

**WYROK**  
z dnia 9 lutego 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Magdalena Grabarczyk  
Dagmara Gałczewska – Romek  
Emil Kawa

**Protokolant:** Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2012 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Spółkę Akcyjną w Kaliszu w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu

przy udziale wykonawcy GRAWIL Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Włocławku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Spółkę Akcyjną w Kaliszu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego Spółkę Akcyjną w Kaliszu tytułem wpisu od odwołania,

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 wy roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługa kompleksowego utrzymania autostrady A2 w systemie „utrzymaj standard”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 sierpnia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 153-254601.

17 stycznia 2012 r. zamawiający *via fax* przesłał informację o wynikach postępowania, w tym o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez GRAWIL Sp. z o.o. we Włocławku.

Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. w Kaliszu zachowując przesłanki ustawowe wniosło odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 i 24 ust. 4 , art. 26 ust. 2b, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a także innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania przez: wybór oferty złożonej przez GRAWIL Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia oferty przez niego złożonej, pomimo że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu, a ponadto treść złożonej przez niego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej również jako: „specyfikacja”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez GRAWIL Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert, wykluczenia GRAWIL Sp. zo.o z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i odrzucenie oferty przez niego złożonej oraz dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu powołał opinię prawną zamieszczoną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Warunki dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, opinię zawartą w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych oraz na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m. in. wyrok z dnia 9 listopada 2010 r. KIO 2359/10, 4 listopada 2011 r. KIO 2294/11, z dnia 16 marca 2011 r., akt KIO 424/11.

W oparciu o tezy w nich zawarte odwołujący wywodził, że mimo, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowi przykładowy dokument wskazany w art. 26 ust. 2 b Pzp umożliwiający

wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, niemniej jednak, treść takiego dokumentu powinna bezspornie i jednoznacznie wskazywać na zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. Zarzucił, że dokumenty załączone do oferty GRAWIL Sp. z o.o. dotyczące korzystania z zasobów podmiotów trzecich są zbyt ogólne, nie wskazano w nich w jakim czasie, w jakim zakresie i w jaki sposób będzie udostępniane doświadczenie. Za w pełni uprawnione uznał twierdzenie, iż GRAWIL Sp. z o.o. *de facto* nie udowodnił, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (nie dowiódł, że faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego). Odwołujący podniósł, że zgodnie z przywoływanym stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych oraz orzecznictwem powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego wymaga uczestnictwa tego podmiotu w realizacji zamówienia, co do zasady w charakterze podwykonawcy. Wskazał, że zasoby podmiotu trzeciego na które powołuje się GRAWIL Sp. z o.o. obejmują między innymi zimowe utrzymanie dróg, a zatem prace, które zgodnie z pkt 5.5. i wyjaśnieniami 49 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie mogą zostać powierzone podwykonawcom. Zarzucił, że skoro zamawiający jednoznacznie zakazał udziału podwykonawców w realizacji zamówienia w zakresie zimowego utrzymania dróg, to oferta GRAWIL Sp. z o.o., która przewiduje *de facto* realizację zamówienia przy udziale podwykonawcy w niedopuszczonym przez zamawiającego zakresie, winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

GRAWIL Sp. z o.o. z zachowaniem przesłanek ustawowych przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła w czasie posiedzenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie, w czasie której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

W pkt 7.1.2. ppkt 2) specyfikacji zamawiający ustalił, że wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego zadania polegającego na usługach i robotach bieżącego oraz zimowego utrzymania na drogach klasy A, S lub GP o wartości nie mniejszej niż 10 mln PLN brutto co najmniej w jednym roku (w tym zimowego utrzymania minimalnie 5 mln PLN brutto co najmniej w jednym roku), lub dwóch zadań z których jedno obejmuje bieżące utrzymanie na drogach klasy A, S

lub GP o wartości nie mniejszej niż 5 mln PLN brutto co najmniej w jednym roku, a drugie obejmuje zimowe utrzymanie na drogach klasy A, S lub GP o wartości nie mniejszej niż 5 mln PLN co najmniej w jednym roku. " W specyfikacji wskazano nadto, iż wykonawca może się wykazać kontraktami wieloletnimi (jeszcze trwającymi), których to jeden rok rozliczeniowy spełnia powyższe wymagania. Doświadczenie musi być potwierdzone referencjami.

Zamawiający w 7.2 pkt specyfikacji powielił treść art. 26 ust. 2b Pzp.

Przystępujący wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu powołał się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu. Złożył wraz z ofertą formularz „Doświadczenie zawodowe”, w którym wskazano 2 usługi rodzajowo i kwotowo porównywalne z wymaganiami zamawiającego:

1. realizowana na rzecz Duńskiej Administracji Drogowej (zadanie realizowane było przez NCC Roads A/S);
2. realizowana na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Łodzi, oddział w Kutnie

Złożył nadto zobowiązanie do współpracy wystawione przez firmę NCC Roads A/S oraz List referencyjny dla NCC Roads A/S.

7 grudnia 2011 r. zamawiający, zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienie ,w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, treści oświadczeń i dokumentów związanych z doświadczeniem zawodowym, gdyż z przedstawionych referencji NCC Roads A/S nie wynika, ile wynosiła wartość utrzymania bieżącego, a ile utrzymania zimowego w jednym roku. W odpowiedzi przystępujący złożył pismo wyjaśniające firmy NCC Roads A/S wraz z tłumaczeniem, zobowiązanie firmy POL - DRÓG PIŁA Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wraz z referencjami potwierdzającymi spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia, a także uzupełniony formularz doświadczenie zawodowego.

Zgodnie z treścią zobowiązania do współpracy NCC Roads A/S z 22 września 2009 r. podpisanego przez Thomasa R. J. NCC Roads A/S zgodnie z art. 26 ust. 2 b podejmuje się dzielenia się wiedzą i doświadczeniem. Wskazana została GRAWIL Sp. zo.o. , podane zostało, że następuje to dla korzystania w wykonaniu kontraktu publicznego oraz wskazany został zamawiający.

Zobowiązanie „POL-DRÓG PIŁA” Sp. z o.o. z 2 listopada 2011r. nosi tytuł zobowiązanie innego podmiotu do oddania firmie GRAWIL Sp. zo.o. do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W jego treści Prezes i Wiceprezes Zarządu działając w imieniu i na rzecz „POL-DRÓG PIŁA” Sp. z o.o. zobowiązali się zgodnie z art. 26 ust. 2 b Pzp do udostępnienia wiedzy i doświadczenia firmie GRAWIL Sp. z o.o. we Włocławku na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia

publicznego na usługi kompleksowego utrzymania Autostrady A2 w systemie „utrzymaj standard”.

Wskazane zostało, że organizatorem powyższego postępowania jest zamawiający.

W pkt 5.5. zamawiający dopuścił wykonanie przedmiotu zamówienia przy udziale podwykonawców w ograniczonym zakresie Zamawiający żądał wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom.

W piśmie z 11 października 2011 r. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 49 nawiązując do pkt 5.5., oświadczył, że utrzymanie zimowe nie może zostać powierzone podwykonawcom"

W Formularzu Oferty przystępujący oświadczył, iż zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawców w zakresie dopuszczonym przez zamawiającego.

Ustaleń faktycznych Izba dokonała na podstawie wymienionych pism i oświadczeń okazanych w wersji oryginalnej na rozprawie i znajdujących się w aktach sprawy w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez zamawiającego.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący spełnia przesłanki art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia, zatem opisane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy godzą w interes odwołującego w jego uzyskaniu oraz grożą poniesieniem przez niego szkody.

Rozpoznanie zarzutów odwołania wymaga dokonania wykładni art. 26 ust. 2 b Pzp. Przywołany przepis stanowi, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim 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 wykonywaniu zamówienia. Wykonawcy pozostawiona jest dowolność, co do sposobu udowodnienia faktycznego dysponowania zasobami innego podmiotu (zwyczajowo określanego jako „podmiot trzeci). Art. 26 ust. 2b Pzp statuuje otwarty katalog środków dowodowych. Wykonawca może przedstawić przykładowo, w zależności od rodzaju zasobu podlegającego udostępnieniu i relacji istniejących między wykonawcą i podmiotem trzecim umowę stypizowaną w przepisach kodeksu cywilnego (umowę nazwaną), umowę nienazwaną lub oświadczenie podmiotu. Skoro przepis podaje przykładowo pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres

korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, to za wystarczające, na etapie składania oferty może być uznane samo oświadczenie złożone przez podmiot udostępniający zasób. Zobowiązanie takie może stanowić zatem dowód jedyny, a zarazem wystarczający dla wypełnienia normy art. 26 ust. 2 b Pzp, wespół z innymi złożonymi oświadczeniami i dokumentami ma umożliwić wykonawcy wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Mocą oświadczenia podmiot trzeci zaciąga zobowiązanie do udostępnienia zasobów nie wobec zamawiającego, a jedynie względem wykonawcy, który zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zatem jego obowiązkiem jest również ocena treści zobowiązania podmiotu trzeciego, które wykonawca składa w celu wykazania spełniania tych warunków (tak orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 2 grudnia 1999r. w sprawie C-176/98 HOLST Italia, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 24 marca 2011r., XIX Ga 92/11).

