Sygn. akt: KIO 863/15

WYROK
z dnia 11 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2015 r. przez Odwołującego – TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, przy udziale:

1. wykonawcy Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. sp. j. z siedzibą w Łodzi,
2. wykonawcy Egis Polska Inżynieria sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od Odwołującego – TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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: ……

Sygn. akt: KIO 863/15

Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru nad kontynuacją projektowania i realizacją robót oraz zarządzanie trzema kontraktami pn.: „Kontynuacja projektu i budowy autostrady A-1 Stryków – Węzeł „Tuszyn" na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 – Zadanie I Odcinek od km 295+850 (od Węzła „Stryków I" bez Węzła) do km 310+000"; „Kontynuacja projektu i budowy autostrady A-1 Stryków – Węzeł „Tuszyn" na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 – Zadanie II Odcinek od km 310+000 do km 320+010"; „Kontynuacja projektu i budowy autostrady A-1 Stryków – Węzeł „Tuszyn" na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 – Zadanie III Odcinek od km 320+010 do km 335+937,65 (bez odcinka od km 322+150 do km 324+950)" (dalej: „Postępowanie"). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 sierpnia 2014 r. pod nr 2014/S 164-293617.

W dniu 17 kwietnia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę Biuro Usług Inwestycyjnych C. & H. sp. j. z siedzibą w Łodzi (dalej: „Wykonawca BUI").

W dniu 27 kwietnia 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wykonawcy TPF sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący"), w którym zaskarżył:

1. zaniechanie wykluczenia Wykonawcy BUI pomimo niepotwierdzenia spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia,
2. zaniechanie odtajnienia uzasadnienia dla zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa uzupełnionych przez wykonawcę Egis Polska Inżynieria sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Wykonawca EPI") dokumentów potwierdzających udostępnienie zasobu zdolności ekonomicznej wraz z częścią uzupełnionych dokumentów (załączniki do umowy o współpracy),
3. zaniechanie wykluczenia Wykonawcy EPI pomimo niepotwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 8, art. 22 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. nakazanie Zamawiającemu odtajnienia dokumentów uzupełnionych przez Wykonawcę EPI w części dotychczas nieudostępnionej Odwołującemu,
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Wykonawców BUI i EPI.

Odwołujący stwierdził, że ma interes w uzyskaniu zamówienia. Jest wykonawcą, który złożył ofertę, a czynności Zamawiającego uniemożliwiają mu uzyskanie zamówienia pomimo złożenia prawidłowej oferty. Oznacza to, że Odwołujący, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, może ponieść szkodę nie uzyskując zamówienia ze względu na niezgodność z prawem dokonanych czynności.

Na uzasadnienie sformułowanych zarzutów Odwołujący podał, co następuje.

I. Oferta Wykonawcy BUI

W treści formularza oferty Wykonawca BUI zamieścił oświadczenie, że zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawców „[…]zgodnie z formularzami 3.4 i oświadczeniami (zobowiązaniami)[…]". Do oferty dołączono zobowiązania podmiotów trzecich do udostępniania wykonawcy zasobów wiedzy i doświadczenia oraz potencjału osobowego złożone przez Jacobs Polska sp. z o.o. (dalej: „JP") oraz Halcrow Group Limited (dalej: „HGL").

Z treści zobowiązania JP wynikało, że Wykonawca BUI będzie wykorzystywał udostępnione zasoby w wyniku doradztwa w zakresie FIDIC oraz nadzoru we wskazanych specjalnościach przez „[…]doradztwo w zakresie usług dotyczących doradztwa w zakresie FIDIC[…]". Charakter prawny jaki będzie łączył ten podmiot z Wykonawcą BUI to umowa o podwykonawstwo.

Do oferty załączono również oświadczenie o udostępnieniu zasobów HGL w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia, jednak oświadczenie to było niekompletne bowiem nie wskazywało, w jaki sposób i w jakim zakresie Wykonawca BUI wykorzystywał będzie udostępnione zasoby, ani jaki stosunek prawny łączył będzie Wykonawcę BUI z podmiotem udostępniającym mu potencjał. Wykonawca BUI wezwany do uzupełnienia prawidłowego dokumentu potwierdzającego udostępnienie mu zasobów przedłożył nowe zobowiązanie, z którego treści wynikało, że będzie wykorzystywał udostępnione zasoby w wyniku doradztwa w zakresie FIDIC oraz nadzór we wskazanych specjalnościach przez „[…]doradztwo w zakresie usług dotyczących doradztwa w zakresie FIDIC[…]". Charakter prawny jaki będzie łączył ten podmiot z Wykonawcą BUI to umowa o podwykonawstwo.

W wyniku zakwestionowania przedstawionych przez Wykonawcę BUI zobowiązań, na mocy których miał on uzyskać realny dostęp do zasobów wiedzy i doświadczenia posiadanego przez podmioty udostępniające Izba rozpoznająca odwołanie uznała, iż zobowiązania te nie są prawidłowe, bowiem „[…]zakreślony zakres udziału podmiotów trzecich pozostaje bez związku z wykazywanym doświadczeniem[…]" (cytat z wyroku Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 247/15) i nakazała wezwanie Wykonawcy BUI do uzupełnienia dokumentów. Jednocześnie Izba wskazała,

iż takie wezwanie w zakresie uzupełnienia dokumentów potwierdzających udostępnienie zasobów było już raz do Wykonawcy BUI skierowane.

Zamawiający – w wykonaniu wyroku Izby – wezwał Wykonawcę BUI do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 7.2.2. IDW. W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca BUI przedłożył ponownie wykaz usług obejmujący sześć usług: dwie własne (poz. 1 i 2), jedna udostępniona przez JP (poz. 3) oraz trzy udostępnione

przez HGL (poz. 4-6), wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz zobowiązania ww. podmiotów

Odwołujący stwierdził, że uzupełnione przez Wykonawcę BUI dokumenty nie potwierdzają spełnienia opisanego w IDW warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Podkreślił na wstępie, że Zamawiający zobowiązany był pominąć przy ponownej ocenie wiedzę i doświadczenie udostępnione Wykonawcy BUI przez HGL. Ocena ta, przy pominięciu doświadczenia ww. podmiotu, powinna doprowadzić do uznania, iż Wykonawca BUI nie wykazał spełnienia omawianego warunku, a w konsekwencji do wykluczenia go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Odwołujący wyjaśnił, że powodem dla którego wiedza i doświadczenie HGL powinny być pominięte jest okoliczność, iż Wykonawca BUI na wcześniejszym etapie Postępowania wezwany został do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie postawionego warunku wiedzy i doświadczenia przy wykorzystaniu udostępnionych mu przez niego zasobów. Złożone w wyniku tego wezwania dokumenty zostały przez Izbę uznane za nieprawidłowe, tj. za niepotwierdzające spełnienia warunku. Tym samym, przedłożenie na obecnym etapie Postępowania ponownie dokumentów potwierdzających udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia przez HGL, stanowi powtórne uzupełnienie tych dokumentów, co w świetle utrwalonego orzecznictwa KIO, jak i doktryny prawa zamówień publicznych, jest niedopuszczalne.

Odwołujący stwierdził, że przeprowadzone ponowne badanie ofert w zakresie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, z uwzględnieniem nakazanej czynności uzupełnienia dokumentów, powinno zostać ograniczone do wiedzy i doświadczenia wykazanego przez Wykonawcę BUI jako własne oraz udostępnionego mu przez JP. Jedynie w odniesieniu do nich nie zostałaby naruszona zasada jednokrotnego uzupełnienia dokumentów, bowiem na wcześniejszym etapie postępowania wezwania w tym zakresie nie były kierowane do Wykonawcy BUI.

W świetle powyższego, za spełniające wymagania pkt. 7.2.2) IDW usługi wskazane w Wykazie usług (Formularz 3.2) należałoby uznać: (1) usługę udostępnioną przez JP jako spełniającą wymóg 7.2.2.1 lit. a), (2) usługi własne Wykonawcy BUI jako spełniające wymóg 7.2.2.1 lit. b), (3) usługi własne Wykonawcy BUI oraz usługę udostępnioną przez JP jako spełniające wymóg 7.2.2.2 lit. a), (4) usługi własne Wykonawcy BUI jako spełniające wymóg 7.2.2.2 lit. b), usługi własne Wykonawcy BUI jako spełniające wymóg 7.2.2.1 lit. e). Tym samym,

w ocenie Odwołującego, nie został spełniony warunek opisany w pkt. 7.2.2.1 lit. a) wymagający wykazaniem się co najmniej 2 zadaniami – Wykonawca BUI legitymuje się za pośrednictwem JP jedną usługa spełniającą wymóg.

Odwołujący stwierdził, że nawet gdyby czysto hipotetycznie uznać, iż w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, Wykonawca BUI uprawniony był (czemu Odwołujący zaprzecza) do przedłożenia ponownie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia na skutek udostępnienia mu tego zasobu przez HGL, złożone przez niego zobowiązania do udostępnienia zasobów (Formularz 3.4), pochodzące zarówno od HGL, jak i JP, nie potwierdzają ich skutecznego przekazania. Możliwość korzystania w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu z potencjału podmiotu trzeciego została ograniczona wymogiem udowodnienia realnego dysponowania zasobami. Ocena dokumentów poświadczających zobowiązanie do oddania takich zasobów w każdym przypadku musi zostać dokonana indywidualnie, z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia. Dokument poświadczający oddanie do dyspozycji wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego powinien wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu, określonego precyzyjnie poprzez podanie rodzaju i ilości zasobu oraz wskazać realną formę współpracy. Powyższych wymogów nie spełniają przedstawione przez Wykonawcę BUI zobowiązania.

Odwołujący zauważył, że przedłożone zobowiązania dotyczyły zarówno potencjału osobowego, jak i wiedzy i doświadczenia, co wynika jednoznacznie z oświadczenia zawartego pod lit. a) zobowiązań. Jednak zadeklarowany sposób wykorzystania zasobów, jak i zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia odnosi się już wyłącznie do udostępnienia potencjału osobowego, a pomija zupełnie zasób wiedzy i doświadczenia, na co wskazuje treść zobowiązania. Zgodnie z nią, udostępnione zasoby wykorzystywane będą w następujący sposób, a mianowicie przez udział udostępnianego personelu w realizacji zamówienia. Udział ten przyjmie postać: (1) wykonywania zadań przypisanych członkom personelu, (2) osobistych konsultacji i doradztwa merytorycznego, (3) opracowywania stanowisk Inżyniera dotyczących problemów technicznych,

które pojawiały się będą w związku z pełnieniem nadzoru nad realizacją zamówienia na etapie projektowania oraz na etapie wykonywania robót budowlanych.

Odwołujący stwierdził, że zadeklarowany sposób wykorzystania zasobów jest właściwy wyłącznie dla skutecznego przekazania zasobu w postaci potencjału osobowego, pozostaje jednak bez związku z możliwością przekazania wymaganej zapisami SIWZ wiedzy i doświadczenia. Wskazany sposób wykorzystania zasobów bazuje na osobistych umiejętnościach udostępnianego personelu, które będą wykorzystywane w toku realizacji zamówienia. Powyższe nie ma jednak nic wspólnego z wiedzą i doświadczeniem posiadanym przez podmiot udostępniający, będący niewątpliwie podmiotem trzecim wobec tego personelu (tych osób). Możliwość korzystania w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu z potencjału podmiotu

trzeciego została ograniczona wymogiem udowodnienia realnego dysponowania zasobami. Ocena dokumentów poświadczających zobowiązanie do oddania takich zasobów w każdym przypadku będzie dokonywana indywidualnie, z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia. Podkreśla się jednak, że dokument poświadczający oddanie do dyspozycji wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego powinien wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu, określonego precyzyjnie poprzez podanie rodzaju i ilości zasobu oraz wskazać realną formę współpracy.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, iż wiedza, doświadczenie i umiejętności nabyte przez udostępnione osoby nie mogą być nośnikiem wiedzy i doświadczenia wymaganego od podmiotu, któremu Zamawiający powierzy wykonywanie czynności nadzoru nad własnymi zadaniami inwestycyjnymi. Po pierwsze dlatego, że wiedza i umiejętności tych osób nie obejmuje całości wymaganego doświadczenia w zakresie nadzoru nad realizacją zadań polegających na projektowaniu i budowie dróg, a jedynie niewielkiej części tego doświadczenia. Po drugie, z żadnego miejsca złożonej oferty, ani dokumentów złożonych przez Wykonawcę BUI jako wyjaśnienia lub uzupełnienia, nie wynika, iż osoby te posiadają wiedzę i doświadczenie wykraczającą poza wiedzę i doświadczenie wymagane od osób, do pełnienia funkcji których zostały wskazane. Wobec tego nie mogłyby one przekazać wiedzy i doświadczenia wymaganej od wykonawcy, któremu udzielone zostanie zamówienie, ponieważ jej nie posiadają.

Mając na uwadze powyższe, ocena przedłożonych zobowiązań (Formularz 3.4) powinna doprowadzić do wykluczenia Wykonawcy BUI z Postępowaniu z powodu niewykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Wykonawca ten był wzywany do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie, zatem błędy popełnione przez niego na etapie uzupełnienia dokumentów, nie mogą być dalej sanowane.

II. Oferta Wykonawcy EPI

II.1. Zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa

Odwołujący podał, że Wykonawca EPI uzupełnione na wezwanie Zamawiającego dokumenty potwierdzające realność dysponowania zdolnością ekonomiczną podmiotu trzeciego opatrzył tajemnicą przedsiębiorstwa. Powyższe dotyczy również uzasadnienia dla objęcia tych dokumentów zastrzeżeniem. Zamawiający w toku badania ofert uznał nieskuteczność dokonanego zastrzeżenia w odniesieniu do przedłożonych wyjaśnień oraz umowy o współpracy z wyłączeniem załączników do niej oraz samego uzasadnienia.

Odwołujący stwierdził, iż postępowanie Zamawiającego obarczone jest błędem co do klasyfikacji zastrzeżonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślił, że można było mówić o uprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione przesłanki art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.),

zwanej dalej „Znk". W pierwszej kolejności należy ustalić rodzaj zastrzeżonej informacji, mianowicie czy ma ona charakter technologiczny, techniczny lub organizacyjny, czy też inny mający wartość gospodarczą. Następnie ustaleniu podlega okoliczność nieudostępnienia (celowo bądź nie) tych informacji osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. W przypadku stwierdzenia, że tajemnicą objęte zostały informacje nie spełniające łącznie ww. przesłanek, Zamawiający ma obowiązek ich odtajnienia.

W ocenie Odwołującego nieodtajnienie przedłożonego uzasadnienia dla objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przedkładanych dokumentów było nieprawidłowe. Odwołujący stwierdził, iż treść uzasadnienia obejmująca podstawy faktyczne (podstawy prawne nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa bowiem dla każdego podmiotu występującego na rynku są takie same) nie spełnia przesłanki informacji o charakterze technologicznym, technicznym, organizacyjnym czy też innym mającym wartość gospodarczą. Dlatego też sam fakt, że zawartych w nim argumentów co do obowiązującej polityki postępowania z informacjami zastrzegający je wykonawca wolałby nie upubliczniać, nie daje podstaw do twierdzenia, że stwierdzenia te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do utajnionych załączników do odtajnionej umowy o współpracy Odwołujący wskazał, iż odtajnieniu podlega co najmniej termin, od jakiego rozpoczęto świadczenie usług wskazanych w umowie o współpracy. Powyższe stanowi element wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, mając na uwadze, iż Wykonawca EPI polega na zasobach podmiotu trzeciego. Dodatkowo Odwołujący zasygnalizował, iż w przypadku gdyby postanowienia utajnionych załączników przenosiły postanowienia samej umowy o współpracę, to podlegają one w tej części odtajnieniu, bowiem te informacje zostały już udostępnione przez Zamawiającego.

II.2. Udostępnienie potencjału ekonomicznego

Wykonawca EPI w celu potwierdzenia spełniania warunku zdolności ekonomicznej przedstawił zobowiązanie Egis Poland sp. z o.o. (dalej: „EP") do oddania zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia Wykonawcy EPI na cały okres realizacji zamówienia wraz z rachunkiem zysków i strat tego podmiotu.

Treść zobowiązania wskazywała, iż (1) nie będzie on uczestniczył w realizacji zamówienia oraz że (2) „[…]zobowiązuje się do świadczenia na rzecz Spółki Egis Polska Inżynieria sp. z o.o. poprzez świadczenie usług doradczych, szkoleniowych, poprzez udostępnienie dokumentów organizacyjnych opracowanych na poprzednio realizowanych podobnych inwestycjach, a także poprzez gotowość do wsparcia finansowego spółki Egis Polska Inżynieria sp. z o.o. w formie ewentualnego udzielenia pożyczki i w innych formach właściwych dla spółek funkcjonujących dla tej samej grupy kapitałowej.[…]".

Izba rozpoznająca odwołanie, którego jeden z zarzutów dotyczył nie dysponowania przez Wykonawcę EPI zasobami ekonomicznymi podmiotu udostępniającego stwierdziła, że „[…]wykonawca EPI nie wykazał realnego dostępu do zasobów potencjału ekonomicznego spółki Egis Poland w postaci przychodu na określonym poziomie. Przewidziana w art. 26 ust 2b ustawy Pzp możliwość polegania na potencjale ekonomicznym podmiotu trzeciego nie zwalnia wykonawcy z wykazania, że zasoby te będą mu faktycznie dostępne, że pomimo nie spełniania warunku przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na podstawie złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego wykonawca ten znajdzie się w takiej sytuacji, jakby dany zasób posiadał. (...) Dopuszczenie możliwości wsparcia wykonawcy EPI w przedmiotowym zakresie w sposób opisany w zobowiązaniu stanowiłoby fikcję służąca jedynie formalnemu wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu.[…]". Jednocześnie Izba wskazała, że „[…]najbardziej właściwą formą udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, z jest zapewniającą rzeczywiste skorzystanie zasobów, podwykonawstwo[…]".

Odwołujący stwierdził, iż ta forma udostępnienia zasobów jest dla Wykonawcy EPI nierealna, świetle w nie bowiem w ofercie, zamierza on korzystać oświadczenia złożonego z podwykonawców. Również podmiot deklarujący udostępnienie zasobu ekonomicznego nie zamierza uczestniczyć w realizacji zamówienia, czemu dał jednoznaczny wyraz w zobowiązaniu przedłożonym wraz z ofertą. Z powyższego wynika zatem, iż udostępnienie zasobów ekonomicznych ma wyłącznie charakter papierowy i nie jest związane z jakąkolwiek aktywnością podmiotu udostępniającego.

Odwołujący zakwestionował twierdzenia Wykonawcy EPI zawarte w uzupełnieniu dokumentów, iż zdolność ekonomiczna jest zdolnością prowadzenia biznesu. W ocenie Odwołującego jest to tylko część zakresu rzeczowego zdolności ekonomicznej. Wykonawca EPI zdaje się zupełnie pomijać inny element tego zakresu, a mianowicie ocenę wiarygodności podmiotu na rynku, na którym działa. Nie można bowiem zaprzeczyć, iż na zdolność prowadzenia biznesu, a właściwie na jej wynik, wpływ ma ocena podmiotu w oczach partnerów biznesowych, instytucji finansowych, ubezpieczeniowych, podwykonawców, itp. Przede wszystkim jednak udokumentowanie obrotów podmiotu na określonym przez Zamawiającego poziomie ma na celu

ocenę realnego uczestnictwa podmiotu w obrocie gospodarczym, czyli sprawdzenie poziomu zaufania podmiotów, którzy powierzyli realizację zamówień danemu podmiotowi i możliwości podmiotu do realizacji tych zamówień. Odwołujący podniósł, że wiarygodność podmiotu jest cechą właściwą jemu i nierozerwalnie z nim związaną, a Wykonawca EPI nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił za pomocą przedłożonych dokumentów, że tą wiarygodnością dysponuje. W szczególności wykazaniu powyższego nie sprostała przedstawiona w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów umowa o współpracy zawarta między Wykonawcą EPI, a EP Odwołujący podkreślił, że przedstawiona przez umowa nie stanowi dowodu na udostępnienie na jej podstawie potencjału ekonomicznego. Wykonawca EPI przedstawił bowiem jedynie „umowę o współpracy" wraz z „aneksem nr 1", sugerując błędnie, że umowa odnosi się do

świadczenia przez EP na rzecz Wykonawcy EPI kompleksowych usług oraz że współpraca wynikająca z tej umowy stwarza rzekomą „[…]gwarancję ze strony Egis Poland sp. z o.o. prowadzenia przez Wykonawcę EPI działalności gospodarczej, tj. prowadzenia jej w taki sposób by podołać realizacji zamówienia[…]". Odwołujący stwierdził, że omawiana umowa o współpracy wraz z aneksem, jest jedynie zbiorem niewiążących deklaracji o możliwych obszarach wzajemnej współpracy dwóch podmiotów. Postanowienia tych porozumień ani nie obligują którejkolwiek ze stron do jakiegoś skonkretyzowanego zachowania, ani też nie dają uprawnienia do domagania się od kontrahenta określonego działania lub zaniechania. Wskazał również, ze w świetle art. 353 K.c. warunkiem koniecznym powstania jakiegokolwiek zobowiązania jest określenie świadczenia, a więc odpowiednie skonkretyzowanie zachowania dłużnika, którego wierzyciel może się domagać. Oznaczenie świadczenia jest zatem niezbędne dla powstania zobowiązania, gdyż bez takiej konkretyzacji nie byłoby możliwe wymuszenie jego realizacji w drodze postępowania sądowego i egzekucyjnego. Dla powstania zobowiązania konieczne jest zatem wyznaczenie jego „granic" przez odpowiednie skonkretyzowanie zachowania jakiego wierzyciel może się domagać od dłużnika.

Ponadto, w zakresie rzekomego „udostępnienia potencjału ekonomicznego" Wykonawca EPI odwołuje się do zawarcia wspomnianego aneksu wskazując, że udostępnienie takie miałoby niejako wynikać ze zobowiązania EP do: (1) powierzania Wykonawcy EPI na zasadnie umów podwykonawstwa, umów zlecenia, umów o dzieło lub umów o współpracę, realizację usług wykonywanych przez EP na rzecz podmiotów trzecich, (2) poręczenia za zobowiązania przez EP lub udzielenia innego wymaganego zabezpieczenia, (3) zawarcia umowy poręczenia z Zamawiającym lub umowy przystąpienia do długu Wykonawcy EPI. Innymi słowy udostępnienie potencjału ekonomicznego ma polegać na zobowiązaniu EP do zawarcia kolejnych umów. Odwołujący podał, że zgodnie z art. 389 K.c., zobowiązanie takie stanowi natomiast umowę przedwstępną. Zgodnie ze wspomnianym przepisem, podstawowym wymogiem warunkującym ważność umowy przedwstępnej, jest określenie „istotnych postanowień umowy przyrzeczonej". Przedstawiony przez Wykonawcę EPI aneks takich istotnych postanowień nie określa, przywołując jedynie nazwy określonych kategorii umów. Nie stanowi on zatem źródła ważnego zobowiązania, tym samym w żaden sposób nie potwierdza aby doszło na jego podstawie do udostępnienia potencjału ekonomicznego. Ponadto odnotowania wymaga, iż poręczenie lub przystąpienie do długu przez EP pozostaje bez znaczenia o tyle, że Zamawiający nie będzie mógł z nich skorzystać w przypadku niewywiązywania się ze zobowiązań przez Wykonawcę EPI, bowiem zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp zamówienie realizowane może być wyłącznie przez podmiot wybrany po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do argumentu wzmocnienia realności korzystania z zasobów ekonomicznych poprzez objęcie Wykonawcy EPI umową ubezpieczenia zawartą przez EP należy podkreślić, iż twierdzenia te świadomie wprowadzają Zamawiającego w błąd. W związku z zawarciem umowy

ubezpieczenia grupowego, w której jako jednego z ubezpieczonych wskazano Wykonawcę EPI, w przypadku wystąpienia szkody, zostanie ona usunięta z ubezpieczenia Wykonawcy EPI, nie zaś EP. Tym samym, nie mamy do czynienia z jakimkolwiek udostępnieniem w tym zakresie. Zresztą takie udostępnienie nie byłoby możliwe.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania argumentując, jak niżej.

W odniesieniu do zarzutu związanego z Wykonawcą BUI Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie zakwestionował okoliczności, iż przedstawione w wykazie wykonanych

zamówień usługi potwierdzają spełnianie warunków udziału w Postępowaniu. Oświadczył, że Odwołujący zdaje się celowo pomijać pełną treść wyroku Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 247/15 wybierając jedynie te fragmenty, które służą poparciu sformułowanych przez niego zarzutów, ponieważ wezwanie do uzupełnienia dokumentów w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia było nie tylko możliwością Zamawiającego, ale jego obowiązkiem, od którego nie mógł on odstąpić. W konsekwencji wezwał Wykonawcę BUI do uzupełnienia dokumentów w zakresie warunku wskazanego w 7.2.2.1 IDW, a nie do kolejnego uzupełnienia w zakresie zobowiązań do udostępnienia potencjału złożonych przez HGL i JP. Podkreślił również, że wbrew temu co zdaje się sugerować Odwołujący w piśmie wzywającym do wyjaśnień i uzupełnień z dnia 27 listopada 2014 r. Zamawiający nie dokonał wcześniej wezwania w zakresie dokumentów odnoszących się do firmy JP, w związku z czym uzupełnienie Wykonawcy BUI jakie zostało dokonane w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 25 marca 2015 r. stanowiło w tym zakresie pierwsze uzupełnienie.

Odnośnie dokonanego przez Wykonawcę BUI uzupełnienia dokumentu potwierdzającego udostępnienie mu zasobów HGL, które potwierdzają spełnienie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia Zamawiający stwierdził, że nie naruszyło ono art. 26 ust. 3 Pzp.
Zgodnie z obowiązującą wykładnią tego przepisu przyjęto zasadę jednokrotnego uzupełniania dokumentów, należy jednak pamiętać, że odnosi się ona do sytuacji, gdy zamawiający dokonuje wezwania kompleksowego wskazując na wszystkie błędy i wady dokumentu. Jeżeli jednak jego czynność jest wadliwa lub niepełna, nie można tym faktem obciążać wykonawcy, a czynność tę należy skorygować. Gdyby przyjąć, że uzupełnienie odnośnie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia jest niemożliwe odnośnie dokumentów dotyczących współpracy Wykonawcy BUI z HGL, to zaistniałaby sytuacja, w której zamawiający pomimo formalnego wypełnienia nakazu wezwania do uzupełnienia dokumentu, powodowałby, że wykonawca nie może dokumentu uzupełnić, a tym samym wykazać spełnianie warunku, co nie jest zgodne z ideą uzupełniania dokumentów. Należy zauważyć, iż wezwanie z dnia 27 listopada 2014 r. było wezwaniem do przedłożenia konkretnego dokumentu, podczas gdy wezwanie z dnia 25 marca 2015 r. było wezwaniem ogólnym do przedstawienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku.

Nie może budzić wątpliwości, iż dla celów wykazania się wymaganym doświadczeniem Wykonawca BUI mógł bądź wyjaśnić/uzupełnić już zaprezentowane wcześniej dokumenty,

bądź przedstawić zupełnie nowe zadania. Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie jednoznacznie akceptowany jest pogląd o dopuszczalności uzupełniania na wezwanie zamawiającego w celu wykazania się posiadaniem odpowiedniego doświadczenia, czy potencjału nowym, nie zaprezentowanym wcześniej przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku.

Odnośnie kwestionowanej przez Odwołującego realności udostępnionych przez HGL i JP zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, ze względu na przewidziany przez te podmioty sposób ich przekazania, Zamawiający podał, że z załączonych dokumentów wynika, że podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia jako podwykonawcy. Zamawiający zasygnalizował, iż w przypadku specjalistycznych usług jakie stanowią przedmiot zamówienia, to właśnie określenie zasad na jakich wykonywane będzie opracowywanie stanowisk inżyniera, świadczenie konsultacji i doradztwa przez wskazane osoby stanowi właśnie o realnym udostępnieniu zasobów.

W odniesieniu do zarzutu błędnej klasyfikacji zastrzeżonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający podał, że po otrzymaniu informacji od Wykonawcy EPI o zastrzeżeniu części wyjaśnień z dnia 1 kwietnia 2015 r. tajemnicą przedsiębiorstwa podjął działania w celu weryfikacji zasadności dokonanego zastrzeżenia. W wyniku tej oceny Zamawiający odtajnił złożoną przez Wykonawcę EPI treść dokumentów, za wyjątkiem pełnej treści załączników A, B, C, D, E, F i G do umowy współpracy oraz treść zawartą § 1 ust. 3 aneksu do niej. Załączniki, zgodnie z treścią zawartej umowy o współpracy, uszczegóławiają warunki umów zawieranych w jej ramach. Mając na uwadze, iż umowa o współpracy niosła za sobą tylko ogólne stwierdzenia na jakich strony deklarują wolę podjęcia współpracy w określonych dziedzinach, to już zawarte aneksy zawierają informacje posiadające pewną wartość ekonomiczną w tym znaczeniu, iż zapoznanie się z nimi i ich ewentualne wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę może zaoszczędzić mu wydatków lub zwiększyć zyski. Taka sama argumentacja obejmuje treść zawartą w § 1 ust. 3 aneksu nr 1 do umowy współpracy od słów „(...) z tym zastrzeżeniem, że (...) do końca zdania.

W zakresie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści wyjaśnień Wykonawcy EPI

Zamawiający wskazał, iż zawierały one argumentację dotyczącą powodów zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tych względów odtajnienie treści tych wyjaśnień wiązałoby się pośrednio z odtajnieniem dokumentów, które Zamawiający uznał za poprawnie zastrzeżone.

W odpowiedzi na zarzut dotyczący nieskutecznego udostępnienia Wykonawcy EPI zasobów ekonomicznych Zamawiający zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt 7.4 IDW w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawca musiał wykazać: (1) średni roczny przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres (na podstawie „Rachunku zysków i strat" pozycja, „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów" lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi") w wysokości nie mniejszej niż 5.500.000,00 zł. Wartości „przychodu" podane w dokumentach w walutach innych

niż wskazane przez Zamawiającego należy przeliczyć według średniego kursu NBP na dzień zakończenia roku obrotowego, (2) posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł. Oba te wymagania Wykonawca EPI potwierdził za pomocą potencjału podmiotu trzeciego – EP. Podkreślił, że Odwołujący kwestionuje tylko pierwszy z ww. warunków i oświadczył, że Wykonawca EPI, w dniu 2 kwietnia 2015 r., przedstawił Zamawiającemu kopię umowy współpracy z dnia 1 sierpnia 2014 r. zawartą pomiędzy nim, a EP.

Zamawiający omówił następnie przedmiot umowy i stwierdził, że określono w niej w sposób szczegółowy zakresy czynności do wykonania w ramach usług będących jej przedmiotem, a w załącznikach przedstawiono finansowe warunki współpracy. Z kolei w aneksie do ww. umowy z dnia 24 października 2014 r. EP zobowiązało się, iż w oparciu o zasady i zakres opisany w umowie o współpracy (w szczególności w ramach obowiązków wynikających z części C i D umowy) podejmie wszelkie kroki niezbędne do tego, by Wykonawca EPI w sposób należyty i zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego zrealizował zamówienie oraz zagwarantowało względem Zamawiającego oraz podmiotów trzecich, iż Zamówienie zostanie w taki właśnie sposób wykonane przez Wykonawcę EPI.

Zamawiający podkreślił, że omawiane dokumenty precyzowały sposób zagwarantowania przez EP należytego wykonania zamówienia, ponieważ EP przyjęło m.in. zobowiązanie do udzielenia Wykonawcy EPI stosownych poręczeń, o których mowa w art. 876 K.c., ewentualnie – według wyboru Zamawiającego – do przystąpienia do długu Wykonawcy EPI, tj. zobowiązało się względem Wykonawcy EPI do spełnienia świadczenia na rzecz Zamawiającego z takim skutkiem, że Zamawiający będzie mógł żądać bezpośrednio od EP spełnienia zastrzeżonego świadczenia i wreszcie inne zobowiązania, których treść została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. EP oświadczyło także, że w razie zaistnienia takiej konieczności, na warunkach uzgodnionych z Zamawiającym, wystąpi w charakterze podwykonawcy Wykonawcy EPI i będzie realizowało przedmiot zamówienia w sposób bezpośredni.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia, po stronie zamawiającego, zgłosili wykonawcy BUI i EPI wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska ww., zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez wykonawców BUI i EPI (dalej również odpowiednio: „Przystępujący BUI" i „Przystępujący EPI") przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia publicznego kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Zarzut związany z udostępnieniem zasobu wiedzy i doświadczenia Przystępującemu BUI nie zasługiwał na uwzględnienie.

W powyższym zakresie Izba ustaliła, że Wykonawca BUI, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia posłużył się potencjałem podmiotów trzecich – JP i HGL, przedstawiając ich pisemne zobowiązania. Pismem z dnia

27 listopada 2014 r. został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu określonego w pkt 8.2 Instrukcji dla Wykonawców („IDW"), tj. pisemnego zobowiązania HGL do oddania mu do dyspozycji zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia, w szczególności w zakresie sposobów wykorzystania zasobu HGL przy wykonaniu zamówienia i charakteru stosunku, jaki będzie łączył go z Wykonawcą BUI

W odpowiedzi Przystępujący BUI przedstawił Formularz 3.2 – „Wiedza i doświadczenie" (wykaz usług) o treści tożsamej z treścią wykazu załączonego do oferty i zobowiązanie HGL złożone na formularzu 3.4.

Realność udostępnienia zasobów przez JP i HGL była następnie badana przez Izbę w postępowaniu odwoławczym prowadzonym pod sygn. akt: KIO 247/15. W wyroku z dnia 24 lutego 2015 r. Izba stwierdziła w przedmiotowym zakresie, m.in. że zakreślony zakres ich udziału pozostaje bez związku z wykazywanym doświadczeniem. W konsekwencji nakazała wezwanie Wykonawcy BUI do uzupełnienia dokumentów wskazując jednocześnie, że dokonanie tej czynności jest możliwe, bowiem wykonawca BUI był wzywany przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, jednak w zawężonym zakresie.

W wykonaniu ww. orzeczenia Zamawiający – pismem z dnia 25 marca 2015 r. – wezwał Wykonawcę BUI do uzupełnienia dokumentów przytaczając w całości postanowienia IDW odnoszące się zarówno do treści warunku, jak i sposobów potwierdzenia jego spełniania. Przystępujący BUI – za pismem z dnia 1 kwietnia 2015 r. – ponownie przedstawił ten sam wykaz usług na formularzu 3.2, a nadto zobowiązania JP i HGL.

Na wstępie podkreślić należy, że Zamawiający trafnie wskazywał na dwie kwestie wymagające wyjaśnienia: (1) prawidłowość wykonania wyroku Izby zapadłego w sprawie o sygn. akt: KIO 247/15 oraz (2) realny charakter udostępnienia Przystępującemu BUI zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia.

W odniesieniu do pierwszej z poruszonych powyżej kwestii Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Trzeba mieć na uwadze, że wynika z niej zakaz ponownego wzywania o uzupełnienie tego samego

dokumentu w zakresie tej samej okoliczności. *Ergo,* dopuszczalne jest ponowne wezwanie o uzupełnienie określonego dokumentu, o ile dotyczyć będzie ono innych braków, czy błędów. W przedmiotowej sprawie Zamawiający rzeczywiście uprzednio (tj. przed wykonaniem wyroku Izby zapadłego w sprawie o sygn. akt: KIO 247/15) wzywał Wykonawcę BUI do uzupełnienia dokumentu zobowiązania wystawionego przez HGL, jednak dotyczyło ono ściśle określonych aspektów wyszczególnionych w piśmie Zamawiającego z dnia 27 listopada 2014 r. Mając na uwadze zakres oczekiwanych przez Zamawiającego informacji dotyczących kształtu zobowiązania (vide treść wzoru formularza 3.4) oraz treść złożonego przez HGL oświadczenia z dnia 21 października 2014 r., załączonego do oferty Przystępującego BUI, Zamawiający w piśmie z dnia 27 listopada 2014 r. trafnie zidentyfikował brakujące elementy zobowiązania wzywając do ich uzupełnienia.

Następnie Izba – oceniając zarówno treść uzupełnionego na ww. wezwanie zobowiązania, jak i załączonego do oferty zobowiązania JP – stwierdziła, że nie potwierdzają one realności udostępnienia objętych nimi zasobów, z jednoczesnym wskazaniem co legło u podstaw takiego zapatrywania (brak związku pomiędzy zakreślonym zakres udziału HGL i JP w realizacji zamówienia z wykazywanym doświadczeniem). W związku z powyższym, wbrew zapatrywaniu Odwołującego, wezwanie do uzupełnienia dokumentów, do którego zobowiązany został Zamawiający, dotyczyć miało zobowiązań wystawionych przez oba ww. podmioty (z ograniczeniem do ujawnionego braku), nie zaś wyłącznie zobowiązania pochodzącego od JP. Stąd kwestię zakresu z 27 2014 r., ograniczonego wezwania dnia listopada poruszoną w uzasadnieniu wyroku Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 247/15, należało rozpatrywać w wskazanych przez kontekście wówczas Zamawiającego elementów zobowiązania pochodzącego od HGL, nie zaś zobowiązania jako takiego. Jakkolwiek można mieć wątpliwości, czy wezwanie z dnia 25 marca 2015 r. nie zostało sformułowane zbyt ogólnie, tym niemniej nie sposób twierdzić że w odpowiedzi na nie doszło do przedstawienia jakichś innych usług (spowodowane – jak twierdził Odwołujący – okolicznością, że wykazane uprzednio zamówienia nie potwierdzały spełniania warunku udziału Postępowaniu), bowiem załączony wykaz sporządzony na formularzu 3.2 był tym samym, który załączono do oferty i w odpowiedzi na pierwsze wezwanie.

Przechodząc do kwestii związanej z realnością udostępnienia zasobów Izba stoi na stanowisku, że wykazanie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia może być realizowane za pomocą określonych osób związanych z podmiotem udostępniającym wykonawcy ten zasób. Pomijając kwestię, że zarzut dotyczący zobowiązań HGL i JP związany z tą okolicznością mógł być podniesiony także w poprzednim odwołaniu (w tym zakresie treść zobowiązań nie uległa zmianie), to zauważenia wymaga, że twierdzenia Odwołującego oparte są na nieuzasadnionym, zbyt dosłownym rozumieniu tego warunku.

Trzeba mieć na względzie, że wiedza i doświadczenie mogą być czerpane zarówno w wyniku udostępnienia niematerialnych składników przedsiębiorstwa (np. *know-how, goodwill),* jak i określonego personelu związanego z podmiotem udostępniającym omawiane zasoby. W drugim z wyróżnionych przypadków czynnik ludzki stanowi niejako nośnik udostępnionej wiedzy i doświadczenia. W ten sposób realizowane są najczęściej wskazywane przez wykonawców formy udostępniania tego zasobu. Przykładowo – niekwestionowanym sposobem udostępniania wiedzy i doświadczenia są konsultacje merytoryczne związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Przyjmuje się, że dokonuje ich podmiot trzeci, tym niemniej nie można nie zauważyć, że w praktyce do udostępnienia zasobu dochodzi za pośrednictwem określonych osób, które tych konsultacji udzielają. Stąd Izba nie uwzględniła argumentacji Odwołującego, zgodnie z którą zadeklarowany przez Wykonawcę BUI sposób wykorzystania udostępnionych mu zasobów oraz zakres udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia nie odnosi się do udostępnienia wiedzy i doświadczenia.

W konsekwencji, zakwestionowanie tego sposobu udostępnienia zasobu polegać musi na wykazaniu, że osoby, za pośrednictwem których do tego dojdzie nie posiadają wiedzy i doświadczenia adekwatnego do opisanego w treści warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczności sprawy wskazują, że Odwołujący miał tego świadomość próbując podważyć kompetencje osób ujętych w treści zobowiązania wystawionego przez HGL, przedstawiając dowód na okoliczność, że dwie spośród trzech osób nie zostały zgłoszone jako członkowie zespołu konsultanta przy realizacji jednego z zamówień ujętych w złożonym przez Przystępującego BUI wykazie usług. Abstrahując od okoliczności, że powyższe nie wyklucza udziału tych osób w realizacji przedsięwzięcia (Izba uwzględniła niezaprzeczoną przez Odwołującego argumentację, że zgłoszeniu podlegał wyłącznie personel kluczowy), to zobowiązanie HGL skonstruowane było w ten sposób, że nie wynika z niego, jakoby osoby, których wiedza i doświadczenie zostały zakwestionowane zdobyły je wyłącznie przy realizacji zamówień opisanych w formularzu 3.2 (na wniosek taki pozwala użyty w treści zobowiązania zwrot „w szczególności").

Przedstawione rozstrzygnięcie o zarzucie odwołania dotyczącym wykonawcy, którego oferta została za w konsekwencji, uznana najkorzystniejszą powodowało że rozstrzygnięcie o pozostałych zarzutach (związanych z wykonawcą, którego oferta uznana została sklasyfikowana na drugiej pozycji) nie mogło stanowić podstawy uwzględnienia odwołania. Wniosek taki płynie z analizy przepisu art. 192 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie w razie stwierdzenia naruszenia przepisów Pzp, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z istotnym wpływem na wynik postępowania, o którym mowa w przywołanym przepisie, mamy do czynienia w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako

najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego, co – w związku z rozstrzygnięciem o zarzucie dotyczącym Wykonawcy BUI – nie mogło mieć miejsca.

Powyższa konstatacja ma znaczenie o tyle, że Izba uznała zarzut związany z zaniechaniem odtajnienia elementów oferty Wykonawcy EPI za częściowo uzasadniony.

W zakresie tego zarzutu stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu nie był sporny. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów dotyczących zdolności ekonomicznej Wykonawca EPI – za pismem z dnia 1 kwietnia 2015 r. – przesłał Zamawiającemu m.in. umowę współpracy z załącznikami oraz aneksem nr 1, zastrzegając jednocześnie informacje zawarte w tych dokumentach, jak i w samych wyjaśnieniach jako stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Zamawiający – pismem z dnia 17 kwietnia 2015 r. – poinformował Wykonawcę EPI o odtajnieniu przesłanych mu dokumentów za wyjątkiem: (1) pełnej treści załączników do

umowy współpracy, (2) treści § 1 ust. 3 aneksu nr 1 do umowy współpracy oraz (3) treści zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła, że nie było uzasadnione utrzymywanie niejawnego charakteru trzeciej z ww. kategorii informacji. Jakkolwiek nie można *a limine* wykluczyć okoliczności, na którą zwracał uwagę Zamawiający, że wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być nieodłącznie związane z zastrzeżonymi informacjami, tym niemniej – zdaniem składu orzekającego – opisana praktyka jest przez wykonawców nadużywana, czego przykładem jest właśnie przedmiotowa sprawa.
Składane zamawiającym wyjaśnienia mające stanowić wypełnienie przesłanki znowelizowanego przepisu art. 8 ust. 3 Pzp, zgodnie z którą konieczne jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, niejednokrotnie przybierają postać teoretycznych wywodów dotyczących przepisu art. 11 ust. 4 Znk, popartych obszernym przeglądem stanowisk doktryny i orzecznictwa. Nawet jeśli w treści wyjaśnień znajduje się szczegółowe odniesienie do przesłanek określonych w przywołanym przepisie (przykładowo, do przesłanki związanej z podjęciem przez przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych informacji), to ich ziszczenie się wykazywane jest przez odwołanie do typowej, powszechnie znanej argumentacji (w podanym przykładzie – przez przywołanie standardowych sposobów ochrony informacji).
Nie może ulegać przy tym wątpliwości, że zasadność zastrzeżenia wyjaśnień należy oceniać przede wszystkim w kontekście ich treści, nie zaś na podstawie obserwacji funkcjonującej na rynku zamówień publicznych praktyki, tym niemniej do opisywanego zjawiska należy podchodzić ze szczególną ostrożnością, mając chociażby na uwadze okoliczność, że informacje zawarte w wyjaśnieniach również muszą spełniać przesłanki określone w przepisie art. 11 ust. 4 Znk, a ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na przedsiębiorcy dokonującym ich zastrzeżenia.
Co więcej, interpretując literalnie przepis art. 8 ust. 3 Pzp należałoby dojść do kuriozalnego wniosku, że chcąc zastrzec także treść samych wyjaśnień, wykonawca powinien przedstawić do nich kolejne wyjaśnienie.

Ad casum Izba stwierdziła, że Zamawiający błędnie odczytał zakres dokonanego przez Przystępującego EPI zastrzeżenia. Lektura pierwszego akapitu pisma z dnia 1 kwietnia 2015 r., w części poświęconej wyjaśnieniu zastrzeżenia informacji (str. 4 korespondencji), prowadzi do wniosku, że zastrzeżeniu podlegały „powyższe wyjaśnienia", a zatem argumentacja odnosząca się do sposobu rozumienia warunku w postaci zdolności ekonomicznej i realności udostępnienia tego zasobu przez EP, a nadto załączniki do omawianego pisma. Z powyższego nie wynika, jakoby zasadne było utrzymywanie w tajemnicy części treści dokumentu, która nie była w ogóle objęta zastrzeżeniem.

Abstrahując od powyższego, ani Wykonawca EPI, ani nawet sam Zamawiający nie podali (zarówno w toku Postępowania, jak i na rozprawie) żadnego uzasadnienia dla zastrzeżenia treści wyjaśnień przyczyn zastrzeżenia określonych informacji, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający stwierdził wprawdzie, że uznał, iż wskazane w ich treści sposoby ochrony informacji stosowane przez Wykonawcę EPI stanowią informacje posiadające wartość gospodarczą (z czego należy wnioskować, że pozostała treść wyjaśnień winna zostać ujawniona), tym niemniej ich analiza prowadzi do wniosku, że stanowią one typowe, powszechnie stosowane środki ochrony o charakterze informatycznym, fizycznym, czy prawnym. Zdaniem składu orzekającego niemal każdy wykonawca funkcjonujący na rynku zamówień publicznych mógłby bez trudu (a co najważniejsze – bez znajomości wyliczenia sporządzonego przez Wykonawcę EPI) stworzyć podobną (o ile nie identyczną) listę mechanizmów ochrony informacji. Skoro zatem rozwiązania proponowane przez Przystępującego EPI nie noszą znamion unikalności, to informacje o nich nie mają wartości gospodarczej, *ergo* nie zachodzi jedna z przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 Znk, co powinno skutkować ujawnieniem treści pisma z dnia 1 kwietnia 2015 r. w pełnym zakresie. Ponadto, co równie istotne – wbrew zapatrywaniom Zamawiającego – zastrzeżone wyjaśnienia nie odnosiły się do treści zastrzeżonych informacji, wobec czego nie sposób było uznać, że ich ujawnienie mogłoby pośrednio doprowadzić do niezasadnego odtajnienia informacji zawartych w zastrzeżonych załącznikach.

W pozostałej części zarzut nie był uzasadniony. Izba uznała, że załączniki do umowy współpracy, podobnie jak treść § 1 ust. 3 aneksu nr 1, zawierają informacje natury ekonomicznej pozwalające na prześledzenie mechanizmów polityki finansowej w grupie kapitałowej, do której należą Wykonawca EPI i EP. W konsekwencji stwierdzono, że informacje takie zasługują na ochronę, jako stanowiące dane wrażliwe, których pozyskanie przez osoby trzecie umożliwiałoby

uzyskanie nad Przystępującym EPI przewagi konkurencyjnej. Izba nie podzieliła przy tym argumentacji Odwołującego, że ujawnienie tych informacji jest istotne ze względu na konieczność zweryfikowania czy i w jaki sposób umowa współpracy jest wykonywana oraz kiedy strony tego kontraktu zawarły aneks do niego (która to informacja *nota bene* została podana w trakcie rozprawy), ponieważ rolą Odwołującego, jako stawiającego taki zarzut, było podważenie

prawidłowości sposobu postępowania Zamawiającego, nie zaś wskazywanie powodów, dla których znalazł się on w odwołaniu.

Izba nie podzieliła również argumentacji Odwołującego dotyczącej braku realności dysponowania przez Przystępującego EPI zasobami ekonomicznymi EP.

W powyższym zakresie ustalono, że w wykonaniu wyroku Izby wydanego w sprawie o sygn. akt: KIO 247/15 Zamawiający – pismem z dnia 25 marca 2015 r. – wezwał Wykonawcę EPI do uzupełnienia dokumentów potwierdzających realne dysponowanie oddanym mu przez EP potencjałem ekonomicznym. W odpowiedzi Przystępujący EPI złożył obszerne wyjaśnienia (vide pismo z dnia 1 kwietnia 2015 r.), do którego załączył mającą ogólny charakter umowę współpracy zawartą z EP w dniu 1 sierpnia 2014 r. wraz z załącznikami, aneks nr 1 do wspomnianego kontraktu precyzujący wzajemne zobowiązania stron związane z ubieganiem się przez Wykonawcę EPI o przedmiotowe zamówienie, a nadto informację o dokumentacji rachunkowej i polisy ubezpieczeniowe za lata 2014-2015.

W ocenie Izby, niezależnie od wspomnianego braku wpływu na wynik Postępowania, zarzut odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie.

Na wstępie należy powiedzieć, że jakkolwiek obowiązujący w dacie wszczęcia Postępowania przepis art. 26 ust. 2b Pzp nie przewidywał wprost możliwości posługiwania się potencjałem ekonomicznym podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, to w doktrynie prawa zamówień publicznych i orzecznictwie Izby wyrażany był pogląd dopuszczający taką możliwość, co ostatecznie potwierdzone zostało dokonaną nowelizacją omawianej regulacji, która weszła w życie 19 października 2014 r. Obowiązkiem wykonawcy – zarówno wówczas, jak i obecnie – była wykazanie, że będzie dysponował tym zasobem, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie potwierdzające realność dokonanego przez podmiot trzeci udostępnienia. Punktem wyjścia do dalszych rozważań powinno być zatem stwierdzenie, że istnieją sposoby na skuteczne (realne) udostępnienie tego zasobu, ponieważ w przeciwnym razie ustawodawca nie przewidziałby takiej możliwości.

Tytułem uzupełnienia uwag natury ogólnej należy jeszcze dodać, że mianem zdolności ekonomicznej określa się zespół wskaźników o charakterze ekonomicznym (np. wielkość obrotów, zysków, płynność finansowa, itp.) charakteryzujących określony podmiot. Z uwagi na powyższe, a także mając na względzie dopuszczalność wykorzystania tak rozumianego zasobu innego podmiotu przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, uprawniony jest wniosek, że jego udostępnienie nie będzie odbywało się w sposób dosłowny, jak to ma miejsce chociażby w przypadku warunku dotyczącego potencjału kadrowego, gdzie możliwe jest przykładowo oddelegowanie określonego personelu podmiotu trzeciego do realizacji zamówienia publicznego. Nie sposób twierdzić, że realności udostępnienia zdolności ekonomicznej podmiotu trzeciego realizuje się przez oddanie do dyspozycji wskaźników

charakteryzujących sytuację ekonomiczną przedsiębiorcy, te bowiem nierozerwalnie związane są z podmiotem, którego kondycję charakteryzują. Innymi słowy nie jest możliwe proste posługiwanie się przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskaźnikami właściwymi innemu podmiotowi. W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że o realnym udostępnieniu omawianego zasobu można mówić w sytuacji, gdy za wykonawcą powołującym się na tą okoliczność stoi wiarygodność ekonomiczna podmiotu trzeciego, rozumiana zarówno jako zdolność prowadzenia interesów, jak i uznanie, renoma i uczestnictwo w obrocie gospodarczym, na które to elementy powoływał się Odwołujący. Nie ulega przy tym wątpliwości, że opisaną sytuację najpełniej oddaje podwykonawstwo (udział podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia publicznego), tym niemniej nie można realności udostępnienia zasobu sprowadzać wyłącznie do problematyki podwykonawstwa. Przepisy Pzp odróżniają bowiem te kategorie podmiotów (zob. przykładowo przepis art. 36b Pzp).

Analiza stanowiska Odwołującego doprowadziła skład orzekający do przekonania, że –

kierując się fragmentem uzasadnienia orzeczenia Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 247/15 – oczekiwał on takiego ukształtowania relacji pomiędzy Przystępującym EPI, a EP, który odpowiadałby pojęciu podwykonawstwa, co *per se* było założeniem błędnym. W ocenie Izby Wykonawca EPI przedstawił dokumenty potwierdzający realność udostępnienia mu zasobu ekonomicznego przy zastosowaniu opisanych w nich mechanizmów.

Jakkolwiek można powziąć wątpliwość, czy wyszczególnione w pkt I umowy współpracy (lit. A-G) i doprecyzowane w kolejnych jej postanowieniach i załącznikach do umowy, przewidziane przez Wykonawcę EPI i EP, formy i pola kooperacji odnoszą się bezpośrednio do udostępnienia potencjału ekonomicznego w opisanym powyżej znaczeniu, to jednak – na gruncie zawartego przez ww. strony aneksu – być ich nie powinno. Wskazano w nim bowiem na konkretne formy ekonomicznego uwiarygodnienia Przystępującego EPI dające podstawy do przyjęcia, że udostępnienie omawianego potencjału jest realne.

Z § 1 ust. 2 lit. b ww. aneksu wynika, że EP zobowiązała się poręczyć za zobowiązania Wykonawcy EPI lub udzielić innego wymaganego przez bank/ubezpieczyciela zabezpieczenia celem zagwarantowania, że ww. podmiot uzyska gwarancję bankową/ubezpieczeniową, którą mógłby przedstawić Zamawiającemu jako zabezpieczenie należytego wykonania zamówienia, co – jak wskazano – jest równoznaczne z przyjęciem przez EP zobowiązania do poniesienia kosztów uruchomienia wspomnianych gwarancji przez Zamawiającego. Ponadto, w § 1 ust. 2 lit. c aneksu EP zobowiązała się względem Przystępującego EPI do zawarcia z Zamawiającym umowy poręczenia za zobowiązania wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego lub do przystąpienia do długu Wykonawcy EPI. Wreszcie w § 1 ust. 4 aneksu przewidziano ewentualny udział EP w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy Przystępującego EPI.

Odwołujący nie przedstawił, w ocenie Izby, argumentacji podważającej realny charakter udostępnienia zasobu w przedstawiony powyżej sposób. Poza, jak wspomniano, błędnym utożsamianiem realności udostępnienia zasobów z podwykonawstwem twierdził, że przedstawione dokumenty mają zbyt ogólny charakter i nie stanowią źródła jakichkolwiek zobowiązań. Trzeba mieć jednak na względzie, że skoro aneks do umowy współpracy został zawarty w związku z ubieganiem się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, co *explicite* wynika z treści jego preambuły, to uprawniony jest wniosek, że wynikające z niego instrumenty należy odnosić do zobowiązań Wykonawcy EPI mających źródło w umowie w sprawie zamówienia publicznego, jaka – w razie wyboru jego oferty – zostanie z nim zawarta. Natomiast okoliczność, że Odwołujący wyrażał odmienne zapatrywanie co do stopnia szczegółowości przedstawionych Zamawiającemu dokumentów nie może, sama w sobie, stanowić uzasadnienia dla twierdzenia o braku realności udostępnienia zasobu. Wniosek taki byłby natomiast uprawniony w razie wykazania, że zaproponowane mechanizmy udostępnienia potencjału są niedopuszczalne lub nieskuteczne, czego bazując na argumentacji Odwołującego nie sposób było stwierdzić.

W szczególności, w ocenie składu orzekającego, przystąpienie do długu nie powinno być oceniane, jak chce tego Odwołujący, jako sprzeczne z przepisem art. 7 ust. 3 Pzp. W odróżnieniu bowiem od uregulowanej w przepisach K.c. instytucji przejęcia długu (art. 519 i nast.), w następstwie której dochodzi do podmiotowej zmiany po stronie dłużnika, w przypadku przystąpienia do długu dochodzi do pojawienia się – obok podmiotu dotychczas zobowiązanego – współdłużnika solidarnego. Wydaje się zatem, że w takiej sytuacji nie dochodzi do naruszenia nakazu wynikającego ze wzmiankowanego przepisu Pzp. Odwołujący bezzasadnie wskazywał również na brak podstawy do żądania przez Zamawiającego zawarcia z nim umowy poręczenia, skoro wynika ona wprost z § 1 ust. 2 lit. c aneksu. Co zaś dotyczy braku wskazania przez Przystępującego EPI na wykonanie zamówienia z udziałem podwykonawców Izba stwierdziła, że nie wyłącza to możliwości późniejszego (tj. na etapie realizacji umowy) zaangażowania podwykonawcy. Niedopuszczalność takiego działania miałaby miejsce, gdyby Zamawiający skorzystał z zastrzeżenia, o którym mowa w przepisie art. 36a ust. 2 Pzp, a podwykonawcą zastrzeżonej części zamówienia miałby być podmiot, który nie udostępnia wykonawcy zasobów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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.2010.41.238).

Przewodniczący: ……