

WYROK

z dnia 30 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Piotr Kozłowski
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne COMPASS S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) MEIXNER Vermessung ZT GmbH, (3) EKKOM Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Juliusza Lea 114, 30-133 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Będziński, ul. Sączewskiego 6, 42-500 Będzin,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Fotokart Sp. z o.o. (pełnomocnik konsorcjum), (2) OPG-K Sp. z o.o., (3) Weser Airbone Sensing GmbH&Co. KG, (4) PUS EKO-TON dr inż. Arkadiusz Boczkowski, adres dla pełnomocnika: ul. Cyryla i Metodego 9a, 71-541 Szczecin** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne COMPASS S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) MEIXNER Vermessung ZT GmbH, (3) EKKOM Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Juliusza Lea 114, 30-133 Kraków** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców**

- wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) **Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne COMPASS S.A. (pełnomocnik konsorcjum)**, (2) **MEIXNER Vermessung ZT GmbH**, (3) **EKKOM Sp. z o.o.**, adres dla pełnomocnika: **ul. Juliusza Lea 114, 30-133 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) **Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne COMPASS S.A. (pełnomocnik konsorcjum)**, (2) **MEIXNER Vermessung ZT GmbH**, (3) **EKKOM Sp. z o.o.**, adres dla pełnomocnika: **ul. Juliusza Lea 114, 30-133 Kraków** na rzecz **Powiatu Będzińskiego, ul. Sączewskiego 6, 42-500 Będzin** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset 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 w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Powiat Będziński, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na tworzenie map akustycznych dla obszaru Powiatu Będzińskiego.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 13.03.2012 r. w Dz.U. UE pod numerem 2012/S 50-081677.

W dniu 05.07.2012 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Fotokart Sp. z o.o. w Szczecinie (pełnomocnik konsorcjum), (2) Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne Sp. z o.o. w Koszalinie, (3) Weser Airbone Sensing GmbH&Co. KG w Bremenhaven, Niemcy, (4) Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych EKO-TON dr inż. Arkadiusz Boczkowski (zwanych dalej „Konsorcjum Fotokart”), jako najkorzystniejszej, a także m.in. o wykluczeniu z udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Informatyczne COMPASS S.A. w Krakowie (pełnomocnik konsorcjum), (2) MEIXNER Vermessung ZT GmbH w Wiedniu, Austria, (3) EKKOM Sp. z o.o. w Krakowie (zwanych dalej „Konsorcjum Compass”) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W dniu 16.07.2012 r. Konsorcjum Compass wniosło odwołanie wobec ww. czynności zrzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów Pzp;
- art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez błędną jego interpretację, która doprowadziła do nie uznania przez Zamawiającego zasobu podmiotu trzeciego a w konsekwencji nie uwzględnienia wykazanej przez Odwołującego realizacji usługi, o której mowa w Rozdziale XI pkt. 2.2. d) SIWZ;
- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez bezpodstawne wykluczenie z postępowania Odwołującego, który wbrew twierdzeniu Zamawiającego wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Konsorcjum Fotokart, pomimo iż ofertą najkorzystniejszą, w oparciu o ustalone kryteria oceny, była oferta Odwołującego.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Fotokart;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu;
- nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- zwrot kosztów postępowania, w tym zwrot kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż w ramach warunków udziału w postępowaniu w rozdziale XI pkt. 2.2 d) SIWZ wymagano *wykonania co najmniej dwóch usług obejmujących sporządzenie dla obszaru o pow. co najmniej 50 km², barwnej ortofotomapy o wielkości piksela nie większej niż 0,07m, numerycznego modelu terenu i modelu 3D budynków (poziom szczegółowości nie mniejszy niż*

LOD2) dla każdego z opracowań; przy czym dopuszcza się sporządzenie poszczególnych opracowań w ramach oddzielnych zamówień.

