

**WYROK**

**z dnia 10 maja 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk**

**Protokolant: Krzysztof Wasilewski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2016 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, 2) Inżynieria Przemysł Sp. z o.o. z siedzibą w Przemyślu**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Otwockie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Otwocku**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Ekolog Sp. z o.o. z siedzibą w Pile, 2) Warszawskie Przedsiębiorstwo Konsultingowe Eko-Konsulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 444 zł 00** (słownie: trzy tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 639/16

## Uzasadnienie

Zamawiający – Otwockie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Otwocku – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Przebudowa i rozbudowa Oczyszczalni Ścieków w Otwocku – zadanie II, III i IV”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE: 2015/S 212-384205 z dnia 31 października 2015 r.

Pismem z dnia 14 kwietnia 2016 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekolog Sp. z o.o. z siedzibą w Pile, 2) Warszawskie Przedsiębiorstwo Konsultingowe Eko-Konsulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 25 kwietnia 2016 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, 2) Inżynieria Przemysł Sp. z o.o. z siedzibą w Przemyślu – wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez podlegającego wykluczeniu Wykonawcę Konsorcjum Firm EKOLOG Spółka z o.o. z siedzibą Piła (Lider) oraz EKO KONSULTING Spółka z o.o. z siedzibą Warszawa (Partner), zwane w dalszej treści niniejszego Odwołania Konsorcjum EKOLOG, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 ustawy;
2. zaniechaniu przez Zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum EKOLOG z uwagi na fakt, że Wykonawca ten nie przedłużył terminu związania ofertą oraz wadium o wymagany okres 60 dni, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, a także art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy;
3. zaniechaniu przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum EKOLOG z postępowania z uwagi na fakt, że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku

udziału w postępowaniu posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, a także art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie Odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Wykluczenia Konsorcjum EKOLOG z postępowania;
3. Powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania w zakresie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum EKOLOG z postępowania z uwagi na fakt, że Wykonawca ten nie przedłużył terminu związania ofertą oraz wadium o wymagany okres 60 dni, Odwołujący podniósł, że:

W dniu 25 marca 2016 roku, Zamawiający wezwał Konsorcjum EKOLOG do przedłużenia terminu związania ofertą oraz przedłużenia ważności wadium o 60 dni. Jako dowód powołano pismo Zamawiającego do Konsorcjum EKOLOG z dnia 25 marca 2016 roku (w dokumentacji postępowania).

W odpowiedzi, pismem z dnia 12 kwietnia 2016 roku, (wpływ do Zamawiającego w dniu 13 kwietnia 2016 roku) Konsorcjum EKOLOG złożyło oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 30 maja 2016 roku. Do pisma załączono aneks nr 2 do Gwarancji Bankowej Przetargowej. Jako dowód powołano pismo Konsorcjum EKOLOG z dnia 12 kwietnia 2016 roku wraz z załączonym aneksem do gwarancji (w dokumentacji postępowania)

Odwołujący wskazał, że analiza złożonych dokumentów prowadzi do wniosku, że Konsorcjum EKOLOG nie wyraziło zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o dni 60 lecz o dni 45. To samo dotyczy wadium.

Odwołujący wyjaśnił, że złożenie i otwarcie ofert miało miejsce 15 stycznia 2016 r. Sześćdziesięciodniowy (60) termin związania ofertą upływał 14 marca 2016 roku. W dniu 04 marca 2016 roku Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pierwsze odwołanie (Sygn. akt KIO 321/16). Ogłoszenie orzeczenia Izby miało miejsce w dniu 21 marca 2016 roku. Przesunięcie terminu związania ofertą wynikające z zawieszenia jego

biegu z uwagi na wniesienie odwołania wyniosło 17 dni. Po ogłoszeniu wyroku przez Izbę, termin związania ofertą upływał zatem 31 marca 2016 roku.

W dniu 7 marca 2016 roku, Zamawiający wezwał Konsorcjum EKOLOG do przedłużenia ważności wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania na okres do zawarcia umowy. W odpowiedzi, na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 11 marca 2016 roku, Konsorcjum EKOLOG złożyło oświadczenie, że przedłuży termin związania ofertą do dnia 15 kwietnia 2016 roku. Przedstawiło również gwarancję przetargową (aneks) wskazującą na 15 kwietnia 2016 roku jako datę graniczną zobowiązania Banku gwaranta. Jako dowód powołano pismo Zamawiającego z dnia 7 marca 2016 r. oraz pismo Konsorcjum EKOLOG z dnia 11 marca 2016 r.

Odwołujący stwierdził, że powyższe oznacza, że Konsorcjum EKOLOG skorzystało z uprawnienia do osobistego przedłużenia terminu związania ofertą.

Argumentowano następnie, że jakkolwiek zrozumiała jest staranność Konsorcjum EKOLOG w dążeniu do uporządkowania sprawy związania ofertą oraz wadium poza termin dotychczasowego związania ofertą, to powyższe nie zwalniało tego wykonawcy z wykonania dyspozycji Zamawiającego nakazującej osobno przedłużenie terminu związania ofertą oraz wadium o dni 60.

Za istotny dla rozsądzenia niniejszej sprawy Odwołujący uważa fakt, że Zamawiający skierował wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą odrębnie do Odwołującego oraz Konsorcjum EKOLOG. Oznacza to, że jego intencją było uzyskanie przedłużenia terminu związania ofertą przez Konsorcjum EKOLOG o kolejne 60 dni od już zadeklarowanego pismem z dnia 11 marca 2016 roku terminu 15 kwietnia 2016 roku. Zamawiający bowiem w dniu wezwania to jest 25 marca 2016 roku posiadał wiedzę, że Konsorcjum EKOLOG przedłużyło termin związania ofertą i wadium do dnia 15 kwietnia 2015 roku. Nie stanowiłoby naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, gdyby Zamawiający wzywający do przedłużenia terminu związania ofertą odrębnymi pismami, w sposób odrębny ukształtował jego treść. Zamawiający posiadał możliwość wezwania Konsorcjum EKOLOG do przedłużenia terminu związania ofertą o okres krótszy niż 60 dni. W przedmiotowej sprawie, wobec oświadczenia Konsorcjum EKOLOG o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 15 kwietnia 2016 r. - byłby to okres dni czterdziestu pięciu (45). Takie działanie Zamawiającego legitymowałoby działanie Konsorcjum EKOLOG polegające na przedłużeniu terminu związania ofertą o 45 dni do dnia 30 maja 2016 roku. Wówczas wszyscy wykonawcy w wyniku złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą połączonego z wniesieniem wadium na tak przedłużony okres, byłiby związani ofertą do dnia 30 maja 2016 roku.

Odwołujący ponownie wskazał, że Zamawiający z takiej konstrukcji nie skorzystał.

Podniesiono następnie, że odpowiedź Konsorcjum EKOLOG z dnia 12 kwietnia 2016 roku stanowiła wyraz sprzeciwu wobec treści wezwania Zamawiającego. Zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą dotyczyła zamiast 60, dni 45. Zamiast do dnia 14 czerwca 2016 roku, przedłużył On termin związania ofertą oraz wniósł wadium do dnia 30 maja 2016 roku. Okoliczność powyższa sprawiła, że wobec Konsorcjum EKOLOG zaktualizowała się przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił przy tym, że doniosłość instytucji związania ofertą oraz skutków niedotrzymania przez wykonawcę obowiązku przedłużenia tego terminu znajduje potwierdzenie w aktualnym orzecznictwie.

Za szczególnie adekwatne i trafne w okolicznościach niniejszej sprawy należy uznać poglądy Izby wyrażone w wyroku z dnia 29 czerwca 2015 roku sygn. akt KIO 1281/15, KIO 1282/15.

W ocenie Izby, za słuszny w sprawie należy uznać pogląd, w myśl którego skutki wygaśnięcia terminu związania ofertą należy definiować i rozpoznawać z uwzględnieniem norm, wynikających z przepisów kodeksu cywilnego. Regulacja art. 14 ustawy wprost odsyła do przepisów kodeksowych, które znajdują zastosowanie jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Postępowanie prowadzone w oparciu o przepisy ustawy nie można rozpatrywać w oderwaniu od przepisów kodeksu cywilnego, który reguluje instytucję związania ofertą. Na konieczność stosowania norm przepisów kodeksu cywilnego w zakresie instytucji związania ofertą, wskazuje bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej m.in. wyrok z dnia 31 stycznia 2013 roku Sygn. akt KIO 109/13, wyrok z dnia 23 października 2013 roku, Sygn. akt 2390/13. Stanowisko to zostało potwierdzone w wyroku Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 13 lutego 2014 roku Sygn. akt I Ca 495/13, wydanym w przedmiocie skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2013 roku, Sygn. akt KIO 2390/13, gdzie wskazano m.in. "Ponieważ czynności dokonywane w toku postępowania, jak i umowy będące rezultatem postępowania mają charakter cywilnoprawny, ofertę wykonawcy oraz materię związaną z wygaśnięciem związania ofertą rozpatrywać należy na gruncie art. 66 Kc."

W świetle powyższego, niewątpliwym jest, że termin związania ofertą jest istotnym, konstytutywnym elementem oświadczenia woli wykonawcy zmierzającym do zawarcia umowy. Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w doktrynie i orzecznictwie związanie ofertą jest oświadczeniem wykonawcy potwierdzającym jego uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia i gotowość zawarcia umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie. Związanie ofertą oznacza, że adresat oferty (oblat) może przez jej proste przyjęcie

doprowadzić do zawarcia umowy o treści określonej w ofercie. Związanie ma charakter ciągły, nieprzerwany, co oznacza konieczność dbałości wykonawcy o aktualność związania złożoną przez niego ofertą. Posłużenie się w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych pojęciem przedłużenie terminu związania ofertą wyklucza możliwość przerwy w stanie związania ofertą, co zostało potwierdzone w bogatym orzecznictwie KIO np. KIO 2020/12, KIO 1804/12, KIO 109/13, KIO 1817/12 i KIO 1822/12.

W doktrynie prezentowane jest stanowisko, że związanie ofertą trwa tylko przez czas oznaczony, po upływie którego oferta wygasa. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego maksymalny okres, na jaki wykonawcy pozostają związani złożonymi ofertami został uregulowany w art. 85 ust. 1 ustawy. Jednocześnie ustawodawca w ust. 2 tego przepisu dopuścił możliwość przedłużenia pierwotnego terminu związania ofertami w sposób nieograniczony co do ilości i okresu - samodzielnie przez wykonawców bądź jednokrotnie na wnioski zamawiającego, wystosowany na co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania ofertą i tylko o oznaczony okres, nie dłuższy niż 60 dni. Tak szczegółowe uregulowania w zakresie możliwości przedłużenia terminu związania ofertą, wskazują - w ocenie Izby - na doniosłość prawną instytucji terminu związania ofertą i fakt, że jest ona immanentnym elementem złożonej oferty. Oferta wykonawcy wygasa wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym wykonawca był nią związany.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko prezentowane w orzecznictwie, że: "ustawa w przywołanym przepisie, mimo, iż nie stanowi *expressis verbis* o konieczności utrzymania stanu związania ofertą przez wykonawcę, wymóg ten statuuje, co powoduje konieczność przedłużenia terminu związania ofertą w czasie związania ofertą. Przedłużyć, czyli – zgodnie z językowym znaczeniem tego pojęcia – spowodować, że coś trwa dłużej, niż przewidziano, można jedynie istniejący stan prawny. Stan prawny, który ustał, może być wyłącznie restytuowany - ustanowiony na nowo. Możliwości takiej ustawa w odniesieniu do terminu związania ofertą nie przewiduje. W konsekwencji termin związania ofertą ustalony przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosownie do wymagań zawartych w art. 36 ust. 1 pkt 9 oraz art. 85 ust. 1 nie może upłynąć, lecz winien być przedłużany, tak aby stan związania ofertą wykonawcy nie ustał (tak: Komentarz do art. 85 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.) a także wyroki KIO 1817/12 i 1822/12 oraz KIO 1924/12.

Zdaniem Izby podzielić należy pogląd (...), że wykluczenie wykonawców w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy jest możliwie jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się zamawiającego o przedłużenie terminu związania ofertą. Stanowisko to znajduje poparcie w

orzeczeniu Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 roku Sygn. akt VI Gai92/2010. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga jednak okoliczność, że ustawodawca wprowadzając, nowelizacją z 4 września 2008 roku (Dz. U. z 2008 r. Nr 171 poz. 1058) w art. 85 ust. 2 ustawy, możliwość samodzielnego przedłużenia okresu związania ofertą przez wykonawców nie dokonał jednocześnie zmiany w zakresie przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Nie oznacza to jednak, że intencją ustawodawcy było dopuszczenie do sytuacji, w której wyklucza się z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie zgodzili się na przedłużenie terminu związania ofertą a poddaje się ocenie oferty wykonawców, których termin związania upłynął. Sytuacja taka prowadziłaby do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, co potwierdził Sąd Okręgowy w Tarnowie w wyroku z dnia 13 lutego 2014 roku Sygn. akt I Ca 495/13, gdzie wskazano: "wybór oferty, której termin związania wygasł, pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1. Prowadzi bowiem do nieuprawnionego zrównania sytuacji wykonawców, którzy znajdują się w okresie związania ofertą i są zobligowani do zawarcia umowy, a w przeciwnym wypadku zagrożeni utratą wadium czy też roszczeniem odszkodowawczym, z wykonawcami, którym przysługuje jedynie prawo do zawarcia umowy i nie ponoszą żadnego ryzyka związanego z ewentualną odmową".

Odnosząc się do zmian w zakresie regulacji art. 85 ustawy na przestrzeni ostatnich lat, wskazać należy co zostało podniesione w wyroku Sądu Okręgowego z Tamowa z dnia 13 lutego 2014 r., sygn. akt I Ca 495/13: „Dokonana zmiana przepisu art. 85 u powierzenie wykonawcy możliwości samodzielnego przedłużania okresu związania ofertą, przy nieograniczaniu liczby tej czynności wskazuje, że ustawodawca dostrzega prawną doniosłość i potrzebę występowania elementu związania ofertą w momencie dokonywania wyboru przez zamawiającego. W przeciwnym razie wprowadzenie regulacji przedłużania okresu związania byłoby zbędne, skoro wykonawcy i bez takiego przedłużenia mogliby liczyć na pozostawienie ich oferty w postępowaniu". Obowiązek dbałości o ważność oferty spoczywa zatem na wykonawcy, który winien przed upływem terminu związania ofertą złożyć zamawiającemu stosowne oświadczenie w tym zakresie. W wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 21 grudnia 2010 roku VI Ga 240/2010 wskazano, że "opieszałość i bierność wykonawcy w tym zakresie będzie traktowana jako rezygnacja z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego".

Końcowo Odwołujący stwierdził, że Zamawiający winien był wykluczyć konsorcjum EKOLOG w trybie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W zakresie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum EKOLOG z postępowania z uwagi na fakt, że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu posiadania wiedzy i doświadczenia, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1. a także art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, Odwoływający wskazał, że:

W ofercie Konsorcjum EKOLOG zawarto wykaz robót budowlanych wykonanych przez spółkę Sargyasz Aman (Kazachstan). Do tego wykazu załączono oświadczenie o udostępnieniu zasobów w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum EKOLOG uzupełnił to samo oświadczenie w formie oryginału. Sprawa nie wykazania spełniania przedmiotowego warunku była przedmiotem rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w toku rozprawy w dniu 16 marca 2016 roku (Sygn. akt KIO 321/16). W wyroku wydanym w dniu 21 marca 2016 roku Izba nakazała wezwanie Konsorcjum EKOLOG do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. W treści uzasadnienia orzeczenia Izba wskazała na konieczność badania przez Zamawiającego skuteczności i realności udostępnienia zasobów. Izba wskazała przy tym na zapisy § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który to przepis wskazuje na badanie przez zamawiającego możliwości rzeczywistego dostępu do zasobów podmiotu trzeciego przez wykonawcę w toku realizacji przedmiotu zamówienia także poprzez ustalenie:

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego;
- sposobu wykorzystania tych zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia;
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim;
- zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia.

Wykonując dyspozycję Izby, w dniu 07 kwietnia 2016 roku, pismem numer NZ/0876/2016 Zamawiający wezwał Konsorcjum EKOLOG do uzupełnienia odnośnego dokumentu. Wskazał przy tym na obowiązkowe wskazanie informacji dotyczących:

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego;
- sposobu wykorzystania tych zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia;
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim;
- zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia.

Jako dowód powołano pismo Zamawiającego z dnia 07 kwietnia 2016 roku, numer NZ/0876/2016 (w dokumentacji postępowania)



W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 12 kwietnia 2016 roku (doręczenie w dniu 12 kwietnia 2016 roku) numer 567/2016, Konsorcjum EKOLOG przekazał uzupełnienie dokumentów. Załączył nowe zobowiązanie Spółki Sargyasz Aman do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia. Spółka ta zobowiązała się do udostępnienia zasobów w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Oświadczyła, że:

- a) *Udostępnia wykonawcy (EKOLOG) w.w zasoby w następującym zakresie:*
  - *posiadaną wiedzę i doświadczenie w dziedzinie robót budowlanych;*
- b) *Sposób i zakres wykorzystania udostępnionych zasobów będzie następujący:*
  - *koordynacja robót budowlanych oraz doradztwo w toku ich wykonywania*
- c) *Charakter stosunku łączącego z wykonawcą będzie następujący:*
  - *umowa cywilno -prawna*
- d) *Okres udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący:*
  - *niezbędny, w którym będzie realizowane zadanie inwestycyjne.*

Wobec powyższego Odwołujący podniósł, że uzupełnione oświadczenie w dalszym ciągu wskazuje na pozorność udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący podniósł, że w treści oświadczenia nie wskazano zakresu udostępnianych zasobów. Oświadczenie, że podmiot udostępnia „posiadaną wiedzę i doświadczenie w dziedzinie robót budowlanych” w żadnym przypadku nie może być uznane za wskazanie udostępnianego zasobu wiedzy i doświadczenia.

Żądanie wskazania zakresu udostępnianych zasobów wydaje się całkowicie wykluczać otwartą formułę to jest udostępnienie per saldo wszystkich zasobów. Udostępniany zasób powinien zostać jednoznacznie wskazany przez podmiot udostępniający. Takim zasobem jest skonkretyzowana wiedza i doświadczenie, nabyte w toku realizacji zamówienia, które służyć ma do potwierdzenia spełniania konkretnego warunku wskazanego przez Zamawiającego w konkretnym postępowaniu. Podczas realizacji konkretnego zamówienia, organizacja którą jest dane przedsiębiorstwo, nabywa wiedzę i doświadczenie. Nośnikiem tej wiedzy i tego doświadczenia w przedsiębiorstwie, są konkretne osoby, które podczas wykonywania zamówienia pełniły określone funkcje zarządcze bądź wykonawcze. Brak wskazania konkretnego zamówienia, odbiera oświadczeniu o udostępnieniu zasobów walor faktycznego przeniesienia wiedzy i doświadczenia poprzez osobisty udział przedsiębiorcy lub osób u tego przedsiębiorcy występujących.

Argumentowano następnie, że w treści oświadczenia nie pokazano sposobu transferu zasobów ani sposobu ich użycia w toku realizacji zamówienia. Samo oświadczenie o treści:

*Sposób i zakres wykorzystania udostępnionych zasobów będzie następujący:*

*- koordynacja robót budowlanych oraz doradztwo w toku ich wykonywania*

nie daje żadnej wiedzy na temat kto, kiedy, w jaki sposób będzie wykonywał czynności, które w zamyśle przekazującego zasoby miałyby prowadzić do przekazania wiedzy i doświadczenia.

Mając jednak na uwadze fakt, że żaden konkretny przekazywany zasób nie został wskazany, trudno oczekiwać szczegółów takiego transferu.

Odwołujący wskazał następnie, że co najistotniejsze, zgodnie z aktualnym prawodawstwem europejskim, które znalazło szerokie odzwierciedlenie w judykaturze, przekazanie zasobów wiedzy i doświadczenia w skomplikowanej robocie budowlanej jest realne wyłącznie w drodze podwykonawstwa. Taką też formę powinno posiadać przekazanie potencjału w przedmiotowej sprawie.

Odwołujący wskazał na wyrok KIO z 20.07.2015 r., sygn. akt KIO 1439/15, wyrok KIO z dnia 11.03.2015 r., sygn. akt KIO 360/15, wyrok KIO z dnia 16.07.2014 r., sygn. akt KIO 1308/14, wyrok KIO z dnia 24.02.2015 r., sygn. akt KIO 247/15, uchwałę KIO z dnia 16.02.2015 r., sygn. akt KIO/KD 6/15, wyrok KIO z dnia 26.06.2015 r., sygn. akt KIO 1275/15, wyrok KIO z dnia 5.01.2015 r., sygn. akt KIO 2685/14, wyrok KIO z dnia 18.03.2015 r., sygn. akt KIO 451/15, wyrok KIO z dnia 25.11.2015 r., sygn. akt KIO 2478/15.

Końcowo, Odwołujący wskazał, że mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że pomimo wezwania do uzupełnienia dokumentów Konsorcjum EKOLOG nie wykazał spełniania warunku posiadania doświadczenia zawodowego. Oświadczenie Sargyasz Aman nie może zostać bowiem uznane za wystarczające dla uznania skuteczności przekazania potencjału wiedzy i doświadczenia. Żadna inna wiedza i doświadczenie nie zostały przez Konsorcjum EKOLOG wykazane.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum EKOLOG podlega wykluczeniu w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Odwołujący wskazał także, że uważa za udowodnione zarzuty naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 ustawy na skutek czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej, oferty, złożonej przez Wykonawcę Konsorcjum EKOLOG, który jako że nie wyraził zgody na przedłużenie terminu zwiedzania ofertą oraz nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, winien zostać wykluczony z postępowania.

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu zajętego stanowiska Zamawiający wskazał, że w dniu 15 stycznia 2016 r. nastąpiło otwarcie ofert w postępowaniu nr 1/2015/UE - „Przebudowa i rozbudowa

Oczyszczalni Ścieków w Otwocku - zadanie II, III, IV". W dniu 14 marca 2016 r. upłynąłby termin związania ofertą, gdyby nie wniesione w dniu 4 marca 2016r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej Konsorcjum Inżyniera Rzeszów S. A. Inżyniera Przemysł Sp. z o.o. Ze względu na wniesienie przez Konsorcjum odwołanie, stosownie do art. 182 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia, przesunięcie terminu związania ofertą nastąpiło o 17 dni.

W dniu 7 marca 2016 r. Zamawiający, stosownie do treści art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał wykonawcę Konsorcjum EKOLOG, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. W odpowiedzi na pismo z dnia 11 marca 2016r. Konsorcjum EKOLOG przekazał aneks do gwarancji bankowej przetargowej, przedłużający ważność wadium do dnia 15 kwietnia 2016r. W piśmie został zawarty zapis o przedłużeniu okresu związania ofertą do dnia 15 kwietnia 2016r.

W dniu 21 marca 2016r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała orzeczenie w sprawie odwołania wniesionego przez Konsorcjum inżyniera Rzeszów S. A. Inżyniera Przemysł Sp. z o.o. Ze względu na powyższe, termin związania ofertą upłynął w dniu 31 marca 2016 r.

W dniu 25 marca 2016 r. Zamawiający, korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zwrócił się do wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu o maksymalny okres wynikający z przepisu, tj. o 60 dni. Jednocześnie, Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza o przedłużenie ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Sześciu, z dziesięciu wykonawców biorących udział w postępowaniu przedłużyli termin związania ofertą. Zamawiający wykluczył wykonawców, którzy nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a następnie odrzucił złożone przez nich oferty (okoliczność bezsporna).

Konsorcjum EKOLOG w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 marca 2016r. wyraził zgodę na przedłużenie okresu związania ofertą do dnia 30 maja 2016 r. Jednocześnie przekazał aneks do gwarancji bankowej przetargowej, przedłużający ważność wadium do dnia 30 maja 2016 r.

W dniu 4 kwietnia 2016r. pracownik Zamawiającego odebrał osobiście orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 321/16 wydanej na skutek odwołania wniesionego Konsorcjum Inżyniera Rzeszów S. A. Inżyniera Przemysł Sp. z o.o. Wykonując wyrok KIO unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz

powtórzył czynność badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKOLOG Sp. z o.o. i Warszawskie Przedsiębiorstwo Konsultingowe Eko- Konsulting Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pismo z dnia 7 kwietnia 2016r.- wezwanie do uzupełnienia dokumentów).

W dniu 14 kwietnia 2016 r. Zamawiający, po dokonaniu oceny uzupełnionych dokumentów, wybrał ofertę złożoną przez Konsorcjum EKOLOG jako najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego się, iż Zamawiający winien wykluczyć Konsorcjum EKOLOG z postępowania z uwagi na fakt, że Wykonawca nie przedłużył terminu związania ofertą oraz wadium o wymagany okres 60 dni, co skutkowało zaktualizowaniem się przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do treści art. 85 ust. 2 ustawy Zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Tak uczynił Zamawiający pismem z dnia 25 marca 2016r. W odpowiedzi Konsorcjum EKOLOG wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do 30 maja 2016r. Znamiennym w niniejszej sprawie jest fakt, iż wolą Zamawiającego było przedłużenie terminu związania ofertą do 30 maja 2016 r. Termin ten odnosił się do wszystkich Wykonawców. Faktem jest, iż Konsorcjum EKOLOG w uprzednim piśmie zawarło zapis, że przedłuża ten termin do 15 kwietnia 2016r., jednakże, w ocenie Zamawiającego nie miało to wpływu na termin 60 dni, o które zwrócił się do Wykonawców Zamawiający. Termin 60 dni zawarł w sobie okres, o który Konsorcjum EKOLOG ówczesnie przedłużyli termin związania ofertą.

Argumentowano następnie, że zachowanie Zamawiającego nie narusza przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przedłużenie terminu związania ofertą do 30 maja 2016 r. przez Konsorcjum EKOLOG, pomimo wcześniejszego przedłużenia tego terminu do 15 kwietnia 2016r. nie stanowiło naruszenia zachowania uczciwej konkurencji, a niewykluczenie Wykonawcy, a następnie nieodrzućcenie jego oferty, nie stanowiło naruszenia zasady równego traktowania Wykonawców. Jak wyżej wskazano, intencją Zamawiającego było przedłużenie terminu związania ofertą przez wszystkich Wykonawców do 30 maja 2016 r., co wynika bezspornie z dokumentów w postępowaniu.

Przytoczone przez Odwołującego orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w ocenie Zamawiającego, nie potwierdza wywodzonej przez niego tezy wskazującej na konieczność wykluczenia wykonawcy, a następnie odrzucenia jego oferty. Zamawiający wyciąga inne wnioski z zawartych w odwołaniu orzeczeniach.

Stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Jak wynika z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 15 kwietnia 2015 r. KIO 592/15, 598/15, KIO 602/15 brak zgody wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą odnosi się nie tylko do sytuacji, w której wykonawca zgody takiej nie wyraża, ale również i takiej, gdzie wykonawca co prawda wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, ale na okres krótszy niż ten określony przez zamawiającego na mocy przepisu art. 85 ust. 2 p.z.p.

W przedmiotowej sprawie Wykonawca wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania oferta na okres wymagany przez Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego, po analizie dokumentów znajdujących się w aktach postępowania przetargowego, okolicznością bezsporną jest intencja Zamawiającego, tj. przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 30 maja 2016 r. Przyjęcie, iż Konsorcjum EKOLOG obowiązywałby termin związania ofertą do dnia 15 czerwca 2016 r., natomiast pozostałych wykonawców do dnia 30 maja 2016 r. przeczy zasadom logicznego myślenia. Ponadto, przyjęcie takiego założenia, w ocenie Zamawiającego, stanowiłoby naruszenie zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy.

Zamawiający podniósł następnie, że jak wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2014 r. KIO 886/14, KIO 907/14 wybór oferty, której termin związania wygaś, pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 p.z.p.

W przedmiotowej sprawie, bezspornie nie doszło do wyboru oferty, której termin związania wygaś. Czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonano w dniu 14 kwietnia 2016r., czyli w terminie związania ofertą Konsorcjum EKOLOG.

W ocenie Zamawiającego, podniesiony przez Odwołującego zarzut zaniechania czynności wykluczenia Konsorcjum EKOLOG z postępowania z uwagi na fakt, że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu posiadania wiedzy i doświadczenia, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1, a także art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy jest całkowicie chybiony.

Zamawiający, wykonując treść wyroku Krajowej izby Odwoławczej wezwał Konsorcjum EKOLOG do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu posiadania wiedzy i doświadczenia. W wezwaniu wskazał na zakres

żądanych informacji, opierając się na treści wydanego orzeczenia oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W odpowiedzi na wezwanie, Konsorcjum EKOLOG przekazała uzupełnienie dokumentów, zgodnie z. wezwaniem Zamawiającego.

Zwrócono uwagę na okoliczność, iż ani z treści rozporządzenia w sprawie dokumentów ani z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej wydanego z dnia 21 marca 2016 r., ani z orzecznictwa przytoczonego przez Odwołującego nie wynika, aby na Wykonawcy spoczywał obowiązek takiego skonkretyzowania udostępnianych zasobów wiedzy i doświadczenia, na jaki wskazuje Odwołujący się. Konsorcjum EKOLOG wykonało wezwanie w sposób żądany przez Zamawiającego. Spółka Sargyasz Aman w przedłożonym oświadczeniu zobowiązała się do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia w dziedzinie robót budowlanych. Wskazała również na sposób i zakres wykorzystania udostępnianych zasobów, tj. koordynację robót budowlanych oraz doradztwo w toku ich wykonywania. Takie wskazanie, pozwala Zamawiającemu na ocenę oferty wykonawcy, zgodnie z przytoczonym przez Odwołującego się wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2015r., KIO 1308/14.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Ekolog Sp. z o.o. z siedzibą w Pile, 2) Warszawskie Przedsiębiorstwo Konsultingowe Eko-Konsulting Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

W piśmie procesowym z dnia 6 maja 2016 r., Przystępujący na wstępie wniósł o zbadanie przesłanek odrzucenia przez Izbę (z urzędu) na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 Prawa zamówień publicznych przedmiotowego odwołania w części wskazanej przez Odwołującego w pkt 3) - (ujętych na str. 2 odwołania). W zakresie wniosku Przystępujący argumentował, że czynności, polegające na: a) powtórzeniu czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu; b) ponownym wezwaniu Przystępującego w dniu 7 kwietnia 2016 r. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 21 marca 2016r. wydanego w postępowaniu o sygnaturze KIO 321/16.

W opinii Przystępującego, Zamawiający wykonał wyżej wskazane czynności ściśle w myśl orzeczenia Izby, uznając za prawidłowe i zgodne z treścią ww. orzeczenia dokumenty przesłane przez Przystępującego, min. oświadczenie Saryagasz - Aman sp. z o.o. z siedzibą

w Szymkencie (Kazachstan) z dnia 14 stycznia 2016 r. Czynność ponownego wyboru oferty Przystępującego, jako najkorzystniejszej była jedynie oczywistą konsekwencją działań nakazanych przez Izbę. Próba jej ponownego zaskarżenia zmierza do podważenia prawomocnego orzeczenia KIO - w tej części zatem odwołanie powinno ulec odrzuceniu.

Przystępujący wniósł następnie o oddalenie odwołania argumentując m.in., że:

Pismem z dnia 25 marca 2016 r. nr NZ/0784/2016 Zamawiający wniósł, by Przystępujący wyraził zgodę na przedłużenie o 60 dni terminu związania ofertą (wraz z przedłużeniem ważności wadium). Biorąc pod uwagę zamiar doprecyzowania kwestii daty, do której Zamawiający oczekuje przedłużenia terminów, Przystępujący zwrócił się do Zamawiającego (w formie mailowej) w dniu 30 marca 2016 r. o wskazanie, czy termin 60 dni należy liczyć do dnia 15 maja 2016 r. (tzn. od dnia następnego po upływie terminu związania ofertą, oraz ważności wadium, złożonego wraz z ofertą w dniu 15 stycznia 2016 r.).

W odpowiedzi na powyższego e-maila, Zamawiający (wysyłając wiadomość z oficjalnego adresu k.b.@opwik.com) poinformował Przystępującego, że (cyt.) „Według interpretacji usta wy oraz wyliczeń Zamawiającego będzie to dzień 30 maja 2016 r.". Po uzyskaniu takiej informacji, Przystępujący zastosował się ściśle do wezwania Zamawiającego i przedłużył terminy związania oferta, oraz ważności wadium do dnia 30 maja 2016 r. Kwestionowanie przez Odwołującego powyższych czynności, w sytuacji, w której: - termin związania ofertą i termin ważności wadium został skutecznie przedłużony; - odbyło się to zgodnie z żądaniem Zamawiającego, należy uznać za działanie całkowicie chybione i bezzasadne.

Podniesiono następnie, że zgodnie z art. 26 ust. 2b PZP *„Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia”*. Stosowne zobowiązanie, zgodne z wzorem wynikającym z SIWZ, Przystępujący przedstawił na karcie 118 swej oferty.

W wyroku z dnia 21 marca 2016 r. nr KIO 321/16 Izba stwierdziła jednak, że Zamawiający winien wezwać Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 PZP do uzupełnienia dokumentów dotyczących spółki Saryagasz - Aman sp. z o.o. Zgodnie z treścią uzasadnienia powyższego wyroku: (cytat - str. 19-20 wyroku KIO z dnia 21 marca 2016 r.) *„Izba stwierdziła, że zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno zawierać takie informacje, jak*

*zakres dostępnych wykonawcy zasobów, sposób ich wykorzystania, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim, oraz zakres i okres udziału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia (...)”.*

W przedłożonym, na wezwanie Zamawiającego z dnia 07.04.2016 r. dokumencie z dnia 14 stycznia 2016r. pt. „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”, znajdują się wszystkie informacje wymagane przez KIO w cytowanym wyżej wyroku - wynikające również z § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane. Dokument ten winien być traktowany jako uzupełnienie (uszczegółowienie) pierwotnie złożonego zobowiązania. Przystępujący informuje, że takim uszczegółowionym dokumentem dysponował już w dacie składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, jednak zdecydował się wówczas przedłożyć w ramach swojej oferty wyłącznie dokument o bardziej ogólnej treści, sporządzony ściśle według wzoru zawartego w SIWZ. W świetle wiążącej strony treści orzeczenia z dnia 21 marca 2016 r. nr KIO 321/16, Przystępujący przedłożył na żądanie Zamawiającego posiadany przez siebie, bardziej szczegółowy dokument.

Opierając się na przedstawionych wyżej okolicznościach, Przystępujący podniósł, że argumentację Odwołującego w sprawie rzekomej „pozorności” udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia należy uznać za błędną, a wręcz kuriozalną. Całkowicie nieprawdziwe jest twierdzenie, jakoby spółka Saryagasz-Aman (dalej: Udostępniający) nie wskazała zakresu udostępnianych zasobów - treść zobowiązania jest bowiem następująca: „ (...) zobowiązuję się do oddania swych zasobów - w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia (...) Oświadczam że:

- a. *udostępniamy Wykonawcy ww. zasoby w następującym zakresie:*
  - *posiadaną wiedzę i doświadczenie w dziedzinie robót budowlanych;*
- b. *sposób i zakres wykorzystania udostępnionych zasobów będzie następujący:*
  - *koordynacja robót budowlanych oraz doradztwo w toku ich wykonania;*
- c. *charakter stosunku łączącego z Wykonawcą będzie następujący:*
  - *umowa cywilnoprawna;*
- d. *okres udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący:*
  - *niezbędny, w którym będzie realizowane zadanie inwestycyjne;*



*Oświadczam, że jestem świadoma, iż w przypadku szkody Zamawiającego powstałej na skutek nieudostępnienia ww. zasobów odpowiadamy wobec zamawiającego solidarnie z ww. Wykonawcą, chyba, że za nieudostępnienie zasobów nie ponosimy winy."*

Wywód Odwołującego, zamieszczony na str. 10 odwołania zmierza w kierunku wskazania rzekomego braku konkretyzacji posiadanej przez Udostępniającego wiedzy i doświadczenia, które są udostępniane Przystępującemu. Zdaniem Odwołującego:

Przystępujący sprzeciwił się tezom Odwołującego podkreślając, że żaden z przepisów PZP, ani cytowanego rozporządzenia wykonawczego z dnia 19 lutego 2013 r., jak również żadna z tez wyroku KIO 321/16 nie wskazuje, że obowiązkowym składnikiem zobowiązania o udostępnieniu zasobów winny być nazwiska osób przypisanych do danego tematu.

Przeciwnie, biorąc pod uwagę cywilnoprawny charakter zobowiązania, jak również fakt, że udziela go osoba prawna (której byt prawny, zobowiązania i uprawnienia rozpatruje się niezależnie od przymiotów jakichkolwiek osób fizycznych), należy uznać, że zobowiązanie skutecznie chroni interesy Zamawiającego, zapewniając jednocześnie powstanie po stronie Udostępniającego solidarnej odpowiedzialności za szkodę. Co do rzekomego braku wskazania konkretnego zamówienia, z którego wynikać miałyby posiadanie przez Udostępniającego odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, należy zauważyć, że Odwołujący myli się w całej rozciągłości, bowiem takie zamówienie wskazano. Na stronach 36 - 38 oferty Przystępującego (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 1/2015/UE) zamieszczono, zgodnie z regułami SIWZ, wykaz wykonanych robót budowlanych, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. W poz. 1 wskazano-jako konkretne zamówienie, spełniające wymagania Zamawiającego - „*Modernizację i rekonstrukcję oczyszczalni ścieków miasta Shymkent*”, przedstawiając jednocześnie jej zakres rzeczowy i informując, że wykonawcą powyższej inwestycji były firmy Saryagasz - Aman, oraz Ekolog sp. z o.o. na str. 39 - 42 przedstawiono natomiast referencje, dotyczące wykonania ww. inwestycji, podpisane przez jej zamawiającego (z tłumaczeniem na język polski). Dokumenty te - złożone wraz z ofertą Przystępującego, zatem doskonale znane również Odwołującemu - w sposób jednoznaczny potwierdzają, że Saryagasz - Aman sp. z o.o. posiada wiedzę i doświadczenie, które udostępnił Przystępującemu w toku niniejszego postępowania.

Przystępujący podniósł, że dywagacje Odwołującego w przedmiocie ustalenia, czy do przekazania zasobów wiedzy i doświadczenia w przedmiotowej inwestycji może dojść w warunkach koordynacji i doradztwa, oraz czy konieczne jest pod wykonawstwo, należy

uznać za sprzeczne z treścią wyroku KIO z dnia 21 marca 2016 r. nr KIO 321/16 - zwłaszcza też zamieszczonych na str. 21 (akapit górny). Izba bowiem nie zakwestionowała charakteru, w którym w przedmiotowym zamówieniu występować będzie Saryagasz - Aman sp. z o.o. domagając się jedynie uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów.

Podkreślenia wymaga fakt, że przepisy PZP nie wykluczają wykorzystania potencjału wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego przez koordynację, konsultacje lub inne formy doradztw w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia. W wyroku z dnia 9 października 2013 r. sygn. akt KIO 2292/13, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *"ani przepisy ustawy PZP, ani też przepisy przywołanego rozporządzenia w sprawie dokumentów nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, czy choćby jego części, również w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału (...)"* (zob. A.B. Prawo zamówień publicznych. Komentarz. LEX 2015, podobnie KIO w wyroku z dnia 26 września 2013 r., sygn. akt: KIO 2182/13). Podobnie w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 315/11 stwierdzono, że: *"(...) aby skutecznie udostępnić swój potencjał podmiot trzeci nie musi brać udziału w wykonaniu przedmiotu zamówienia w jakimkolwiek charakterze. Korzystając z zasobu podmiotu trzeciego wykonawca może wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie. Nie można w tej sytuacji uznać za uprawniony pogląd, iż aby skutecznie udostępnić swój potencjał osoba trzecia musiałaby brać udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy". Nie ulega wątpliwości, że wykonawcą jest podmiot, który złożył ofertę, zaś podmiot trzeci udostępnia jedynie swoje zasoby (w tym uczestniczy w realizacji umowy w sposób wskazany w oświadczeniu), co jest prawnie przewidzianą formą. Należy więc przyjąć, że zaangażowanie podmiotu trzeciego poprzez bezpośrednie udzielanie wsparcia technicznego, doradztwo oraz konsultacje, udzielenie know-how, udzielanie wsparcia przy rozwiązywaniu problemów zaistniałych w toku realizacji zamówienia, opracowywanie zasad optymalizacji i efektywności prac w ramach realizacji zamówienia nie są formą, w jakiej podmiot trzeci nie mógłby brać udziału w realizacji zamówienia".*

Końcowo Przystępujący wskazał, iż generalnie należy stwierdzić, że KIO w wyroku z dnia 21 marca 2016 r. nr KIO 321/16 oddaliła wszystkie zarzuty Odwołującego, poza żądaniem dotyczącym powtórzenia czynności badania i oceny ofert, po uprzednim wezwaniu Przystępującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 PZP. Odwołujący zdaje się tej okoliczności nie zauważać. Jego aktualne odwołanie jest swoistą kontynuacją poprzedniego odwołania z dnia 4 marca 2016r. złożonego w postępowaniu KIO 321/16. Podjęta jest w nim (tzn. w odwołaniu aktualnym), świadomie lub bezwiednie, polemika ze

sposobem rozstrzygnięcia sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Tymczasem zgodnie z cytowanymi już na wstępie pisma art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 PZP w tego typu przypadkach odwołanie podlega odrzuceniu. W powyższej części zatem, zarówno na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 jak też art. 189 ust. 2 pkt 5, przedmiotowe odwołanie winno ulec odrzuceniu (a oddaleniu w pozostałej części).

Na rozprawie strony i uczestnik podtrzymali swoje stanowiska i argumentację.

Wyrokiem z dnia 21 marca 2016 r., sygn. akt KIO 321/16, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, 2) Inżynieria Przemysł Sp. z o.o. z siedzibą w Przemysłu i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia” „Ekolog” Sp. z o.o i Warszawskie Przedsiębiorstwo Konsultingowe „Eko-Konsulting” Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a w pozostałym zakresie uznała zarzuty i żądania odwołania za nieuzasadnione (vide: dołączone akta sprawy KIO 321/16).

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

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania w całości, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania w części dotyczącej zarzutu postawionego w pkt 3 odwołania (według numeracji odwołania). Przystępujący powołał w podstawie prawnej swojego wniosku art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się. W niniejszej sprawie nie

zaistniały przesłanki określone ww. normą prawną. Odwołujący nie powoływał się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie ozn. sygn. akt KIO 321/16. Zarzuty odwołania referowały do treści dokumentu (zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów), który zaistniał w postępowaniu po ww. rozstrzygnięciu. Z treści tego dokumentu wynikały, częściowo, nowe okoliczności w sprawie, które w ocenie Odwołującego miały świadczyć o zaniechaniu wykluczenia Przystępującego.

Stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Odwołanie nie dotyczyło czynności nakazanych wyrokiem Izby wydanym w sprawie ozn. sygn. akt KIO 321/16, w tym wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, jak również czynności samego powtórzenia badania i oceny ofert, ale dotyczyło wyniku i oceny podjętej przez Zamawiającego wskutek wykonania tych czynności. W sprawie nie zaistniały tym samym podstawy do zastosowania art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp.

Jednocześnie Izba, z urzędu na posiedzeniu, postanowiła pozostawić bez rozpoznania zarzut z pkt 3 odwołania (według numeracji odwołania) dotyczący wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w części, w jakiej zarzut ten został oparty na twierdzeniu o pozorności i braku realności udostępnienia zasobów z uwagi na brak podwykonawstwa, tj. z uwagi na to, że w treści uzupełnionego zobowiązania podmiotu trzeciego w części dotyczącej charakteru stosunku łączącego podmiot trzeci z wykonawcą nie podano formy podwykonawstwa. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują instytucji częściowego odrzucenia odwołania. Niemniej jednak w sytuacji, gdy dany zarzut odwołania jest zarzutem spóźnionym, aktualizuje się możliwość i obowiązek pozostawienia tego zarzutu bez rozpoznania. Na taki sposób procedowania wskazuje orzecznictwo sądów okręgowych.

Jak wynika z akt sprawy ozn. sygn. akt KIO 321/16, Odwołujący w ramach pierwszego odwołania miał możliwość oparcia zarzutu dotyczącego braku realności udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego z uwagi na brak przyjęcia formy podwykonawstwa. Odwołujący skoro uznawał, że tylko podwykonawstwo gwarantuje w tej sprawie realność udostępnienia zasobu, mógł to podnosić w ramach pierwszego odwołania. Posiadał już wówczas wiedzę, że Przystępujący nie opiera swojej współpracy z podmiotem trzecim na stosunku podwykonawstwa. Wynikało to jednoznacznie z wyjaśnień

Przystępującego udzielonych pismem z dnia 11 lutego 2016 r., na wezwanie Zamawiającego z dnia 5 lutego 2016 r.

W przywołanym wezwaniu z dnia 5 lutego 2016 r., Zamawiający zażądał m.in., dodatkowych wyjaśnień, co do podwykonawstwa podmiotu trzeciego. Wykonawca jest podmiotem uprawnionym do składania wyjaśnień na okoliczność tego, jaką formę współpracy, w której mają być przekazywane zasoby, przewiduje z podmiotem trzecim. Wykonawca nie może zastępować oświadczeń podmiotu trzeciego, co nie oznacza całkowitego braku możliwości składania wyjaśnień, co do treści dokumentu. W niniejszym postępowaniu, gdy Zamawiający stworzył wzór zobowiązania, który nie wymagał podawania tego rodzaju informacji (dotyczących charakteru stosunku wiążącego wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasób) możliwość i dopuszczalność złożenia wyjaśnień przez wykonawcę, na okoliczność formy tego stosunku, jawi się tym bardziej zasadna. Należy przy tym wskazać, że swoimi wyjaśnieniami Przystępujący nie zastępował oświadczeń podmiotu trzeciego. Przeciwnie z zobowiązania nie wynikało podwykonawstwo i swoimi wyjaśnieniami Przystępujący potwierdził, że tego podwykonawstwo w relacji z podmiotem trzecim nie ma. W wyjaśnieniach z dnia 11 lutego 2016 r. Przystępujący wskazał bowiem, że funkcją podmiotu, który udostępnił swe zasoby będzie wsparcie w realizacji robót budowlanych w zakresie niezbędnym dla prawidłowej realizacji inwestycji poprzez koordynację robót budowlanych przez wykwalifikowaną kadrę inżynierską z wykorzystaniem posiadanego doświadczenia przez przedsiębiorstwa oraz doradztwo w toku realizacji tych robót, dotyczące ich przebiegu. Dodatkowo dla wyjaśnienia podwykonawstwa Przystępujący potwierdził, że zakres prac zleconych podwykonawcom dotyczy robót budowlanych, a firma – cytując – *„Saryagasz – Aman będzie uczestniczyła w realizacji tego zakresu – poprzez czynności wskazane w pierwszym akapicie niniejszego punktu”*. Przystępujący wyjaśnił więc, że podwykonawstwo dotyczy robót budowlanych, ale podmiot udostępniający zasoby nie jest podwykonawcą tych robót, lecz będzie uczestniczył w ich realizacji poprzez wsparcie polegające na koordynacji i doradztwo.

Treść tych wyjaśnień była Odwołującemu znana na moment wnoszenia pierwszego odwołania, w którego treści Odwołujący odnosił się do udzielonych wyjaśnień. Na posiedzeniu w niniejszej sprawie Odwołujący argumentował, że nie odnosił wówczas oceny do sposobu przekazania zasobu, ale odnosił się do tego, że wykonawca nie mógł swoimi oświadczeniami zastępować oświadczeń podmiotu trzeciego (vide: protokół z rozprawy). To, że Odwołujący nie odnosił się do braku podwykonawstwa (choć z treści dokumentacji wynikało ostatecznie, że podmiot trzeci nie jest podwykonawcą), ale zawęził podstawy

swojego zarzutu dotyczącego braku realności udostępnienia zasobów do twierdzeń o braku możliwości zastępowania oświadczeń podmiotu trzeciego wyjaśnieniami wykonawcy, nie zmienia faktu, że na moment wnoszenia pierwszego odwołania Odwołujący mógł wywodzić, że o braku realności ma świadczyć również brak przewidzenia formy podwykonawstwa. Dodatkowo, jeżeli Odwołujący wskazywał w ramach pierwszego odwołania, że z treści zobowiązania nie wynikało nic, to mógł już wówczas zarzucać, że nie wynika w szczególności także podwykonawstwo, które jako jedyną właściwą formę współpracy starał się dowodzić dopiero w kolejnym odwołaniu. Ogólna treść pierwszego zobowiązania nie wyłączała więc możliwości podnoszenia w odpowiednim momencie, że brak realności udostępnienia ma wynikać, w ocenie Odwołującego, także z braku stosunku podwykonawstwa. W sprawie nie zaistniała sytuacja, w której Odwołujący na moment pierwszego odwołania nie posiadał, bądź nie mógł posiadać, wiedzy o tym, że charakter stosunku łączącego Przystępującego z podmiotem trzecim nie ma formy podwykonawstwa. Jak wskazano wcześniej, wiedzę taką Odwołujący, podobnie jak Zamawiający, miał z uwagi na wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego pismem z dnia 11 lutego 2016 r. Nie można zgodzić się z twierdzeniami, że wykonawca nie mógł złożyć wyjaśnień, z których wynikało, że nie przewiduje podwykonawstwa, jako formy współpracy z podmiotem trzecim. Nie można w konsekwencji uznawać również, że skoro wyjaśnień udzielił wykonawca (co Odwołujący uznawał za niedopuszczalne) to Odwołujący nie mógł wcześniej zarzucać braku podwykonawstwa podmiotu trzeciego. Możliwość podnoszenia, że tylko podwykonawstwo gwarantuje realne udostępnienie zasobu nie była bowiem warunkowana złożeniem dodatkowych wyjaśnień przez podmiot trzeci, w których oświadczone by, że podwykonawstwo nie jest stosunkiem przewidywanym między Przystępującym a podmiotem trzecim. Charakter stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim można ocenić na podstawie oferty i jej załączników. Kluczowym źródłem dla takiego ustalenia może być zobowiązanie podmiotu trzeciego, które w tej sprawie zostało złożone z ofertą, i które nie stanowiło o podwykonawstwie. Odwołujący mógł więc podnosić ten brak, zwłaszcza jeżeli argumentował szerzej, tj. że z zobowiązania nic nie wynikało (nie wynikało więc także podwykonawstwo). To, że nie uczynił tego podstawą swoich zarzutów przy pierwszym odwołaniu jest okolicznością leżącą po stronie Odwołującego. Nie otwiera to natomiast drogi do budowania zarzutu w oparciu o okoliczności, które (tworząc w istocie zarzut) Odwołujący mógł podnosić wcześniej.

W tym stanie rzeczy odpowiedniemu zastosowaniu podlegał przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Warto wskazać w tym miejscu na

uzasadnienie zawarte w wyroku Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 11 maja 2015 r., sygn. akt I Ca 131/15. Ocenie sądu podlegała inna materia, dotycząca zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i terminu na zaskarżenie uznania tego zastrzeżenia za skuteczne, niemniej jednak pogląd prawny wyrażony w tym orzeczeniu może zostać przeniesiony także na grunt niniejszej sprawy. W uzasadnieniu sąd wskazał mianowicie, że gdyby zarzut stanowił samodzielną podstawę odwołania wówczas, stosownie do regulacji art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, odwołanie podlegałoby odrzuceniu. Jednakże wobec tego, iż ten spóźniony zarzut, stanowiący podstawę odwołania został zgłoszony obok innych zarzutów, wniesionych w ustawowym terminie, winien być na podstawie odpowiedniego stosowania przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, pozostawiony bez rozpoznania.

W niniejszej sprawie, gdyby zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego był oparty jedynie na podstawie wywodzonej z faktu braku podwykonawstwa odwołanie podlegałoby odrzuceniu, jako wniesione po terminie (brak ten Odwołujący mógł bowiem kwestionować już przy pierwszym odwołaniu). To, że podstawa ta (brak podwykonawstwa) została podana obok innych podstaw tworzących zarzut nie czyni zarzutu w tej części dopuszczalnym. W chwili obecnej podnoszenie tych okoliczności w realiach tej sprawy - gdzie nie nastąpiła zmiana tożsamości podmiotu trzeciego, a brak podwykonawstwa był znany Odwołującemu już na moment pierwszego odwołania, mając przy tym na uwadze zasadę koncentracji środków ochrony prawnej - należało w konsekwencji uznać za spóźnione i pozostawić zarzut w tej części bez rozpoznania, na zasadzie odpowiedniego zastosowania art. 189 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Reasumując, podstawa sprowadzająca się do twierdzenia, że tylko podwykonawstwo gwarantowałoby w tej sprawie realność udostępnienia zasobu została pominięta przez Izbę, gdyż jak wskazano na posiedzeniu, zarzut wywodzony z tej podstawy musiał zostać w tym zakresie uznany za spóźniony.

Powyższa ocena Izby znajduje dodatkowe uzasadnienie w tym, że Odwołujący – podnosząc dopiero obecnie kwestię podwykonawstwa w ramach zarzutu zaniechania wykluczenia Przystępującego – pośrednio podważał ustalenia i ocenę prawną zawartą w wyroku Izby wydanym w sprawie ozn. sygn. akt KIO 321/16. W uzasadnieniu tego wyroku Izba stwierdziła, że – cytując – „*zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno zawierać takie informacje, jak zakres dostępnych wykonawcy zasobów, sposób ich wykorzystania, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim, oraz zakres i okres udziału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia*”. Powyższe stanowi odzwierciedlenie treści § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013.231). Izba nie wskazała, że zobowiązanie musi wskazywać podwykonawstwo, jako

charakter stosunku, jaki będzie łączył Przystępującego z podmiotem udostępniającym zasoby. Co istotne, dalsza ocena prawna Izby, nakazuje przyjęcie wniosku, że Izba rozstrzygając sprawę ozn. sygn. akt KIO 321/16 nie dopatrywała się, że tylko stosunek wiążący się z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (udział ten występuje w szczególności, gdy ma miejsce podwykonawstwo) może świadczyć w tym postępowaniu o realności udostępnienia zasobów. Izba przedmiotem oceny uczyniła zarzuty sformułowane w uzasadnieniu odwołania wniesionego w sprawie KIO 321/16, wskazując na str. 20 wyroku, że – cytując – *„twierdzenia odwołującego zawarte na stronie 17 odwołania dotyczące treści zaświadczenia o ponownej rejestracji złożonego dla Saryagasz-Aman, jak też braku dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Saryagasz-Aman na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 9-11 ustawy Pzp stanowią zarzuty, które Izba zobowiązana jest rozpoznać. Okoliczność, iż zostały one sformułowane w treści uzasadnienia nie zwalnia Izby z obowiązku poddania ich rozpoznaniu. Izba zarzuty te uznała za niezasadne stwierdzając, że zamawiający skorzystał z uprawnienia do żądania złożenia tych dokumentów w sytuacji, gdy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji części zamówienia (pkt 8.2 ust. 3 Części I SIWZ). Tymczasem Konsorcjum EKOLOG oświadczyło w piśmie z dnia 11 lutego 2016 r., iż podmiot trzeci Saryagasz-Aman, na którego zasoby wiedzy i doświadczenia Konsorcjum się powołuje, będzie udzielał wsparcia w realizacji robót budowlanych przez koordynację oraz doradztwo w toku realizacji robót dotyczących ich przebiegu. Wobec powyższego, jako że spółka Saryagasz-Aman nie będzie brała udziału w realizacji zamówienia, brak jest podstaw do wymagania złożenia przez Konsorcjum EKOLOG przedmiotowych dokumentów, a zatem brak jest też podstaw do kwestionowania ich treści”*. Izba przyjmując treść wyjaśnień Przystępującego zawartych w ww. piśmie, a dotyczących tego, że podmiot trzeci nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, wyraziła ocenę prawną, że brak jest podstaw do wymagania złożenia przez Przystępującego dokumentów, jakie należy złożyć, gdy podmiot udostępniający zasoby, celem wykazania spełnienia warunków, ma jednocześnie – a tak dzieje się w przypadku podwykonawstwa – brać udział w realizacji części zamówienia (§ 3 ust. 4 ww. rozporządzenia). Izba nie uznała zarzutów sformułowanych w uzasadnieniu odwołania ze sprawy KIO 321/16 za przedwczesne (nie uznała, że ocena konieczności złożenia tego rodzaju dokumentów będzie zależała od treści uzupełnionego zobowiązania), lecz rozpatrzyła te zarzuty i uznała je za bezpodstawne. Przystępujący chociażby z treści tego rozstrzygnięcia mógł wnioskować, że dowodząc realności udostępniania zasobów nie musi dysponować zobowiązaniem opartym o stosunek łączący się z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia. W niniejszej sprawie Odwołujący, poprzez argumentację, że tylko podwykonawstwo gwarantuje realność



udostępnienia zasobów, pośrednio podważał więc ocenę prawną zawartą w ww. wyroku (w przypadku podwykonawstwa, które wiąże się z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia konieczne byłoby złożenie dokumentów podmiotu trzeciego, zaś jak wskazano powyżej Izba we wcześniejszym wyroku – którego Odwołujący nie skarżył – wyraziła ocenę, iż „*brak jest podstaw do wymagania złożenia przez Konsorcjum EKOLOG przedmiotowych dokumentów*”).

Przy rozstrzygnięciu sprawy Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba przyjęła w ramach dokonywanych ustaleń okoliczności faktyczne przedstawiane przez strony oraz uczestnika postępowania, w szczególności dotyczące czynności wykonanych przez Zamawiającego wskutek wyrok KIO z dnia 21 marca 2016 r., sygn. akt KIO 321/16 (treść wezwania Zamawiającego, treść odpowiedzi Przystępującego, treść uzupełnionego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów), czynności Zamawiającego dotyczących wezwania Przystępującego do przedłużenia terminu gwarancji, wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, odpowiedzi wykonawców na przedmiotowe wezwanie. Izba wzięła pod uwagę dowody wskazane przez Odwołującego w treści odwołania, które to dokumenty stanowiły akta postępowania, a więc materiał dowodowy, który Izba, niezależnie od wniosku strony, przeanalizowała i oceniła z urzędu. Zgłoszone dowody nie potwierdzały twierdzeń Odwołującego, który na podstawie treści tych dokumentów postawił własne wnioski, które Izba oceniła, jako chybione i niezasadne. W poczet materiału dowodowego sprawy Izba zaliczyła ponadto dokumentację zgromadzoną w sprawie o sygn. akt KIO 321/16, korespondencję e-mailową pomiędzy Panią K.B. a Przystępującym, stanowiące integralną część akt postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, oraz dowody złożone przez Przystępującego na rozprawie. Izba uznała wiarygodność dowodów przedłożonych przez Przystępującego, w tym istotne znaczenie tych dowodów dla rozstrzygnięcia sprawy.

W ocenie Izby nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na, podnoszony przez Odwołującego, brak przedłużenia terminu związania ofertę oraz wadium o wymagany okres 60 dni (zarzut z pkt 2 według numeracji odwołania). Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Stosownie do art. 85 ust. 2 Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, zawierający normę o charakterze sankcyjnym nie powinien być wykładany w sposób rozszerzający. Przepis ten stanowi o tym, że podstawa wykluczenia aktualizuje się m.in. w sytuacji, gdy wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Tak jak podkreśla się w orzecznictwie, że oświadczenie woli wykonawcy o przedłużeniu okresu związania ofertą nie może mieć charakteru dorozumianego, ale winno być wyrażone wprost (przykładowo: wyrok KIO z dnia 21 maja 2014 r., sygn. akt KIO 886/14, KIO 907/14), tak również należy przyjąć, że przeciwne oświadczenie, a więc o braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą także powinno zostać wyrażone wprost, czy to poprzez oświadczenie o braku takiej zgody czy poprzez czynność faktyczną w postaci nie złożenia żadnego oświadczenia, co do przedłużenia terminu – wówczas w tych sytuacjach niewątpliwie nie ma wątpliwości, że wykonawca nie godzi się na przedłużenie terminu związania ofertą o okres wymagany przez zamawiającego.

W tej sprawie nie sposób natomiast przypisać Przystępującemu zamiaru i działania polegającego na nie godzeniu się na przedłużenie okresu związania ofertą zgodnie z wymogami Zamawiającego. Przeciwnie, Przystępujący pilnował tego terminu, dopytywał Zamawiającego i dokładał wszelkich możliwych starań, by termin ten przedłużyć w sposób oczekiwany przez Zamawiającego. Już chociażby te okoliczności, mając na uwadze perspektywę w jakiej należy postrzegać przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, wykluczają możliwość ustalenia, że Przystępujący nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą  
zgodnie  
z wymaganiami Zamawiającego.

Izba uznała wartość dowodową korespondencji e-mailowej, w której Pani K.B. w odpowiedzi na pytanie Przystępującego dotyczące liczenia terminu 60 dni, wskazała, że – cytując – „*Według interpretacji ustawy oraz wyliczeń Zamawiającego będzie to dzień 30 maja 2016 r.*”. Przystępujący, w piśmie z dnia 12 kwietnia 2016 r. oświadczył właśnie, że przedłuży okres związania ofertą do dnia 30 maja 2016 r. Do tego też dnia przedłużono ważność wadium.

Nie ulega wątpliwości Izby, że udzielone informacje przedstawiały stanowisko Zamawiającego, co do wymaganego od wykonawców terminu przedłużenia okresu związania ofertą. Osoba, która udzieliła tej informacji jest członkiem komisji przetargowej, została wskazana w treści specyfikacji, jako osoba do kontaktu z Zamawiającym. W treści korespondencji e-mailowej widnieje zwrot „*wyliczeń Zamawiającego*”. Izba nie znalazła podstaw, by informacji przekazanej przez tą osobę odmawiać waloru informacji przekazywanej przez Zamawiającego, tym bardziej gdy weźmie się pod uwagę fakt jednoznacznie zaistniałym w toku postępowania, a więc potwierdzenie przez Prezesa Zarządu, iż to właśnie do dnia 30 maja 2016 r., Zamawiający oczekiwał od wykonawców, w tym od Przystępującego, przedłużenia terminu związania ofertą oraz ważności wadium. Potwierdzenie to można również wywieść z czynności oceny ofert. Twierdzenia Odwołującego dotyczące braku umocowania do udzielania takiej informacji, braku wiążącego Zamawiającego charakteru tej informacji, braku załączenia do e-maila scanu dokumentu, w którym powyższą informację podpisałyby osoby uprawnione do reprezentacji Zamawiającego, czy braku podpisu Autorki e-maila (z imienia i nazwiska) pod treścią udzielonej odpowiedzi (gdzie identyfikacja osoby wysyłającej e-maila ze strony Zamawiającego wynika z samego adresu e-mailowego) Izba uznała za nie przekonujące i nie zasługujące na uwzględnienie.

Przywołane w uzasadnieniu odwołania orzecznictwo nie potwierdzało tez prezentowanych przez Odwołującego. Nie odnosiło się przy tym do spraw, w których zaistniałby tożsamy stan faktyczny. Orzecznictwo, którym Odwołujący wspierał swoje stanowisko, w ocenie składu orzekającego Izby, przemawiało wręcz przeciwko uwzględnieniu twierdzeń Odwołującego. Odwołujący podniósł m.in., że w świetle orzecznictwa wskazuje się na konieczność stosowania norm przepisów Kodeksu cywilnego w zakresie instytucji związania ofertą. Zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Należy zauważyć, że w okolicznościach niniejszej sprawy, gdzie Przystępujący otrzymał od Zamawiającego jasną informację, do kiedy należy przedłużyć termin związania ofertą, oświadczenie woli

Przystępującego

zawarte

w piśmie z dnia 12 kwietnia 2016 r. musi, w świetle regulacji Kodeksu cywilnego, do których odwoływał się Odwołujący, być tłumaczone nie inaczej, jak oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania ofertą zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i zgodnie z wyznaczonym przez niego okresem.

Mając na uwadze zasady współzycia społecznego, wskazane w art. 65 § 1 Kc (niezależnie od tego, że podstawą do oceny może być sam przepis art. 7 ust. 1 Pzp) należałoby także tłumaczyć oświadczenie woli w sposób zgodny ze stanowiskiem Przystępującego i Zamawiającego. Przystępujący działał w zaufaniu do informacji uzyskanych ze strony Zamawiającego, iż właśnie dzień 30 maja 2016 r. jest datą graniczą, do której należy przedłużyć termin związania ofertą. Obciążanie Przystępującego w tej sytuacji negatywnymi konsekwencjami, w dodatku w postaci najdalej idącej sankcji, jaką jest wykluczenie

z postępowania, musi jawić się, jako sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, niezależnie od tego, że byłoby także sprzeczne z zasadami zawartymi w art. 7 ust. 1 Pzp.

Należy przy tym wskazać na samą istotę wymogu związania ofertą – wymóg ten koreluje z zasadą, że wybór oferty najkorzystniejszej może nastąpić spośród ofert, których autorzy są w chwili wyboru związani treścią zawartych w nich oświadczeń. W niniejszej sprawie Przystępujący zarówno na moment wyboru, jak i nadal pozostaje związany ofertą – jest wykonawcą dążącym do uzyskania zamówienia i nie sposób uznać, by dopuszczalne i uzasadnione w świetle celów i istoty sankcji przewidzianej w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp było wykluczanie takiego wykonawcy, w zasadzie tylko z tego względu na to, że zdaniem Odwołującego przedłużenie winno nastąpić do dnia 14 czerwca 2016 r., a nie do 30 maja 2016 r., gdy dodatkowo termin 30 maja 2016 r., byłby terminem wiążącym innych oferentów.

Należy jednocześnie wskazać, że w orzecznictwie Izby zostało wyrażone stanowisko, że *„Brak zgody wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą odnosi się nie tylko do sytuacji, w której wykonawca zgody takiej nie wyraża, ale również i takiej, gdzie wykonawca co prawda wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, ale na okres krótszy niż ten określony przez zamawiającego na mocy przepisu art. 85 ust. 2 p.z.p”* (sygn. akt KIO 592/15, KIO 598/15, KIO 602/15). Ocena ta nie mogła jednak zostać przeniesiona na grunt niniejszej sprawy. Diametralnie różne są bowiem okoliczności faktyczne – w sprawie, w której wyrażono powyższe stanowisko, wykonawca zamiast przedłużenia terminu o 60 dni oświadczył o przedłużeniu terminu o 30 dni, a ponadto w momencie wyboru oferty nie pozostawał już związany terminem oferty. Warto jednak wskazać, że także w przywołanej

sprawie Izba wskazała, że istotą jest to, by wykonawca zobowiązał się przedłużyć termin o okres wskazany przez zamawiającego.

W tej sprawie Izba dokonała oceny, jaki był okres wskazany przez Zamawiającego i podzieliła argumentację, że był to okres do 30 maja 2016 r. Nie można więc przypisywać Przystępującemu, że nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą na okres wskazany przez Zamawiającego.

Następnie, przepis art. 85 ust. 2 Pzp stanowi o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Odwołujący nie przedstawił przekonujących argumentów, dlaczego termin 60 dniowy nie mógłby być liczony, tak jak uczynił to Zamawiający, a więc w przypadku oferty Przystępującego z uwzględnieniem samodzielnego przedłużenia do dnia 15 kwietnia 2016 r., a następnie z uwzględnieniem przedłużenia do dnia 30 maja 2016 r., co razem daje właśnie 60 dni. Działanie Zamawiającego w tym przypadku realizowało zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż wszyscy zostali ostatecznie postawieni przed obowiązkiem przedłużenia terminu do tego samego momentu. Zamawiający wskazał, że termin 60 dni zawarł w sobie okres, o który Przystępujący przedłużył wcześniej samodzielnie termin związania ofertą. Ustawa Pzp nie zawiera regulacji, która wyłączałaby dopuszczalność takiego rozwiązania, a jak wskazano wcześniej, przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, z uwagi na jego sankcyjny charakter nie powinien być wykładany rozszerzająco.

Niezależnie od powyższego, w tej sprawie, zgromadzony materiał dowodowy wskazywał, że okres, do którego wykonawcy mieli przedłużyć termin związania ofertą trwał do dnia 30 maja 2016 r. Tak też uczynił Przystępujący i Izba nie znalazła żadnych podstaw by nakazywać jego wykluczenie z tego powodu. W świetle okresu wyznaczonego przez Zamawiającego, tj. do dnia 30 maja 2016 r., uwzględnienie stanowiska Odwołującego mogłoby wręcz doprowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Na marginesie można wskazać, że Odwołujący, który przyjął w ocenie Izby bardzo formalne spojrzenie na sprawę, sam pominął – że nie do końca dostosował się do tak rygorystycznie postrzeganego przez siebie terminu 60 dni, skoro przedłużył okres związania do dnia 31 maja, a nie 30 maja 2016 r.

Izba krytycznie oceniła także zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Przystępującego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia (zarzut z pkt 3 według numeracji odwołania). W samej treści zarzutu z pkt 3 wskazano obok warunku wiedzy i doświadczenia, także dysponowanie osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, niemniej jednak zarzut referował wyłącznie do kwestii dotyczącej warunku wiedzy i doświadczenia (w uzasadnieniu zarzutu w ogóle nie były podnoszone

kwestie dotyczące zasobów związanych z osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, argumentacja koncentrowała się wyłącznie na warunku w postaci wiedzy i doświadczenia).

Na wstępie należy wskazać, że zarzut stanowi substrat okoliczności faktycznych. Okoliczności te poprzez ich przytoczenie w podstawie zarzutu tworzą granice rozpoznania, a Izba nie może orzekać ponad zakres zarzutów z odwołania. W niniejszej sprawie, tytułem wykazania pozorności udostępnienia zasobu, zostały wskazane trzy podstawy, przy czym podstawa wywodzona z twierdzeń o braku podwykonawstwa, jak wskazano wcześniej, została pozostawiona bez rozpoznania. Pozostałe podstawy zarzutu sprowadzały się do twierdzeń, że w zobowiązaniu nie wskazano zakresu udostępnionych zasobów oraz nie pokazano transferu zasobów ani sposobu ich użycia w toku realizacji zamówienia. Izba krytycznie oceniła te twierdzenia.

Odwołujący wskazał na rozprawie, że swój zarzut udowodnił dokumentami zgromadzonymi w aktach postępowania. W zakresie uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, jak wynika z treści odwołania został powołany przez Odwołującego tylko jeden dowód – z pisma Zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2016 r., stanowiącego wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Nie sposób uznać, by przedmiotowe wezwanie mogło stanowić dowód dla potwierdzenia twierdzeń Odwołującego o nie wykazaniu spełnienia warunku w postaci wiedzy i doświadczenia. Na rozprawie Odwołujący nie przedłożył żadnych innych dowodów, a to na nim – jako stronie, która z twierdzeń o pozorności udostępnienia zasobu, w tym braku dostatecznej treści zobowiązania, wywodziła korzystne skutki prawne – spoczywał ciężar dowodowy. Odwołujący podnosił własną ocenę treści zobowiązania – ocena taka nie tworzy zaś sama z siebie dowodu w sprawie.

Niezależnie od powyższego, Izba analizując akta postępowania stwierdziła, że dowody złożone przez Przystępującego (w tym zobowiązania podmiotu trzeciego) jednoznacznie wskazują, że udostępnianym zasobem jest wiedza i doświadczenie nabyte w toku realizacji zadania podanego w wykazie złożonym dla potwierdzenia spełnienia warunku. Argumentacja Odwołującego zmierzała do tego, że wykluczona jest otwarta formuła udostępnienia *per saldo* wszystkich zasobów. Zobowiązania złożone przez Przystępującego nie odnosiły się do wszystkich zasobów, nieskonkretyzowanych, ale do wiedzy i doświadczenia zdobytego przez podmiot trzeci przy konkretnym zadaniu odpowiadającemu opisowi warunku udziału w postępowaniu. Nawet, jeżeli w uzupełnionym zobowiązaniu tego *expressis verbis* nie wyartykułowano to przecież nie oznacza to automatycznie, że zobowiązanie podmiotu trzeciego nie odnosi się do wiedzy i doświadczenia zdobytego właśnie przy realizacji tej inwestycji (niezależnie od tego, że nawet gdyby miało odnosić się do całej wiedzy

i doświadczenia podmiotu trzeciego to również obejmowałyby wiedzę i doświadczenie zdobyte przy zadaniu odpowiadającym opisowi warunku udziału w postępowaniu). Złożone po wezwaniu zobowiązanie było składane tytułem uzupełnienia dokumentów. Uzupełniało więc ono to, co już zostało wskazane w pierwszym zobowiązaniu, a bezsprzecznie w treści tego pierwszego zobowiązania wskazano, że przekazywana wiedza i doświadczenie dotyczy robót budowlanych wskazanych w wykazie robót stanowiącym załącznik nr 4 do oferty. Dokonując oceny Izba musiała brać pod uwagę całościowy obraz sprawy, który wyłania się z analizy tych dokumentów.

W ocenie Izby w sposób wystarczający został także przedstawiony sposób transferu zasobów i sposób użycia zasobów. Odwołujący przyjął w zasadzie stanowisko, że zobowiązanie musi szczegółowo pokazywać, kto, kiedy i w jaki sposób będzie wykonywał czynności ze strony podmiotu trzeciego – przepisy prawa nie stawiają zaś takich wymogów, by realność udostępnienia determinowana była wskazaniem tak szczegółowych informacji. Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Przepis nie określa stopnia szczegółowości treści zobowiązania, podobnie jak nie określa tego § 1 ust. 6 pkt 2 przywołanego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W sprawie istotne jest to, że podmiot trzeci zobowiązał się do konkretnych form wsparcia wykonawcy, pozwalających na uznanie, że są to formy umożliwiające rzeczywiste przekazanie udostępnianego zasobu i praktyczne wykorzystanie tego zasobu w toku realizacji inwestycji. Izba nie znalazła przy tym podstaw, by odmówić wartości dowodowej złożonemu przez Przystępującego projektowi umowy. Jest to projekt sygnowany pieczęcią podmiotu trzeciego, podpisem osoby występującej z ramienia tego podmiotu i jest to dowód, który potwierdził dodatkowo, że strony przewidują realną współpracę i rzeczywiste udostępnienie

i wykorzystywanie wiedzy i doświadczenia tego podmiotu. Dokument ten potwierdza także, że wskazane w zobowiązaniu koordynacja i doradztwo nie zostały podane fikcyjnie, ale stanowiły od początku realną formę przekazywania zasobu, co do której strony przewidują konkretne narzędzia wsparcia wykonawcy w realizacji inwestycji. To, że narzędzia te nie

zostały szczegółowo wyspecyfikowane w treści zobowiązania nie przesądza o tym, że zasób miał zostać udostępniony pozornie – takiej ocenie sprzeciwia się już sam fakt, że strony zobowiązania przewidują konkretne formy transferu zasobów, czego dowodzi złożony projekt umowy. Odwołujący z drugiej strony, oprócz ogólnego odwołania się do akt postępowania, nie przedstawił Izbie żadnych dowodów dla potwierdzenia swoich twierdzeń.

Warto również zwrócić uwagę na wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. (C-324/14), gdzie w pkt 49 wyroku Trybunał, odpowiadając na pytania prejudycjalne Izby, wskazał, że *„Uwzględniając wszystkie powyższe okoliczności, na pytania od pierwszego do trzeciego, piąte i szóste należy odpowiedzieć, że art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 w związku z jej art. 44 ust. 2 należy interpretować w ten sposób, że: – przyznają one każdemu wykonawcy prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z tymi podmiotami powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania tego zamówienia oraz – nie można wykluczyć, że korzystanie z tego prawa może być ograniczone w szczególnych okolicznościach z uwagi na przedmiot danego zamówienia, a także jego cele. Jest tak w szczególności w przypadku, gdy kandydat lub oferent nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego niezbędnych do wykonania tego zamówienia, co oznacza, że może on powołać się na wskazane zdolności wyłącznie wtedy, gdy podmiot trzeci osobiście i bezpośrednio uczestniczy w wykonaniu odnośnego zamówienia”*. W wyroku podkreślono także, że to do sądu odsyłającego (Izby) należy ustalenie – z uwzględnieniem wszystkich szczególnych elementów zamówienia – czy udostępnienie nie wiążące się z udziałem podmiotu trzeciego może zostać dokonane w sposób właściwy.

W świetle powyższego należy wskazać, że Przystępujący nie jest podmiotem bez doświadczenia w wykonywaniu zadań podobnych, do tego będącego przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przeciwnie, jest podmiotem posiadającym tego rodzaju doświadczenie, wiarygodnym, co zostało potwierdzone złożonymi do akt postępowania referencjami. Ocena realności udostępnienia zasobu, w tym przewidzenia wystarczających i rzeczywistych form transferu niezbędnych do należytego wykonania zamówienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia musi kształtować się inaczej, gdy wykonawca korzystający z zasobu w ogóle nie ma własnego doświadczenia, a inaczej, gdy zasób jest udostępniany wykonawcy, który posiada własne doświadczenie w zakresie szeregu prac składających się na realizację zamówienia. Mając na uwadze własne doświadczenie wykonawcy, zasoby podmiotu trzeciego w tym postępowaniu nie będą



niezbędne do realizacji każdej jednej czynności. Przyjęcie więc przez strony zobowiązania sposobu i zakresu wykorzystania zasobów poprzez koordynację robót budowlanych oraz doradztwo w toku ich wykonywania, należy uznać za wystarczające i dające podstawy do oceny, iż zasoby podmiotu trzeciego będą realnie przekazywane wykonawcy w toku realizacji zamówienia. Powyższą ocenę jedynie wzmocnia treść projektu umowy, w której strony przewidują m.in. stałą kontrolę przebiegu prac na podstawie raportów bieżących przedstawianych przez Przystępującego - przy użyciu zasobów internetowych, nadzór osobisty – w razie zaistnienia takiej potrzeby, opiniowanie dokumentów, konsultacje w zakresie metod, kolejności i procesów technicznych. Przystępujący wskazał przy tym trafnie na okoliczność wcześniejszej współpracy z podmiotem udostępniającym zasoby, co czyni wiarygodnym twierdzenia o wypracowanych, czy też sprawdzonych już w praktyce formach współpracy. Okoliczność ta wzmocnia ocenę realności przekazania zasobu i dodatkowo sprzeciwia się możliwości uznania, że zasób miał zostać udzielony pozornie, a więc jedynie dla formalnego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W konsekwencji powyższej oceny za niezasadny należało uznać zarzut z pkt 1 odwołania (według numeracji odwołania), w którym Odwołujący – na podstawie zarzutów z pkt 2 i 3 odwołania – kwestionował czynność wyboru oferty Przystępującego.

Reasumując, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z oddaleniem odwołania Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego – na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – zwrot kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

