

WYROK
z dnia 7 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 sierpnia 2017 r. przez Odwołującego – wykonawcę S. E. & T. S.A.S. z siedzibą w R. M., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – E.O. S.A. z siedzibą w G., przy udziale:

1. wykonawcy D. sp. z o.o. z siedzibą w S., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – A. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, E. sp. z o.o. 3. P. sp. k. z siedzibą w E., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

E.-O. S.A. z siedzibą w G. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Wyprodukowanie i dostawa Zestawów Koncentratorowo Bilansujących (ZKB)”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 grudnia 2016 r. pod nr 2016/S 242-441873.

16 sierpnia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty wykonawcy D. sp. z o.o. z siedzibą w S. (dalej „Wykonawca D.”).

25 sierpnia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy S. E. & T.S.A.S. z siedzibą w R. M. (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono zaniechanie wykluczenia Wykonawcy D. z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie informacji wpływających na jego decyzję, względnie wobec zaniechania przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy D. do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez uznanie, że Wykonawca D. spełnia warunki postawione w Postępowaniu przez Zamawiającego, mimo tego że wykonawca ten nie wykazał, aby je spełniał,
2. art. 22a ust. 1 Pzp przez uznanie, że Wykonawca D. może, wykazując spełnienie warunku w Postępowaniu odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej, odwołać się do zasobów podmiotu trzeciego, tj. D. T. sp. z o.o. (dalej „Podmiot trzeci”),
3. art. 22a ust. 2 Pzp przez przyjęcie, że Wykonawca D. udowodnił Zamawiającemu, że wykonując zamówienie będzie dysponował udostępnianymi mu zasobami podmiotu trzeciego,
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez brak wykluczenia z Postępowania Wykonawcy D. pomimo nie wykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w Postępowaniu,

5. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez brak wykluczenia z postępowania Wykonawcy D. pomimo wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do okoliczności spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu, w tym w szczególności na dzień 12 stycznia 2017 r.,
6. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez brak wykluczenia z postępowania Wykonawcy D. pomimo przedstawienia przez tego wykonawcę informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, w szczególności odnośnie dysponowania w dniu 12 stycznia 2017 r. zasobami niezbędnymi do wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu,
7. z ostrożności – art. 26 ust. 3 Pzp przez brak wezwania Wykonawcy D. do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, tj. prawidłowo podpisanego i datowanego zobowiązania do oddania zasobów wystawionego przez Podmiot trzeci oraz oświadczenia o posiadaniu przez Wykonawcę D obrotu z ostatnich trzech lat obrotowych w zakresie produkcji urządzeń elektronicznych w wysokości co najmniej 10 milionów zł.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy D., wykluczenia Wykonawcy D. z Postępowania, względnie – wezwania Wykonawcy D. do złożenia stosownych dokumentów, za pomocą których wykaże spełnienie warunków postawionych przez Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wziął udział w Postępowaniu, złożył ofertę, która została sklasyfikowana na miejscu drugim, a tym samym Odwołujący nadal ma szansę na uzyskanie zamówienia w przypadku, gdyby obecnie wybrany wykonawca został z Postępowania wykluczony, bądź gdyby nie złożył dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z Postępowania, ewentualnie – gdyby złożone przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdziły braku podstaw wykluczenia. Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający prawidłowo zastosował przepisy Pzp, to Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia i zrealizowanie korzyści ekonomicznych wynikających z jego wykonania.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący przytoczył poniższe postanowienia ogłoszenia o zamówieniu:

pkt III.1.1) 6.

„Przed udzieleniem zamówienia zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających

brak podstaw wykluczenia z postępowania: 6.1. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a, b i c, pkt 14 i pkt 21 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków, 6.2. odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy, 6.3. oświadczenia wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne.”

pkt III.1.2) 3.

„Przed zaproszeniem do składania ofert wstępnych zamawiający wezwie wykonawców niewykluczonych i spełniających warunki udziału w postępowaniu do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z postępowania oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu: 3.1. oświadczenia wykonawcy o rocznych obrotach wykonawcy w obszarze produkcji urządzeń elektronicznych, za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – za ten okres, 3.2. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż jeden miesiąc przed upływem terminu składania wniosków, 3.3. jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w pkt 1, będzie polegał na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy – dokumentów dowodzących, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności zobowiązań tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.”

pkt III.1.3) 3.

„Przed udzieleniem zamówienia zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu: 3.1. wykazów dostaw, o których mowa w pkt 1.1 i 1.2, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenia wykonawcy; referencje bądź inne

dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków; 3.2. oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy w ostatnich 3 latach przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie; 3.3. wykazu inżynierów, o których mowa w pkt 1.4, z informacją o podstawie do dysponowania nimi; 3.4. wykazu narzędzi, o których mowa w pkt 1.5, dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami; 3.5. jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w pkt 1, będzie polegał na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy - dokumentów dowodzących, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności zobowiązań tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.”.

Na wezwanie Zamawiającego, przy piśmie z 4 sierpnia 2017 r., Wykonawca D. złożył dokumenty wymagane ogłoszeniem o zamówieniu. W ocenie Odwołującego dokumenty te nie potwierdzają spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu.

1. Udostępnienie sytuacji ekonomicznej

Jednym z wymogów postawionych przez Zamawiającego było, by wykonawcy w każdym z trzech ostatnich lat obrotowych osiągnęli obrót w zakresie produkcji urządzeń elektronicznych w wysokości co najmniej 10 milionów zł. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć oświadczenie własne o obrotach w zakresie produkcji urządzeń elektronicznych w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych. Wykonawca D. nie złożył własnego oświadczenia, tylko oświadczenie Podmiotu trzeciego oraz złożył pismo z 4 sierpnia 2017 r. zawierające zobowiązanie Podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Wykonawcy D. określonych zasobów tj. sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych.

W ocenie Odwołującego co do zasady nie jest możliwe udostępnienie zasobu stanowiącego efektywność ekonomiczną innego podmiotu w postaci osiągniętego obrotu za trzy ostatnie lata obrotowe. Celem postawienia w Postępowaniu warunku odnoszącego się do wiarygodności ekonomicznej jest wyłonienie wykonawcy, który będzie rzetelnym partnerem dla podmiotu publicznego. W przypadku warunku dotyczącego doświadczenia możliwy jest wybór podmiotu, który nie posiada własnego doświadczenia, ponieważ wystarczający dla bezpieczeństwa zamawiającego i wydatkowania środków publicznych jest udział w realizacji zamówienia, w charakterze podwykonawcy, podmiotu który stosowne doświadczenie posiada i udostępnia je wykonawcy. Natomiast jeżeli dopuści się korzystanie

z sytuacji ekonomicznej innego podmiotu, wówczas teoretycznie możliwy będzie wybór wykonawcy, który spełnia przesłanki do uruchomienia wobec niego postępowania upadłościowego, jako że jego parametry ekonomiczne będą bardzo mierne. W takiej sytuacji zamawiający nie będzie chroniony przed ogłoszeniem upadłości wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia, a tym samym może dochodzić do finansowania z budżetu publicznego słabych ekonomicznie podmiotów, które nie radzą sobie na rynku.

2. Udostępnienie osób

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wykazem osób złożonym przez Wykonawcę D. cały personel zatrudniony jest na podstawie umowy o pracę u Podmiotu trzeciego. Tym samym nie jest możliwe dysponowanie tymi osobami przez Wykonawcę D. Zgodnie z Pzp dysponowanie ma mieć charakter realny, a fakt, że osoby wskazane w wykazie osób są pracownikami Podmiotu trzeciego uniemożliwia wykonawcy realne nimi dysponowanie i sprawowanie kontroli.

3. Brak umocowania A. S. do zaciągnięcia zobowiązania w imieniu Podmiotu trzeciego

Zgodnie z odpisem z KRS złożonym dla Podmiotu trzeciego może on być reprezentowany przez dwóch członków zarządu lub członka zarządu łącznie z prokurentem. Tymczasem zobowiązanie z 4 sierpnia 2017 r. złożone w imieniu Podmiotu trzeciego zostało podpisane jedynie przez jednego członka zarządu – A. S.. Z treści pełnomocnictwa udzielonego ww. 3 sierpnia 2017 r. wynika jedynie umocowanie do składania oświadczeń w postępowaniu wobec Zamawiającego. Tymczasem treść pisma z 4 sierpnia 2017 r., złożonego przez A. S., po pierwsze, zawiera zaciągnięcie zobowiązania, a nie jedynie złożenie oświadczenia, a po drugie jest to zobowiązanie składane wobec Wykonawcy D, a nie wobec Zamawiającego w Postępowaniu. Tym samym, skonstatować należy, że ww. nie był umocowany do zaciągnięcia zobowiązania w imieniu Podmiotu trzeciego, a tym samym nie doszło do oddania zasobów na rzecz Wykonawcy D.

4. Termin oddania zasobów

Stosownie do pisma Podmiotu trzeciego do ewentualnego oddania zasobów na rzecz Wykonawcy D doszło dopiero w 4 sierpnia 2017 r. Tymczasem Wykonawca D. już 12 stycznia 2017 r. złożył Zamawiającemu, w formie JEDZ, oświadczenie o spełnieniu warunków w Postępowaniu, pomimo tego że na tamten dzień nie dysponował jeszcze zasobami, które oddane mu zostały dopiero 4 sierpnia 2017 r., z zastrzeżeniem argumentacji przedstawionej w pkt 3 odwołania.

5. Brak wezwania D. sp. z o.o. do uzupełnienia złożonych dokumentów

Odwołujący podał, że z ostrożności stawia zarzut braku wezwania Wykonawcy D. do uzupełnienia dokumentów, które potwierdzałyby okoliczności określone przepisem art. 25

ust. 1 Pzp. W przypadku uznania przez Izbę, że pozostałe zarzuty stawiane przez Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie, w ocenie Odwołującego konieczne jest przynajmniej nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy D uzupełnienia dokumentu zobowiązania wystawionego przez Podmiot trzeci.

Mając na uwadze powyżej sformułowane zarzuty i zastrzeżenia Odwołujący stwierdził, że Zamawiający powinien przede wszystkim wykluczyć Wykonawcę D. z Postępowania, ponieważ wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez niego warunków udziału w Postępowaniu na dzień złożenia oświadczenia w tym przedmiocie, tj. na dzień 12 stycznia 2017 r. Oświadczenie Podmiotu trzeciego z 4 sierpnia 2017 r. nie zostało w rzeczywistości złożone przez ten podmiot, ponieważ osoba, która się pod nim podpisała, nie była umocowana do zaciągnięcia zobowiązania wobec Wykonawcy D. Co więcej, zobowiązanie to zostało podpisane dopiero 4 sierpnia 2017 r., a zatem nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że formalnie oświadczenie to jest prawidłowe, to dopiero od tego dnia można mówić o udostępnieniu zasobów, tymczasem Wykonawca D. już 12 stycznia 2017 r. złożył oświadczenie, że dysponuje doświadczeniem oraz zasobami personalnymi i ekonomicznymi, którymi na ten dzień nie dysponowała. Uchybienia te uzasadniają wniosek, że doszło przynajmniej do wyczerpania przesłanek określonych przepisem art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, tj. do przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, które miały wpływ na jego decyzje w Postępowaniu. Odwołujący jedynie z ostrożności stawia zarzut braku wezwania Wykonawcy D. do uzupełnienia dokumentacji w przedmiotowym zakresie, jednakże zdaniem Odwołującego podstawowym uchybieniem ze strony Zamawiającego jest brak wykluczenia Wykonawcy D. z Postępowania. Zgodnie bowiem z orzecznictwem TSUE uzupełnienie dokumentów możliwe jest jedynie w takim przypadku, gdy istnieją one obiektywnie we wcześniejszej dacie i można je złożyć, np. sprawozdania finansowe. Natomiast trudno argumentować, że Wykonawca D. w rzeczywistości dysponuje dokumentem zobowiązania do oddania zasobów sprzed 12 stycznia 2017 r., lecz złożył zobowiązanie wystawione ponownie w dacie późniejszej. Wykonawca jest podmiotem profesjonalnym i powinien zdawać sobie sprawę, że składając oświadczenie nie poparte otrzymanym wcześniej zobowiązaniem do udostępnienia zasobów narusza Pzp.

W przypadku, gdyby Izba nie podzieliła powyższej argumentacji, w ocenie Odwołującego uwzględnieniu powinny podlegać przynajmniej zarzuty odnoszące się do konieczności wezwania Wykonawcy D. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu. Przede wszystkim wybrany wykonawca winien być wezwany do uzupełnienia własnego oświadczenia o spełnianiu warunku odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej z uwagi na argumentacją dotyczącą braku możliwości opierania się na zdolnościach ekonomicznych innych podmiotów. Zamawiający

powinien też wezwać Wykonawcę D. do złożenia stosownych dokumentów, z których wynikało będzie, że na moment złożenia oświadczenia o dysponowaniu zasobami podmiotu trzeciego, wybrany wykonawca rzeczywiście miał podstawy do złożenia takiego oświadczenia. W przypadku, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego terminu wystawienia oświadczenia o zobowiązaniu do oddania zasobów, wyłoniony wykonawca winien być wezwany przynajmniej do złożenia oświadczenia wystawionego przez prawidłowo umocowanych przedstawicieli Podmiotu trzeciego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania argumentując jak niżej.

1. Udostępnienie sytuacji ekonomicznej

Zamawiający podkreślił, że wbrew twierdzeniu odwołania Wykonawca D. – w oparciu o art. 22a ust. 1 Pzp – mógł w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu polegać na zdolności ekonomicznej innego podmiotu. Rozwinięciem powyższej normy w Postępowaniu była sekcja III.1.2) pkt 3.3. ogłoszenia o zamówieniu, dająca wykonawcom prawo wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w sekcji III.1.2) pkt 1 ogłoszenia, tj. również dotyczących ww. sytuacji ekonomicznej – oświadczenie o rocznych obrotach. Korzystając z tego ostatniego prawa wykonawca miał jednak przedstawić Zamawiającemu dokumenty dowodzące, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotów udostępniających mu zasoby, w szczególności zobowiązań tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Równolegle należy zauważyć, że art. 22a ust. 2 Pzp wskazuje na otwarty katalog dowodów, które może złożyć wykonawca, który polega sytuacji innych podmiotów, a wymienione w nim zobowiązanie jest jedynie przykładowym środkiem dowodowym.

Z racji tego, że nie sposób posługiwać się parametrami wiarygodności ekonomicznej podmiotu trzeciego bezpośrednio, na takiej zasadzie jak np. przy udostępnianiu personelu czy sprzętu, dlatego kwestia ta wymagała wypracowania przez orzecznictwo odpowiednich rozwiązań. O realnym udostępnieniu zasobu ekonomicznego można mówić w sytuacji, gdy za wykonawcą powołującym się na tą okoliczność stoi wiarygodność ekonomiczna podmiotu trzeciego, rozumiana zarówno jako zdolność prowadzenia interesów, uznanie, renoma i uczestnictwo w obrocie gospodarczym. Realność udostępnienia najlepiej oddaje podwykonawstwo, udział podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia.

Wykonawca D. przedstawił odpowiednie, formalnie prawidłowo sporządzone zobowiązanie Podmiotu trzeciego z 4 sierpnia 2017 r. W zobowiązaniu tym znajdowało się wyraźne wskazanie, że udostępniający je podmiot zobowiązał się względem Wykonawcy D. do oddania mu w Postępowaniu do dyspozycji sytuacji ekonomicznej i finansowej potrzebnych do spełnienia kryteriów opisanych w pkt III.1.2) 1.1. ogłoszenia, tj. posiadania

poziomu obrotów w wysokości co najmniej 10 mln zł w zakresie produkcji urządzeń elektronicznych. Wraz ze zobowiązaniem Podmiot trzeci złożył oświadczenie o posiadaniu poziomu obrotów wg wymogów przez III.1.2) pkt 1.1. ogłoszenia.

Zamawiający podkreślił, że dokonał następnie oceny złożonych przez Wykonawcę D. dokumentów i doszedł do jednoznacznego przekonania, że Podmiot trzeci w sposób rzeczywisty udostępnił Wykonawcy D. swój potencjał ekonomiczny. Na taką ocenę wpłynęły:

- a) analiza zobowiązania, w którym składający je podmiot w sposób precyzyjny określił m.in. zakres i cel udostępnianych zasobów/sytuacji ekonomicznej,
- b) udział Podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia jako podwykonawca,
- c) fakt, że Podmiot trzeci jest spółką zależną od Wykonawcy D. (w której posiada 100% udziałów) – w oparciu o odpis z KRS Wykonawcy D.,
- d) powszechna wiedza pracowników Zamawiającego (członków komisji) o zależnościach biznesowych między ww., tj. że Wykonawca D. jest spółką matką, a Podmiot trzeci jest jego spółką produkcyjną, renomie Podmiotu trzeciego i aktywnym uczestniczeniu w obrocie gospodarczym, również w zakresie produkcji urządzeń elektronicznych dla sektora energetycznego i telekomunikacyjnego.

Zamawiający podkreślił, że nie miał i nie ma wątpliwości, że Wykonawca D. rzeczywiście pozyskał możliwość korzystania z sytuacji ekonomicznej Podmiotu trzeciego oraz, że łącznie oba podmioty stanowią realną, funkcjonującą od kilkadziesiąt lat strukturę biznesową, będącą w stanie zrealizować zamówienie. Za gołosłowne należy zatem uznać wątpliwości uzasadnienia odwołania co do rzetelności Wykonawcy D., jak i obawy Odwołującego o braku ochrony Zamawiającego przed ogłoszeniem upadłości wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia.

2. Udostępnienie osób

Zamawiający stwierdził, że dokonał oceny realności udostępnienia Wykonawcy D. personelu dla potrzeb realizacji zamówienia i doszedł do tożsamej konkluzji jak w pkt 1 powyżej. Oparł się tu o:

- a) treść zobowiązania, w którym składający oświadczenia oddawał swoich pracowników do dyspozycji Wykonawcy D. na czas realizacji zamówienia,
- b) istnienie zależności/bliskich powiązań biznesowych pomiędzy tymi podmiotami,
- c) realizowanie przez Podmiot trzeci zamówienia jako podwykonawca.

Powyższe sprawia, że jako chybiony należy ocenić zarzut odwołania w tym zakresie.

3. Brak umocowania A. S. do zaciągnięcia zobowiązania w imieniu Podmiotu trzeciego

Zamawiający wyjaśnił, że w toku Postępowania dokonał – z uwzględnieniem art. 65 § 2 K.c. – wykładni załączonego do oferty Wykonawcy D. pełnomocnictwa z dnia

3 sierpnia 2017 r. dla A. S.. W dokumencie tym jest wyraźne umocowanie pełnomocnika do „reprezentowania D. w Postępowaniu”, jedynie w dalszej części dokumentu użyty jest zwrot „w tym do”, który należy rozumieć jako wskazanie przykładowych czynności, do których upoważniony jest pełnomocnik. Dla Zamawiającego nie było wątpliwości, że pełnomocnik Podmiotu trzeciego miał i ma prawo składać wszelkie oświadczenia (woli czy wiedzy) do uczestników Postępowania.

Zgodnie z ustawową definicją zawartą w art. 60 K.c. oświadczeniem woli jest każde zachowanie danej osoby, które wyraża wolę tej osoby w sposób dostateczny. Mając to na uwadze Zamawiający miał prawo uznać, że zarówno w ramach użytego w pełnomocnictwie zwrotu „reprezentowanie”, jak i zwrotu „składania oświadczeń” (a więc wszelkich, które mogą mieć charakter zaciągnięcia zobowiązania) mieściło się uprawnienie pełnomocnika do złożenia przedmiotowego zobowiązania.

Powyższe sprawia, że jako chybiony należy ocenić zarzut odwołania o braku umocowania osoby, która podpisała się pod zobowiązaniem Podmiotu trzeciego z 4 sierpnia 2017 r.

4. Termin oddania zasobów

Zamawiający zwrócił uwagę na art. 25a ust. 3 Pzp przewidujący, że na etapie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby lub sytuację ma formę JEDZ, czyli wstępnego oświadczenia. Takie oświadczenie/JEDZ Podmiot trzeci złożył 10 stycznia 2017 r. (a nie jak wskazuje odwołanie – 12 stycznia 2017 r.) i zostało ono dołączone do wniosku Wykonawcy D o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Nie istnieją regulacje, które nakładałyby na Zamawiającego obowiązek zażądania od Wykonawcy D. lub Podmiotu trzeciego dalszych dokumentów potwierdzających lub uszczegóławiających tak złożone wstępne oświadczenie/JEDZ.

Finalne oświadczenie dotyczące udostępnienia zasobów złożone zostało jako załącznik do pisma Wykonawcy D. z 4 sierpnia 2017r., stanowiącego odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z 3 sierpnia 2017 r. Stosownie do tego wezwania, jak i sekcji III.1.1) pkt 6 ogłoszenia o zamówieniu oraz art. 26 ust. 1 Pzp, składane przez wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia miały być aktualne na dzień ich złożenia.

Skoro zatem Zamawiający uzyskał merytorycznie poprawne oświadczenie od Wykonawcy D., zgodne z wymogami wezwania, sekcji III.1.1) pkt 6 ogłoszenia o zamówieniu oraz art. 26 ust. 1 Pzp, to nie miał i nie ma – tak jak oczekuje Odwołujący – prawa lub obowiązku zażądania od Wykonawcy D. dokumentów potwierdzających spełnianie warunku

udziału w Postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia (w zakresie udostępnienia zasobów przez Podmiot trzeci) również w dacie złożenia JEDZ przez Podmiot trzeci (tj. na 10 stycznia 2017 r.). Zobowiązanie Podmiotu trzeciego było złożone przez ten sam podmiot, który na etapie wniosku o dopuszczenie deklarował udostępnienie zasobów, tak więc przez to zobowiązanie Zamawiający uzyskał bieżące, tj. przed wyborem oferty, potwierdzenie realności udostępnienia zasobów dla Wykonawcy D., co z kolei pozwalało uznać, że ten ostatni spełnił wszelkie warunki udziału w Postępowaniu, jak i brak było podstaw do jego wykluczenia.

Czynienie przez Odwołującego zarzutu z powodu nieaktualności ww. zobowiązania jest, po pierwsze, spóźnione, bowiem winno być ewentualnie podniesione na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału, a po drugie na obecnym etapie jest gołosłowne i zdaje się być nadużywane przez Odwołującego, tym bardziej jako twierdzenia o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd w tym zakresie. Gdyby jednak uznać, za Odwołującym, że dokumenty potwierdzające udostępnienie winny być złożone przez Wykonawcę D. również na dzień złożenia JEDZ przez Podmiot trzeci (tj. na 10 stycznia 2017 r.), to taki brak lub niewykazanie spełniania warunku udziałów w postępowaniu może być sanowany w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 Pzp, co z kolei całkowicie czyni bezzasadnymi zarzuty odwołania o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd.

5. Brak wezwania D. sp. z o.o. do uzupełnienia złożonych dokumentów

Skoro, jak wykazano wyżej, Zamawiający był i jest przekonany o realności udostępnienia zasobów Wykonawcy D. i przedstawił on wszelkie oświadczenia i dokumenty zgodnie z aktualną bieżącą sytuacją faktyczną i obowiązującymi regulacjami prawnymi, to brak było podstaw do wzywania Wykonawcy D. do ich uzupełniania.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia zgłosili:

1. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – A. sp. z o.o. z siedzibą w W., E. sp. z o.o. 3. P. sp. k. z siedzibą w E. – po stronie Odwołującego
2. Wykonawca D. – po stronie Zamawiającego.

Izba, wobec spełniania przez wykonawców zgłaszających przystąpienia warunków określonych w art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o ich dopuszczeniu do udziału w Postępowaniu odwoławczym zgodnie z oświadczeniami zawartymi w przystąpieniach.

W zgłoszonym przystąpieniu Wykonawca D. (dalej również „Przystępujący”) przedstawił następującą argumentację uzasadniającą oddalenie odwołania.

1. Udostępnienie sytuacji ekonomicznej

Przystępujący podkreślił, że w sposób wymagany przez Zamawiającego spełnił wymóg pkt III.1.2 ogłoszenia o zamówieniu. Prowadzona w tym zakresie polemika Odwołującego jest jego subiektywną oceną zaprezentowanych w postępowaniu dokumentów i nie osadza się w realiach prawnych Pzp. Ustawodawca w art. 22 a ust. 1 Pzp nie bez powodu zaznaczył, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Istotne jest zatem, aby zobowiązanie pozwalało zidentyfikować łączący wykonawcę z podmiotem trzecim stosunek prawny, i aby realne wsparcie w obranej formie odpowiadało charakterowi przedmiotowego zamówienia. Ponadto, na możliwość w zakresie korzystania z potencjału ekonomicznego i finansowego podmiotów trzecich przez wybranego wykonawcę zezwolił sam Zamawiający sankcjonując takie prawo w pkt III.1.2)3.3 ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym korzystanie przez Wykonawcę D. z potencjału ekonomicznego i finansowego nie jest przez Pzp zabronione i zostało dopuszczone przez Zamawiającego.

Zamawiający w sposób poprawny zweryfikował i upewnił się, że Wykonawca D. będzie mógł realnie dysponować wszelkimi wskazanymi przez niego zasobami Podmiotu trzeciego przez cały czas wykonywania zamówienia, gdyż ma i będzie miał do nich rzeczywisty dostęp.

Przystępujący stwierdził, że Odwołujący błędnie interpretuje pkt III.1.2)1.1 ogłoszenia o zamówieniu. W zarzutach odwołania (str. 5) Odwołujący podaje, że „[...]wykonawcy zobowiązani byli złożyć oświadczenie własne o obrotach w zakresie produkcji urządzeń elektronicznych[...]”, co może sugerować, że w tym zakresie nie jest dozwolone posługiwanie się zasobami podmiotu trzeciego. Z postanowienia pkt III.1.2)1.1. ogłoszenia o zamówieniu nie można jednak tak wnioskować. Co więcej, w treści pkt III.1.2)3.3. ogłoszenia Zamawiający wyraźnie zezwolił na możliwość korzystania przez wykonawcę w zakresie spełnienia warunków, o których mowa w pkt III.1.2)1.1. ogłoszenia o zamówieniu, z zasobów i potencjału podmiotu trzeciego.

Nie znajdowały też pokrycia w ustalonych faktach i dowodach zarzuty Odwołującego, jakoby udostępnienie w tej konkretnej sytuacji zasobów ekonomicznych i finansowych Wykonawcy D. nie uchroni Zamawiającego m.in. „[...]przed ryzykiem upadłości wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia a tym samym może to prowadzić do finansowania z budżetu państwa słabych ekonomicznie podmiotów, które nie radzą sobie na rynku[...]”. Trzeba też mieć na uwadze, że ustawodawca wprowadzając w art. 22a ust. 5 Pzp solidarną odpowiedzialność podmiotu który zobowiązał się do udostępnienia zasobów za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy, stworzył dodatkowe gwarancje w sposób istotny zwiększające wiarygodność składanych oświadczeń w tym zakresie.

Niezależnie od powyższego Wykonawca D. wskazał na dodatkowe aspekty związane z treścią pkt III.1.2) 1.1 ogłoszenia o zamówieniu. Wymagany przez Zamawiającego obrót 10 milionów złotych uzyskany w zakresie produkcji urządzeń elektronicznych związany jest wyłącznie z udowodnieniem przez wybranego wykonawcę realnych zdolności produkcyjnych dla realizowanego w przyszłości ewentualnie uzyskanego zamówienia w takich rozmiarach jak planuje Zamawiający. Wiarygodność ekonomiczna wykonawcy który ma w przyszłości realizować przyznane zamówienie potwierdzana jest wyłącznie o przesłanki wskazane w pkt III.1.2 ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto, jeżeli Odwołujący uznał, że treść pkt III.1.2) 1.1. w związku z pkt III.1.3) 3 ogłoszenia pozostaje w oczywistej kolizji z przepisami Pzp, to winien – korzystając z przysługujących mu środków ochrony prawnej – podnieść taki zarzut zdecydowanie wcześniej. Tym samym w chwili obecnej (składanie przedmiotowego odwołania) zarzut naruszenia prawa w powyższym zakresie przez Zamawiającego (pkt III.1.2) 1.1 w zw. z pkt III.1.2) 3.3 ogłoszenia) i art. art. 22a ust. 1 Pzp nie może być uwzględniony, gdyż jest sprekludowany.

2. Udostępnienie osób

Chybiony i nieudowodniony jest zarzut Odwołującego, że Wykonawca D. nie ma realnych możliwości dysponowania kwalifikacjami i zasobami ludzkimi Podmiotu trzeciego, w tym konkretnym przypadku, swojego podwykonawcy. Żaden przepis Pzp, ani też wymagania Zamawiającego zawarte w pkt III.1.3)1.4 ogłoszenia o zamówieniu nie wskazują, że spełnienie ustawowego wymogu realnego charakteru dysponowania kwalifikacjami i zasobami ludzkimi podmiotu, na którego zasobach wykonawca polega, uznane zostaje za skuteczne i prawidłowe, tylko wtedy gdy między Wykonawcą D. a daną osobą (tutaj – inżynierem Podmiotu trzeciego, na którego zasobach Przystępujący polega, a jednocześnie podwykonawcy) zawarta będzie umowa o pracę. Tak więc nie charakter prawny umowy a jej treść decyduje o realnym dysponowaniu kwalifikacjami i zasobami ludzkimi podmiotu, na którego zasobach polega wykonawca.

Ponadto, treść zobowiązania w żaden sposób nie wyklucza tego, że na czas wykonywania uzyskanego zamówienia Wykonawca D. może (według swojego uznania) zawrzeć z inżynierem udostępnianym przez Podmiot trzeci, umowę o pracę. Przepisy K.p. nie zabraniają ewentualnego pozostawania danej osoby w dwóch stosunkach pracy z różnymi pracodawcami, nie można więc wykluczyć (co stara się czynić bezprawnie Odwołujący), że taka sytuacja będzie miała miejsce w tej sprawie.

3. Brak umocowania A. S. do zaciągnięcia zobowiązania w imieniu Podmiotu trzeciego

Odwołujący w sposób całkowicie dowolny dokonał wykładni treści załączonego do oferty Wykonawcy D. pełnomocnictwa z 3 sierpnia 2017 r. W zarzutach odwołania Odwołujący bezzasadnie wywiódł kategoryczne stwierdzenie, jakoby mocodawca upoważnił

A. S. do składania oświadczeń woli w Postępowaniu tylko wobec Zamawiającego. Takie stwierdzenie Odwołującego nie polega na prawdzie i jest oczywiście nieuprawnione. W treści przedmiotowego pełnomocnictwa znajduje się wyraźne umocowanie do reprezentowania Podmiotu trzeciego w Postępowaniu, czyli tak wobec jej uczestnika – Wykonawcy D., jak i ewentualnie wobec jego organizatora, czyli Zamawiającego, w sytuacji gdy zajdzie taka potrzeba. Dokonując wykładni oświadczenia woli mocodawcy i treści pełnomocnictwa należy opierać się nie tylko na jego dosłownym brzmieniu, ale trzeba również odnieść się do rzeczywistej woli stron, ich zamiarów towarzyszących udzielenia takiego pełnomocnictwa i innych istotnych okoliczności sprawy (art. 65 § 2 K.c.).

Przystępujący zwrócił uwagę na tzw. kombinowaną metodę wykładni oświadczeń woli. Wspomniana metoda wykładni opiera się na założeniu, że najistotniejsze znaczenie ma rzeczywista wola stron, a dopiero, jeżeli nie sposób jej ustalić, bada się obiektywnie przyjęte znaczenie danego oświadczenia. Decydujący przy tym jest stan z chwili złożenia oświadczenia. W przypadku oświadczenia woli ujętego w formie pisemnej, to sens tego oświadczenia ustala się, przyjmując za podstawę wykładni przede wszystkim tekst dokumentu, w którym te oświadczenie zostało zawarte. Podstawowe znaczenie mają językowe reguły znaczeniowe. Znaczenie poszczególnych wyrazów odczytuje się z uwzględnieniem kontekstu okoliczności sprawy, w jakim oświadczenie woli zostało złożone. Tekst dokumentu nie stanowi wyłącznej podstawy wykładni ujętych w nim oświadczeń woli składanych indywidualnie oznaczonym osobom.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, oczywistym jest, że mocodawca (Podmiot trzeci) udzielił pełnomocnictwa członkowi swojego zarządu tylko i wyłącznie po to, aby osoba ta w jego imieniu złożyła wobec Wykonawcy D. wymagane art. 22a ust. 2 Pzp zobowiązanie, jak też inne wymagane treścią ogłoszenia o zamówieniu oświadczenia i aby oświadczenia te i zobowiązania zostały zaprezentowane Zamawiającemu wraz z ofertą przetargową. Taki był cel oraz kontekst oświadczeń woli Podmiotu trzeciego reprezentowanego przez pełnomocnika, kierowanych do D. Sp. z o.o. i adresowanych do Zamawiającego. Wszelkie ewentualne przeciwne twierdzenia Odwołującego są chybione i nie powinny być brane pod uwagę w stanie faktycznym i prawnym niniejszej sprawy.

Nie można też uznać za poprawne twierdzenie Odwołującego, że udostępnienie zasobów stanowi zaciągnięcie zobowiązania. Zobowiązanie złożone w trybie art. 22a ust. 2 Pzp jest jedynie deklaracją i obietnicą określonego zachowania, co nie oznacza, że takie zobowiązanie, tj. o deklaratoryjnym i informacyjnym charakterze, nie powinno być oceniane kompleksowo pod względem jego wiarygodności, realności i przydatności dla wykazania celu, dla którego jest przedkładane.

Przenosząc poczynione powyżej uwagi i rozważania do stanu faktycznego sprawy, uznać bezwzględnie należy, że ze względu na treść pełnomocnictwa z 3 sierpnia 2017 r. i wynikającą z niej informację co do osoby wystawiającej zobowiązanie z 4 sierpnia 2017 r. Wykonawca D. udowodnił w sposób wystarczający, że będzie dysponować potencjałem Podmiotu trzeciego. Tym samym uznać należy, że A. S. jest osobą uprawnioną i właściwą do wystawienia zobowiązania. Nie można zgodzić się z wykładnią treści pełnomocnictwa dokonaną przez Odwołującego, jakoby osoba podpisująca zobowiązanie była do tej czynności nienależycie umocowana. Nie jest to równoznaczne z nieudowodnieniem dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

4. Termin oddania zasobów

W treści ogłoszenia o zamówieniu, w pkt III.1.1) 3, Zamawiający wyraźnie wskazał złożenia jakich dokumentów i oświadczeń wymaga od każdego wykonawcy wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Żadne z tych wymagań nie nakazywało aby wraz z dokumentem „JEDZ” wykonawca składał odrębne indywidualne oświadczenie swoje albo podmiotu, na którego zasobach polega, o treści zgodnej z art.22a ust. 2 Pzp. Tym samym zgodnie z przepisami Pzp, jak i treścią ogłoszenia o zamówieniu, Wykonawca D. w sposób zgodny z prawem i skuteczny złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu przez m.in. wypełnienie pkt C str. 5 JEDZ i został dopuszczony ważnie i skutecznie do udziału w Postępowaniu. Wykonawca D. podniósł ponadto, że ewentualny zarzut Odwołującego co do nieprawidłowego wypełnienia przez niego JEDZ albo ewentualnego niezłożenia wraz z tym dokumentem dodatkowych oświadczeń np. zgodnych z art. 22a ust. 2 Pzp, na obecnym etapie sprawy jest spóźniony i tym samym nie może być jako zarzut sprekludowany skutecznie podnoszony przez Odwołującego.

5. Brak wezwania Wykonawcy D. do uzupełnienia złożonych dokumentów

Mając powyższe na względzie, nie można uznać za skuteczny zarzut Odwołującego jakoby Zamawiający naruszył przepisy Pzp rzez zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń złożonych w przedmiotowym postępowaniu, gdyż zobowiązanie Podmiotu trzeciego do oddania zasobów na potrzeby realizacji zamówienia jest właściwe, zgodne z przepisami Pzp, wymaganiami Zamawiającego i w sposób odpowiedni udowadnia oraz potwierdza faktyczne i realne dysponowanie przez Przystępującego tymi zasobami. Wykonawca D. podkreślił, że w sposób wymagany prawem oraz ogłoszeniem o zamówieniu złożył Zamawiającemu w odpowiednim terminie, formie i treści wszystkie dokumenty, oświadczenia oraz zobowiązania swoje i Podmiotu trzeciego i że będzie tymi zasobami faktycznie i realnie dysponował w celu realizacji zamówienia.

Na rozprawie strony i uczestnicy postępowania odwoławczego podtrzymali przedstawioną powyżej argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Wykonawcy D. zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i zgłoszonym przystąpieniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści ogłoszenia o zamówieniu, wniosku Przystępującego o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, SIWZ, oferty ostatecznej Przystępującego, zawiadomienia o wynikach Postępowania, wezwania Przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, dokumentów przedstawionych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie i zawiadomienia o wyborze oferty Przystępującego uznając, że przedstawiony powyżej stan faktyczny nie budzi wątpliwości i nie wymaga odrębnego, dodatkowego omówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że odwołanie należało oddalić.

1. Udostępnienie sytuacji ekonomicznej

Punktem wyjścia do dalszych rozważań należy uczynić stwierdzenie, że możliwość posługiwania się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia potencjałem ekonomicznym podmiotu trzeciego, w celu wykazania spełniania odnoszącego się do niego warunku udziału w postępowaniu, nie tylko została przewidziana *ad casum* przez Zamawiającego, ale znajduje swoje umocowanie w przepisach Pzp (zob. art. 22a ust. 1 Pzp). W konsekwencji nie było uprawnione stanowisko Odwołującego, że co do zasady udostępnienie takiego potencjału nie jest możliwe.

W kwestii realności udostępnienia zasobów ekonomicznych podkreślenia wymaga, że jest to zagadnienie problematyczne. Jest tak przede wszystkim dlatego, że zasoby tego rodzaju nie mają, w odróżnieniu chociażby od potencjału technicznego, materialnego charakteru. Co więcej, nie można ich przekazać w formie konsultacji, doradztwa, czy generalnie szeroko rozumianego wsparcia merytorycznego, ponieważ są ściśle związane z podmiotem, który nim dysponuje. Niemniej jednak, skoro – jak wspomniano – ustawodawca zdecydował się na dopuszczenie możliwości posługiwania się nimi przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, to rola Izby, w przypadku kwestionowania możliwości posługiwania się takim potencjałem, sprowadza się *de facto* do udzielenia odpowiedzi na pytanie o realność udostępnienia takiego zasobu. *Ad casum*,

skład orzekający uznał, że udział Podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy zamówienia stanowi o realności udostępnienia Wykonawcy D. potencjału ekonomicznego, ponieważ za Przystępującym stać będzie wiarygodność ekonomiczna innego podmiotu, który będzie bezpośrednio uczestniczył w realizacji zamówienia. Okoliczność ta, w połączeniu z przewidzianą w przepisie art. 22a ust. 5 Pzp solidarną odpowiedzialnością Podmiotu trzeciego za zawinione nieudostępnienie zasobów stanowi, w ocenie Izby, wystarczającą gwarancję powierzenia wykonania zamówienia rzetelnemu wykonawcy.

2. Udostępnienie osób

Skład orzekający uznał, że kwestionowanie realności udostępnienia Przystępującemu pracowników Podmiotu trzeciego tylko na tej podstawie, że są oni związani z podmiotem udostępniającym zasoby stosunkiem pracy nie było uprawnione. Odwołujący konsekwentnie pomijał bowiem istotną, w przekonaniu Izby, okoliczność, że Podmiot trzeci będzie podwykonawcą zamówienia publicznego, a zatem udostępniani pracownicy będą bezpośrednio zaangażowani w realizację zamówienia.

3. Brak umocowania A. S. do zaciągnięcia zobowiązania w imieniu Podmiotu trzeciego

Izba uznała, że Odwołujący zinterpretował zakres spornego pełnomocnictwa niewłaściwie. Bezspornie obejmuje ono uprawnienie do reprezentowania Podmiotu trzeciego w Postępowaniu. Z powyższego, w ocenie składu orzekającego, wynika, że pełnomocnik był uprawniony nie tylko do wykonywania określonych w dalszej części pełnomocnictwa czynności, który to katalog uznany został za przykładowy (o czym świadczy poprzedzające go sformułowanie „w tym do:”), ale do podejmowania wszelkich czynności związanych z udziałem Podmiotu trzeciego w Postępowaniu. Uzasadniony jest zatem wniosek, że pełnomocnik może działać w imieniu Podmiotu trzeciego zarówno w relacjach z Zamawiającym,

jak i Wykonawcą D., o ile podejmowane przez niego czynności mają związek z Postępowaniem, a tak jest w przypadku złożenia zobowiązania do oddania zasobów na potrzeby ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

4. Termin oddania zasobów

Izba uznała, że wskazana na zobowiązaniu data, mająca rzekomo stanowić najwcześniejszy termin oddania Przystępującemu zasobów nie ma przesądzającego znaczenia dla uznania, że Wykonawca D. nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Jest tak dlatego, że Przystępujący składając JEDZ oświadczył w nim *expressis verbis*, że polega na zasobach innego podmiotu w celu wykazania wspomnianej okoliczności i załączył JEDZ dla Podmiotu trzeciego. W konsekwencji już w dacie składania JEDZ Zamawiający, po pierwsze, uzyskał wstępne – jak stanowi przepis art. 25a ust. 1 Pzp – potwierdzenie, że Przystępujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu oraz, po drugie,

że w celu wykazania spełniania warunków polegać będzie na zasobach innego podmiotu. W ocenie składu orzekającego złożone później zobowiązanie Podmiotu trzeciego stanowiło potwierdzenie oświadczenia wynikającego z JEDZ Wykonawcy D., a nadto było aktualne na dzień złożenia, zgodnie z Sekcją III pkt III.1.1) ppkt 6 ogłoszenia o zamówieniu.

5. Brak wezwania D. sp. z o.o. do uzupełnienia złożonych dokumentów

W warunkach przesądzenia przez Izbę, że przedstawione przez Wykonawcę D. dokumenty są prawidłowe przedmiotowy zarzut uznany zostać musiał za bezpodstawny.

Ponadto, w konsekwencji ustalenia, że nie było podstaw do kwestionowania dokumentów złożonych przez Przystępującego, związane z nimi zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, także nie mogły się ostać.

Wobec powyższego orzeczono, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 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.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący: