Sygn. akt: KIO 1434/14

WYROK
z dnia 25 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2014 r. oraz w dniu 24 lipca 2004 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2014 r. przez Control Process SA w Krakowie, w postępowaniu prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej „Legionowo" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legionowie, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eneria spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Izabelinie - Dziekanówku oraz Introl-Energomontaż spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Przedsiębiorstwu Energetyki Cieplnej „Legionowo" spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Legionowie unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eneria spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Izabelinie - Dziekanówku oraz Introl-Energomontaż spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej „Legionowo" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Legionowie i:

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

2.2. zasądza od Zamawiającego Przedsiębiorstwa Energetyki Cieplnej „Legionowo" spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Legionowie na rzecz Control Process SA w Krakowie kwotę 23 600 zł 00 gr [słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych, zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Warszawa - Praga.

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 1434/14

UZASADNIENIE

I. Zamawiający – Przedsiębiorstwo Energetyki Cieplnej „Legionowo" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legionowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa źródła kogeneracyjnego w postaci 3 silników gazowych oraz kotłowni gazowej na terenie Ciepłowni Miejskiej w Legionowie”. 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 Eneria spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Introl-Energomontaż spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

[w dalszej części: Konsorcjum Eneria].

III. Odwołujący w dniu 11 lipca 2014 r. złożył odwołanie wobec zaniechania wykluczenia Konsorcjum Eneria oraz odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Eneria, stawiając zarzuty:

1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której oferta wykonawcy konsorcjum Eneria nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której wykonawca konsorcjum Eneria nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu
a także - z ostrożności naruszenie:
3) art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której wykonawca konsorcjum Eneria nie złożył oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, Odwołujący postawił żądanie nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy konsorcjum Eneria, odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Eneria.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

[1] w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty w sytuacji, w której oferta wykonawcy konsorcjum Eneria nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:
1. Zarzut dotyczący przekroczenia 5 % progu wynagrodzenia za dokumentację projektową:
Zgodnie z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [dalej: SIWZ], jednym z załączników do oferty powinien być Harmonogram Rzeczowo-Finansowy, który powinien zostać przygotowany przez wykonawcę na wzorze stanowiącym załącznik nr 11 do SIWZ.

We wzorze załącznika nr 11, będącym załącznikiem do SIWZ znajduje się informacja, że *„HRF będzie zawierał Etapy Realizacji dotyczące tylko dostaw, robót i usług odbieranych przez Zamawiającego na Terenie Budowy, w tym nie dopuszcza się, aby podstawę odbioru Etapu Realizacji było złożenie zamówienia przez Wykonawcę, HRF musi być zgodny z Umową"* [załącznik nr 11 do SIWZ, tiret 4].

W Umowie będącej załącznikiem nr 13 do SIWZ znajduje się zapis *„3. Wynagrodzenie Wykonawcy płatne będzie częściami, na podstawie prawidłowo wystawionych faktur z zastrzeżeniem, że suma części Wynagrodzenia przysługująca Wykonawcy za wykonanie Dokumentacji Projektowej nie może przekroczyć 5% Wynagrodzenia"* [artykuł 13. Wynagrodzenie i warunki płatności, Umowa, strona nr 13, załącznik nr 13 do SIWZ].

Analogiczny zapis znajduje się również w Ogłoszeniu o zamówieniu *„III. 1.2) Główne warunki finansowe i uzgodnienia płatnicze i/lub odniesienie do odpowiednich przepisów je regulujących: 1. Wynagrodzenie Wykonawcy płatne będzie częściami, na podstawie prawidłowo wystawionych faktury z zastrzeżeniem, że suma części Wynagrodzenia przysługująca Wykonawcy za wykonanie Dokumentacji Projektowej nie może przekroczyć 5% Wynagrodzenia"* [Ogłoszenie o zamówieniu, pkt. III. 1.2].

Ponadto w umowie Zamawiający zawarł definicję Dokumentacji Projektowej - artykuł 1. Definicje, Umowa, strona nr 5, załącznik nr 13 do SIWZ.

W ofercie wykonawcy konsorcjum Eneria w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym znajduje się informacje, że wartość etapów wynosi odpowiednio *„Opracowanie projektu*

bazowego, wartość netto 500 000 zł", „Opracowanie projektu wykonawczego, wartość netto 1 100 000 zł", „Przekazanie dokumentacji powykonawczej oraz dokumentacji do pozwolenia na użytkowanie, wartość netto 10 000 zł" [oferta wykonawcy konsorcjum Eneria, strona 187,

pozycje w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym nr 3, 4 i 22].

Etapy wymienione w pkt. 5 stanowią zgodnie z zapisami Umowy Dokumentację Projektową, po zsumowaniu tych etapów otrzymujemy kwotę netto 500 000 zł + 1 100 000 zł + 10 000 *zł* - 1 610 000 zł.

Przyjmując, że wartość Wynagrodzenia wykonawcy konsorcjum Eneria wynosi netto 27 885 zł [wartość z formularza oferty, oferta wykonawcy Eneria, strona 7], to suma części Wynagrodzenia przysługująca Wykonawcy za wykonanie Dokumentacji Projektowej wynosi 5,77% [obliczenie na podstawie wzoru 1 610 000 dzielone na 27 885 000 to jest 0,0577, to jest 5,77%].

Z ostrożności gdyby nie przyjmować, że pozycja *„Przekazanie dokumentacji powykonawczej oraz dokumentacji do pozwolenia na użytkowanie”* zalicza się do Dokumentacji Projektowej, otrzymujemy po zsumowaniu etapów kwotę netto 500 000 zł + 1 100 000 zł = 1 600 000 zł, a więc suma części Wynagrodzenia przysługująca Wykonawcy za wykonanie Dokumentacji Projektowej wynosi 5,73% [obliczenie na podstawie wzoru: 1 600 dzielone na 27 885 000, to jest 0,0573 to jest 5,73%].

W związku z powyższym, oferta wykonawcy konsorcjum Eneria powinna zostać odrzucona ponieważ nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na to, że suma części Wynagrodzenia przysługująca Wykonawcy za wykonanie Dokumentacji Projektowej przekroczyła 5% Wynagrodzenia.

2. Zarzut dotyczący braku wskazania w Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym kluczowych etapów realizacji:

W Umowie będącej załącznikiem nr 13 do SIWZ znajdują się m.in. definicje, które określają kluczowe etapy wymagane do uwzględnienia w Harmonogramie Rzeczowo Finansowym [Załącznik nr 11] wraz z określeniem stosownych terminów realizacji: *a. „18. Odbiór Podstawowych Parametrów Gwarantowanych: potwierdzenie przez Strony osiągnięcia przez Instalację wykonane zgodnie z Dokumentacją Projektową Podstawowych Parametrów Gwarantowanych, przeprowadzony w terminach określonych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym” b. „27. Próba Gwarancyjna: pomiary przeprowadzone podczas Ruchu*

Testowego, mające na celu potwierdzenie osiągnięcia Podstawowych Parametrów Gwarantowanych, jak również pozostałych parametrów jakościowych i ilościowych produktów oraz parametrów procesowych Instalacji, określonych w Dokumentacji Projektowej. Podczas Próby Gwarancyjnej zdolności Wykonawca zaprezentuje eksploatacyjne Inwestycji zrealizowanej zgodnie z Dokumentacją Projektową oraz sprawdzi możliwość osiągania Próby Podstawowych Parametrów Gwarantowanych. Termin Gwarancyjnej jest określony w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym”, c. „31. Ruch Testowy: trwające 72 godziny bezawaryjne, nieprzerwane funkcjonowanie, Instalacji i obiektów wchodzących w skład Inwestycji przy pełnej wydajności w celu potwierdzenia osiągnięcia zdolności eksploatacyjnych wszystkich części Inwestycji, określonych w Dokumentacji Projektowej. Ruch Testowy następuje po Rozruchu Instalacji, Urządzeń i obiektów oraz zapewnieniu przez Zamawiającego wszelkich mediów oraz substancji w ilości umożliwiającej przeprowadzenie podczas Ruchu Testowego i Próby Gwarancyjnej. Terminy Ruchu Testowego są określone w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym” d. „33. Sprawdzenia Przedrozruchowe: czynności poprzedzające Rozruch, obejmujące w szczególności przeprowadzenie wszelkich wymaganych przepisami prawa oraz zasadami wiedzy technicznej i budowlanej, pomiarów, prób, badań i sprawdzeń oraz prace przygotowawcze do rozruchu Instalacji. Termin Sprawdzenia Przedrozruchowego jest określony w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym” [Artykuł 1. Definicje, ust. 18,27, 31, 33, Umowa, strona nr 6-7, załącznik nr 13 do SIWZ]

Harmonogram Rzeczowo-Finansowy, o którym mowa w umowie jest to Harmonogram Rzeczowo-Finansowy będący częścią oferty wykonawcy Eneria - wskazuje na to jednoznacznie zapis z umowy *„7 Harmonogram Rzeczowo-Finansowy: harmonogram wykonania przedmiotu Umowy wraz z przypisanymi kwotami Wynagrodzenia, stanowiący*

załącznik nr 11 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wypełniony przez Wykonawcę, stanowiący część oferty Wykonawcy" [Artykuł Definicje, Umowa, strona nr 5, załącznik nr 13 do SIWZ].

Harmonogram Rzeczowo- Finansowy przygotowany przez konsorcjum Eneria będący częścią oferty [strona 187 oferty wykonawcy konsorcjum Eneria] nie zawiera etapów takich jak Odbiór Podstawowych Parametrów Gwarantowanych, Próba Gwarancyjna, Ruch Testowy, Sprawdzenie Przedrozruchowe nie jest więc on zgodny z Umową.

Przedstawione odbiory są po to, aby Zamawiający mógł sprawdzić czy Wykonawca po wykonaniu instalacji osiągnął wymagane parametry gwarantowane. Określone parametry

gwarantowane, w tym przede wszystkim moc elektryczna, podlegają zgodnie z umową wysokim karom [Artykuł 16. Kary Umowne, Umowa, strona nr 20, pkt I h - załącznik nr 13 do SIWZ]. Istotą przedmiotowego zamówienia jest wybudowanie bloku kogeneracyjnego na potrzeby miejskiej sieci cieplnej oraz produkcja energii elektrycznej, przy czym sprawność elektryczna agregatów nie może być niższa niż 44%. Zatem Wykonawca konsorcjum Eneria, poprzez brak zadeklarowania przeprowadzenia kluczowych etapów - takich jak próby gwarancyjne, pomiary, ruch testowy, dzięki którym potwierdzana jest i sprawdzana wartość sprawności elektrycznej silników - uniemożliwi Zamawiającemu naliczenie kary za niespełnienie parametrów. Wykonawca posiadał dowolność co do podania etapów realizacji w HRF, za które to etapy przysługuje mu Wynagrodzenie, natomiast nie miał żadnych uprawnień aby pominąć etapy kluczowe wymagane umową. Od sprawności elektrycznej agregatów zależy powodzenie inwestycji i rozliczenie dofinansowanych środków z funduszu JESSICA.

W związku z powyższym, oferta wykonawcy konsorcjum Eneria powinna zostać odrzucona ponieważ nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na to, że Harmonogram Rzeczowo-Finansowy nie jest zgodny z umową, ponieważ nie zawiera kluczowych etapów które zgodnie z umową powinny zostać określone w Harmonogramie Rzeczowo- Finansowym.

3. Zarzut dotyczący braku w ofercie innych dokumentów:
Zamawiający wymagał aby wykonawca do swojej oferty załączył koncepcję budowy bloku kogeneracyjnego w ramach której należy przedstawić następujące elementy: *a. ,,g) opis potencjału technicznego i wykonawczego oferenta w zakresie charakterystyki posiadanej bazy sprzętowej", b. „h) zalecany przez producenta plan serwisowy proponowanego w ofercie silnika, dostępność autoryzowanego serwisu, system serwisowania przez autoryzowany serwis oraz przewidywanie koszty obsługi serwisowej w okresie 10 lat", c. „i) ogólne zasady Programu Kontroli i Zapewnienia Jakości"* [SIWZ, załącznik nr 10, str. 6].

Żadna z powyższych informacji nie znalazła się w ofercie [koncepcji].

Z treści oferty wynika, że „koncepcja" jako taka stanowi załącznik do tej oferty, jednakże został on utajniony. Odwołujący podał, że bez znajomości jego zawartości nie może postawić precyzyjnych zarzutów, lecz na bazie własnych, bogatych doświadczeń w przygotowywaniu ofert jest w stanie wskazać możliwe błędy w takich opracowaniach.

Ponadto, argumentem przemawiającym za brakiem ww. informacji jest fakt, że zasadniczo trudno uznać je za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Gdyby zatem były w ofercie, znajdowały by się w części jawnej. W związku z powyższym Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Eneria nie uwzględnił w koncepcji [ofercie] wymienionych elementów:

a) opis potencjału technicznego i wykonawczego oferenta w zakresie charakterystyki posiadanej bazy sprzętowej,
b) zalecany przez producenta plan serwisowy proponowanego w ofercie silnika, dostępność autoryzowanego serwisu, system serwisowania przez autoryzowany serwis oraz przewidywanie koszty obsługi serwisowej w okresie 10 lat,

c) ogólne zasady Programu Kontroli i Zapewnienia Jakości.

W związku z powyższym, oferta wykonawcy konsorcjum Eneria powinna zostać odrzucona, ponieważ nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

[2] w zakresie zarzutu wskazującego na podstawę wykluczenia Konsorcjum Eneria:
Zgodnie z zapisami art. 26 ust. 2b ustawy Prawo Zamówień Publicznych 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 zobowiązania tych podmiotów do oddaniu mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Wykonawca konsorcjum Eneria w ofercie na stronie 7 zawarł informację *„9. Oświadczamy, że przedmiot zamówienia zrealizujemy sami”,* w związku z tym należy wywieść, że wykonawca konsorcjum Eneria nie będzie korzystał przy realizacji zamówienia z podwykonawców.

W celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. *„a) Zaprojektowanie [wykonanie dokumentacji projektowej) instalacji gazowych silników kogeneracyjnych do nie mniej niż dwóch instalacji kogeneracyjnych współpracujących z miejską siecią cieplną w tym jedna instalacja o sumarycznej mocy elektrycznej nie mniejszej niż 5 MWe zasilanych gazem ziemnym przewodowym GZ 50 [gaz wysokometanowy] w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym*

okresie, b) Dostawa i uruchomienie gazowych silników kogeneracyjnych i automatyki sterującej do nie mniej niż dwóch instalacji kogeneracyjnych współpracujących z miejską siecią cieplną w tym jednej instalacji o sumarycznej mocy elektrycznej nie mniejszej niż 5MWe zasilanych gazem ziemnym GZ 50 [gaz wysokometanowy]”[Ogłoszenie o zamówieniu, pkt III.2.3) Kwalifikacje techniczne], wykonawca Konsorcjum Eneria przedstawił referencje firmy Introl S.A.

