

WYROK

z dnia 14 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 października 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2014 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., 2) GMV Sistemas S.A.U.; 01 – 209 Warszawa, ul. Hrubieszowska 2**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., 01 – 232 Warszawa, ul. Siedmiogrodzka 20**,

przy udziale wykonawcy **Iqube Systems Sp. z o.o. Sp. K., 10 – 075 Olsztyn, ul. Okopowa 23** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., 2) GMV Sistemas S.A.U.,** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę instalacji i uruchomienie tablic Systemu Informacji Pasażerskiej czasu rzeczywistego wraz z obsługą bieżącą”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 lipca 2014 r., pod poz. 2014/S 127-227569.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider), 2) GMV Sistemas S.A.U. – w dniu 25 września 2014 r., otrzymał od Zamawiającego informację o wykluczeniu go z postępowania, odrzucenia jego oferty oraz wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Iqube Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Olsztynie.

W dniu 3 października 2014 r., Odwołujący — wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od rozstrzygnięcia ww. postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 2b Ustawy poprzez uznanie, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału wykonawcy musi być złożone w oryginale lub notarialnie poświadczonej kopii, a nie jest wystarczającym dopełnieniem przewidzianego w art. 26 ust. 2b Ustawy wymogu pisemności zobowiązania poprzez przedłożenie jego poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii,
- 2) § 7 ust. 2 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez uznanie, że wykonawca nie może poświadczyc za zgodność z oryginałem dokumentów pochodzących od podmiotu trzeciego, a tym samym, że nie można przekazać uprawnienia do potwierdzenia za zgodność z oryginałem innemu podmiotowi,

- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, w sytuacji gdy spełniał on warunki udziału w postępowaniu,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5) Ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy spełniał on warunki udziału w postępowaniu,
- 5) art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez uznanie, iż oferta złożona przez Iqube Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Olsztynie jest najkorzystniejsza i w konsekwencji - wybór tej oferty.

Z ostrożności procesowej Odwołujący, na wypadek nie uznania ww. zarzutów, które winny jednak powodować bezwzględne uwzględnienie odwołania, zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 6) art. 26 ust. 4 Ustawy poprzez brak wezwania Odwołującego do wyjaśnienia podstawy dysponowania przez Odwołującego osobami tj. Panem E. R. i Panem A. T. i stosunku prawnego jaki miał wiązać Odwołującego z tymi osobami w przypadku uzyskania zamówienia,
lub
- 7) art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez brak wezwania Odwołującego do przedłożenia zobowiązań podmiotów trzecich złożonych przez Pana E. R. i Pana A. T. potwierdzających dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- 8) art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 Nr 153, poz. 1503 j.t.) poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego nie doszło do wyboru Wykonawcy, który spełniał warunki udziału w postępowaniu określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Odwołujący wskazał, że kwestionuje następujące czynności Zamawiającego:

1. badania ofert - poprzez wykluczenie Odwołującego, a następnie odrzucenie jego oferty w związku z uznaniem przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
2. wybór najkorzystniejszej oferty - poprzez uznanie za najkorzystniejszą ofertę firmy Iqube Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Olsztynie, ewentualnie:
3. badania ofert - poprzez niewezwanie Odwołującego do wyjaśnienia podstawy dysponowania przez Odwołującego osobami tj. Panem E. R. i Panem A. T. i stosunku prawnego jaki miał wiązać Odwołującego z tymi osobami w przypadku uzyskania

zamówienia, lub

4. badania ofert - poprzez niewezwanie Odwołującego do uzupełnienia zobowiązań podmiotów trzecich złożonych przez Pana E. R. i Pana A. T. potwierdzających dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) unieważnienie czynności wyboru oferty Iqube Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Olsztynie,
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego w celu uznania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu,

ewentualnie o:

- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego i wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy do wyjaśnienia podstawy dysponowania przez Odwołującego osobami tj. Panem E. R. i Panem A. T. i stosunku prawnego jaki miał wiązać Odwołującego z tymi osobami w przypadku uzyskania zamówienia, lub
- 6) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego i wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia dokumentów oraz oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj. do przedłożenia oryginałów zobowiązań podmiotów trzecich udzielonych Odwołującemu w trybie art. 26 ust. 2b Ustawy przez Pana E. R. i Pana A. T. potwierdzających dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- 7) nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku jego uwzględnienia będzie on brał dalszy udział w postępowaniu, a jego oferta winna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza.

Dla uzasadnienia podniesionych zarzutów, Odwołujący wskazał, co następuje:

W zakresie zarzutu dotyczącego uznania, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału wykonawcy musi być złożone w oryginale lub notarialnie

poświadczonej kopii.

Odwołujący podniósł, że załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego Pana P. P. właściciela firmy Pulsar Systemy Elektroniczne do oddania do dyspozycji Odwołującego osób zdolnych do wykonania zamówienia w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Panią W. M. (pełnomocnika Wykonawcy) posiadającą stosowne upoważnienie do poświadczania tego typu dokumentów przekazane jej przez Pana P. P..

W wyniku wezwania z dnia 04.09.2014 r. do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu, pomimo braku takiego obowiązku w ocenie Odwołującego, Odwołujący pismem z dnia 10.09.2014 r. zamierzał przedłożyć Zamawiającemu oryginał przedmiotowego dokumentu, który był w jego posiadaniu. Jednakże z uwagi na uzupełnianie jeszcze innych dokumentów, do których uzupełnienia wzywał Zamawiający, a których ilość była znaczna, Odwołujący przez omyłkę nie dołączył przedmiotowego oryginału dokumentu. Niemniej jednak w dniu 15.09.2014 r. Odwołujący udał się do siedziby Zamawiającego celem uzupełnienia pisma z dnia 10.09.2014 r. i przedłożył oryginał zobowiązania Pana P. P., co też znalazło potwierdzenie w treści rozstrzygnięcia uzasadnienia w przedmiocie wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Odwołujący podkreślił, że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 04.09.2014 r. Zamawiający wyznaczył Odwołującemu termin na uzupełnienie dokumentów poprzez ich złożenie w formie pisemnej lub poprzez ich przesłanie faksem do dnia 10.09.2014 r., do godziny 15.00 pod warunkiem ich niezwłocznego potwierdzenia na piśmie na adres Zamawiającego. Tym samym, abstrahując od pozostałych zarzutów i argumentacji przywołanej w odwołaniu, Odwołujący stwierdził, że niezwłocznie potwierdził na piśmie spełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez przedłożenie oryginału dokumentu w dniu 15.09.2014 r. W konsekwencji też należy stwierdzić, że Odwołujący wypełnił treść wezwania z dnia 04.09.2014 r. i spełnił warunki udziału w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego w ocenie Odwołującego zarzut odnoszący się do formy dokumentu w postaci zobowiązania Pana P. P. właściciela firmy Pulsar Systemy Elektroniczne do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia jest w całości bezzasadny, gdyż zamawiający błędnie przyjmuje, iż dokument taki w przedmiotowej sprawie nie mógł zostać przedłożony w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Odwołujący argumentował, iż Zamawiający w zupełnie nieuzasadniony sposób przeciwstawia formę pisemną formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. W istocie zarówno oryginał, jak i kopia poświadczona za zgodność z oryginałem odnosi się do tej samej formy pisemnej, innymi słowy poświadczona za zgodność z oryginałem kopia zobowiązania także jest "pisemnym zobowiązaniem". Odwołujący uważa, że zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno spełniać wymogi formy pisemnej, co nie

ulega wątpliwości, ale stoi na stanowisku, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy nie wyłącza możliwości spełnienia wymogu pisemności zobowiązania poprzez przedłożenie jego poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii. Odwołujący podkreślił, iż dla dokumentów wymienionych rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, ustawa także przewiduje ogólny wymóg pisemności, pomimo tego rozporządzenie wyraźnie dopuszcza możliwość spełnienia tego wymogu poprzez przedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii. W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie można zastosować zasadę interpretacyjną argumentum a majori ad minus i przyjąć, iż skoro przepisy pozwalają na spełnienie wymogu pisemności poprzez poświadczenie kopii za zgodność z oryginałem, w stosunku do dokumentów o większym znaczeniu, to tym bardziej jest to dozwolone w stosunku do oświadczenia, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy.

Wskazano następnie, że pełnomocnik odwołującego Pani W. M. w związku z istniejącą już od dłuższego czasu współpracą pomiędzy Odwołującym a firmą Pulsar (w wyniku której to współpracy Odwołujący i firma Pulsar wykonują prace również na rzecz Zamawiającego) posiadała upoważnienie od Pana P. P. właściciela firmy Pulsar Systemy Elektroniczne do poświadczania za zgodność z oryginałem wszystkich składanych przez Pana P. oświadczeń, zobowiązań i dokumentów, na mocy których udzielał on GMV Innovating Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością lub GMV Sistemas S.A.U. albo obu tym Spółkom jednocześnie swoich zasobów w rozumieniu art. 26 ust. 2b Ustawy. Tym samym należy też stwierdzić, że przedłożone do oferty zobowiązanie Pana P. P. właściciela firmy Pulsar Systemy Elektroniczne, które było poświadczane przez Panią W. M. było w pełni poprawne, odpowiadało przepisom Ustawy i brak było podstaw do wzywania wykonawcy do uzupełnienia ww. dokumentu o jego oryginał.

Na powyższą okoliczność Odwołujący powołał dowód w postaci upoważnienia.

Dla poparcia swojego stanowiska Odwołujący odwołał się następnie do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej – wyrok KIO z dnia 28 września 2010 r. KIO/UZP 1993/10, wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 r. KIO/UZP 1511/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2010 r. KIO/UZP 1161/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 grudnia 2012 r. KIO 2767/12, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 września 2011 r. KIO 1985/11.

Reasumując powyższe, w ocenie Odwołującego, z wykładni art. 26 ust. 2b Ustawy i § 7 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów wynika, że kopie dokumentów dotyczących podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem, przez wykonawcę lub te podmioty, gdyż użyty spójnik "lub" oznacza tzw. alternatywę nierozłączną, tj. wymaga aby przynajmniej jeden z członków alternatywy był prawdziwy. Zatem dopuszczalne jest, aby kopie dokumentów dotyczących podmiotu (w tym wypadku firmy Pulsar), na którego zasobach polegał wykonawca, były poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę albo przez dany podmiot, w szczególności jeżeli wykonawca posiadał w tym zakresie stosowne

pełnomocnictwo (upoważnienie) udzielone mu przez ten Podmiot.

W związku z powyższym w ocenie Odwołującego Zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania, a następnie odrzucając jego ofertę, naruszył art. 26 ust. 2b Ustawy, § 7 ust. 2 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r., art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) Ustawy.

W zakresie zarzutów ewentualnych – dotyczących braku wezwania Odwołującego do wyjaśnienia podstawy dysponowania przez Odwołującego osobami tj. Panem E. R. i Panem A. T. i stosunku prawnego jaki miał wiązać Odwołującego z tymi osobami w przypadku uzyskania zamówienia, lub braku wezwania Odwołującego do przedłożenia zobowiązań podmiotów trzecich złożonych przez Pana E. R. i Pana A. T. potwierdzających dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – Odwołujący podniósł, że zarzuty te wynikają z faktu, iż Odwołujący w swojej ofercie na potwierdzenie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia załączył nie tylko zobowiązanie Pana P. P. właściciela firmy Pulsar Systemy Elektroniczne (karta 88 Oferty) ale również osobne i niezależne oświadczenia (zobowiązania) Pana E. R. (karta 76 Oferty) i Pana A. T. (karta 73 Oferty) potwierdzające dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przedmiotowe dodatkowe zobowiązania udzielających swoich zasobów osobowych zostały złożone również w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Panią W. M. .

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazał, że w przypadku wybrania przez Zamawiającego jego oferty i popisania z Odwołującym umowy na realizację zamówienia publicznego Odwołujący zamierzał zawrzeć bezpośrednio z Panem E. R. i Panem A. T. umowy na wykonywanie czynności objętych przedmiotem postępowania, w zakresie w jakim SIWZ wymagała dysponowania osobami posiadającymi odpowiednie uprawnienia i doświadczenie. Tym samym wobec faktu, iż Odwołujący załączył do oferty zobowiązania osób fizycznych, które wykazywały spełnianie przez Odwołującego warunki w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym. Zamawiający winien w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy wezwać Odwołującego do wyjaśnienia podstawy dysponowania przez Odwołującego ww. osobami i stosunku prawnego jaki miał wiązać Odwołującego z nimi w przypadku uzyskania zamówienia. W przypadku wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, odwołujący wskazałby, iż osoby te miały bezpośrednio wykonywać czynności objęte przedmiotem postępowania (w wymaganym zakresie) na rzecz konsorcjum.

Na powyższą okoliczność Odwołujący złożył dowód w postaci oświadczeń.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że w takiej sytuacji nie byłby w ogóle zmuszony do załączania odpowiednich zobowiązań Pana E. R. i Pana A. T. do oferty - co uczynił tylko i wyłącznie z ostrożności procesowej z uwagi na rozbieżną praktykę poszczególnych zamawiających, a dotyczącą tego, czy w przypadku bezpośredniego dysponowania takimi

osobami koniecznym jest załączanie zobowiązań w oparciu o art. 26 ust. 2b Ustawy - gdyż w przypadku tzw. „samoudostępnienia” uważa się takie zasoby jako własne. W konsekwencji też Zamawiający winien byłby uznać, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie jest zobligowany do przedłożenia oryginału zobowiązań ww. osób.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący wskazał na wyrok KIO z dnia 14 października 2011 r. KIO 2106/11, w którym stwierdzono, że: *1. Zobowiązanie osoby fizycznej, prowadzącej działalność gospodarczą we własnym imieniu, zawierające oświadczenie tej osoby o udostępnieniu samej siebie na rzecz wykonawcy przy realizacji zamówienia, nie stanowi zobowiązania "innego podmiotu" w rozumieniu art. 26 ust. 2b p.z.p. 2. Przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) nie ma zastosowania do przypadków dysponowania zasobami na innych zasadach niż określone w art. 26 ust. 2b p.z.p.*

Niezależnie też od powyższego naruszenia, które w ocenie Odwołującego przemawia za koniecznością uwzględnienia niniejszego odwołania, w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że zobowiązanie Pana P. P. oraz Pana E. R. i Pana A. T. winny być złożone w oryginale, czego Odwołujący nie twierdzi, tym samym Zamawiający winien był również do wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy do przedłożenia oryginałów zobowiązań Pana E. R. i Pana A. T.. Przedłożenie bowiem oryginałów zobowiązań udzielonych przez Pana E. R. i Pana A. T. - w przypadku nawet nieuznania wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy, a dotyczących bezpośredniego dysponowania ww. osobami - potwierdzałoby również (niezalenie od braku oryginału zobowiązania od Pana P. P.) spełnianie przez Odwołującego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a tym samym potwierdzałoby spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził jednocześnie, że w wezwaniu z dnia 04.09.2014 r. do uzupełnienia dokumentów, które było wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, Zamawiający wezwał tylko do przedłożenia oryginału zobowiązania Pana P. P. właściciela firmy Pulsar Systemy Elektroniczne. W związku z powyższym w przypadku nie uznania zarzutów i argumentacji podniesionej przez Odwołującego w poprzednich punktach odwołania, przedmiotowy zarzut znajduje pełne potwierdzenie, a tym samym zasadnym i koniecznym będzie nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego i wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy do wyjaśnienia podstawy dysponowania przez Odwołującego osobami tj. Panem E. R. i Panem A. T. i stosunku prawnego jaki miał wiązać Odwołującego z tymi osobami w przypadku uzyskania zamówienia bądź do wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia dokumentów oraz oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj. do przedłożenia oryginałów zobowiązań podmiotów trzecich udzielonych

Odwołującemu w trybie art. 26 ust. 2b Ustawy przez Pana E. R. i Pana A. T. potwierdzających dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wezwanie takie jest jak najbardziej dopuszczalne, gdyż Zamawiający jest uprawniony do wystosowania do Wykonawcy kolejnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy jeżeli uprzednio kierowane wezwanie nie dotyczyło uzupełnienia już tego samego dokumentu, z czym właśnie mamy do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że dokonując powyższych szczegółowo opisanych w treści niniejszego Odwołania czynności Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do wyboru oferty wykonawcy podlegającemu wykluczeniu z postępowania a tym samym zamówienie zostało udzielone wykonawcom wybranym niezgodnie z przepisami Ustawy.

Odwołujący podniósł następnie, że Zamawiający obowiązany jest przestrzegać przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które definiują czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami w sytuacji jeżeli zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1). W art. 15 ust. 2 tej ustawy przykładowo wskazano czyny nieuczciwej konkurencji, w tym również utrudnianie dostępu do rynku. Udzielenie zamówienia publicznego Iqube Systems Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Olsztynie, ewidentnie stanowi utrudnianie dostępu do rynku. Zamawiający, dopuszczając się zaniechań w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nie stosując się do obowiązujących go przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, uniemożliwił Odwołującemu - profesjonalnemu podmiotowi zdolnemu do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, którego oferta była w pełni zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i cenami rynkowymi - podjęcie się realizacji zamówienia.

Konkludując, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył przepisy powszechnie obowiązującego prawa poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do wyboru oferty wykonawcy niespełniającego wymogów wskazanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Podkreślono przy tym, iż zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców jest również w istocie podstawą wspólnotowego prawa zamówień publicznych, i to nie tylko w ujęciu krajowym, ale także w wymiarze unijnym.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Iqube Systems Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Olsztynie. Strony nie zgłosiły opozycji

w tym zakresie i Izba stwierdzając skuteczność zgłoszonego przystąpienia dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Podniesiono, że żaden ze wskazanych w odwołaniu przepisów nie został przez niego naruszony. Podkreślono m.in., że art. 26 ust. 2b Pzp reguluje formę zobowiązania, które musi być złożone w formie pisemnej. Tym samym Zamawiający nie mógł uznać kopii zobowiązania poświadczonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika wykonawcy. Argumentowano także, że przepis § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, nie odnosi się do zobowiązań, o których mowa w art. 26 ust. 2b Pzp. Wskazano także, że nie było konieczności wyjaśnienia treści oferty, gdyż wynikało z niej, że osoby przewidziane do realizacji zamówienia są pracownikami podmiotu trzeciego, udostępniającego wykonawcy swoje zasoby. Podkreślono ponadto, że z oferty nie wynikało, by udostępnienie zasobów miało charakter bezpośredni.

Przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania podniósł m.in., że z treści oferty i załączonego do niej wykazu osób, jak również zobowiązania wynika, że udostępnienie zasobów nastąpiło przez podmiot trzeci. Gdyby miało to być dysponowanie bezpośrednio to powołanie się w ofercie na podwykonawcę Pulsar Systemy Informatyczne byłoby zbędne, gdyż podmiot ten nie udostępnia żadnych innych zasobów poza pracownikami. Podniesiono także, że z uwagi na swoje zaniechania Odwołujący próbuje obecnie przywrócić sobie termin do uzupełnienia oferty, co jest niedopuszczalne. Podkreślono przy tym, że nie jest możliwe, by wykonawca w ofercie dysponował jednocześnie tymi samymi zasobami w sposób pośredni i bezpośredni. Wskazano także na art. 36b Pzp, podnosząc, że ww. osoby nie zostały wskazane w ofercie, jako podwykonawcy. Podniesiono również, że plany Odwołującego, co do współpracy z ww. osobami, pozostają bez wpływu dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Co do możliwości niezwłocznego potwierdzenia argumentowano, że Zamawiający wezwał do uzupełnienia bądź w formie pisemnej bądź w formie faksu. Warunek niezwłocznego potwierdzenia na piśmie nie może dotyczyć wybranej już formy pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W ramach warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków (Rozdział I ust. 5 pkt 5.1. SIWZ), Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w

art. 22 ust. 1 ustawy, w zakresie opisanym w niniejszej SIWZ, dotyczące:

„(...)

3) *dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (łącznie 2 osoby), tj. :*

a) co najmniej 1 osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz

b) co najmniej 1 osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno – budowlanej;

ww. osoby muszą posiadać uprawnienia budowlane wydane zgodnie z wymaganiami zawartymi w ustawie z dn. 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r., poz. 1409 z późn. zm.) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów; zgodnie z art. 12a Prawa budowlanego, Zamawiający uzna warunek posiadania uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie za spełniony również przez osobę, której odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych (m.in. ustawy z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej – Dz. U. z 2008 r, Nr 63, poz. 394)”.

W pkt 6.14 SIWZ, Zamawiający zastrzegł, że do oferty należy załączyć pisemne zobowiązanie innych podmiotów, zgodnie z pkt 5.3 niniejszego rozdziału, do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia; należy dołączyć dokumenty dotyczące w szczególności: a) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu; b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia; c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem; d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W Opisu sposobu przygotowania oferty (Rozdział I pkt 10 SIWZ) Zamawiający wskazał, że: „(...) 10.3. Wykonawca zobowiązany jest do podania nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w ust. 5 pkt 5.1 – jeżeli dotyczy. (...)

10.9. Dokumenty składane wraz z ofertą należy złożyć w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez osoby uprawnione do reprezentacji Wykonawcy (z zastrzeżeniem dot. pełnomocnictwa i zobowiązania, o którym mowa w pkt 5.3). W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

oraz w przypadku, gdy Wykonawca, wykazując spełnienie warunków, będzie polegał na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w pkt 5.3 niniejszego rozdziału, kopie dokumentów dotyczące odpowiednio Wykonawcy lub tych podmiotów należy poświadczyć za zgodność z oryginałem przez tego Wykonawcę lub te podmioty. Zobowiązanie, o którym mowa w pkt 5.3 należy złożyć w oryginale lub kopii poświadczonej notarialnie”.

Odwołujący w pkt 7 złożonej oferty wskazał, że w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale I SIWZ ust. 5 pkt 5.1. powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy na zasoby podmiotów trzecich i w związku z tym podaje nazwę (firmę) podwykonawców, którym powierzy wykonanie części zamówienia – Pulsar Systemy Elektroniczne.

W załączniku nr 3 do oferty – Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – Odwołujący w odniesieniu do Pana E. R. i A. T. w kolumnie przewidzianej na wskazanie informacji o podstawie do dysponowania osobami, wskazał: „Pracownik podwykonawcy, oświadczenie załączone”.

W Załączniku nr 6 do oferty Odwołujący przedłożył zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia podpisane przez Pana P. P., reprezentującego Pulsar Systemy Elektroniczne, w którym podmiot ten zobowiązał się do oddania na rzecz Odwołującego do dyspozycji swoich zasobów, stosownie do pkt 5.3 Rozdziału I SIWZ, polegające na wykorzystaniu: E. R. i A. T. przy realizacji zamówienia – z jednoczesnym określeniem w treści zobowiązania zakresu działań, do których upoważnione zostały te osoby.

