

WYROK

z dnia 18 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Członkowie: Grzegorz Matejczuk

Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Budimex S.A., Mostostal Kraków S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A., ul. Rotterdamska 9, 81-337 Gdynia**,

przy udziale **wykonawcy – STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Budimex S.A., Mostostal Kraków S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Budimex S.A., Mostostal Kraków S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

- 2) zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Budimex S.A., Mostostal Kraków S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** kwotę **3 634 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset trzydzieści cztery złote zero groszy) na rzecz **zamawiającego – Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A., ul. Rotterdamska 9, 81-337 Gdynia** z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów strony poniesionych z tytułu uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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

Przewodniczący:

.....

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Zarząd Morskiego Portu Gdynia Spółka Akcyjna prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wyłonienie wykonawcy robót budowlanych w ramach Inwestycji pn. „Przebudowa nabrzeży w Porcie Gdynia - Etap I Nabrzeże Rumuńskie, faza I”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 5 lipca 2014 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod nr 2014/S 127- 225901.

Odwołujący Konsorcjum firm BUDIMEX S.A., Mostostal Kraków S.A. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty pomimo jej najkorzystniejszej ceny oraz spełniania wszystkich warunków przewidzianych prawem oraz wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych oraz obrazę następujących przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej: „PZP”) poprzez jego wadliwe zastosowanie w związku z nieuzasadnionym przyjęciem przez Zamawiającego, że Wykonawcy (wspólnie ubiegający się o realizację zamówienia) nie wykazali spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania „wiedzą i doświadczeniem”, art. 26 ust.3 i 4 PZP i art 65 § 1 k.c. w zw. z art. 14 PZP poprzez jego wadliwe zastosowanie w sytuacji, w której z przedłożonych do oferty dokumentów wynika, dysponowanie przez Wykonawców potencjałem podmiotu trzeciego - Ferrovial Agroman S.A. w Madrycie - w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, względnie art. 26 ust. 4 PZP i art. 65 k.c. w zw. z art. 14 PZP poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści dokumentów składanych przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w sytuacji gdy PZP nakazuje Zamawiającemu wzywianie do wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń i dokumentów, nie wprowadzając zasady jednokrotnego wezwania; art. 26 ust. 2 b PZP w zw. z §1 ust. 6 pkt 2 Rozporządzenia 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 (zwanego dalej: Rozporządzeniem) i art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 14 PZP poprzez jego wadliwą interpretację i przyjęcie, że dokumenty przedłożone przez Wykonawcę nie potwierdzają dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia, w szczególności poprzez rzekome nie przedłożenie dokumentów określających zasady dostępnych

wykonawcy zasobów, sposób ich wykorzystania, charakter stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu w realizacji zamówienia, art. 7 ust 1 i 3 PZP, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji w związku z niezgodnym z zapisami umownymi i ustawą Prawo zamówień publicznych interpretacją treści art. 26 ust. 2b PZP oraz §1 ust. 6 pkt 2 Rozporządzenia, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy PZP; art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez niewłaściwe zastosowanie - w postaci odrzucenia oferty Wykonawcy co do którego brak jest podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, obciążenie Zamawiającego na rzecz odwołującego poniesionymi przez Odwołującego kosztami postępowania według norm przepisanych, w tym kosztami zastępstwa procesowego wg przedłożonej na rozprawie faktury.

Odwołujący w treści oferty wykazywał spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez przedstawienie w ofercie dokumentów oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej Ferroviał Agroman S.A. (str. 20-37 Oferty), umowy o współpracy Odwołującego i Ferroviał Agroman S.A.(str. 143-145 Oferty) oraz zobowiązania Ferroviał Agroman S.A. do udostępnienia zasobów udzielonego w związku z przedmiotowym postępowaniem (str. 142 Oferty).

Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 PZP do złożenia oświadczeń i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonych w treści SIWZ w rozdziale VI. Zamawiający wnosił o złożenie wyjaśnień i dokumentów, które potwierdzą dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego, w tym pozwolą określić, w jaki sposób Ferroviał Agroman S.A. przekaze do dyspozycji Budimex S.A. swoje doświadczenie i czy wykonawca będzie z niego korzystał przez cały czas realizacji zamówienia, a także wskażą zakres zasobów Ferroviał Agroman S.A oraz sposób ich wykorzystania, a także charakter stosunku łączącego Odwołującego i podmiot trzeci oraz zakres i okres udziału Ferroviał Agroman przy wykonaniu zamówienia.

Odwołujący odpowiedział na ww. wezwanie, wyjaśniając treść i charakter załączonych do oferty dokumentów.

W dniu 29 sierpnia 2014 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Strabag sp. z

o.o.

Zamawiający w odniesieniu do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień wskazał, że treść Umowy i Zobowiązania (na podstawie których Odwołujący wykazał dysponowanie potencjałem Ferroviał Agroman S.A. w zakresie wiedzy i doświadczenia) są „zbyt lakoniczne dla oceny, czy Wykonawca rzeczywiście będzie dysponował zasobami Ferroviał Agroman S.A.” oraz że Zamawiający nie jest w stanie określić w jaki sposób Ferroviał Agroman S.A. przekaże do dyspozycji Budimex S.A. swoje doświadczenie i czy wykonawca będzie z niego korzystał przez cały czas realizacji zamówienia, a także że z dokumentów nie wynika zakres zasobów Ferroviał Agroman S.A. oraz sposób ich wykorzystania, a także charakter stosunku łączącego Odwołującego i podmiot trzeci oraz zakres i okres udziału Ferroviał Agroman przy wykonaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w jego ocenie spełnia wymogi w przedmiocie wiedzy i doświadczenia, którymi będzie dysponował na zasadzie art. 26 ust. 2b PZP, poprzez ich zapewnienie przez podmiot trzeci - w tym wypadku Spółkę kontrolującą Odwołującego, tj. Ferroviał Agroman S.A., a które to wymogi zostały sformułowane przez Zamawiającego w rozdziale VI SIWZ.

Podkreślił, że Budimex S.A. oraz Mostostal Kraków S.A. są spółkami zależnymi wchodzącymi w skład grupy kapitałowej Ferroviał Agroman S.A., która to okoliczność została udokumentowana treścią oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej (oferta strony 20-37). Powyższe oznacza najsilniejsze z możliwych (prawem przewidziane) powiązanie kapitałowe pomiędzy podmiotami wspólnie ubiegającymi się o realizację zamówienia (Budimex S.A i Mostostal Kraków sp. z o.o.) a podmiotem udostępniającym zasoby w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia (Ferroviał Agroman S.A.).

Fakt zależności kapitałowej w powiązaniu z treścią umowy z dnia 26 marca 2013 r. pomiędzy Ferroviał Agroman a Budimex S.A. wskazuje zdaniem Odwołującego na nieograniczoną dostępność zasobów Ferroviał Agroman S.A. niezbędnych do realizacji zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że dostępność ta została potwierdzoną treścią zobowiązania z dnia 31 lipca 2014 r., którego treść i sam fakt udzielenia należy interpretować łącznie z treścią pkt 2 oraz pkt 3 Umowy z dnia 26 marca 2013 r. Wskazane zapisy oznaczają, że Ferroviał Agroman, Ferroviał udziela Budimex S.A. wsparcia w sposób i na warunkach wynikających z treści art. 26 2b PZP" a także, że jest to wsparcie w pełni dostępne, stałe, w obszarze i zakresie wymaganym przez Zamówienie, udzielone poprzez świadczenie na rzecz Budimex pomocy w wykonywaniu działalności poprzez przekazanie doświadczenia branżowego jak również umiejętności oraz doświadczenia technicznego personelu technicznego Ferroviał Agroman. Powyższe, w ocenie Odwołującego, oznacza, że posiada wsparcie spółki

kontrolującej w najszerszym możliwym zakresie do otrzymania, a także możliwym do wymagania przez Zamawiającego - dla zgodnej z prawem realizacji zamówienia, a nie jedynie uczestniczenia w postępowaniu przetargowym, jak twierdzi Zamawiający.

Zdaniem Odwołującego, powyższe wskazuje na: sposób wykorzystania zasobów Ferroviał Agroman S.A. przez Wykonawcę - jako sposób dysponowania na warunkach wynikających z treści art. 26 2b PZP a także, że jest to wsparcie w pełni dostępne, stałe, w obszarze i zakresie wymaganym przez Zamówienie, udzielone poprzez świadczenie na rzecz Budimex pomocy w wykonywaniu działalności poprzez przekazanie doświadczenia branżowego, jak również umiejętności oraz doświadczenia technicznego personelu technicznego Ferroviał Agroman; na charakter stosunku, jaki łączy Wykonawcę z Ferroviał Agroman S.A. - w postaci stosunku zależności kapitałowej w ramach grupy kapitałowej (pośrednia kontrola Odwołujących przez Ferroviał Agroman S.A.), z którego to tytułu (zależności) Odwołujący corocznie odprowadza na rzecz spółki kontrolującej opłatę licencyjną ustaloną odrębną umową (objętą tajemnicą handlową), a także na charakter umowy dwustronnej, zobowiązującej, odpłatnej (umowa z dnia 26 marca 2013 r.) oraz bezwarunkowej - w związku z treścią udzielonego w dniu 31 lipca 2014 r. zobowiązania; na zakres i okres udziału Ferroviał Agroman S.A. przy wykonaniu zamówienia - jako w pełni dostępne, stałe, w obszarze i zakresie wymaganym przez Zamówienie [pkt 3 umowy] „aż do czasu wykonania przez Budimex wszelkich prawnych oraz umownych zobowiązań wynikających z projektu [zamówienia]" - pkt 4, 3 akapit umowy.

Odwołujący podkreślał, że jego zdaniem w sytuacji, w której z przedłożonych dokumentów niezbitnie wynika, że spełnione są wymogi Zamawiającego dotyczące treści dokumentów służących wykazaniu dysponowania potencjałem, to obecnie ciężar dowodu odwrotnego spoczywa na Zamawiającym, który nie może poprzestać na sformułowaniu, iż dokumenty są lakoniczne i nie wynika z nich to, co jest w nich zapisane.

Zdaniem Odwołującego, wprost z treści pkt 2 zd. 1 Umowy z dnia 26 marca 2013 r. wynika, że Ferroviał Agroman S.A. indywidualnie - w odniesieniu do przedmiotu niniejszego Zamówienia podjął decyzję o udzieleniu swoich zasobów na potrzeby realizacji Zamówienia dla Zamawiającego. Ferroviał Agroman S.A. podpisując Zobowiązanie (z dnia 31 lipca 2014), zdecydował, że dzielenie się zasobami wiedzy i doświadczenia będzie adekwatne do potrzeb Odwołującego w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia oraz stosownie do wymogów określonych przez SIWZ i Zamawiającego.

Powyższe wypełnia wymagania Zamawiającego w przedmiocie dokumentu regulującego

zasady współpracy Odwołującego z podmiotem trzecim - co do zakresu i okresu udziału Ferroviał Agroman S.A w realizacji zamówienia dla zapewnienia dostępności dla Odwołującego zasobów Ferroviał Agroman S.A - zgodnie z treścią §1 ust. 6 pkt 2 d) rozporządzenia oraz treści SIWZ rozdziału VI ust. 6 pkt 4.

Zdaniem Odwołującego, z treści przedłożonego zobowiązania wynika bezwarunkowość i nieodwołalność dysponowania zasobami Ferroviał Agroman S.A. przez Odwołującego na zasadach i w zakresie szczegółowo opisanych w treści umowy z dnia 26 marca 2013 r.

Na etapie składania ofert wystarczającym jest złożenie samego pisemnego zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji zasobów i brak jest konieczności podawania konkretnych warunków porozumienia.

Odwołujący wskazywał, że oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia musi łączyć się z koniecznością udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, przy czym udział ten może przybrać dowolną formę: nie tylko podwykonawstwa, ale także doradztwa, konsultacji czy innej formy merytorycznego wsparcia, o czym mowa w treści pkt 1 i 3 umowy o współpracy z dnia 26 marca 2013 r. (doradztwo dot. zagadnień technicznych, działalności gospodarczej, zarządzania, lecz nie wyłącznie, przekazanie do dyspozycji Odwołującego umiejętności oraz doświadczenia personelu technicznego Ferroviał Agroman SA). Dlatego też, zdaniem Odwołującego, udział podmiotu trzeciego Ferroviał Agroman S.A. ma charakter realny.

W ocenie Odwołującego, zobowiązanie wraz z umową (także w kontekście stosunku zależności Odwołującego od udzielającego zasobów) nie powinno budzić wątpliwości co do realności udostępnienia i dysponowania określonym zasobem podmiotu trzeciego na czas realizacji zamówienia. W świetle powyższego zobowiązanie Ferroviał Agroman S.A. wraz z umową z Odwołującym nie stanowi wyłącznie formalnego wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu, lecz stanowi o oddaniu wszelkich niezbędnych dla realizacji zamówienia potencjałów Ferroviał Agroman S.A. w realizacji zamówienia przez cały okres jego trwania (łącznie w okresie gwarancji jakości i rękojmi). Treść zobowiązania czytana łącznie z umową daje Zamawiającemu odpowiedź pozytywną i zgodną wymogami postawionym przez Zamawiającego w rozdziale VI SIWZ w oparciu treścią §1 ust. 6 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu. W sytuacji potwierdzenia zarzutów postawionych w odwołaniu, miałyby szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie.

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

Izba podnosi, że stosownie do treści art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca, który zamierza realizować zamówienie opierając się na zasobach podmiotu trzeciego, jest zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W ocenie Izby, Odwołujący w niniejszym postępowaniu nie podołał temu obowiązkowi.

Z uregulowań ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że w przypadku korzystania przez wykonawcę z zasobów innych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do realizacji zamówienia, wykonawca jest zobowiązany udowodnić, że faktycznie będzie tymi zasobami dysponował. Wykazanie tej okoliczności możliwe jest w szczególności poprzez złożenie pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W ocenie Izby z powyższego wynikają ważne obowiązki dla wykonawcy, który opiera realizację przedmiotu zamówienia na potencjale osób trzecich. Wykonawca musi udowodnić, że będzie faktycznie korzystał lub mógł korzystać z zasobów podmiotów trzecich, a wykazanie tych okoliczności możliwe jest poprzez wskazanie treści zobowiązania do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. Z treści zobowiązania powinno wynikać jednoznaczne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów na rzecz wykonawcy, a ponadto powinien zostać skonkretyzowany rodzaj udostępnianych zasobów oraz sposób ich udostępnienia.

Należy zauważyć, że z treści przedstawionej przez Odwołującego umowy wynika fakt współpracy pomiędzy Odwołującym a Ferroviał Agroman S.A. Treść umowy jest jednak bardzo ogólna. Odnosi się ona do całokształtu współpracy podmiotów, które zawarły umowę, jednakże bez sprecyzowania szczegółowych warunków, na jakich ta współpraca miałaby się odbywać, jak również bez wiążących zobowiązań stron umowy, określających w szczególności zasady udostępniania zasobów stron. Brak jest także w treści umowy zapisów, które w jakikolwiek sposób odnosiłyby się do niniejszego postępowania.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że postanowienia umowy dotyczą jedynie ogólnej formy współpracy, jednakże treść tej umowy nie pozwala na uznanie, że zawiera ona wiążące zobowiązanie, na podstawie którego Odwołującemu udostępnione zostałyby zasoby przez drugą stronę umowy, z określeniem rodzaju udostępnianych zasobów i sposobu ich udostępnienia w niniejszym postępowaniu.

Za takie zobowiązanie nie może zostać uznana deklaracja, jaka zawarta jest w pkt. 1 umowy. Zgodnie z tą deklaracją, *„Ferroviał Agroman może w ramach art. 26 ust. 2b) ww. ustawy (tj. ustawy Prawo zamówień publicznych) udzielić Budimex Wsparcia, tak w trakcie procedury przetargowej, jak i w zależności od sytuacji w trakcie realizacji robót budowlanych, obejmującego, lecz nie wyłącznie, pomoc i wsparcie dotyczące zagadnień technicznych, działalności gospodarczej oraz zarządzania, wraz z referencjami, które Ferroviał Agroman pozyskał w trakcie prowadzonej działalności.”*

W ocenie Izby, jest ogólną deklaracją ewentualnej pomocy, jaka mogłaby zostać udzielona Odwołującemu, jednakże z uwagi na okoliczność, że nie odnosi się do niniejszego postępowania, brak jest podstaw do uznania, że stanowi on podstawę do udostępnienia zasobów, niezbędnych do wykonania zamówienia, którego udzielenie jest przedmiotem niniejszego postępowania.

Z treści powołanego zapisu umowy wynika, że Ferroviał Agroman S.A., może, ale nie musi udzielić wsparcia Odwołującemu. Oznacza to, że udzielenie tego wsparcia (pomijając brak konkretnych zapisów w umowie, opisujących, na czym wsparcie to ma polegać) uzależnione jest wyłącznie od woli Ferroviał Agroman S.A. Dodatkowo umowa określa, że wsparcie ma zostać udzielone „w zależności od sytuacji”, co dodatkowo wskazuje, że Odwołujący nie może zażądać udzielenia tego wsparcia, a o udzieleniu wsparcia decydować będzie wyłącznie Ferroviał Agroman S.A. Wyłączne uprawnienie Ferroviał Agroman S.A. do uznania, czy Odwołującemu może zostać udzielone jakiegokolwiek wsparcia, wynika także wprost z pkt. 2 umowy. Z powyższych zapisów umowy wynika więc, że Zamawiający nie ma pewności, że na każdym etapie realizacji zamówienia będzie udzielona Odwołującemu pomoc czy wsparcie, zapewniające zasoby niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia.

Co więcej, postanowienia umowy zawierają jedynie ogólne stwierdzenia i hasła, które nie niosą za sobą żadnej skonkretyzowanej treści. Z treści umowy nie wynika, na czym konkretnie wsparcie to ma polegać. Co najważniejsze, zapisy umowy nie wskazują na żaden konkretny sposób udzielenia wsparcia (udostępnienia zasobów) i współpracy stron. Stwierdzenie, że wsparcie może dotyczyć zagadnień technicznych, działalność gospodarczej oraz zarządzenia, jest na tyle ogólne, że mogłoby znaleźć się w oświadczeniu każdego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą. Jednakże z treści tego stwierdzenia nie wynika, jaki dokładnie jest zakres wsparcia, które miałyby zostać udzielone.

Należy więc stwierdzić, że umowa stanowi jedynie dokument potwierdzający ogólny zamiar współpracy pomiędzy stronami.

Dokumentem, który stanowi podstawę oceny okoliczności rzeczywistego dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego przez Odwołującego, jest treść zobowiązania, jakie złożył Ferrovial Agroman S.A. Zgodnie z treścią umowy, poprzez złożenie zobowiązania wyrażona zostanie gotowość udzielenia wsparcia przez Ferrovial Agroman S.A. Takie skonstruowanie postanowień umowy w ocenie Izby oznacza, że treść zobowiązania powinna zawierać doprecyzowanie sposobu wsparcia spośród potencjalnych form pomocy wskazanych w umowie. Zobowiązanie do udostępnienia potencjału na potrzeby niniejszego postępowania, wobec ogólnej treści umowy, powinno wskazywać konkretne elementy współpracy w niniejszym postępowaniu, być konkretnym dopełnieniem treści umowy, odnoszącym się do tego postępowania. Powinno zatem wskazywać, jakie zasoby i w jaki sposób zostaną udostępnione. Treść przedstawionego w ofercie zobowiązania nie zawiera żadnej konkretnej treści. Treść zobowiązania nie konkretyzuje sposobu oddania zasobów wiedzy i doświadczenia, a tym samym nie sposób ustalić, czy faktycznie nastąpi udostępnienie potencjału w stopniu niezbędnym do prawidłowego wykonania niniejszego zamówienia.

Zamawiający słusznie zatem powziął wątpliwości co do rzeczywistych możliwości polegania przez Odwołującego na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego.

Należy podkreślić że stosownie do art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych to wykonawca jest zobowiązany wykazać i udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego.

Stosownie do §1 ust. 6 pkt 2 Rozporządzenia 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, Zamawiający ma prawo żądać dodatkowych dokumentów na potwierdzenie dysponowania zasobami podmiotu trzeciego. Wykonawca jest zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, że takimi zasobami będzie dysponował. W szczególności także poprzez złożenie przekonujących wyjaśnień w tym zakresie.

Zamawiający wystąpił o wyjaśnienie i wskazanie szczegółów takiej współpracy, w oparciu o konkretne elementy. W odpowiedzi uzyskał jedynie ponowne przytoczenie sformułowań zawartych w umowie, zawartej pomiędzy Odwołującym a Ferroviaľ Agroman S.A. Odwołujący nie składał dodatkowych dokumentów, nie precyzował stwierdzeń zawartych w umowie, jedynie udowadniał Zamawiającemu, że złożone przez niego dokumenty są poprawne.

Na marginesie Izba wskazuje, że wyjaśnienie Odwołującego (zawarte w odwołaniu), że pomoc podmiotu trzeciego będzie przejawiała się m.in. w udzieleniu doradztwa i konsultacji, dotyczących oceny przyjętych i zastosowanych w realizacji rozwiązań technologicznych oraz sposobu wykonania robót, jest nieuprawnione. Jest to nieuzasadniona interpretacja oświadczenia podmiotu trzeciego, nie wynikająca z treści tego oświadczenia. W ocenie Izby jedynie podmiot trzeci jest władny złożyć oświadczenie, opisujące charakter oferowanej pomocy oraz jej zakres. Oświadczenie Odwołującego nie może zastąpić oświadczenia podmiotu trzeciego.

Jak powyżej zauważono, umowa zawiera jedynie najogólniejsze ze stwierdzeń, nieskonkretyzowane sformułowania, które w żaden sposób nie precyzują współpracy w niniejszym postępowaniu. Poza ogólnymi hasłami, nie zawiera konkretnych wskazań lub zobowiązań. Nie sposób wywieść ani nawet nie sposób wyobrazić sobie, w jaki sposób podmiot trzeci będzie realizował zamówienie. Nie określa konkretnego sposobu udziału w postępowaniu podmiotu trzeciego. Nie określa także żadnej części zadania, nie wiadomo, czy zamówienie będzie realizowane w całości czy w części przy udziale podmiotu trzeciego. Zawarte w pkt. 3 umowy sformułowania nie pozwalają na stwierdzenie, jakie doświadczenie zostanie udostępnione w czasie realizacji zamówienia.

Należy podkreślić, że realność i sposób udostępnienia zasobów powinny jednoznacznie wynikać ze złożonych dokumentów. Gdyby rzeczywiście mogło dojść do przekazania wiedzy i doświadczenia, nie powinno stanowić trudności wykazanie, a w tym opisanie, sposobu przekazania takiego potencjału.

W ocenie Izby, z samego faktu pozostawania Odwołującego w grupie kapitałowej z Ferroviaľ Agroman S.A., nie wynika oczywistość dysponowania zasobami tego podmiotu przez Odwołującego. Nie istnieje bowiem domniemanie, że podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej, korzystają z wiedzy i doświadczenia innych podmiotów. Z samego faktu przynależności podmiotów do jednej grupy kapitałowej nie wynika, że podmioty te udostępniają sobie wzajemnie swoje potencjały. Zamawiający powinien mieć pewność, że podmiot trzeci będzie brał udział przy realizacji zamówienia w określony i wykazany sposób.

W ocenie Izby, przedstawiony przez Odwołującego dowód w postaci wydruków treści SIWZ

w innych postępowaniach przetargowych, zobowiązań o podobnej treści składanych w innych postępowaniach przetargowych nie jest wystarczający dla stwierdzenia, że treść dokumentów przedstawionych w ofercie Odwołującego (zobowiązanie oraz umowa z Ferroviał Agroman S.A.) jest wystarczająca do uznania, że Odwołujący udowodnił Zamawiającemu, że będzie w rzeczywistości dysponował potencjałem podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia.

Należy zauważyć, że decyzje podejmowane przez innych zamawiających nie mają znaczenia dla podjętej decyzji Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Zamawiający powziął wątpliwości, zaś Odwołujący wątpliwości tych nie wyjaśnił. Obowiązkiem Odwołującego było udowodnienie Zamawiającemu, że będzie dysponował potencjałem w sposób rzeczywisty i realny, zaś na żądanie Zamawiającego, wskazanie sposobu udostępnienia potencjału.

Przedstawiona jako dowód umowa licencyjna nie została przedłożona do oceny Zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert. Zamawiający nie miał więc możliwości dokonania oceny tego dokumentu. Uprawnionym do dokonania oceny dokumentów w postępowaniu przetargowym jest wyłącznie Zamawiający i to Zamawiającemu wykonawcy są zobowiązani udowadniać okoliczności związane ze spełnieniem warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał dokumentu w przewidzianym na to czasie.

W ocenie Izby bezzasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 PZP i art. 65 k.c. w zw. z art. 14 PZP poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści dokumentów składanych przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w sytuacji gdy PZP nakazuje Zamawiającemu wzywaniem do wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń i dokumentów, nie wprowadzając zasady jednokrotnego wezwania. W postępowaniu Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub dokumentów odnoszących się do dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego. Odwołujący miał możliwość dokonania wyjaśnień. Ustawa nie zabrania wielokrotnego wzywania do wyjaśnień, jednakże kilkukrotne wyjaśnianie przez Zamawiającego tej samej okoliczności stanowi w ocenie Izby nieuprawnione negocjacje.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Izba nie zasądziła kosztów związanych z dojazdem pełnomocnika na rozprawę. Z przedstawionych rachunków nie wynika, jakiego pojazdu dotyczy przedstawiony wydruk/rachunek, jak również nie wynika jakiej trasy, dotyczy rachunek. Nie został przedstawiony dokument rejestracyjny pojazdu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....