołujący dowiedział się dopiero z treści pisma Zamawiającego z dnia 19 września 2012 r. informującego o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazywał, iż jego zdaniem powyższe działanie Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest nieprawidłowe, a nadto sprzeczne z ustawą Pzp, ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, ponieważ podważa podstawowe zasady rządzące postępowaniem w sprawie zamówień publicznych, zwłaszcza zasadę równości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Brak było jakichkolwiek podstaw do uznania przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Uzasadniając powyższe twierdzenie, Zamawiający stwierdził, iż "oferta (Odwołującego) nie zawiera dokumentów określonych w rozdziale VI A. pkt 4-8 SIWZ dotyczących firmy Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen, która to firma zgodnie z art. 26 ust 2b ustawy prawo zamówień publicznych miała brać udział w realizacji części zamówienia. SIWZ określa jednoznacznie, że dokumenty te powinny być załączone".

Dowód:- Pismo Zamawiającego z dnia 19 września 2012 roku.

Już samo stwierdzenie użyte przez Zamawiającego, iż spółka Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen „miała brać udział w realizacji części zamówienia”, w kontekście treści dokumentów postępowania, a w szczególności treści dokumentów złożonych przez Odwołującego potwierdza rażący błąd w ustaleniach faktycznych poczynionych przez Zamawiającego. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, spółka Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen nie miała brać udziału w realizacji części zamówienia.

W rozdziale VI A. SIWZ Zamawiający zawarł Wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w treści powołanego powyżej rozdziału podkreślił, iż „Wykonawca, który będzie polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów (art. 26 ust 2b) zobowiązany jest do złożenia pisemnych zobowiązań tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia - oryginał podpisany przez podmiot".

Dowód:- wyciąg z SIWZ - strona 4-5.

Odwołujący z uwagi na fakt, iż zamierzał w postępowaniu skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego - spółki Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen załączył do oferty stosowne Oświadczenie spółki Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen. Zgodnie z treścią przedmiotowego oświadczenia spółka Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen zobowiązała się oddać do dyspozycji Odwołującego „niezbędne zasoby doświadczenia i



wiedzy na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (...) Udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi w ramach ustaleń (...) określających zasady współpracy w formie doradztwa, konsultacji, wymiany know-how przy realizacji zamówienia".

Dowód: Oświadczenie spółki Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen załączone do oferty przez Odwołującego

Należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający nie oczekiwał złożenia dokumentów określonych w pkt 4-8 rozdziału VI A. SIWZ w każdej sytuacji, gdy wykonawca korzysta z zasobów podmiotu trzeciego, ale wyłącznie w sytuacji, gdy korzystanie to wiąże się z uczestnictwem w realizacji zamówienia. Wskazuje na to w szczególności treść uwagi zamieszczonej przez Zamawiającego pod pkt 7 rozdziału VI A. SIWZ zgodnie, z której brzmieniem: „Jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w zw. z 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, zobowiązany jest do przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentu, wg zasad określonych w pkt 4-8 - oryginał lub kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez podmiot".

Dowód: wyciąg z SIWZ strona 5.

Z uwagi na powyższe w sytuacji, gdy z oświadczenia spółki Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen w sposób bezsprzeczny wynikało, iż nie będzie ona brać udziału w wykonaniu przedmiotu zamówienia, a jedynie udostępni Odwołującemu wiedzę oraz doświadczenie - Odwołujący nie miał obowiązku załączać dokumentów wskazanych w rozdziale VI A. SIWZ, a tym samym Zamawiający nie mógł wykluczyć Odwołującego z uwagi na brak złożenia przedmiotowych dokumentów.

Powyższe zachowanie Zamawiającego (obarczone błędem w ustaleniach faktycznych) stanowi naruszenie § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane.

Odwołujący podkreślał, iż ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dał wykonawcom możliwość powołania się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał podmiotów trzecich. Wykonawca został w takim przypadku zobowiązany do udowodnienia Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Ustawodawca nie stworzył przy tym zamkniętego katalogu dowodów, jakie może złożyć Zamawiającemu wykonawca; jako jeden z dowodów wskazane zostało

pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ustanawia zatem konieczność oddania zasobów do dyspozycji wykonawcy, ale nie nakłada obowiązku fizycznego wykonania części lub całości zamówienia przez podmiot trzeci. Korzystanie z podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia możliwe jest zatem, oprócz fizycznego wykonania całości bądź części zamówienia, przez doradztwo, przekazanie wiedzy w zakresie technologii, udostępnienie dokumentów itp., co może nastąpić w dowolnym momencie, nie powiązanym ściśle z wykonaniem zamówienia. Ustawodawca przewidując możliwość fizycznego powierzenia wykonania części zamówienia podmiotowi trzeciemu dał zamawiającemu w § 1 ust. 2 rozporządzenia z dnia z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, podstawę do weryfikacji podmiotowej takiego podmiotu (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 grudnia 2011 r., KIO 2531/11).

Przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia z dnia z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane stanowi, iż "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 § 2". Należy jednakże zwrócić uwagę, iż ww. przepis rozporządzenia nie dotyczy wszystkich podmiotów, na których potencjał powołuje się wykonawca, a jedynie tych, które będą brały udział w realizacji części zamówienia.

Zgodnie ze stabilną oraz jednolitą linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej - przekazanie wiedzy czy to jako know-how, czy to jako autorskiego rozwiązania, zastrzeżonej technologii nie musi być udziałem w realizacji zamówienia, a może nastąpić w dowolnym momencie nie związanym z faktem udziału danego wykonawcy w realizacji zamówienia. Izba uważa, że zasób ten można przenieść np. przez wyszkolenie kadry, udostępnienie dokumentacji technicznej, udzielenie licencji do prawa patentowego. W takiej sytuacji fakt, że podmiot udostępniający zasób nie uczestniczy w wykonaniu zamówienia nie zagraża bezpieczeństwu umowy, a z drugiej daje możliwość rzeczywistego korzystania z zasobu bez jednoczesnej konieczności udziału w realizacji zamówienia. Udział w realizacji zamówienia powinien być rozumiany jako realizacja części świadczenia wykonawcy wynikającego z umowy o zamówienie publiczne. Przekazanie wiedzy następuje najczęściej na podstawie

stosunku cywilnoprawnego np. umowy o świadczenie usług, ale nie oznacza to, że każdy stosunek cywilnoprawny będzie zobowiązywał podmiot trzeci do udziału w realizacji umowy o zamówienie publiczne (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2011 r., KIO 2531/11, z dnia 10 stycznia 2011 r.- KIO 2790/10, z dnia 16 grudnia 2010 r. - KIO/UZP 2611/10, z dnia 22 grudnia 2010 r. - KIO/UZP 2643/10, podobne poglądy także w orzeczeniach KIO o sygn. akt KIO/1245/10, KIO/1452/10, KIO/1671/10). Reasumując biorąc pod uwagę twierdzenia wskazane powyżej stwierdzić należy, że nie w każdym przypadku udostępnienia wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu, zasobów podmiotu trzeciego, należy przedstawiać dokumenty wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 rozporządzenia z dnia z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, ponieważ obowiązek doręczenia tych dokumentów zależy od tego, czy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia. Rozporządzenie ma charakter rozstrzygający co do obowiązku doręczenia dokumentów, jakie powinni dostarczyć wykonawcy biorący udział w postępowaniu, na podstawie delegacji zawartej w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Ze sformułowania § 1 ust. 2 rozporządzenia z dnia z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, nie wynika, że podmiot udostępniający zasoby będzie brał udział w każdym przypadku w realizacji zamówienia.

Natomiast sam przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp regulujący zagadnienie udostępnienia wykonawcy zgłaszającemu udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasobów podmiotu trzeciego, nie rozstrzyga o tym w jakim zakresie oraz w jaki sposób podmiot trzeci ma obowiązek uczestniczyć w realizacji zamówienia, aby zamawiający miał gwarancję, że wybrany wykonawca wykona zamówienie.

Ustawodawca pozostawił praktyce obrotu gospodarczego, w jaki sposób i w jakim zakresie w poszczególnych przypadkach podmiot trzeci powinien uczestniczyć w realizacji zamówienia, czy to poprzez „branie udziału w realizacji zamówienia” jak to formułuje rozporządzenie z dnia z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, czy to w innej formie współpracy, a wręcz wsparcia dla podmiotu, który zgłasza się do postępowania o udzielenie zamówienia, a nie posiada wiedzy i doświadczenia, czyli nie posiada umiejętności wykonania zamówienia. Przenosząc powyższe twierdzenia na grunt niniejszej sprawy oraz uwzględniając stan formalnoprawny niniejszej sprawy, należy stwierdzić, iż w przedmiotowej sprawie nie zachodzi sytuacja, w której podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji części zamówienia. Zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, udostępnienie

wiedzy i doświadczenia przez spółkę Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen będzie realizowane „w formie doradztwa, konsultacji, wymiany know-how przy realizacji zamówienia”.

Dowód: Oświadczenie spółki Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen załączone do oferty przez Odwołującego.

Powyższe czynności nie stanowią „realizacji części zamówienia”, o czym jest mowa w § 1 ust. 2 rozporządzenia z dnia z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Brak zatem w przedmiotowym stanie faktycznym wypełnienia dyspozycji ww. przepisu rozporządzenia. Co za tym idzie, brak jest podstaw do wymagania od Odwołującego złożenia dokumentów dotyczących sytuacji podmiotowej podmiotu trzeciego, tj. spółki Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen.

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, iż Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu, a uznanie przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie spełnia określonych przez niego warunków udziału w postępowaniu i wykluczenie z tego powodu Odwołującego z udziału w postępowaniu stanowi naruszenie art. 24 ust 2 pkt. 4 ustawy Pzp, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem uniemożliwiło zgodny z przepisami obowiązującego prawa oraz stanem formalnoprawnym występującym w niniejszym postępowaniu wybór najkorzystniejszej oferty z punktu widzenia zasad udzielania zamówień publicznych i interesu Zamawiającego.

Z najdalej posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący wskazywał, iż jeżeli w wyniku analizy oferty Odwołującego oraz załączonych przez niego dokumentów Zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości, czy spółka Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen będzie brała udział w realizacji zamówienia, Zamawiający zobowiązany był do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wyjaśnienie, czy spółka Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen będzie brała udział w realizacji zamówienia, a w wypadku odpowiedzi pozytywnej - do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności w postaci przedmiotowego wezwania stanowi rażące naruszenie art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem uniemożliwiło zgodny z przepisami obowiązującego prawa oraz stanem formalnoprawnym, występującym w niniejszym postępowaniu, wybór najkorzystniejszej oferty z punktu widzenia

zasad udzielania zamówień publicznych i interesu Zamawiającego.

Zgodnie z poglądami wyrażonymi w doktrynie „Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawców do złożenia wyjaśnień, tak w odniesieniu do dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak i dokumentów potwierdzających spełnianie (...) wymagań określonych przez zamawiającego, w każdym przypadku, gdy dokumenty te budzą wątpliwości zamawiającego” (tak m.in. Skubiszak - Kalinowska Irena; artykuł PPH.2007.7.13; Uzupełnianie oświadczeń i dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po nowelizacji. Teza nr 5).

Z wyrażonym powyżej stanowiskiem doktryny koresponduje także stabilna i jednorodna linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej. Jako przykład należy wskazać, iż zgodnie z poglądami wyrażonymi w jej orzeczeniach - „zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. Zamawiający wyklucza wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. (...) należy jednak zwrócić uwagę, że przed wykluczeniem Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany do zastosowania normy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy P.z.p. Dopiero w przypadku, gdy w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia lub wyjaśnienia, wykonawca nie przedłoży odpowiednich dokumentów lub wyjaśnień, będzie można stwierdzić, że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu. Innymi słowy, wykonawca ma obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale z uwzględnieniem norm art. 26 ust. 3 i 4 ustawy P.z.p.” (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 czerwca 2012 r., KIO 1233/12).

Odwołujący zwracał uwagę na następujące twierdzenia zawarte w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej:

„Decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu może nastąpić po usunięciu wszelkich wątpliwości w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p.” (KIO 4/12 wyrok KIO 2012.01.18);

„Zamawiający nie tylko jest uprawniony, ale wprost zobowiązany do zastosowania trybu wyjaśnień, zgodnie z art. 26 ust. 4 p.z.p. w stosunku do zagadnień przedstawionych w ofercie w sposób mogący budzić wątpliwości w zakresie dokumentów i oświadczeń określonych w art. 25 ust. 1 p.z.p.” (KIO/UZP 1017/08; KIO/UZP 1038/08; KIO/UZP 1039/08 wyrok KIO 2008.10.10);

„Artykuł 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w razie zaistnienia wątpliwości co do złożonych wraz z ofertą oświadczeń i dokumentów ma charakter obligatoryjny. Obowiązek aktualizuje się w sytuacji, gdy po stronie zamawiającego pojawiają się wątpliwości

dotyczące złożonych oświadczeń i dokumentów, przy czym mogą to być wątpliwości dotyczące zawartych w nich treści, jak i formy (ewentualnie braków formalnych)." (KIO/UZP 578/08 postanowienie KIO 2008.06.25);

„Art. 26 ust. 4 p.z.p. obliguje zamawiającego do wezwania do wyjaśnień, nie przewidując równocześnie, iż może on tego obowiązku zaniechać w oparciu o własną ocenę celowości takiego wezwania" (KIO/UZP 2137/10 wyrok KIO 2010.10.14);

„Zamawiający winien tak długo prowadzić postępowanie wyjaśniające dotyczące treści złożonych dokumentów bądź też oświadczeń w trybie przepisu art. 26 ust. 4 p.z.p., aż będzie w stanie bez żadnych wątpliwości stwierdzić i prawidłowo ocenić złożone dokumenty bez szkody dla wykonawcy, który podlega takiemu badaniu bądź ocenie" (KIO/UZP 813/09 wyrok KIO 2009.07.10);

„Biorąc pod uwagę treść przepisu art. 26 ust. 4 ustawy p.z.p. na Zamawiającym ciąży obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń lub dokumentów. Wobec obowiązku Zamawiającego do wezwania do wyjaśnień, *zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p.*" (KIO/UZP 119/07 wyrok KIO 2008-01-31).

Powyższe stanowisko dostarcza dodatkowych argumentów przemawiających za stwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych.

Odwołujący podkreślał, iż brak wyjaśnienia przez Zamawiającego wątpliwości, co do charakteru uczestnictwa w zamówieniu spółki Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen i niewezwanie Odwołującego do ewentualnego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień stanowi naruszenie zasady określonej w art. 7 ustawy Pzp, które to naruszenie miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem uniemożliwiło zgodny z przepisami obowiązującego prawa oraz stanem formalnoprawnym, występującym w niniejszym postępowaniu, wybór najkorzystniejszej oferty z punktu widzenia zasad udzielania zamówień publicznych i interesu Zamawiającego.

Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający nie może domniemywać wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, to wykonawca zobowiązany jest w sposób zdefiniowany ustawą wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Obowiązkowi temu odpowiada wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp konieczność przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. W praktyce oznacza to, iż zamawiający zobowiązany jest wyjaśnić wszelkie wątpliwości dotyczące złożonych wraz z ofertą

dokumentów (oświadczeń) w zakresie dotyczącym wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) - tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2012 r., KIO 49/12.

Wśród celów stawianych systemowi zamówień publicznych wymienia się przede wszystkim racjonalność i efektywność gospodarowania środkami publicznymi. Cele systemu są zwykle formułowane z punktu widzenia interesu publicznego. Ochrona praw wykonawców jest traktowana jako środek do osiągnięcia tych celów. Tym samym można zasadnie twierdzić, iż celem ustawy Pzp jest ochrona wykonawców ubiegających się o zamówienie jako podmiotów słabszych. Na podstawie przepisów ustawy można, zatem sformułować wniosek, iż „każdy, kto jest w stanie wykonać zamówienie publiczne ma prawo do ubiegania się o jego udzielenie na równych prawach z innymi i z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz do uzyskania zamówienia w razie złożenia najkorzystniejszej oferty” (Dariusz Koba, *Zamówienia Publiczne na Dostawy i Usługi, Poradnik, Urząd Zamówień Publicznych, Departament Szkoleń i Wydawnictw, Warszawa 2004, s. 8*). Ponadto Odwołujący zaznaczał, że przestrzeganie zasady równego traktowania wykonawców polega na stosowaniu wobec wszystkich wykonawców jednakowej miary i na jednakowym traktowaniu podmiotów znajdujących się w jednakowej bądź podobnej sytuacji. Uwzględniając wyżej opisane zarzuty, Odwołujący stwierdzał, że Zamawiający dopuścił się wobec niego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, a nadto z literatury fachowej wynika, iż konstrukcja zamówień publicznych uwzględniać musi pewnego rodzaju „asymetrię” postępowania w sprawie udzielenia zamówienia oraz konieczność ochrony strony niewątpliwie słabszej - wykonawcy (przynajmniej w tym znaczeniu, że w ręku drugiej ze stron spoczywają powierzone przez ustawodawcę środki o charakterze władczym, co zbliża sytuację do stosunku administracyjno-prawnego). W przedmiotowej sprawie, w wyniku autorytatywnego działania Zamawiającego, Odwołujący pozbawiony został możliwości udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, brak było ku temu jakichkolwiek podstaw.

Marginesowo i niezależnie od przedstawionych powyżej zarzutów, w tym dotyczących podstaw do wykluczenia Odwołującego i do uznania oferty Odwołującego za odrzuconą, Odwołujący zarzucał Zamawiającemu dokonanie sprzecznej z przepisami ustawy Pzp czynności w postaci „odrzućenia oferty Odwołującego” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w sytuacji, gdy taka czynność nie mogła zostać przez Zamawiającego dokonana. Zamawiający w pkt 3 pisma z dnia 19 września 2012 roku poinformował Odwołującego, iż Odwołujący się „został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 - nie wykazał w sposób określony w SIWZ spełniania warunków udziału w

postępowaniu". Zgodnie z przepisami obowiązującego prawa - art. 24 ust 4 ustawy Pzp - „Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”. Z uwagi na powyższe za niedopuszczalną należy w takim przypadku uznać czynność dokonaną przez Zamawiającego polegającą na „odrzuconiu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 p.z.p.". Powyższy zarzut Odwołującego znajduje całkowite potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący w celu potwierdzenia zasadności przedstawionej argumentacji przytaczał przykłady orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z twierdzeniami zawartymi w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 marca 2012 r., (KIO 466/12) - „Ustawa Prawo zamówień publicznych, rozróżnia dwa rodzaje warunków które winien spełniać wykonawca, aby mógł skutecznie ubiegać się o udzielenie zamówienia, są to warunki podmiotowe i przedmiotowe. Od warunków podmiotowych określonych w art. art. 22 ust. 1 i 24 ust. 1 ustawy należy odróżnić warunki przedmiotowe, a więc odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Pierwsze odnoszą się do podmiotu; ich niespełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Drugie odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne. Ich nie spełnienie będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Nie można zatem odrzucić oferty z powodu nie spełniania warunków podmiotowych, gdyż wtedy ofertę z mocy przepisu art. 24 ust. 4 ustawy uznaje się za odrzuconą i odwrotnie, nie można wykluczyć wykonawcy z powodu nie spełniania warunków przedmiotowych, gdyż wtedy w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 ustawy następuje tylko odrzucenie oferty”.

„Ustawa odróżnia odrzucenie oferty - samodzielną czynność zamawiającego dokonywaną na podstawie art. 89 ust. 1 p.z.p., od uznania za odrzuconą oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 4 p.z.p. W drugim przypadku skutek odrzucenia oferty następuje ex lege bez dokonywania przez zamawiającego czynności odrzucenia, oferta taka nie jest odrzucana" (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2012 r., KIO 631/12). Warto także podkreślić, iż „obowiązek odrzucania oferty wykonawcy uprzednio wykluczonego z udziału w postępowaniu nie jest wykonywany, gdy się zważy, że ofertę taka uznaje się za odrzuconą ex lege (art. 24 ust. 4 p.z.p.U..) Art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. (...) hipotezą normy zawartej we wskazanym przepisie objęta jest okoliczność, w której wykonawca został wykluczony z postępowania lub nie zaproszono go do składania ofert, a mimo to składa ofertę, co oznacza, iż norma ma zastosowanie jedynie w postępowaniach dwuetapowych, w których najpierw następuje ocena wykonawców, która determinuje możliwość złożenia oferty" (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lutego 2012 r., KIO 218/12).

Jak zatem wynika z przedstawionej przez Odwołującego argumentacji - w wypadku uznania



przez Zamawiającego, iż Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 ustawy Pzp (z którym to twierdzeniem Odwołujący się nie zgadza, co wykazał na wstępie odwołania) - oferta Odwołującego ex lege winna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, co jednocześnie wyklucza dokonywanie przez Zamawiającego w stosunku do złożonej przez Odwołującego oferty czynności jej „odrzucenia”. Powyższe działanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Reasumując z przyczyn wskazanych w odwołaniu, wskazane powyżej czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia są sprzeczne z ustawą Pzp, ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający swoim działaniem naruszył podstawowe reguły rządzące postępowaniem o udzielenie zamówienia. Naruszenie w toku postępowania tak fundamentalnych zasad, jak zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców należy uznać za rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp.

W świetle opisanego powyżej stanu faktycznego oraz przytoczonych orzeczeń Izby zdaniem Odwołującego, nie budzi wątpliwości, iż wykluczenie Odwołującego z postępowania było bezpodstawne, gdyż jak wskazywał Odwołujący w niniejszym postępowaniu, nie był zobowiązany do przedstawiania wskazanych przez Zamawiającego dokumentów dotyczących spółki Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen, a z najdalej posuniętej ostrożności - przedwczesne, albowiem nie zostało poprzedzone prawidłowym wezwaniem Odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Oba odwołania (tj. w sprawie o sygn. akt KIO 2081/12 i KIO 2082/12) miały analogiczną treść.

W dniu 28 września 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołań.

W dniu 3 października 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo- Handlowe „Le Mar” Sp. z o.o.- Małopolskie Biuro Geodezji w Tarnowie S. K..... i wspólnicy Spółka jawna.

W dniu 3 października 2012 r. Zamawiający w trybie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp przedstawił pisma stanowiące odpowiedź na odwołania (pisma o analogicznej treści dotyczyły postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2081/12 i KIO 2082/12), wnosząc o oddalenie

odwołań jako oczywiście bezzasadnych.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołania Zamawiający zauważał, że Odwołujący postawił następujące zarzuty dotyczące czynności podjętych w trakcie prowadzenia postępowania i wyłaniania wykonawcy:

- 1) uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
- 2) odrzucenie oferty Odwołującego,
- 3) wykluczenie oferty Odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 4) nieprawidłowy wybór najkorzystniejszej oferty.

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż ten zaniechał dokonania czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający, postępując w sposób opisany w odwołaniu, naruszył wymienione w nim przepisy ustawy Pzp, nie zapewniając zachowania uczciwej konkurencji, a ponadto, popełniając błąd w ustaleniach faktycznych, przyjmując niezasadnie, że Spółka Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen miała brać udział w realizacji części zamówienia. W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wnosił o unieważnienie podjętych przez Zamawiającego czynności i dalej uznanie, że Odwołujący spełnia warunki do udziału w postępowaniu, nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający zauważał, że postawione przez Odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie z uwagi na następujące argumenty.

Po zakończeniu procedury wyłonienia wykonawcy, Zamawiający pismem z dnia 19 września 2012 r. powiadomił Odwołującego o tym, iż za najkorzystniejszą ofertę uznana została oferta nadesłana przez Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo- Handlowe „Le Mar” Sp. z o.o.- Małopolskie Biuro Geodezji w Tarnowie S. K..... i wspólnicy Spółka jawna, natomiast oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z tego powodu, iż wykonawca który ją złożył, został wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ustawy Pzp, gdyż nie wykazał w sposób określony w SIWZ spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nadesłana oferta nie zawierała dokumentów określonych w rozdziale VI A. pkt 4-8 SIWZ dotyczących firmy Grontmij GmbH, która to firma miała brać udział w realizacji zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego istota sporu w przedmiotowej sprawie sprowadza się do rozstrzygnięcia kwestii, czy Zamawiający postąpił prawidłowo, podejmując decyzję o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu. Fakt odrzucenia oferty jest bowiem

zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, prawną konsekwencją tego, że składający ją wykonawca został wykluczony z udziału w postępowaniu. Po wykluczeniu Odwołującego wybrana została jedyna zgłoszona i nie podlegająca odrzuceniu oferta. W świetle przepisu art. 179 ustawy Pzp Zamawiający nie widział konieczności polemiki na okoliczność, czy Odwołującemu przysługuje środek ochrony w postaci odwołania, sformułowanie powołanego przepisu jest bowiem jasne.

Okoliczności, których zaistnienie w postępowaniu o zamówienie publiczne skutkować powinno wykluczeniem wykonawcy, do którego się odnoszą, wymienione zostały wyczerpująco w art. 24 ustawy Pzp. Sformułowanie ustępu 1 tego przepisu „z postępowania wyklucza się” oznacza, że w przypadku, gdy Zamawiający ustali, iż jedna z tych okoliczności istnieje, musi podjąć decyzję o wykluczeniu wykonawcy. W przedmiotowej sprawie Zamawiający ustalił istnienie okoliczności opisanej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, polegającej na tym, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Rozdział VI SIWZ zatytułowany „Wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” w podrozdziale A w punktach 1-8 zawiera precyzyjne określenie dokumentów, jakie wykonawca powinien przedstawić na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo w uwagach w sposób przejrzysty zostało zaznaczone, że jeżeli wykonawca, tak jak się to dzieje w niniejszej sprawie, będzie korzystał z wiedzy doświadczenia i potencjału technicznego innych podmiotów to, po pierwsze zobowiązany jest do złożenia pisemnego oświadczenia tych podmiotów o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów, a ponadto, jeżeli podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, należało złożyć stosowne dokumenty według tych samych reguł, które dotyczą samego wykonawcy. Istotą odwołania w tym jego punkcie jest twierdzenie Odwołującego, że takiego obowiązku nie miał, ponieważ z okoliczności sprawy i z dokumentów wynika, że firma Grontmij GmbH nie miała brać udziału w realizacji części zamówienia. Takie twierdzenie pozostaje w jaskrawej sprzeczności ze stanem faktycznym sprawy i istotą samego zamówienia.

Zamawiający zaznaczał, iż scalanie gruntów jest pracą specyficzną, zwłaszcza, że odbywa się w obszarze bardzo czułym społecznie, gdyż dotyka prawa własności poszczególnych rolników. Wykonawca zamówienia musi dysponować zarówno wiedzą merytoryczną, jak też bardzo dużym doświadczeniem praktycznym. Kierując się tą ze wszech miar istotną przesłanką, Zamawiający uznał za konieczne, aby wykonawca zamówienia wykazał w sposób nie budzący wątpliwości fakt wykonania co najmniej dwóch

usług geodezyjno - kartograficznych, w tym jednej polegającej na wykonaniu projektu scalenia obejmującego obszar minimum 500 ha. W reakcji na tak racjonalne minimum Odwołujący nie przedstawił dokumentu potwierdzającego ten fakt wobec swojej firmy, natomiast powołał się na wiedzę i doświadczenie firmy Grontmij GmbH, twierdząc jednocześnie, że udział tej firmy w wykonaniu sprowadzać się będzie jedynie do doradztwa, konsultacji i wymiany know-how. Opisana specyfika postępowania powoduje, iż taki pogląd jest całkowicie niezasadny. Powstaje bowiem sytuacja, że Odwołujący, co sam przyznaje, nie mając doświadczenia w wykonywaniu prac scaleniowych, odwołuje się do pomocy firmy, która bezpośredniego udziału w zamówieniu brać nie będzie. Jest to stan faktyczny, w którym w pełni zasadnie należy stwierdzić, że powołana firma wspomagająca miała jedynie służyć jako argument w postępowaniu o wybór oferenta, ze świadomością, że Odwołujący będzie zamówienie realizował sam, nie mając do tego stosownego doświadczenia. Tego rodzaju praktyki orzecznictwo oraz literatura przedmiotu zdecydowanie kwestionuje. Odwołujący, powoływał się między innymi na zasady uczciwej konkurencji. W świetle opisanych działań i intencji, wydaje się dość oczywiste, że Odwołujący sam te zasady narusza świadomie, powołując się w celu wygrania przetargu na fakty, które nie będą mogły zaistnieć przy wykonaniu zamówienia, przyjmując prezentowany przez niego pogląd, że firma Grontmij GmbH w postępowaniu nie miała brać czynnego udziału. Rzeczywistość, ze względu na specyfikę procesu scalania gruntów, jest jednak taka, że nie można przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego zaangażowania się w wykonawstwo. Powstanie bowiem sytuacja, że faktyczny wykonawca nie ma potencjału do realizacji zamówienia, a podmiot trzeci, na którego umiejętności i doświadczenie wykonawca się powołuje, faktycznie uczestniczyć w realizacji zamówienia nie będzie.

W takim stanie faktycznym bezprzedmiotowe wydają się rozważania uzasadnienia, które sprowadzają się do twierdzenia, że ustawa Pzp nie nakłada w każdej sytuacji bezwzględnego obowiązku wykonania części zamówienia przez podmiot trzeci. To jest oczywiste. Jednocześnie jednak prawidłowa wykładnia przepisów prowadzi do konkluzji, iż wykluczona jest sytuacja, w której bez takiego bezpośredniego zaangażowania niemożliwa jest realizacja zamówienia, gdyż wykonawca powołujący się w postępowaniu na pomoc podmiotu trzeciego nie udowadnia, iż sam potrafi zamówienie fizycznie zrealizować, jednocześnie ograniczając pomoc jedynie do doradztwa i wymiany know-how. Stwierdzić należy iż Odwołujący częściowo ten problem dostrzega stwierdzając, że ustawodawca pozostawia praktyce obrotu gospodarczego, w jaki sposób i w jakim zakresie podmiot trzeci ma uczestniczyć w realizacji zamówienia. Przedmiotowa sprawa i podniesiony spór właśnie praktycznie pokazuje, że powstaje sytuacja, iż bez bezpośredniego uczestnictwa deklarowana pomoc podmiotu trzeciego jest użyta wyłącznie dla potrzeby przetargu, a nie

zabezpieczenia prawidłowego wykonania zamówienia, do czego zobligowany jest Zamawiający.

W świetle podanych argumentów całkowicie bezzasadna staje się teza iż Zamawiający, wykluczając Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, uniemożliwił wybór najkorzystniejszej oferty. Nie można zgodzić się także z podniesionym w odwołaniu zarzutem o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów opisanych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Z istoty rzeczy potrzeba wyjaśnień istnieje wtedy, gdy istnieją wątpliwości co do treści wyjaśnień. Zamawiający nie miał wątpliwości, że wykonawca, przedstawiając dokumenty i składając oświadczenia, stoi jednoznacznie na stanowisku, że firma wspomagająca nie będzie bezpośrednio uczestniczyć w realizacji zamówienia i z tego tytułu nie jest konieczne przedstawianie żądanych dokumentów. Inaczej mówiąc, nie było tutaj przesłanki do żądania dodatkowych wyjaśnień. Podobna sytuacja zachodzi w odniesieniu do art. 26 ust 3 ustawy Pzp, ponieważ oświadczenia i dokumenty zostały złożone w terminie, chociaż nie odpowiadały co do formy zapisom zawartym w SIWZ. Nie mamy tu więc do czynienia z sytuacją, w której można postawić uzasadniony zarzut, że Zamawiający swobodnie decyduje o celowości wezwania do wyjaśnienia czy też dostania dodatkowych dokumentów. Zgodzić się należy natomiast z poglądem Odwołującego, że to nie Zamawiający ma prawo czy też obowiązek domniemywać, iż zostały spełnione warunki do udziału w postępowaniu. Fakt ten bezspornie, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, ma udowodnić wykonawca. Tego w przedmiotowej sprawie niestety nie uczynił. Podobnie zgodzić należy się, że w każdym postępowaniu o zamówienie publiczne należy bezwzględnie zagwarantować uczciwą konkurencję, a co za tym idzie ochronę słabszych ekonomicznie uczestników postępowania. Nie może to jednak oznaczać, zakładając, że Odwołujący czuje się tym słabszym podmiotem, świadomego odstępstwa od przepisów i podstawowego celu jakim jest prawidłowa realizacja zamówienia. Zdaniem Zamawiającego co najmniej dyskusyjna jest teza uzasadnienia odwołania, że Zamawiający nie ma podstaw prawnych do stwierdzenia, iż odrzuca ofertę wykluczonego z udziału w postępowaniu, jakkolwiek dla wyników spornego postępowania nie ma to decydującego znaczenia. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uważa się za odrzuconą i jest to niewątpliwie skutek z mocy prawa. Zapis art. 89 "Zamawiający odrzuca ofertę" i pkt 5 tego artykułu „gdy została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu" wskazuje, że Zamawiający musi wykonać czynność odrzucającą ofertę, nawet gdyby przyjąć, że będzie to wyłącznie czynność prawna o charakterze deklaracyjnym.

Mając na uwadze podane powyżej argumenty Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.**

***Izba ustaliła następujący stan faktyczny.***

Zamawiający w SIWZ w rozdziale VI „Wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” lit. A pkt 2 podał, iż wykonawca winien złożyć wykaz usług geodezyjno-kartograficznych - minimum dwóch, w tym jednej polegającej na wykonaniu projektu scalenia gruntów na obszarze scalenia minimum 500 ha - wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat przed wszczęciem postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie wg wzoru określonego w załączniku nr 4 do SIWZ, który stanowić będzie kolejny załącznik do oferty wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane należycie (oryginały lub kopie poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę). Zamawiający w tym samym rozdziale SIWZ w uwagach wskazał nadto, że "Wykonawca, który będzie polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów (art. 26 ust 2b) zobowiązany jest do złożenia pisemnych zobowiązań tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia - oryginał podpisany przez podmiot". Podał także, że „Jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w zw. z 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, zobowiązany jest do przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentu, wg zasad określonych w pkt 4-8 - oryginał lub kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez podmiot".

Odwołujący w przedłożonym wraz z ofertą wykazie wykonanych usług wskazał łącznie 3 usługi, w tym dwie dotyczące wykonania projektu scalenia gruntów wykonane przez spółkę Grontmij GmbH z siedzibą w Bremen. Dołączono również oświadczenie o udostępnieniu, zgodnie z którym spółka Grontmij GmbH zobowiązywała się do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów doświadczenia i wiedzy na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wskazano, iż udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi w ramach ustaleń zawartych pomiędzy Grontmij GmbH i Odwołującym, określających zasady współpracy w formie doradztwa, konsultacji, wymiany know-how przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający pismem z 19 września 2012 r. wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ustawy Pzp wskazując, że nie wykazał w sposób określony w SIWZ spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający stwierdzał, że oferta nie zawiera dokumentów określonych w rozdziale VI A. pkt 4-8 SIWZ dotyczących firmy Grontmij GmbH, która to firma zgodnie z art. 26 ust 2b ustawy Pzp miała brać udział w realizacji części zamówienia. SIWZ określa jednoznacznie, że dokumenty te powinny być załączone. Zamawiający powołał podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego.

W obu postępowaniach dokonał wyboru oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „Le Mar” Sp. z o.o.- Małopolskie Biuro Geodezji w Tarnowie S. K..... i wspólnicy Spółka jawna.

Powyższy stan faktyczny dotyczy obu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

***W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła co następuje.***

Izba ustaliła, że żadne z odwołań nie podlega odrzuceniu, nie zawierają braków formalnych oraz uiszczono od nich wpisy w należnej wysokości.

O obu przypadkach Odwołujący spełnia także przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Złożył oferty z najniższą ceną (jedynie kryterium – cena), zatem potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniach daje mu możliwość uzyskania zamówień, której to możliwości na skutek zarzucanych Zamawiającemu nieprawidłowości został pozbawiony.

Izba nie uznała skuteczności zgłoszeń przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo- Handlowe „Le Mar” Sp. z o.o. - Małopolskie Biuro Geodezji w Tarnowie S. K..... i wspólnicy Spółka jawna z uwagi na przekroczenie przewidzianego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp 3-dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia. Jak wynika z dokumentacji okazanej przez Zamawiającego przekazanie kopii odwołań liderowi Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo- Handlowe „Le Mar” Sp. z o.o. - Małopolskie Biuro Geodezji w Tarnowie S. K..... i wspólnicy - tj. spółce Małopolskie Biuro Geodezji w Tarnowie S. K..... i wspólnicy - nastąpiło 28 września 2012 r. Oznacza to zatem, iż termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w obu sprawach upływał 1 października 2012 r. Przystąpienia wpłynęły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej drogą pocztową w dniu 3 października 2012 r. (nadanie 1 października 2012 r. w placówce pocztowej operatora

publicznego), tj. z uchybieniem ustawowego terminu. Należy zauważyć, że regulacje ustawy Pzp nie wiążą żadnych skutków prawnych, w tym skutku doręczenia, z nadaniem przystąpienia w placówce pocztowej operatora publicznego. Zgłoszenie przystąpienia musi w ciągu 3 dni od otrzymania kopii odwołania fizycznie wpłynąć do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej we właściwej, przewidzianej art. 185 ust. 2 ustawy Pzp formie. W związku z powyższym Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo- Handlowe „Le Mar” Sp. z o.o. - Małopolskie Biuro Geodezji w Tarnowie S. K..... i wspólnicy Spółka jawna nie stało się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba uznała, iż oba odwołania zasługują na uwzględnienie. Jako że zawierają analogiczne zarzuty, żądania i argumentację, poniższe rozważania i ustalenia Izby mają zastosowanie do obu odwołań w tym samym zakresie.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Podkreślić bowiem należy, że na gruncie przepisów ustawy Pzp nie ma możliwości wykluczenia Odwołującego z postępowania w oparciu o powyżej wskazaną podstawę prawną bez wyczerpania procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Z powyższego wynika, że procedura z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, a ponadto obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów na tej podstawie prawnej dotyczy wszystkich dokumentów/oświadczeń wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Powyższy przepis wskazuje zatem, że obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów/oświadczeń zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się do wszystkich



dokumentów/oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a więc zarówno dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, jak i brak podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp (także w odniesieniu do podmiotu trzeciego wymaganych przez zamawiającego zgodnie z § 1 ust. 2 rozporządzenia z dnia z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane udostępniającego zasoby w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, który będzie brał udział w realizacji części zamówienia). W przypadku zatem, gdy Zamawiający uznaje, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, niezależnie od tego czy spełnienie tych warunków wykonawca wykazuje, powołując się na zasoby własne czy udostępnione w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, Zamawiający zobligowany jest do wezwania go do uzupełnienia wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o ile nie zaistnieją przesłanki negatywne przewidziane tym przepisem (konieczność unieważnienia postępowania/odrzućenie oferty) lub innymi regulacjami ustawy Pzp (np. wykonawca podlega wykluczeniu z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji - art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

Podkreślić należy, że z uwagi na specyficzny stan faktyczny niniejszej sprawy zakres orzekania Izby wykraczać musi ponad ten, jaki zdawałby się wynikać z pisma informującego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty. W piśmie tym wskazano, że wykluczenie Odwołującego wiązało się jedynie z niezłożeniem dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wymaganych od wykonawcy udostępniającego zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, tj. Grontmij GmbH (SIWZ VI.A pkt 4-8). Zamawiający, nie dokonując bowiem wyjaśnienia okoliczności związanych z udostępnieniem wiedzy i doświadczenia przez ten podmiot, oparł swoje czynności na wadliwym ustaleniu, iż udostępniający doświadczenie będzie brał udział w realizacji części zamówienia, pomimo iż treść oświadczenia o udostępnieniu zasobów przez Grontmij GmbH w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp złożonego w ofercie Odwołującego nie wskazywała jednoznacznie na udział w wykonywaniu zamówienia. Ograniczono się w nim bowiem do stwierdzenia, iż udostępnienie niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia nastąpi w ramach ustaleń zawartych pomiędzy Odwołującym a Grontmij GmbH, określających zasady współpracy w formie doradztwa, konsultacji, wymiany know how przy realizacji niniejszego zamówienia. Zamawiający swoje stanowisko oparł na przekonaniu, iż z uwagi na specyfikę zamówienia podmiot, który korzysta z udostępnianego doświadczenia, nie posiadając własnego, nie ma możliwości innego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie niż faktyczny udział podmiotu trzeciego w realizacji

zamówienia. Tylko wówczas bowiem udostępnienie można uznać za realne. W tym kontekście wątpliwości budzą tezy zawarte w odpowiedzi na odwołanie, iż Zamawiający miał świadomość braku takiego uczestnictwa, co potwierdza niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Równocześnie bowiem na rozprawie wskazywał, iż powziął o tym wiadomość dopiero z odwołania, a ponadto czynność wykluczenia Odwołującego oparł wyłącznie na aspekcie formalnym niezłożenia dokumentów wymaganych w SIWZ w odniesieniu do podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby niezbędne dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który będzie uczestniczył w realizacji części zamówienia. W istocie zatem Zamawiający bezpodstawnie zakładał uczestnictwo podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia, pomimo że oświadczenie o udostępnieniu takiego stanowczego sformułowania nie zawierało. Wręcz przeciwnie odnosiło się wyłącznie do formuły konsultacji, doradztwa, wymiany know how, co mogło wręcz sugerować brak fizycznego udziału Grontmij GmbH w realizacji zamówienia. Gdyby Zamawiający okoliczność tę wyjaśnił z Odwołującym w toku badania oferty posiadałby wiedzę o tym, że podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, a tym samym i uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania mogłoby zostać sformułowane w oparciu o inną argumentację. Z uwagi na treść odwołania odniesienie się do tych okoliczności jest jednak niezbędne dla oceny prawidłowości działań i zaniechań Zamawiającego.

Powołując się na wykładnię pojęcia "udziału w realizacji części zamówienia" zawartą w treści odwołania, jednoznacznie z niej wynika, że Odwołujący nie postrzegał udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia w formie, na jaką wskazał w oświadczeniu Grontmij GmbH, jako uczestnictwa w realizacji części zamówienia, o którym mowa w § 1 ust. 2 rozporządzenia z dnia z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, obligującego wykonawcę do przedłożenia wskazanych tam dokumentów dotyczących tego podmiotu. Co do zakresu pojęcia "udział w realizacji części zamówienia", tj. czy obejmuje ono np. doradztwo, konsultacje, wymianę know how, pomiędzy Stronami zdaje się nie być sporu, iż w warunkach niniejszej sprawy taka formuła nie stanowi o "udziale w realizacji części zamówienia". Zarówno ze stanowiska Odwołującego, jak i Zamawiającego wynika, że dla przyjęcia istnienia takiego udziału niezbędne jest faktyczne zaangażowanie podmiotu trzeciego w wykonywanie zamówienia, współuczestniczenie w jego realizacji, czego Odwołujący nie przewidywał w odniesieniu do podmiotu udostępniającego mu wiedzę i doświadczenie. Zdaniem Izby istotą sporu jest zatem przede wszystkim to, czy udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia wskazane w oświadczeniu Grontmij GmbH polegające na ogólnie wskazanym doradztwie, konsultacjach, wymianie know how istotnie zapewnia realność udostępnienia wiedzy i doświadczenia, stanowiąc

dowód na dysponowanie przez wykonawcę udostępnionymi zasobami, a tym samym potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia. Nie chodzi bowiem o formalny aspekt przedkładania określonego zestawu dokumentów, lecz zapewnienie, iż wykonawca, który własnej wiedzy i doświadczenia nie posiada, dysponuje tym zasobem ze strony podmiotu udostępniającego, przy czym dysponowanie nie sprowadza się tylko do posiadania stosownych referencji i złożenia zobowiązania do udostępnienia. Należy bowiem podkreślić że istotą udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest udowodnienie zamawiającemu realnego dysponowania udostępnianym zasobem, faktycznej możliwości posiłkowania się wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu. W ocenie Izby w obecnym postępowaniu z uwagi na jego specyfikę oznacza to faktyczne zaangażowanie w wykonywanie przedmiotowego zamówienia. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż nie posiadając żadnego samodzielnego doświadczenia w realizacji zamówień tego rodzaju jak objęte przedmiotem zamówienia (okoliczność ta w sposób bezsporny wynika choćby z treści wykazu wykonanych usług, a ponadto Odwołujący nie podnosił, iż realizował podobne zamówienia), bez współudziału podmiotu, na którego wiedzę i doświadczenie się powołuje, wykazał spełnienie warunku posiadania stosownej wiedzy i doświadczenia. Na rozprawie Odwołujący ogólnikowo wskazywał na planowane spotkania z podmiotem udostępniającym w celu wspomagania w wykonywaniu zamówienia i przekazywania doświadczeń i know how wynikających ze zrealizowanych przez Grontmij GmbH zamówień. Nie był jednak w stanie sprecyzować ustalonej przez Odwołującego i podmiot trzeci formuły tych spotkań. Nie określił także, na czym polegać miałyby przekazywanie/wymiana know how, skoro poza niedookreśloną formułą doradczo-konsultacyjną nie przewidziano żadnej formy zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia. Należy podkreślić, że zgodnie z zakresem przedmiotu zamówienia istotna część czynności wykonywana jest w terenie, wymaga spotkań z rolnikami, przeprowadzania z nimi ustaleń i uzgodnień w obszarze bardzo sensytywnym społecznie. Ponadto z uwagi na znaczący obszar objęty scaleniami niezbędne jest także doświadczenie w przygotowaniu i organizacji tego procesu. Takich doświadczeń Odwołujący nie posiada. Należy także zauważyć, iż Odwołujący wskazywał, że, jak wynika z treści oświadczenia o udostępnieniu, faktyczne zasady współpracy pomiędzy Grontmij GmbH a Odwołującym zostaną dopiero ustalone. Zdaniem Izby jest to niezgodne z wymaganiami wynikającym z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, iż wykonawca ma udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował udostępnionymi zasobami przez okres realizacji zamówienia. Wykonawca posiada pełną wiedzę o przedmiocie zamówienia i wymaganiach Zamawiającego, toteż powołując się na zasoby podmiotu trzeciego, winien ustalić szczegółowe zasady współpracy adekwatne do przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Udostępnienie wiedzy i doświadczenia nie może być iluzoryczne, lecz winno

uwzględniać specyfikę danego zamówienia i być do niego adekwatne. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż charakterystyka przedmiotowego zamówienia uniemożliwia powołanie się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego bez jego udziału w wykonywaniu zamówienia, ograniczając się do bliżej nie sprecyzowanych konsultacji, doradztwa, wymiany know how. Takie udostępnienie zdaniem Izby nie stanowi dowodu na rzeczywiste dysponowanie zasobem, a tylko wówczas można uznać skuteczność powołania się na art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Izba zgadza się z Odwołującym, iż przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia z dnia z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, nie nakłada obowiązku udziału w realizacji części zamówienia w każdym przypadku powołania się na art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Równocześnie jednak należy zauważyć, iż przepis ten ma charakter ogólny i odnosi się do wszystkich zasobów podlegających udostępnieniu. Niewątpliwie sposób wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem zależy od specyfiki danego zamówienia oraz rodzaju warunku, w zakresie którego wykonawca odwołuje się do potencjału podmiotu trzeciego. I tak w przypadku wykazywania spełniania warunku udziału z powołaniem się na zasoby podmiotów trzecich dotyczącego sytuacji finansowej, potencjału technicznego (np. sprzętu) czy osób zdolnych do realizacji zamówienia (potencjał kadrowy) konieczność udowodnienia dysponowania tymi zasobami niekoniecznie musi wiązać się z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Stosunek wykonawcy z podmiotem trzecim może ograniczać się do zobowiązania natury finansowej (np. udzielenia wykonawcy pożyczki), oddania w dzierżawę niezbędnego sprzętu czy udostępnienia pracownika. Dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i z punktu widzenia zapewnienia gwarancji prawidłowego wykonania zamówienia powyższe można uznać za wystarczające bez konieczności uczestnictwa w realizacji części zamówienia. Równocześnie jednak w odniesieniu do zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia z uwagi na specyfikę zamówienia dla wykazania dysponowania zasobem konieczne może jednak okazać się uczestnictwo podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia, bo tylko ono zapewnia realność udostępnienia i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia przez podmiot, który samodzielnie wymaganego doświadczenia nie posiada. Istotnie ma rację Odwołujący, że § 1 ust. 2 rozporządzenia z dnia z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nakłada obowiązek przedłożenia wymaganych tam dokumentów tylko wobec podmiotów trzecich, które będą brały udział w realizacji zamówienia, jednak z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia w stosownych sytuacjach udział ten jest niezbędny dla skutecznego powołania się na potencjał podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust. 2b ustawy

Pzp. Bez takiego udziału wykonawca nie jest bowiem w stanie udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował niezbędnym zasobem, co z kolei nie pozwala mu na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby z taką sytuacją z przyczyn wskazanych powyżej mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Bez udziału podmiotu trzeciego udostępniającego zasób w postaci wiedzy i doświadczenia w realizacji zamówienia nie sposób uznać wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie (przy braku samodzielnego spełnienia warunku przez wykonawcę). Należy podkreślić, iż Odwołujący w treści odwołania oświadczył, iż Grontmij GmbH nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Tym samym powoływane przez Odwołującego argumenty dotyczące obowiązku wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp po uprzednim uzyskaniu wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie mogą odnosić się do Grontmij GmbH. Zamawiający nie może bowiem pominąć stanowczego oświadczenia wykonawcy co do formuły udostępnienia zasobu przez podmiot trzeci, a ta w przedmiotowej sprawie, wobec jednoznacznego stanowiska Odwołującego, nie budzi wątpliwości. Istotnie Zamawiający naruszył wskazane przez Odwołującego art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż gdyby nie zaniechał wyjaśnienia, czy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji części zamówienia, posiadałby wiedzę o okolicznościach dotyczących uczestnictwa podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia, co z kolei pozwoliłoby mu ocenić w prawidłowy sposób rzeczywistą sytuację faktyczną w niniejszej sprawie i odmiennie sformułować zarzut dotyczący Odwołującego. Tym samym naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie polega na tym, że zaniechał on wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów wskazanych w rozdziale VI A SIWZ pkt 4-8 w odniesieniu do spółki Grontmij GmbH udostępniającej wiedzę i doświadczenie, gdyż wedle oświadczenia Odwołującego podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy niewezwania Odwołującego w tym trybie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdyż w niniejszym stanie faktycznym udostępnienie wiedzy i doświadczenia winno być związane z udziałem w realizacji zamówienia, a wskazane w oświadczeniu Grontmij GmbH doradztwo, konsultacje, wymiana know how przy realizacji zamówienia należy uznać za niewystarczające udowodnienie dysponowania zasobem, które to dysponowanie musi mieć charakter realny i adekwatny do przedmiotu zamówienia. Brak takiego faktycznego uczestnictwa równocześnie potwierdza, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia, a Zamawiającego obciąża obowiązek wezwania go do wykazania spełnienia tego warunku poprzez złożenie stosownych przewidzianych SIWZ dokumentów (wykaz usług, dokumenty

potwierdzające należyte wykonanie usług), gdyż jest to czynność w niniejszym stanie faktycznym obligatoryjna. Jeżeli Odwołujący, wezwany przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, skorzysta z dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i polegał będzie na zasobach innego podmiotu, konieczne jest nie tylko wykazanie dysponowania zasobami podmiotu trzeciego (w szczególności poprzez złożenie pisemnego zobowiązania do udostępnienia zasobów na okres realizacji zamówienia), ale także załączenie dokumentów wskazanych w rozdziale VI A SIWZ pkt 4-8 w odniesieniu do podmiotu trzeciego, którego zasobami będzie dysponował. Jak było to ustalone powyżej, w stanie faktycznym niniejszej sprawy udział podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu zamówienia stanowi wymóg niezbędny udowodnienia Zamawiającemu rzeczywistego dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, a zarazem i wymóg niezbędny dla uznania spełnienia przez wykonawcę powyższego warunku udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, przedmiotowe wezwanie jest niezbędne dla prawidłowej oceny, czy zachodzi podstawa do wykluczenia Odwołującego z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, co równocześnie uzasadnia uwzględnienie odwołań w świetle regulacji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym w obu postępowaniach niezbędne jest unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, obejmujące wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia stosowanie do ustaleń Izby zawartych w przedmiotowym uzasadnieniu.

Zdaniem Izby brak jest natomiast na obecnym etapie postępowania konieczności odrębnego wzywania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp odnośnie uczestnictwa Grontmij GmbH w wykonywaniu zamówienia, gdyż stanowisko w tym zakresie zostało jednoznacznie przez Odwołującego wyrażone w treści odwołania oraz w toku postępowania odwoławczego. Stanowisko to stało się także podstawą do merytorycznego rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Izba podziela stanowisko Odwołującego zawarte w odwołaniu i reprezentowane w przywoływanym tam orzecznictwie. Wskazać należy, iż w razie zaistnienia przesłanek do wykluczenia z postępowania skutek uznania oferty za odrzuconą następuje automatycznie z mocy art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Nie zachodzi zatem obowiązek dokonania przez Zamawiającego odrębnej

czynności odrzucenia oferty wykonawcy uprzednio wykluczonego z udziału w postępowaniu, gdy się zważy, że ofertę taką uznaje się za odrzuconą *ex lege* (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp). Ponadto Izba wskazuje, iż stanowisko, że art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w postępowaniach dwuetapowych, a przetarg nieograniczony (w takim trybie prowadzone są przedmiotowe postępowania) takim nie jest, potwierdza również orzecznictwo (wyrok KIO z dnia 25 lutego 2010 r. sygn. akt KIO 147/10, wyrok KIO z 13 września 2011 r. sygn. akt KIO 1912/11) oraz doktryna ("Zastosowanie przesłanki wymienionej w art. 89 ust. 1 pkt 5 powinno być rozpatrywane w związku z art. 24 ust. 4, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Mimo podobieństwa przepisy te odnoszą się jednak do innych sytuacji. Norma z art. 24 ust. 4 dotyczy w szczególności ofert, które zostały złożone przez wykonawców w postępowaniach jednoetapowych (przetarg nieograniczony, zapytanie o cenę, zamówienie z wolnej ręki), którzy składając ofertę, nie mieli wiedzy, że zostaną wykluczeni z postępowania. Przepis zawarty w art. 89 ust. 1 pkt 5 odnosi się również do ofert złożonych przez wykonawców, którzy zostali we wcześniejszej części postępowania poinformowani o wykluczeniu (np. na podstawie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), a mimo to złożyli oferty. Ponadto odrzuceniu ulegają oferty złożone przez każdego wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Norma ta w pewnym sensie pokrywa się z obowiązkiem odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców wykluczonych, gdyż ci nie są zapraszani do składania ofert. Dotyczy to jednak również wykonawców, którzy w trybach udzielania zamówień „ze składaniem ofert na zaproszenie” złożyli oferty, mimo że zaproszenie w ogóle nie było do nich kierowane. Sytuacja taka w najbardziej przejrzystej postaci może mieć miejsce np. w trybie zapytania o cenę, ale również np. w negocjacjach bez ogłoszenia". (W. Dzierżanowski Lex Komentarz do art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Jednakże pomimo, iż zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie, bowiem ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się *ex lege* za odrzuconą, na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, nie dokonuje się zaś odrębnej czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy, niemniej jednak uznać należy, iż samo powyższe naruszenie nie wywiera wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w sposób samoistny z uwagi na treść przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp nie mogłoby skutkować uwzględnieniem odwołania. Zgodnie z treścią przedmiotowego uzasadnienia odwołanie podlega uwzględnieniu z innych przyczyn niż wadliwa czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, choć zarzut w tym zakresie uznać należy za zasadny.

Odnosnie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zdaniem Izby zarzut ten jest zasadny w kontekście pozostałych stwierdzonych przez Izbę naruszeń.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 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), w tym zasądzone koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3600 zł na podstawie faktury przedłożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....