Jednocześnie, w Załączniku nr 6 wskazano, że w celu udowodnienia, że Odwołujący będzie dysponował udostępnionymi zasobami w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, że stosunek łączący Pulsar Systemy Elektroniczne z Odwołującym gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów mu udostępnionych, składający zobowiązanie oświadczył:

„1. Odnośnie zakresu dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu, który reprezentuję (emy):

Potencjał technicznych oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia

2. Odnośnie sposobu wykorzystania zasobów podmiotu, który reprezentuję(emy), przez Wykonawcę przy wykonaniu zamówienia:

Podwykonawstwo

3. Odnośnie charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem, który reprezentuję(emy):

Umowa o współpracy

4. *Odnośnie zakresu i okresu udziału podmiotu, który reprezentuję(emy) przy wykonywaniu zamówienia:*

Zakres:

Uprawnienia do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych:

Uprawnienia do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej

Okres:

Cały okres realizacji przedmiotu zamówienia”.

Odwołujący dołączył także Załącznik nr 6 – Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia – podpisany samodzielnie przez Pana A. T. i Pana E. R. . Przedmiotowe zobowiązania zawierały tożsamą treść, jak w ww. pkt 1 – 4.

Zasobem udostępnionym przez Pulsar Systemy Elektroniczne, na który Odwołujący powołał się w ofercie na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, były osoby zdolne do wykonania zamówienia. Nie obejmowało to potencjału technicznego tego podmiotu (okoliczność bezsporna).

Zobowiązanie podmiotu trzeciego – Pulsar Systemy Elektroniczne – zostało złożone przy ofercie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Panią W. M. (Pełnomocnika).

Zamawiający pismem z dnia 4 września 2014 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, wezwał Odwołującego (pkt 2 wezwania) do uzupełnienia (złożenia) pisemnego (w oryginale) Zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia Pana P. P., właściciela firmy Pulsar Systemy Elektroniczne, w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia, tj. Pana E. R. i Pana A. T.. Zamawiający wskazał bowiem, że do oferty ww. zobowiązanie zostało złożone w kopii poświadczonej przez pełnomocnika (Panią W. M.), a więc niezgodnie z ust. 10 pkt 10.9 Rozdziału I SIWZ – który przewidywał wymóg złożenia dokumentu w oryginale lub kopii poświadczonej notarialnie.

Zamawiający zastrzegł, że uzupełnione dokumenty należy złożyć:

- pisemnie na adres Zamawiającego;
- faksem lub drogą elektroniczną, pod warunkiem ich niezwłocznego potwierdzenia na piśmie adres Zamawiającego.

W dniu 10 września 2014 r., Odwołujący złożył bezpośrednio u Zamawiającego pismo stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, wskazując że wykonawca odnośnie punktu 2) wezwania, dotyczącego uzupełnienia zobowiązania do oddania do dyspozycji, załącza oryginał zobowiązania firmy Pulsar Systemy Elektroniczne. Oryginał przedmiotowego zobowiązania nie został jednak, wskutek omyłki, dołączony do odpowiedzi na wezwanie. Zobowiązanie w oryginale zostało złożone w dniu 15 września 2014 r., po upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w ust. 5 pkt 5.1. ppkt 3 Rozdziału I SIWZ, tj. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (łącznie 2 osoby). Wskazano jednocześnie, że Odwołujący dla wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia polegał na zasobach podmiotu trzeciego. Nie uzupełnił jednak w terminie oryginału przedmiotowego zobowiązania. W odniesieniu do nadesłania oryginału po terminie Zamawiający wskazał, że zgodnie z aktualnym orzecznictwem, o ile wykonawca może samodzielnie uzupełnić dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie będąc wzywany do ich uzupełnienia, to jednak uzupełnienie dokumentów nie wywołuje skutku po terminie wyznaczonym przez zamawiającego na uzupełnienie. Zamawiający stwierdził ostatecznie, że Odwołujący ani w terminie do składania ofert, ani w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na uzupełnienie nie złożyli dokumentów pozwalających na uznanie, że wykazali spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie ust. 5 pkt 5.1. ppkt 3 Rozdziału I SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Przyjęty przez Zamawiającego Opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert – odniesiony do oferty Odwołującego – wskazuje, że przedmiotowa oferta, w sytuacji, gdyby Odwołujący nie został wykluczony, byłaby ofertą z największą liczbą punktów. W konsekwencji, zarzucone Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp mogło

powodować naruszenie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz szkodę z tego tytułu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, powołany zarówno w podstawie zasadniczej, jak i w ramach zarzutów ewentualnych.

W odniesieniu do zarzutów nakierowanych na wykazanie, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału wykonawcy nie musi być złożone w oryginale lub notarialnie poświadczonej kopii, a za wystarczające powinno być uznanie, że dopełnieniem przewidzianego w art. 26 ust. 2b Pzp wymogu pisemności zobowiązania jest także złożenie kopii zobowiązania poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę (pełnomocnika), należy wskazać, że przedmiotowa problematyka znalazła już swoje odzwierciedlenie zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i stanowisku Prezesa UZP – nawiązujących m.in. do konstrukcji i wykładni prawa wypracowanych i ugruntowanych na gruncie prawa cywilnego. Tytułem przykładu warto wskazać m.in. na pogląd zawarty w wyroku z dnia 30 marca 2012 r., sygn. akt KIO 561/12, w pełni podzielany przez skład orzekający w niniejszej sprawie, że *„zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno być złożone w formie pisemnej, co oznacza własnoręczny podpis na oświadczeniu złożonym przez osobę upoważnioną do występowania w imieniu podmiotu trzeciego. Skoro więc ustawodawca w przepisie Pzp zastrzegł określoną formę dokumentu powinna być ona dotrzymana dla udowodnienia Zamawiającemu dysponowania określonym potencjałem podmiotu trzeciego i tym samym udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu”*.

W niniejszej sprawie upoważnienie udzielone Pani W. M. nie obejmowało składania oświadczeń w imieniu podmiotu udostępniającego zasoby, a jedynie uprawniało do poświadczania za zgodność z oryginałem oświadczeń, zobowiązań i dokumentów, z których wynikałoby udzielenie Odwołującemu zasobów m.in. w zakresie osób zdolnych do wykonywania zamówienia.

Należy podkreślić, że Zamawiający w sposób jednoznaczny określił wymagania złożenia zobowiązania do udostępnienia zasobów w formie oryginału lub kopii poświadczonej notarialnie. Wykonawcy nie kwestionowali tych wymogów na etapie ogłoszenia treści SIWZ, tak więc zarzutów wobec powyższych wymogów nie mogli podnosić także obecnie – na etapie rozstrzygnięcia postępowania. Złożenie kopii poświadczonej za zgodność przez pełnomocnika wykonawcy nie odpowiadało nie tylko wymogom SIWZ, ale nie odpowiadało także wymogom wynikającym z art. 26 ust. 2b Pzp.

Powołany przepis wskazuje jeden ze sposobów udowodnienia dysponowania zasobem niezbędnym do realizacji zamówienia udzielanym przez podmiot trzeci – tj. możliwość przedstawienia pisemnego zobowiązania. Wykonawca dysponuje prawem dowodzenia tej kwestii na podstawie innych dowodów, jednak w sytuacji, gdy zdecyduje się na skorzystanie ze sposobu określonego w przepisie art. 26 ust. 2b Pzp, to przedkładany zgodnie z tym przepisem dowód powinien odpowiadać wymogom ustawowym, w tym powinien czynić zadość przyjętej przez ustawodawcę formie zobowiązania, tj. formie pisemnej.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia pisemności, z tego też względu zastosowanie znajdują w tej materii przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 78 § 1 zdanie pierwsze Kodeksu cywilnego *„Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli”*. Ustawodawca nie stawia w tym zakresie dalszych wymogów, pozostając właściwie na jednym – w postaci złożenia własnoręcznego podpisu na dokumencie zawierającym treść oświadczenia woli – w odniesieniu do niniejszego postępowania: na dokumencie zobowiązania do oddania do dyspozycji swoich zasobów. Wymóg własnoręczności podpisu, a tym samym zachowania formy pisemnej, nie zostaje spełniony w przypadku przedłożenia kopii dokumentu, nawet gdy kopia ta zawiera poświadczenie za zgodność z oryginałem udzielone przez pełnomocnika. O ocenie takiej przesądza nie tyle fakt, że jest to kopia, gdyż nie ta okoliczność ma znaczenie w perspektywie warunków zachowania formy pisemnej, ale to, że nie widnieje na niej własnoręczny podpis. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie Sądu Najwyższego (przykładowo wyrok SN z dnia 24 sierpnia 2009 r., sygn. akt I PK 58/09): *„Każda bowiem kopia dokumentu (kserokopia, faks) spełnia warunek zachowania formy pisemnej, jeżeli jest własnoręcznie podpisana. Formy tej natomiast nie zachowuje dokument własnoręcznie sporządzony przez składającego oświadczenie woli, jeżeli nie zostanie przez niego podpisany. Podstawową cechą podpisu własnoręcznego jest jego oryginalność w tym znaczeniu, że tylko taki podpis daje możliwość zidentyfikowania jego autora (potwierdzenia pochodzenia). Wymaganie zachowania podpisu własnoręcznego nie jest więc dochowane, gdy nie jest to znak oryginalny, a jedynie odtworzony za pomocą kalki, kserokopiarki, skanera, faksu itp. (por. np S. Rudnicki (w:) *Komentarz do kodeksu cywilnego*, Warszawa 2004 - tezy do art. 78; K. Górka: *Zachowanie zwykłej formy pisemnej czynności prawnych*, Warszawa 2007)”. W niniejszej sprawie Odwołujący przedłożył dokument zawierający jedynie mechanicznie odtworzony podpis (kopię dokumentu). Opatrzanie takiego dokumentu poświadczeniem za zgodność z oryginałem dokonany przez upoważnionego do tego pełnomocnika nie sprawia jednak, że tak odtworzony podpis zyskuje walor i cechy podpisu własnoręcznego – gdyż nadal nie jest to podpis oryginalny, co jak wynika z przytoczonego stanowiska Sądu Najwyższego jest warunkiem *sine qua non* zachowania formy pisemnej, o*

której mowa w art. 78 § 1 Kc, a poprzez odesłanie z art. 14 Pzp – także, o której mowa w art. 26 ust. 2b Pzp.

Tożsame stanowisko zostało przedstawione także w opinii Prezesa UZP – Forma zobowiązania podmiotu trzeciego – gdzie wskazano m.in., „że obowiązek pisemności zobowiązań podmiotów trzecich należy interpretować i rozstrzygać w oparciu o przepisy KC. Z treści przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp i KC jednoznacznie wynika, że ustawodawca zastrzegł dla zobowiązania składanego przez podmiot trzeci w wykonaniu dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, formę pisemną. W związku z powyższym, gdy dowodem dysponowania zasobami podmiotów trzecich wybranym przez wykonawcę, jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, musi ono przybrać formę pisemną i nie jest dopuszczalna inna forma, w tym kopia dokumentu potwierdzona za zgodność z oryginałem. Potwierdzeniem tej interpretacji językowej jest również interpretacja funkcjonalna przepisów ustawy Pzp. Nie może bowiem zamawiający udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ani też nie uwiarygodni, w sposób dostateczny, że podmioty, na których polega, prawnie skutecznie zobowiązały się oddać wykonawcy zasoby niezbędne do realizacji zamówienia. Mając na względzie powyższe, za słuszne należy uznać prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, zgodnie z którym zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów, złożone w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, nie spełniają wymogu formy pisemnej, określonej w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. (zob. wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r., KIO/UZP 447/11 KIO/UZP 449/11 KIO/UZP 452/11; wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r., KIO/UZP 636/11; wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r. KIO/UZP 822/11; wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2011 r. KIO/UZP 1106/11 KIO/UZP 1111/11). A contrario – jedynie złożenie oryginału dokumentu zawierającego podpis osoby pod treścią oświadczenia, spełnia wymóg formy pisemnej zobowiązania, określonej w art. 26 ust. 2b Pzp”.

(źródło: www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2838;forma_zobowiazania_podmiotu_trzeciego_%28art._26_ust._2b_ustawy_pzp%29.html).

Reasumując, w ocenie Izby, nie zasługiwały na uwzględnienie twierdzenia i wywody Odwołującego, iż Zamawiający błędnie przyjął, że zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału wykonawcy musi być złożone w oryginale lub notarialnie poświadczonych kopii. Izba podziela stanowisko przyjęte przez Zamawiającego, iż tego rodzaju zobowiązanie, w świetle powyżej przywołanych przepisów, musiało być złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność przez notariusza – a nie pełnomocnika wykonawcy – gdyż tylko notarialnie poświadczony odpis ma moc oryginału (przepis art. 96 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, stwierdza właśnie, że to notariusz poświadczają m.in. własnoręczność podpisu, czy zgodność odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem).

Należy zwrócić uwagę, że Odwołujący na etapie udzielania odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 września 2014 r., nie podnosił żadnych wątpliwości, co do prawa Zamawiającego do żądania oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego, w tym nie dowodził, ani nawet nie sygnalizował, by przedmiotowe wezwanie oceniał, jako bezzasadne z uwagi na złożenie już – wystarczającej i dopuszczalnej w ocenie Odwołującego – kopii tego dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika wykonawcy. Wydaje się, że wykonawca przekonany o błędzie Zamawiającego oraz tym, że pierwotnie załączony do oferty dokument zobowiązania (kopia) jest dokumentem potwierdzającym w stopniu niezbędnym udostępnienie zasobów, jak również odpowiadającym wymogom prawa – przynajmniej zwróciłby uwagę Zamawiającemu na tę okoliczność. Odpowiedź Odwołującego z dnia 10 września 2014 r., ograniczyła się w tym zakresie jedynie do informacji o złożeniu oryginału zobowiązania, który jednak faktycznie nie został załączony. Treść tej odpowiedzi nakazuje ocenę, że zarówno istota wezwania, jak i jego zasadność nie budziły wątpliwości wykonawcy.

Izba nie może także zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że w odniesieniu do dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego mają zastosowanie reguły potwierdzania za zgodność z oryginałem przewidziane w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231). Odwołujący odwołał się w tym zakresie do § 7 ust. 2 ww. rozporządzenia, zgodnie z którym w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasoby których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty.

Należy wskazać, że zobowiązanie podmiotu trzeciego nie mieści się w pojęciu dokumentu „dotyczącego” podmiotu, na zasobach którego wykonawca polega na zasadach z art. 26 ust. 2b Pzp. Zobowiązanie to jest oświadczeniem tego podmiotu, wyrazem jego „wewnętrznej” woli, a nie dokumentem „dotyczącym” tego podmiotu, który z natury rzeczy wystawiany jest „z zewnątrz”, przez podmiot inny niż ten, którego dokument właśnie dotyczy.

Następnie, w orzecznictwie Izby (przykładowo: wyrok z dnia 6 sierpnia 2013 r., sygn. KIO 1779/13; wyrok z dnia 30 marca 2012 r., sygn. akt KIO 561/12; uchwała KIO z dnia 27 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO/KD 113/13) konsekwentnie wskazuje się, że powołany przepis nie może znaleźć zastosowania wobec dokumentu w postaci pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów (art. 26 ust. 2b Pzp). Określone w tym przepisie reguły poświadczania mają zastosowanie tylko wobec dokumentów, których dotyczy wskazane rozporządzenie. Zobowiązanie podmiotu trzeciego, jako szczególny dokument, zostało przewidziane w przepisach samej ustawy. Ustawodawca zastrzegł ten szczególny

dokument przedkładany także na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale w sposób wyjątkowy, w sytuacji, kiedy sam wykonawca nie jest w stanie wykazać się spełnianiem warunków podmiotowych samodzielnie i zmuszony jest skorzystać z zasobów innego podmiotu, który o zamówienie publiczne nie ubiega się. W takiej wyjątkowej sytuacji ustawodawca dopuszczając możliwość posługiwania się potencjałem tego podmiotu trzeciego w przepisach samej ustawy określił przykładowy dokument, który udowadnia posługiwanie się tym potencjałem, przewidując jednocześnie formę dla tego dokumentu. Z tej racji, że posługiwanie się potencjałem podmiotu trzeciego stanowi wyjątek od generalnej zasady, że to wykonawca musi wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wymogi zawarte w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp muszą być przestrzegane, a sam przepis powinien być interpretowany ściśle. Tym samym, skoro w przepisie ustawy Pzp. (akt wyższego rzędu) ustawodawca przewidział szczególną formę dla określonego dokumentu, nie odwołując się dodatkowo do reguły składania dokumentów przewidzianych w przepisach rozporządzenia (akt niższego rzędu), niedopuszczalne jest w tym zakresie stosowanie wykładni rozszerzającej, a nawet zmieniającej normę tego przepisu.

Okolicznością bezsporną było, że Odwołujący nie złożył w wyznaczonym terminie oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego, na zasoby którego powoływał się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp. Poza sporem pozostawało także to, że okoliczność ta była konsekwencją omyłki Odwołującego. Złożenie oryginału przedmiotowego zobowiązania w dniu 15 września 2014 r., po upływie terminu określonego przez Zamawiającego, nie konwalidowało wcześniejszego braku złożenia tego dokumentu, zgodnie z wymogami i w terminie przewidzianymi przez Zamawiającego. W szczególności nie zasługiwała na akceptację argumentacja, że poprzez złożenie oryginału w dniu 15 września 2014 r., Odwołujący niezwłocznie potwierdził na piśmie spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym, że wypełnił treść wezwania z dnia 04.09.2014 r. i spełnił warunki udziału w postępowaniu.

Należy wskazać, że w wezwaniu z dnia 4 września 2014 r., Zamawiający wyznaczając termin na uzupełnienie – 10 wrzesień 2014 r., do godz. 15:00, wskazał wykonawcy na możliwość pisemnego uzupełnienia dokumentów lub faksem/drogą elektroniczną. Jedyne wobec drugiego ze wskazanych sposobów, Zamawiający przewidział jego dopuszczalność – pod warunkiem ich niezwłocznego potwierdzenia na piśmie na adres Zamawiającego. Nie budzi wątpliwości Izby, że „niezwłoczne potwierdzenie na piśmie” mogło w tym przypadku dotyczyć jedynie sytuacji, gdy uzupełnienie zostało dokonane faksem lub drogą elektroniczną – a nie, jak uczynił to Odwołujący, pisemnie poprzez bezpośrednie złożenie odpowiedzi wraz z dokumentami u Zamawiającego. Nie znajduje logicznego uzasadnienia twierdzenie, by wykonawca, który złożył dokumenty już na piśmie, mógł – a nawet musiał („pod warunkiem”)

– niezwłocznie ponownie potwierdzać je na piśmie, a więc składać po raz drugi. Jest dla Izby oczywiste, że warunek niezwłocznego potwierdzenia odnosi się wyłącznie do sytuacji, gdy w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego wykonawca skorzystał z możliwości uzupełnienia dokumentów faksem lub drogą elektroniczną. Przyjęcie stanowiska Odwołującego oznaczałoby, że wykonawca, który nie wypełnił w całości wezwania, składając odpowiedź na piśmie, poprzez konstrukcję zastrzeżoną dla uzupełnienia dokumentów faksem lub drogą elektroniczną, zyskiwałby w istocie dodatkowy termin dla uzupełnienia przeoczonych dokumentów – w sposób nieuprawniony i sprzeczny z terminem zakreślonym przez Zamawiającego. Jedynie na marginesie należy wskazać, że skorzystanie z faksu lub drogi elektronicznej nie stawiałoby wykonawcy w korzystniejszej sytuacji. Nie ulega wątpliwości Izby, że niezwłoczne potwierdzenie na piśmie musi dotyczyć dokumentów przesłanych w pierwotnym terminie. Nie jest z pewnością dopuszczalne, by wykonawca w terminie zakreślonym przez Zamawiającego przesyłał faksem jedynie część żądanych dokumentów, a następnie po upływie tego terminu, korzystając z obowiązku potwierdzenia na piśmie wcześniej przesłanych dokumentów, uzupełniał dokumenty ponad to, co zostało złożone Zamawiającemu w wyznaczonym w wezwaniu terminie.

Konkludując powyższe, Izba uznała, że w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający w sposób uprawniony wykluczył Odwołującego z postępowania z uwagi na to, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Swoim działaniem Zamawiający nie naruszył żadnego z przepisów powołanych w podstawie prawnej odwołania. Odwołujący nie uzupełniając w całości wymaganych dokumentów nie pozostawił *de facto* Zamawiającemu możliwości podjęcia innych działań.

Zamawiający jedynie błędnie podał w podstawie prawnej odrzucenia oferty Odwołującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. W tej sprawie podstawą uznania oferty za odrzuconą był bowiem art. 24 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Okoliczność powyższa nie miała jednak znaczenia dla oceny kwestionowanych czynności Zamawiającego, i uznania przez Izbę ich zasadności, ani nie miała, jak również nie mogła mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odnosnie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, należy wskazać, że przepis ten nakłada obowiązek na zamawiającego polegający na odrzuceniu oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Forma gramatyczna omawianego przepisu odnosi się do czasu przeszłego, co oznacza, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, znajduje swoje zastosowanie do trybów dwuetapowych (takich, jak np. przetarg ograniczony), gdzie w pierwszym etapie dokonywana jest ocena formalno-prawna wykonawcy. Wynik tej oceny decyduje o zakwalifikowaniu bądź też nie, do dalszego etapu, tj. zaproszenia do składania oferty. Przedkładając powyższe na grunt omawianego przepisu wskazać należy, że znajduje

on swoje zastosowanie właśnie do trybów dwuetapowych, gdyż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. pierwszy etap postępowania dwuetapowego zakończył się wynikiem negatywnym dla wykonawcy (został wykluczony z postępowania), a mimo to wykonawca ten złożył ofertę. Druga z okoliczności, to sytuacja, w której wykonawca pozytywnie przeszedł pierwszy etap (nie został wykluczony), ale ze względu na ograniczoną (wskazaną w ogłoszeniu o zamówieniu) liczbę wykonawców zaproszonych do składania ofert (drugi etap) nie został zaproszony do złożenia oferty, a mimo to złożył ofertę. Taka okoliczność wymusza na zamawiającym zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie obowiązku odrzucenia oferty, złożonej przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Niniejsze postępowanie nie jest zaś prowadzone w trybie postępowania dwuetapowego. Wskazanie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp było więc niewłaściwe, wystarczającym zaś było natomiast wskazanie art. 24 ust. 4 Pzp. Jak wskazano wcześniej, okoliczność powyższa nie mogła jednak stanowić argumentu na rzecz uwzględnienia odwołania i orzeczenia zgodnie z żądaniami Odwołującego.

W ocenie Izby nie potwierdził się także żaden z zarzutów postawionych w odwołaniu z ostrożności procesowej.

Przed wszystkim nie zaistniały podstawy do uznania, by w sprawie zaistniały wątpliwości, co do podstawy dysponowania przez Odwołującego osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (Panem E. R. i Panem A. T.), jak również stosunku prawnego, jaki miał wiązać Odwołującego z tymi osobami w przypadku uzyskania zamówienia. W szczególności, nie zaistniały przesłanki do uznania, że zasoby w postaci ww. osób nie zostały udostępnione jedynie przez podmiot trzeci, ale miały dodatkowo stanowić zasoby własne Odwołującego, bądź zostać udostępnione w formule tzw. samoudostępnienia. W ocenie Izby, okoliczności sprawy nie pozostawiają wątpliwości, co do tego, że zasoby w postaci ww. osób, zostały udostępnione przez podmiot trzeci. Inne twierdzenia i próby przedstawienia alternatywnych rozwiązań nie znajdują potwierdzenia zarówno w treści oferty, jak i w działaniach Odwołującego.

Całościowa analiza treści oferty nakazuje przyjęcie, że Odwołujący w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu korzystał z potencjału udostępnionego przez podmiot trzeci – Pulsar Systemy Elektroniczne. Zasób ten dotyczył udostępnienia pracowników tego podmiotu, jako osób zdolnych do wykonania zamówienia. Potwierdza to zarówno treść samej oferty (w tym pkt 7), Wykaz osób, jak również złożone Zobowiązanie ww. podmiotu. Z dokumentów tych nie wynika, by Odwołujący jednocześnie wykazywał, iż dysponuje niezbędnymi osobami zarówno, jako udostępnionymi przez podmiot trzeci oraz równolegle udostępnionymi w formule tzw. samoudostępnienia, bądź by były to zasoby własne

wykonawcy. Tego rodzaju okoliczności nie można wywodzić, tak z oferty, jak i z oświadczenia zawartego w Wykazie osób (Załącznik nr 3), w kolumnie dotyczącej informacji o podstawie dysponowania osobami, gdzie wskazano, że osoba jest udostępniana, jako pracownik podwykonawcy – oświadczenie załączone. Z samego sformułowania „oświadczenie załączone” nie można w tych okolicznościach wywodzić, iż dotyczyło ono oświadczeń złożonych przez te osoby. Przeciwnie, w ocenie Izby, należało uznać, że sformułowanie to dotyczy załączenia oświadczenia podmiotu trzeciego o udostępnieniu tych zasobów. Tego rodzaju wnioski wynikają z połączenia w logiczną całość: treści oferty (gdzie wykonawca wskazał na korzystanie z tych zasobów udostępnionych przez podmiot trzeci w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu), wykazu osób (gdzie w żadnym miejscu nie zasygnalizowano nawet, by korzystanie z zasobu miało mieć postać samoudostępnienia bądź było zasobem własnym wykonawcy – wręcz przeciwnie wskazano, że udostępniana osoba jest pracownikiem podwykonawcy), jak również treści zobowiązania, w tym informacji dotyczących sposobu wykorzystania zasobu oraz charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim. Gdyby intencją wykonawcy było wskazanie, że faktycznie dysponowanie ww. osobami ma także inną podstawę, niż tylko udostępnienie przez podmiot trzeci, to okoliczność ta musiałaby zostać wyraźnie zaznaczona, jak również musiałaby znajdować potwierdzenie w złożonym w ofercie oświadczeniu woli oraz załączonych do oferty dokumentach. Nie może zasługiwać na aprobatę, by tak istotna kwestia mogła pozostawać w sferze domysłów, oraz by jej podstawą była jedynie własna interpretacja wykonawcy, podniesiona przy tym dopiero na etapie odwołania, po otrzymaniu informacji o wykluczeniu z postępowania z powodu nie wykazania spełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia. W toku postępowania przed Zamawiającym, Odwołujący na żadnym etapie nie sygnalizował tego rodzaju okoliczności. Odpowiedź na wezwanie ograniczyła się jedynie do informacji o przesłaniu oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego (nie dołączonego jednak). W ocenie Izby, w przypadku, gdyby zamiarem wykonawcy, objętego treścią jego oświadczenia woli, miało być bezpośrednie dysponowanie zasobem osobowym, bądź w formule tzw. samoudostępnienia, to kwestia ta zostałaby przynajmniej zasygnalizowana na etapie udzielania odpowiedzi – tym bardziej, gdy nie wynikała ona bezpośrednio z treści oferty, a wykonawca poprzez fakt otrzymania wezwania od Zamawiającego powziął wiedzę, że Zamawiający nie traktuje, by spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu miało opierać się na dysponowaniu osobami w postaci podnoszonej na etapie odwołania.

Izba konfrontując argumenty przemawiające za uznaniem, że dysponowanie osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia opiera się na zasobie podmiotu trzeciego (treść oferty, wykaz osób, treść zobowiązania podmiotu trzeciego) – a argumentami Odwołującego o „dwutorowym” działaniu, opartymi jedynie na okoliczności złożenia wraz z zobowiązaniem

podmiotu trzeciego odrębnych zobowiązań ww. osób – uznała, że ta ostatnia okoliczność nie stanowi wystarczającej podstawy do przyjęcia, że zobowiązania te były składane w celu wykazania dysponowania tymi osobami, na innej podstawie niż w ramach zasobu udostępnianego przez podmiot trzeci. Zostały one złożone, w ocenie Izby, dla potwierdzenia realności udostępnienia zasobu przez podmiot trzeci.

Izba nie uwzględniła twierdzeń Odwołującego, że dla oceny oferty wykonawcy, a w konsekwencji dla oceny czynności Zamawiającego, nie miało znaczenia, czy dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia było pośrednie czy bezpośrednie, gdyż przyjęte określenie nie zmienia tego, że w ocenie Odwołującego, dysponował on niezbędnymi zasobami, a tym samym spełnił warunki udziału w postępowaniu. Wskazana przez wykonawcę podstawa dysponowania niezbędnymi zasobami, jak również wskazanie, że podmiot trzeci jest podwykonawcą, na zasoby którego wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, determinuje określone działania Zamawiającego. Nie zasługuje na aprobatę dopuszczenie możliwości powoływania się alternatywnie, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na różne i w zasadzie przeciwstawne, podstawy dysponowania zasobem w postaci tych samych osób (jednocześnie, jako zasób podmiotu trzeciego oraz jako zasób własny, bądź udostępniony w formule tzw. samoudostępnienia) i pozostawienie wykonawcy – w zależności od wyników badania oferty – możliwości podważania czynności zamawiającego (związanych z weryfikacją dokumentów dotyczących lub pochodzących od podmiotu trzeciego – przykładowo, tak jak w sprawie niniejszej: oceny wynikającej z nie dołączenia oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego), twierdzeniem, że wykonawca korzysta z tych samych zasobów w sposób alternatywny (pośrednio bądź bezpośrednio – w zależności od korzystniejszej dla wykonawcy wersji). Tego rodzaju praktyka doprowadziłaby do swoistego paraliżu czynności zamawiających i jednocześnie skutkowałaby zbyt daleko idącą dowolnością dla wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, jeżeli wykonawca wskazał na moment składania oferty, że korzysta z zasobu podmiotu trzeciego, to uchybienia popełnione w tym zakresie, nie mogą być pomijane i uznawane za nie istotne, na podstawie twierdzeń o zamiarze skorzystania na etapie realizacji zamówienia z zasobu osobowego na innej podstawie, już nie w ramach udostępnienia przez podmiot trzeci, – zwłaszcza, gdy w ofercie, jako podwykonawca wskazywany jest tylko ten podmiot trzeci, udostępniający zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na chwilę upływu terminu składania ofert.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że w niniejszej sprawie Zamawiający zastrzegł, że wykonawca zobowiązany jest do podania nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący, jako podwykonawcę wskazał jedynie – Pulsar Systemy Elektroniczne (pkt 7 oferty). Przyjęcie, że podmiot ten nie będzie podwykonawcą – a

Odwołujący miałby samodzielnie wykazywać spełnienie warunków udziału w postępowaniu (na podstawie bezpośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia), oznaczałoby, że treść oferty wprowadzała celowo Zamawiającego w błąd (tym bardziej, gdy wykonawca załączył zobowiązanie podmiotu trzeciego, a w treści wykazu wskazał, że są oni udostępniani, jako pracownicy podwykonawcy). Jeżeli nawet podmiot ten jedynie przez pewien okres zamówienia miałby być podwykonawcą, a w pozostałym okresie, zamówienie wykonywane miałyby być za pomocą osób, będących już udostępnionymi nie jako zasób tego podmiotu trzeciego, to oznaczałoby to, że na etapie rozstrzygnięcia postępowania Zamawiający i tak nie mógłby zostać zwolniony z obowiązku oceny, czy wobec tego podmiotu trzeciego (wskazanego dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu) zostały spełnione przez wykonawcę wszystkie wymogi – w tym przypadku wymóg złożenia oryginału zobowiązania.

Ponadto, należy wskazać, że zgodnie z art. 36b ust. 2 Pzp *„Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia”*. Nie ulega wątpliwości Izby, że zarówno w odniesieniu do podwykonawcy wskazanego w ofercie, na zasoby którego wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, jak i podwykonawcy zastępującego tego podwykonawcę (w związku z jego zmianą lub rezygnacją z tego podmiotu) istnieje obowiązek wykazania zamawiającemu spełnienia warunków wymaganych w trakcie postępowania – w tym wypadku, nawet przy późniejszej rezygnacji z podwykonawcy wskazanego w ofercie nadal aktualny pozostawał więc obowiązek doręczenia oryginału zobowiązania. To, że wykonawca w trakcie realizacji zamówienia zrezygnuje z korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, którego zasobami wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, i dalszą realizację będzie wykonywał zasobami własnymi bądź udostępnionymi mu bezpośrednio – przykładowo osobami wcześniej udostępnionymi przez podmiot trzeci, a następnie tymi samymi osobami w ramach współpracy bezpośredniej – także nie uchyla obowiązku wykazania, że na moment powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego (złożenia oferty) wykonawca spełnił warunki w stopniu wymaganym w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – a więc w tej sprawie, nawet późniejsza rezygnacja z podwykonawcy i wykonywanie zamówienia za pomocą niezbędnych osób, tyle tylko że już nie w ramach udostępnienia ich przez podmiot trzeci, nie uchylało obowiązku dochowania wymogu w postaci złożenia oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego. Ponadto, przedstawiana przez Odwołującego teza o „dwutorowości” działania pozostawała by w kolizji z brzmieniem powołanego przepisu. Wykazanie

samodzielnego spełnienia wymagań nie ma mieć miejsca w trakcie postępowania, w którym wykonawca wskazuje podwykonawcę, na zasoby którego powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp (niejako alternatywnie wskazuje na niezbędny zasób, jako zasób własny oraz zasób podmiotu trzeciego), ale ma odnosić się do spełnienia wymagań w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania. Znamię czasowe wskazuje, że w przepisie tym mowa jest o postępowaniu już zakończonym, co jest oczywiste chociażby ze względu na fakt, że rezygnacja z podwykonawcy może mieć miejsce na etapie realizacji oferty, a więc po rozstrzygnięciu postępowania.

Uznanie możliwości dokonania oceny oferty Odwołującego, w sposób wynikający z wywodów i argumentacji Odwołującego, czy zaakceptowanie takiej interpretacji oferty, iż w związku z nie uzupełnieniem dokumentów wymaganych przy korzystaniu z zasobów podmiotu trzeciego, oferta powinna być przyjęta przez Zamawiającego, jako oparta na zasobach udostępnionych wykonawcy bezpośrednio, bądź zasobach mających być zasobami własnymi, prowadziłoby do uznania dopuszczalności zmiany treści oferty, po terminie wyznaczonym na składanie ofert. Nieuprawnione jest w świetle art. 87 Pzp dokonywanie zmiany w zakresie podwykonawstwa po złożeniu oferty poprzez wykazywanie, że skoro dla podmiotu trzeciego (podwykonawcy podanego w ofercie, z którego zasobów wykonawca korzysta na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp) nie udało się uzupełnić niezbędnych dokumentów, to Zamawiający winien był przyjąć, że wykonawca nie będzie korzystał z podwykonawcy (a warunki spełnia samodzielnie) lub podwykonawcą tym będzie osoba fizyczna – nie podana jednak w treści oferty, zgodnie z wymogami Zamawiającego (por. wyrok KIO z dnia 6 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 96/14).

Ponadto, należy podzielić stanowisko Przystępującego, że dysponowanie zasobami wymienionymi w przepisie art. 26 ust. 2b Pzp musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji, czy domysłów zamawiającego (por. uchwała z dnia 27 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO/KD 113/13).

Reasumując, w ocenie Izby, w niniejszej sprawie Zamawiający nie miał obowiązku wezwania Odwołującego do wyjaśnienia podstawy dysponowania przez Odwołującego osobami tj. Panem E. R. i Panem A. T. i stosunku prawnego jaki miał wiązać Odwołującego z tymi osobami w przypadku uzyskania zamówienia, jak również nie miał obowiązku wezwania Odwołującego ewentualnie do przedłożenia zobowiązań podmiotów trzecich złożonych przez Pana E. R. i Pana A. T. potwierdzających dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Jednocześnie, Izba nie uznała, by zobowiązania tych osób – w związku z brzmieniem art. 26 ust. 2b Pzp posługującym się sformułowaniem „w szczególności” – mogły zostać potraktowane, jako inny dowód, który potwierdzał dysponowanie zasobami. Jak wskazano wcześniej, brak jest podstaw do uznania, że wykonawca składał te zobowiązania, jako dowód potwierdzający dysponowanie niezbędnymi zasobami na innej podstawie niż

udostępnienie przez podmiot trzeci. Krytycznie należało ocenić wywody dotyczące równoczesnego wykazywania dysponowania zasobami na odmiennych, w zasadzie przeciwstawnych podstawach. Ponadto, nie można przyjąć, że innym dokumentem (innym dowodem) jest inne zobowiązanie (a więc dowód wskazany przepisem ustawy).

Nie doszło także do naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Działaniom Zamawiającego nie można przypisać żadnych znamion czynów, o których mowa w art. 3 i art. 15 ust. 1 przedmiotowej ustawy. W szczególności nie stanowi naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także nie jest utrudnianiem dostępu do rynku, dokonanie wyboru wykonawcy konkurencyjnego, przy jednoczesnym wykluczeniu Odwołującego w oparciu o uzasadnione podstawy. W samym znamieniu „utrudniania” mieści się pewna celowość, intencjonalność, a także wielokrotność działania. Nie sposób traktować wyboru oferty konkurencyjnej i wykluczenia wykonawcy z postępowania za tego rodzaju działanie, ani w ogóle przyjmować, by dokonanie rozstrzygnięcia przetargu, w oparciu o przepisy prawa i zgodnie z najlepszą wolą zamawiającego, mogło być utrudnianiem dostępu do rynku – które to działanie można przypisać ewentualnie konkurującym między sobą podmiotom gospodarczym (por. wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2589/12).

W istocie, całościowa analiza sprawy, nakazywała przyjęcie oceny, że odwołanie stanowi próbę odwrócenia niekorzystnych skutków wynikających z faktu nie dołączenia oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego. Należy jednak podkreślić, iż jest to okoliczność wynikająca z przyczyn pozostających w całości po stronie Odwołującego. Uznanie zasadności twierdzeń i zarzutów odwołania, w tym przedstawionej konstrukcji udostępnienia niezbędnych zasobów, powodowałoby wybór wykonawcy, który nie dołożył w wystarczającym stopniu starań dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zaś uwzględnienie żądań postawionych z tzw. ostrożności procesowej, prowadziłoby w istocie do nieuzasadnionego przyznania wykonawcy „drugiej” szansy, co prowadziłoby do nierównego potraktowania pozostałych wykonawców.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, zaliczając w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (§ 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: