

WYROK

z dnia 15 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2014 r. przez Warbud SA w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Wielkopolskie Centrum Wspierania Inwestycji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, w imieniu i na rzecz której działa Pełnomocnik JLSW J..... & L..... Radcowie Prawni Spółka Partnerska w Poznaniu, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Aldesa Construcciones Polska spółki z o.o. w Warszawie i Aldesa Construcciones SA w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Wielkopolskie Centrum Wspierania Inwestycji spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. w Warszawie i Aldesa Construcciones SA w Warszawie do uzupełnienia dokumentów

stanowiących zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia a także osób mających wykonywać zamówienie,

2. kosztami postępowania obciąża Wielkopolskie Centrum Wspierania Inwestycji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr [słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Warbud SA w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Wielkopolskiego Centrum Wspierania Inwestycji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu na rzecz Warbud SA w Warszawie kwotę 20 000 zł 00 gr [słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 z późn. zm.], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Skład orzekający:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Wielkopolskie Centrum Wspierania Inwestycji spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, w imieniu i na rzecz której działa Pełnomocnik JLSW J..... & L..... Radcowie Prawni Spółka Partnerska w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa parkingu i budynku usługowo - biurowego w lokalizacji przy ul. Za bramką w Poznaniu - Etap I. Zaprojektuj i wybuduj”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający, dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Aldesa Construcciones Polska spółki z o.o. w Warszawie i Aldesa Construcciones SA w Warszawie [w dalszej części: Konsorcjum Aldesa].

III. Odwołujący w dniu 31 marca 2014 r. złożył odwołanie wobec zaniechania wykluczenia Konsorcjum Aldesa, stawiając zarzuty:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy oraz §1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. [Dz.U. z 2013 r. poz. 231] poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. w Warszawie i Aldesa Construcciones S.A. w Madrycie, mimo nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Aldesa mimo, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje dotyczące podstaw dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie ewentualnie art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z § 3 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia poprzez

zaniechanie wezwania do uzupełnienia i ewentualnego wykluczenia Konsorcjum Aldesa, mimo iż wykonawca nie przedstawił właściwego dokumentu potwierdzającego brak zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne;

3. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Aldesa, mimo iż nie wniósł on wadium przed upływem terminu składania ofert;
4. art. 87 ust. 1 i 2 ustawy, poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie w stosunku do dokumentu nie stanowiącego treści oferty;
5. art. 24 ust. 2 pkt 1 w zw, z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Aldesa, mimo iż posługiwało się w celu sporządzenia oferty osobami, które wykonywały bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania;
6. art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący postawił żądanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów odwołania i wykluczenia Konsorcjum Aldesa z postępowania i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

[1] w zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu:

Określając warunki udziału w Postępowaniu, zgodnie z art. 22 ust. 1 i art. 26 ust. 2b Pzp, Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się spełnianiem warunków udziału w Postępowaniu poprzez poleganie na potencjale udostępnionym przez inne podmioty. W tym celu, zgodnie z brzmieniem §1 ust. 6 Rozporządzenia, w S1WZ w pkt XII.C.2a] zawarto wymaganie, aby: wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda wykazania, w ramach składanego zobowiązania lub innych składanych z ofertą dokumentów:

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy

wykonywaniu zamówienia,

- *charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,*
- *zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.*

Konsorcjum Aldesa powołało się na zasoby podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania warunków zarówno w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jak i posiadania wiedzy i doświadczenia. W tym celu, Konsorcjum Aldesa, w odpowiedzi z dnia 10 marca 2014 r. na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, przedstawiło dwa oświadczenia o udostępnieniu zasobów: oświadczenie Pracowni Architektonicznej Czora i Czora spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą w Katowicach [str. 11-12 pisma z 10 marca 2014 r.]; oświadczenia osób prowadzących działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Ultra Architects s.c. [str. 43-44 pisma z 10 marca 2014 r.].

W świetle określonych w SIWZ wymagań Zamawiającego, zgodnych z zakresem żądań dopuszczonych w Rozporządzeniu, żaden z powyższych dokumentów nie udowadnia dysponowania przez Konsorcjum Aldesa zasobami podmiotów trzecich:

- a) Przedstawione zobowiązanie Pracowni Architektonicznej C..... i C..... nie określa zakresu dostępnych wykonawcy zasobów. Ogólne wskazanie, iż podmiot zobowiązuje się oddać do dyspozycji zasoby w postaci «wiedzy i doświadczenia zgodnie z wymogami SIWZ» nie wystarcza dla oceny przez Zamawiającego, w jakim konkretnie zakresie Konsorcjum Aldesa może polegać na zasobach tego podmiotu.
- b) Żadne z dwóch zobowiązań nie dookreśla sposobu wykorzystywania zasobów innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Nie wiadomo, jaki udział udostępnianych zasobów został objęty zobowiązaniem podmiotu trzeciego.
- c) W żadnym ze zobowiązań nie sprecyzowano charakteru stosunków łączących Konsorcjum Aldesa z podmiotem udostępniającym zasoby, w szczególności, nie wskazano czy będzie to stosunek pod wykonawstwa. Tym samym, Zamawiający nie miał możliwości oceny, czy *stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.*
- d) W zobowiązaniach nie wskazano zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Określenie, że zasoby podlegają udostępnieniu „*na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia*”, jest oświadczeniem, które w istocie nie niesie ze sobą żadnej treści i jego ogólność nie pozwala na uznanie, iż w zobowiązaniu wskazano wymagane przez Zamawiającego informacje

Wadliwości treści oświadczeń podmiotów trzecich w żaden sposób nie mogą sanować oświadczenia własne wykonawcy - oświadczenia Konsorcjum Aldesa zawarte na str. 42 i 44 pisma z dnia 10 marca 2014 r. Zarówno postanowienia SIWZ, jak i przepisy ustawy w

sposób niebudzący wątpliwości wymagają udowodnienia dysponowania zasobami podmiotów trzecich na podstawie oświadczeń, czy w szczególności pisemnych zobowiązań, tych podmiotów. Nie jest możliwe poszerzenie, doprecyzowanie czy zmiana oświadczenia woli [a takim jest oświadczenie o oddaniu zasobów własnych do dyspozycji innego podmiotu] jednego podmiotu poprzez oświadczenie złożone przez samego wykonawcę. Tym samym, oświadczenie własne Konsorcjum Aldesa nie może w żaden sposób służyć wykazaniu dysponowania zasobami podmiotów trzecich zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy.

Odwołujący powołał się na opinię UZP [opublikowano na www.uzp.gov.pl], oraz w wyroki z 13 lipca 2010 r., sygn. KIO 1288/10 i z 18 maja 2010 r., sygn. KIO 786/10, „*dysponowanie wymienionymi w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu oraz czy podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście je posiada. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny przez zamawiającego dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego.*” Prezentowane wyżej stanowisko znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, odnoszącym się do dokumentów o analogicznej treści, co do tych, przedstawionych w Postępowaniu, m.in.: wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2013-06-12, KIO 1247/13: „*Zobowiązanie*” ZWZ-Enyen Engineering a.s. *nie jest zobowiązaniem w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego, nie jest również mogącym ewentualnie stanowić inny dowód udostępnienia, dokładnym, sporządzonym przez udostępniającego oświadczeniem/opisem [w praktyce zamówień często określanym "zobowiązaniem w rozumieniu art. 26 ust. 2b"], co i w jaki sposób dla realizacji danego zamówienia wykonawcy udostępnia. Właściwie jako dowód jakichkolwiek innych okoliczności, niż fakt, iż tego typu lakoniczna beletrystyka została sporządzona, "zobowiązanie" przedłożone przez ELWO, nie warte jest rozpatrywania. Samo zadeklarowanie, iż "oddaje się do dyspozycji niezbędne zasoby wiedzy i doświadczenia", bez dodatkowych informacji, które wskazywano przykładowo powyżej, pozostaje modelową egzemplifikacją "zobowiązania" służącego do formalnego wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie udowodnienia zamawiającemu realnej możliwości skorzystania z takiego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Również wskazanie, iż udostępnia się jako niezbędny zasób w postaci referencji "na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia" wskazuje na głębokie niezrozumienie przez wykonawcę jakich okoliczności winien dowodzić zamawiającemu. Izba podkreśla, iż "zobowiązanie" sprowadzające się do kompilacji treści art. 26 ust. 2b i art. 22 ust. 1 Pzp, nie*

jest dowodem, o którym mowa w pierwszym z wymienionych przepisów, a przynajmniej za takowy nie jest już od dawna w orzecznictwie uznawane." Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2013-09-05, KIO 2030/13: „Po pierwsze należy zaznaczyć, iż oświadczenia opisane w ustaleniach Izby, nie są zobowiązaniami w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego i nie nadają się do egzekwowania. Po drugie, trudno wskazane dokumenty uznać za inne dowody, wystarczająco potwierdzające, iż fakt rzeczywistego udostępnienia będzie miał miejsce. W świetle rozważań poczynionych powyżej, dowody tego typu winny dostarczać szerszego zakresu informacji niż tylko zadeklarowanie, iż daną osobę się udostępnia. Powyższe dotyczy zwłaszcza oświadczeń i deklaracji udostępniających, w praktyce zamówień często określanych jako "zobowiązanie w rozumieniu art. 26 ust. 2b". Oceniane "zobowiązania" podmiotów trzecich, nie zawierają informacji,... które wskazywano przykładowo powyżej. Stanowią jedynie] lakoniczne oświadczenia, stanowiące co najwyżej dowód ich złożenia, w których treści zadeklarowano jedynie, że jakieś osoby przewidziane na dane funkcje są oddawane do dysponowania" na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia. Tego typu "zobowiązanie", sprowadzające się do kompilacji treści art. 26 ust 2b Pzp, trudno w tym okolicznościach uznać za dowód, o którym mowa w powołanym przepisie." Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2014-02-20, KIO 212/14: „Natomiast potwierdził się zarzut niewykazania warunku sprecyzowanego przez Zamawiającego z uwagi na brak udowodnienia przez AGRO-POL, że będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, który wykonał zamówienie z poz. 4 wykazu wykonanych usług {zimowe i letnie utrzymanie pieszych ciągów komunikacyjnych}. W ocenie Izby na podstawie dokumentu zatytułowanego błędnie Zobowiązanie o współpracy {zobowiązać się można do współpracy}, którego treść sprowadza się do lakonicznego oświadczenia wpisanego na gotowym druku {Niniejszym zobowiązują się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów: wiedza i doświadczenie przy realizacji zamówienie publicznego pn... [tu podano pełną nazwę postępowania prowadzonego przez Zamawiającego], Zamawiający nie miał wystarczających podstaw, aby pozytywnie zweryfikować rzeczywisty charakter udostępnienia przez L F "GARDEN" Konserwacja Terenów Zieleni wiedzy i doświadczenia na rzecz Przystępującego. Izba podziela w tym zakresie wywody odwołania. W szczególności lakoniczna i enigmatyczna treść tego zobowiązania nie upoważniała Zamawiającego do oceny, że Wykonawca L F udostępni swoją wiedzę i doświadczenie w ramach współpracy, która stanowi formę zbliżoną do podwykonawstwa [cytat ze złożonej na rozprawie odpowiedzi na odwołanie] Zamawiający, siła rzeczy, nie mógł brać pod uwagę okoliczności, które zostały podniesione przez Przystępującego dopiero w zgłoszeniu przystąpienia. Przystępujący jest przy tym w błędzie, że "nikomu nie trzeba niczego wyjaśniać", gdyż art. 26 ust. 2b pzp,

uprawniając wykonawcę do skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego. nakłada jednocześnie na takiego wykonawcę obowiązek udowodnienia Zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami. Z Art. 26 ust. 2b pzp wynika, że może to być, ale nie tylko, wymieniony przykładowo środek dowodowy w postaci pisemnego zobowiązania innego podmiotu, który ma takie zasoby, jakich potrzebuje wykonawca, do ich udostępnienie temu wykonawcy. Z uwagi na różny charakter stosunków, które mogą łączyć wykonawcę z podmiotem trzecim, a także zróżnicowany charakter zasobów podlegających udostępnieniu, przepis nie określa uniwersalnej treści takiego zobowiązania, która niezależnie od okoliczności gwarantuje skuteczne wykazanie przez wykonawcę możliwości polegania na zasobach innego podmiotu niezbędnych do wykonania zamówienia. Izba podziela stanowisko, że przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Wobec tego złożenie ogólnego oświadczenia bez wykazania w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia będzie niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnienie warunków w zamówienia. Przy czym niewystarczające jest tu poleganie wyłącznie na wyjaśnieniach samego wykonawcy, który przypisze podmiotowi trzeciemu zobowiązanie się do świadczeń, które nie wynikają z treści dokumentu przedstawionego zamawiającemu.”

Końcowo Odwołujący podkreślił, iż oba przedłożone wadliwe oświadczenia są dokumentami uzupełnionymi przez Konsorcjum Aldesa w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wobec utrwalonego w orzecznictwie stanowiska, co do jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie ww. przepisu, nie jest możliwe powtórne wezwanie Konsorcjum Aldesa do przedstawienia lub nawet wyjaśnienia treści raz już wadliwie uzupełnionych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu. Tak m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 2013-08-29, IX Ga 128/13: „*Podniesione przez skarżącego zarzuty, nie pozwalają na uwzględnienie skargi, z tego względu, że skarżący nie spełnił warunków formalnych udziałów w przetargu pomimo, że był wezwany do ich uzupełnienia. Przy czym wbrew twierdzeniom skarżącego zamawiający nie miał kolejnego obowiązku wzywania co do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów uzupełnionych przez pozwanego a złożonych w postępowaniu. Jednokrotne wezwanie było wystarczające i dawało możliwość skarżącemu uzupełnienia braków.*”

[2] w zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i złożenia nieprawdziwych informacji lub nie przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy:

W ofercie Konsorcjum Aldesa na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy załączono;

- a. Zaświadczenie z 27 stycznia 2014 r. dot Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. o nie figurowaniu do dnia 27 stycznia 2014 r. jako płatnik składek ZUS [str. 108 oferty];
- b. Świadczenie stanu opłacania składek dot. Aldesa Construcciones S.A. o niezaleganiu z tytułu płatności składek i zadłużenia w stosunku do hiszpańskiego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych [str. 109-110 oferty].

Jednocześnie, w wykazie osób na str. 29-42 oferty, uzupełnionym następnie pismem wraz z pismem z dnia 10 marca 2014 r., wskazano w przypadku 3 osób [poz. 1, 8, 12 i 13] jako podstawę dysponowania - umowę o pracę. Z opisu doświadczenia tych osób oraz faktu wskazania ich jako osoby przeznaczone do realizacji przedmiotowego zamówienia, wynika, iż miejscem wykonywania pracy przez ww. pracowników jest terytorium Polski.

Z dokumentów załączonych do oferty potwierdzających brak podstaw do wykluczenia należałoby wysnuć wniosek, iż Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. nie zatrudnia pracowników na umowę o pracę [inaczej bowiem, zobowiązana byłaby do zgłoszenia płatnika składek do ZUS zgodnie z art. 43 u.4t. 1 pkt 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych z dnia 13, października 1998r. [Dz. U. 2013 poz. 267 ze zm.]].

Z kolei, zarówno zgodnie z polską ustawą o systemie ubezpieczeń społecznych, jak i rozporządzeniem parlamentu europejskiego i rady [WE] nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego z dnia 29 kwietnia 2004 r. [Dz.Urz.UEX Nr 166, str. 1] — art. 11 ust. 3 pkt a] - w przypadku, gdy pracownik wykonuje pracę na terenie Państwa Członkowskiego, co do zasady, obowiązują go przepisy dotyczące ubezpieczeń społecznych obowiązujące w tym Państwie Członkowskim, zgodnie z zasadą **lex loci laboris**. Oznacza to, iż pracodawcy zagraniczni z Państw Członkowskich Unii Europejskiej, z tytułu zatrudniania pracowników [polskich obywateli] w Polsce, zobowiązani są do wypełniania obowiązków płatnika składek w zakresie ubezpieczeń społecznych, ubezpieczenia zdrowotnego i Funduszu Pracy. W przedmiotowej sprawie oznacza, to iż jeśli umowa o pracę wskazana jako podstawa dysponowania trzema umieszczonymi w wykazie osobami, łączyła te osoby z pracodawcą zagranicznym - Aldesa Construcciones S.A. [lub jego oddziałem w Polsce], to oprócz zaświadczenia właściwego organu siedziby tego podmiotu, Konsorcjum Aldesa zobowiązane było do przedstawienia w ofercie również zaświadczenia z ZUS w zakresie niezalegania z płatnością składek z tytułu zatrudniania osób wykonujących pracę w Polsce. Należy podkreślić, iż i art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp nie zawęża obowiązku wykazania braku zaległości wobec właściwego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych jedynie do instytucji właściwej dla siedziby wykonawcy, ale statuując podstawę wykluczenia, odnosi ją szeroko do wykonawców, którzy *zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne [...]*. Tym samym, Aldesa Construcciones S.A., będąc płatnikiem składek zobowiązanym do ich uiszczania zarówno w

Hiszpanii, jak i w Polsce, powinien wykazać brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert przedstawiając stosowne zaświadczenia wystawione przez obie odpowiednie instytucje pobierające składki. W związku z powyższym, zasadnym było wezwanie Konsorcjum Aldesa do wyjaśnień i uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp zaświadczenia z ZUS o niezaleganiu z płatnością składek na ubezpieczenie społeczne. W przypadku, gdy osoby, o których mowa, nie są wbrew deklaracji Wykonawcy zatrudnione na umowę o pracę u żadnego z członków Konsorcjum, podanie nieprawidłowej podstawy dysponowania osobą przedstawianą dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu, oznacza wadliwe wykazanie spełniania tego warunku, co pociąga za sobą skutek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Wskazanie innej niż faktyczna podstawy dysponowania danym zasobem uniemożliwia bowiem Zamawiającemu weryfikację, czy wykonawca faktycznie i realnie dysponuje danym zasobem i jest zdolny do prawidłowego wykonania zamówienia.

Odwołujący podał, że Wykaz osób był już jednokrotnie uzupełniany przez Konsorcjum Aldesa na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, przy czym, Wykonawca uzupełniał informacje i dokonywał zmian również w zakresie dwóch z ww. osób wskazanych w po z. 1 i 8 wykazu. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą oraz w świetle art. 7 ust. 1 Pzp, nie jest dopuszczalne powtórne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia tego samego, już raz wadliwie przedłożonego dokumentu.

W ocenie Odwołującego, wskazanie innej niż faktyczna, podstawy dysponowania zasobami wykazywanymi na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, stanowi podanie nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania. Nie sposób bowiem twierdzić, iż Konsorcjum Aldesa nie posiadało wiedzy lub pozostawało w błędnym przekonaniu, co do zatrudnienia lub nie, wskazanych w wykazie trzech osób na umowę o pracę. Nie uwzględnienie tych osób w wykazie załączonym do oferty, oznacza iż Konsorcjum Aldesa nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu i podlegało wykluczeniu, co niewątpliwie ma wpływ na wynik Postępowania.

[3] w zakresie zarzutu dotyczącego nie wniesienia wadium:

W pkt XIV SIWZ, Zamawiający określił szczegółowo wymagania w zakresie wadium, przy czym w pkt XIV 2. 2] g] wskazano wyraźnie, iż *właściwość miejscową do rozstrzygania sporów wskazuje siedziba Zamawiającego*.

W gwarancji bankowej na stronie 205 oferty Konsorcjum Aldesa zawarto klauzulę, iż „Niniejsza Gwarancja podlega prawu polskiemu a miejscem jurysdykcji jest Warszawa”. W związku z tym, Zamawiający w dniu 28 lutego 2014 r. wezwał Konsorcjum Aldesa, do złożenia wyjaśnienia przez Wykonawcę i Gwaranta lub przedłożenia innych dokumentów potwierdzających, iż załączone do oferty wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej jest zgodne z Rozdziałem XIV pkt 2 lit f] i lit. g] SIWZ, a stwierdzona nieścisłość jest wynikiem

omyłki w rozumieniu art 87 ust. 2 Ustawy [...]. W odpowiedzi z 10 marca 2014 r., Konsorcjum Aldesa oświadczyło iż uznaje treść postanowień Rozdziału XIV pkt 2 lit. f] SIWZ za obowiązującą i wiążącą w Postępowaniu oraz załączyło pismo Gwaranta z dnia 5 marca 2014 r., oświadczające, iż w przypadku sporu wynikłego w związku z udzieloną gwarancją sądem właściwym do rozstrzygnięcia sporu będzie sąd właściwy dla siedziby Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, art. 87 ust. 1 i 2 Pzp umożliwiają Zamawiającemu skierowanie wezwania do wyjaśnienia i ewentualnego poprawienia oczywistych omyłek w zakresie dotyczącym treści oferty wykonawcy. Nie powinno budzić żadnych wątpliwości, iż dokument wadium nie stanowi treści oferty, ani też dokumentu, do którego można by zastosować przepisy art, 26 ust. 3 i 4 Pzp. Tak np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2011 r., sygn. KIO 36/11. Zatem nie było dopuszczalne wezwanie Konsorcjum Aldesa do wyjaśnień treści wadium, a tym bardziej - do poprawienia omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 Ustawy. Ponadto, w zakresie błędnego określenia sądu właściwego do rozstrzygnięcia sporu, nie może być mowy o „nieścisłości” - dokument gwarancji wniesiony przed terminem składania ofert wyraźnie zawierał w swojej treści postanowienie sprzeczne z wymogiem SIWZ w pkt XIV 2.2] f]. Złożone po terminie składania ofert oświadczenie Gwaranta nie wyjaśniało nieścisłości, ale stanowiło *de facto* zmianę treści gwarancji wadialnej z dnia 13 lutego 2014 r. po terminie składania ofert, co nie jest czynnością dopuszczalną na gruncie Pzp. Niezgodność treści gwarancji wadialnej z wyraźnie określonymi przez Zamawiającego postanowieniami SIWZ oznacza w rzeczywistości, że wadium nie zostało prawidłowo wniesione do upływu terminu składania ofert, a tym samym, Konsorcjum Aldesa podlegało wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie KIO, m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2009-03-13, KIO/UZP 224/09, KIO/UZP 252/09: *„Z treści dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej STU Ergo Hestia S.A. z dnia 20 listopada 2008 r. załączonej w ofercie konsorcjum Kolprojekt na stronie 166 wynika, iż nie jest to gwarancja nieprzenoszalna. Ponadto pismo STU Ergo Hestia S.A z dnia 30 stycznia 2009 r. potwierdza, iż gwarancja ta może być przedmiotem przelewu, a więc została wystawiona niezgodnie z wymogami określonymi w pkt. 11.4 siwz. Z pisma tego wynika, iż STU Ergo Hestia S.A nie ponosi odpowiedzialności za szkody spowodowane nieprzyjęciem gwarancji, gdyż była ona sporządzona zgodnie z wnioskiem konsorcjum Kolprojekt. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż konsorcjum Kolprojekt nie wniosło wadium zgodnie z wymaganiami dotyczącymi tej formy jej wniesienia określonymi w pkt 11.4 siwz. Postanowienie to obowiązywało wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, a jego zapis nie został oprotestowany. Zamawiający dbając o swój interes prawny w zabezpieczeniu postępowania oraz stosując art. 7 ustawy był zobowiązany do*

wykluczenia konsorcjum Kolprojekt z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4] ustawy.

” Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2013-03-04, sygn. KIO 366/13: „W ocenie Izby złożone przez Przystępującego pierwsze wadium przy ofercie przed terminem składania ofert [dzień 31 stycznia 2013r., godz.9.45] zawierało wady i było sprzeczne z postanowieniami SIWZ, co oznacza, że wadium tego nie można potraktować, jako spełniającego wymagania ustawowe. Braki te dostrzegł sam Przystępujący składając w dniu 6 lutego 2013r. nowe poprawione wadium. Natomiast to drugie poprawione wadium złożone zostało złożone już po upływie terminu składania ofert, zatem wyraźnie poza dyspozycją przepisu art.24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, Nadto należy wskazać, że wadium w systematyce zamówień publicznych zajmuje samodzielną pozycję, w stosunku do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, składanych przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków f udziału w postępowaniu czy składanych pełnomocnictw. Jeżeli chodzi o powyższe dokumenty podmiotowe, dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań przedmiotowych czy pełnomocnictwa, prawodawca wyraźnie przewidział instytucją uzupełnienia tych kategorii dokumentów. Jednak w zakresie wadium takiej możliwości uzupełnienia treści powołanych wyżej dokumentów ustawodawca nie przewidział, co należy rozumieć, jako przejaw bardzo restrykcyjnego podejścia do sytuacji składania przez wykonawców wadliwych dokumentów wadialnych. Wobec zatem braku wyraźnej regulacji prawnej analogicznej do tej unormowanej w art.26 ust. 3 ustawy Pzp w stosunku do instytucji wadium i biorąc pod uwagę omówione wyżej aspekty systemowe Izba doszła do przekonania, że złożony dokument nie stanowi wadium w rozumieniu art.45 i art.46 ustawy Pzp w związku z art.24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp. Poza tym Izba reprezentuje zapatrywanie, że wadium nieodpowiadające treści SIWZ. nie jest wadium określonym w dyspozycji art.24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp. Inne rozumienie tezo przepisu oznaczałoby nierówne traktowanie uczestników postępowania przetargowego. W szczególności Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego o instrukcyjnym charakterze postanowienia pkt. 10.2.3 SIWZ. Izba uznała, że postanowienie to należy stosować zgodnie z jego treścią i niedopuszczalne jest swobodne jego rozumienie w zależności od uznania Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający chciał wprowadzić postanowienia instrukcyjne, to powinien to wyraźnie w SIWZ zaznaczyć. [...] Powyższe naruszenia treści SIWZ nie powodują wprawdzie powstania przypadku istnienia sprzeczności pomiędzy treścią SIWZ a treścią oferty rozumianej sensu stricto, co nie może skutkować uznaniem konieczności zastosowania przesłanki art.89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Bez względu jednak powyższe Izba reprezentuje pogląd, że nierespektowanie przez Przystępującego warunków SIWZ w zakresie składanego wadium, postawionych w

stosunku do wszystkich wykonawców, jest równoznaczne z brakiem złożenia wadium w wyznaczonym terminie, które20 następstwem jest obowiązek zastosowania przez Zamawiającego przepisu art.24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp.”

[4] w zakresie zarzutów posłużenia się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w wykonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania:

W ofercie Konsorcjum Aldesa wskazano, iż stanowiska projektantów wykonawca zamierza powierzyć osobom udostępnionym przez Ultra Architects s.c., spółkę cywilną, której współnikami są T..... O..... i M..... K..... . Również, w pierwotnej wersji oferty, podmiot ten złożył oświadczenie o udostępnieniu wykonawcy wiedzy i doświadczenia dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem, jak wynika z dokumentacji Postępowania, Ultra Architects s.c. oraz m.in. osobiście mgr inż. arch. T. O....., brał udział w przygotowaniu Postępowania - Koncepcji Architektonicznej budynku objętego przedmiotem zamówienia. Wynika to m.in. z następujących dokumentów SIWZ: projektu Poziomu +2 Biura (nr rys. A-04) Koncepcji Architektonicznej, zał. nr 38 do SIWZ, opracowanie: Koncepcja Konstrukcji, gdzie wskazano, iż projekt koncepcyjny branży architektonicznej został opracowany przez Ultra Architects s.c.- zał. nr 37 do SIWZ, gdzie jako projektanta branży architektonicznej wskazano mgr inż. arch. T. O....., zaś jednostkę projektową: Ultra Architects s.c.

W ocenie odwołującego, posłużenie się w celu sporządzenia oferty i uzyskania zamówienia osobami, które bezpośrednio uczestniczyły w przygotowaniach dokumentacji Postępowania, narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę, który dysponuje osobami bezpośrednio zaangażowanymi w tworzenie dokumentacji Postępowania i posiadającego, w związku z tym faktem, szerszą niż inni wykonawcy wiedzę na temat Postępowania i przedmiotu zamówienia. Działanie takie, implikuje konieczność wykluczenia Konsorcjum Aldesa z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, a poza tym, kwalifikuje się jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co stanowi podstawę odrzucenia oferty w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

IV. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

V. Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Aldesa Construcciones Polska spółki z o.o. w Warszawie i Aldesa Construcciones SA w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Należało przypisać Odwołującemu przesłanki materialnoprawne, warunkujące merytoryczne rozpatrzenie odwołania.

[1] Po pierwsze, przepis art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wymaga od wnoszącego odwołanie wykonawcy nie tylko legitymowania się interesem w uzyskaniu zamówienia, ale również wykazania poniesionej szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Tak jak podnosi się w doktrynie i orzecznictwie, przez szkodę należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy jakiego doznaje lub dozna poszkodowany wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania zamawiającego. Tym samym, oferta wnoszącego odwołanie - w przypadku uwzględnienia zarzutów, powinna być uznana za najkorzystniejszą i dane postępowanie powinno zakończyć się zawarciem umowy z Odwołującym.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych traktują bowiem odwołanie jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia [wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu]. Odwołanie, w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego, i dający odwołującemu rzeczywistą możliwość wyboru jego oferty, w razie uwzględnienia postawionych zarzutów.

[2] Po drugie, na gruncie analizowanej sprawy, Zamawiający w postępowaniu odwoławczym nie podjął jakiejkolwiek aktywności, mającej wskazywać, że Odwołujący nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu, a to w związku z tym, że oferta Odwołującego jest droższa, aniżeli kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, jak również kwota, do jakiej zdecydował się zwiększyć środki na realizację zamówienia. W toku postępowania odwoławczego nie wskazywano w szczególności, że Odwołujący nie mógłby uzyskać przedmiotowego zamówienia, gdyż wykluczenie wybranego aktualnie Konsorcjum Aldesa, zgodnie z postulatami odwołania, nie prowadziłoby do zawarcia z Odwołującym umowy, lecz do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień

publicznych [por.: orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 7 lutego 2014 r. w spr. KIO 161/14, z 13 czerwca 2011 roku, sygn. akt KIO 1154/11, 15 maja 2013 r. w spr. KIO 1025/13 i 1047/13].

O ile bowiem wartość oferty Odwołującego przewyższa o blisko 10 ml zł [ponad 9.300 000 zł] kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, to na gruncie przedmiotowego postępowania, wobec opisanej postawy Zamawiającego, nic nie wskazuje, by stanowiło to o braku możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego w razie rozpatrzenia zarzutów odwołania.

[3] Zamawiający, otrzymując oferty, z których każda miała wyższą cenę, aniżeli kwota przeznaczona na realizację zamówienia, postanowił zwiększyć tę kwotę w stosunku do planowanej początkowo. Wniosek pełnomocnika Zamawiającego z dnia 19 lutego 2014 r. w sprawie możliwości zwiększenia środków finansowych na realizację zamówienia opiewał wprawdzie do wysokości oferty Konsorcjum Aldesa: *„Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotowego zamówienia kwotę **54.281.880,30** zł brutto [wniosek z 07.01.2014 r. w sprawie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego]. Najkorzystniejsza oferta przekracza więc środki jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia o kwotę **6.187.520,51** zł brutto. W związku z powyższym zwracam się z wnioskiem o pilne udzielenie informacji czy istnieje możliwość zwiększenia środków finansowych na realizację ww. zamówienia o kwotę 6.187.520,51 zł brutto. Brak takiej możliwości skutkować będzie koniecznością unieważnienia przedmiotowego postępowania stosownie do treści art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy”*. Z uchwały Nr 5/2014 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników spółki Wielkopolskie Centrum Wspierania Inwestycji sp. z o.o. z dnia 12 marca 2014 r. [jej § 1 pkt 2] wynika jednak, że rozstrzygnięcie wniosku nastąpiło zwiększenie w sposób ogólny kwoty na realizację zamówienia, bez wskazania maksymalnej granicy tego zwiększenia: *„Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników wyraża zgodę na zawarcie umowy generalnego wykonawstwa w oparciu o najkorzystniejszą ofertę spośród złożonych w dniu 18 lutego 2014 roku, z zastrzeżeniem zapewnienia przez Zarząd Spółki przestrzegania przepisów Prawo Zamówień Publicznych przy jej zawarciu”*. Podobnie wskazano w piśmie z 21 marca 2014 r. kierowanym do pełnomocnika Zamawiającego: *„Zarząd Spółki Wielkopolskie Centrum Wspierania Inwestycji Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu informuje, iż zgodnie z uchwałą nr 5/2014 NZW WCWI z dnia 12 marca 2014 roku istnieje możliwość zwiększenia środków na realizację zamówienia pn. „Budowa parkingu i budynku usługowo – biurowego w lokalizacji przy ul. Za Bramką w Poznaniu – etap I. Zaprojektuj i wybuduj”*. Z opisanej czynności Zamawiającego nie wynika zatem, by finalnie Zamawiający postanowił zwiększyć kwotę przeznaczoną na

realizację zamówienia jedynie do wartości oferty wybranej [konsorcjum Aldesa] – z uchwały nie sposób wyczytać, czy zwiększenie dotyczy najkorzystniejszej oferty na moment wniosku o zwiększenie środków na realizację zamówienia, czy też najkorzystniejszej oferty, jaka ostatecznie w toku postępowania za taką zostanie uznana, przykładowo w wyniku uwzględnienia wniesionego środka ochrony prawnej.

Przed wszystkim jednak, sam Zamawiający, jako dysponent swojej woli co do finansowej granicy, do której zamierza dokonywać realizacji zamówienia, nie wyartykułował w toku całego postępowania odwoławczego, że nie zamierza dokonywać wyboru oferty w tym postępowaniu ponad wartość oferty Konsorcjum Aldesa.

Decyzja w przedmiocie przeznaczenia większej kwoty, aniżeli wcześniej przewidziana, jest autonomiczną sprawą Zamawiającego, nie wynika z oceny dokonywanej poza Zamawiającym [przykładowo przez Krajową Izbę Odwoławczą] i tylko Zamawiający ma możliwość wyartykułowania swojej woli w tym zakresie – podnosząc twierdzenie, że nie zamierza przeznaczyć więcej środków, niż określona kwota, co z kolei wpływa na stwierdzenie lub nie zaistnienia przesłanek materialnoprawnych po stronie Odwoływającego.

[4] Zamawiający nie wskazywał ani w obszernej odpowiedzi na odwołanie, ani w toku rozprawy, by jego zamiar zawarcia umowy został ograniczony kwotą oferty Konsorcjum Aldesa, nie podnosił także jakichkolwiek zastrzeżeń co do braku legitymacji czynnej Odwoływającego z tego powodu. Zapytany wreszcie na rozprawie o powody unieważnienia wcześniejszego postępowania, oraz o wskazanie losów wniosku o zwiększenie kwoty uprzednio przewidzianej na realizację zamówienia, nie wspomniał, by jego decyzja i możliwości zawarcia umowy w tym postępowaniu zakreślone zostały kwotą odpowiadającą wartości oferty Konsorcjum Aldesa, a tym samym, by oferta Odwoływającego, jeszcze w wyższym stopniu przewyższająca zaplanowany budżet, miała nie być brana pod uwagę z tego powodu.

Przy tak prezentowanej postawie procesowej Zamawiającego, jedynym wnioskiem musi być stwierdzenie istnienia po stronie Odwoływającego przesłanek materialnoprawnych, warunkujących merytoryczne rozpatrzenie odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza obowiązana jest z urzędu wziąć pod uwagę wystąpienie przesłanek materialnoprawnych, zaś tego rodzaju okoliczności, jak fakt, że Zamawiający w konkretnej sytuacji nie będzie brać pod uwagę oferty przekraczającej założony na realizację zamówienia budżet wynika wyłącznie z podniesienia przez Zamawiającego tej okoliczności, skoro powody stwierdzenia braku możliwości poniesienia szkody przez Odwoływającego, są uwarunkowane zamiarem Zamawiającego przeznaczenia takiej lub innej wysokości środków [odpowiedniego

zwiększenia budżetu na realizację zamówienia], a to mieści się w sferze wyłącznej wiedzy i decyzji Zamawiającego.

II. ROZSTRZYGNIECIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty okazały się uzasadnione. Nie zasługiwały na aprobatę zarzuty, wskazujące na podstawę do wykluczenia Konsorcjum Aldesa z powodu niewniesienia wadium [złożenia gwarancji ubezpieczeniowej niezgodnej z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego], uczestnictwa osób, które przygotowywały postępowanie w złożeniu oferty przez Konsorcjum Aldesa oraz z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji w zakresie zatrudnienia pracowników i złożenia zaświadczenia o niezaleganiu z opłatami na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne.

Zasadnymi okazały się te zarzuty, które wskazywały na niewłaściwą ocenę zobowiązań do udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie. Ocena dokonana przez Zamawiającego w tym zakresie wykazuje wiele nieprawidłowości – zarówno tych podniesionych w odwołaniu, jak i ujawnionych w toku rozprawy, co miało jednak znaczenie dla oceny dokumentów w świetle postawionych zarzutów oraz dokonanego w tej mierze rozstrzygnięcia.

III. ZARZUTY WSKAZUJĄCE NA PODSTAWĘ WYKLUCZENIA KONSORCJUM ALDESA Z POWODU NIEWŁAŚCIWEJ TREŚCI [BEZPODSTAWNEGO WYJAŚNIENIA] GWARANCJI WADIALNEJ [ART. 24 UST. 2 PKT 2 USTAWY]

[1] Poddając analizie postawiony zarzut uznano, że, mimo, że złożona przez Konsorcjum Aldesa gwarancja bankowa nie odpowiada w pełni wymaganiom postawionym w SIWZ przez Zamawiającego co do jej treści, nie może to skutkować wykluczeniem wykonawcy.

[2] Bezspornym jest, że Zamawiający w rozdziale XIV pkt 2 SIWZ postawił szczegółowe wymagania co do tej gwarancji, w tym, by zawierała ona m.in. właściwość miejscową do rozstrzygania sporów według siedziby Zamawiającego, oraz że *„zobowiązanie gwaranta, poza zgodnymi z obowiązującym prawem pozostałymi zaleceniami organizacyjnymi gwaranta nie może zawierać zastrzeżenia wyłącznego dot. konieczności kierowania żądania Zamawiającego jedynie przez bank Zamawiającego i powinno w takim przypadku dopuszczać inne, zgodne z obowiązującym prawem formy”*.

Bezspornym jest również, że gwarancja zawarta w ofercie Konsorcjum Aldesa wskazuje jako sąd właściwy do rozpatrywania ewentualnych sporów – sąd w Warszawie. Zawarto w niej bowiem następującą klauzulę *„Niniejsza Gwarancja podlega prawu polskiemu*

a miejscem jurysdykcji jest Warszawa". Ponadto, zamieszczono w niej, po wyszczególnieniu warunków zatrzymania wadium i wskazaniu, że zostanie ona zrealizowana po pierwszym pisemnym żądaniu Zamawiającego klauzulę, że „*Od tego momentu każde wezwanie powinno być wspierane pisemną informacją od Państwa Banku lub bankowców, że podpisy są ważne i autentyczne*”.

Zamawiający, wobec tak sporządzonej gwarancji, wezwał Konsorcjum Aldesa do złożenia wyjaśnienia przez wykonawcę i gwaranta lub przedłożenia innych dokumentów potwierdzających, iż załączone do oferty wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej jest zgodne z Rozdziałem XIV pkt 2 lit f) i lit. g) SIWZ, a stwierdzona nieścisłość jest wynikiem omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy, a tym samym, iż wykonawca wraz z gwarantem uznaje treść postanowień znajdujących się w Rozdziale XIV pkt 2 SIWZ za obowiązującą i wiążącą w postępowaniu.

Konsorcjum Aldesa w odpowiedzi złożyło pismo banku – wystawcy gwarancji, z którego wynika, że w przypadku sporu wynikłego w związku z udzieloną gwarancją, sądem właściwym do rozstrzygnięcia sporu będzie sąd właściwy dla siedziby Zamawiającego oraz, że żądanie wypłaty z gwarancji nie musi być kierowane przez Bank Zamawiającego, co oznacza, iż może być kierowane za pośrednictwem innych banków lub notariusza.

[3] Biorąc pod uwagę okoliczności analizowanej sprawy, podkreślenia wymaga, że dla swej ważności, wadium w formie gwarancji powinno zawierać treść, z której wynikać ma jej bezwarunkowy charakter, nieodwołalność, płatność sumy gwarancyjnej na pierwsze żądanie. Innymi słowy, ważność wadium, realizację jego celu należy rozpatrywać przez pryzmat wymagań stawianych treścią art. 46 ust. 4 a i 5 ustawy, który reguluje zakres odpowiedzialności gwaranta i określa przesłanki ziszczenia się okoliczności uprawniających beneficjenta do żądania zapłaty kwoty wadium [zatrzymania wadium]. Tylko taką gwarancję, która nie wskazuje wszystkich przesłanek zatrzymania wadium [żądania płatności sumy gwarancyjnej] oraz ww. wymagań, należy uznać za wniesioną nieprawidłowo i nieważną w świetle przepisów ustawy.

Gwarancja, jaka została zawarta w ofercie Konsorcjum Aldesa jest, w świetle wymagań stawianych treścią wskazanego przepisu ważna i zgodna z obowiązującym prawem, w pełni także zabezpiecza interesy Zamawiającego w razie wystąpienia okoliczności uprawniających do wystąpienia z żądaniem zapłaty sumy gwarancyjnej przez gwaranta.

Sporne elementy gwarancji, takie jak określenie właściwości sądu w razie

ewentualnych sporów na jej tle, a także zasady występowania przez Zamawiającego w celu realizacji uprawnień z gwarancji za pośrednictwem banku Zamawiającego, należy, w świetle wymagań stawianych w treści SIWZ, traktować jako instrukcyjne, nie skutkujące jednak nieważnością samej gwarancji. Dostrzeżenia wymaga, że w treści postanowień SIWZ, w których Zamawiający wyartykułował wymagania, by gwarancja obejmowała wskazane elementy mówi się o nich nie jako o wymaganiach o charakterze bezwzględny, ale jako zaleceniach, i to zaleceniach organizacyjnych. Oznacza to zatem tyle, że w analizowanym wypadku Zamawiający w treści SIWZ rozróżnił elementy gwarancji wymagane dla jej ważności – w ślad za brzmieniem przepisów ustawy – oraz elementy pożądane [zalecenia organizacyjne], które wprowadzie nie decydują o ważności wadium, ale są pożądane dla optymalizacji dochodzenia ewentualnych roszczeń.

Niespełnienie przez gwarancję złożoną przez Konsorcjum Aldesa tych wymagań nie decyduje zatem o jej nieważności, nie wypełnia także przesłanki do wykluczenia wykonawcy. Zgodnie bowiem z treścią art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert. Złożenie gwarancji ważnej, spełniającej wymagania stawiane treścią przepisów ustawy, choć niedoskonałej w świetle wszystkich postawionych przez Zamawiającego wymagań, w tym wymagań, którym Zamawiający nadał znaczenie zaleceń organizacyjnych, nie stanowi o niezłożeniu gwarancji. Finalnie, pismo uzyskane od wystawcy gwarancji rozwiewa ewentualne wątpliwości także co do wypełnienia również owych, organizacyjnych oczekiwań Zamawiającego.

Prezentowane stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo wyrokach z dnia 20 stycznia 2011 r. w spr. KIO 54/11, 13 stycznia 2012 r. w spr. KIO 2722/11.

Powyższe czynniki stawiany zarzut, nakierowany na wykluczenie Konsorcjum Aldesa z postępowania, nieuzasadnionym.

Zgodzić się jednak trzeba w tym miejscu z Odwołującym, że zastosowanie w powyższej mierze przepisu art. 87 ust. 1 i 2 ustawy [vide: kierowane przez Zamawiającego do Konsorcjum Aldesa wezwanie do uzupełnienia i wyjaśnienia oświadczeń z dnia 28 lutego 2014 r., jego pkt 10 – str. 8 pisma] było niewłaściwe: gwarancja nie stanowi treści oferty, stąd wskazany przepis nie ma zastosowania do tego dokumentu; ewentualne usunięcie jawiących się na tle tego dokumentu wątpliwości mogło więc nastąpić bez stosowania tego przepisu.

IV. W ZAKRESIE ZARZUTU WSKAZUJĄCEGO NA PODSTAWĘ DO WYKLUCZENIA KONSORCJUM ALDESA Z POWODU ZŁOŻENIA NIEPRAWDZIWYCH INFORMACJI CO DO ZATRUDNIENIA PRACOWNIKÓW [ART. 24 UST. 2 PKT 3 W ZW. Z ART. 24 UST. 2 PKT 4 USTAWY]

[1] Postawiony w tej mierze zarzut nie znalazł potwierdzenia. Odwołujący upatruje podstaw do stawiania powyższego zarzutu w przeprowadzonym przez siebie procesie wnioskowania, zgodnie z którym, skoro Konsorcjum Aldesa wskazała w Wykazie Osób katalog osób, opisując zarazem w części Wykazu, mówiącej o podstawie dysponowania ich status jako pracowników, to winno to znaleźć odzwierciedlenie w treści dokumentów pochodzących od organu właściwego w sprawach ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych. W zakresie powyższego zarzutu dostrzec trzeba jednak, że Odwołujący opiera swoje stanowisko o odgadywane okoliczności i założenie, że jeśli osoby wskazano w Wykazie Osób jako pracowników, to na pewno nastąpił już wobec nich obowiązek zgłoszenia przez płatnika do ZUS, co jednak w sprawie nie miało miejsca.

[2] Przypomnienia wymaga, że w świetle przepisu § 3 ust. 1 pkt 4 *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*, zaświadczenie z ZUS powinno być wystawione nie wcześniej, niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

[3] W analizowanej sprawie, termin składania ofert upłynął w dniu 18 lutego 2014 r.

W świetle wskazanego wyżej przepisu, zaświadczenie z ZUS, potwierdzające stan z jakiegokolwiek momentu z okresu poprzedzającego termin składania ofert nie dawniej niż 3 miesiące, jest w pełni miarodajne dla wykazania, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne.

Wykaz Osób jest datowany na dzień 17 lutego 2014 r. i na ten dzień potwierdza okoliczności dotyczące osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Złożone przez Konsorcjum Aldesa zaświadczenie z ZUS z 27 stycznia 2014 r. potwierdza, że do dnia 27.01.2014 r. podmiot Aldesa Construcciones Polska sp. z o.o. w Warszawie nie figuruje jako płatnik składek i nie zgłosił obowiązku opłacania składek na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Konsorcjum Aldesa złożyło także świadectwo stanu opłacania składek [certificado de situación de cotización] Aldesa Construcciones SA, potwierdzające, że w stosunku do tego

podmiotu nie istnieją żadne zaległości z tytułu płatności składek i zadłużenia w stosunku do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

Przystępujący Konsorcjum Aldesa przekonująco wykazał [vide: stanowisko Przystępującego w piśmie z 10 kwietnia 2014 r.], że Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. w Warszawie zatrudniła pierwszych pracowników dnia 1 lutego 2014r. oraz dokonała w tym zakresie wymaganego przepisami zgłoszenia płatnika składek, na co przedłożone zostało zgłoszenie płatnika składek z dnia 10 lutego 2014 r. a także zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem składek oraz zaświadczenie z ZUS, potwierdzające, że na dzień 18.02 2014 r. Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. w Warszawie nie posiadała zaległości z tytułu opłacania składek na ubezpieczenia społeczne, zdrowotne oraz Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych; do dnia 31.01.2014 nie figurowała jako płatnik składek a obowiązek opłacania składek powstał w dniu 01.02.2014 r.

Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. w Warszawie z dniem 1 lutego 2014r. stała się więc płatnikiem składek do ZUS z tytułu ubezpieczeń społecznych. Oznacza to, zgodnie z art. 47 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 13 października 1998r. o systemie ubezpieczeń społecznych [Dz. U z 2013r. poz. 1442], że termin na opłacenie przez Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. pierwszych składek upływał dnia 15 marca 2014r. [a w istocie 17 marca 2014r. albowiem 15 marca przypadła w sobotę] i dopiero po tej dacie [17 marca 2014r.] - w stosunku do Aldesy mogłaby zistieć się przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Z powyższego wynika, że proces wnioskowania zaprezentowany przez Odwołującego nie uwzględnia faktu, że wykonawca może posłużyć się zaświadczeniem wcześniejszym o okres nie dłuższy niż 3 miesiące poprzedzające dzień składania ofert oraz, że na moment wystawienia zaświadczenia, może jeszcze nie być płatnikiem składek w związku z zatrudnieniem pracowników, co nie wyłącza zatrudnienia pracowników i nie stało na przeszkodzie wskazaniu osób w Wykazie Osób jako pracowników wykonawcy [członka jego Konsorcjum].

[4] Przypomnienia wymaga, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym zasianiem niepewności, czy wywołanie wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość. Przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy wymaga uzyskania pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. To szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo

jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o istniejącej rzeczywistości, która nie może być traktowana subiektywnie lub w oparciu o jednostronnie przedstawiony stan faktyczny. Ustalenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategoriycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia.

Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Stąd zarzut, nakierowany na wykazanie podstawy do wykluczenia Konsorcjum Aldesa z powodu podania nieprawdziwych informacji, okazał się nieuzasadniony.

Wobec faktu wykazania w Wykazie osób dysponowania określoną ilością personelu, którego kwalifikacji Odwołujący nie kwestionował, nie znalazł również potwierdzenia ten zarzut, który osadzony w tezie o niezgłoszeniu pracowników do ZUS miał wskazywać na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu [art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy].

V. W ZAKRESIE ZARZUTU WSKAZUJĄCEGO NA PODSTAWĘ DO WYKLUCZENIA KONSORCJUM ALDESA Z POWODU UCZESTNICTWA OSÓB, KTÓRE OPRACOWAŁY DOKUMENTACJĘ POSTĘPOWANIA W PRZYGOTOWANIU OFERTY [ART. 24 UST. 2 PKT 1 USTAWY]

[1] Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 1 ustawy, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców, w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

[2] Odwołujący podstawy do wykluczenia Konsorcjum Aldesa [a także odrzucenia oferty tego wykonawcy jako stanowiącej przejaw czynu nieuczciwej konkurencji – art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy] - upatruje w fakcie wskazania w Załączniku nr 5 poz. 2 do oferty Konsorcjum Aldesa wskazano jako Projektanta - Koordynatora osoby p. T..... O....., który opracował na zlecenie Zamawiającego jako projektant „*Koncepcję architektoniczną. Projekt zagospodarowania terenu. Projekt architektoniczny. Ochrona przeciwpożarowa*” stanowiący Załącznik nr 36 do „*Wymagań Zamawiającego - Załącznik B. Program funkcjonalno-*

użytkowy”.

[3] Zarzuty, wskazując na podstawę do wykluczenia Konsorcjum Aldesa osadzone zatem zostały w treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy oraz w fakcie wskazania przez wykonawcę jako projektanta osoby, która przygotowała jeden z elementów dokumentacji przedmiotowego postępowania.

Podkreślenia wymaga, że dla zaistnienia obowiązku wykluczenia wykonawcy, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy, konieczne jest łączne wystąpienie wskazanych w przepisie przesłanek:

- wykonywanie czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, lub posługiwanie się w celu sporządzenia oferty osobami dokonującymi takich czynności,
- bezpośrednie wykorzystanie rezultatu tych prac przez zamawiającego,
- utrudnienie uczciwej konkurencji, w następstwie udziału wykonawcy uczestniczącego wcześniej w przygotowaniu postępowania.

Tym samym, obowiązek wykluczenia z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy nie jest absolutny. Zamawiający nie może automatycznie wykluczyć z postępowania wykonawcy, który wykonywał czynności związane z prowadzonym postępowaniem albo posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z prowadzonym postępowaniem – każdorazowo konieczna jest bowiem analiza wystąpienia przesłanki negatywnej wykluczenia z postępowania. Wystąpienie powyższych okoliczności nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli udział tego wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji. Kierunek wykładni tej przesłanki wyraził Europejski Trybunał Sprawiedliwości jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej dyrektywy, co zachowuje aktualność również na gruncie obecnych regulacji. Zgodnie z wyrokiem Trybunału z dnia 3 marca 2005 r. [w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 w postępowaniach Fabricom S.A. przeciwko Państwu belgijskiemu], dyrektywy Rady odnoszące się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, dostawy, roboty budowlane, w szczególności przepisy zobowiązujące zamawiających do zagwarantowania, że nie będzie dyskryminacji pomiędzy wykonawcami stoją na przeszkodzie zasadzie, zgodnie z którą nie dopuszcza się do złożenia wniosku o uczestnictwo lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywa obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych

w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenie nie mogło zniekształcić konkurencji.

Tym samym, zwykle wykonawca, który przygotowywał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego [lub przy przygotowaniu oferty posługiwał się osobami, które postępowanie przygotowywały] ma przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami w tym postępowaniu, co ma miejsce zarówno wtedy, gdy np. zainspirowałby pewne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i wtedy, gdyby wcześniej aniżeli inni znał jej treść. Każdorazowo konieczne jest zatem przesądzenie, czy udział wykonawcy albo osoby, która brała udział w przygotowaniu postępowania nie utrudni w konkretnej sytuacji uczciwej konkurencji. Jeśli więc udział takiego wykonawcy lub osób nie utrudni uczciwej konkurencji, sam fakt uczestnictwa w fazie przygotowawczej postępowania nie stanowi przesłanki wykluczenia. Wykluczenie może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy wykonawca lub osoba, którą posługuje się on w celu sporządzenia oferty, mogły wpłynąć na kształt opisu przedmiotu zamówienia lub innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest w stosunku do pozostałych wykonawców uprzywilejowany, zaś zamawiający nie może zrównoważyć ich pozycji w postępowaniu, np. poprzez zapewnienie wyczerpujących wyjaśnień, przedłużanie terminu składania ofert lub wniosków albo modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeśli okaże się, że rozwiązania w niej nieprzewidziane mogą spełnić wszystkie oczekiwania zamawiającego.

Ocena wpływu na utrudnienie uczciwej konkurencji udziału w postępowaniu wykonawcy lub osób, które brały udział w przygotowaniu postępowania musi być dokonywana w okolicznościach konkretnej sprawy. Jeżeli wiedza zdobyta w wyniku uczestnictwa w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania daje przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co ma on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach, udział takiego wykonawcy będzie mógł być oceniony, jako naruszający zasady uczciwej konkurencji. Nie bez znaczenia dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji pozostaje zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę, jak również charakter przedmiotu zamówienia.

Jak już wskazano, sam udział w ww. czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania nie stanowi wystarczającej podstawy do wypełnienia dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy – udział ten musi prowadzić dodatkowo do ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Natomiast ocena czy doszło do uzyskania przewagi konkurencyjnej przez danego wykonawcę wykonującego czynności związane z przygotowaniem postępowania, zależy od oceny konkretnych okoliczności danej sprawy. Pod uwagę należy wziąć przy tym

wszelkie okoliczności, które doprowadziły do uzyskania przewagi wykonawcy nad innymi uczestnikami postępowania, np. jakiego rodzaju wiedzę, zakres informacji o zamówieniu, uzyskał wykonawca i czy wiedza ta jest dostępna innym wykonawcom, albo np. czy przygotowując opis przedmiotu zamówienia wykonawca wprowadził doń postanowienia jedynie dla niego korzystne, czy w toku postępowania wspierał Zamawiającego wyjaśniając treść SIWZ.

[4] Na gruncie analizowanej sprawy, Odwołujący nie sprostął wykazaniu, że osoba, która miała przygotowywać część dokumentacji postępowania o zamówienie, a która została następnie wskazana przez Konsorcjum Aldesa jako osoba mająca realizować zamówienie a także podmiot, który ma uczestniczyć w realizacji zamówienia brały udział w przygotowaniu oferty. Posłużenie się zasobami podmiotu trzeciego, czy to w zakresie wykazania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednimi osobami, czy to wiedzą i doświadczeniem, stanowi deklarację odpowiedniego zaangażowania tych zasobów na etapie realizacji zamówienia, samo w sobie nie stwarza jednak domniemania, że osoby te [pracownicy, wspólnicy Ultra Architects S.C.] brały udział w przygotowaniu oferty, czego wymaga dyspozycja przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy.

W postępowaniu, nie została także wykazana kolejna przesłanka wynikająca z treści powołanego przepisu, że ewentualny udział osób oraz podmiotu, którzy przygotowywali jeden z elementów dokumentacji przedmiotowego postępowania spowoduje w jakikolwiek sposób utrudnienie uczciwej konkurencji.

Nie potwierdził się zatem zarzut wskazujący na zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Aldesa na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Opisana sytuacja nie wyczerpuje również znamion czynu nieuczciwej konkurencji, co miałyby – w ocenie Odwołującego – skutkować obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

VI. ZARZUTY WSKAZUJĄCE NA PODSTAWĘ DO WYKLUCZENIA KONSORCJUM ALDESA Z POWODU ZŁOŻENIA WADLIWYCH ZOBOWIĄZAŃ PODMIOTÓW TRZECICH [ART. 24 UST. 2 PKT 4 W ZW. Z ART. 26 UST. 2 B USTAWY]

[1] Po pierwsze, zgodnie z przepisem § 1 ust. 6 *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*, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów

w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:

1] w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy – dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9–11, a także innych dokumentów, dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2] dokumentów dotyczących 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.

Zamawiający skorzystał z tego uprawnienia i w Rozdziale XII, lit c pkt 2 SIWZ zawarł następujące wymaganie:

„Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b Ustawy, Zamawiający, w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda wykazania, w ramach składanego zobowiązania lub innych składanych z oferta dokumentów:

- zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,*
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,*
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,*
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.”*

[2] Złożone przez Konsorcjum Aldesa w ofercie a następnie w ramach uzupełnienia zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów takich jak wiedza i doświadczenia a także osoby mające wykonywać zamówienie, nie zawierają takich opisów, które by czyniły zadość wymaganiom postawionym w postępowaniu.

Złożone przez Konsorcjum Aldesa zobowiązania podmiotów trzecich wskazują jedynie na przekazanie w sposób ogólny wiedzy i doświadczenia, a także osób niezbędnych do wykonania zamówienia.

Mają one następującą treść: „Zobowiązuje się oddać do dyspozycji Wykonawcy [...], zasobów w postaci: Wiedzy i doświadczenia, zgodnie z punktami 5.2.1 i 5.2.3 SIWZ, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, jeżeli oferta ww. Wykonawcy zostanie wybrana w niniejszym postępowaniu jako najkorzystniejsza [oświadczenie Ultra Architects – str. 27 oferty]; „Zobowiązuje się oddać do dyspozycji Wykonawcy [...], zasobów w postaci: osób proponowanych na stanowiska projektantów: [...], zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, jeżeli oferta ww. Wykonawcy zostanie wybrana w niniejszym postępowaniu jako najkorzystniejsza” [oświadczenie Ultra Architects – str. 45 oferty]. Także późniejsze, w ramach uzupełnienia dokumentów zobowiązania podmiotów trzecich, nie zawierają wskazanych elementów – mają analogiczną treść [oświadczenie Pracowni Architektonicznej C..... i C..... sp. z o.o. sp. komandytowej w Katowicach – str. 11 i 12 uzupełnienia dokumentów; oświadczenie Ultra Architects dotyczące udostępnienia osób – str. 43-44 uzupełnienia dokumentów].

Ponadto Konsorcjum Aldesa dołączyło do wyjaśnienia treści i uzupełnienia oferty z dnia 14 lutego br. [str. 42 i 45 uzupełnienia dokumentów] własne oświadczenia, w których zawarto elementy wskazujące w sposób ogólny na udostępnienie zasobów podmiotów trzecich.

[3] Wymaganie w postępowaniu przez Zamawiającego, by wykonawca wykazał, w razie polegania na zasobach podmiotu trzeciego elementy wymienione w *Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, ma służyć przekonaniu, że udostępnienie ma charakter realny, a wykonawca będzie miał rzeczywisty dostęp do oddanych mu do dyspozycji zasobów należących do podmiotu trzeciego. Obowiązek wskazania wymaganych elementów ma w szczególności na celu umożliwienie zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia. W orzeczeniu z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01 [Siemens AG Österreich i ARGE Telekom & Partner przeciwko Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger], Trybunał dopuścił możliwość ograniczenia podwykonawstwa [powoływania się na zdolność podmiotów trzecich], jeżeli zamawiający nie był w stanie ocenić zdolności podwykonawców [podmiotów trzecich] na etapie selekcji wykonawców i wyboru oferty najkorzystniejszej. Takie ograniczenie ma na celu uniknięcie

sytuacji, w której zamówienie byłoby udzielone wykonawcy, który nie daje rękojmi prawidłowej realizacji zamówienia [pkt 47]. Innymi słowy, Trybunał przyznał, że zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zdolności [w tym rzetelności, efektywności, kwalifikacji i doświadczenia] wykonawcy, a tym samym weryfikacji zdolności [w tym rzetelności, efektywności, kwalifikacji i doświadczenia] podwykonawców czy podmiotów trzecich, na których potencjał powołuje się wykonawca celem udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu, na etapie selekcji wykonawców i wyboru oferty najkorzystniejszej. Z przywołanego orzecznictwa wynika zatem, że badanie zdolności wykonawcy do prawidłowego wykonania zamówienia musi być realne i w tym kontekście winno obejmować również weryfikację wykonawcy korzystającego z zasobów podmiotu trzeciego. Aby takie badanie było jednak możliwe, Zamawiający musi dysponować odpowiednimi informacjami, to jest tymi, dotyczącymi charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Powyższe determinuje, że każdorazowo, przy wymaganiu przez Zamawiającego podania tych elementów, w zobowiązaniu podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji zasobów winna znaleźć się taka ich charakterystyka oraz opis stosunku łączącego strony, który pozwoli zamawiającemu na pozytywną ocenę, że jakkolwiek wykonawca samodzielnie nie posiada odpowiedniego zasobu, to znalazł się w takiej sytuacji prawnej, że można mówić o dysponowaniu zasobem należącym do podmiotu trzeciego w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia.

[4] Podkreślenia wymaga, że ze złożonych przez Konsorcjum Aldesa zobowiązań do udostępnienia przez podmioty trzecie wiedzy i doświadczenia nie dowiadujemy się ani o zakresie ewentualnego uczestnictwa w realizacji zamówienia, zakresie dostępnych wykonawcy zasobów, ani o sposobie wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia. Tego – co najwyżej – możemy się domyślać na podstawie zestawienia zobowiązania z zawartym w formularzu oferty zakresem podwykonawstwa, co jednak nie jest wystarczające dla ustalenia zakresu uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

Postawienie - w razie korzystania z potencjału podmiotu trzeciego - wymagania wykazania w dokumentach składanych przez wykonawcę elementów, o których traktuje § 1 ust. 6 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu

udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, oznacza obowiązek konkretyzacji Zamawiającemu udostępnianych zasobów, zaprezentowania, w jaki sposób zostaną one wykorzystane w postępowaniu, w jakiej części podmiot trzeci będzie realizował czynności na rzecz Zamawiającego. O ile o zakresie dostępnych wykonawcy zasobów możemy wnioskować z treści stawianego w danym postępowaniu warunku udziału w postępowaniu, którego wykazaniu wykonawca zamierza sprostać posługując się zasobem należącym do podmiotu trzeciego, to na podstawie składanego w postępowaniu dokumentu [zasadniczo: zobowiązania podmiotu trzeciego] powinno być wykazane, że wykonawca dysponuje tym zasobem – przy wiedzy i doświadczeniu – że, jakkolwiek wykonawca samodzielnie nie spełnia stawianego w postępowaniu warunku, nie jest w stanie pochwalić się samodzielnie wykonanymi zadaniami, jakich wymaga w danym postępowaniu zamawiający, ale znajdzie się w takiej relacji z podmiotem trzecim, że na jej podstawie będzie można uznać, że wymagane wiedza i doświadczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia posiada. Przepis – a także za nim Zamawiający w analizowanym postępowaniu - wymaga podania szczegółowych elementów tej relacji między wykonawcą a podmiotem trzecim, jaka zwykle przybiera postać „zobowiązania podmiotu trzeciego”, to jest podania sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Oznacza to zatem tyle, że ten dokument, jaki jest składany w postępowaniu musi konkretyzować relację między jego stronami – powinno z niego wynikać, w jakim zakresie podmiot udostępniający będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, i nie chodzi tylko o wskazanie, że będzie to podwykonawstwo, ale także o określenie jego zakresu - czynności wykonywanych przez podmiot udostępniający zasoby w ramach zamówienia, okresu tego świadczenia a także relacji, jaka łączy go z wykonawcą [co zdaje się nawiązywać do ukształtowania albo przyrzeczenia na tym już etapie umowy o określonym charakterze, wskazania charakteru tej umowy]. Wszystkie te elementy, jakie ustawodawca przewidział w przepisie § 1 ust. 6 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* a Zamawiający w SIWZ, mają służyć przekonaniu Zamawiającego, że na etapie składania oferty wykonawca znajduje się w takiej sytuacji, że łączący go z innym podmiotem stosunek prawny [względnie, przyjmująca określone ramy prawne zapowiedź tego stosunku - co mieści się w pojęciu „charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem”], pozwala na stanowczą i jednoznaczną ocenę, że wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz że stosunek, który łączy wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Te okoliczności winien wykazać

wykonawca, za pomocą zobowiązania podmiotu trzeciego, lub innego dokumentu, obrazującego wzajemną relację między tymi podmiotami [zobowiązanie, o którym traktuje art. 26 ust. 2 b ustawy jest jedynie przykładowym środkiem dla wykazania posiadania odpowiednich zasobów podmiotu trzeciego]. W świetle wskazanych przepisów a także wymagań postawionych w analizowanym postępowaniu, szczegółowość i zakres informacyjny składanego przez wykonawcę dokumentu musi pozwalać na stwierdzenie, jaki jest zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, jaki będzie sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, który będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, wreszcie, jaki jest zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Te elementy – określone przez przepisy i wymagane przez Zamawiającego wskazują, że składany w postępowaniu dokument nie może mieć postaci ogólnej deklaracji, blankietowego oświadczenia nie wyrażającego w rzeczywistości stanowczych zobowiązań do konkretnego świadczenia ale – jakkolwiek nie ma obowiązku, by miał już postać umowy łączącej wykonawcę z podmiotem trzecim – by zawierał co najmniej informacje i zobowiązania odnoszące się do zakresu i okresu udziału podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia, a także określał stosunek, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim. Powyższe skłania do przyjęcia, że zakres wymaganych elementów składanego dokumentu powinien być bliski umowie między wykonawcą a podmiotem trzecim – z całą bowiem pewnością dokument ten ma wyrażać stosunek o charakterze zobowiązaniowym podmiotu udostępniającego zasób a wykonawcą, który powołuje się w postępowaniu o zamówienie publiczne na taką relację. Niezależnie zatem od jego formy, dla uznania za udowodnione dysponowania przez wykonawcę danym zasobem należącym do podmiotu trzeciego, konieczne jest przedstawienie Zamawiającemu dokumentu opisującego taką relację, zawierającego wymagane przez przepis oraz SIWZ elementy [tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2013 r. w spr. KIO 1439/13, Informator Urzędu Zamówień Publicznych 7/2013]. „Zobowiązanie”, o którym w sposób przykładowy traktuje art. 26 ust. 2 b ustawy, odnosi się do relacji dwustronnej, między wykonawcą a podmiotem trzecim; ma z niego wynikać, że podmiot udostępniający znajduje się w takiej relacji prawnej, na podstawie której wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne może posługiwać się jego zasobami jak własnymi. Złożone przez Konsorcjum Aldesa zobowiązania podmiotów trzecich nie pozwalają na taką ocenę – poza ogólnym wskazaniem, że przygotowano je dla przedmiotowego postępowania, i że na ich podstawie udostępniono wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia, oraz przytoczony stawiany w tym postępowaniu warunek, nie zawiera pozostałych wymaganych elementów – zakresu, w jakim wskazywane podwykonawstwo ma nastąpić. Z treści tych dokumentu nie dowiadujemy się, w jakiej części

i zakresie podmiot udostępniający wiedzy i doświadczenia będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia.

Nie można przy tym tego zakresu domniemywać, ani zastąpić dokumentem własnym wykonawcy – do czego zmierza stanowisko Zamawiającego i Przystępującego.

Tym samym, zasadną jest konstatacja, że złożone zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez inne podmioty, powinny zawierać – stosowne do konieczności scharakteryzowania zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie – elementy:

- wskazanie, jaki jest zakres dostępnych zasobów, poprzez nawiązanie do warunku stawianego w postępowaniu, którego wykazaniu ma służyć zobowiązanie [a tym samym – do zadań, jakie wynikają z dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie], w sposób odnoszący się do udziału podmiotu trzeciego w zakresie realizacji zadania;

- opis zakresu dostępnych wykonawcy zasobów, poprzez zaprezentowanie doświadczenia podmiotu trzeciego, jakie wynika z dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie, składanych w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu, które to doświadczenie musi odpowiadać treści stawianego warunku udziału w postępowaniu;

- określenie charakteru stosunku, jaki łączy albo będzie łączył wykonawcę i podmiot trzeci, poprzez wskazanie relacji prawnej, na podstawie, której nastąpiło udostępnienie wiedzy i doświadczenia [przykładowo, podwykonawstwo albo inna forma uczestnictwa w realizacji zamówienia, w zakresie zgodnym z zadaniami wykazywanymi dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu];

- wskazanie zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, poprzez wskazanie na jaki czas udostępniono zasób [w jakim czasie podmiot trzeci będzie w określonej roli wykonawczej pozostawał do dyspozycji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia], przykładowo poprzez wskazanie, że zasób pozostaje w dyspozycji wykonawcy, przez cały okres realizacji zamówienia. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że opisy tej części wymagań stawianych zobowiązaniu podmiotu trzeciego [jak się wydaje – relatywnie oczywistych i łatwych do przedstawienia] w zobowiązaniach złożonych przez Konsorcjum Aldesa [„na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, jeżeli oferta ww. Wykonawcy zostanie wybrana w niniejszym postępowaniu jako najkorzystniejsza” – oświadczenie Ultra Architects – str. 45 oferty, oświadczenie Pracowni Architektonicznej C..... i C..... sp. z o.o. sp. komandytowej w Katowicach – str. 11 i 12 uzupełnienia dokumentów; oświadczenie Ultra Architects dotyczące udostępnienia osób – str. 43-44

uzupełnienia] poprzez zawarcie w nich błędu logicznego, nie pozwalają na wnioskowanie, że w tym wypadku udostępnienie obejmuje okres realizacji zamówienia, skoro mówią, że zasób został udostępniony na okres korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia, a nie, przykładowo, na okres realizacji zamówienia.

[5] Także taki zasób, jak pracownicy podmiotu trzeciego wymaga stosownego do tego zasobu opisu w zobowiązaniu podmiotu trzeciego.

Podkreślić bowiem należy, że udostępnienie pracownika nie jest prostym oddaniem do dyspozycji, jak można byłoby mówić przykładowo o powierzeniu rzeczy do korzystania. Spełnione tu być muszą określone wymagania stawiane przepisami prawa pracy i tym wymaganiom musi czynić zadość zobowiązanie podmiotu trzeciego, którego treścią ma być przekazanie pracownika. Sięga to przykładowo, kwestii podporządkowania pracownika – zobowiązanie powinno dawać Zamawiającemu odpowiedź w kwestii tak istotnej, jak to czy udostępnieni pracownicy podlegają kierownictwu wykonawcy [ma on możliwość wydawania poleceń jako pracodawca] czy też tego rodzaju zależność pozostaje w gestii podmiotu trzeciego, który ma udostępnić pracowników.

Udostępnienie pracownika nie musi automatycznie oznaczać, że podmiot udostępniający bierze udział w realizacji zamówienia. Kwestia ta została bowiem pozostawiona uznaniu stron, między którymi dochodzi do porozumienia mającego za przedmiot udostępnienie konkretnego zasobu [tutaj: pracowników]. Abstrahując od okoliczności analizowanej sprawy, stwierdzić należy, że w razie udostępnienia pracownika, możliwa jest zarówno sytuacja, że podmiot dokonujący takiego udostępnienia będzie brał udział w realizacji zamówienia [udostępniany pracownik będzie z pracowniczego punktu widzenia mu podlegał], będąc zaangażowanym w wykonanie pewnych czynności i za nie odpowiadając, jak i nie można wyłączyć sytuacji, że przedmiotem udostępnienia będzie jedynie osoba [pracownik] bez angażowania podmiotu w realizację zamówienia. W tym drugim wypadku, pracownik podmiotu trzeciego będąc udostępnionym na rzecz wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu o zamówienie publiczne będzie obowiązany wykonywać czynności bezpośrednio na rzecz tego wykonawcy i jemu zostanie podporządkowany. Przypomnienia w tym miejscu wymaga regulacja prawa pracy, przewidująca taką sytuację – zgodnie z treścią art. 174¹ § 1 Kodeksu pracy, za zgodą pracownika, wyrażoną na piśmie, pracodawca może udzielić pracownikowi urlopu bezpłatnego w celu wykonywania pracy u innego pracodawcy przez okres ustalony w zawartym w tej sprawie porozumieniu między pracodawcami. W polskim systemie Prawa pracy są bowiem dwie możliwości, by pracownik wykonywał pracę na rzecz innego pracodawcy; są to: przepisy o pracy tymczasowej oraz

tw. leasing pracowniczy, tj. regulacja zawarta w art. 174¹ § 1 Kodeksu pracy, gdzie wymagane jest porozumienie między zakładami pracy oraz zgoda pracownika na piśmie. Zatem w konkretnej sytuacji dysponowanie osobami należącymi do innego podmiotu możliwe jest w oparciu nie tylko podwykonawstwo jako przejaw uczestnictwa podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia, ale może też być rezultatem zastosowania regulacji art. 174¹ § 1 kodeksu pracy.

Jak się wskazuje, *„Oddanie do dyspozycji wykonawcy właściwych osób będzie następowało na dwa sposoby. Niekiedy może polegać na „oddelegowaniu” takich osób pod kierownictwo wykonawcy. Częściej jednak będzie łączyło się z przejściem przez ten podmiot odpowiedzialności za samodzielne wykonanie części zamówienia w charakterze podwykonawcy. Wtedy oddanie osób do dyspozycji wykonawcy będzie na ogół jedynie elementem świadczenia polegającego na podwykonaniu części zamówienia. Nie ma już ono waloru oddzielnego zachowania się dłużnika, nie musi więc być jako takie wskazane w treści pisemnego zobowiązania [Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów”, Aleksandra Sołtysińska, Grzegorz Wicik, kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 4/2009].*

Ocena czy w konkretnej sytuacji dochodzi do udostępnienia tylko pracownika, który będzie podlegał wykonawcy, na rzecz którego udostępnienie nastąpiło czy też wiąże się ono z uczestnictwem podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia, musi uwzględniać takie okoliczności, jak to, czy udostępnione osoba/osoby składają się na większy zespół, czy wraz z udostępnieniem osób przekazywany jest szerszy zakres infrastruktury, urządzeń, czy towarzyszy mu dodatkowo udostępnienie wiedzy i doświadczenia – w takim wypadku będziemy raczej mieć do czynienia z zaangażowaniem podmiotu trzeciego w realizację zamówienia.

Każdorazowo wymaga zatem ustalenia, jaki charakter ma udostępnienie osób – pracowników podmiotu trzeciego: czy dotyczy ono udostępnienia pracowników na podstawie art. 174¹ § 1 Kodeksu pracy, czy też wiąże się z uczestnictwem podmiotu trzeciego w realizacji określonego wycinka zamówienia i udostępnienie pracowników w istocie ma charakter wykonania przez podmiot trzeci określonych prac, w które zaangażowane będą osoby wykazywane zarazem przez wykonawcę w ramach warunku udziału w postępowaniu.

Kolejną sprawą jest kwestia udostępnienia osoby, będącej zarazem współnikiem spółki cywilnej – co dotyczy osoby podanej w pierwszej pozycji oświadczenia o przekazaniu pracowników przez Ultra Architects. Oczywiście nie można wyłączyć, że w konkretnej sytuacji współnik spółki cywilnej jest zarazem jej pracownikiem, i że w takim charakterze nastąpiło jego udostępnienie. Jak wskazuje się bowiem, nie jest definitywnie wyłączona

możliwość zawarcia między spółką cywilną a jej wspólnikiem umowy o pracę, wyjąwszy zakres obowiązków pracowniczych związanych z prowadzeniem i reprezentowaniem spraw spółki [tak: uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego - Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 14 stycznia 1993 r., sygn. akt II UZP 21/92]. Sytuacja zatrudnienia wspólnika spółki cywilnej jako pracownika jest jednak raczej rzadką sytuacją.

Ponadto, charakter spółki cywilnej, w tym jej ustawowo określony cel, stanowiący zobowiązanie się wspólników do dążenia do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów [art. 860 § 1 KC], zakłada zasadę równorzędności wspólników, brak podporządkowania jednego wspólnika tej spółki wobec innego, czy wobec spółki. Zasada ta wynika nadto z zasad reprezentacji spółki i prowadzenia jej spraw. Nie sposób zatem uznać, że konstrukcja prawna spółki cywilnej, zgodnie z jej ustawowo określonym kształtem dopuszcza sytuację, by spółka cywilna mogła dokonać „dyspozycji swoim wspólnikiem” ze skutkiem wobec podmiotów zewnętrznych. Możliwą byłaby sytuacja samodzielnego zobowiązania się osoby, będącej wspólnikiem takiej spółki, jak również sytuacja, że wspólnik będzie realizował zadania na rzecz określonego podmiotu, co w istocie sprowadzi się do udziału spółki cywilnej w realizacji określonych prac, składających się na zamówienie [por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 czerwca 2011 r. w sp. KIO 1223/11]. Oznacza to tyle, że jeśli osoba jest wspólnikiem spółki cywilnej, a zarazem nie jest jej pracownikiem – nie powinna być udostępniana w tym charakterze. Albo zatem dokonuje ona sama dyspozycji swoją osobą [samodzielnie zobowiązuje się do współpracy z innym podmiotem, nie w charakterze wspólnika spółki cywilnej], albo spółka cywilna zobowiązuje się do realizacji określonych czynności w ramach zamówienia i w związku z tym udostępnia określone osoby: poprzez oddanie swoich pracowników, oraz oddelegowanie nie będącego pracownikiem wspólnika/wspólników.

W świetle powyższego, zobowiązania podmiotu trzeciego mające za przedmiot udostępnienie osób, powinny zawierać elementy pozwalające na stwierdzenie realności tego udostępnienia:

- wskazanie, jaki jest zakres dostępnych zasobów, poprzez wskazanie osób, które mają być udostępnione, przypisanie im odpowiednich ról, opisanie ich doświadczenia i kwalifikacji [ten postulat spełniają złożone zobowiązania podmiotu Ultra Architect];

- opis zakresu dostępnych wykonawcy zasobów, poprzez zaprezentowanie podanie, jakie zadania i czynności mają wykonywać osoby [ten postulat spełniają złożone zobowiązania podmiotu Ultra Architect];

- określenie charakteru stosunku, jaki łączy albo będzie łączył wykonawcę i podmiot trzeci, poprzez wskazanie relacji prawnej, na podstawie, której nastąpiło udostępnienie osób – w szczególności:

- (1) czy jest ono osadzone w treści art. 174¹ § 1 Kodeksu pracy, i czy w związku z tym pracownicy mający podlegać udostępnieniu wyrazili na to zgodę;
- (2) w innym przypadku, zobowiązanie powinno pozwalać na stwierdzenie, czy udostępnienie osób wiąże się z uczestnictwem podmiotu trzeciego w realizacji określonego wycinka zamówienia i udostępnienie pracowników w istocie ma charakter wykonania przez podmiot trzeci określonych prac, w które zaangażowane będą osoby wykazywane zarazem przez wykonawcę w ramach warunku udziału w postępowaniu [co – w świetle udostępnienia przez Ultra Architects zarówno pracowników jak i wiedzy i doświadczenia zdaje się wskazywać na tę właśnie konstrukcję];
- (3) jeśli chodzi o udostępnienie osoby będącej współnikiem spółki cywilnej, powinno ono wskazywać podstawę tego udostępnienia: przekazanie pracownika, przykładowo na podstawie art. 174¹ § 1 Kodeksu pracy – jeśli współnik jest zarazem pracownikiem spółki cywilnej; albo poprzez udział spółki cywilnej w realizacji określonego wycinka zamówienia, w wykonanie którego zaangażowany ma być osobiście ów współnik wykazywany przez wykonawcę w ramach warunku udziału w postępowaniu.

- wskazanie zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, poprzez wskazanie na jaki czas udostępniono zasób [w jakim czasie osoby będą pozostawały do dyspozycji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia], przykładowo poprzez wskazanie, że pozostają one w dyspozycji wykonawcy, przez cały okres realizacji zamówienia.

[6] Finalnie, bezspornym było w postępowaniu, że złożone przez Konsorcjum Aldesa zobowiązania podmiotów trzecich nie zawierają wymaganych treścią SIWZ i rozporządzenia elementów.

Zamawiający i Przystępujący wywodzili jednak, że te elementy mogą wynikać z wyjaśnienia własnego wykonawcy.

O ile zgodzić się można, że z całokształtu złożonych dokumentów stanowi dla Zamawiającego źródło wiedzy o sytuacji wykonawcy, to dostrzeżenia wymaga, że w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu wykazywanych za pomocą udostępnienia zasobów należących do podmiotu trzeciego ustawodawca zastrzegł w art. 26 ust. 2 b ustawy wyraźnie jako środek dowodowy zobowiązanie podmiotu trzeciego. Przykładowe wskazanie tego sposobu wykazania nie oznacza, że w miejsce owego zobowiązania dopuszczone są akty własne wykonawcy – każdorazowo wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z zastosowaniem tej regulacji wymaga, by był to przynajmniej dokument równoważny do wskazanego zobowiązania podmiotu trzeciego [nie bez powodu przecież wymaganego wyłącznie w oryginale], pochodzący bezpośrednio od dysponenta przedmiotu udostępnienia, jak umowa czy pisemne, wystarczająco precyzyjne przyrzeczenie udostępnienia określonego waloru.

Nie sposób więc podzielić stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego, zgodnie z którym, oświadczenie własne wykonawcy można uznać za „inny dokument”, który został wskazany w lit. C pkt 2 Rozdziału XII SIWZ.

To z zobowiązania podmiotu trzeciego winny wynikać wszystkie te elementy, które decydują o uznaniu udostępnienia odpowiedniego zasobu za realne. Ustawodawca dopuszczając w art. 26 ust. 2 b ustawy posiłkowanie się dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu potencjałem podmiotu trzeciego, wymaga w takim wypadku zobowiązania podmiotu trzeciego. Jakkolwiek to „zobowiązanie” wskazane zostało jako przykładowy sposób wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to jednak inny dokument składany w tym wypadku winien mieć znaczenie dokumentu zewnętrznego, pochodzącego od podmiotu dokonującego dyspozycji swoim zasobem [podmiotu trzeciego]. Po co bowiem w takim wypadku ustawodawca, w art. 26 ust. 2 b ustawy, reglamentowałby sposób tego wykazania wskazując na zobowiązanie podmiotu trzeciego, skoro elementy wymagane dla wykazania spełnienia warunku, realności jego udostępnienia mogłyby wynikać z oświadczenia własnego wykonawcy. Oczywistym jest, że wskazanie jako przykładowe tego zobowiązania odnosi się też do innych dokumentów, ale nie jakichkolwiek, lecz pochodzących od podmiotu trzeciego, dokonującego dyspozycji swoim zasobem.

Końcowo wskazania wymaga, że argumentacja Zamawiającego, oparta o wskazane w piśmie z dnia 10 kwietnia 2014 r. orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, wskazująca na możliwość wyczytania z całokształtu złożonych dokumentów o istotnych elementach co do udostępnionego zasobu abstrahuje od tego, że orzeczenia w znacznej mierze dotyczą stanu

prawnego, gdy opisywane wyżej elementy zobowiązania podmiotów trzecich nie były wymagane.

[7] Podkreślenia następnie wymaga zasada ogólna, wyrażona w ustawie, że to rzeczą wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu stawianych przez Zamawiającego. Zamawiający nie jest obowiązany ani nawet uprawniony, w innym aniżeli wyznaczony treścią art. 26 ust. 3 ustawy zakresie, do wydobywania od wykonawcy oświadczeń czy dokumentów, jeśli ten nie wykazuje w tym zakresie inicjatywy i starania.

Zasadą jest bowiem, że wykonawca składa poprawną, kompletną, opatrzoną wszystkimi wymaganymi w danym postępowaniu w SIWZ i ogłoszeniu dokumentami ofertę, w ustalonym i nieprzywracanym terminie do składania ofert. W tym wypadku SIWZ była czytelna co do wymagania zawarcia w zobowiązaniu podmiotu trzeciego elementów wskazujących na realność udostępnienia określonych zasobów.

Przepis art. 26 ust. 2a ustawy stanowi wyraźnie, że to 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 oraz art. 50 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, również te dokumenty. Oznacza to, że wszyscy wykonawcy na jednakowych zasadach zobowiązani są wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, lub - w przypadku przetargu ograniczonego - na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Złożone przez wykonawców oświadczenia i dokumenty na ten właśnie dzień powinny umożliwiać zamawiającemu weryfikację podmiotów ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Odstępstwo od tego wymogu ustawowego godzi w zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż wykonawca, który na dzień składania ofert wykaże należyłą staranność i przygotuje dokumenty w sposób umożliwiający zamawiającemu jednoznaczne stwierdzenie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, musi konkurować z wykonawcą, który takiej staranności nie dochował dopuszczając do braków w złożonych dokumentach lub składając dokumenty zawierające błędy. Ustawodawca przewidział odstępstwo od zasady przedkładania kompletnych i prawidłowych wniosków na dzień składania wniosków i umożliwił wykazanie spełniania warunków w drodze instytucji uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 ustawy sprowadza się bowiem do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre oferty i oferują korzystny bilans ceny i innych kryteriów, ale w wyniku niedopatrzenia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków lub ofert, ale na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument testowania zamawiającego, co do tego jakie dokumenty zamawiający uzna za spełniające warunek. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle. Wykonawca który skorzystał z możliwości naprawienia błędów w złożonej ofercie, będąc wezwanym do uzupełnienia dokumentu i uzupełnił niewłaściwy dokument, nie może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów.

Wskazuje się także, że w razie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, to na wykonawcy spoczywa inicjatywna co do sposobu wykazania tego warunku – jeśli wezwany wykonawca zdecyduje się w miejsce uprzednio złożonych, a uznanych za wadliwe dokumentów, złożyć następne, polegając na zasobach podmiotu trzeciego, jego zadaniem jest złożyć kompletny i poprawny zestaw dokumentów. Zamawiający w takim wypadku nie jest zobligowany do ponownego wzywania, aż do skutku w postaci uzyskania poprawnego kształtu oferty i dokumentów nań się składających [por.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2012 r. w spr. KIO 419/12 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 4 czerwca 2012 w spr. V Ca 895/12 oddalający skargę od tego orzeczenia].

Powyższe nakazuje w sposób ostrożny dopuszczać więcej aniżeli jednokrotne wezwanie do uzupełnienia dokumentów, na co wskazywał Odwołujący.

Istotnie, Przystępujący w analizowanej sprawie był już wzywany do uzupełnienia dokumentów, w części obejmującej sporne zobowiązania podmiotów trzecich. Okoliczności analizowanej sprawy wskazują na konieczność ponownego wezwania do uzupełnienia zobowiązań podmiotów trzecich, z dwóch względów:

- wezwanie do uzupełnienia dokumentów w żaden sposób nie poruszało kwestii spornych elementów zobowiązania podmiotów trzecich. Jak mówi się w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 4 czerwca 2012 w spr. V Ca 895/12, na Zamawiającym ciąży obowiązek precyzyjnego i jasnego wskazania uchybienia w złożonych dokumentach oraz wskazania

dokumentów, których uzupełnienia żąda na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. tego postulatu nie spełnia w żadnej mierze wezwanie z dnia 28 lutego 2014 r.;

- w analizowanej sprawie Zamawiający wystosował wezwanie do uzupełnienia dokumentów w oparciu o przyjętą na tym etapie, określoną interpretację postanowień SIWZ dotyczących warunku udziału w postępowaniu. Z tej interpretacji finalnie się wycofał po zapoznaniu się z argumentacją Odwołującego, wyrażoną w odpowiedzi na analogiczne wezwanie kierowane do tego wykonawcy, czego jednak nie zakomunikował wykonawcom. W konsekwencji, wykonawcy nie mieli wiedzy, że Zamawiający zmienił po tym wezwaniu swoje stanowisko w kwestii warunku, którego wykazania dotyczyło wezwanie. Stąd też, stanowisko Zamawiającego na rozprawie, zapytanego, jakie zadania brał pod uwagę przy pozytywnej ocenie oferty przystępującego było niekonsekwentne. Zamawiający podawał, że uzupełnione dokumenty, rozpatrywane łącznie dawały mu przekonanie, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, że brał w tym zakresie uzupełnione dokumenty dotyczące Pracowni Architektonicznej C..... i C....., ale także że wcześniejsze dokumenty – te zawarte w ofercie, do uzupełnienia których wezwał Przystępującego potwierdzały spełnienie warunku. Finalnie, dostrzegalną była trudność zaprezentowaniu przez Zamawiającego, co w rzeczywistości dało mu podstawę pozytywnej oceny spełnienia przez Konsorcjum Aldesa warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Powyższe pozwala stawiać pytanie, czy w ogóle wezwanie z 28 lutego 2014. było skuteczne, a także, czy jeśli Zamawiający po uzyskaniu odpowiedzi na wezwania zmienił stanowisko co do rozumienia warunku, nie powinien tego wyartykułować w ponownym wezwaniu, odnoszącym się do przyjętego ostatecznie rozumienia wymagań stawianych w postępowaniu.

Biorąc zatem biorąc pod uwagę niekonsekwentną i zmienną po otwarciu ofert interpretację postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, która to ocena znalazła wyraz w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, należy uznać, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia było nie tylko nieprecyzyjne [nie poruszało kwestii braków wymaganych w SIWZ elementów zobowiązania podmiotu trzeciego], ale także, że Zamawiający wystosował je w określonym przekonaniu co do znaczenia postawionego warunku, które to przekonanie Zamawiający finalnie zmodyfikował. Natomiast wezwanie Zamawiającego z dnia 28 lutego 2014 r. – w ogóle nie

odnosi się do kwestii wskazania w zobowiązaniach podmiotów trzecich do udostępnienia wiedzy i doświadczenia elementów takich jak okres, zakres udostępnianych zasobów, charakter łączących podmioty stosunków.

[8] Powyższe determinowało uznanie, że w okolicznościach analizowanej sprawy zachodzi konieczność wezwania do uzupełnienia zobowiązań podmiotów trzecich, ze wskazaniem wszystkich niedoskonałości tych dokumentów.

VII. ROZSTRZYGNIECIE O NAKAZANYCH ZAMAWIAJĄCEMU CZYNNOŚCIACH:

Ponieważ, podniesione zarzuty mają wpływ na wynik postępowania, orzeczono o nakazaniu Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. w Warszawie i Aldesa Construcciones SA w Warszawie do uzupełnienia dokumentów stanowiących zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia a także osób mających wykonywać zamówienie.

Zamawiający, w wezwaniu kierowanym do Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, do uzupełnienia dokumentów stanowiących zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia wiedzy i doświadczenia oraz osób mających wykonywać zamówienie, powinien:

[1] wskazać które z uzupełnionych finalnie dokumentów dotyczących udostępnienia zasobów od podmiotów trzecich mających potwierdzać udostępnienie wiedzy i doświadczenia - z uwagi na ich przedmiot – uznaje za potwierdzające warunek [zobowiązanie Pracowni Architektonicznej C..... i C..... czy też również zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia Ultra Architects];

[2] wskazać, że aktualnie złożone zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia [zarówno pochodzące od Ultra Architects jak i Pracowni Architektonicznej C..... i C.....] oraz osób nie zawierają wymaganych w Rozdziale XII, lit c pkt 2 SIWZ oraz w § 1 ust. 6 *Rozporządzeniu 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* elementów;

[3] poinformować, że złożone zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez inne podmioty, powinny zawierać – stosowne do konieczności scharakteryzowania zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie – elementy:

- wskazanie, jaki jest zakres dostępnych zasobów, poprzez nawiązanie do warunku stawianego w postępowaniu, którego wykazaniu ma służyć zobowiązanie [a tym samym – do zadań, jakie wynikają z dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie], w sposób odnoszący się do udziału podmiotu trzeciego w zakresie realizacji zadania;

- opis zakresu dostępnych wykonawcy zasobów, poprzez zaprezentowanie doświadczenia podmiotu trzeciego, jakie wynika z dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie, składanych w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu, które to doświadczenie musi odpowiadać treści stawianego warunku udziału w postępowaniu;

- określenie charakteru stosunku, jaki łączy albo będzie łączył wykonawcę i podmiot trzeci, poprzez wskazanie relacji prawnej, na podstawie, której nastąpiło udostępnienie wiedzy i doświadczenia [przykładowo, podwykonawstwo albo inna forma uczestnictwa w realizacji zamówienia, w zakresie zgodnym z zadaniami wykazywanymi dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu];

- wskazanie zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, poprzez wskazanie na jaki czas udostępniono zasób [w jakim czasie podmiot trzeci będzie w określonej roli wykonawczej pozostawał do dyspozycji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia], przykładowo poprzez wskazanie, że zasób pozostaje w dyspozycji wykonawcy, przez cały okres realizacji zamówienia. Opis tej części wymagań stawianych zobowiązaniu podmiotu trzeciego w zobowiązaniach złożonych przez Konsorcjum Aldesa [„na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, jeżeli oferta ww. Wykonawcy zostanie wybrana w niniejszym postępowaniu jako najkorzystniejsza”, nie pozwala na wnioskowanie, że udostępnienie obejmuje okres realizacji zamówienia, skoro mówi się w tych zobowiązaniach, że zasób został udostępniony na okres korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia, a nie, przykładowo, na okres realizacji zamówienia.

[4] poinformować, że złożone zobowiązania do udostępnienia osób przez inne podmioty, powinny zawierać – stosowne do tego zasobu – elementy:

- wskazanie, jaki jest zakres dostępnych zasobów, poprzez wskazanie osób, które mają być udostępnione, przypisanie im odpowiednich ról, opisanie ich doświadczenia i kwalifikacji [ten postulat spełniają złożone zobowiązania podmiotu Ultra Architect];

- opis zakresu dostępnych wykonawcy zasobów, poprzez zaprezentowanie podanie, jakie zadania i czynności mają wykonywać osoby [ten postulat spełniają złożone zobowiązania podmiotu Ultra Architect];

- określenie charakteru stosunku, jaki łączy albo będzie łączył wykonawcę i podmiot trzeci, poprzez wskazanie relacji prawnej, na podstawie, której nastąpiło udostępnienie osób – w szczególności:

(1) czy jest ono osadzone w treści art. 174¹ § 1 Kodeksu pracy, i czy w związku z tym pracownicy mający podlegać udostępnieniu wyrazili na to zgodę;

(2) w innym przypadku, zobowiązanie powinno pozwalać na stwierdzenie, czy udostępnienie osób wiąże się z uczestnictwem podmiotu trzeciego w realizacji określonego wycinka zamówienia i udostępnienie pracowników w istocie ma charakter wykonania przez podmiot trzeci określonych prac, w które zaangażowane będą osoby wykazywane zarazem przez wykonawcę w ramach warunku udziału w postępowaniu – co dotyczy ogólnie udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, z jednoczesnym zaangażowaniem wymienionych w zobowiązaniu osób [co – w świetle udostępnienia przez Ultra Architects zarówno pracowników jak i wiedzy i doświadczenia zdaje się wskazywać na tę właśnie konstrukcję];

(3) jeśli chodzi o udostępnienie osoby będącej współnikiem spółki cywilnej, powinno ono wskazywać podstawę tego udostępnienia: przekazanie pracownika, przykładowo na podstawie art. 174¹ § 1 Kodeksu pracy – jeśli współnik jest zarazem pracownikiem spółki cywilnej; albo poprzez udział spółki cywilnej w realizacji określonego wycinka zamówienia, w wykonanie którego zaangażowany ma być osobiście ów współnik wykazywane przez wykonawcę w ramach warunku udziału w postępowaniu.

- wskazanie zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, poprzez wskazanie na jaki czas udostępniono zasób [w jakim czasie osoby będą pozostawały do dyspozycji wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia], przykładowo poprzez wskazanie, że pozostają one w dyspozycji wykonawcy, przez cały okres realizacji zamówienia. Tego postulatu nie spełnia złożone zobowiązanie Ultra Architects.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1] i 2] *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].

Skład orzekający: