

Sygn. akt: KIO/45/11

WYROK
z dnia 20 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Ewa Sikorska

Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 stycznia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum) i Grupo Ortiz Polska S.A. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Grójecka 5, 02-001 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Sandomierzu Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 12, 27-600 Sandomierz**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. **kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum) i Grupo Ortiz Polska S.A. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Grójecka 5, 02-001 Warszawa i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum) i Grupa Ortiz Polska S.A. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Grójecka 5, 02-001 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum) i Grupa Ortiz Polska S.A. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Grójecka 5, 02-001 Warszawa** na rzecz **Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Sandomierzu Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 12, 27-600 Sandomierz**, która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Sandomierzu Sp. z o.o. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie miasta Sandomierza”- kanalizacja sanitarna, deszczowa i wodociąg”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 2 października 2010 r., pod nr: 2010/S 192-293133.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum) i Grupo Ortiz Polska S.A. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 8 stycznia 2011 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie.

Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Czynności tej Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, poprzez błędną wykładnię oświadczenia woli, a w konsekwencji bezprawne zastosowanie wobec Odwołującego sankcji w postaci wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 2) art. 47 i 48 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (tekst jedn. Dz.U.UE.L.04.134.114), poprzez zaniechanie bezpośredniego zastosowania jej przepisów, a tym samym wykluczenie Odwołującego z postępowania;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w konsekwencji bezprawne zastosowanie powołanego przepisu i wykluczenie Odwołującego z postępowania;
- 4) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poprzez bezprawne przyjęcie, iż wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą opierać się na

potencjale podmiotu trzeciego w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności ekonomicznej oraz potencjału kadrowego Odwołującego;

- 5) art. 26 ust. 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyczerpującego opisanie rzekomych uchybień Odwołującego, a tym samym narażenie Odwołującego na negatywne dla niego konsekwencje w postaci wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego z 29 grudnia 2010 r. dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie Zamawiającemu przywrócić Odwołującego do postępowania;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego badania oraz oceny złożonych ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Odwołujący przywołał bieg zdarzeń faktycznych w postępowaniu, które poprzedzały złożenie przez niego odwołania, poprzez wskazanie, że w ramach swojej oferty skorzystał z potencjału podmiotu trzeciego oraz, że w tym zakresie Zamawiający zwracał się do niego o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wyjaśnienia co do sposobu korzystania z potencjału podmiotu trzeciego przez wykonawcę. Wskazał też na okoliczność wykluczenia go przez Zamawiającego z udziału w postępowaniu z powodu nieudowodnienia, że Odwołujący rzeczywiście będzie dysponował zasobami niezbędnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia oraz, iż Odwołujący nie mógł odwołać się do potencjału podmiotu trzeciego w zakresie wykazania spełnienia warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej, a tym samym nie mógł dołączyć do oferty rachunków zysków i strat tego podmiotu.

W swoim stanowisku Odwołujący wskazał, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej (tak art. 14 ustawy Pzp), co oznacza, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający nie tylko mogą oceniać dokonywane przez wykonawców czynności pod kątem ich ważności lub skuteczności w oparciu o przepisy powołanej ustawy, ale również związani są regułami dokonywania interpretacji składanych oświadczeń woli lub wiedzy, zgodnie z uregulowanymi w przepisach Kodeksu cywilnego dyrektywami. Przy dokonywaniu wykładni oświadczenia

woli, za jakie Odwołujący uznaje złożone przez podmiot trzeci w toku postępowania oświadczenie o zobowiązaniu się do oddania Odwołującemu do dyspozycji swojego potencjału, według Odwołującego należy mieć na uwadze dyrektywy interpretacyjne zawarte w art. 65 §1 Kc, nakazujące tłumaczyć oświadczenie woli w taki sposób, jaki wymagają tego ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Odwołujący powołał się także na uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 29 czerwca 1995 r., sygn. akt: III CZP 66/95 (OSNC z 1995 r. Nr 12, poz. 168), odnoszącą się reguł interpretacyjnych oświadczeń woli, gdzie wskazywano, iż decydujące znaczenie ma rzeczywista wola stron, a w przypadku oświadczenia woli ujętego w formie pisemnej, czyli wyrażonego w dokumencie, sens tych oświadczeń ustala się, przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu, który jednakowoż nie stanowi wyłącznej podstawy wykładni ujętych w nim oświadczeń woli składanych indywidualnie oznaczonym osobom.

Wskazał, że w ramach uzupełnienia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów Odwołujący wyjaśnił, iż „podmiot trzeci zobowiązał się do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych do realizacji zamówienia zasobów dotyczących doświadczenia, wiedzy, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia, zdolności finansowych na okres korzystania z nich przez Wykonawcę na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia”. Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, iż w oświadczeniu podmiot trzeci zobowiązał się do udostępnienia Odwołującemu swojego potencjału, a nie informacji o nim, jak argumentował to Zamawiający.

Wskazał na błędną wykładnię przez Zamawiającego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, która została dokonana zawężająco, ze szkodą dla Odwołującego. Powołał się na wykładnię tego przepisu dokonaną w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z 14 lipca 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1333/10), iż w przypadku udostępnienia przez podmiot trzeci np. doświadczenia, konieczne jest wykazanie zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia (uczestnictwo podmiotu w wykonaniu zamówienia), które może przybrać dowolną formę, niekoniecznie podwykonawstwa. W sytuacji natomiast, gdy brak w ogóle informacji o zaangażowaniu podmiotu udzielającego doświadczenie w realizację zamówienia, zamawiający uprawniony jest do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem.

Podniósł, że złożone przez niego oświadczenie oraz przedłożone wyjaśnienia, co do sposobu skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego, stanowią podstawę do uznania, iż Odwołujący nie tylko wykazał, iż będzie faktycznie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego, ale również aktywnie z tego potencjału korzystał, a Odwołujący może skorzystać

z potencjału podmiotu trzeciego w różnych formach, niekoniecznie angażując ów podmiot jako podwykonawcę w takim rozumieniu, jakie ono powszechnie funkcjonuje w obrocie prawnym.

Odwołujący wskazał na wymogi Zamawiającego co do dysponowania potencjałem kadrowym, gdzie należało wykazać, iż wykonawcy posiadają średnio roczne zatrudnienie w okresie ostatnich trzech lat poprzedzających termin składania ofert w liczbie nie mniejszej niż 50 osób. Ponadto Zamawiający wymagał również, by wykonawcy wykazali się przeciętną średnio roczną liczebnością personelu kierowniczego w liczbie co najmniej pięciu osób w okresie ostatnich trzech lat poprzedzających termin składania ofert. Odwołujący tytułem wykazania spełnienia tego warunku przedstawił stosowną informację, odwołując się do potencjału podmiotu trzeciego. Odwołujący z ostrożności wskazał, iż w ofercie Odwołującego podana została dokładna liczba zatrudnianego przez niego personelu w ostatnich trzech latach, a nie – jak twierdzi Zamawiający, oświadczenie Odwołującego, że „Podmiot na którego potencjale polega, zatrudnia średniorocznie wystarczająca, w stosunku do wymaganej, ilość pracowników i ilość personelu kierowniczego”. Wskazał też na niejasne uzasadnienie wykluczenia go przez Zamawiającego w tym zakresie. Podniósł, że jeśli Zamawiający posiadał jakiegokolwiek wątpliwości, co do treści złożonego przez podmiot trzeci zobowiązania, to wątpliwości te powinny być zostać wyjaśnione na etapie uzupełniania przez Odwołującego odpowiednich dokumentów, a ostatecznie w kolejnym piśmie Odwołującego, które zawierało stosowne wyjaśnienia i oświadczenie Odwołującego, że w oświadczeniu podmiot trzeci zobowiązał się oddania swojego potencjału, a nie informacji o nim.

Podkreślił, że tak naprawdę Zamawiający nie kwestionował możliwość polegania na potencjale podmiotu trzeciego w zakresie wykazywania średniorocznego poziomu zatrudnienia, na marginesie jednak podniósł, iż podjęcie jakiegokolwiek próby przez Zamawiającego w powyższym zakresie byłoby niezgodne z art. 48 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. (tekst jedn. Dz.U.UE.L.04.134.114), który dopuszcza możliwość powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego w powyższym zakresie.

Odwołujący podniósł, że wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu już a etapie złożonej przez niego oferty, a zatem, że wezwanie Zamawiającego pismem z 13 grudnia 2010 r. do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie było bezpodstawne. W związku z czym wskazał także na naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z powodu braku wyczerpującego opisanie uchybienia Odwołującego w taki sposób, aby mógł on podjąć optymalne działania, które zabezpieczą jego interes. Odwołujący zaprzeczył też twierdzeniom Zamawiającego jakoby podmiot trzeci

zobowiązał się jedynie do oddania Odwołującemu informacji o swoim potencjale, powołując się przede wszystkim na odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia dokumentów

Odwołujący wskazał na błędne twierdzenie Zamawiającego, iż polski ustawodawca wprowadził kategoryczny zakaz posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie wykazywania przez wykonawców spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej. Powołał się tu na stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych zaprezentowane w Informatorze nr 1 z 2010 r., wywodząc z niego, że Zamawiający winien wziąć pod uwagę, iż – co zostało wskazane przez Odwołującego w piśmie z 17 grudnia 2010 r. (znak pisma: KRIB/252/2010) - spółka Grupo Ortiz Polska S.A. jest spółką należącą do globalnej grupy kapitałowej, podmiotem zależnym od hiszpańskiej spółki Oritz Construcciones y Proyectos SA z siedzibą w Królestwie Hiszpanii, której to grupa kapitałowa udziela odpowiedniego wsparcia finansowego, doświadczenia, wiedzy, know – how oraz potencjału ludzkiego i technicznego. Zważywszy na fakt, iż Odwołujący ma zapewniony dostęp do środków finansowych, a także fakt, iż jest częścią globalnej grupy kapitałowej, która prowadzi swoje interesy na terenie RP poprzez powołaną w tym celu spółkę, nie ma – zdaniem Odwołującego - żadnego ekonomicznego ryzyka dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od powyższego podniósł, że nawet jeżeliby przyjąć, iż polski ustawodawca oraz Urząd Zamówień Publicznych stoją na stanowisku, iż wykonawca nie ma możliwości odwoływania się do potencjału ekonomicznego podmiotu trzeciego – czemu Odwołujący kategorycznie się sprzeciwia – to stwierdził, że w takim przypadku polski ustawodawca dokonał błędnej implementacji powołanej Dyrektywy, a opinia Urzędu Zamówień Publicznych została dokonana bez uwzględnienia w powyższym zakresie ustawodawstwa europejskiego oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. 36. Powołał się na przepisy tej Dyrektywy, która w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej (art. 47 Dyrektywy) oraz kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych (art. 48 Dyrektywy) dopuszcza możliwość powoływania się przez wykonawców na potencjał podmiotów trzecich, przy czym zwrócił uwagę, iż takiej możliwości przepisy Dyrektywy nie dopuszczają w przypadku predyspozycji do prowadzenia działalności zawodowej (por. art. 45 Dyrektywy). Poprawnie – w ocenie Odwołującego - polski ustawodawca (pośrednio) zakazał odwoływania się przez wykonawców do potencjału podmiotów trzecich w zakresie posiadanych przez nich zezwoleń, licencji i koncesji do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, niemniej błędne było ograniczenie również wykonawcom możliwości odwoływania się do potencjału ekonomicznego podmiotów trzecich zwłaszcza, iż w art. 47 Dyrektywy europejski ustawodawca dopuścił możliwość posługiwania się przez wykonawców oświadczeniami banków, bilansami lub wyciągami z bilansów oraz oświadczeniami o ogólnym obrocie przedsiębiorstwa (tak ust. 1 lit. a) – c) art. 47 Dyrektywy),

dopuszczając jednocześnie możliwość odwoływania się przez wykonawcę do zdolności podmiotów trzecich w powyższym zakresie.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, wskazując na orzeczenie ETS z 18 grudnia 1997 r. w sprawie Ballast Nedam Groep przeciwko Belgii (C-5/97), w którym ETS rozpatrywał możliwość korzystania przez jeden z podmiotów holdingu z potencjału finansowego lub technicznego przedsiębiorców działających w ramach tego holdingu. W powyższej sprawie ETS orzekł, iż w przypadku złożenia wniosku przez główny podmiot danej grupy holdingowej zamawiający może brać pod uwagę poszczególne podmioty wchodzące w skład takiej grupy, nawet jeżeli są one odrębnymi osobami prawnymi. Wnioskodawca jest jednak obowiązany wykazać, że faktycznie może rozporządzać środkami i zasobami tych podmiotów, niezbędnymi do wykonania robót. W kolejnym orzeczeniu, wydanym pod tą samą sygnaturą i dotyczącym tych samych podmiotów, ETS doprecyzował, iż w razie złożenia stosownych dokumentów przez taki główny podmiot działający w ramach konsorcjum lub holdingu, zamawiający jest obowiązany uwzględnić również inne podmioty wchodzące w skład grupy. Kolejne orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, przywołane przez Odwołującego to orzeczenie, które zapadło w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari (orzeczenie ETS z 2 grudnia 1999 r.), w którym ETS stanął na stanowisku, że „Jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej, a są niezbędne do wykonania zamówienia.”

Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, że w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki uzasadniające możliwość bezpośredniego zastosowania przepisów Dyrektywy. Również w tym zakresie powołał się na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w tym na orzeczenie z 23 lutego 1994 r. (sygn. akt 236/92) w sprawie Comitato di Coordinamento per la Difesa Delia Cava v Regione Lombardia, gdzie Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że „jeśli przepisy dyrektywy wydają się być odnośnie ich treści bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, jednostka może polegać na treści takich przepisów względem Państwa, gdy Państwo to nie wprowadziło takich przepisów do prawa wewnętrznego w terminie przewidzianym w dyrektywie lub też wprowadziło dyrektywę nieprawidłowo. Ponadto wskazał na orzeczenie ETS z 17 listopada 1993 r. (sygn. akt C - 71/92) w sprawie Komisja Europejska przeciw Królestwu Hiszpanii, gdzie ETS wskazał, że interpretacja prawa krajowego musi uwzględniać reguły zawarte w dyrektywach, a w przypadku braku precyzyjnego wdrożenia, do ustawodawstwa krajowego „tam gdzie

celem dyrektyw jest nadanie praw jednostce, jednostka ta może korzystać z pełni swoich praw i w razie potrzeby powoływać się na nie przed sądem krajowym". Dodatkowo wskazał też na orzecznictwo ETS (orzeczenie z 22 czerwca 1989 r. (sygn. akt 103/88) w sprawie Fratelli Constanzo Sp. A. przeciwko Comune di Milano), wskazujące na to, że nie tylko sądy obowiązane są do bezpośredniego stosowania przepisów Dyrektyw. „Gdy spełnione są warunki, zgodnie z którymi jednostka może powoływać się na dyrektywę przed sądem krajowym (...), wszystkie organy administracyjne, włączając organy zdecentralizowane takie jak samorządowe władze miejskie, są zobowiązane do stosowania tych przepisów”.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej. Zarzuty odwołania dotyczą czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, która to czynność pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji narażając go tym samym na poniesienie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za niezasadne.

Izba przy wydaniu orzeczenia w sprawie uwzględniła w ramach materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłaną do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności uwzględniono treść SIWZ i oferty Odwołującego oraz pisma Zamawiającego z dnia 13 i 14 grudnia 2010 r., stanowiące wezwanie do uzupełniania dokumentów oraz wyjaśnienia złożonych w postępowaniu dokumentów i odpowiedzi udzielone w tym zakresie przez Odwołującego – pisma z dnia 13 i 17 grudnia 2010 r. Izba uwzględniła także oświadczenie z dnia 5 stycznia 2011 r. złożone przez Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. z siedzibą w Madrycie, oświadczenie z dnia 13 stycznia 2011 r. złożone przez Banco Popular Espanol

S.A. i umowę o przekazanie know-how z dnia 11 października 2010 r., tj. dokumenty przedłożone w toku rozprawy przez Odwołującego.

Izba uwzględniła także pisemne i ustne stanowiska stron postępowania odwoławczego złożone w sprawie.

Biorąc pod uwagę zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba ustaliła następujący stan faktyczny w sprawie:

1. Zamawiający w postanowieniach SIWZ – Część I Instrukcja dla wykonawców (dalej: „IDW”) pkt 11 ppkt 3 dokonał opisu sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia. Pod lit. a) wskazano, iż wykonawca musi posiadać przeciętne średnioroczne zatrudnienie w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, w liczbie co najmniej 50 pracowników. Pod lit. b) wskazano, że wykonawca musi posiadać średnioroczną liczebność personelu kierowniczego w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, w ilości co najmniej 5 osób.

W ppkt 3.6 Zamawiający określił we wskazanym zakresie niezbędne dokumenty, na podstawie których dokona on oceny spełniania tego warunku, wskazując na oświadczenia na temat wielkości średnio rocznego zatrudnienia oraz średniej rocznej liczebności personelu kierowniczego złożone na przygotowanych przez niego odpowiednio załączników – załącznika nr 3 i załącznika nr 4 do IDW. Wskazał tam również na dokument pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji osób odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi. Informacje o żądanych w tym zakresie dokumentach Zamawiający dodatkowo potwierdził w pkt 12 i pkt 17.3 IDW.

2. Zamawiający w postanowieniach SIWZ – Część I IDW pkt 11 ppkt 4 dokonał opisu sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, wskazując m.in. pod lit a), że wykonawca osiągnął w każdym z trzech ostatnich lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, przychody netto ze sprzedaży w kwocie co najmniej 10 000 000 PLN. W pkt 4.1 lit. a) wskazał, że na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mają obowiązek przedłożyć rachunek zysków i strat, a jeżeli podlega on badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią o rachunku zysków i strat, a w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do sporządzania rachunku zysków i strat mają to być inne dokumenty określające przychody netto ze

sprzedży za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres. W pkt 4.1 lit. c) IDW Zamawiający wskazał, że gdy wykonawca polega na zdolnościach finansowych innych podmiotów – jest on zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji tych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, według wzoru zawartego w załączniku nr 8 do IDW. Informacje o żądanych w tym zakresie dokumentach Zamawiający dodatkowo potwierdził w pkt 12 i pkt 17.3 IDW.

3. Zamawiający w postanowieniach SIWZ – Część I IDW pkt 11 ppkt 2 dokonał opisu sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, wskazując pod lit. a), że wykonawca powinien wykazać się wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie inwestycje z zakresu gospodarki wodno-ściekowej o wartości netto minimum 15 000 000 zł każda, z których przynajmniej jedna obejmowała budowę kanalizacji lub wodociągu o długości co najmniej 4 000,00 mb łącznie. W pkt 2.1 lit. a) wskazał, że na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mają obowiązek przedłożyć wykaz wykonanych robót budowlanych.
4. Odwołujący wykonawca do swojej oferty załączył:
 - 1) oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu – str. 46,
 - 2) oświadczenia dotyczące wielkości średniorocznego zatrudnienia oraz średniej liczebności personelu kierowniczego sporządzone na załączniku nr 3 i 4 do IDW i dotyczące podmiotu trzeciego, tj. firmy: Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. z siedzibą w Madrycie - str. 49-50,
 - 3) wykaz robót – str. 64,
 - 4) Rachunek zysków i strat dotyczące podmiotu trzeciego, tj. firmy Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. z siedzibą w Madrycie – str. 118-178,
 - 5) oświadczenie podmiotu trzeciego z dnia 12 listopada 2010 r. złożone przez Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. z siedzibą w Madrycie – str. 186
5. Zamawiający pismem z dnia 13 grudnia 2010 r. zwrócił się do Odwołującego z wnioskiem o dokonanie uzupełnień do oferty, wskazując jako podstawę prawną swojego działania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.
6. Odwołujący pismem z dnia 13 grudnia 2010 r. udzielił Zamawiającemu odpowiedzi na wezwanie, dołączając dokumenty: załączniki nr 3, 4 i 7, podpisane przez podmiot trzeci, oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia

(załącznik nr 2a), przedkładając jednocześnie wyjaśnienia co do zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych do realizacji zamówienia zasobów dotyczących wiedzy, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia, zdolności finansowych. Podkreślił, że zostało to precyzyjnie określone w świetle przedłożonych wraz z ofertą dokumentów, na podstawie których podmiot trzeci udostępnił Odwołującemu informacje na temat średniego rocznego zatrudnienia, liczebności personelu kierowniczego oraz doświadczenia zdobytego przy wykonywaniu robot przedstawionych w załączniku nr 7.

7. Zamawiający ponownie, pismem z dnia 14 grudnia 2010 r. zwrócił się do Odwołującego, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, o wyjaśnienie treści złożonych dokumentów, wskazując m.in. na wyjaśnienie, w jaki sposób Odwołujący ma zamiar skorzystać z zasobów wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego i w jaki sposób ten podmiot będzie brał udział w realizacji zamówienia. W wezwaniu tym Zamawiający poprosił także o wyjaśnienie treści oferty Odwołującego, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.
8. Odwołujący w piśmie z dnia 17 grudnia 2010 r. udzielił Zamawiającemu stosowanych wyjaśnień, wskazując m.in., że na str. 187 oferty załączył oświadczenie podmiotu trzeciego oddającego do dyspozycji Odwołującego zasoby niezbędne do realizacji zamówienia. Podkreślił też, że jeden z członków Konsorcjum ubiegającego się o zamówienie jest podmiotem zależnym od podmiotu trzeciego wchodzącym w skład jednej grupy kapitałowej, która realizuje swoje cele strategiczne w innych krajach poprzez swoje spółki zależne. Odwołujący wyjaśnił też, że podmiot trzeci nie będzie bezpośrednio angażował się w realizację zamówienia a jego rola polegać będzie na wsparciu technicznym Odwołującego, konsultacjach oraz ewentualnych szkoleniach, jeśli okaże się to niezbędne.
9. Zamawiający pismem z dnia 29 grudnia 2010 r. poinformował Odwołującego o wynikach postępowania, wskazując na wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji Zamawiający wskazał na niespełnienie przez Odwołującego wymogów co do opisanych przez siebie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia (pkt 11.2.a) IDW), dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pkt 11.3.a) i 11.3b) IDW) oraz posiadania wymaganej sytuacji ekonomicznej (pkt 11.4.a) IDW).

Biorąc powyższe pod uwagę Izba doszła do przekonania, że zasadnym była decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Odwołujący, wykazując spełnianie opisanych przez Zamawiającego w SIWZ warunków udziału w postępowaniu oparł się o doświadczenie i wiedzę oraz zasoby kadrowe potencjał techniczny podmiotu trzeciego. Podobnie też Odwołujący argumentował wykazanie się zasobami podmiotu trzeciego w zakresie potencjału ekonomicznego. W tym celu załączono do oferty przede wszystkim oświadczenie hiszpańskiej spółki - firmy Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. z dnia 12 listopada 2010 r. Oświadczenie to w swej treści zawierało zobowiązanie do oddania przez wskazaną hiszpańską spółkę: „do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych do realizacji zamówienia zasobów w zakresie:

- *informacja dotycząca doświadczenia,*
- *informacja dotycząca wiedzy,*
- *informacja dotycząca potencjału technicznego,*
- *informacja dotycząca osób zdolnych do wykonania zamówienia,*
- *informacja dotycząca zdolności finansowych*

na okres korzystania z nich przez Wykonawcę na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia.”

Analiza treści zobowiązania podmiotu trzeciego wprost wskazuje na oddanie do dyspozycji wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie informacji dotyczących doświadczenia, wiedzy, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia, zdolności finansowych. Warunki udziału w postępowaniu, opisane przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ, odnosiły się natomiast w sposób konkretny do udostępnienia określonego potencjału, a nie jedynie udostępnienia informacji odnośnie tego potencjału, jak zostało to odzwierciedlone w treści zobowiązania podmiotu trzeciego. Treść przedłożonego wraz z ofertą Odwołującego zobowiązania pozwala Odwołującemu jedynie na korzystanie z danych udostępnianych przez podmiot trzeci, nie pozwala natomiast wprost na korzystanie z potencjału hiszpańskiej spółki. Nie można bowiem utożsamiać możliwości korzystania z wiadomości, czy też nawet konkretnych danych, dotyczących doświadczenia i wiedzy jakiegoś podmiotu, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia, czy też zdolności finansowych z możliwością korzystania z tych zdolności. Warto podkreślić, że nie chodzi w tym miejscu o faktyczną, fizyczną możliwość korzystania z tych zasobów wyłącznie poprzez fizyczny udział podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy. Zachowanie Zamawiającego w toku badania i oceny ofert – w tym przede wszystkim kierowane do Odwołującego wezwania do uzupełniania dokumentów i wyjaśnienia ich treści - a także oświadczenie złożone w toku rozprawy do

protokołu, wyraźnie wskazują, że podstawą decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu nie było to, że podmiot trzeci nie został wskazany jako podwykonawca przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Wystarczającym dla Zamawiającego, jak i dla Izby, było stwierdzenie w samym oświadczeniu podmiotu trzeciego z dnia 12 listopada 2010 r., jak i w udzielonych przez Odwołującego wyjaśnieniach z dnia 17 grudnia 2010 r., że podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia poprzez oddanie na potrzeby jego realizacji udostępnianych informacji (wsparcie techniczne, konsultacje, ewentualne szkolenia). Problem jednak dotyczył tego, że podmiot trzeci udostępniał jedynie informacje techniczne, finansowe, kadrowe i techniczne oraz dotyczące wiedzy i doświadczenia, a nie udostępniał swoich fizycznych zasobów w tym zakresie.

Wyraźnie należy podkreślić, że zasadą ukształtowaną przez przepisy ustawy Pzp, znajdującą swoje oparcie także w postanowieniach dyrektywy klasycznej, na której przepisy Odwołujący powołuje się w treści swojego odwołania, jest to, że warunki udziału w postępowaniu dookreślone w SIWZ przez Zamawiającego (opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków – art. 22 ust. 3 i 4 ustawy Pzp) powinny być spełnione przez wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne – art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjątek od tej zasady został określony przez art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, który to przepis pozwala na możliwość wykazywania się w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców ubiegających się o zamówienie potencjałem podmiotu trzeciego. W dyspozycji tego przepisu określono, że dopuszczalne jest posługiwanie się wiedzą i doświadczeniem, potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub zdolnościami finansowymi podmiotów trzecich i to niezależnie od charakteru prawnego łączących wykonawcę i podmiot trzeci stosunków, o ile ta możliwość dysponowania określonymi zasobami, czy potencjałem, zostanie udowodniona zamawiającemu. Wskazany przepis, jako wyjątek od generalnej zasady, należy interpretować ściśle. Skoro zatem ustawodawca ciężar udowodnienia okoliczności dysponowania określonym w tym przepisie potencjałem przełożył na wykonawcę, nie można wymagać w tym zakresie od podmiotu zamawiającego, że będzie dokonywał rozszerzającej interpretacji złożonego przez wykonawcę wraz z ofertą wymaganego oświadczenia podmiotu trzeciego, wywodząc z jego treści, że podmiot trzeci miał na myśli faktyczne udostępnienie potencjału, a nie jedynie informacji zawartych w określonych dokumentach dotyczących tego potencjału.

W tym miejscu warto także wskazać na art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który także ciężar udowodnienia spełniania określonych warunków udziału w postępowaniu przedkłada na wykonawcę ubiegającego się o zamówienie.

Izba ocenia, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający we wskazanym zakresie dochował należytej staranności, biorąc pod uwagę obowiązujące go w tej mierze przepisy ustawy Pzp, tj. zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem o uzupełnienie

dokumentów dotyczących oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), a także do złożenia w tym przedmiocie przez wykonawcę wyjaśnień (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp). Zarzut Odwołującego dotyczący nieprecyzyjnego wezwania do uzupełniania dokumentów Izba – w świetle art. 182 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp - uznała za spóźniony. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów zostało skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego w dniu 13 grudnia 2010 r., zaś odwołanie do Prezesa Izby złożono w dniu 8 stycznia 2011 r. Niezależnie jednak od powyższego warto zauważyć, że Odwołujący w tym zakresie nie miał żadnych wątpliwości, uzupełniając żądane przez Zamawiającego dokumenty i udzielając także dodatkowych wyjaśnień dotyczących zobowiązania podmiotu trzeciego.

Co do niespełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia Izba dodatkowo wskazuje, że w tym zakresie Odwołujący w treści odwołania nie przedstawił praktycznie żadnej argumentacji ani też nie wskazał na żadne dowody, a to na Odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia zarzutów, które stawia Zamawiającemu w związku z dokonaniem przez niego określonych czynności w postępowaniu w sposób wadliwy.

Co do niespełnienia warunku w zakresie potencjału ekonomicznego Izba dodatkowo stwierdziła, że w tym przedmiocie przywoływane oświadczenie podmiotu trzeciego z dnia 12 listopada 2010 r. w żaden sposób nie odnosi się do potencjału ekonomicznego, nawet – jak to miało miejsce w przypadku wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia, czy też zdolności finansowych – co do udostępnienia danych (informacji) ekonomicznych. Oświadczenie to odnosi się wyłącznie do udostępnienia informacji o zdolnościach finansowych, a nie ekonomicznych. Z tych też względów Izba uznała za zbędne w niniejszej sprawie dokonywanie oceny zgodności art. 26 ust. 2b ustawy Pzp z przywołanymi przez Odwołującego przepisami dyrektywy klasycznej, tj. oceny, czy wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą powoływać się także na potencjał ekonomiczny, a nie tylko finansowy, jak literalnie stanowi art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – podmiotu trzeciego, skoro w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne wykonawca w ogóle nie pozyskał od podmiotu trzeciego oświadczenia o udostępnieniu mu potencjału ekonomicznego.

Co do argumentu Odwołującego podniesionego w toku rozprawy, że Zamawiający nie wykluczył go z udziału w postępowaniu z powodu nie spełniania przez niego warunku zdolności finansowej, którą Odwołujący opierał także na oświadczeniu podmiotu trzeciego z dnia 12 listopada 2010 r., w którym mowa o udostępnieniu informacji dotyczącej zdolności finansowych, Izba uznała ten argument za nieistotny. Do oferty Odwołującego na str. 120 załączone zostało, obok zobowiązania podmiotu trzeciego z dnia 12 listopada 2010 r.,

oświadczenie sporządzone na załączniku nr 8 do IDW, dotyczące udostępnienia konkretnych zasobów finansowych podmiotu trzeciego, podpisane przez ten właśnie podmiot. Treść tego oświadczenia wskazuje wyraźnie na zobowiązanie hiszpańskiej spółki do udostępnienia wskazanej tam kwoty pieniężnej na rzecz Odwołującego, czego brakuje co do innych wymaganych zasobów.

Odnosząc się do dowodów przedłożonych w toku rozprawy przez Odwołującego Izba zwraca uwagę, że dokumenty te zostały przedłożone z opóźnieniem, bowiem zamiast złożenia ich w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wezwanie Zamawiającego temu właśnie podmiotowi, przedłożone zostały dopiero na rozprawie Izbie. Oświadczenie podmiotu trzeciego z dnia 5 stycznia 2010 r. oraz umowa o przekazanie know-how z dnia 11 października 2010 r., gdyby zostały przekazane Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogłyby stanowić wystarczający dowód na potwierdzenie możliwości korzystania przez Odwołującego z potencjału podmiotu trzeciego, przynajmniej w zakresie potencjału finansowego, kadrowego, technicznego, jak i wiedzy i doświadczenia. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kieruje się określonymi rygorami i procedurami, których niedopełnienie przez wykonawcę wywołuje w sferze jego uprawnień negatywne konsekwencje, takie, jak wykluczenie z udziału w postępowaniu, które nie może być konwalidowane, poprzez przedkładanie dodatkowych nowych dokumentów dopiero w toku postępowania wywołanego użyciem środków ochrony prawnej. Przyjęcie takiego sposobu działania wykonawcy prowadziłyby bowiem do naruszenia podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców, jak również zasady uczciwej konkurencji.

Co do przedłożonego oświadczenia Banku Popular Espanol S.A. z dnia 13 stycznia 2011 r. Izba uznała, że nie ma ono żadnego znaczenia w kontekście podnoszonych w odwołaniu zarzutów, podobnie jak informacje przedstawiane przez Odwołującego w wyjaśnianych zawartych w piśmie z dnia 17 grudnia 2010 r., że jeden z partnerów konsorcjum Odwołującego jest podmiotem zależnym od podmiotu trzeciego. Oświadczenie Banku wskazuje na złożenie wniosku przez spółkę hiszpańską o wydanie gwarancji wadialnej do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na rzecz polskiej spółki wchodzącej w skład Konsorcjum. Powyższe wskazuje oczywiście w sposób bezsprzeczny na pewien poziom zaangażowania hiszpańskiej spółki w możliwość ubiegania się o zamówienie publiczne przez polską spółkę, która to spółka jest jednak odrębną spółką handlową według wypisu z KRS załączonego do oferty (str. 91-94 oferty). Powyższe jednak nie stanowi wystarczającego dowodu na potwierdzenie oddania do dyspozycji na okres realizacji zamówienia wykonawcy konkretnych zasobów, zgodnie z wymogami określonymi w tym zakresie w szczególnym przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, który – jak wskazano

powyżej – powinien być interpretowany w sposób ścisły. Przepis ten na pewno nie pozwala na interpretację oświadczenia podmiotu trzeciego (zobowiązania tego podmiotu) w sposób dorozumiany, jak oczekiwał tego od Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający, dokonując czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. obciążyła kosztami postępowania Odwołującego stosownie do wyniku postępowania odwoławczego. Izba uwzględniła również dyspozycję § 5 ust. 3 pkt 1) w zw. z § 3 ust. 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. Nr 41, poz. 238) – zasądzać - na podstawie przedłożonego w toku rozprawy do akt sprawy rachunku - uzasadnione koszty Zamawiającego, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika, ograniczając ich wysokość do kwoty 3 600 zł określonej przepisami wskazanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....