Pismem z dnia 18 czerwca 2014r. Zamawiający wezwał wykonawcę Konsorcjum Eneria na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy o wyjaśnienie, w jaki sposób Wykonawca będzie dysponował zasobami firmy Introl S.A. skoro przy realizacji zamówienia żadnej jego części nie zamierza powierzyć podwykonawcy.

W odpowiedzi Zamawiający otrzymał informację, że wykonawca otrzyma od Introl S.A. wiedzę i doświadczenie utrwalone w formie pisemnych instrukcji, przekazywanych w formie materialnej [na piśmie czy elektronicznie], oraz wiedzę i doświadczenie przekazywane przez Introl SA w formie usług doradztwa technicznego świadczonego w formie konsultacji doraźnych lub okresowych. Dodatkowo wykonawca stwierdził, iż nośnikiem i depozytariuszem know-how, wiedzy i doświadczenia zdobywanego przez Introl SA w trakcie i w związku z realizacją dotychczas zrealizowanych zadań są również osoby, które jako pracownicy, czy zatrudnieni w oparciu o inne tytułu prawne pracowali przy realizacji inwestycji realizowanych przez Introl S.A. Osoby te faktycznie będą wykorzystywać zdobytą wiedzę i doświadczenie w trakcie oddelegowania do wykonawcy. Wykonawca konsorcjum potwierdza również, że Introl SA nie będzie podwykonawcą *„Pomimo zatem braku podwykonawstwa Introl SA”.*

To samo stanowisko wykonawca Konsorcjum Eneria przedstawił w zobowiązaniu firmy Introl S.A. złożonym w uzupełnieniu w związku z tym samym pismem z wezwaniem do wyjaśnień i uzupełnień.

Odwołujący zwrócił uwagę na Krajowej Izby Odwoławczej w kwestii stosowania art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w sytuacji udostępniania potencjału podmiotu trzeciego w postaci wiedzy i doświadczenia przedstawione w Informacji o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012r. *„doświadczenie nie stanowi dobra materialnego, czy też niematerialnego, które*

może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi bowiem składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa [arg. z art. 551 i art. 552 k.c.]. Wiedza i doświadczenie stanowią ze swojej istoty potencjał

nieprzenaszalny, niepodlegający odłączeniu od podmiotu udostępniającego, gdyż nie można zupełnie oddzielić nabytego na przestrzeni lat wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego od niego samego. Wprawdzie doświadczenie podmiotu trzeciego można przy wykonywaniu zamówienia wykorzystać jednak jedynie wówczas, gdy udostępniający będzie brał realny udział w wykonaniu danego zamówienia. Co do zasady nie jest jednak możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia niezbędne jest, co do zasady, powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. [...] Celem regulacji przewidzianej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie jest bowiem udostępniania potencjału, który ma charakter fikcyjny, iluzoryczny[...]".

W ocenie Odwołującego, w przypadku gdy Introl SA nie będzie brał udziału w wykonywania zamówienia którego przedmiotem są roboty budowlano-montażowe, mamy do czynienia z fikcyjnym, iluzorycznym przekazaniem wiedzy i doświadczenia. Przekazanie pisemnych instrukcji mimo, iż byłyby one bardzo dokładne, nie zapewni właściwego zrealizowania na ich podstawie robót budowlano- montażowych które w przypadku przedmiotu zamówienia którym jest budowa bloku energetycznego a więc obiektu o wysokim skomplikowaniu technicznym są wysoce skomplikowane i wymagają bieżącego udziału wykwalifikowanego podwykonawcy. Jeżeli chodzi zaś o udział pracowników firmy Introl S.A. w realizacji zamówienia to również stosunek ten jest, w ocenie Odwołującego wystarczający, ponieważ samo „wypożyczenie" pracownika który będzie wykonywał jakąś pracę niewiele daje, ze względu na to, że pracownicy nie działający w określonej strukturze organizacyjnej działającej wg określonych procedur oraz norm wypracowanych podczas realizacji podobnych inwestycji nie są w stanie wykonać zamówienia, całe know-how tkwi w organizacji którą jest firma Introl S.A. i która to organizacja wypracowywała je przez wiele lat.

W ocenie Odwołującego, wykonawca nie wykazał spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, a tym samym jego oferta nie mogła być wybrana , zanim nie dojdzie do jej uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

[3] w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Konsorcjum Eneria z powodu uzupełnienia dokumentów w niewłaściwej formie:

Zgodnie z zapisami SIWZ:„Oświadczenia, *wnioski, zawiadomienia, pytania, informacje*

Zamawiający i Wykonawcy przekazują pisemnie lub faksem, przy czym przekazania za pomocą faksu uważa się za złożone w terminie, jeżeli jego treść dotarła do adresata przed upływem terminu. [...] Uwaga: Od powyższej zasady wyłączona jest oferta, dla której ustawodawca zastrzegł formę pisemną pod rygorem nieważności a w konsekwencji dokumenty stanowiące uzupełnienie oferty składane na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp winne być składane z zachowaniem zasady pisemności postępowania.".

W piśmie z dnia 18 czerwca 2014r. [sygnatura: PT-TT-102/2014] Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wykonawcę Konsorcjum Eneria do złożenia następujących dokumentów: *a. „1. [...] działając na zasadzie art. 26 ust. 3 uPzp wzywa do uzupełnienia oferty o opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument z którego będzie wynikało, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej deliktowej i kontraktowej w tym zawodowej [...]" b. „2. [...] działając na zasadzie art. 26 ust. 3 uPzp wzywa do uzupełnienia oferty poprzez złożenie tłumaczeń przysięgłych na język polski dokumentów ze stron 234, 236,238,240,183 oferty Wykonawcy" c. „3. [...] na zasadzie art. 26 ust. 3 i 4 wzywa do wyjaśnienia czy przedstawione w ofercie sprawozdania/części sprawozdań*

dotyczące firmy Eneria Sp. z o.o. podlegają badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości i jeżeli podlegają to na zasadzie art. 26 ust. Zamawiający wzywa do uzupełnienia i złożenia opinii biegłego rewidenta o sprawozdaniach/częściach sprawozdań" d. „6. [...] działając na zasadzie art. 26 ust. 3 uPzp wzywa do uzupełnienia oferty poprzez uzupełnienie i złożenie załącznika nr 14 z wypełnionymi pustymi rubrykami".

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca Konsorcjum Eneria przesłał faksem pismo z dnia 30.06.2014r. którego załącznikami były dokumenty wymienione wyżej dokumenty.

Zgodnie z zapisami SIWZ wykonawca konsorcjum Eneria powinien dostarczyć dokumenty do Zamawiającego w formie oryginałów, tym samym wykonawca nie uzupełnił następujących dokumentów:

a) opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokument z którego będzie wynikało, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej deliktowej i kontraktowej w tym zawodowej,
b) tłumaczeń przysięgłych na język polski dokumentów ze stron 234, 236,238, 240, 183 oferty Wykonawcy,

c) opinii biegłego rewidenta o sprawozdaniach/części sprawozdań Eneria Sp. z o.o.
d) załącznika nr 14 z wypełnionymi pustymi rubrykami.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, wykonawca konsorcjum Eneria powinien zostać wykluczony z postępowania ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu [nie dokonał również skutecznego uzupełnienia oferty o dokumenty pozwalające ustalić, że te warunki są spełnione].

IV. Na posiedzeniu Odwołujący, po okazaniu uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego dokumentów, cofnął zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Konsorcjum Eneria z powodu złożenia dokumentów w niewłaściwej formie [nie w oryginale], wobec czego zarzut ten nie podlegał rozpatrzeniu.

V. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.
VI. Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Eneria spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Introl-Energomontaż spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PODSTAWY DO ODRZUCENIA ODWOŁANIA

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie znaleziono podstaw do uwzględnienia wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, uzasadnionego przekazaniem Zamawiającemu kopii odwołania pocztą elektroniczną po godzinach urzędowania Zamawiającego, to jest w dniu 11 lipca 2014 r. o godzinie 22.15, które to pismo Zamawiający otrzymał dopiero *„w dniu 14.07.2041r. o godz. 8:49 pocztą elektroniczną".*

Wskazany przepis nakazuje odrzucenie odwołania w sytuacji, gdy odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy.

W myśl art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołujący przesyła kopię

odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł się on zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu, przy czym domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem

terminu do jego wniesienia, jeśli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu na jego wniesienie za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 ustawy, tj. faxem lub drogą elektroniczną, co Odwołujący uczynił. Należy zatem uznać, iż Zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią odwołania. Bez znaczenia natomiast pozostaje, czy wiadomość elektroniczna wpłynęła do Zamawiającego w godzinach pracy oraz kiedy faktycznie Zamawiający zapoznał się z treścią odwołania. Wskazana w ustawie możliwość zapoznania się przez zamawiającego ze złożonym odwołaniem została zrelatywizowana nie do rzeczywistego zapoznania się z tym dokumentem lecz do sposobu przekazania kopii odwołania, które to sposoby ustawodawca określił w art. 27 ust. 2 ustawy i co do których wyraźnie wprowadził domniemanie zapoznania się z treścią kopii odwołania, jeśli przesłanie jego kopii nastąpiło z zastosowaniem jednego z tych sposobów, niezależnie od tego, w jakich godzinach nastąpiło przekazanie i czy w rzeczywistości Zamawiający się z odwołaniem zapoznał. Określone w ustawie terminy należy obliczać zgodnie z regulacjami Kodeksu cywilnego, który w art. 111 § 1 Kc wskazuje, że termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Oznacza to zatem, iż terminy liczy się w dniach pełnych, a zamawiający nie może faktycznie ich skracać, np. przez przyjmowanie, że z treścią wpływających do niego wiadomości mógł zapoznać się jedynie w godzinach swojego urzędowania. Zwrócić należy też uwagę, że odwołanie zostało w opisany sposób przesłane do Zamawiającego nie w ostatnim, dziesiątym dniu terminu, ale w dziewiątym dniu, zaś ostatni dzień przypadł 12 lipca 2014 r., tj. w sobotę. Sobota, zgodnie z przepisami, nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy, zatem, gdyby poddawać w wątpliwość skuteczność przesłania kopii odwołania po godzinach pracy Zamawiającego, to należałoby przyjąć, że kolejny dzień, nie będący dniem ustawowo wolnym od pracy jest dniem, kiedy można było przekazać Zamawiającemu kopię odwołania. Odwołujący w dniu 12 lipca 2014 r. osobiście złożył kopię odwołania w siedzibie Zamawiającego – na portierni, co potwierdza pisemne pokwitowanie dokonane w tej dacie.

Bez znaczenia zatem okazały się podkreślane i przekonująco uprawdopodobnione przez Odwołującego okoliczności, że w dniu 11 lipca 2014 r. zachodziły trudności w przesłaniu poczty elektronicznej oraz faksu na numer Zamawiającego - że faks był nieczynny, a także że było możliwe skuteczne przetransferowanie poczty elektronicznej na adres mailowy Zamawiającego [pismo Odwołującego z dnia 17 lipca 2014 r. adresowane do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej].

Powyższe stanowisko jest wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej [przykładowo wyroki z dnia 23 kwietnia 2012 r. w spr. KIO 688/12, z dnia 13 maja 2011 r., sygn. akt KIO 933/11, 17 października 2011 r. w spr. KIO 2121/11, 23 lutego 2012 r. w spr. KIO 293/12].

Tym samym nie stwierdzono zaistnienia podstawy do odrzucenia odwołania w oparciu art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy.

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

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący miałby szanse na uzyskanie zamówienia, zaś ewentualne naruszenie przepisów stanowi o możliwości poniesienia szkody odpowiadającej utraconym korzyściom, wynikającym z udziału w postępowaniu i ewentualnego uzyskania w jego ramach zamówienia.

III. ROZSTRZYGNIĘCIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadnymi okazały się te zarzuty, które wskazywały na niewłaściwą ocenę zobowiązań do udostępnienia zasobów stanowiących wiedzę i doświadczenie przez podmiot trzeci. Ocena

dokonana przez Zamawiającego w opisanym niżej zakresie wykazuje nieprawidłowości, które miały wpływ na dokonany wybór najkorzystniejszej oferty, a tym samym, potwierdzenie zarzutów postawionych w odwołaniu, ma wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy.

IV. ZARZUTY WSKAZUJĄCE NA PODSTAWĘ DO ODRZUCENIA OFERTY ENERIA Z KONSORCJUM POWODU PRZEKROCZENIA PROCENTOWEJ RELACJI ZAKRESIE W W KOSZTÓW ETAPÓW POSZCZEGÓLNYCH HARMONOGRAMIE RZECZOWO – FINANSOWYM A TAKŻE Z POWODU NIEUJĘCIA W TYM DOKUMENCIE ETAPÓW: ODBIÓR PODSTAWOWYCH PARAMETRÓW GWARANTOWANYCH, PRÓBA GWARANCYJNA, RUCH TESTOWY, SPRAWDZENIE PRZEDROZRUCHOWE:

[1] Uznano, że Harmonogram Rzeczowo– Finansowy przygotowany przez konsorcjum Eneria wskazuje na niespełnienie wymagania postawionego przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], w jej załączniku nr 11 Harmonogram Rzeczowo – Finansowy w zakresie zachowania proporcji ceny nie więcej niż 5 % ceny oferty w zakresie wynagrodzenia za przekazanie dokumentacji powykonawczej oraz dokumentacji do pozwolenia na użytkowanie. Harmonogram Rzeczowo – Finansowy opracowany przez Konsorcjum Eneria nie zawiera także etapów: Odbiór podstawowych parametrów gwarantowanych, Próba gwarancyjna, Ruch testowy, Sprawdzenie przedruchowe.

[2] Nie podzielono argumentacji Zamawiającego, zgodnie z którą w ofercie Konsorcjum Eneria spełnione jest wymaganie, by opisane w Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym wynagrodzenie za wykonanie dokumentacji projektowej wynosiło nie więcej niż 5 % całego wynagrodzenia, uzasadnione taką interpretacją SIWZ, która zakłada, na gruncie art. 13 ust. 3 wzoru umowy, ujmowanie wynagrodzenia za dokumentację projektową w cenie netto i porównywanie, dla zbadania spełnienia relacji nie więcej niż 5 % ceny oferty ceny, do ceny oferty rozpatrywanej w wartości brutto. Zgodnie z powołanym postanowieniem art. 13 ust. 3 wzoru umowy, *„wynagrodzenie płatne będzie częściami, na podstawie prawidłowo wystawionych faktur z zastrzeżeniem, że suma części Wynagrodzenia przysługująca Wykonawcy za wykonanie Dokumentacji projektowej nie może przekroczyć 5% Wynagrodzenia.”*

W opisie zawartym w załączniku nr 11 do SIWZ, zawarto wytyczne, dotyczące wyceny etapów w Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym: *„HRF musi pokazywać Etapy Realizacji i odpowiadające każdemu Etapowi cenę netto, łączna wartość wszystkich Etapów Realizacji wynosi 100% Ceny oferty”.*

W myśl zawartej w art. 1 pkt 39 wzoru umowy definicji, wynagrodzenie na gruncie przedmiotowej umowy, to„kwota *wymieniona w Umowie, jako wynagrodzenie Wykonawcy za*

należyte i kompletne wykonanie Umowy wraz z podatkiem od towarów i usług [VAT], płatna w terminach i na warunkach określonych w Umowie.”

Na gruncie powyższych postanowień SIWZ, interpretacja prezentowana przez Zamawiającego, zgodnie z którą skoro art. 13 ust. 3 wzoru umowy odwołuje się do wynagrodzenia przysługującego wykonawcy za wykonanie Dokumentacji projektowej, to musiało chodzić o wynagrodzenie jakim mowa w treści załącznika 11, to jest wynagrodzeniu netto, i to wynagrodzenie winno być porównywane do wynagrodzenia za wykonanie zamówienia tj., brutto, nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający podawał na rozprawie, w zakresie interpretacji tego postanowienia, że: *„na gruncie art. 13 ust. 3 wzoru umowy pierwsze użyte sformułowanie dotyczące wynagrodzenia tj. „wynagrodzenie wykonawcy będzie płatne częściami” odnosi się do wynagrodzenia brutto, bo dotyczy wynagrodzenia końcowego. Drugi raz użyte pojęcie wynagrodzenia w art. 13 ust. 3 tj. mówiące* że *„suma części wynagrodzenia przysługująca za wykonanie dokumentacji projektowej” odnosi się do wynagrodzenia netto, ponieważ ta suma części została zliczona przez wykonawcę na podstawie harmonogramu rzeczowo-finansowego. (…) Po raz trzeci użyte pojęcie*

wynagrodzenia w art. 13 ust 3 tj. „nie może przekroczyć 5% wynagrodzenia" odnosi się do wynagrodzenia brutto, ponieważ odnosi się do wynagrodzenia, które nie zostało uszczegółowione poprzez odniesienie się do harmonogramu HRF."

Gdyby tak miało być, jak usiłował wykazywać Zamawiający na rozprawie oraz w odpowiedzi na odwołanie, to art. 13 ust. 3 wzoru umowy winien powyższe czytelnie wskazywać i wyraźnie rozróżniać, kiedy mowa w nim o wynagrodzeniu ujmowanym w formule netto, a kiedy brutto. Tymczasem, gdyby taka miała być intencja Zamawiającego, to trudno o bardziej nieczytelne wyrażenie jej w SIWZ. Zupełnie nielogicznym przy tym byłoby, by Zamawiający wprowadzając wymóg zachowania określonego progu procentowego w Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym, uczynił to w tak zaskakującej i niezrozumiałej konstrukcji, że wynagrodzenie za prace projektowe należało traktować w kwocie netto i porównywać je do ceny za wykonanie zamówienia, tj. ceny brutto. W konsekwencji, należało uznać, że powyższe postanowienie operuje pojęciem wynagrodzenia w jednolitej formule, to jest wynagrodzeniem netto, jako właściwym do opracowania Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego [„HRF *musi pokazywać Etapy Realizacji i odpowiadające każdemu Etapowi cenę netto"].*

[3]Uznano następnie, że na gruncie analizowanego postępowania, sporny Harmonogram Rzeczowo – Finansowy nie stanowi treści oferty, w znaczeniu, o który mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 i 87 ust. 1 i 2 ustawy.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że każdorazowo o charakterze dokumentu jakim jest Harmonogram rzeczowo – Finansowy decyduje znaczenie jakie nadał mu zamawiający na gruncie konkretnego postępowania: może on stanowić treść oferty w rozumieniu wskazanych wyżej przepisów; może on być dokumentem potwierdzającym, że oferowane dostawy usługi i roboty spełniają wymagania stawiane przez zamawiającego, o którym mówi art. 25 ust. 1 i który podlega na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy uzupełnieniu; może wreszcie być dokumentem pomocniczym, informacyjnym, niedefinitywnym - o względnej elastyczności, którego ostateczna treść podlega ustaleniu między stronami, stosownie do sytuacji i możliwości czasowych, nie wywołującym negatywnych sankcji dla wykonawcy.

Stąd uwaga i czas, jakie poświęciły strony na rozprawie rozważaniom zawartym w jednym z orzeczeń [wyroku KIO z dnia 17 lutego 2014 r. w sprawie 188/14] mają znaczenie jedynie o tyle, że wskazane orzeczenie czytelnie akcentuje tezę, że nie są w tej mierze właściwe jakiekolwiek generalizacje i przypisywanie dokumentowi, jakim jest Harmonogram Rzeczowo – Finansowy zawsze, w każdym postępowaniu jednakowego znaczenia, to jest traktowanie go jako oświadczenia woli o znaczeniu oferty. Każdorazowo rozstrzyga to bowiem SIWZ, opracowana na użytek konkretnego postępowania i wyrażająca intencje zamawiającego i przez niego poczynione klasyfikacje wymaganych dokumentów i nadane im znaczenie.

Wskazany wyrok z dnia 17 lutego 2014 r. w sprawie 188/14 wydano na gruncie konkretnego stanu faktycznego i wyartykułowanych w nim postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Te w każdym postępowaniu są odmiennie ukształtowane i to one stanowią źródło i podstawę dokonywanej oceny w zakresie znaczenia określonych dokumentów.

[4] Uznano, że na gruncie przedmiotowego postępowania Harmonogram Rzeczowo – Finansowy nie nosi cech oferty z następujących powodów:

- SIWZ nie kwalifikuje Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego jako oferty. Brak jest czytelnych postanowień, które nadawałyby temu dokumentowi charakter elementu oferty w aspekcie materialnym, tj. deklaracji wykonawcy [oświadczenia woli] co do rodzaju przedmiotu zamówienia zaoferowanego w przedmiotowym postępowaniu - Zamawiający nie zawarł w specyfikacji jakiegokolwiek postanowienia uprzedzającego wykonawców, iż

składają się one na treść oferty, nie przypisał także w sposób jednoznaczny znaczenia tego dokumentu. Przemawia za taką konstatacją także niekategoryczna forma zastrzeżenia

wymagania tego dokumentu, opisana w specyfikacji [przewidziana w załączniku nr 11 do SIWZ możliwość doprecyzowania Harmonogramu]. Przypomnienia wymaga w tym miejscu fundamentalna reguła, związana z opracowywaniem przez zamawiającego kształtu postępowania i stawianiem określonych wymagań: zamawiający może żądać jedynie dokumentów i oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zgodnie bowiem z treścią art. 25 ust. 1 ustawy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Konsekwencją powyższego jest, że zamawiający wymagając określonych dokumentów musi wiedzieć, po co ich wymaga, jaki jest ich cel i znaczenie dla postępowania, które wyznaczają wskazaną w powołanym przepisie „niezbędność do przeprowadzenia postępowania". Tymczasem, stanowisko Zamawiającego, zapytanego na rozprawie o znaczenie spornego Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego było niespójne i niestanowcze. Z jednej strony Zamawiający wdał się w polemikę na temat ceny – że powinna być ona określona w Harmonogramie Rzeczowo - Finansowym po części w ujęciu netto, po części brutto, przyznając, że ten dokument stanowi ofertę, i że oferta Konsorcjum Eneria jest zgodna z SIWZ, by finalnie przyjąć stanowisko, iż w świetle treści SIWZ, Harmonogram Rzeczowo – Finansowy jest dokumentem pomocniczym, którego niedoskonałości nie mogą skutkować odrzuceniem oferty. Następnie, Zamawiający zapytany na rozprawie, jak postąpiłby, gdyby zdarzyło się w postępowaniu, że jakiś wykonawca wcale nie złożyłby tego dokumentu, nie potrafił udzielić jednoznacznej odpowiedzi, wskazując, że w takim wypadku miałby problem co zrobić z taką sytuacją. A przecież, gdyby Zamawiający przemyślał znaczenie wymaganych przez siebie dokumentów, nadał im czytelnie w SIWZ określony charakter, to odpowiedź na tak postawione pytanie nie stwarzałaby najmniejszego problemu: przykładowo, Zamawiający umiałby podać, że skoro na gruncie SIWZ dokument ten stanowi treść oferty, to oferta podlega odrzuceniu, albo podałby, że skoro ten dokument w SIWZ zakwalifikowano jako tzw. dokument przedmiotowy, potwierdzający, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego [art. 25 ust. 1 ustawy], to koniecznym jest wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do

jego uzupełnienia. W SIWZ natomiast nie sposób znaleźć takich postanowień, które pozwalają uchwycić znaczenie Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego jako treść oferty.

- analiza postanowień SIWZ wskazuje, że Harmonogram Rzeczowo - Finansowy na gruncie tego postępowania nie ma charakteru definitywnego i niezmiennego. Cechą oferty jest jej niezmienność po terminie składania ofert. Zasadą rządzącą postępowaniem o zamówienie publiczne jest obowiązek złożenia oferty w ustalonym przez Zamawiającego terminie składania ofert, bez możliwości jej następczej zmiany. Zgodnie z treścią art. 84 ust. 1 ustawy, wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. Natomiast z godnie z art. 87 ust. 1 ustawy, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem dialogu konkurencyjnego oraz poprawiania omyłek i niezgodności oferty przez zamawiającego, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Tymczasem, w części wstępnej załącznika nr 11 zawarto wyraźne postanowienie, zgodnie z którym:„Zaproponowany *przez Wykonawcę w ofercie Harmonogram Rzeczowo - Finansowy może zostać doprecyzowany z Zamawiającym przed podpisaniem Umowy, z zachowaniem wymagań zawartych w SIWZ".* Oznacza to więc, że Harmonogram Rzeczowo – Finansowy na gruncie tego postępowania cechuje się dynamiką i jego treść zawarta w złożonym wraz z ofertą dokumencie nie jest definitywna i niezmienna, a przeciwnie – może przed zawarciem umowy być zmieniona [doprecyzowana].

Ponadto, w tabeli zawartej we wzorze załącznika Zamawiający wymienił siedem, luźno rozmieszczonych, poprzedzielanych pustymi komórkami do wypełnienia etapów:

„1. Uzyskanie pozwolenia na budowę; 2. Opracowanie projektu bazowego, 3. Opracowania projektu wykonawczego, […] Dostawa agregatów kogeneracyjnych, […] Dostawa kotła, […] Przekazanie dokumentacji powykonawczej oraz dokumentacji do pozwolenia na użytkowanie, n. Podpisanie Protokołu Odbioru Końcowego." Dodatkowo, w dolnej części załącznika, Zamawiający zawarł dopisek, zgodnie z którym: *„Wykonawca w HRF wpisze zdarzenia które uzna za kluczowe dla realizacji zamówienia".*

Oznacza to, że Zamawiający nie narzucił w sposób kategoryczny zawartości Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego, wymieniając jedynie przykładowe jego etapy. Gdyby zaś miało być tak, że w Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym musiały bezwzględnie znaleźć się

określone pozycje [etapy], do wykazania czego zmierza Odwołujący, to w takim wypadku Zamawiający powinien nie tylko wpisać te istotne dla siebie pozycje do opracowanego przez siebie wzoru, ale nie zamieszczać w załączniku 11 wyraźnego postanowienia, że to wykonawca wpisze w nim te zdarzenia, które uzna za kluczowe dla realizacji zamówienia. Te postanowienia SIWZ przeczą tezie prezentowanej w odwołaniu, zgodnie z którą „wykonawca *posiadał dowolność co do podania etapów realizacji w Harmonogramie Rzeczowo – Finansowym, za które to etapy przysługuje mu wynagrodzenie, natomiast nie miał* żadnych *uprawnień aby pominąć etapy kluczowe wymagane umową".* Tym samym, prezentowany przez Odwołującego wniosek o znaczeniu Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego jako treści oferty nie znajduje oparcia w treści SIWZ. Gdyby tak miało być, to SIWZ nie powinna zawierać postanowień dopuszczających – po pierwsze – możliwości zmiany zawartości Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego po terminie złożenia ofert, po drugie zaś –SIWZ nie powinna wprowadzać uznania wykonawcy, które etapy są kluczowe, a zamiast tego załącznik nr 11 powinien wymieniać te etapy, które według Zamawiającego są wymagane niezależnie od przyjętej przez danego wykonawcę koncepcji.

- We wzorze umowy, Zamawiający podał gradację dokumentów określających przedmiot umowy: „art. *2 PRZEDMIOT UMOWY Przedmiotem Umowy jest wykonanie przez Wykonawcę Inwestycji określonej w, Dokumentacji Przetargowej, w terminie określonym Umową, w zamian za Wynagrodzenie określone w art. 13 Umowy. Szczegółowy Przedmiot Umowy określają Załączniki do Umowy: a. Harmonogram Rzeczowo - Finansowy, b. Oferta Wykonawcy, c. Projekt Budowlany. W przypadku jakichkolwiek rozbieżności między wymienionymi powyżej Załącznikami Oferta Wykonawcy uznana będzie za nadrzędną i wiążącą".* Oznacza to, że Zamawiający odrębnie traktował ofertę i odrębnie Harmonogram Rzeczowo – Finansowy, stawiając je na równi z opracowanymi przez siebie dokumentami [Projekt budowlany], co także przemawia za uznaniem, że sporny dokument nie stanowi treści oferty w znaczeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 87 ustawy.

- Zestawienie przytoczonych postanowień SIWZ, wzoru umowy, wskazuje, iż Harmonogram Rzeczowo – Finansowy ma charakter elastyczny, podlega zmianie z uwzględnieniem dynamiki stanu faktycznego i potrzeb ujawniających się między złożeniem oferty a podpisaniem umowy, co wskazuje, że ten nie jest tylko abstrakcyjnym planem sporządzonym w oderwaniu od realiów postępowania.
- Każdorazowo konieczność sporządzenia Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego wiąże się z uwzględnieniem realnych założeń, w taki sposób, który umożliwi w sposób wiarygodny

przewidzenie planowanych robót i dostaw i umiejscowienie ich w czasie, w powiązaniu z odpowiednimi wydatkami. Harmonogram rzeczowo – finansowy na etapie składania ofert może bowiem być co najwyżej pewnym planem, projekcją zakładanych robót i wydatków z nimi związanych, skoro nie jest wtedy jeszcze możliwe określenie w jakim czasie nastąpi rozpoczęcie robót [to wszak jest uzależnione od rozstrzygnięcia postępowania, daty zawarcia umowy], co dodatkowo uzależnione jest od zdarzeń niepewnych takich jak niewystąpienie technicznych przeszkód w rozpoczęciu robót. Zawsze więc Harmonogram Rzeczowo – Finansowy, szczególnie gdy posługuje się konkretnymi datami a nie okresami – jak ma to miejsce na gruncie przedmiotowej sprawy – musi być traktowany jako dokument, który nie ma definitywnego charakteru, ale może podlegać zmianie, stosownie do postępu

prac i okoliczności związanych z wykonaniem robót.
- Kontekst analizowanych postanowień SIWZ nakazuje uznać, że wymaganie Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego ma znaczenie raczej postulacyjne, pomocnicze dla wykonawców, aniżeli mające służyć zobligowaniu wykonawców do złożenia ofert zawierających harmonogramy rzeczowo – finansowe zawierające określone informacje o definitywnym i niezmiennym znaczeniu. Dyspozycje zamawiającego, zawarte w załączniku 11 do SIWZ wskazują, że Harmonogram Rzeczowo – Finansowy może przed podpisaniem umowy podlegać doprecyzowaniu. Powyższe okoliczności świadczą, że harmonogram nie ma charakteru niezmiennego i będzie podlegał korektom, stosownie do zaistniałych okoliczności.

[5] Tym samym, co do Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego należy – w zakresie jego treści – przyznać walor dokumentu o znaczeniu pomocniczym, informacyjnym, a nie definitywnie zobowiązującego do konkretnych działań zgodnie z jego treścią.
Należało w konsekwencji uznać, że Harmonogram Rzeczowo – Finansowy winien być w pierwszym rzędzie realny, to jest sprzężony z zakresem rzeczywiście zaplanowanych i wykonywanych robót, a nie stanowić tylko plan pozostający w oderwaniu od wykonywanych robót i od rzeczywistej możliwości ich wykonania. Skoro termin rozpoczęcia robót nie był możliwy do określenia [ten bowiem zależy od zakończenia postępowania o zamówienie publiczne i od momentu zawarcia umowy] to i harmonogram rzeczowo – finansowy musi być traktowany jako dokument o pewnym stopniu założeń i elastyczności, zarówno jeśli chodzi o terminy rozpoczęcia poszczególnych czynności, jak i ich zakresy.

---

[6] Abstrahując od okoliczności przedmiotowego stanu faktycznego, dostrzeżenia wymaga, że charakter Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego, także gdy na gruncie konkretnego postępowania został on zakwalifikowany przez Zamawiającego jako treść oferty, traktowany jest jako dokument, co do którego w pierwszym rzędzie – razie gdy nie odpowiada on szczegółowym wytycznym Zamawiającego, czy też wykazuje różnego rodzaju niespójności, albo nastąpiły już terminy wykonania opisanych w nim czynności - należy zastosować instrumenty zmierzające do jego wyjaśnienia i poprawienia [art. 87 ust. 1 i 2 ustawy].
Orzecznictwo wielokrotne – w odniesieniu do tego rodzaju dokumentu, któremu zamawiający przypisał znacznie dalej idące znaczenie, to jest gdy kwalifikował go jako ofertę – podkreślało możliwość i obowiązek poprawy, w sposób nawet dalece ingerujący w złożony harmonogram i po uzyskaniu uprzednich wyjaśnień wykonawcy [a w istocie, ustaleniu przez wykonawcę kształtu, jaki ów harmonogram powinien mieć].
Takie stanowisko, w odniesieniu do Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego, Krajowa Izba Odwoławcza wyrażała w dotychczasowym orzecznictwie. W wyroku z dnia 3 listopada 2009 r. w spr. KIO 1338/09, 1346/09, 1347/09, wskazano, iż *„harmonogram terminowo-rzeczowo-finansowy odnoszący się w* świetle *postanowień zał. nr 8 do siwz do terminów, zakresu prac oraz rozbicia poszczególnych płatność przypadających na poszczególne części prac w ich postępie czasowym, w pierwszej kolejności zakwalifikować należy jako dokument składający się na treść oferty, a nie dokument potwierdzający,* że *oferowane usługi odpowiadają wymaganiom siwz. W konsekwencji, Izba podkreśla brak możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp do jego uzupełnienia. Jednakże, powyższe nie przesądza o prawidłowości zastosowania art. 89 ust. 2 pkt 1 ustawy jako podstawy do odrzucenia oferty odwołującego w niniejszym postępowaniu. Powołany przepis stanowi wyraźnie, iż odrzuca się ofertę, której treść nie odpowiada treści siwz z zastrzeżeniem uprzedniego zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W opisywanym przypadku brak załączenia wymaganego harmonogramu terminowo rzeczowo-finansowego jest brakiem formalnym, który nie przesądza o niezgodności treści oferty z siwz. […] W ocenie Izby w przedmiotowych okolicznościach zachodzi pełna możliwość zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy do sanowania oferty w opisywanym zakresie. Zgodnie z dyspozycją wskazanego przepisu zamawiający poprawia omyłki wykonawcy polegające na niezgodności oferty z treścią siwz nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. Należy przyjąć możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w ww. przepisie. Omyłką będą więc zarówno błędy w przygotowaniu oferty i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia [np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia wymagań siwz…. etc.] w*

wypełnieniu czy przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Podstawową przesłanką warunkującą zastosowanie powołanego przepisu jest więc stopień „istotności" zmian w treści oferty, których dokonania wymagałoby doprowadzenia do stanu zgodności oferty z siwz. Tymczasem w związku z opisanym wyżej charakterem żądanego *harmonogramu determinującym jego kształt przy podstawieniu zmiennej cenowej do określonego przez zamawiającego algorytmu jego sporządzenia, a także wynikającym z powyższego brakiem jakichkolwiek ram swobodnego i uznaniowego wypełnienia harmonogramu treścią, uznać należy, iż uzupełnienie takiego harmonogramu nie będzie istotną ingerencją w treść oferty. Na marginesie można wskazać, iż również w przypadku matematycznych błędów w obliczeniu wartości poszczególnych płatności czy różnych pomyłek w samym kształcie harmonogramu, wobec tego typu postanowień siwz, możliwe byłoby poprawienie harmonogramu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Do wyboru zamawiającego pozostaje więc kwestia czy sam tego typu harmonogram sporządzi podstawiając ceną oferty do algorytmu zawartego w załączniku nr 8 do siwz i efekt powyższego przedstawi do zaakceptowania wykonawcy, czy też nie oszczędzając ewidentnie odpowiedzialnemu za powstałe przeoczenie wykonawcy trudu związanego z przygotowaniem dokumentu, zwróci się do niego w trybie art. 87 ust. 1 o wyjaśnienie jaki kształt harmonogramu zamierzał przyjąć, a następnie na podstawie otrzymanych wyjaśnień sformułuje odpowiednie poprawienie oferty i wniosek o jej akceptację przez wykonawcę. Izba wskazuje, iż tego typu wyjaśnienia nie stanowią wytworzenia* żadnego *nowego oświadczenia woli wykonawcy, które może różnić się od oświadczenia pierwotnie wyrażonego w ofercie. Nie stanowią również* żadnych *zakazywanych w powoływanych przepisach zmian w jej treści."* [tak też w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 26 sierpnia 2010 r. w spr. KIO 1724/10].

O takim też z zasady charakterze harmonogramu rzeczowo – finansowego przekonują liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo: wyrok z dnia 13 maja 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 549/09; wyrok z dnia 3 listopada 2009 r. sygn. akt KIO/UZP1338/09; wyrok z dnia stycznia 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP1689/09, KIO/UZP1691/09; wyrok z dnia 18 stycznia 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 1689/09, KIO/UZP 1691/09; z dnia 15 grudnia 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1528/09; wyrok z dnia 28 lipca 2010r., sygn. akt KIO 1491/10. Z wymienionego orzecznictwa wynika, że zamawiający może poprawić ofertę w zakresie niedoskonałości dotyczących harmonogramu stosując art. 87 ust. 1 ustawy bądź nawet art. 26 ust. 3 ustawy.

[7]Reasumując, dostrzeżone na gruncie przedmiotowej sprawy niedoskonałości Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego nie wymagają poprawy: jeśli dokument ten, zgodnie z postanowieniem zawartym w zał. 11 do SIWZ, może podlegać doprecyzowaniu

przed podpisaniem umowy, to na tym etapie Zamawiający może uzyskać prawidłowy, uwzględniający wymagania SIWZ oraz znane już wtedy realia związane z wykonaniem zamówienia, to jest związane z terminem zawarcia umowy i terminem rozpoczęcia prac oraz z własnymi preferencjami co do rozplanowania określonych etapów w czasie [a tym samym płatności za nie]. Powyższe determinowało wniosek, że Harmonogram Rzeczowo – Finansowy złożony przez Konsorcjum Eneria nie wymaga aktualnie poprawienia ani wyjaśnienia, zaś sama oferta tym bardziej nie podlega odrzuceniu z powodu jego niedoskonałości.

Reasumując, na gruncie analizowanej sprawy, w świetle treści SIWZ nie sposób więc stwierdzić, by Harmonogram Rzeczowo – Finansowy, składany przez wykonawców w ofertach stanowił treść oferty, o jakiej stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Fakt, że przed zawarciem umowy może on być doprecyzowany, że wykonawcy pozostawiono relatywnie duży stopień swobody w zakresie prezentacji elementów tego Harmonogramu [etapów], że nie zawarto wobec tego dokumentu wytycznych związanych choćby z istotnymi z perspektywy Zamawiającego informacjami, kiedy określone etapy a tym samym i płatności za nie mają być dokonane, nie powiązano go w sposób „sztywny" i kategoryczny z obowiązkami wykonawcy na etapie wykonania zamówienia, pozostawiając to ewentualnemu doprecyzowaniu przed zawarciem umowy, nakazuje traktować Harmonogram Rzeczowo – Finansowy w tym postępowaniu, jako dokument o charakterze pomocniczym, którego ewentualne niedoskonałości nie mogą skutkować odrzuceniem oferty. W świetle

przyjętego w SIWZ opracowanej na użytek tego postępowania znaczenia Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego, zbędnym jest także dokonywanie jakichkolwiek ingerencji w treść dokumentu złożonego przez Konsorcjum Eneria, w tym poprawiania wskaźnika procentowego do wymagania dotyczącego wynagrodzenia stanowiącego nie więcej niż 5 % ceny za wykonanie zamówienia, ani też dopełnianie Harmonogramu o nieujęte w nim Etapy. Tym samym, oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu z powodów wskazanych przez Odwołującego.

V. ZARZUTY WSKAZUJĄCE NA PODSTAWĘ DO ODRZUCENIA OFERTY Z POWODU NIEZŁOŻENIA W OFERCIE INNYCH DOKUMENTÓW:

[1] Odwołujący postawił powyższy zarzut w oparciu o przypuszczenie, że w niejawnej części ofert Przystępującego nie zamieszczono następujących elementów:

a) opis potencjału technicznego i wykonawczego oferenta w zakresie charakterystyki posiadanej bazy sprzętowej,
b) zalecany przez producenta plan serwisowy proponowanego w ofercie silnika, dostępność autoryzowanego serwisu, system serwisowania przez autoryzowany serwis oraz przewidywanie koszty obsługi serwisowej w okresie 10 lat,
c) ogólne zasady Programu Kontroli i Zapewnienia Jakości.

[2] Po okazaniu oryginału oferty stwierdzono, że w zamieszczonej w niej koncepcji budowy bloku kogeneracyjnego, spośród wymienionych elementów nie ma jedynie wskazania przewidywanych kosztów obsługi serwisowej w okresie 10 lat.

[3] Z treści SIWZ wynika zarazem, że informacja o przewidywanych kosztach obsługi serwisowej w okresie 10 lat nie ma charakteru zobowiązania [oferty], a miała być jedynie podawana w celu poglądowym. Zamawiający powyższe wyjaśnił przekonująco na rozprawie, że treścią oferty objęty jest serwis za dwa lata, a dodatkowe informacje nie są objęte ofertą składaną w tym postępowaniu i nie mogą być dla zamawiającego przedmiotowo istotne. Nie jest to bowiem zobowiązanie wynikające z oferty, zaś za dwa lata będzie kolejne postępowanie na ten serwis.

Powyższe czyniło stawiany zarzut nieuzasadnionym.

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

[1] W pkt XIV ust. 13 SIWZ, Zamawiający podał: *„Zamawiający dopuszcza możliwość zatrudnienia Podwykonawców. Jako podwykonawców nie traktuje się dostawców dla Wykonawcy podzespołów typowych, które występują w obrocie handlowym. Jeżeli jakaś część zamówienia realizowana będzie na terenie Zamawiającego przez podmiot inny niż Wykonawca, wówczas traktowany on będzie jako podwykonawca.”.*

W pkt XIV ust. 14 i 15 SIWZ Zamawiający podał: *„14. Wykonawca dołączy do oferty Załącznik, w którym wskaże część zamówienia, której wykonanie powierzy nr Podwykonawcom, wg wzoru stanowiącego Załącznik 9 do SIWZ. 15. Wykonawca dołączy do oferty pisemne zobowiązanie innych Podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów, wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ”.*

W pkt XIV ust. 16 Zamawiający nałożył obowiązek korzystania z opracowanych przez siebie formularzy: *„Oferta winna być przygotowana zgodnie z treścią formularzy stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ. Zamawiający nie dopuszcza złożenie oferty na formularzach sporządzonych przez Wykonawcę”.*

W pkt XIX SIWZ, tytułowanym *Podwykonawcy,* Zamawiający postanowił: *„1. Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia by podwykonawcy spełniali określone warunki*

organizacyjne, kadrowe oraz techniczne określone w pkt. IX.2. Zamawiający w celu potwierdzenia powyższego żąda przedłożenia odpowiednich dokumentów na etapie składania ofert.

2. zamawiający zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia tj.:
a) Budowa źródła kogeneracyjnego:
i. Projekty wykonawcze we wszystkich branżach;
ii. Branża technologiczna: instalacja wentylacyjna, instalacja chłodzenia, przyłącze cieplne, instalacja odzysku ciepła z silnika i spalin, instalacja olejowa, instalacja glikolowa, instalacja roztworu mocznika, instalacja gazowa, instalacja kanalizacji, zewnętrzna instalacja gazowa, stacja redukcyjno-pomiarowa gazu, kanalizacja deszczowa;
b) Rozbudowa budynku ciepłowni wodnej:
i) Projekty wykonawcze we wszystkich branżach;
ii) Branża technologiczna: technologia kotłowni, stacja uzdatniania wody, instalacja wentylacyjna pomieszczenia kotłowni, instalacje odprowadzania spalin, przyłącze sieci grzewczej, instalacje olejowe, zewnętrzna instalacja gazowa, instalacja wewnętrzna gazu, kanalizacja deszczowa".

[2] Konsorcjum Eneria zawarło w swojej ofercie zobowiązanie spółki Introl SA w Katowicach, zawierające oświadczenie, że podmiot ten oddaje *„Wykonawcy Introl-Energomontaż Sp. zo.o. z siedzibą przy ul. 16 Lipca 12 w Chorzowie niezbędnych zasobów opisanych w pkt. IX pkt. 2a) oraz pkt.3b) ppkt. iii) SIWZ, tj. wiedzę i doświadczenie oraz osoby zdolne do wykonania Zamówienia. Sposób wykorzystania zasobów Podmiotu oddającego do dyspozycji niezbędne zasoby, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia będzie polegał na: Wykonawca i jego personel będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia Podmiotu oddającego do dyspozycji niezbędne zasoby, które zostaną dla Wykonawcy zebrane w formie pisemnych instrukcji oraz uzupełnione w formie doradztwa technicznego*

świadczonego *w ramach konsultacji okresowych lub doraźnych w całym okresie realizacji w/w zadania, w okresie gwarancji i rękojmi. Ponadto Wykonawca zatrudni oddelegowanych do realizacji Zamówienia pracowników Podmiotu oddającego do dyspozycji zasoby, posiadających odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie, wymagane zgodnie z warunkami przetargu na Zamówienie.*

Charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z Podmiotem oddającym do dyspozycji niezbędne zasoby:

Oddanie do dysponowania zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia nastąpi na podstawie umów dwustronnych. Oddanie do dysponowania zasobów kadrowych [osób posiadających odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie] nastąpi na podstawie umów trójstronnych - zawartych pomiędzy INTROL SA, danym pracownikiem i Introl - Energomontaż sp. z o.o. Zarówno w dniu podpisywania zobowiązania, jak w okresie realizacji zamówienia Wykonawca i Podmiot podpisujący zobowiązanie są i będą podmiotami powiązanymi kapitałowo - INTROL SA posiada 100% udziałów w kapitale zakładowym Introl-Energomontaż sp. z o.o. Powyższe powiązane o charakterze prawnym i ekonomicznym stanowi gwarancję efektywnego udostępnienia zasobów przez spółkę dominującą [Introl SA] spółce INTROL- Energomontaż sp. z o.o.

Zakres i okres udziału Podmiotu oddającego do dyspozycji niezbędne zasoby przy wykonywaniu zamówienia:

Zakres: cały zakres rzeczowy, bez podwykonawstwa.

Okres udziału: od dnia zawarcia umowy do dnia wygaśnięcia roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi.

Niniejsze zobowiązanie należy interpretować w ten sposób, że Podmiot oddający do dyspozycji niezbędne zasoby odpowiada względem Zamawiającego za wykonanie

powierzonej mu przez Wykonawcę części zamówienia w takim samy stopniu jak Wykonawca."

Zamawiający, pismem z dnia 18 czerwca 2014 r. wezwał Konsorcjum Eneria na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów, m.in. w zakresie zobowiązań podmiotu trzeciego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wskazał następujący zakres wyjaśnienia i uzupełnienia [pkt 4 i 5 pisma z 18 czerwca 2014 r.]:

27

„4. Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie jakie konkretnie zasoby [podać zakres zgodnie z zapisami SIWZ] zostaną udostępnione przez firmę Introl S.A. oraz działając na zasadzie art. 26 ust. 3 uPzp wzywa do uzupełnienia oferty poprzez złożenie pisemnego zobowiązania Introl S.A. do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów w którym będą wskazane zasoby jakie udostępnia Wykonawcy firma Introl S.A. 5. Zgodnie z zapisami art. 26 ust. 2b uPzp 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 nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W formularzu ofertowym na stronie 7 Wykonawca zawarł informację, że *oświadcza,* że *przedmiot zamówienie zrealizuje sam, w związku z tym, Zamawiający działając na zasadzie art. 26 ust 4 wzywa do wyjaśnienia w jaki sposób Wykonawca będzie dysponował zasobami firmy Introl S.A. skoro przy realizacji zamówienie* żadnej *jego części nie zamierza powierzyć podwykonawcy.".*

Na powyższe wezwanie Zamawiającego Konsorcjum Eneria złożyło poprawione zobowiązanie Introl SA w Katowicach do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, o treści analogicznej jak uprzednio złożony dokument, dopełnione o wskazanie, że podmiot trzeci zobowiązuje się „do *oddania do dyspozycji Wykonawcy Introl-Energomontaż Sp. zo.o. z siedzibą przy ul. 16 Lipca 12 w Chorzowie niezbędnych zasobów opisanych w pkt. IX pkt. 2a) oraz pkt.3b) ppkt. iii) SIWZ, tj. :*

- *wiedzę i doświadczenie w postaci referencji wystawionych przez:*
- *Nyska Energetyka Cieplna - Nysa Spółka z o.o., w związku z realizacją zadania pn: „Budowa instalacji do wytwarzania energii elektrycznej i cieplnej w kogeneracji na bazie gazu GZ-50 w Nysie przy uf. Jagiellońskiej 10a"*
- *Eco Kutno Sp. z o.o. w związku z realizacją zadania pn; Budowa układu wysoko sprawnej kogeneracji o mocy 6MW $_e$ na terenie Ciepłowni Miejskiej Nr 1 w Kutnie".*
- *OPEC Gdynia Sp. z o.o w związku z realizacją zadania pn: Budowa* źródła *wytwarzającego energię elektryczną w skojarzeniu z ciepłem na działce nr 891 i 145/20 przy ul. Weteranów 13, na terenie Wejherowa-Nanice*
- *oraz osoby zdolne do wykonania Zamówienia w postaci Pana (…), przewidzianego na stanowisko Kierownika branży elektrycznej"*

28

Jednocześnie Konsorcjum Eneria wyjaśniło w piśmie z 20 czerwca 2014 r., że: *„Ad 4 Wykonawca na stronie 20 oferty załączył stosowne Zobowiązanie przygotowane zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ narzuconym przez Zamawiającego, w którym wykazał jakie konkretne zasoby będą udostępnione. Treść zobowiązania mówi m.in.:*

„ ..do oddania do dyspozycji Wykonawcy Introl-Energomontaż Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. 16 Lipca 12 w Chorzowie niezbędnych zasobów opisanych w pkt. IX pkt. 2a) oraz pkt.3b) ppkt. iii) SIWZ, tj.
• wiedzę i doświadczenie oraz osoby zdolne do wykonania Zamówienia".
We wskazanym przez INTROL SA punkcie SIWZ jest precyzyjnie określony wymagany zakres wiedzy i doświadczenia [pkt. IX pkt. 2a) SIWZ] i z zobowiązania wynika, że *INTROL SA taki zakres przekazuje. Uszczegółowienie zobowiązania stanowią przekazane przez INTROL SA Wykonawcy i dołączone do oferty referencje następujących obiektów:*

- Nyska Energetyka Cieplna - Nysa Spółka z o.o.
„Budowa instalacji do wytwarzania energii elektrycznej i cieplnej w kogeneracji na bazie gazu GZ-50 w Nysie przy ul. Jagiellońskiej 10a"
- Eco Kutno Sp. z o.o.
Budowa układu wysokosprawnej kogeneracji o mocy 6MW $_e$ na terenie Ciepłowni Miejskiej Nr 1 w Kutnie".
- OPEC Gdynia Sp. z o.o.
- Budowa źródła wytwarzającego energię elektryczną w skojarzeniu z ciepłem na działce nr 891 i 145/20 przy ul. Weteranów 13, na terenie Wejherowa-Nanice.
Kopie powyższych referencji zamieszczono na stronach 26,27,28, 29 oferty jako referencje firmy INTROL S.A. Podobnie rzecz ma się z zasobami kadrowo-osobowymi [personelem] udostępnionym przez Introl SA - wskazanie punktu SIWZ determinuje zakres udostępnionych zasobów, a uszczegółowienie stanowi wskazanie pracowników Introl SA posiadających stosowne kwalifikacje. Osobą udostępnioną jest pan […], który jest pracownikiem firmy INTROL S.A. i jako taki jest wykazany w Zał. nr 7 na stronie 39 oferty. Jednakże z ostrożności procesowej do niniejszych wyjaśnień przedkładamy uszczegółowiony zał. nr 5 stanowiący Pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów
Przede wszystkim jednak należy wskazać, iż złożenie oświadczenia na wzorze opracowanym przez Zamawiającego nie powinno rodzić negatywnych skutków dla Wykonawcy.

Ad. 5
Jak wskazał Zamawiający, Wykonawca w sytuacji korzystania z zasobów innych podmiotów 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, które to zobowiązanie zostało przedstawione na stronach 20 oferty, z którego w sposób jasny i precyzyjny wynika w jaki sposób Wykonawca będzie dysponował zasobami firmy Introi S.A.
W zobowiązaniu INTROL SA wskazano, iż: „Wykonawca i jego personel będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia Podmiotu oddającego do dyspozycji niezbędne zasoby, które zostaną dla Wykonawcy zebrane w formie pisemnych instrukcji oraz uzupełnione w formie doradztwa technicznego świadczonego *w ramach konsultacji okresowych lub doraźnych w całym okresie realizacji w/w zadania, w okresie gwarancji i rękojmi. Ponadto Wykonawca zatrudni oddelegowanych do realizacji Zamówienia pracowników Podmiotu oddającego do dyspozycji zasoby, posiadających odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie, wymagane zgodnie z warunkami przetargu na Zamówienie." Stwierdzenia te są zgodne ze stanem faktycznym i Wykonawca w pełni je niniejszym potwierdza.*
Wykonawca wskazuje, otrzyma od Introl SA wiedzę i doświadczenie utrwalone w formie pisemnych instrukcji, przekazywanych w formie materialnej [na piśmie czy elektronicznie], oraz wiedzę i doświadczenie przekazywane przez Introi SA w formie usług doradztwa technicznego świadczonego *w formie konsultacji doraźnych lub okresowych.* Żadne *z powyższych form przekazania nie ma cech podwykonawstwa, a stanowi efektywny transfer zasobu.*
Dodatkowo Wykonawca stwierdza, iż „nośnikiem" i depozytariuszem know-how. Wiedzy i doświadczenia zdobywanego przez Introl SA w trakcie i w związku z realizacją, dotychczas zrealizowanych zadań są również osoby, które jako pracownicy, czy zatrudnieni w oparciu o inne tytuły prawne pracowali przy realizacji inwestycji realizowanych przez Introl SA. Osoby te faktycznie będą wykorzystywać zdobytą wiedzę i doświadczenie w trakcie oddelegowania do Wykonawcy.
Pomimo zatem braku podwykonawstwa Introl SA, dojdzie do transferu wiedzy i doświadczenia.”.

[3] Podkreślenia wymaga, że treść przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że posłużenie się w postępowaniu o zamówienie publiczne zasobami należącymi do podmiotu trzeciego ma służyć do wykazania spełnienia warunku udziału

w postępowaniu w związku z potrzebą posiadania odpowiedniego zasobu do realizacji zamówienia. Przepis stanowi, że uzyskane zasoby muszą być niezbędne dla realizacji zamówienia. Wskazany przepis stanowi: *„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 nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia."*

Warunki udziału w postępowaniu to odnoszące się do właściwości podmiotowej wykonawcy właściwości, od których spełnienia uzależniony jest udział wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia.

Przepisy art. 22, art. 25 i 26 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazują, że postawione przez zamawiającego warunki są związane z posiadaniem odpowiednich walorów i zasobów dla celu zagwarantowania prawidłowej realizacji zamówienia – stanowią one przymioty wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Zasadą jest zatem, że wykonawca ubiegający się o zamówienie samodzielnie, względnie działając w konsorcjum [art. 23 ustawy] spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu.

Przepis art. 26 ust. 2 b ustawy stanowi lex specialis od wyrażonej w art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ogólnej zasady, że to wykonawca samodzielnie [względnie działając w ramach konsorcjum – art. 23 ustawy] spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przepis został wprowadzony jako szczególna regulacja umożliwiająca wykonawcy, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu [i z tą sytuacją samodzielnego niespełnienia warunku powiązaną] ubieganie się o zamówienie, jeśli w sposób opisany w tym przepisie udowodni, że odpowiednimi zasobami w momencie realizacji zamówienia będzie dysponował jak własnymi. Zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy [art. 7 ust. 3 ustawy]. Niezbędną właściwością wykonawcy, który może być wybrany w postępowaniu, jest spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego [art. 22 ust. 1 ustawy].

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy został zatem przez ustawodawcę potraktowany jako element mechanizmu służącego wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu – jest on umiejscowiony w Dziale II *Postępowanie o udzielenie zamówienia,* Rozdziale 1 *Zamawiający i wykonawcy,* to jest w tej części ustawy, która dotyczy pojęcia wykonawcy oraz cech, jakie winien spełniać podmiot ubiegający się o zamówienie, to jest warunków udziału w postępowaniu.

Taka intencja wynika także z uzasadnienia do ustawy, mocą której przepis art. 26 ust 2b ustawy został wprowadzony [ustawa *z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz.U. z 2009 Nr 206 poz. 1591]:* „Zwiększeniu *konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienie przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu ma służyć przepis art. 26 ust. 2b nowelizacji, stanowiący wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 2 dyrektywy klasycznej, stosownie do którego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca będzie mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takich podmiotów. Ten przepis nie będzie miał zastosowania do zamówień zastrzeżonych, o których mowa w art. 22 ust. 2, albowiem uprawnionymi do ubiegania się*

o nie będą wyłącznie wykonawcy, których ponad 50 % zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne." Wynika to następnie z treści dyrektyw, których wdrożeniu ów przepis miał służyć. Wprowadzenie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy było konsekwencją transpozycji do prawa krajowego postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. *w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi* [Dz. Urz. UE L 134/114z 30.04.2004 r., ze zm.] oraz art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. *koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych* [Dz. Urz. UE L 134/1 z 30.04.2004 r., ze zm.]. Zgodnie z regulacją zawartą w dyrektywie klasycznej, wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Warunkiem powyższego jest wykazanie przez takiego wykonawcę zamawiającemu, że będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, np. przedstawiając w tym celu

zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. Natomiast na gruncie art. 54 ust. 5 dyrektywy sektorowej wykonawca może, w uzasadnionych przypadkach zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a tymi podmiotami. W takim przypadku wykonawca musi wykazać zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając na przykład odpowiednie zobowiązanie tych podmiotów.

Na temat stosowania wymienionych przepisów Dyrektyw [dyrektyw je poprzedzających] wypowiadał się Europejski Trybunał Sprawiedliwości. W orzeczeniu z dnia 14 kwietnia 1994 roku w spr. C-176/98 [dostępne na stronie: http://www.uzp.gov.pl], Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że: „[…] *przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienia publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia. Ocena, czy taki wymagany dowód został przeprowadzony należy do sądu krajowego.".* Natomiast w orzeczeniu z dnia 18 listopada 2004 r. w spr. C-126/03 [dostępne na stronie: http://www.uzp.gov.pl], Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że „[…] *prawdą jest, iż w celu dopuszczenia usługodawcy do uczestnictwa w procedurze zaproszenia do składania ofert to na usługodawcy zamierzającym powołać się na zdolność techniczną instytucji lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio związany, ciąży obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście dysponować* środkami *tych instytucji lub przedsiębiorstw, które jednak nie stanowią jego własności, a które są niezbędne do wykonania zamówienia."* W orzeczeniu z dnia 2 grudnia 1999 r. w spr. C-176/98 Holst Italia [orzeczenie dostępne na stronie www.uzp.gov.pl], Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał natomiast: „Tak *więc, jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od prawnego charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia.".* W orzeczeniu z dnia 18 listopada 2004 r. w spr. C-126/03 [orzeczenie dostępne na stronie www.uzp.gov.pl], ETS uznał: „w *celu dopuszczenia usługodawcy do uczestnictwa w procedurze zaproszenia do składania ofert to na usługodawcy*

zamierzającym powołać się na zdolność techniczną instytucji lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio związany, ciąży obowiązek wykazania, że może on rzeczywiście dysponować środkami *tych instytucji lub przedsiębiorstw, które jednak nie stanowią jego własności, a które są niezbędne do wykonania zamówienia."*

Wymowa tych orzeczeń jest zatem jednoznaczna: posłużenie się zdolnościami innych podmiotów jest dopuszczalne, pod warunkiem jednak że ma ono charakter realnego – że udostępnione zasoby pozostają w dyspozycji wykonawcy w celu realizacji zamówienia. Zwrócić przy tym warto uwagę, że pośrednio Europejski Trybunał Sprawiedliwości zakreślił takie sytuacje: odnoszą się one przede wszystkim do różnego rodzaju powiązań pomiędzy podmiotami funkcjonującymi w ramach jednego organizmu gospodarczego [grupy kapitałowej]; wyraz tego, że instytucja co do zasady dedykowana jest właśnie tego rodzaju sytuacjom dał także ustawodawca wspólnotowy jak i krajowy, podkreślając, że wykonawca, może posługiwać się zasobami należącymi do innego podmiotu, niezależnie od łączących go z nim powiązań.

Niektóre z tych kwestii zostały podkreślone w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, np. w art. 63 ust. 1 wskazano, że w odniesieniu do doświadczenia zawodowego poleganie na zdolności innych podmiotów może nastąpić tylko wtedy, gdy podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi. Jednocześnie przepisy te wskazują na obecne stanowisko ustawodawcy europejskiego co do pewnych instytucji, które nie zostały w sposób dostateczny opisane w dyrektywie 2004/18/WE, a jednocześnie nie stanowią odmiennego niż w dyrektywie 2004/18/WE uregulowania tych instytucji. Zatem, chociaż jeszcze nie obowiązują, przepisy te mogą być istotną przesłanką co do interpretacji przepisów dyrektywy 2004/18/WE.

Słuszność prezentowanego stanowiska potwierdza zatem wykładnia prowspólnotowa przepisów ustawy. W analizowanej sprawie mamy bowiem do czynienia z przepisami, które wdrażają przepisy prawa wspólnotowego [między innymi wskazane wcześniej dyrektywy] – dotyczy to zarówno spornego przepisu art. 26 ust. 2b ustawy, jak i całej zawartej w ustawie regulacji. Ustawa Prawo zamówień publicznych jest bowiem regulacją o charakterze nie neutralnym z punktu widzenia regulacji wspólnotowej, przez co miałaby być pozostawioną wyłącznie zainteresowaniu krajowego ustawodawcy. Przeciwnie – ustawa Prawo zamówień publicznych w przeważającym zakresie wyraża zasady i regulacje wspólnotowe. Na podmiocie obowiązanym do stosowania przepisów ciąży tym trudniejsze zadanie, gdy

stosowane przepisy stanowią transpozycję przepisów prawa wspólnotowego, bowiem wymaga to uwzględnienia również prowspólnotowej wykładni stosowanych przepisów, nie tylko w zakresie odczytania ich treści, ale również dla celu oddania celu, jakiemu przepis wspólnotowy ma służyć. Na kierunek i sposób dokonywania wykładni prowspólnotowej wskazuje się w literaturze; jako przykład można jedynie podać, adresowane do sądów, ale nie tracące na aktualności wobec wszystkich podmiotów stosujących prawo, wytyczne dotyczące interpretacji prawa krajowego: „Krajowe *sądy i trybunały powinny tak wykładać prawo wewnętrzne, aby w pełni [z uwagi na éffet utile] stosowało ono nie tylko literę, ale i ducha prawa wspólnotowego […]" [E. Łętowska, Między Scyllą i Charybdą – sędzia polski między Strasburgiem i Luksemburgiem,* Europejski Przegląd Sądowy, 1/2005]. Kierunek wykładni dyrektywy nadaje orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości [obecnie: Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej]. To zaś – zgodnie z wcześniej przytoczonymi tezami, wskazuje na realny charakter udostępnienia odpowiednich zasobów jak i niezbędność takich zasobów do realizacji zamówienia.

Należy też zwrócić uwagę, że ideą weryfikowania kwalifikacji wykonawców na etapie składania ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest to, aby zamówienia udzielić podmiotowi posiadającemu dany potencjał, czyli temu, który daną wiedzę i doświadczenie już posiadł, a nie takiemu, który będzie uczył się dopiero w trakcie wykonywania zamówienia. Gdyby instytucja zamawiająca czyniła takie założenia, to nie stawiałaby wykonawcom warunku posiadania specjalnego doświadczenia jako warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe oznacza, że treść zobowiązania, bądź innego dokumentu składanego w oparciu o przepis art. 26 ust. 2b ustawy winna opisywać taki stosunek prawny, który nie będzie miał charakteru iluzji przekazania wiedzy i doświadczenia [jedynie referencji podmiotu trzeciego], ale który będzie stwarzał taką sytuację prawną, bądź jej przyrzeczenie, w oparciu o którą

można powiedzieć, że wykonawca znajduje się w sytuacji, jakby wykonał zadania wymagane jako referencyjne w treści warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe oznacza, że zasadą jest, przy przekazaniu zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie, uczestnictwo podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia.

Chodzi bowiem o doprowadzenie do sytuacji, w której wykonawca jakkolwiek nie posiada odpowiedniego, wymaganego w postępowaniu zasobu, ale – z zastosowaniem art. 26 ust. 2b ustawy - udowodni zamawiającemu, że znalazł się w takiej sytuacji prawnej, odpowiedniej

do charakteru udostępnianego zasobu i jego cech w konkretnej sytuacji, w której udostępnionym zasobem w momencie realizacji zamówienia dysponuje jak własnym. Odnosi się to jednak do rzeczywistego dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, co w świetle dyrektyw dotyczy stosownych sytuacji.

Powyższe determinuje wniosek, że przy udostępnieniu wiedzy i doświadczenia zasadą jest udział podmiotu trzeciego, który udostępniał wiedzy i doświadczenia, w realizacji zamówienia.

[4] Uznano zatem, że jeżeli przedmiotem udostępnienia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych są zasoby takie jak wiedza i doświadczenie wymagane dla realizacji zamówienia, to wskazane zobowiązanie powinno uwzględniać taki właśnie charakter tego zasobu, w tym okoliczność, że nie jest możliwe przeniesienie czy udostępnienie wiedzy lub doświadczenia bez osobistego uczestnictwa podmiotu w realizacji przyszłego zamówienia. W sytuacji, kiedy przedmiot oddania stanowią zasoby nierozerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, jak wiedza i doświadczenie, takie przekazanie wiedzy i doświadczenia wymaga uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

Nie podzielono tym samym argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego a także Przystępującego, zgodnie z którą nie ma konieczności, przy zamiarze skorzystania przez wykonawcę z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego z bezpośredniego uczestnictwa podmiotu trzeciego.

Natura i cechy zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie, w rozumieniu nadanym przepisami Prawa zamówień publicznych, a także przepisami *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może* żądać *zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. z 2013 r. poz. 231]* wymagają, by ich udostępnienie wiązało się z uczestnictwem podmiotu je udostępniającego w realizacji zamówienia.

Poddając analizie tak zakreśloną tezę, należy sobie postawić pytanie, jak miałoby nastąpić przekazanie wiedzy doświadczenia bez jakiejkolwiek formy uczestnictwa podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia i to w zakresie, w jakim wykonawca posłużył się cudzą wiedzą i doświadczeniem. Otwartym jest następnie pytanie, czy przekazanie pracowników,

następnie określonej dokumentacji, doradzanie czy szkolenie przez podmiot trzeci w trakcie wykonywania zamówienia stwarza stan, w której można powiedzieć, że wykonawca znajduje się w takiej sytuacji prawnej, że cudze realizacje zadań wykazywanych na potwierdzenie spełnienia warunku mogą być traktowane jak własne; że jakkolwiek sam nie wykonał w przeszłości określonych zadań, ale uzyskując od podmiotu trzeciego jakieś wartości [pracowników, dokumentację, przyrzeczenie pomocy w postaci doradztwa czy konsultacji, czy nawet zestawienie części lub wszystkich tych elementów] znajdzie się w takiej sytuacji, że te wartości pozwolą na stwierdzenie, że znajduje się w sytuacji, jakby wykonał te zadania. Odpowiedzi wymaga, czy przekazanie jednego lub więcej pracowników, obietnica konsultacji i doradztwa, nawet opatrzone dokumentacją i spisanymi instrukcjami o wielkiej szczegółowości stwarzają stan, że można powiedzieć, że wykonawca wykonał w przeszłości

zadanie wymagane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Uznano, że wiedza i doświadczenie, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych to kategoria traktowana łącznie, rozumiana jako ogół wiedzy teoretycznej i umiejętności praktycznych wynikających z wcześniejszych realizacji analogicznych lub zbliżonych dostaw, usług czy robót, które wyraz znajdują w treści udzielonych referencji [lub innych dokumentów – zgodnie z *Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może* żądać *zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane].*

Regułą jest, że pod pojęciem „wiedza i doświadczenie", o którym mowa w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie można rozumieć możliwość przekazania wiedzy i doświadczenia np. poprzez proces szkoleniowy lub przekazanie know – how, instrukcji, pewnych wartości niematerialnych i prawnych, co nie wymagałoby uczestnictwa podmiotu udostępniającego. Poprzez szkolenie czy otrzymywanie porad można bowiem nabyć wiedzę, a nie doświadczenie, które ze swojej istoty musi mieć walor weryfikacji wiedzy w praktycznej realizacji.

O ile można przyjąć teoretycznie, że możliwe jest – choćby w trybie procesu szkoleniowego – przekazanie wiedzy a nawet pewnych, wybranych elementów praktyki, to jednak pojęcie „doświadczenia" jest znacząco szerszą kategorią pojęciową. Pojęcie wiedza i doświadczenie w rozumieniu przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, do którego sięga art. 26 ust. 2 b ustawy, to nie pojęcia w potocznym rozumieniu, odnoszące się do wiedzy i umiejętności osoby lub osób, ich zdolności osobistych. Udostępnienie wiadomości, fachowej wiedzy oraz doświadczeń w zakresie technologii i procesu produkcyjnego dla

określonego wyrobu czy usługi [know – how] – bliskie rozumieniu niematerialnych elementów przedsiębiorstwa, także nie może mieścić w tej kategorii. Ustawodawca nadał bowiem znaczenie „wiedzy *i doświadczeniu",* precyzując je w przepisach, jako wykonane w przeszłości zadania [wykonane lub wykonywane usługi, dostawy albo zrealizowane roboty budowlane].

I tak, ustawodawca w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy traktuje „wiedzę i doświadczenie" łącznie, przypisując ją do wykonawcy, zaś w przepisach *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może* żądać *zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* definiuje, co kryje się pod tym pojęciem. W § 1 ust. 1 pk 2 i 3 tego rozporządzenia wskazano bowiem, że w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, zamawiający może żądać, następujących dokumentów: wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone; a także wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W zakresie „wiedzy i doświadczenia" w rozumieniu przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych mieszczą się zatem wykonane w przeszłości przez wykonawcę [względnie podmiot trzeci] przedsięwzięcia określone rezultatem: wykonane roboty budowlane, usługi lub dostawy. W takie pojęcie wiedzy i doświadczenia wpisany jest zatem całokształt procesu prowadzącego do tego rezultatu, obejmujący zaangażowanie i metodologię zarządzania odpowiednich pracowników, sprzęt, organizację przedsięwzięciem, co łącznie prowadzi do osiągnięcia skutku w postaci wykonania roboty

budowlanej, usługi czy dostawy. Wiedza i doświadczenie to wartości wynikające z zaangażowania do wykonania w przeszłości określonych zadań szeregu czynników z uwzględnieniem aspektu organizacyjnego, którego nie może zastąpić przekazanie jedynie

niektórych elementów, jak nawet najbardziej wykwalifikowani i doświadczeni pracownicy, najbardziej czytelne i staranne dokumentacje i instrukcje, czy najbardziej szczegółowe doradztwo. Brak tu bowiem jeszcze czynnika powiązania tych elementów, który decyduje o powodzeniu przedsięwzięcia.

O ile, co do zasady można zgodzić się z tezą, że w konkretnej sytuacji uczestnictwo w realizacji zamówienia może przejawiać się przykładowo doradztwem na rzecz wykonawcy korzystającego z wiedzy i doświadczenia, to jednak każdorazowo zależy to od charakteru udostępnianego zasobu jakim jest wiedza i doświadczenie w danym postępowaniu oraz przedmiotu postępowania, dla wykonania którego niezbędna jest wymagana wiedza i doświadczenie. Przykładowo, w odniesieniu do usług o charakterze konsultingowym, pewnych czynności w zakresie projektowania i wdrażania systemów informatycznych, ten udział w wykonaniu zamówienia może wyrażać się mniej bezpośrednią formą uczestnictwa jak np. doradztwo świadczone wykonawcy na etapie wykonywania zamówienia, co może jednak doznawać ograniczenia ze względu na przedmiot zamówienia, gdy dotyczy on zadania wymagającego umiejętności bezpośrednio wykorzystywanych przy wykonaniu zamówienia, jak roboty budowlane czy złożone dostawy.

Uzyskanie wiedzy i doświadczenia, za pomocą substytucyjnej formy określonej w art. 26 ust. 2b ustawy dla celu spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu, oznacza zatem, że zasadą jest konieczność uczestnictwa podmiotu udostępniającego taki zasób w realizacji zamówienia. O ile fakt uczestnictwa przez podmiot trzeci w wykonaniu zamówienia co do zasady implikuje wykorzystanie wiedzy i doświadczenia podmiotu udzielającego tego zasobu, choć tylko w zakresie wynikającym z tego uczestnictwa – to nie sposób uznać, że w sytuacji, gdy podmiot trzeci składa deklarację udzielenia wiedzy i doświadczenia a jednocześnie nie jest wykazane jego uczestnictwo w realizacji zamówienia, czy to jako podwykonawca czy na innej podstawie, należy domniemywać przekazanie wiedzy i doświadczenia. Przeciwnie, w tym drugim wypadku musimy zakładać nieudowodnienie przez wykonawcę dysponowania zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia. Można sobie wyobrazić sytuację, gdy podmiot trzeci udzielając wiedzy i doświadczenia w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, co znajdzie wyraz w przekazaniu poświadczenia należytego wykonania zadania [referencji lub innego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw, usług lub robót] z prawem do posłużenia się nimi w postępowaniu o zamówienie, w ogóle nie będzie uczestniczył w wykonaniu tego zamówienia albo jego uczestnictwo będzie obejmować zakres całkowicie odmienny i niezwiązany zupełnie z przedmiotem oddanego zasobu w postaci wiedzy

i doświadczenia. Taki stan będzie stanowił niewątpliwie użyczenie jedynie dokumentu w postaci poświadczenia [lub innego tego rodzaju dokumentu] tylko dla formalnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, lub punktacji w przetargu ograniczonym, czemu sprzeciwia się zarówno cel wprowadzenia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy jak i jego brzmienie [wyrażona w tym przepisie niezbędność do realizacji zamówienia oddanego przez podmiot trzeci zasobu]. Zwrócono na to uwagę w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1333/10: „zobowiązanie *podmiotu trzeciego z dnia 7 czerwca 2010 roku do udostępnienia wyłącznie wiedzy i doświadczenia bez jednoczesnego wskazania sposobu korzystania w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia z udostępnionych zasobów jest niewystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odmienne stanowisko i zgoda na brak udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, może prowadzić do tzw. „handlu referencjami" oraz stwarzać sytuacje, w której zamawiający dokona wyboru wykonawcy, który nie będzie zdolny w sposób należyty zrealizować zamówienie publiczne."*

Podzielić zatem należy podkreślane w doktrynie jak i orzecznictwie poglądy, że wiedza i doświadczenie to te elementy przedsiębiorstwa, które są związane z posiadającym je podmiotem, niezbywalne i nieprzenaszalne samodzielnie, w inny sposób aniżeli poprzez zbycie całości lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa zdolnej do dalszego prowadzenia w niezmienionym zakresie – zbycie przedsiębiorstwa nie oznacza zbycia mienia, ale zbycie swoistego organizmu gospodarczego [orzeczenie SN z 10.1.1972 r., I CR 359/71, OSPiKA 1972, z. 12, poz. 232, wyrok Sądu najwyższego z 17.10.2000 r., w spr. I CKN 850/98, LEX Nr 50895, wyrok Sądu najwyższego z dnia 8 kwietnia 2003r. w spr. IV CKN 51/01].
W odniesieniu do kategorii „wiedzy i doświadczenia", o której mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych akcentuje się ich nierozdzielność z podmiotem, który je posiada, wskazując na niemożność ich samodzielnego, bez zbycia przedsiębiorstwa przeniesienia na inny podmiot.

Ten silny związek wiedzy i doświadczenia z podmiotem, który je posiada podkreślono: „Tak *w doktrynie, jak i w orzecznictwie nie wyróżnia się składnika niematerialnego przedsiębiorstwa w postaci „wiedzy i doświadczenia". Wydaje się jednak, że nie ma przeszkód, ażeby uznać, iż zwrot niedookreślony, który stanowi „wiedza i doświadczenie", mieści w sobie wymienione powyżej składniki niematerialne przedsiębiorstwa. W szczególności pojęcie „wiedza" zawiera tak know-how, jak i tajemnice przedsiębiorstwa. Przez doświadczenie należy natomiast rozumieć wcześniejsze* świadczenie *usług na bazie*

przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym, które pokrywają się z usługami objętymi postępowaniem o zamówienie publiczne. Ściśle *z wyżej wymienionym doświadczeniem łączy się goodwill czy też dobra marka przedsiębiorstwa wykonawcy."* Wskazuje się dalej, że *„[…] organy stosujące art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy powinny ocenić każdy przypadek indywidualnie, badając in casu, czy doszło do skutecznego nabycia przedsiębiorstwa, tj. czy przeniesione zostały na nabywcę składniki materialne i niematerialne umożliwiające prowadzenie [kontynuowanie] działalności gospodarczej. A zatem Zespół Arbitrów czy też sąd winny w każdym przypadku badać, czy wykonawca „posiada wiedzę i doświadczenie", o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, czyli czy doszło do zbycia składników niematerialnych przedsiębiorstwa, takich jak: tajemnica przedsiębiorstwa i dokumentacja, oraz czy wykonawca dysponuje osobami, które są zdolne nie tyle do wykonania zamówienia, gdyż o tych osobach jest mowa w dalszej części przepisu, ile osobami niezbędnymi do „kierowania" wykonaniem zamówienia. Wymóg doświadczenia będzie natomiast spełniony, jeżeli zbywca prowadził działalność gospodarczą na bazie „zbytego" przedsiębiorstwa w zakresie, który obejmuje zamówienie."* [G. Jędrek Wymóg niezbędnej wiedzy i doświadczenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego", kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 3[18]2008].

W publikacji *Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów,* Aleksandra Sołtysińska, Grzegorz Wicik, kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 4/2009, str. 10-34, także wyraźnie podkreślono obowiązek uczestnictwa podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w realizacji zamówienia: „[…] *Wiedza i doświadczenie podmiotu jako całości nie mogą być przeniesione wycinkowo w wyniku oddania do dyspozycji pojedynczych zasobów, w tym pojedynczych osób. Zdolności te są nierozerwalnie związane z zespołem osób, zorganizowanym i działającym w ramach przedsiębiorstwa. Owo połączenie jest tak silne, że oddelegowanie z zespołu podmiotu oddającego zasoby nawet kilku osób i włączenie ich do zespołu wykonawcy może być traktowane jedynie w kategoriach przejęcia ich indywidualnej wiedzy i doświadczenia, nie gwarantuje natomiast przejęcia wiedzy i doświadczenia podmiotu jako całości.* ***Toteż wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu tylko i wyłącznie wtedy, gdy zaangażuje ten podmiot bezpośrednio, osobiście w realizację zamówienia - na zasadzie podwykonawstwa.*** *W takim wypadku zachowanie się dłużnika będące* świadczeniem *będzie polegać na wykonaniu części zamówienia."*

Tym samym, przekazanie wiedzy i doświadczenia z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, zwykle wymaga uczestnictwa podmiotu

je udostępniającego w realizacji zamówienia, co wynika z zarówno z natury zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie jak i z akcentowanej w tym przepisie niezbędności do realizacji zamówienia. Niezbędne do realizacji zamówienia są nie dokumenty określonej treści [oświadczenia zawarte w wykazie usług oraz dopełniające je referencje], ale odpowiednie umiejętności wykonawcy, które w tym wypadku wyrażać się muszą uczestnictwem podmiotu udostępniającego zasobu w realizacji zamówienia.

Powyższe okoliczności determinują wniosek, że wykonawca jest uprawniony do posługiwania się zasobami należącymi do innych podmiotów, pod tym warunkiem, że udostępnienie tych zasobów dotyczy stosownych sytuacji - ma charakter realny, wiąże się z potrzebą posiadania zasobu do realizacji zamówienia.

[5] Podkreślenia wreszcie wymaga, że nie jest wystarczające dla uznania przekazania wiedzy i doświadczenia, udostępnienie jedynie pracowników podmiotu trzeciego. W przepisach dyrektywy 2004/18/WE rozdzielono potencjał odnoszący się do posiadanych przez wykonawcę pracowników i ich doświadczenia od potencjału samego wykonawcy, czyli całej firmy. Podobnie traktuje powyższą sytuację ustawa Prawo zamówień publicznych, odrębnie traktując warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wiedza i doświadczeniem oraz odrębnie – posiadania osób zdolnych do wykonywania zamówienia. Gdyby zatem te kategorie były tożsame, ustawodawca, zarówno unijny jak i krajowy nie wprowadzałby w tej mierze odrębnych warunków. Z oczywistych względów, zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, rozumianej zgodnie z wskazanymi wcześniej przepisami *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* jako wykonane w przeszłości [w okresie odpowiednio dla dostaw i usług oraz dla robót budowlanych 3 lub 5 lat] zadania nie są tożsame z doświadczeniem nawet najbardziej wykwalifikowanych osób, którym było dane wykonywać te zadania. Oczywiście, w wielu aspektach wiedza i doświadczenie firmy jest doświadczeniem jej pracowników, ale nie ma pomiędzy nimi znaku równości. Zadania opisywane w treści warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, za wyjątkiem bardzo prostych zamówień, albo jednostkowych zadań eksperckich wykonywanych przez konkretną osobę, mają charakter złożonych przedsięwzięć, dla realizacji których zaangażowania wymagany jest zespół środków takich jak osoby o określonych specjalnościach, wyposażonych w konkretne role projektowe i pozostających z sobą w określonych relacjach; maszyny i urządzenia; środki pieniężne czy myśl technologiczna i znajomość procesu produkcji. Zatem przy wiedzy i doświadczeniu mamy do czynienia z ogółem wiedzy

---

i doświadczenia wszystkich jej pracowników, zarządu itd. Inaczej wraz z odejściem danego pracownika, również cała firma traciłaby swoje doświadczenie. Zresztą rzadko zdarza się, by zamówienie publiczne było wykonywane przez jednego lub kilku pracowników – najczęściej w jego realizację jest zaangażowana cała firma.

Gdyby możliwym było utożsamienie doświadczenia osoby lub osób z wiedzą i doświadczeniem podmiotu, rozumianymi jako wykonanie przez ten podmiot, to prawdziwym byłoby twierdzenie, że dana osoba czy osoby wykonały zadanie wskazywane jako referencyjne. Na gruncie analizowanej sprawy trafnym byłoby więc stwierdzenie, że osoba lub kilka osób wykonały zadania: zaprojektowanie [wykonanie dokumentacji projektowej] instalacji gazowych silników kogeneracyjnych do nie mniej niż dwóch instalacji kogeneracyjnych współpracującej z miejską siecią cieplną w tym jedna instalacja o sumarycznej mocy elektrycznej nie mniejszej niż 5 MWe zasilanych gazem ziemnym przewodowym GZ 50 [gaz wysokometanowy]; dostawa i uruchomienie gazowych silników kogeneracyjnych i automatyki sterującej do nie mniej niż dwóch instalacji kogeneracyjnych współpracujących z miejską siecią cieplną w tym jednej instalacji o sumarycznej mocy elektrycznej nie mniejszej niż 5MWe zasilanych gazem ziemnym GZ 50 [gaz wysokometanowy. Oczywistym jest jednak, że takie zadania jak opisane wyżej, nie są rezultatem zaangażowania jednej lub więcej osób, ale wymagają uruchomienia szerszego zakresu czynników – są osiągnięciem całego przedsiębiorstwa, nie tylko z uwagi na aspekt wykonawczy ale także z uwagi na ponoszenie odpowiedzialności gwarancyjnej, co przecież także mieści się w stwierdzeniu należytego wykonania zadania referencyjnego.

Stąd nie mogła zyskać uznania ta argumentacja Zamawiającego i Przystępującego, która wskazywała na konieczność uznania za spełniony postawionego warunku udziału w postępowaniu oparta na tezie, że poprzez fakt przekazania pracowników może nastąpić efektywne przekazanie wiedzy i doświadczenia.

[6] Biorąc pod uwagę powyższe, powtórzenia wymaga, że zasadą jest, że dla realnego przekazania wiedzy i doświadczenia wymagane jest uczestnictwo podmiotu udostępniającego ten zasób w realizacji zamówienia, i to nie uczestnictwa w jakimkolwiek zakresie, ale w zakresie odpowiadającym zadaniu jakie wyrażone zostało w treści postawionego warunku udziału w postępowaniu. To uczestnictwo może przybrać formę podwykonawstwa, co nie jest wyłączone nawet w razie zastrzeżenia do osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, co uczynił w przedmiotowym postępowaniu zamawiający. Zgodnie bowiem z treścią art. 36a ust. 2 i 3 ustawy,

zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę: 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi; 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy; zastrzeżenie, o którym mowa w ust. 2, nie jest skuteczne w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1.

[7] W analizowanym postępowaniu, z treści złożonych przez Konsorcjum Eneria zobowiązań do udostępnienia przez Introl SA w Katowicach zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia a także osób, nie wynika podwykonawstwo, nie wskazano go także w treści formularza ofertowego. Nie jest także uchwytna inna postać uczestnictwa podmiotu trzeciego.

Zasadne okazały się zatem wątpliwości formułowane przez Odwołującego, względem realności udostępnienia wiedzy i doświadczenia.

Z oświadczeń zawartych w zobowiązaniach podmiotu trzeciego oraz w wyjaśnieniu samego Konsorcjum Eneria wynika, że przekazanie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego ma mieć postać pisemnych instrukcji, uzupełnionych doradztwem technicznym świadczonym w ramach konsultacji okresowych lub doraźnych w całym okresie realizacji w/w zadania, w okresie gwarancji i rękojmi a także oddelegowania do wykonawcy pracowników posiadających odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie, wymagane zgodnie z warunkami przetargu na Zamówienie.

Tak opisane przekazanie wiedzy i doświadczenia musiało budzić wątpliwości, bowiem, ze wskazanych wcześniej względów, trudno dopatrywać się przekazania wiedzy i doświadczenia bez odpowiedniej formy uczestnictwa w wykonaniu zamówienia.

Wobec faktu, że w sprawie pozostały niewyjaśnione okoliczności w zakresie uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, przesłuchano na rozprawie Przystępującego – osoby zajmujące stanowisko dyrektora w Eneria SA a także wiceprezesa drugiego członka konsorcjum tj. Introl – Energomontaż sp. z o.o. w Chorzowie, będącego zarazem wiceprezesem podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, tj. Introl SA w Katowicach. Osoby przesłuchane podały między innymi, że „Introl *S.A. jest w fazie reorganizacji, polegającej na przekazaniu części działalności związanej z energetyką do Introl Energomontaż sp. z o.o. W momencie wykonywania zamówienia pracownicy Introl S.A będą już pracownikami Introl – Energomontaż, ponieważ część produkcyjna Introl S.A.*

przenoszona jest do Introl - Energomontaż. Już obecnie pracownie projektowe są w jednym budynku na jednym piętrze, właśnie w budynku Introl - Energomontaż. Introl S.A. w ramach udostępnienia wiedzy i doświadczenia przekaże pełną dokumentację, a także kluczowych pracowników. (…)Introl S.A fizycznie na budowie jako spółka nie będzie wykonywać żadnych *zadań bo już nie będzie mieć sił, do końca 2014 roku działalność będzie przenoszona do Introl - Energomontaż. Z wytycznych właścicieli Introl S.A. wynika zalecenie, by Introl S.A nie*

zdobywała nowych kontraktów.".Wyniki przesłuchania wskazują, że mimo wyraźnego stanowiska Przystępującego, iż podmiot trzeci nie będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia, nie można w przedmiotowym wypadku wyłączyć realnego udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Z wyjaśnień tych wynika bowiem obraz trwającej złożonej operacji pomiędzy Introl – Energomontaż sp. z o.o. w Chorzowie a Introl SA w Katowicach: oba podmioty pozostają w grupie kapitałowej, składającej się z czternastu spółek, w ramach której następuje proces konsolidacji i uporządkowywania określonych rodzajów działalności; do nabytej w przeszłości od syndyka spółki Introl – Energomontaż sp. z o.o. w Chorzowie przenoszona jest działalność związana z energetyką prowadzona przez Introl SAw Katowicach. Przystępujący wyjaśnił, że część dotychczasowych pracowników Introl SA jest już pracownikami Introl – Energomontaż sp. z o.o. w Chorzowie, dział projektowy został już przeniesiony do tego podmiotu i zajmuje wspólne piętro w siedzibie tej spółki. Zapytany, komu w trakcie realizacji zamówienia będą podlegać udostępnieni pracownicy, komu będą podporządkowani z punktu widzenia prawa pracy, Przystępujący podał, że będą podlegać Introl – Energomontaż sp. z o.o. w Chorzowie. Przystępujący wskazywał na postępujący proces przenoszenia pracowników Introl SA w Katowicach do Introl – Energomontaż sp. z o.o. w Chorzowie. Przystępujący podał także, że podmiot udostępniający swoje zasoby nie będzie w żadnej mierze uczestniczył w wykonywaniu zamówienia, a to z uwagi na to, że w czasie realizacji zamówienia Introl SA w Katowicach już „nie będzie mieć sił". Zapytany, czy nie rozważano roli Introl SA w Katowicach jako konsorcjanta, obok aktualnie ubiegających się o zamówienia wykonawców tworzących Konsorcjum Eneria, Przystępujący podał, że mielibyśmy do czynienia z „martwym konsorcjantem".

Z powyższego wynika, że tezy, które na pierwszy rzut oka wskazywałyby na oczywisty, wręcz rażący brak realności udostępnienia zasobu podmiotu trzeciego, a to zarówno wobec braku uczestnictwa tego podmiotu w realizacji zamówienia ale i wobec stwierdzenia, że pracownicy podmiotu trzeciego nie będą wykonywali czynności zamówienia, to na gruncie przedmiotowej sprawy, poddane głębszej analizie, przeczą takiemu wnioskowi. Brak

uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia ma być bowiem w tym wypadku wynikiem nie jego pasywnej roli w fazie wykonawstwa, ale następstwem stopniowego przenoszenia do wykonawcy określonego zakresu działalności podmiotu trzeciego. Następnie, brak uczestnictwa pracowników podmiotu trzeciego w trakcie wykonywania zamówienia ma być wynikiem faktu, że w czasie wykonywania zamówienia mają oni już być pracownikami Introl – Energomontaż sp. z o.o. w Chorzowie.

Powyższe nakazuje uznać, że możliwa jest – jak widać na gruncie przedmiotowej sprawy – sytuacja, że konieczne dla efektywnego transferu wiedzy i doświadczenia uczestnictwo podmiotu trzeciego może, na etapie wykonywania zamówienia mieć postać wchłonięcia tych elementów podmiotu trzeciego, które determinują udział tego podmiotu w realizacji zamówienia. W orzecznictwie zwracano uwagę, że bogactwo stosunków gospodarczych, jakie mogą znaleźć wyraz w przekazaniu wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego może przybrać różne przejawy. Biorąc bowiem pod uwagę bogactwo stosunków cywilnoprawnych i związanych z tym możliwych sytuacji[a postępowanie o zamówienie publiczne wszak zmierza do ukształtowania stosunku cywilnoprawnego rozpatrywanego na gruncie prawa cywilnego], nie można wykluczyć, że w konkretnych warunkach możliwa będzie sytuacja, że przedmiotem udostępnienia przez inny podmiot będzie pewien zagregowany zespół urządzeń technicznych [potencjał techniczny], osób, wiedzy, doświadczenia, a nawet przedsiębiorstwo lub jego część [tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 lipca 2011 r. w spr. KIO 1375/11 i 1376/11]. Możliwie jest też stopniowe przeniesienie poszczególnych elementów, które razem złożą się na taki zespół składników, że będzie można mówić o przekazaniu w ramach tego zespołu także wiedzy i doświadczenia, jakie posiada [posiadał] podmiot poddawany restrukturyzacji. Nie dziwi zatem, w świetle wyjaśnień złożonych na rozprawie, fakt niewskazania w ofercie korzystania z podwykonawstwa a zarazem zawarcia w zobowiązaniu podmiotu trzeciego deklaracji posłużenia się pracownikami podmiotu trzeciego, przekazania instrukcji, doradztwa i konsultacji. Jeśli bowiem ma być tak, jak prezentował to Przystępujący, to trudno oczekiwać, by Przystępujący wskazał

podwykonawstwo Introl SA, które nie odzwierciedlałoby rzeczywistości, bowiem w trakcie wykonywania zamówienia określona część przedsiębiorstwa tego podmiotu stałaby się już jego częścią. W takim wypadku także relatywnie ogólne wyszczególnienie przejawów przekazania zasobu jakim jest wiedza i doświadczenie, udostępnionego przez Introl SA w Katowicach zasługuje na zrozumienie.

Każde zobowiązanie do przekazania odpowiedniego zasobu wymaga więc indywidualnej analizy i oceny, stosownie do charakteru zasobu oraz cech samej operacji gospodarczej,

---

którą dokumentuje. Niejednokrotnie, może to być złożona operacja, którą trudno ująć w ramy dokumentu opracowywanego na użytek wyłącznie postępowania o zamówienie publiczne, szczególnie, gdy – jak ma to miejsce w analizowanej sprawie – Zamawiający wprowadził wzór takiego zobowiązania i zakreślił wykonawcom obowiązek korzystania z opracowanych przez siebie formularzy [pkt XIV ust. 16 SIWZ]. Powyższe przemawiało za uznaniem, że kwestia zakresu udostępnionych przez Introl SA w Katowicach zasobów winna być przedmiotem dalszej analizy Zamawiającego, skoro złożone zobowiązania pozostawiają niedosyt w zakresie opisu tak złożonej operacji, nie dają jednak – w świetle złożonych przez Przystępującego wyjaśnień – podstawy do uznania, że ich treść wskazuje na nierealne udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci. Jak przekonują wyniki rozprawy, w tym przede wszystkim wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci, zachodzi sytuacja nietypowa, polegająca na efektywnym przekazaniu wiedzy i doświadczenia, poprzez przeniesienie pracowników, instrukcji i innych elementów przedsiębiorstwa do masy wykonawcy – członka Konsorcjum.

[8] Ponieważ ustawodawca zastrzegł obowiązek udowodnienia Zamawiającemu uzyskania zasobów podmiotu trzeciego w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy w formule pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, uznano, że:

– po pierwsze – nie można, w świetle uzyskanych na rozprawie wyjaśnień Przystępującego, przesądzić, że mamy do czynienia z nierealnym, wobec braku uczestnictwa podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia, udostępnieniem wiedzy i doświadczenia;

- po drugie – zobowiązania podmiotu trzeciego w sposób relatywnie ogólny prezentują złożony proces, który na rozprawie zaprezentowali przedstawiciele Przystępującego [co nie bez znaczenia, osobą składającą oświadczenia był wiceprezes członka Konsorcjum Introl – Energomontaż sp. z o.o. w Chorzowie, będący zarazem wiceprezesem podmiotu trzeciego, tj. Introl SA w Katowicach], co przemawia za ich wyjaśnieniem w odniesieniu do zakresu dostępnych zasobów oraz charakteru łączącego strony tego zobowiązania stosunku, to jest obejmującym wskazanie na proces przekazania przez Introl SA w Katowicach działalności tego podmiotu lub jej wycinka do Introl – Energomontaż sp. z o.o. w Chorzowie, w ramach którego to procesu zostanie przekazany do Introl – Energomontaż sp. z o.o. w Chorzowie taki zakres posiadanych przez ten podmiot zasobów, który pozwoli na przyjęcie, że przekazano cały zakres działalności związany z udostępnianym doświadczeniem;

- po trzecie – wobec faktu, że dla udowodnienia przekazania zasobu podmiotu trzeciego, przepis art. 26 ust. 2b ustawy wymaga pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, wskazane wyżej elementy związane z całokształtem łączącego strony tego zobowiązania stosunku, winny wynikać nie z wyjaśnienia własnego wykonawcy, ale z dokumentu pochodzącego od podmiotu trzeciego, odpowiadającego „pisemnemu zobowiązaniu”, o którym stanowi art. 26 ust. 2b ustawy;

- w orzecznictwie podkreśla się, że wezwanie do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, powinno mieć miejsce tylko raz. Powyższe wyznacza zasada równego traktowania przez zamawiającego wykonawców w postępowaniu. Podkreśla się, także, że w wykładni art. 26 ust. 3 została przyjęta zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów, jednak odnosi się ona do sytuacji, gdy Zamawiający w jednym wezwaniu dokonuje wezwania

kompleksowego, w jednym wezwaniu wskazując na wszystkie błędy i wady dokumentu. Jeżeli jego czynność jest wadliwa lub niepełna, nie można tym faktem obciążać wykonawcy, a czynność te należy skorygować [tak wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 18 kwietnia 2014 r. w spr. II Ca 238/14, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 12 lipca 2012 r. w spr. KIO 1418/12, z dnia 23 kwietnia 2012 r. w spr. KIO 732/12, z dnia 19 maja 2011 r. w spr. KIO 954/11]. W analizowanej sprawie, wezwanie do uzupełnienia dokumentów wystosowane do konsorcjum Eneria nie precyzowało jednak czytelnie niedoskonałości zobowiązania Introl SA w Katowicach. Ponadto, fakt opracowania przez Zamawiającego formularza takiego zobowiązania, który wykonawcy musieli w sposób sztywny zastosować [pkt XIV ust. 15 SIWZ], nie sprzyjał zarówno na etapie składania oferty jak i zastosowania się do wezwania do uzupełnienia, zaprezentowaniu okoliczności związanych z charakterystyką złożonych relacji między wykonawcą a podmiotem trzecim, skłaniając jedynie do mechanicznego wypełnienia pól formularza. Zasadą jest także, że dokumenty w postępowaniu o zamówienie publiczne składane są wobec zamawiającego i przez niego są oceniane. W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego [podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań], pod względem zgodności z przepisami ustawy. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Wobec powyższego, wyjaśnienia Przystępującego na rozprawie nie powinny służyć jako instrument dopełniający wskazane

w art. 26 ust. 2b ustawy, zobowiązanie podmiotu trzeciego. To powinno pochodzić od dysponenta zobowiązania, to jest podmiotu trzeciego – Introl SA w Katowicach. Powyższe oznacza, że dopuszczone w art. 26 ust. 4 ustawy bez ograniczeń wyjaśnienie dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wobec faktu, że miałoby dotyczyć dokumentu pochodzącego od podmiotu trzeciego, dla którego ustawodawca zastrzegł formę pisemną i obowiązek złożenia w oryginale, winno nastąpić z reguł dla udziału zachowaniem właściwych wykazania spełnienia warunku w postępowaniu wynikających z art. 26 ust. 2b ustawy, to jest poprzez złożenie wobec Zamawiającego zobowiązania podmiotu trzeciego obejmującego okoliczności, które budziły wątpliwości.

Wprawdzie, w analizowanej sprawie Przystępujący na rozprawie złożył wyjaśnienia, które mają istotne znaczenie dla oceny treści zobowiązań podmiotu trzeciego. Przekonują one o tym, że zobowiązania Introl SA w Katowicach, mimo braku wskazania w nich podwykonawstwa ani uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, obrazują relacje między Introl – Energomontaż sp. z o.o. w Chorzowie a Introl SA w Katowicach dające możliwość realnego korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Podkreślenia jednak wymaga, że wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z zastosowaniem dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy, wymaga, co do zasady pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. Oświadczenia złożone przez wiceprezesa Introl – Energomontaż sp. z o.o. w Chorzowie, będącego zarazem wiceprezesem Introl SA w Katowicach muszą być natomiast traktowane jako oświadczenia Przystępującego - także w aspekcie dowodowym, nie mogą przy tym być uznane za oświadczenia podmiotu trzeciego, zarówno dlatego, że mimo dublowania funkcji w organach spółek złożone zostały w roli procesowej nie podmiotu zewnętrznego od Przystępującego [nie z pozycji Introl SA w Katowicach] ale w imieniu Konsorcjum Eneria, jak i z uwagi na konieczność sprostania wymogu dwuosobowej reprezentacji Introl SA.

Ponieważ o istotnych elementach stosunku łączącego Przystępującego oraz podmiot trzeci [Introl SA w Katowicach] miałyby przesądzić informacje uzyskane na rozprawie, a nie wyartykułowane przed Zamawiającym i w toku prowadzonego przez niego postępowania, celowym jest powtórzenie w tej mierze badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eneria spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Izabelinie - Dziekanówku oraz Introl - Energomontaż spółki

z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełnienia

postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

VII. ROZSTRZYGNIĘCIE O ŻĄDANIACH **ODWOŁANIA:**

Mając na względzie przytoczone wyżej argumenty, dostrzegając potrzebę wyeliminowania wątpliwości, co do dokumentu, którym posłużył się w postępowaniu Przystępujący, nakazano Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Eneria spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Izabelinie - Dziekanówku oraz Introl - Energomontaż spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Żądanie definitywnego wykluczenia Przystępującego, na obecnym etapie jest przedwczesne i nieuzasadnione. Stąd nakazano Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentu, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wezwanie, dokonane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy powinno, stosownie do ustaleń poczynionych w postępowaniu odwoławczym, wskazywać na uzupełnienie zobowiązania Introl SA w Katowicach, w zakresie sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego a także charakteru łączącego strony stosunku.

W odpowiedzi Konsorcjum Eneria winno złożyć zobowiązanie Introl SA w Katowicach opatrzone o dodatkowe informacje w części wskazującej sposób wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego a także charakter łączącego strony stosunku. Powyższe obejmuje, w zakresie sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego, przykładowo – tak jak zaprezentowano to na rozprawie - deklarację podmiotu trzeciego przekazania do pełnej dyspozycji Konsorcjum Eneria zespołu elementów wchodzących w skład przedsiębiorstwa, takich jak pracownicy, dokumentacja, instrukcje postępowania, sprzęt i wszelkie inne elementy, jakie zostały wykorzystane do realizacji w przeszłości zadań inwestycyjnych, w postaci: Nyska Energetyka Cieplna - Nysa Spółka z o.o., - „Budowa instalacji do wytwarzania energii elektrycznej i cieplnej w kogeneracji na bazie gazu GZ-50 w Nysie przy ul. Jagiellońskiej 10a;Eco Kutno Sp. z o.o. - Budowa układu wysoko sprawnej kogeneracji o mocy 6MW $_{e}$ na terenie Ciepłowni Miejskiej Nr 1 w Kutnie; OPEC Gdynia Sp. z o.o. -

Budowa źródła wytwarzającego energię elektryczną w skojarzeniu z ciepłem na działce nr 891 i 145/20 przy ul. Weteranów 13, na terenie Wejherowa-Nanice.

W zakresie charakteru łączącego strony stosunku, uzupełnione zobowiązanie może wskazywać – tak jak prezentowano to na rozprawie - że podmiot znajduje się w fazie reorganizacji, której rezultatem ma być przeniesienie określonej działalności Introl SA w Katowicach [energetycznej] do Introl - Energomontaż sp. z o.o. w Chorzowie w najbliższym czasie; że w okresie realizacji zamówienia zasadnicza [albo cała] część tej działalności ma być wykonywana przez Introl - Energomontaż sp. z o.o. w Chorzowie na bazie majątku Introl SA w Katowicach, ze wskazaniem łączących oba podmioty powiązań kapitałowych, tak jak ma to miejsce w aktualnym brzmieniu zobowiązania.

Zamawiający, w wykonaniu orzeczenia obowiązany jest wyznaczyć Przystępującemu odpowiedni, to jest wykonalny termin, mając na uwadze, że uczynienie zadość wezwaniu wymaga zwrócenia się do podmiotu trzeciego wobec Przystępującego i uzyskania pochodzącego od niego dokumentu.

Pozostawiając - ze wskazanych wyżej względów – dokonanie czynności przez Zamawiającego z uwzględnieniem zaprezentowanych okoliczności dokonywanej w przyszłości oceny, 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].

Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Skład orzekający: