

**WYROK**  
**z dnia 1 września 2014 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie, w dniu 1 września 2014 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2014 roku przez wykonawcę Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej „Legionowo” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legionowie przy ulicy Sowińskiego 37, 05-120 Legionów

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eneria spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Izabelinie-Dziekanówku przy ulicy Modlińskiej 11, Izabelin-Dziekanówek, 05-092 Łomianki (pełnomocnik) oraz Introl-Energomontaż spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od wykonawcy Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie przy ulicy Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków na rzecz Przedsiębiorstwo Energetyki

Ciepłej „Legionowo” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legionowie przy ulicy Sowińskiego 37, 05-120 Legionów kwotę 3 600 zł 00 gr [słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Warszawa - Praga.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej „Legionowo” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legionowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa źródła kogeneracyjnego w postaci 3 silników gazowych oraz kotłowni gazowej na terenie Ciepłowni Miejskiej w Legionowie”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w dnio 7 sierpnia 2014 roku przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eneria Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie-Dziekanówku oraz Introl-Energomontaż Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie [w dalszej części: Konsorcjum Eneria lub Konsorcjum].

18 sierpnia 2014 roku Odwołujący - Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie, działając w trybie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na dokonaniu wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eneria Sp. z o.o. z siedzibą w Izabelinie-Dziekanówku oraz Introl-Energomontaż Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum z postępowania oraz zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2a i 2b ustawy przez błędną wykładnię i zaniechanie zastosowania, będące wynikiem nieuprawnionego przyjęcia, że Konsorcjum wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo że polegając na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego nie udowodniło, że będzie dysponować zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Konsorcjum niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia,
- naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum, pomimo że ta nie jest najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Konsorcjum z postępowania, dokonania ponownej oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania w przedmiotowym postępowaniu. Jego oferta nie podlega odrzuceniu i w razie uwzględnienia odwołania podlega wyborowi jako najkorzystniejsza.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, że postępowanie zostało wszczęte w maju br., a w dniu 2 lipca 2014 r. Zamawiający po raz pierwszy dokonał wyboru oferty Konsorcjum. Czynność tą zaskarżyła spółka Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie. Wyrokiem z dnia 25 lipca 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum oraz wezwanie Konsorcjum na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełniania postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W kontrowersyjnym orzeczeniu Izba uznała, że harmonogram rzeczowo- finansowy wymagany treścią SIWZ nie stanowił w istocie treści oferty wykonawców, a tym samym pomimo stwierdzonej przez KIO sprzeczności pomiędzy SIWZ i harmonogramem przygotowanym przez Konsorcjum uznano, że oferta tego ostatniego nie podlega odrzuceniu (podobnie KIO oceniła ewidentnie błędną w stosunku do SIWZ koncepcję budowy Bloku kogeneracyjnego). Uwzględniając natomiast zarzut wadliwej oceny spełniania przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu (Konsorcjum polega na potencjale podmiotu trzeciego, jednak nie wykazała, że posiadać będzie dostęp do jego niezbędnych zasobów) KIO stwierdziła, że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu ze względu na niewystarczające zobowiązanie do udostępnienia zasobów, jednakże uznała, że podlega ono uzupełnieniu pomimo że Zamawiający już raz wzywał wykonawcę do uzupełnienia tego zobowiązania. Na powyższy wyrok Odwołujący - spółka Control Process S.A. z siedzibą w Krakowie wniósł skargę do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Zamawiający pismem z dnia 5 sierpnia 2014 roku, wykonując wyrok, wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełniania postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. zobowiązania podmiotu trzeciego (Introl S.A. w Katowicach), które będzie zawierać deklarację przekazania do pełnej dyspozycji Konsorcjum zespołu elementów wchodzących w skład przedsiębiorstwa takich

jak pracownicy, dokumentacja, instrukcje, sprzęt i wszelkie inne elementy wykorzystywane w przeszłości do realizacji zadań inwestycyjnych. W odpowiedzi Konsorcjum w dniu 7 sierpnia 2014 roku złożyło pisemne zobowiązanie Introl S.A. z dnia 6 sierpnia 2014 roku do oddania do dyspozycji Konsorcjum niezbędnych zasobów. Tego samego dnia (7 sierpnia 2014 roku) Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum, z którą to czynnością Odwołujący się nie zgadza.

Odwołujący na wstępie przypomniał, że KIO w wyroku z dnia 25 lipca 2014 roku, stwierdziła, że dwukrotnie składane zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez Introl S.A. nie świadczyło, że Konsorcjum będzie miało realny dostęp do potencjału tej spółki. W obszernym uzasadnieniu Izba wywiodła, że aby wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu bazując na cudzej wiedzy i doświadczeniu konieczny jest udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, którego nie zadeklarowała Introl S.A. Zarazem Izba przyjęła, że w tej konkretnej sprawie, wobec restrukturyzacji Introl S.A., wyjątkowo możliwe jest przekazanie koniecznej wiedzy i doświadczenia bez uczestnictwa podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia, jednakże okoliczności warunkujących taką ocenę nie sposób wyinterpretować z żadnego z dwóch złożonych wcześniej zobowiązań Introl S.A. Dlatego Izba nakazała wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia stosownego dokumentu. Zamawiający wykonując wyrok wystosował wezwanie zaznaczając czego oczekuje (informacji o sposobie wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego, a także nt. charakteru łączącego strony stosunku). Nie można jednak uznać, że przedłożony mu przez Konsorcjum dokument jest wystarczający do uznania, że wykazało ono spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a to z następujących przyczyn.

Podstawową okolicznością przekreślającą możliwość uznania „nowego” zobowiązania, jest fakt, że wystawiono je po terminie składania ofert. Przypomnieć trzeba, że zobowiązanie uzupełnione przez konsorcjum w dniu 30 czerwca 2014 roku przewidywało jedynie przekazanie Konsorcjum pisemnych instrukcji oraz doradztwo techniczne polegające na okresowych konsultacjach (pomijając kwestie udostępnienia pracowników w osobie Pana Ludwika Jendryki). W tym zobowiązaniu nie zadeklarowano przeniesienia jakiegokolwiek zorganizowanego zespołu składników przedsiębiorstwa Introl S.A. do Introl-Energomontaż Sp. o.o., co ma miejsce w ramach zobowiązania z dnia 6 sierpnia 2014 roku. W istocie treść jego jest podyktowana przebiegiem postępowania odwoławczego i wyrażonej w orzeczeniu opinii Izby nt. koniecznego kształtu tego rodzaju dokumentu. Konsorcjum niejako dostosowało się do tego. W poprzednim, nie wymuszonym przez Izbę zobowiązaniu (a dokładnie dwóch) nie było mowy ani o restrukturyzacji, ani tym bardziej o przenoszeniu aktywów z Introl S.A. do Introl Energomontaż Sp. z o.o. Wspomniano

o oddelegowaniu jednego pracownika, podczas gdy obecnie jest mowa aż o dziewięciu. Ponadto, nie można uznać zobowiązania z dnia 6 sierpnia 2014 roku jako konkretnego i wystarczającego dokumentu gwarantującego Konsorcjum dostęp do cudzych zasobów (Introl S.A.). Czytamy z niego, że przeniesienie majątku ma nastąpić do końca 2014 r., ale nie wiadomo kiedy dokładnie będzie miało miejsce. Tym samym nie wynika z niego, że już od początku wykonywania zamówienia będzie dostępne Konsorcjum. Nic przecież nie stało na przeszkodzie, aby w początkowej fazie Introl S.A. brała udział w realizacji zamówienia - do czasu, kiedy zespół składników zostanie przeniesiony na Introl-Energomontaż. Dopiero taka relacja mogłaby być uznana za gwarantującą dostęp do cudzych zasobów. Ewentualnie, gdyby zobowiązanie określało, że przeniesienie nastąpi zanim Konsorcjum rozpocznie realizację zamówienia. Żadna tego rodzaju deklaracja nie pada. Sposób opisanie w zobowiązaniu z dnia 6 sierpnia 2014 roku współpracy w okresie reorganizacji w grupie Introl S.A. diametralnie różni się od zakresu wcześniejszych zobowiązań. Nie może być mowy o ich „uszczegółowieniu” lecz istotnym rozszerzeniu. Deklaracji przeniesienia zorganizowanej części przedsiębiorstwa nie da się wywieść z treści żadnego z dotychczas złożonych zobowiązań. Należy zarazem pamiętać, że czynność mająca za przedmiot przedsiębiorstwo lub jego zorganizowaną część stanowi doniosłe zdarzenie prawne w funkcjonowaniu obydwu stron takiej transakcji, zatem gdyby w istocie do takiej operacji miało dojść, to została by ona jasno zapowiedziana już wcześniej. Odwołujący podniósł, że zobowiązanie z dnia 6 sierpnia 2014 roku nie może stanowić skutecznej deklaracji przeniesienia zorganizowanej części przedsiębiorstwa i w istocie w tych kategoriach nie może być postrzegana, wobec lakonicznych, szczątkowych informacji w tym zakresie w treści tego zobowiązania.

Odwołujący wskazał, że zobowiązanie z dnia 6 sierpnia 2014 roku nie może stanowić dowodu na okoliczność, że na dzień składania ofert Konsorcjum posiadało dostęp do zasobów Introl S.A. w stopniu pozwalającym uznać, że może realnie polegać na wiedzy i doświadczeniu tej spółki. Na przeszkodzie stoją: termin uzyskania ww. zobowiązania przez Konsorcjum - bowiem wystawione zostało dalece po terminie składania ofert, zakres tego zobowiązania - bowiem nie obejmuje ono udziału w realizacji zamówienia w żadnym okresie, w szczególności podwykonawstwa, ogólnikowość i nieskuteczność zobowiązania jeśli chodzi o inne formy wsparcia wykonawcy (delegacja pracowników, przeniesienie przedsiębiorstwa, itp.), brak konkretnych informacji o terminie zakończenia reorganizacji w grupie Introl S.A., z którą to datą do Introl-Energomontaż zostanie rzekomo wniesiona zorganizowana część przedsiębiorstwa Introl S.A.

Zamawiający błędnie uznał, że zobowiązanie z dnia 6 sierpnia 2014 roku jest

wystarczające do uznania, że Konsorcjum wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, a tym samym naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a i 2b ustawy przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania. W tych okolicznościach odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 18 sierpnia 2014 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający przesłał faksem oraz emailem w dniu 1 września 2014 roku pismo z dnia 29 sierpnia 2014 roku *Odpowiedź na odwołanie*, wnosząc o odrzucenie odwołania ewentualnie o oddalenie odwołania.

Na rozprawie Odwołujący złożył pismo z dnia 1 września 2014 roku - *Pismo procesowe Odwołującego*.

Uczestnik postępowania odwoławczego na rozprawie złożył pismo z dnia 29 sierpnia 2014 roku – *Pismo Przystępującego*.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eneria spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Izabelinie-Dzieskanówku przy ulicy Modlińskiej 11, Izabelin-Dzieskanówek, 05-092 Łomianki (pełnomocnik) oraz Introl-Energomontaż spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał informację o wpłynięciu odwołania w dniu 21 sierpnia 2014 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w ustawowym terminie tj. 22 sierpnia 2014 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła:

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2014 roku sygn. akt 1434/14 Zamawiający zobowiązany został:

*Mając na względzie przytoczone wyżej argumenty, dostrzegając potrzebę wyeliminowania wątpliwości, co do dokumentu, którym posłużył się w postępowaniu Przystępujący, nakazano Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie*



zamówienia publicznego Eneria spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Izabelinie - Dziekanówku oraz Introl - Energomontaż spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Żądanie definitywnego wykluczenia Przystępującego, na obecnym etapie jest przedwczesne i nieuzasadnione. Stąd nakazano Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentu, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wezwanie, dokonane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy powinno, stosownie do ustaleń poczynionych w postępowaniu odwoławczym, wskazywać na uzupełnienie zobowiązania Introl SA w Katowicach, w zakresie sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego a także charakteru łączącego strony stosunku.

W odpowiedzi Konsorcjum Eneria winno złożyć zobowiązanie Introl SA w Katowicach opatrzone o dodatkowe informacje w części wskazującej sposób wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego a także charakter łączącego strony stosunku. Powyższe obejmuje, w zakresie sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego, przykładowo – tak jak zaprezentowano to na rozprawie - deklarację podmiotu trzeciego przekazania do pełnej dyspozycji Konsorcjum Eneria zespołu elementów wchodzących w skład przedsiębiorstwa, takich jak pracownicy, dokumentacja, instrukcje postępowania, sprzęt i wszelkie inne elementy, jakie zostały wykorzystane do realizacji w przeszłości zadań inwestycyjnych, w postaci: Nyska Energetyka Ciepła - Nysa Spółka z o.o., - „Budowa instalacji do wytwarzania energii elektrycznej i ciepłej w kogeneracji na bazie gazu GZ-50 w Nysie przy ul. Jagiellońskiej 10a; Eco Kutno Sp. z o.o. - Budowa układu wysoko sprawnej kogeneracji o mocy 6MW<sub>e</sub> na terenie Ciepłowni Miejskiej Nr 1 w Kutnie; OPEC Gdynia Sp. z o.o. - Budowa źródła wytwarzającego energię elektryczną w skojarzeniu z ciepłem na działce nr 891 i 145/20 przy ul. Weteranów 13, na terenie Wejherowa-Nanice.

W zakresie charakteru łączącego strony stosunku, uzupełnione zobowiązanie może wskazywać – tak jak prezentowano to na rozprawie - że podmiot znajduje się w fazie reorganizacji, której rezultatem ma być przeniesienie określonej działalności Introl SA w Katowicach [energetycznej] do Introl - Energomontaż sp. z o.o. w Chorzowie w najbliższym czasie; że w okresie realizacji zamówienia zasadnicza [albo cała] część tej działalności ma być wykonywana przez Introl - Energomontaż sp. z o.o. w Chorzowie na bazie majątku Introl SA w Katowicach, ze wskazaniem łączących oba podmioty powiązań kapitałowych, tak jak ma to miejsce w aktualnym brzmieniu zobowiązania.

Zamawiający, w wykonaniu orzeczenia obowiązany jest wyznaczyć Przystępującemu odpowiedni, to jest wykonalny termin, mając na uwadze, że uczynienie zadość wezwaniu

wymaga zwrócenia się do podmiotu trzeciego wobec Przystępującego i uzyskania pochodzącego od niego dokumentu.

Izba ustaliła, że Zamawiający wykonując wyrok z dnia 25 lipca 2014 roku, pismem z dnia 5 sierpnia 2014 roku wezwał Konsorcjum do uzupełnianie dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz wskazał zakres tego uzupełnienia zgodnie z ww. wyrokiem. Konsorcjum za pismem z dnia 6 sierpnia 2014 roku w dniu 7 sierpnia 2014 roku w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożyło pisemne zobowiązanie Introl S.A. z siedzibą w Katowicach do oddania do dyspozycji Konsorcjum Eneria niezbędnych zasobów opisanych w pkt IX pkt 2a) oraz pkt 3b) ppkt iii) SIWZ, tj. wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia, wskazując na sposób wykorzystania tych zasobów a także charakteru łączącego strony stosunku.

Izba wskazuje, że dokument z dnia 6 sierpnia 2014 roku *pisemne zobowiązanie Introl S.A. do oddania do dyspozycji Konsorcjum Eneria niezbędnych zasobów* stanowi uzupełnienie wcześniej złożonych zobowiązań podmiotu trzeciego, co zostało również wyartykułowane w orzeczeniu z dnia 25 lipca 2014 roku i w związku z tym treść złożonych przez Konsorcjum zobowiązań podmiotu trzeciego należy odczytywać łącznie.

Zobowiązanie opatrzone datą 6 sierpnia 2014 roku zostało złożone przez Konsorcjum w wyniku nakazania wezwania do złożenia dokumentu przez Izbę (wyrok z 25 lipca 2014 roku), również treść tego dokumentu została zdeterminowana wcześniej wymienionym wyrokiem. Konsorcjum uzupełniło dokument z datą z 6 sierpnia 2014 roku, wskazać należy, że uzupełnienie tego dokumentu z inną datą z uwagi na wskazania zawarte w odwołaniu mogłoby rodzić wątpliwości. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dokument może zostać wystawiony z datą po terminie składania ofert, jednakże z jego treści musi wynikać, że zawiera informacje na dzień składania ofert. Należy mieć niezmiennie na uwadze, że zobowiązanie podmiotu trzeciego tj. Introl S.A. z dnia 6 sierpnia 2014 roku stanowi uzupełnienie dotychczas składanych oświadczeń. W treści zobowiązania z dnia 6 sierpnia 2014 roku złożonego przez Introl S.A. jednoznacznie zostało wskazane, że *zobowiązanie stanowi uszczegółowienie treści zobowiązania dołączonego do oferty Konsorcjum Eneria złożonej w postępowaniu o udzielnie zamówienia w związku z wezwaniem Zamawiającego z dnia 5 sierpnia 2014 roku. Tym samym potwierdza spełnienie warunku przez Konsorcjum Eneria (...) na dzień składania ofert w myśl art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.* Mając na uwadze orzeczenie z dnia 25 lipca 2014 roku należy również zaznaczyć, że Zamawiający został zobligowany do wezwania Konsorcjum do

uzupełnienia dokumentu w danym zakresie a Konsorcjum zostało zobligowane do udzielenia wyjaśnień zgodnie z przedstawioną na rozprawie argumentacją, wskazanym przez Izbę w wyroku zakresie, co również pozostaje w bezpośrednim związku z datą wystawienia przez Introl S.A. zobowiązania do oddania do dyspozycji zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Izba wskazuje, że z treści złożonych dokumentów tj. zobowiązań Introl S.A. w Katowicach, w których Introl S.A. w Katowicach zobowiązuje się do udostępnienia wiedzy i doświadczenia (- zawartego w ofercie Konsorcjum, - uzupełnionego na wezwanie Zamawiającego za pismem z 18 czerwca 2014 roku, - uzupełnione w dniu 7 sierpnia 2014 roku na wezwanie Zamawiającego z dnia 5 sierpnia 2014 roku) wynika charakter łączącego te podmioty stosunku jak również zakres sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego (zgodnie z wyrokiem z dnia 25 lipca 2014 roku: (...) *Wezwanie, dokonane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy powinno, stosownie do ustaleń poczynionych w postępowaniu odwoławczym, wskazywać na uzupełnienie zobowiązania Introl SA w Katowicach, w zakresie sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego a także charakteru łączącego strony stosunku. W odpowiedzi Konsorcjum Eneria winno złożyć zobowiązanie Introl SA w Katowicach opatrzone o dodatkowe informacje w części wskazującej sposób wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego a także charakter łączącego strony stosunku.*)

Postanowienia obowiązującego przepisu (art. 26 ust. 2b ustawy) wskazują na konieczność udowodnienia Zamawiającemu przez wykonawcę, który powołuje się na cudzy potencjał, że wykonawca ten będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przez przedstawianie Zamawiającemu pisemnego zobowiązania podmiotów (udostępniających potencjał) do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Izba wskazuje że poza dyskusją pozostaje, słuszność podnoszonego w doktrynie i orzecznictwie (w tym w orzecznictwie TS UE) postulatu realność udostępnienia i dysponowania określonymi zasobami podmiotów trzecich na czas realizacji zamówienia. Realność w ślad z ustawodawstwem unijnym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji i konkretnego zamówienia – należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia. Zatem wymagane udowodnienie udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci winno służyć wykazaniu realności takiego udostępnienia, tj. udowodnieniu faktu, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie udostępnionym potencjałem i zasobami rzeczywiście dysponował i mógł je wykorzystać. Wykazanie to następuje przy wykorzystaniu dowolnych środków dowodowych, w tym przy pomocy wskazanego przykładowo w treści ww.

przepisu („w szczególności”) pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. Wykonawca winien więc dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, a także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy co prawda stanowi, iż wykonawca może polegać na potencjale podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru prawnego łączących ich stosunków, co jednak nie oznacza, iż ocena charakteru i wagi tych stosunków, nie może być jednym z elementów składających się na ocenę udowodnienia okoliczności, o których mowa w tym przepisie. Dla przykładu: innego rodzaju dowodów i zakresu staranności w dowodzeniu możliwości dysponowania potencjałem należało będzie oczekiwać od podmiotów ze sobą niepowiązanych, a na innym poprzestać w przypadku podmiotów pozostających ze sobą w ścisłych związkach kapitałowych, rodzinnych, ...etc. Przyjąć można, iż w niektórych przypadkach samo wykazanie tego typu powiązań pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym swoje zasoby, stanowiło będzie wystarczający dowód możliwości dysponowania potencjałem podmiotu udostępniającego (porównaj wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 września 2013 roku sygn. akt KIO 2030/13).

W przypadku powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, wykonawca może i powinien wykazywać na przykład: zakres udostępnianych zasobów, możliwy sposób ich wykorzystania przy realizacji zamówienia, warunki/charakter czy inne możliwości i podstawy takiego udostępnienia, a zwłaszcza ewentualny, planowany udział podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia. Zaznaczyć należy, że każdorazowo, w każdej sprawie należy dokonywać oceny dowodów złożonych w celu wykazania udostępnienia potencjału. Zgodnie z wyrokiem z dnia 25 lipca 2014 roku: (...) *Wezwanie, dokonane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy powinno, stosownie do ustaleń poczynionych w postępowaniu odwoławczym, wskazywać na uzupełnienie zobowiązania Inrol SA w Katowicach, w zakresie sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego a także charakteru łączącego strony stosunku. W odpowiedzi Konsorcjum Eneria winno złożyć zobowiązanie Inrol SA w Katowicach opatrzone o dodatkowe informacje w części wskazującej sposób wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego a także charakter łączącego strony stosunku – w tym kontekście należy dokonywać oceny oświadczenia złożonego przez Inrol S.A..*

Izba wskazuje, że sam Odwołujący w treści odwołania (str. 3) wskazał, że w zobowiązaniu Inrol S.A. uzupełnionym przez Konsorcjum w dniu 30 czerwca 2014 roku *nie zadeklarowano przeniesienia jakiegokolwiek zorganizowanego zespołu składników przedsiębiorstwa Inrol*

*S.A. do Introl-Energomontaż Sp. z o.o. , co ma miejsce w ramach zobowiązania z dnia 6 sierpnia 2014 roku. Zaznaczyć należy również, że w piśmie Odwołującego złożonym w trakcie postępowania, wskazane zostało również, że z zobowiązania z dnia 6 sierpnia 2014 roku wynika, że podmiot Introl S.A. zobowiązuje się do udostępnienia konkretnych zasobów w tym z podziałem informacji o czasie w którym będzie następowała reorganizacja w grupie kapitałowej oraz po jej zakończeniu. W zobowiązaniu z 6 sierpnia 2014 roku Introl S.A. w sposób precyzyjny wykazał, iż pomimo braku statusu podwykonawcy udostępni zasób wiedzy i doświadczenia oraz że będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia a także wyjaśnił charakter łączącego strony stosunku. .*

Z treści złożonego oświadczenia wynika, że Introl S.A. oraz Introl-Energomontaż Sp. z o.o. należą do jednej grupy kapitałowej i w ramach tej grupy następują przekształcenia strukturalne, które mają zostać zakończona do końca roku 2014. Z oświadczenia wynika, że Introl S.A. w Katowicach jest jedynym właścicielem i udziałowcem Introl-Energomontaż Sp. z o.o. oraz zostało oświadczone, że Introl-Energomontaż Sp. z o.o. przejmie do końca roku działalność spółki Introl S.A. dotyczącą wykonywania usług z branży energetycznej w tym pracowników majątek oraz dokumentację. W zobowiązaniu wskazane zostało również, że w skład zarządów obu spółek wchodzi te same osoby, które dotychczas odpowiedzialne były za realizację kontraktów z branży energetycznej – zobowiązujący wykazał w oświadczeniu, że jest to jeden z elementów reorganizacji spółek a mający na celu usprawnienie tej reorganizacji jak również płynnego przenoszenia działalności energetycznej i realizacji kontraktów z podmiotami trzecimi ze spółki Introl S.A. ba spółkę Introl-Energomontaż Sp. z o.o.. Do czasu zakończenia przekształceń w ramach grupy kapitałowej Introl-Energomontaż Sp. z o.o. uprawniony został do nieograniczonego korzystania z wszelkich składników majątkowych i niemajątkowych, które nie zostały jeszcze przeniesione na tę spółkę: ma nieograniczony dostęp do wszelkiej dokumentacji spółki Introl S.A. dotyczącej działalności w zakresie branży energetycznej (w tym archiwalnej dokumentacji dotyczącej realizacji kontraktów tożsamych z przedmiotem zamówienia), może korzystać ze doradztwa technicznego w ramach konsultacji pomiędzy spółkami i przygotowania i nieograniczonego udostępnienia oraz konsultacji wszelkich instrukcji do wykonania kontraktu jak również z nieograniczonego udostępnienia know-how spółki Introl S.A. z zakresu branży energetycznej. Introl S.A. zobowiązał się również w czasie reorganizacji grupy kapitałowej do nieograniczonego oddania do dyspozycji Introl-Energomontaż Sp. z o.o. posiadanego sprzętu specjalistycznego niezbędnego do wykonania zamówienia oraz oddelegowania pracowników na okres realizacji kontraktu (w tym pracowników nie przejętych przez Introl-Energomontaż Sp. z o.o. a którzy to pracownicy brali udział w realizacji wcześniejszych kontraktów) Introl S.A. podał w oświadczeniu, że pracownicy będą przejmowani stopniowo

przez Introl-Energomontaż Sp. z o.o. na podstawie art. 23<sup>1</sup> Kodeksu pracy w związku z przeniesieniem do tej spółki działalności energetycznej, wskazał również, że na tej podstawie zostało przeniesione z Introl S.A. do Introl-Energomontaż Sp. z o.o. biuro projektowe. Zobowiązanie obejmuje również udostępnienie baz danych poddostawców i producentów głównych urządzeń technologicznych i elektrycznych. Introl S.A. zobowiązał się również do nieograniczonego udostępnienia wszelkich innych zasobów niezbędnych do wykorzystania przy realizacji zamówienia. W zobowiązaniu zawarto również informację uszczegółowioną dotyczącą oddelegowania wraz ze wskazaniem nazwiska osób, które posiadają wszelką wiedzę i doświadczenie z dotychczas realizowanych kontraktów, jak również wskazał, że zobowiązuje się oddelegować innych pracowników niezbędnych do realizacji zamówienia. Oddelegowanie pracowników ma następować na podstawie umów trójstronnych pomiędzy spółkami a pracownikiem lub w drodze oddelegowania zgodnie z Kodeksem pracy albo przeniesienia pracownika na podstawie art. 23<sup>1</sup> Kodeksu pracy. Zgodzić się należy z uczestnikiem postępowania odwoławczego, że podanie nazwisk tych osób stanowi uszczegółowienie zobowiązania Introl S.A. W zobowiązaniu zostało ujęte, że po zakończeniu reorganizacji cała działalność energetyczna spółki Introl S.A. zostanie przeniesiona do spółki Introl-Energomontaż Sp. z o.o. w tym przejęta zostanie zorganizowana część przedsiębiorstwa dotycząca tej branży wraz z wszystkimi składnikami majątkowymi i niemajątkowymi oraz pracownikami, Introl-Energomontaż Sp. z o.o. stanie się kontynuatorką dotychczasowej działalności usługowej Introl S.A. w branży energetycznej. Izba zgadza się z Zamawiającym i uczestnikiem postępowania odwoławczego, że realność oddania do dyspozycji Introl-Energomontaż Sp. z o.o. zasobów Introl S.A. w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia została wykazana. Wykazany została sposób faktycznego, realnego umożliwienia korzystania z zasobów Introl S.A. przez Introl-Energomontaż Sp. z o.o. w trakcie realizacji kontraktu zarówno w okresie reorganizacji grupy kapitałowej jak również w czasie po zakończeniu tej reorganizacji, wykazano również charakter stosunków łączących podmioty Introl S.A. oraz Introl-Energomontaż Sp. z o.o. (wykazany został zakres sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego a także charakter łączący strony stosunku).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 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). Izba wyjaśnia, że nie zostały zasądzone uczestnikowi postępowania odwoławczego żadne koszty

postępowania, bowiem zgodnie z obowiązującymi przepisami, bowiem uczestnikowi postępowania odwoławczego nie przysługuje zwrot kosztów postępowania w innej sytuacji, aniżeli w razie uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania, co do którego uczestnik postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosi sprzeciw, a Krajowa Izba Odwoławcza oddali takie odwołanie.

Uwzględniając powyższe Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

**Przewodniczący:** .....