Na poczet wykazania spełnienia ww. warunku Odwołujący wskazał w ofercie dwie usługi potwierdzające posiadanie wiedzy i doświadczenia w ww. zakresie. Jedna z nich została wykonana przez podmiot trzeci (usługa wskazana na stronie 1 części niejawnej oferty). Dodatkowo Odwołujący załączył do oferty referencje potwierdzające jej należyte wykonanie jak również zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania Odwołującemu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, które podmiot ten zdobył realizując wskazaną w wykazie usługę, na cały okres korzystania z nich przez Odwołującego przy realizacji zamówienia. Przy czym Zamawiający nie podniósł (ani w wezwaniu otrzymanym przez Odwołującego w dniu 22 czerwca 2012 roku ani w piśmie wykluczeniu otrzymanym przez Odwołującego dnia 5 lipca 2012 roku), że wskazana wyżej usługa nie spełnia przedmiotowo wymagania określonego w SIWZ. Według odwołującego należy zatem uznać, że niezależnie od wątpliwości, które niesłusznie Zamawiający powziął w zakresie dotyczącym udowodnienia mu przez Odwołującego, iż ten będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (*vide infra*) usługa ta *per se* odpowiada wymaganiu określonemu w Rozdziale XI pkt. 2.2 d) SIWZ.

Zamawiający w Rozdziale XI pkt 4 SIWZ zastrzegł, że *wykonawca może polegać na wiedzy doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie (w oryginale) tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.* Zapis ten stanowi więc niemal wprost odzwierciedlenie normy określonej w art. 26 ust 2b Pzp (Zamawiający jedynie uszczegółowił, że dokument ma być w formie oryginału).

Zgodnie z przeważającym w doktrynie poglądem dokumentem w rozumieniu art. 26 ust 2b Pzp jest każdy dokument, z którego wynika jednoznacznie, że podmiot trzeci zobowiązuje się do udostępnienia danego zasobu, w tym pisemne oświadczenie. Ponadto, dokument taki w swej treści powinien wskazywać na faktyczną dostępność

zasobów na użytek wykonawcy w celu realizacji zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić zatem, że Odwołujący w dostateczny sposób, wprost przewidziany w art. 26 ust. 2b ustawy udowodnił, że wskazany podmiot odda mu swoją wiedzę i doświadczenie do dyspozycji w okresie realizacji zamówienia. Zarówno bowiem zobowiązanie załączone do złożonej oferty, jak również uzupełniony z ostrożności dokument (w ramach odpowiedzi na wezwanie z dnia 22 czerwca 2012 roku) czynią zadość wymaganiu Zamawiającego określone w punkcie 4 Rozdziału XI SIWZ. O ile więc w piśmie z dnia 22 czerwca 2012 roku Zamawiający niesłusznie miał wątpliwości co do treści dokumentu zobowiązania przedłożonego zgodnie z Rozdziałem XI punkt 4 SIWZ, to należy uznać, że uzupełniony z ostrożności przez Odwołującego dokument rozwiał je całkowicie (Odwołujący opiera swoje twierdzenie na fakcie wskazania przez Zamawiającego w piśmie dot. wykluczenia Odwołującego jedynie braku dokumentu potwierdzającego należyte umocowanie osoby podpisującej zobowiązanie podmiotu trzeciego - o czym niżej - a więc przyjmując pewien przeciętny miernik staranności Zamawiającego przejawiający się w wyczerpującym podaniu uzasadnienia faktycznego oraz prawnego wykluczenia Odwołującego należy stwierdzić, że jest to powód jedyny) ergo zarówno usługa z dołączonymi do niej referencjami, jak również sama treść zobowiązania podmiotu trzeciego nie były przez niego kwestionowane.

Ponadto przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wymieniając „zobowiązanie” jako dokument, który „w szczególności” może być złożony w celu udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami, nie określa jednak obowiązku załączenia przez wykonawcę do tego zobowiązania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń bądź dokumentów, w tym potwierdzających umocowanie osoby podpisującej ww. dokument do reprezentowania danego podmiotu, jak np. pełnomocnictwa, upoważnienia lub odpisu z KRS.

Odwołujący zgodził się ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2011 roku (sygn. akt KIO/UZP 447/11, 449/11, 452/11), że *w ocenie Izby w świetle przedstawionych powyżej regulacji, Zamawiający nie może żądać ani wprost w ogłoszeniu lub SIWZ, ani też w sposób dorozumiany, pełnomocnictw, upoważnień lub odpisów z KRS podmiotów składających zobowiązanie, gdyż do żądania tych dokumentów nie uprawnia Zamawiającego żaden przepis ustawy Pzp ani rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.*

Dalej Izba słusznie wskazała, iż *przepis art. 26 ust 2b należy interpretować ściśle, a zatem należy przyjąć, że gdyby takie dokumenty były wymagane na mocy tego przepisu, to niewątpliwie zostałyby w tym przepisie wskazane*. Z powyższego wyroku wynika zatem, że Zamawiający bezwzględnie nie może żądać od wykonawców tego rodzaju dokumentu. Izba zwróciła uwagę, że *wszelkie wątpliwości co do prawidłowości reprezentacji podmiotu trzeciego w złożonym przez wykonawcę zobowiązaniu tego podmiotu do udostępnienia zasobów lub też w jakimkolwiek innym dokumencie złożonym przez wykonawcę na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 26 ust 2b, podlegają wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp*. Odwołujący oświadcza, iż takie wyjaśnienie z ostrożności znalazło się w jego odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 czerwca 2012 roku.

W podobnym tonie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 29 lipca 2011 roku (sygn. akt KIO 1530/11). W uzasadnieniu ww. wyroku stwierdza się co następuje *Stanowisko obu przystępujących, co do konieczności weryfikacji skuteczności złożonych przez podmioty trzecie oświadczeń woli, nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach prawa*. Jednocześnie Izba podkreśliła, iż *podziela w tym zakresie i uznaje za własne rozważania poczynione przez Izbę w wyroku z dnia 18 marca 2011 r. sygn. akt KIO 447/11, KIO 449/11 i KIO 452/11 - vide supra*. Odnosząc się do wyroku z dnia 29 lipca 2011 roku w postanowieniu z dnia 25 sierpnia 2011 roku (sygn. akt KIO 1781/11) podnosi, że rozstrzygnięcie w nim przesądza, że *Zamawiający nie jest uprawniony do żądania, aby zobowiązanie do udostępnienia zasobu było opatrzone pełnomocnictwem dla osoby je podpisującej oraz aktualnego odpisu z właściwego rejestru, z którego będzie wynikać prawidłowa reprezentacja do udzielenia pełnomocnictwa*.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący podniósł, że nawet gdyby przyjąć, iż tego rodzaju dokument może być żądany przez Zamawiającego na gruncie chociażby art. 25 ust 1 Pzp, to wymaganie takie powinno być wyraźnie sprecyzowane przez Zamawiającego na etapie publikacji ogłoszenia oraz SIWZ. W wyroku z dnia 5 listopada 2010 roku (sygn. akt KIO 2307/10) Krajowa Izba Odwoławcza przesądziła, iż *oświadczenie o udostępnieniu zasobów składane jest przez podmiot trzeci wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia, a nie Zamawiającemu*. Skoro Zamawiający nie żądał dokumentów potwierdzających prawidłowość reprezentacji podmiotu trzeciego, stwierdzenia takiego może i powinien dokonać

wyłącznie wykonawca, któremu oświadczenie takie zostało złożone. Jakkolwiek brak możliwości weryfikacji prawidłowości zaciągnięcia zobowiązania przez podmiot trzeci w sposób oczywisty rodzi ryzyko dla Zamawiającego, Zamawiający po otwarciu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może wymagać złożenia dokumentów nie wymienionych w ogłoszeniu. Powyższe per analogiam należy odnosić również do przetargu nieograniczonego, który to tryb był zastosowany w zaistniałym stanie faktycznym.

Powyższe stanowisko Izby zostało potwierdzone również w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie V Wydział Cywilno - Odwoławczy z dnia 7 lutego 2011 roku (sygn. akt V Ca 3036/10), który rozpatrywał skargę złożoną od wyroku z dnia 5 listopada 2010 roku. W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego czytamy, iż *także jak trafnie wskazała KIO nie ma podstaw, aby kwestionować sposób podpisania zobowiązania do udostępniania zasobów, gdyż Zamawiający w treści ogłoszenia nie zastrzegł wymagania złożenia dokumentów potwierdzających prawidłowość reprezentacji osób zaciągających zobowiązanie w imieniu podmiotu trzeciego. Nie można zgodzić się w związku z tym z twierdzeniem skarżącego, że nieudowodnienie, iż osoba podpisująca zobowiązanie jest to tej czynności należycie umocowana równoznaczne jest z nieudowodnieniem dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.*

O ile więc pomimo szeregu wątpliwości można by przyjąć stanowisko, że Zamawiający uprawniony jest do żądania dokumentu potwierdzającego należyte umocowanie dla osoby podpisującej dane zobowiązanie na etapie publikacji ogłoszenia to *a contrario* należy uznać, że brak wyraźnego sprecyzowania takiego wymogu pozbawia Zamawiającego możliwości zasadnego twierdzenia, że wykonawca zobligowany był załączyć taki dokument wraz z zobowiązaniem. Takie zachowanie Zamawiającego uznać należałoby bowiem jako kreowanie dodatkowego obowiązku na etapie po złożeniu ofert.

W zaistniałym stanie rzeczy bezsprzecznym - zdaniem Odwołującego - jest fakt, że ani w ogłoszeniu ani w SIWZ nie znalazł się wymóg dołączenia w sytuacji powoływania się na zasób podmiotu trzeciego jakiegokolwiek dokumentu, na potwierdzenie prawidłowego umocowania osoby podpisującej zobowiązanie w imieniu tego podmiotu. W szczególności Zamawiający nie może wywodzić takiego obowiązku z zapisu SIWZ, który oparty jest wprost na art. 26 ust. 2b Pzp - co zostało

wykazane powyżej. Nie może również w sposób dorozumiany przewidzieć takiego obowiązku, gdyż byłoby to sprzeczne z istotą przejrzystości ogłoszenia, poprzez fakt, że wykonawcy chcący korzystać z zasobów podmiotów trzecich nie mieliby możliwości pozyskania z ogłoszenia pełnej wiedzy w zakresie wymaganych przez Zamawiającego dokumentów.

Odwołujący podniósł również fakt, że w związku z przedstawioną powyżej linią orzecniczą, oraz faktem, że posłużył się zobowiązaniem podmiotu trzeciego w dobrej wierze, zweryfikował prawidłowość sposobu reprezentacji tego podmiotu. O fakcie podpisania zobowiązania przez osobę uprawnioną do jednoosobowej reprezentacji powiadomił - o czym mowa wyżej - Zamawiającego w piśmie będącym odpowiedzią na wezwania z dnia 22 czerwca 2012 roku. Wyjaśnienia te powinny być zatem dla Zamawiającego wystarczające.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępującego, Izba ustaliła, co następuje.

Do oferty odwołującego załączono zobowiązanie spółki prawa holenderskiego – zamieszczone na stronie 2 dokumentów załączonych do oferty oznaczonych jako „Tajemnica przedsiębiorstwa” – w którym osoba pod dokumentem podpisana oświadczyła, iż działając w imieniu wskazanej firmy, zobowiązuje się do oddania jednemu z konsorcjantów tworzących konsorcjum odwołującego niezbędnych zasobów, tj. wiedzy i doświadczenia na cały okres realizacji zamówienia potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt 2.2 d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

Wyżej wymienione zobowiązanie zostało opatrzone nieczytelnym podpisem osoby, której imienia i nazwiska w treści zobowiązania nie wskazano. Przy podpisie poczyniono natomiast odręczny dopisek o treści „Director” i podano pierwszą część nazwy firmy poprzedzoną literą „X”.

Pismem z dnia 21.06.2012 r. zamawiający, działając w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Konsorcjum Compass do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odnosnie ww. zobowiązania podmiotu trzeciego zamawiający wskazał, iż nie spełnia jego wymogów zobowiązanie podpisane przez osobę, co do której nie wiadomo, że działa w imieniu podmiotu, na zasoby którego wykonawca się powołuje. Według zamawiającego za zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowiące dowód dysponowania przez wykonawcę zasobami tego podmiotu może być uznane wyłącznie pisemne oświadczenie takiego podmiotu podpisane przez osobę uprawnioną do działania w jego imieniu.

W związku z czym zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia dokumentu, z którego wynikało będzie umocowanie do działania w imieniu podmiotu udostępniającego swoje zasoby.

Ponadto zamawiający zakwestionował nazbyt ogólną treść ww. zobowiązania jako niedowodzącą, iż wykonawca faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu je udostępniającego.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 02.07.2012 r. Konsorcjum Compass wskazało (pkt. 5, str. 6 i 7 pisma), iż zamawiający nie jest uprawniony do żądania przedstawienia przez wykonawcę dokumentów potwierdzających umocowanie osób składających zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp.

Odwołujący oświadczył również, iż kwestionowane przez zamawiającego zobowiązanie zostało podpisane przez osobę umocowaną do zaciągania zobowiązań w imieniu podmiotu trzeciego (wystawcy zobowiązania).

Ponadto do ww. pisma załączono nowe zobowiązanie tego samego podmiotu o bardziej rozbudowanej treści, opatrzone takim samym podpisem, jak zobowiązanie załączone do oferty, bez oznaczenia tożsamości osoby podpis ten składającej.

W uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Konsorcjum Compass z postępowania zamawiający wskazał jedynie, iż wykonawca załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego (nazwa firmy zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa) na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdz. XI

pkt 2.2 lit d) SIWZ, podpisane przez osobę, co do której nie wiadomo, czy działa w imieniu podmiotu, na zasoby którego wykonawca się powołuje. Również w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 21.06.2012 r., wykonawca nie przedłożył dokumentów potwierdzających umocowanie osoby podpisującej ww. zobowiązanie podmiotu trzeciego do działania w imieniu tego podmiotu.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż według dyspozycji art. 22 ust. 1 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. Natomiast wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu jest sankcjonowane w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, według którego zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Przy czym zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Powyższa regulacja służy umożliwieniu wykonawcom wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu również przy pomocy potencjału podmiotów trzecich, tj. nie biorących udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sposób opisany w dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy. Przepis ten nie ustanawia dokładnego sposobu postępowania w celu osiągnięcia założonego w nim skutku. Ustawa kładzie w tym zakresie nacisk na kwestie dowodowe, tj. wykonawca ma udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami, na które się powołuje, do czego wykorzystać może m.in. wskazany przykładowo w przepisie środek dowodowy – pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego.

W związku z ramowością powołanego przepisu i wskazaną lakonicznością regulacji w przedmiocie wykorzystywania potencjału podmiotów trzecich, brak jest możliwości wytyczenia i zdefiniowania generalnego sposobu posługiwania się przez wykonawców potencjałem podmiotów trzecich, a także sposobu udowodnienia powyższego. Powyższe winno być egzekwowane i rozpatrywane osobno w odniesieniu do każdego, zindywidualizowanego przypadku (tego typu stanowisko znajduje dodatkowe potwierdzenie w prawie wspólnotowym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji i konkretnego zamówienia). Izba nie będzie więc niniejszym uzasadnieniu doktrynalnie wytyczać generalnych pryncypiów i reguł powyższego dowodzenia, w szczególności jego formalnych ram, katalogu dokumentów czy możliwych żądań zamawiającego i szczegółowych obowiązków wykonawcy w tym zakresie, albowiem nie znajduje to oparcia ani w ogólnej normie ww. przepisu oraz dla prawidłowego jej stosowania jest po prostu zbędne.

W związku z wynikającym wprost z dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy obowiązkiem udowodnienia możliwości posługiwania się wykazywanym potencjałem podmiotów trzecich, a także w związku z niepodważalnym, znajdującego oparcie w orzecznictwie ETS, postulatem

realności udostępnienia takiego potencjału, a także indywidualną, kauzalną oceną powyższego, środki dowodowe wykorzystane przez wykonawcę dla tego celu, mogą podlegać badaniu i ocenie w każdym ich aspekcie i wymiarze niezbędnym dla ustalenia powyższych okoliczności w konkretnym przypadku. Zamawiający może więc oceniać zarówno treść dokumentów przedłożonych przez wykonawcę (np. treść zobowiązań podmiotów trzecich), jak też ich formę czy sposób wystawienia. Sprawą wykonawcy natomiast pozostaje, jakie informacje w tym zakresie zechce zamawiającemu podać, a sprawą zamawiającego w jaki sposób powyższe w danej sytuacji oceni. Przy czym nie zachodzi tu oczywiście żaden automatyzm ocen i konsekwencji żądań zamawiającego kierowanych do wykonawcy w tym przedmiocie (w jakimkolwiek trybie ustawowym, i na jakimkolwiek etapie postępowania) oraz sposobu reakcji wykonawcy na takowe. Jednakże powyższe może zostać wzięte pod uwagę przy ostatecznej ocenie czy wykonawca udowodnił dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego w sposób wystarczający i wiarygodny.

W praktyce udzielania zamówień publicznych oraz orzecznictwie względnie liberalnie ocenia się i dopuszcza środki dowodowe służące wykazywaniu powyższego. Np. uznaje się, iż pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp jest przykładowym środkiem (o czym świadczy użyty w dyspozycji przepisu zwrot „w szczególności”) służącym wykazaniu dysponowania wykazywanym potencjałem w trakcie realizacji zamówienia. Przy czym zobowiązanie tego typu służyć ma ocenie realności i wiarygodności uzyskania wykazywanego potencjału, natomiast, w większości przypadków, wcale nie musi być zobowiązaniem umownym, zawierającym wszystkie *essentialiae negotii* warunkujące jego pełność i możliwość jego egzekwowania przez strony (choć oczywiście zobowiązanie tego typu będzie najpełniejszym dowodem na dysponowanie wskazanymi zasobami). „Zobowiązanie” będące jedynie deklaracją i obietnicą określonego zachowania (np. takie jak przedkładane w tym przypadku przez odwołującego, którego treść nie była jednak przedmiotem oceny Izby), w konkretnych okolicznościach danego postępowania, również może zostać uznane za wystarczający dowód w tym zakresie. Co nie oznacza oczywiście, iż takie zobowiązania, tj. o deklaratoryjnym i informacyjnym charakterze, nie powinny być oceniane kompleksowo pod względem ich wiarygodności, realności i przydatności dla wykazania celu, dla którego są przedkładane.

Odnosząc poczynione wyżej uwagi i rozważania do stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy, Izba uznała, iż ze względu na brak informacji, co do osoby wystawiającej przedkładane zobowiązanie, odwołujący nie udowodnił w sposób wystarczający zamawiającemu, iż dysponował będzie potencjałem podmiotu trzeciego, na który się

powoływał. Odwołujący nie udowodnił powyższego pierwotnie, tj. w ramach dokumentów składanych wraz z ofertą, jak też nie udowodnił tego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Również postępowanie odwoławcze wykazało, iż twierdzenia odwołującego w tym zakresie są niewiarygodne, a udzielane informacje niewystarczające.

Izba bynajmniej nie uznała, iż o powyższym przesądził brak przedłożenia dokumentów rejestrowych czy pełnomocnictw dotyczących podmiotu trzeciego i działającej w jego imieniu osoby, które w sposób ostateczny mogłyby rozwiązać jakiegokolwiek wątpliwości, co do prawidłowości wystawienia zobowiązania. Za przesądzające w tym zakresie Izba uznała brak, pochodzących nawet od odwołującego, informacji, co do tożsamości osoby, która przedkładane zobowiązania podmiotu trzeciego podpisała, a także brak wiedzy, co do roli w jakiej osoba ta, podpisując zobowiązanie, występowała. Pomimo zapytań Izby sformułowanych na rozprawie odwołujący nie był w stanie podać Izbie kim była osoba zobowiązanie podpisująca. Jej tożsamości nie potrafił w ogóle określić, natomiast funkcję i rolę domniemywał na podstawie poczynionego w obcym języku (na zobowiązaniu złożonym w języku polskim), nieprzetłumaczonego zwrotu „Director”.

W związku z powyższym Izba uznała, iż odwołujący w istocie nie wiedział kto wystawił zobowiązania, którymi się posługuje, a składane w treści odwołania oświadczenia jakoby zweryfikował, iż jest to osoba do powyższego uprawniona i właściwa, uznano za gołosłowne i przede wszystkim niewiarygodne. Izba stwierdziła więc, iż odwołujący nie udowodnił, że będzie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego, na który się powoływał, i tym samym nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanych przez zamawiającego. W konsekwencji odwołujący podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a zarzuty odwołania w tym zakresie uznano za niezasadne.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....