

WYROK

z dnia 20 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Emil Kawa

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 grudnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2012 r.

przez wykonawcę: **ASKOM sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie**

przy udziale: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – ControlTec sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, M..... J..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Zastosowań Automatyki M..... J....., Gostyń** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – ControlTec sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, M..... J..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Zastosowań Automatyki M..... J..... z Gostynia – złożyli ofertę podlegającą odrzuceniu.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: ASKOM sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2. zasądza od zamawiającego: PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Belchatowie na rzecz odwołującego: ASKOM sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na dostawy pn. *Wymiana sterowników obiektowych z układami zasilania układu nawęglania i odpopielania wewnętrznego* (oznaczenie sprawy GEK/ELT/0545/2012).

Ogłoszenie o zamówieniu sektorowym zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 23 sierpnia 2012 r. pod nr 2012/S_161-268912, z tym, że 20 sierpnia 2012 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (<http://www.elturow.pgegiel.pl>), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 4.600.000,00 zł, co stanowi równowartość 1.144.392,48 euro.

29 listopada 2012 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – ASKOM sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach – zaproszenie do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej. Zaproszenie zostało skierowane również do dwóch pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, w tym do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – ControlTec sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i M..... J..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Zastosowań Automatyki M..... J..... z Gostynia (zwanymi dalej w skrócie on nazwy lidera „Konsorcjum ControlTec”).

10 grudnia 2012 r. (pismem z 7 grudnia 2012 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od zaproszenia do udziału w aukcji z 29 listopada 2012 r. i poprzedzającego go badania ofert – zarzucając, że te czynności naruszają przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91a ust. 1 oraz art. 91b ust. 1 ustawy pzp, albowiem:

1. Konsorcjum ControlTec winno być wykluczone z postępowania (a jego oferta odrzucona), gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu; względnie oferta

Konsorcjum ControlTec winna być odrzucona jako sprzeczna z postanowieniami SIWZ.

2. Wybór oferty najkorzystniejszej winien być przeprowadzony z pominięciem aukcji albowiem w postępowaniu nie zostały złożone minimum 3 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności badania ofert oraz zaproszenia do udziału w aukcji.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem faktu, że oferta Konsorcjum ControlTec podlega odrzuceniu oraz, że w postępowaniu nie złożono 3 ofert niepodlegających odrzuceniu, a tym samym nie zostały spełnione przesłanki ustawy pzp i SIWZ do przeprowadzenia aukcji.

Odwołujący nadto sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniające wniesienie odwołania.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum ControlTec nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 2 (str. 8 SIWZ), zgodnie z którymi o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają certyfikat „Solution Partner” firmy Siemens w zakresie „Automation System SIMATIC”. Odwołujący podał, że Konsorcjum ControlTec certyfikatu takiego nie przedłożyło, natomiast do oferty załączyło certyfikat podwykonawcy Encon sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej zwanej również w skrócie „Encon”). Odwołujący wskazał jednakże, że zgodnie z pkt 14.3 lit. b (str. 12 SIWZ) prace programowe sterowników Simatic nie mogą być powierzone podwykonawcom. Nadto Odwołujący podał, że Encon został wskazany w ofercie jako podwykonawca zupełnie innego zakresu prac, niepowiązanego z pracami programowymi w zakresie sterowników.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że art. 26 ust. 2b pzp nie dopuszcza – w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadanych uprawnień – możliwości skorzystania z uprawnień podmiotu trzeciego (w odwołaniu wskazano na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 41/11). Zgodnie z tym przepisem wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów. Tymczasem – zdaniem Odwołującego – przedmiotowy warunek SIWZ nie dotyczył posiadania wiedzy lub doświadczenia lecz dysponowania certyfikatem „Solution Partner” firmy Siemens. Odwołujący ocenił, że przedmiotowy certyfikat ma wprawdzie charakter dokumentu prywatnego, jednak wiąże się z posiadaniem uprawnień nadanych przez podmiot trzeci – w tym przypadku firmę SIEMENS. Odwołujący podsumował, że skoro w przedmiotowym postępowaniu warunek posiadania certyfikatu został zawarty w postanowieniach SIWZ (których Konsorcjum ControlTec nie zaskarżyło), to nie jest

dopuszczalne – w celu wykazania spełnienia warunku – przedstawienie certyfikatu innego podmiotu.

Odwołujący podniósł także z tzw. ostrożności procesowej, że w zobowiązaniu do udostępnienia wykonawcy swoich zasobów z 25 września 2012 r. Encon zobowiązał się wprowadzić do udostępnienia przedmiotowego certyfikatu, jednocześnie jednak ze zobowiązania tego nie wynika na czym, poza posłużeniem się przez ControlTec certyfikatem, miałyby polegać korzystanie z zasobów. Z jednej strony w zobowiązaniu znajduje się wyraźne zastrzeżenie, że ENCON nie będzie podwykonawcą prac programowych, z drugiej strony zawarto w nim niejasne sformułowanie, że ENCON *...udostępni swoje zasoby w celu realizacji dostaw elementów systemowych dla przedmiotowego zadania oraz świadczyć będzie usługę polegająca na weryfikacji/testach dostaw i wykonywanych prac programowych w sterownikach PLC SIMATIC S7.*

Zdaniem Odwołującego treść ww. oświadczenia wskazuje, że albo w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia wyłącznie z udostępnieniem certyfikatu bez rzeczywistego udostępnienia zasobów – albo Encon w rzeczywistości jest podwykonawcą zakresu prac programowych, tzn. prowadził będzie testy prac programowych oraz weryfikację dostaw. W obu przypadkach konsekwencją winno być odrzucenie oferty Konsorcjum ControlTec: pierwszym – z uwagi na fikcyjność udostępnienia potencjału, które musi mieć charakter rzeczywisty; w drugim – z uwagi na naruszenie zakazu powierzenia prac programowych podwykonawcom. Odwołujący podkreślił przy tym, że testy wykonywanych prac programowych mieszczą się w pojęciu prac programowych. Tym samym ww. oświadczenie Encon wprost wskazuje na zamiar wykonania przez Konsorcjum ControlTec zamówienia niezgodnie z postanowieniami SIWZ. Odwołujący podsumował – nawet gdyby uznać, że Konsorcjum ControlTec nie podlega wykluczeniu z postępowania, to i tak jego oferta winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Odwołujący ocenił, że jego stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wskazując następujące orzeczenia:

(1) Wyrok z 8 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2036/12): *Co do zasady zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów winno być konkretne, precyzyjne i winno jednoznacznie wskazywać sposób i zakres udostępnienia. Jednak mając na uwadze okoliczność, że na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego, w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma charakter szczególnie złożony, a zamawiający nie jest w stanie opisać przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z przepisami ustawy i do końca nie zna jego zakresu, niemożliwym jest złożenie jednoznacznych, precyzyjnych zobowiązań podmiotów trzecich*

udostępniających wiedzę i doświadczenie.

(2) Wyrok z 25 września 2012 r. (sygn. akt KIO 1927/12): Korzystanie z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu w wykonywaniu usług sprzątnia, bez udziału tego podmiotu lub osób posiadających określone doświadczenie w realizacji zamówienia, wymaga podjęcia określonych działań zmierzających do przekazania posiadanej wiedzy i doświadczenia. W celu wykazania (udowodnienia) przekazania wiedzy i doświadczenia przez jeden podmiot – drugiemu, w takim przypadku istotne jest, w jaki sposób wiedza i doświadczenie zostaną przekazane, aby korzystanie z zasobów było skuteczne.. Zamawiający badając zobowiązanie innego podmiotu udzielone w trybie art. 26 ust. 2b p.z.p. musi mieć możliwość dokonania oceny, czy udostępnienie zasobów nastąpi w sposób rzeczywisty – zapewniający korzystanie przez wykonawcę z tych zasobów. Udostępnienie zasobów nie może sprowadzać się wyłącznie do udostępnienia wykonawcy listów referencyjnych danego podmiotu.

(3) Wyrok z 10 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1641/12): To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów. Art. 26 ust. 2b p.z.p. nie określa minimalnej treści zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, niemniej jednak formułuje konieczność udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Należy zatem uznać, że musi to być zobowiązanie do realnego przekazania, połączonego z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia, a forma ta winna zostać określona już w treści tego zobowiązania. Brak szczegółowych wymagań SIWZ dotyczących sposobu wykazania dysponowania zasobami innego podmiotu nie oznacza całkowitej dowolności wykonawcy, oderwanej od obowiązku wykazania dysponowania potencjałem niezbędnym do realizacji zamówienia. Dopuszczenie możliwości wykazania dysponowania zasobami innego podmiotu poprzez złożenie zobowiązania niezawierającego elementów potwierdzających faktyczne przekazanie tych zasobów, prowadziłoby do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców nie dysponujących zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, co byłoby sprzeczne z celem normy art. 26 ust. 2b p.z.p

(4) Wyrok z 4 czerwca 2012 r. (sygn. akt: KIO 994/12, KIO 1025/12): Złożone oświadczenie podmiotu trzeciego jest niejednoznaczne i nie może być uznane za zobowiązanie o treści wymaganej przepisem art. 26 ust. 2b p.z.p. Oznacza to, że zaistniały przesłanki do wezwania wykonawcy przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów

w tym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. celem uzyskania potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu

Odwołujący podniósł także, że ponieważ w postępowaniu złożone zostały 2 oferty nie podlegające odrzuceniu, brak jest podstaw do przeprowadzenia aukcji (patrz art. 91 a ust. 1 pzp i pkt. 18.1 SIWZ). Tym samym Zamawiający w toku ponownego badania i oceny ofert wyboru najkorzystniejszej oferty winien dokonać na podstawie art. 91 ust. 1 pzp.

17 grudnia 2012 r. Zamawiający przesłał faksem odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

(I.) Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp

Zdaniem Zamawiającego Konsorcjum ControlTec potwierdziło spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.3. pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu jako posiadanie certyfikatu „SOLUTION PARTNER” firmy Siemens w zakresie „Automation system SIMATIC”. Zamawiający podał, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców dopuścił możliwość polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, zgodnie z zasadami określonymi w art. 26 ust. 2b pzp.

Zamawiający opisał także, że Konsorcjum ControlTec na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku przedstawiło w swojej ofercie oryginał pisemnego zobowiązania do udostępnienia wykonawcy niezbędnych zasobów w zakresie certyfikatu „Solution Partner” na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, wystawionego przez Encon. Do oferty załączono również, potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez lidera Konsorcjum ControlTec, kopię certyfikatu „SOLUTION PARTNER” firmy Siemens w zakresie „Automation system SIMATIC”, wystawionego dla Encon. Ponadto Konsorcjum ControlTec w ofercie oświadczyło, że prace programowe systemu wizualizacji ASIX oraz sterowników PLC SIMATIC S7 wykona siłami własnymi, tj. bez powierzenia tej części zamówienia podwykonawcom.

Zamawiający podał, że w przedmiotowym postępowaniu w treści SIWZ (pkt 14.3 lit. b Opis sposobu przygotowania oferty, str. 12) zastrzegł, że prace programowe systemu wizualizacji ASIX oraz sterowników PLC SIMATIC S7 nie mogą być powierzone podwykonawcom. Zamawiający kierował się tym, że ze względu na znaczenie, jakie dla procesu wytwarzania energii elektrycznej i ciepłej ma układ nawęglania i odpopielania wewnętrznego, prace programowe w sterownikach PLC SIMATIC S7 powinien realizować certyfikowany wykonawca – co zagwarantuje odpowiedni, wymagany przez Zamawiającego, poziom wiedzy i doświadczenia w tym zakresie. Prawidłowe i bezzakłóceniowe wykonanie

zamówienia ma duże znaczenie dla ciągłości pracy poszczególnych bloków i całej elektrowni. Zamawiający stwierdził w odpowiedzi na odwołanie: *Najbardziej odpowiedzialna część zamówienia będzie wykonywana z zastosowaniem sterowników PLC SIMATIC S7 300 firmy SIEMENS oraz oprogramowania firmy SIEMENS, gdyż firma SIEMENS jako producent eksploatowanego w elektrowni systemu sterowania, będącego przedmiotem modernizacji, wydając certyfikat „SOLUTION PARTNER” potwierdza swoim autorytetem, że firma posiadająca taki certyfikat posiada potwierdzoną wiedzę i doświadczenie w wykonaniu zadań z zakresu objętego certyfikatem.*

Według Zamawiającego z przedłożonego wraz z ofertą zobowiązania do udostępnienia wykonawcy niezbędnych zasobów w zakresie certyfikatu „Solution Partner” nie wynikało w jakim zakresie Encon będzie udostępniał swoje zasoby w celu realizacji zamówienia przez ControlTec. Z tego względu Zamawiający 29 października 2012 r. (pismem FZ/FZU/6755/3490/12) wezwał Konsorcjum ControlTec do wyjaśnienia treści złożonej oferty – między innymi do wyjaśnienia zakresu, w jakim Encon będzie udostępniał swoje zasoby w celu realizacji przedmiotowego zamówienia – oraz ewentualnego uzupełnienia podpisanego przez tę spółkę dokumentu określającego zakres, w jakim będzie udostępniała swoje zasoby w celu realizacji przedmiotowego zamówienia, przy uwzględnieniu zastrzeżenia przez Zamawiającego w pkt 14.3 lit b SIWZ części zamówienia, której wykonawca nie może powierzyć podwykonawcom, tj. prac programowych systemu wizualizacji ASIX oraz sterowników PLC SIMATIC S7.

Zamawiający zrelacjonował rezultaty wezwania. Konsorcjum ControlTec 31 października 2012 r. (pismem 20121031/JD/2187) przesłało wyjaśnienia, że *firma Encon Sp. z o.o. udostępni im swoje zasoby w celu realizacji dostaw elementów systemowych dla przedmiotowego zadania oraz świadczyć będzie na nasze zlecenie usługę polegającą na dodatkowej weryfikacji/testach dostaw i wykonanych prac programowych w sterownikach PLC SIMATIC S7.* Wraz z wyjaśnieniami przesłano zobowiązanie do udostępnienia ControlTec zasobów, podpisane przez przedstawiciela Encon, określające zakres udostępnionych zasobów w celu realizacji przedmiotowego zamówienia w sposób następujący:

Firma Encon Sp. z o.o. zobowiązuje się udostępnić wykonawcy – firmie ControlTec Sp. z o.o. niezbędne zasoby w zakresie certyfikatu Solution Partner na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia „Wymiana sterowników obiektowych z układami zasilania układu nawęglania i odpopielania wewnętrznego”.

Firma Encon Sp. z o.o. udostępni firmie ControlTec Sp z o.o. swoje zasoby w celu realizacji dostaw elementów systemowych dla przedmiotowego zadania oraz świadczyć będzie usługę

polegającą na dodatkowej weryfikacji/testach dostaw i wykonanych prac programowych w sterownikach PLC SIMATIC S7. Firma Encon Sp. z o.o. nie będzie realizować prac programowych zgodnie z zastrzeżeniem z punktu SIWZ 14.3 b). Dodatkowo ControlTec poinformował w złożonych wyjaśnieniach, że jest już certyfikowanym partnerem firmy SIEMENS w zakresie „Automation System SIMATIC” oraz posiada stosowny certyfikat.

Zamawiający stwierdził, że przeanalizował treść oferty oraz wyjaśnień i złożonego uzupełnienia. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, że złożone oświadczenia i wyjaśnienia są wystarczające dla potwierdzenia spełnienia wymogu art. 26 ust. 2b pzp, a w konsekwencji potwierdzenia, że Konsorcjum ControlTec spełnia wymóg posiadania wymaganego w SIWZ certyfikatu „SOLUTION PARTNER” firmy SIEMENS w zakresie „Automation System SIMATIC”, stanowiącego jeden z elementów spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący błędnie przyjął, że wymagany przez Zamawiającego certyfikat nie dotyczy warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, stąd przytoczone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dot. warunku posiadania, nie znajduje w tym przypadku zastosowania. Tak jak pozostałe przytoczone przez Odwołującego orzeczenia, gdyż oparte są na odmiennym stanie faktycznym i nie można ich uogólniać. Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 26 ust. 2b pzp wykonawca potwierdzając warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Dokumentem takim może być zatem każdy dokument, z którego wynika jednoznacznie zobowiązanie się podmiotu trzeciego do udostępnienia takiego zasobu (np. pisemne oświadczenie podmiotu trzeciego). Tym samym wykonawca, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu samodzielnie (w tym w konsorcjum z innym wykonawcą), może odwołać się do zasobu doświadczenia innego podmiotu. Przy czym odwołanie się do zasobów innego podmiotu jest dopuszczalne pod warunkiem, że wykonawca będzie rzeczywiście dysponował tymi zasobami przy realizacji zamówienia i będzie miał możliwość skorzystania z tych zasobów przez cały okres realizacji zamówienia (arg. z art. 26 ust. 2b zd. 2 pzp). Uczestniczenie w realizacji zamówienia może oznaczać albo wykonywanie części zamówienia (podwykonawstwo) – o ile zamawiający ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia nie zastrzeże, że ta część zamówienia nie może być powierzona

podwykonawcom (art. 36 ust. 5 pzp) – albo też branie udziału w innym zakresie w realizacji przedmiotu zamówienia (np. doradztwo, udostępnienie know-how).

Według Zamawiającego takie podejście potwierdza Urząd Zamówień Publicznych w opinii pt. *Warunki dopuszczalności powoływanie się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b ustawy – Prawo zamówień publicznych): (...) Tak więc należy stwierdzić, iż w świetle postanowień art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nie jest dopuszczalne powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego, jeżeli zasoby te nie będą wykorzystane przy wykonaniu zamówienia. (...) Odnosząc powyższe ustalenia do zagadnienia dopuszczalności powoływania się na doświadczenie (referencje) podmiotów trzecich należy skonstatować, iż powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca).*

Zamawiający ocenił, że w jednym ze swoich wyroków Izba słusznie wskazała, że: *„zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust 2b ustawy Prawo zamówień publicznych (bądź inne, odpowiednie oświadczenie w tym zakresie) winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu - wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia a także inne istotne okoliczności, w tym, wynikające ze specyfiki tego zasobu. W sytuacji, gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako podwykonawca, doradca czy na innej podstawie) musi jednak zostać wykazane przez wykonawcę, bowiem nie można przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. (wyrok z 13 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1288/10)*

Natomiast zgodnie z wyrokiem Izby z 17 września 2012 (sygn. akt KIO 1895/12): *z samego faktu złożenia przez wykonawcę dokumentów formalnych podmiotu trzeciego, nie wynika jeszcze, że podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Można bowiem sobie wyobrazić sytuację, gdy dokumenty takie są złożono, a jednak podmiot trzeci udziału w realizacji zamówienia nie bierze, skoro taki status tego podmiotu nie wynikał ani z dokumentu zobowiązania, ani z żadnego innego miejsca oferty wykonawcy.*

Z kolei w wyroku Izby z 10 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1641/12) Izba wskazała:

w postępowaniu, w którym przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, za formę w najwyższym stopniu gwarantującą faktyczne udostępnienie wiedzy i doświadczenia, należałoby uznać podwykonawstwo. Nie można jednak bez analizy konkretnej formy przekazania wiedzy i doświadczenia przesądzić, że każdy inny sposób tego przekazania jest wykluczony.

W art. 26 ust. 2b p.z.p. ustawodawca nie posłużył się wprost określeniem „podwykonawca przy realizacji zamówienia”, a jedynie „uczestniczyć przy realizacji zamówienia”, co jest pojęciem szerszym obejmującym także uczestnictwo przy realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy, ale nie wyłącznie w tym charakterze. (wyrok Izby z 2 lipca 2012r., sygn. akt: KIO 204/12, KIO 208/12).

Udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia nie zawsze musi polegać na realizacji określonych zadań w charakterze podwykonawcy (...). Nie ma również obowiązku wskazywania konkretnego podmiotu, będącego podwykonawcą. (wyrok Izby z 17 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 634/12).

Sposobem udostępnienia zasobów może być udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia jako podwykonawcy, czyli przyjęcie na siebie wykonania pewnego zakresu robót, np. wybudowanie obiektu mostowego w ciągu drogi. Innym sposobem udziału w postępowaniu w zakresie przekazania wiedzy i doświadczenia będzie udział podmiotu trzeciego, np. na zasadzie konsultanta, doradcy, koordynatora robót, względnie poprzez udostępnienie know-how. Istotne jest, że te formy nie są one uznane za formę typowego podwykonawstwa (wyrok Izby z 28 marca 2012 r., sygn. akt KIO 544/12).

Zamawiający stwierdził, że analizując powyższe orzecznictwo oraz złożone przez Konsorcjum ControlTec dokumenty uznał, że zobowiązanie Encon spełnia wymogi art. 26 ust, 2b pzp, a w konsekwencji można uznać, że Konsorcjum ControlTec spełnia wymóg posiadania wymaganego w SIWZ certyfikatu „SOLUTION PARTNER” firmy SIEMENS w zakresie „Automation System SIMATIC”. Zdaniem Zamawiającego Konsorcjum ControlTec udowodniło, że będzie dysponować zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie Encon do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Według Zamawiającego wymagany certyfikat miał potwierdzać posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie prowadzenia prac programowych w sterownikach PLC SIMATIC. Zamawiający ocenił, że Encon zobowiązując się do wykonania usługi *dotatkowej weryfikacji/testów dostaw i wykonanych prac programowych w sterownikach PLC SIMATIC S7* – udostępnił ControlTec swoje doświadczenie objęte certyfikatem. Zdaniem Zamawiającego zobowiązanie to jednoznacznie i precyzyjnie wskazuje na rodzaj i zakres

uczestnictwa firmy Encon przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Ma ono polegać nie na wykonywaniu prac programowych (co zostało zabronione przez Zamawiającego w SIWZ i skutkowałooby odrzuceniem oferty jako sprzecznej z treścią SIWZ), ale na doradztwie przy wykonywaniu tych prac, polegającym na weryfikowaniu i testowaniu wykonanych przez Wykonawcę prac programowych. Zamawiający nie znalazł obiektywnych wskazań, dla których Wykonawca nie mógłby korzystać z tak wskazanej formy doradztwa spółki Encon (w szczególności nie wynikają one z przepisów prawa, ani nie zostały one wskazane w SIWZ).

(II.) Naruszenie art. 91a ust. 1 oraz art. 91b ust. 1 pzp

Zamawiający stwierdził, że ponieważ wszystkie trzy oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu są zgodne z treścią SIWZ, kompletne pod względem formalnym oraz nie podlegają odrzuceniu, na podstawie art. 91a ust. 1 pzp rozpoczął procedurę przeprowadzenia aukcji elektronicznej i 29 listopada 2012 r. wysłał do wykonawców zaproszenia do wzięcia udziału w aukcji wyznaczonej na 4 grudnia 2012 r. Zamawiający podał jednakże, że w związku z pismem Askom sp. z o.o. z 30 listopada 2012 r. – wstrzymał przeprowadzenie aukcji elektronicznej, informując 3 grudnia 2012 r. drogą elektroniczną wszystkich wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji o jej wstrzymaniu, a także o tym, że aukcja odbędzie się w późniejszym terminie.

10 grudnia 2012 r. Zamawiający przekazał faksem kopię odwołania pozostałym wykonawcom. 11 grudnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Konsorcjum ControlTec.

Przy braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz wobec dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w we właściwej formie, terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia Konsorcjum ControlTec do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego w charakterze uczestnika tego postępowania (przystępującego). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, piśmie Przystępującego złożonym na rozprawie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący w chwili wnoszenia odwołania miał zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i przeprowadzenie aukcji elektronicznej w celu wyboru oferty najkorzystniejszej naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć, w szczególności biorąc pod uwagę fakt złożenia w postępowaniu tylko 3 ofert.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Przystępującego, a także pism Zamawiającego i Przystępującego kierowanych w toku badania ofert.

Izba wzięła także pod uwagę dowody złożone na rozprawie przez Przystępującego – dokonując odpowiedniej ich oceny dla rozstrzygnięcia sprawy. Przystępujący na dowód, że ControlTec posiada ważny na dzień składania ofert przedstawił następujące dokumenty: dokument certyfikatu w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski, umowę partnerską zawartą pomiędzy ControlTec a Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (1, 2 i 9 spośród 17 istniejących stron), informację Siemens z 11 grudnia 2012 r. dotyczącą powyższej umowy partnerskiej.

Izba ustaliła, że zawarte w odpowiedzi na odwołanie cytaty z uzupełnionego *Zobowiązania do udostępnienia wykonawcy swoich zasobów* z 25 września 2012 r. odpowiadają brzmieniu tego dokumentu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów objętych odwołaniem i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający ustanowił dwie grupy warunków udziału w postępowaniu związanych ze sterownikami SIMATIC oraz pakietem oprogramowania ASIX. Pierwszą kategorię stanowią typowe warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia polegające należytych wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert zamówień związanych z przedmiotem zamówienia. W zakresie sterowników Zamawiający skonkretyzował dwa szczegółowe warunki dotyczące zamówień polegających na: po pierwsze – *wykonaniu projektów oraz oprogramowania i uruchomienia systemu sterowania cyfrowego z wykorzystaniem sterowników S7-400 lub S7-300 obejmującego min. 500 wejść/wyjść binarnych i analogowych (łącznie); po drugie – wymianie sterowników SIMATIC-S5 135U lub 155U na sterowniki SIMATIC S7-400 dla obiektu obejmującego min. 1500 we/wy na czynnym obiekcie*. Przy czym wystarczające było wykazanie odpowiednio: w pierwszym przypadku – wykonania co najmniej jednego projektu oraz oprogramowania, w drugim – wymiany co najmniej jednego sterownika. W odniesieniu do pakietu ASIX zamówienie miało polegać na *wykonaniu oprogramowania i uruchomienia aplikacji ASIX w wersji nie niższej niż 5 dla systemów wieloserwerowych (licencja ASIX-WUS)*, z tym, że należało wykazać się realizacją co najmniej jednego takiego zamówienia. Zamawiający nie wymagał aby wymienione powyżej dostawy i usługi były wykonane w ramach jednego zamówienia. W celu wykazania spełnienia powyższych warunków wykonawcy byli zobowiązani do przedstawienia wraz z ofertą wykazu wykonanych zamówień, w którym należało przedstawić zrealizowane zamówienia z podaniem przedmiotu i ich zakresu, daty wykonania i odbiorcy (zamawiającego). Do wykazu należało dołączyć także dokumenty jednoznacznie potwierdzające należyte wykonanie wymienionych w nim zamówień, np. listy referencyjne czy potwierdzenia wykonania prac. Zamawiający przygotował stosowny wzór wykazu, który zamieścił na swojej stronie internetowej. W drugiej kategorii mieszczą się warunki wymagające od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazania, że *posiadają*: po pierwsze – *certyfikat „SOLUTION PARTNER” firmy Siemens w zakresie „Automation system SIMATIC”*, po drugie – *status autoryzowanego integratora pakietu ASIX*. W tym celu należało przedstawić odpowiednio: wspomniany certyfikat oraz dokument potwierdzający status autoryzowanego integratora.

W toku postępowania odwoławczego zaklasyfikowanie tej drugiej kategorii warunków udziału było przedmiotem sporu pomiędzy Stronami: w ocenie Odwołującego są to

uprawnienia, według Zamawiającego i Przystępującego dotyczą one wiedzy i doświadczenia. Obie Strony uznały, że ma to kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu, gdyż niesporne było, że w przypadku uprawnień – w przeciwieństwie do wiedzy i doświadczenia – art. 26 ust. 2b pzp w ogóle nie znajduje zastosowania. Izba zważyła, że niewątpliwie jest tak w przypadku uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności wymaganych na mocy przepisów powszechnie obowiązujących, do których odsyła art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp. Tymczasem niesporne było, że przepisy prawa nie nakładają obowiązku posiadania certyfikatu *Solution Partner* w zakresie *Automaticon System SIMATIC* dla wykonywania działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Również treść ogłoszenia o zamówieniu i s.i.w.z. nie daje żadnych podstaw do przypisania Zamawiającemu usiłowania zakwalifikowania wymagania posiadania tego certyfikatu jako warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp. W s.i.w.z. wymaganie to zostało zamieszczone w pkt zatytułowanym *Kwalifikacje techniczne* (zgodnie z terminologią ogłoszeń o zamówieniu zamieszczanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej), obejmującego warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Ponieważ oba wspomniane warunki związane z *posiadaniem* zostały zamieszczone pomiędzy trzema przywołanymi powyżej warunkami dotyczącymi wiedzy i doświadczenia a warunkiem dotyczącym potencjału osobowego – według systematyki s.i.w.z. stanowiłyby one zatem desygnaty zbioru warunków dotyczących potencjału technicznego. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego na rozprawie, że sposób opisanie tych warunków, czy też ich umiejscowienie, wskazują jednoznacznie na charakter tych warunków jako odnoszących się do wiedzy i doświadczenia.

W ocenie Izby kluczowe znaczenie ma niepodważalna odrębność tych dodatkowych warunków udziału w postępowaniu od poprzedzających je *klasycznych* warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia. Wskazuje na to chociażby fakt, że wykaz zamówień wykonanych przez Konsorcjum ControlTec był wystarczającą i samoistną podstawą do stwierdzenia wykazania spełnienia warunków opisanych w pkt 3.1) lit. a-c s.i.w.z. Dokument certyfikatu nie był zatem dodatkowym dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału związanych ze sterownikami SIMATIC, opisanych w lit. a oraz b. Zamawiający, z powołaniem się na art. 138c ust. 1 pkt 2 pzp (jak to podniósł na rozprawie), zażądał dokumentu wykraczającego poza zamknięty katalog 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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), ale na potwierdzenie odrębnego warunku, sformułowanego niezbyt

szczęśliwie jako *posiadanie* certyfikatu. Tymczasem z treści certyfikatów okazanych na rozprawie wynika jedynie, że potwierdzają one posiadanie przez dany podmiot statusu certyfikowanego partnera Siemens (Siemens Solution Partner). Zatem pomimo użycia w s.i.w.z. odmiennej terminologii w przypadku obu dodatkowych warunków – od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wymagane było – co do zasady – zarówno posiadanie statusu autoryzowanego integratora pakietu ASiX, jak i statusu certyfikowanego partnera Siemens w zakresie rozwiązań Automatic System SIMATIC. W obu przypadkach Zamawiający odwołał się zatem do cechy wykonawcy ocenianej przez pryzmat statusu nadanego przez podmioty prywatne według własnych procedur na podstawie własnej oceny spełnienia sformułowanych przez siebie wymagań. W zbiorze tych wymagań prawdopodobnie mieści się również określona wiedza i doświadczenie, jednak niczego konkretnego nie sposób stwierdzić wyłącznie na podstawie tego, że certyfikowany podmiot *wyказаł swoją doskonałą Jakość Rozwiązań, Jakość Kompetencji, Jakość Zarządzania Projektami oraz Jakość Zarządzania Portfelem Projektów poprzez osiągnięcie Kluczowych Wskaźników Wydajności w następujących modułach programu: Automatic System SIMATIC*. Ponadto w certyfikacie stwierdza się, że *Spółka jest certyfikowanym partnerem Siemens Industry Automation i Drive Technologies i jest upoważniona do korzystania z nazwy Siemens Solution Partner Automation*. Jak już wspomniano powyżej, postanowienia s.i.w.z. ograniczają się za każdym razem do kwestii posiadania takiego certyfikatu. Nie wiadomo zatem jaka konkretnie wiedza i doświadczenie miałyby się kryć za *doskonałością* w zakresie bliżej niesprecyzowanych haseł. Powyżej przytoczona treść certyfikatu wydawanego przez Siemens nie została nawet wyjaśniona w toku postępowania odwoławczego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie ograniczył się do stwierdzenia, że *Siemens wydając certyfikat „Solution Partner” potwierdza swoim autorytetem, że firma posiadająca taki certyfikat posiada potwierdzoną wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu zadań z zakresu objętego certyfikatem*. Odwołanie się do autorytetu podmiotu wydającego certyfikat sprawia wrażenie jakby Zamawiający nie miał wiedzy w zakresie wymagań jakie potwierdza zażądany przez niego certyfikat. Z kolei Przystępujący przedstawił co prawda na rozprawie wyciąg (strony 1, 2 i 17) z umowy partnerskiej, jaką sam zawarł z Siemens, jednak te 3 wybrane strony nie są również wystarczające dla ustalenia treści tych wymagań. Zgodnie z pkt 1.1 treścią tej umowy jest *współpraca zawierających ją Stron w zakresie wprowadzania na rynek produktów i systemów Siemens Industry Automation (IA) and Drive Technologies (DT) wymienionych w Załączniku 1.x (załącznik dot. danego modułu programu, np. 1.a = Automation System SIMATIC) w rozumieniu Siemens Totally Integrated Automation*. Dalej w pkt 1.2 omówiono zasady używania nazwy i znaku towarowego

Siemens, przy czym w pkt 1.2.4 wspomina się także o spełnianiu *wymagań wg punktu 3*, jednak treści umowy w zakresie tych postanowień nie przedstawiono. Wreszcie na podstawie końcowego fragmentu pkt 6.1.1 można jedynie ustalić, że *...za certyfikowanego, gdy w stosunku do danego modułu programowego przynajmniej dwóch pracowników Partnera wykazało się podczas warsztatów certyfikacyjnych wiedzą techniczną z określonego zakresu techniki IA&DT*. Najprawdopodobniej więc przynajmniej dwóch pracowników podmiotu certyfikowanego musi posiadać wiedzę techniczną z zakresu Automation System SIMATIC. Nie sposób w tym miejscu nie zauważyć, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów przedstawione przez Przystępującego nie wspomina nic o udostępnieniu przez Encon swoich pracowników dysponujących taką specjalistyczną wiedzą.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podkreślił znaczenie zapewnienia sobie wykonania zamówienia przez wykonawcę certyfikowanego przez Siemens. Ma to być uzasadnione tym, że najbardziej odpowiedzialna część zamówienia dotycząca systemu sterowania układu nawęglania i odpopielania wewnętrznego będzie wykonywana z zastosowaniem sterowników PLC SIMATIC S7 300 oraz oprogramowania produkcji Siemens. Izba zważyła, że w tych okolicznościach niezrozumiałe jest odstępnie przez Zamawiającego od egzekwowania ustanowionego przez siebie wymagania odnośnie certyfikatu *Solution Partner* Siemens w zakresie *Automation System SIMATIC*. Wymaganie to znalazło swoje odzwierciedlenie nie tylko na etapie wykonywania zamówienia w obowiązku posiadania przez wykonawcę certyfikatu ważnego przez cały okres realizacji zadania (pkt 2.7.1 ppkt 1 specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do s.i.w.z.). Oprócz tego Zamawiający zażądał od każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia posiadania statusu wynikającego z posiadania tego certyfikatu. Na mocy postanowień s.i.w.z. Zamawiający wymagał zatem ciągłości takiego statusu co najmniej od dnia składania ofert do dnia zakończenia wykonania zamówienia. Nawet przyjmując, że ponieważ status ten nie ma charakteru uprawnień z art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp, może być na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia udostępniony na zasadzie art. 26 ust. 2b pzp, to nie sposób tego oceniać w oderwaniu od uwarunkowań wynikających z innych postanowień s.i.w.z. Tymczasem Zamawiający – w pkt 14.1, lit. b, wypunktowanie 6 – dodatkowo wprowadził zakaz podwykonawstwa w zakresie prac programowych systemu wizualizacji ASIX oraz sterowników PLC SIMATIC S7. Odpowiednie postanowienie zostało również zamieszczone w ust. 4 § 5 wzoru umowy. Nie ma żadnych wątpliwości, że ustanowione w ten sposób ograniczenie, choć bezpośrednio dotyczy wykonywania zamówienia, ma również pośrednio wpływ na ocenę spełniania warunków udziału

w postępowaniu dotyczących systemu ASIX czy sterowników SIMATIC. Powiązanie to było oczywiste nie tylko dla Zamawiającego, który w wezwaniu z 29 października 2012 r. do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów wskazał Przystępującemu na konieczność uwzględnienia przy uzupełnianiu treści zobowiązania do udostępnienia zasobów zakresu zamówienia wyłączonego z podwykonawstwa. Z uwagi na charakter wprowadzonego warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający prawidłowo nie uznał za wystarczające samo udostępnienie posiadanego przez Encon dokumentu certyfikatu, wzywając Przystępującego do sprecyzowania zakresu, w jakim podmiot trzeci będzie udostępniał swoje zasoby. Niewątpliwie należało to odczytywać jako wezwanie do sprecyzowania jakie to konkretnie zasoby podmiotu trzeciego zostaną udostępnione w ramach enigmatycznego *udostępnienia zasobów w zakresie certyfikatu Solution Partner*. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 26 ust. 2a pzp obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca polega w tym zakresie na określonych zasobach innych podmiotów, do niego należy udowodnienie, że będzie dysponował takimi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Przepis art. 26 ust. 2b pzp wskazując, że w szczególności może to polegać na przedstawieniu pisemnego zobowiązania tych podmiotów, z oczywistych względów nie stanowi określenia uniwersalnej treści tego zobowiązania, gdyż zależy ona od okoliczności konkretnego przypadku. O ile Zamawiający prawidłowo wskazał w wezwaniu na czym polega stwierdzony przez niego brak w wykazaniu warunku udziału w postępowaniu, o tyle nie miał obowiązku formułowania za Przystępującego odpowiedniej treści zobowiązania do udostępnienia zasobów.

W ocenie Izby Zamawiający nieprawidłowo ocenił dokumenty złożone przez Przystępującego w wyniku uzupełnienia, a polegając na poszczególnych, sprzecznych ze sobą i enigmatycznych oświadczeniach – *de facto* zaakceptował wykazanie warunku udziału w postępowaniu polegające na obejściu zastrzeżenia wykonywania prac programowych osobiście przez wykonawcę. Ekwiwilibrystyka słowna uzupełnionego zobowiązania do udostępnienia zasobów nie zmienia faktu, że udostępnienie nadal dotyczy dokumentu certyfikatu, a nie wiedzy i doświadczenia wynikającego z faktu posiadania statusu podmiotu certyfikowanego. Wbrew dopisanej w zdaniu trzecim deklaracji niebrania udziału przez Encon w realizacji prac programowych (w celu zachowania formalnej zgodności z oświadczeniem złożonym przez Przystępującego w pkt 15 formularza oferty), co innego wynika ze zdania poprzedzającego, również dodanego w wyniku wezwania do uzupełnienia. W pierwszej części tego zdania wspomina się o udostępnieniu zasobów w celu realizacji dostaw elementów systemu, co ewidentnie nawiązuje do wskazanego w ofercie (załącznik 13) przez Przystępującego zakresu prac powierzonych podwykonawcy.

O ile w tym zakresie podwykonawstwo było dopuszczalne, o tyle znaczące jest jego powiązanie z udostępnieniem zasobów. Nie wiadomo zatem na jakiej zasadzie należałoby odczytywać, że opisane w drugiej części zdania świadczenie przez Encon usługi polegającej *na dodatkowej weryfikacji/testach dostaw i wykonanych prac programowych w sterownikach PLC SIMATIC S7*, w rzeczywistości miałyby się odbywać bez udziału tego podmiotu w tych pracach. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Encon zamierza prowadzić jakąś dodatkową weryfikację zarówno dla dostaw, jak i prac programowych, co ponownie potwierdza powiązanie w tym przypadku podwykonawstwa z udostępnieniem zasobów *w zakresie certyfikatu*, nawet jeżeli wprost zostało ono oświadczone jedynie w zakresie dostaw elementów systemu. W ocenie Izby nie sposób uznać, że również świadczenie usług w zakresie weryfikacji i testów prac programowych w sterownikach SIMATIC nie oznacza *de facto* udziału podmiotu trzeciego w tych pracach. Nic nie zmienia użycie w stosunku do tych usług dookreślenia, że weryfikacje i testy będą miały charakter dodatkowy w stosunku do już wykonanych prac programowych, gdyż nie znajduje to przełożenia na opis przedmiotu zamówienia dotyczący prac programistycznych wynikający z pkt 2.7 specyfikacji technicznej (dalej zwanej również w skrócie „ST”). Według pkt 2.7.8 ST prace programistyczne polegają na wykonaniu i zainstalowaniu oprogramowania, a kończą się dopiero z chwilą wykonania backupu i przekazania go Zamawiającemu. Specyfikacja techniczna nie przewiduje zakończenia prac programistycznych z chwilą przeprowadzenia testów czy weryfikacji przez samego wykonawcę, gdyż taki etap tych prac nie został w ogóle wyszczególniony. Jednakże skoro prace programistyczne muszą być sprawdzane przed przekazaniem ich rezultatu Zamawiającemu, nie można logicznie twierdzić, że *pierwotna* weryfikacja i testy mieści się w ramach tych prac, a *dodatkowa* już nie. Taki podział razi sztucznością i podyktowany jest wyłącznie usiłowaniem wykazania, że udział podmiotu trzeciego w sprawdzaniu prac programistycznych nie stanowi obejścia zakazu powierzenia tych prac podwykonawcom. W ocenie Izby również tzw. dodatkowa weryfikacja i testy prac programowych przez inny niż wykonawca podmiot oznacza zaangażowanie tego podmiotu przed zakończeniem tych prac. Z natury rzeczy taka weryfikacja może być pozytywna lub negatywna, a w każdym przypadku podmiot oceniający będzie miał decydujący wpływ na faktyczne zakończenie prac programowych. Nie można pomijać również pozostałych postanowień specyfikacji technicznej dotyczących sposobu prowadzenia prac programowych. Zamawiający, oprócz ustanowienia zakazu podwykonawstwa, wskazał, że wszystkie prace instalacyjne systemu są związane z dostępem do stacji inżynierskiej objętej strefą bezpieczeństwa informacji, co wiąże się z koniecznością podpisania przez pracowników wykonawcy biorących w nich udział oświadczeń o zachowaniu poufności (pkt 2.7.4 ST). Zamawiający wykluczył także

wykonywanie prac instalacyjnych na urządzeniach i systemach Zamawiającego zdalnie z siedziby wykonawcy (pkt 2.7.5 ST). W oczywisty sposób wskazuje to na konieczność obecności na miejscu osób, które zweryfikują poprawność instalacji systemu sterowania, w tym prac programowych w zakresie sterowników SIMATIC. Jednakże z dokumentów przedstawionych przez Przystępującego w ramach złożonej oferty i uzupełnienia nie wynika w żaden sposób, że prace te wykonywane byłyby przez specjalistów zatrudnionych przez Encon, którzy zostali w ramach certyfikacji przez Siemens pozytywnie zweryfikowani w zakresie wiedzy technicznej w stosunku do modułu programu Automation System SIMATIC. Również z uwagi na te postanowienia nie można stwierdzić, że treść zobowiązania do udostępnienia zasobów uwzględniła specyfikę sposobu wykonania zamówienia opisanego w specyfikacji technicznej.

W ocenie Izby, choć Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zarzuca Odwołującemu wywodzenie nieuzasadnionych uogólnień z orzeczeń wydanych na tle odmiennych stanów faktycznych, sam taki zabieg stosuje. W przywołanych powyżej za odpowiedzią na odwołanie fragmentach uzasadnień wspólnym elementem jest twierdzenie, że uczestnictwo podmiotu udostępniającego swoją wiedzę i doświadczenie na zasadzie art. 26 ust. 2b pzp nie musi mieć charakteru podwykonawstwa. Natomiast Zamawiający, jak również Przystępujący, który w złożonym na rozprawie piśmie wskazał kilkanaście sygnatur spraw rozpatrzonych przez Izbę, w sposób nieuzasadniony upatrują w tym generalnie akceptowanym ogólnym poglądzie potwierdzenia własnych hipotez. Otóż wprowadzenie zakazu podwykonawstwa nie oznacza niczym nieskrępowanej możliwości wykazania udostępnienia wiedzy i doświadczenia niezbędnej dla wykonania tego właśnie zakresu zamówienia w drodze alternatywnych form uczestnictwa takich jak doradztwo, konsultacje itp. Logiczne jest tu wręcz odwrotne rozumowanie. Skoro celem wyłączenia powierzenia wykonywania określonej części zamówienia jest zapewnienie wykonywania jej przez wykonawcę, to z dużą dozą ostrożności należy podchodzić do wszelkich form bezpośredniego zaangażowania innych podmiotów, które *de facto* mogą prowadzić do obejścia tego ograniczenia. W ocenie Izby Zamawiający i Przystępujący bezskutecznie usiłują przedstawić orzecznictwo dotyczące możliwości udostępnienia wiedzy i doświadczenia w drodze doradztwa, konsultacji, przekazania know-how, szkoleń (co Przystępujący określił jako szeroko pojęte wsparcie merytoryczne wykonawcy w realizacji zamówienia) – jako adekwatne w okolicznościach rozpatrywanej sprawy pomimo wynikającego ze specyfikacji technicznej sposobu wykonania zamówienia, w tym wyłączenia podwykonawstwa w zakresie prac programowych. Nie wiadomo również na jakiej podstawie Zamawiający mógł wywieść, że udział Encon w realizacji prac programowych będzie

sprowadzał się do doradztwa i konsultacji przy ich wykonywaniu przez Przystępującego. Tymczasem w treści uzupełnionego zobowiązania wprost wskazano na świadczenie przez Encon usług związanych z weryfikacją i testami prac programowych, co – jak powyżej wskazano – oznacza w rzeczywistości zaangażowanie podmiotu trzeciego w wykonywanie prac programowych.

Izba zważyła, że Przystępujący – z tzw. daleko posuniętej ostrożności procesowej – bezpodstawnie podniósł na rozprawie możliwość wykazania przez niego spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego certyfikatu *Solution Partner* w zakresie *Automatic System SIMATIC* w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Przystępujący posunął się wręcz do stwierdzenia, że ponieważ posiada taki certyfikat ważny na dzień składania ofert i został on złożony na rozprawie wraz z tłumaczeniem, to takie wezwanie nie jest już konieczne. W pierwszej kolejności Izba zauważyła, że to Zamawiający – a nie wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia – dokonuje oceny spełnienia warunków udziału. Natomiast Zamawiający wskazał na rozprawie, że z dokumentem tym nie miał możliwości wcześniej się zapoznać, gdyż choć Przystępując wspomniał w wyjaśnieniach o posiadaniu własnego certyfikatu, to jednak nie załączył go. Z kolei Izba dokonuje oceny prawidłowości czynności Zamawiającego w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu. Pełnomocnik Zamawiającego występujący przed Izbą nie jest uprawniony do dokonywania w imieniu Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie może również zastąpić komisji przetargowej powołanej do badania tych dokumentów i oceny na ich podstawie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym bardziej Izba w niniejszej sprawie może oceniać i rozstrzygnąć wyłącznie o prawidłowości czynności już dokonanej przez Zamawiającego, a nie zastępować go w przeprowadzeniu tych czynności.

Przede wszystkim jednak Zamawiający nie może już wzywać Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, w stosunku do którego prawidłowe wezwanie miało już miejsce. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd o niedopuszczalności dwukrotnego uzupełniania dokumentów w zakresie tego samego braku prawidłowo wskazanego przez zamawiającego. Choć przepis art. 26 ust. 3 pzp wskazuje na uzupełnianie między innymi dokumentów zawierających braki, oczywiste jest, że chodzi o uzupełnianie braków w zakresie wykazania spełnienia określonych warunków udziału w postępowaniu. Przystępujący zdecydował się na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego posiadania certyfikatu przez złożenie zobowiązania do jego udostępnienia wraz z dokumentem certyfikatu podmiotu udostępniającego. Następnie Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 pzp do ich uzupełnienia – precyzyjnie wskazując stwierdzone przez siebie braki – co

istotne – w szczególności wzywając do uzupełnienia brakującego tłumaczenia certyfikatu, który to dokument został złożony wyłącznie w języku obcym. Obiektywnie bez usunięcia tego ostatniego braku Zamawiający nie mógł w ogóle dokonać oceny spełniania przez Przystępującego wspomnianego warunku udziału w postępowaniu. Ponadto w ocenie Izby jeżeli wykonawcy wykazują spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez złożenie zobowiązania do udostępnienia zasobów wraz z dokumentem dotyczącym podmiotu trzeciego, nie tworzy to, co do zasady, podstawy do kierowania w trybie art. 26 ust. 3 pzp dwóch wezwań, odrębnie dla zobowiązania do udostępnienia zasobów i dla określonego rodzaju dokumentu. Należy zauważyć również, że potwierdzanie spełniania warunków udziału w postępowaniu z powołaniem się na instytucję przewidzianą w art. 26 ust. 2b pzp dotyczy wyłącznie sytuacji, w której wykonawca nie spełnia tych warunków we własnym zakresie. Zatem w przypadku kiedy wykonawca załączył do oferty zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci wraz z dokumentem dotyczącym tego podmiotu – nie można wymagać, aby zamawiający wzywał jednocześnie do uzupełnienia braków w zakresie tych dokumentów, jak i alternatywnie wezwał do przedstawienia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca sam spełnia warunek udziału w postępowaniu. Wystosowane przez Zamawiającego wezwanie uwzględniło wybrany przez Przystępującego sposób wykazania spełnienia warunku udziału w tym konkretnym postępowaniu. Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby wzywać Przystępującego do uzupełnienia braku w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez złożenie własnego certyfikatu. Wystosowane wezwanie nie było nieprecyzyjne ani nie było obarczone błędem, gdyż to ewentualnie Przystępujący – jeżeli w rzeczywistości samodzielnie mógł spełnić warunek udziału w postępowaniu – wprowadził Zamawiającego w błąd przez posłużenie się w tym zakresie zobowiązaniem do udostępnienia zasobów. Jednocześnie Przystępujący nie mógł mieć żadnych wątpliwości do potwierdzenia jakiego warunku udziału w postępowaniu zmierza wezwanie. Miał zatem możliwość złożenia w odpowiedzi na nie – zamiast tłumaczenia certyfikatu załączonego do oferty oraz uzupełnionego zobowiązania do jego udostępnienia – własnego certyfikatu potwierdzającego spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu. W tych okolicznościach tylko Przystępując wiedział, że we własnym zakresie jest w stanie spełnić warunek udziału w postępowaniu przez złożenie własnego certyfikatu, jak to wprost przewidywały postanowienia s.i.w.z.

Na marginesie Izba zauważa, że żadne z orzeczeń przywołanych przez Przystępującego w piśmie złożonym na rozprawie nie dotyczy stanu faktycznego zbliżonego do okoliczności rozstrzyganej sprawy:

Sygn. akt KIO 2716/12

- wyrok Izby z 17 stycznia 2007 r. (sygn. akt. KIO/UZP 58/07) dotyczy obowiązku wzywania w trybie art. 26 ust. 3 pzp również w sytuacji, gdy z dokumentu załączonego do oferty wynika brak potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu;
- również wyrok Izby z 1 marca 2010 r. (sygn. akt KIO 1913/09) dotyczy tej kwestii, a także braku możliwości wyciągania niekorzystnych dla wykonawcy konsekwencji z treści dokumentów uzupełnionych przez niego z własnej inicjatywy, jako uzupełnienie wyjaśnień, do których został wezwany w trybie art. 26 ust. 4 pzp;
- wyrok Izby z 29 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO 1454/08), wyrok Izby z 12 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2786/12) i wyrok Izby z 19 kwietnia 2012 r. (sygn. akt: KIO 679/12, KIO 700/12) dotyczą konieczności ponowienia wezwania w sytuacji niewskazania w nim braków jakie zamawiający stwierdził w złożonych wraz z ofertą dokumentach.

W tych okolicznościach należy uznać, że Przystępujący nie wykazał w ofercie, z uwzględnieniem dokumentów uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 pzp, że spełnienia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania certyfikatu *Solution Partner* firmy Siemens w zakresie *Automation System SIMATIC*. W szczególności Przystępujący nie udowodnił możliwości dysponowania zasobami spółki Encon związanymi z faktem posiadania statusu certyfikowanego partnera Siemens, bez obejścia ustanowionego w s.i.w.z. zakazu powierzania wykonywania prac programowych w sterownikach SIMATIC podwykonawcy. Dodatkowo jeżeli Przystępujący posiada własny certyfikat, który – jak twierdził i dowodził na rozprawie – był ważny na dzień składania ofert, to nieuzasadnione jest zdanie się przez niego w tym zakresie na możliwości innego podmiotu. Jednocześnie skoro Przystępujący miał na dzień składania ofert status certyfikowanego partnera Siemens, poddaje to w wątpliwość możliwość korzystania w tym zakresie na zasobach spółki Encon na zasadzie art. 26 ust. 2b pzp, skoro nie były one niezbędne do realizacji przez Przystępującego zamówienia. W ocenie Izby przedstawione na rozprawie dowody nie pozwalają z całą pewnością stwierdzić z jakim dniem ControlTec uzyskał status certyfikowanego partnera Siemens, gdyż sam certyfikat nie zawiera daty wystawienia, a w przedstawionym oświadczeniu Siemens bezpośrednio potwierdza tylko fakt podpisania 24 kwietnia 2012 r. umowy partnerskiej.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp wskazanych w odwołaniu, które może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia. Z tego względu Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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), obciążając Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, udokumentowane złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem (fakturą VAT).

Przewodniczący:

.....

.....