Wykonawca może o udzielenie zamówienia ubiegać się indywidualnie lub wspólnie z innymi wykonawcami zgodnie z art. 23 Pzp. W obecnym stanie prawnym wykonawca wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu samodzielnie albo przez powołanie się na zasoby innego podmiotu. Ustawodawca dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zrównał zasoby podmiotu trzeciego z zasobami własnymi wykonawcy, pod warunkiem udowodnienia, że faktycznie znajdują się one w jego dyspozycji.

Zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b Pzp ma potwierdzić rzeczywistą możliwość dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia. Należy zatem ustalić jakie wymagania stawia zobowiązaniu podmiotu trzeciego przywoływany przepis.

I tak oświadczenie podmiotu trzeciego winno być złożone w formie pisemnej (tak. min. w wyroku z 8 marca 2011 KIO 348/11). Po wtóre: jego treść ma zawierać wiążące oświadczenie woli podmiotu udostępniającego zasób, gdyż tylko wtedy można mówić, że stanowi źródło uprawnienia do korzystania z zasobu w przyszłości. Nadto winno dotyczyć okresu wykonywania zamówienia, zaś jego przedmiot stanowić ma oddanie do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych.

Istotne znaczenie w kwestii oceny mocy dowodowej takiego zobowiązania na etapie badania ofert ma użycie w art. 26 ust. 2b Pzp czasu przyszłego „będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia”. Ustawodawca przesądził, że do faktycznej możliwości rozporządzania udostępnianymi przez inny podmiot zasobami ma dojść dopiero na etapie wykonania zamówienia. Na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia, poza

wiążącym zobowiązaniem oddania do dyspozycji zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, brak jest konieczności wskazywania przez wykonawcę - z mocy samego przepisu - formy i zakresu przyszłego udostępnienia zasobów. W szczególności z samej normy art. 26 ust. 2b Pzp nie wynika konieczność wskazywania w treści zobowiązania *essentialia negotii* porozumienia między wykonawcą a podmiotem trzecim, ani też konkretyzacji ponad zakres wynikający ze zdania pierwszego art. 26 ust. 2b, udostępnianych zasobów, sposobu korzystania z niego przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, (*vide*: m.in: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1452/10, KIO 1453/10 oraz KIO 1454/10, z dnia 9 września KIO 1844/10, z dnia 12 stycznia 2012 r. KIO 2704/11, KIO 2707/11).

Pogląd ten jest uprawniony niezależnie od tego, który z zasobów podlegać będzie udostępnieniu, gdyż stosowne wyłączenie lub zróżnicowanie nie zostało przewidziane przez ustawodawcę. Ustawa wyznacza granice stosowania prawa i nie można uzupełniać jej treści nie narażając się na zarzut dowolności stosowania przepisów wykraczającego poza granice dopuszczalnej swobody interpretacyjnej. W państwie prawnym interpretator musi brać pod uwagę przede wszystkim językowe znaczenie tekstu prawnego (*vide*: uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 28 czerwca 2000 roku, OTK 2000, z. 5 poz.141, uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 18 września 1998 roku, III CZP 32/98, OSNC 1999, z. 1., poz.2).

Ustawa nie precyzuje treści zobowiązania. Izba stoi jednak na stanowisku, że zamawiający jest uprawniony do tego, aby opisując sposób wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonał również opisu wymagań w odniesieniu do udowodnienia dysponowania przez wykonawcę zasobami innego podmiotu, przykładowo wykazania przewidywanych zasad współpracy – sposobu wykonywania zobowiązania, zakresu zobowiązania udzielanego wsparcia.

Izba wyraża pogląd, że nie można kwestionować uprawnienia zamawiającego do tego, aby w granicach określonych treścią art. 26 ust. 2 b Pzp opisał, kiedy uzna, że wykonawca wypełni ciężący na nim obowiązek dowodowy. Nie można odmówić zamawiającemu prawa do tego, by mając na względzie swoje uzasadnione potrzeby oraz w celu ochrony przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości wskazał wykonawcom, jakie elementy mają dla niego znaczenie przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jeśli wykonawca wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu przy powołaniu się na zasoby innych podmiotów. Dokonanie opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu jest przecież obowiązkiem zamawiającego, od którego nie może się zwolnić w żadnym wypadku.

Podkreślić też trzeba, że zamieszczanie w treści specyfikacji wyłącznie regulacji ustawowej, a następnie już po otwarciu ofert ocenianie zobowiązania według treści wprost w specyfikacji



nie wyrażonych powoduje, że wykonawcy zainteresowani zamówieniem i działający w zaufaniu do literalnej treści specyfikacji pozostają w niepewności co do tego, czy ciężącym na nich obowiązkowi dowodowemu uczynili zadość.

Odnosząc się do poglądu, co do konieczności uczestnictwa podmiotu udostępniającego swoje zasoby w wykonywaniu zamówienia Izba popiera pogląd, iż oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, musi łączyć się co do zasady z koniecznością uczestniczenia tego podmiotu w realizacji zamówienia. Brak jest jednak podstaw prawnych do przyjęcia, że miałyby to nastąpić w charakterze podwykonawcy (tak też m.in. wyroki Izby z 10 lipca 2010 KIO 1245/10, z dnia 26 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1452/10, KIO 1453/10 oraz KIO 1454/10, z 18 sierpnia 2010 KIO 1671/10, z 10 stycznia 2011r. KIO 2790/10, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 lipca 2011r, XII Ga 315/11). Uczestnictwo to może mieć dowolną, dozwoloną prawem formę, w tym doradztwo, konsultacje, wsparcie merytoryczne, pomoc techniczna. Należy wskazać na § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), który stanowi, że: „Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2”. Pojęcie „wykonania części zamówienia” użyte jest również w art. 36 ust. 4 Pzp w związku z podwykonawstwem. W konsekwencji zgodnie z istniejącymi uregulowaniami podmiot trzeci może uczestniczyć w wykonaniu zamówienia bezpośrednio jako podwykonawca i wówczas dotyczy go obowiązek ustalony w przywołanym przepisie rozporządzenia. Jeśli podmiot trzeci udostępni swoje zasoby w formie doradztwa, konsultacji, wsparcia merytorycznego, pomocy technicznej, bądź umowy o przekazaniu know-how ma miejsce jego pośredni udział w wykonaniu zamówienia, natomiast nastąpi rzeczywiste wykorzystanie jego zasobów przez podmiot wykonujący zamówienie. W takim przypadku podmiotu udostępniającego potencjał nie dotyczy wymaganie składania dokumentów wymienionych w § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Obowiązujące przepisy nie dają też podstaw do uznania, że wskazanie przez zamawiającego części przedmiotu zamówienia, której wykonanie nie może być powierzone podwykonawcy ograniczało możliwość powołania się na zasoby innego podmiotu w postaci wiedzy i doświadczenia. Przeciwnie art. 26 ust. 2 b Pzp pozwala na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie całości opisanych przez zamawiającego wymagań dotyczących wiedzy i doświadczenia. W ten sposób realizowany jest cel instytucji

uregulowanej w art. 26 ust. 2b Pzp - rozszerzenie kręgu wykonawców zdolnych ubiegać się o udzielenie zamówienia, zwiększenie konkurencyjności postępowań oraz danie zainteresowanym podmiotom możliwości wyboru zasad współpracy stosownie do ich potrzeb.

Odnosząc przedstawione rozważania do okoliczności sporu, Izba uznała, że przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zgodnie z opisem dokonany przez zamawiającego.

Oba złożone przez przystępującego zobowiązania zawierają wszystkie wymagane ustawą i postanowieniami specyfikacji elementy. Z oświadczeń POLDRÓG PIŁA Sp. z o.o. i NCC Roads A/S wynika, kto udostępnia zasób, a także na rzecz kogo udostępniane są zasoby, zostały zidentyfikowane zasoby odnośnie wiedzy i doświadczenia. Nadto z treści oświadczeń wynika czas udostępniania zasobów – cały okres wykonywania zamówienia. Sposób reprezentacji podmiotów użyczających zasoby nie był kwestionowany i Izba nie dopatrzyła się więc podstaw do przyjęcia, że podmioty te nie zobowiązały się względem przystępującego w sposób wiążący. W szczególności treść zobowiązania POLDRÓG PIŁA Sp. z o.o. niesie w sobie jednoznaczną wolę podmiotu przekazania wykonawcy dysponowania konkretnymi zasobami w określonym czasie i oznaczonym celu.

Podkreślić należy, że na rozprawie przystępujący podtrzymał stanowisko o wykorzystaniu potencjału podmiotu trzeciego przy wykonaniu zamówienia, wskazując jedynie, że na moment składania ofert i rozprawy nie został przesądzony kształt prawny przyszłej współpracy. Wyjaśnienia takie zamawiający uzyskałby również, gdyby zwrócił się o nie do przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W wyroku z 25 lipca 2011r, XII Ga 315/11 Sąd Okręgowy w Gdańsku uznał moc dowodową wyjaśnień odnoszących się do złożonego wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego.

Izba na podstawie treści zobowiązań oraz wyjaśnień złożonych na rozprawie uznała w okolicznościach sprawy, że przystępujący spełnił wymagania określone w art. 26 ust. 2 b Pzp i nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Izba uznała również, że oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jak wskazano wyżej brak jest podstaw prawnych do ograniczenia możliwości powołania się na zasoby podmiotu trzeciego, nawet jeśli zamawiający wymaga wykonania części przedmiotu zamówienia wyłącznie przez wykonawcę.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.  
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyników postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: .....