

WYROK
z dnia 12 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Alpine Construction Polska Sp. z o.o. w Krakowie i Alpine Bau Deutschland AG w Eching, Niemcy** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Operę Wrocławską we Wrocławiu**,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów dokonanej przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na rozbudowę Opery Wrocławskiej wraz z budową sceny letniej pismem z dnia 12 września 2011 r. w zakresie opisanym w pkt 1) oraz pkt 3) lit a) ww. pisma

2. kosztami postępowania obciąża **Operę Wrocławską we Wrocławiu** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Alpine Construction Polska Sp. z o.o. w Krakowie i Alpine Bau Deutschland AG w Eching, Niemcy** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Opery Wrocławskiej we Wrocławiu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Alpine Construction Polska Sp. z o.o. w Krakowie i Alpine Bau Deutschland AG w Eching, Niemcy** kwotę **20 000 zł 00**

gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

sygn. akt KIO 2058/11

UZASADNIENIE

Zamawiający, Opera Wrocławska we Wrocławiu, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę Opery Wrocławskiej wraz z budową sceny letniej. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 21.05.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 98-160351

W dniu 13.09.2011 r. (pismem z dnia 12.09.2011 r.) zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia: Alpine Construction Polska Sp. z o.o. w Krakowie i Alpine Bau Deutschland AG w Eching, Niemcy (zwanych dalej „Konsorcjum Alpine”) do uzupełnienia następujących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i służących punktowej ocenie spełniania tych warunków (referowane w zakresie objętym zarzutami odwołania):

W pkt 1) ww pisma, odnośnie Załącznik nr 4 do wniosku wykonawcy – Wykaz wykonanych robót budowlanych, poz. 1, poz. 2, poz. 14, poz. 13, poz. 15, poz. 19, poz. 20, poz. 21, poz. 22, poz. 23, poz. 25, poz. 26, poz. 30 i poz. 32, wskazano, iż wykonawca zobowiązany był do każdej wykazanej roboty budowlanej załączyć dokument potwierdzający, że robota została wykonana należycie.

Wskazany powyżej dokument ma mieć formę oświadczenia wiedzy i jako taki, zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem KIO ma być podpisany przez osobę mającą wystarczającą wiedzę aby wystawić referencje o danej treści.

Wykonawca do wszystkich wymienionych powyżej pozycji Wykazu załączył kserokopie dokumentów opatrzonych nieczytelnymi podpisami co uniemożliwia ich identyfikację oraz potwierdzenie faktu złożenia oświadczenia.

Uwzględniając powyższe zamawiający wzywał wykonawcę do uzupełnienia w tym zakresie załączonych dokumentów.

W pkt 3) lit a) ww pisma, wskazano, iż w poz. 4 Zał. nr 4 do wniosku Konsorcjum Alpine uwzględniając treść art. 26 ust.2b Pzp powołało się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu, tj. Alpine Bau GmbH z siedzibą w Salzburgu. Uwzględniając powyższe okoliczności Wykonawca zobowiązany jest załączyć oryginał oświadczenia podpisany przez upoważnionych przedstawicieli ALPINE BAU GmbH potwierdzający istnienie relacji o charakterze prawnym pomiędzy podmiotem udostępniającym swoje zasoby, a Wykonawcą polegającym na tych zasobach. Zamawiający zwrócił uwagę Wykonawcy, że według ugruntowanego orzecnictwa KIO, oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci wymienionych w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy zasobów, gdy dotyczy wiedzy i doświadczenia, łączy się z koniecznością uczestniczenia tego podmiotu w realizacji zamówienia. Uczestnictwo to jednak może mieć dowolną, dozwoloną prawem formę (np. podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje). Wiedza i doświadczenie mogą być także udostępnione poprzez oddanie do korzystania know-how, schematów

opis procesów technologicznych urządzeń,

dokumentów zawierających

technologicznych, dokumentacji serwisowej, programów komputerowych, topografii układów scalonych lub systemów zarządzania jakością. Zawarty w art. 26 ust. 2b ustawy przykładowy sposób udowodnienia, iż wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia oparty został na pisemnym zobowiązaniu podmiotów trzecich do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Wskazane jako przykładowe oświadczenie ma potwierdzić istnienie relacji o charakterze prawnym pomiędzy podmiotem udostępniającym swoje zasoby, a wykonawcą polegającym na tych zasobach, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykorzystania tych zasobów w realizacji zamówienia.

Tym samym każdy dokument, który w sposób niezbity potwierdza istnienie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów, w celu

wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia, należy uznać za wystarczający. Zamieszczone na str. 290-291 Zobowiązanie do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia nie czyni zadość aktualnej linii orzeczniczej KIO i stanowisku Urzędu Zamówień Publicznych w powyższej kwestii.

W pkt 6 ww. pisma wskazano, iż w poz. 12 Załącznika nr 4 do wniosku wykonawcy i na str. 190 wniosku zamieszczono tłumaczenie na język polski referencji wystawionych na rzecz S.C. Alpine S.A. Romania jako wykonawcy przedmiotowych robót budowlanych.

Jeżeli Wykonawca uwzględniając treść art. 26 ust. 2b ustawy powołuje się na wiedzę

i doświadczenie innego podmiotu tj. S.C. Alpine S.A. Romania, zobowiązany jest wykazać, że w stosunku do tego podmiotu brak jest podstaw do wykluczenia (pkt.III.2.1) ppkt.9 Ogłoszenia).

W pkt 11) ww. pisma odnośnie poz. 28 Załącznika nr 4 do wniosku wykonawcy, wskazano, że na stronie 266 wniosku zamieszczono tłumaczenie na język polski dokumentu o nazwie: „Potwierdzenie realizacji robót budowlanych”. Jako wykonawca przedmiotowych robót podany został: ARWAG Baurtrager Gesmb.

Jeżeli Wykonawca uwzględniając treść art. 26 ust. 2b Pzp powołuje się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu zobowiązany jest wykazać, że w stosunku do tego podmiotu brak jest podstaw do wykluczenia (pkt.III.2.1) ppkt.9 Ogłoszenia).

W dniu 23.09.2011 r. Konsorcjum Alpine wniosło odwołanie wobec ww. czynności polegającej na nieuzasadnionym wezwaniu wykonawcy w trybie przewidzianym art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia złożonych we wniosku oświadczeń i dokumentów. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 26 ust. 3 ustawy oraz przepisu § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) W związku z powyższym odwołujący wniosł o uchylenie zaskarżonej czynności w przedmiocie nieuzasadnionego wezwania odwołującego do uzupełnienia

dokumentów, uznania złożonych we wniosku dokumentów za zgodne z obowiązującymi przepisami i potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż zamawiający wezwał odwołującego m.in. do:

1. uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie roboty budowlanej dla poz. 1, 2, 3, 4, 7, 8, 13, 14, 15, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 30, 32;
2. do uzupełnienia oświadczenia podmiotu Alpine Bau GmbH w przedmiocie udostępnienia swoich zasobów na rzecz odwołującego;
3. do wykazania braku podstaw do wykluczenia w stosunku do podmiotów: S.C. Alpine S.A. Romania oraz ARWAG Baurtranger GesmbH.

W opinii odwołującego powyższe wezwanie jest nieuprawnione i ma na celu uniemożliwienie mu zakwalifikowania się do grona wykonawców którzy zostaną zaproszeni do złożenia oferty.

Ad 1.

Uzasadniając wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie roboty budowlanej dla poz. 1, 2, 3, 4, 7, 8, 13, 14, 15, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 30, 32 zamawiający powołał się na nieczytelność podpisów złożonych pod załączonymi do wniosku dokumentami, co uniemożliwia zamawiającemu ich identyfikację oraz potwierdzenie faktu złożenia oświadczenia. W opinii odwołującego powyższe stanowisko jest nieuprawnione i świadczy o nadużyciu uprawnień przez zamawiającego. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem (w tym Sądu Najwyższego), kwestie dotyczące czytelności podpisu należy rozstrzygać w drodze wykładni całokształtu materiału normatywnego w kontekście dyrektyw wynikających z języka oraz funkcji, jakie pełni przepis dotyczący podpisu. Na gruncie regulacji kodeksu cywilnego nie można postawić tezy, że podpis musi być czytelny.

Sformułowanie „podpis” samo w sobie nie zawiera obowiązku skreślenia go w sposób czytelny (por. Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2010 r., Sygn. akt KIO/ 2317/10). Zdaniem odwołującego należy rozstrzygnąć kwestia czy zamawiający jest podmiotem uprawnionym do weryfikacji osób uprawnionych do działania w imieniu podmiotów, na rzecz których wykonywane były określone prace wykazywane przez odwołującego w ramach potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. W opinii odwołującego, popartej ugruntowanym orzecnictwem, ani

przepisy ustawy, ani przepisy aktów wykonawczych wydanych w zakresie delegacji ustawowej nie dają zamawiającemu podstaw do przeprowadzania takiej weryfikacji (por. Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2010 r. Sygn. akt: KIO/UZP 1271/10). Ze złożonych

przez odwołującego dokumentów jednoznacznie wynika, że określona osoba posługująca się nieczytelnym podpisem i działająca w imieniu wskazanego podmiotu poświadczyla należyte wykonanie robót budowlanych, wyszczególnionych przez odwołującego w wykazie zamieszczonym na kartach od 135 do 144 złożonego wniosku. Z punktu widzenia prawidłowości dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia istotne jest tylko, aby istniała możliwość identyfikacji wykazywanego zamówienia z zamówieniem wskazanym w dokumentach potwierdzających jego należyte wykonanie, czego zamawiający w żaden sposób nie kwestionował.

Ad 2.

W pkt. 3 lit. a wezwania będącego podstawą niniejszego odwołania zamawiający wezwał do uzupełnienia oryginału oświadczenia Alpine Bau GmbH potwierdzającego istnienie relacji o charakterze prawnym pomiędzy Odwołującym a firmą Alpine Bau GmbH jako podmiotem udostępniającym swoje zasoby. W opinii Odwołującego powyższe wezwanie jest nieuzasadnione. Na stronie 290 wniosku Odwołujący złożył oryginał oświadczenia Alpine Bau GmbH, Austria, w którym firma ta wyraźnie zobowiązała się oddać do dyspozycji Spółce Alpine Construction Polska (Lidera Konsorcjum) zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, zdolności finansowych, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia na okres wykonywania przedmiotowego zamówienia. Wzywając do uzupełnienia złożonego już dokumentu Zamawiający nie wskazał podstaw kwestionowania jego prawidłowości; enigmatyczne stwierdzenie iż "zobowiązanie do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia nie czyni zadość aktualnej linii orzeczniczej KIO i stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych w powyższej kwestii" nie może zostać uznane za uzasadnienie w rozumieniu przepisu art. 6 kodeksu cywilnego.

Ad 3.

W pkt. 6 oraz 11 wezwania zamawiający wzywa do wykazania braku podstaw do wykluczenia w stosunku do podmiotów: S.C. Alpine S.A. Romania oraz ARWAG Bauranger Gesmb. W opinii Odwołującego, popartej stanowiskiem Urzędu

Zamówień Publicznych i ugruntowanym orzecnictwem, przedmiotowe wezwanie jest nieuzasadnione. Zgodnie z przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania. Przepis ten należy interpretować ściśle; zatem wyłącznie w odniesieniu do wykazanych podwykonawców Zamawiający uprawniony jest do żądania dokumentów wymienionych w § 2 Rozporządzenia. Formułując treść wezwania do uzupełnienia dokumentów, Zamawiający pominął istotną część ogłoszenia o zamówieniu (pkt. 111.2.1.9) odpowiadającą regulacji § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Mianowicie w wezwaniu został pominięty ważny warunek, wskazujący na konieczność przedłożenia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych, odnoszących się do podmiotu trzeciego, tylko w sytuacji, jeśli podmiot trzeci, na którego potencjał wykonawca powołuje się, będzie brał udział w realizacji części zamówienia. W opinii Odwołującego stanowi to niedopuszczalną zmianę warunków, zarówno z uwagi na etap postępowania (po upływie terminu składania wniosków), jak i ze względu na powszechnie obowiązujący w tym zakresie przepis prawa, którego Zamawiający nie może zmieniać wbrew jego literalnemu brzmieniu w konkretnym postępowaniu. Bezsprzecznym jest, iż treść wniosku Odwołującego nie pozwala na uznanie, że firmy S.C. Alpine S.A. Romania oraz ARWAG Bauranger GesmbH będą brały udział w realizacji zamówienia; brak jest zatem podstaw do żądania od Odwołującego wykazywania braku podstaw do wykluczenia w stosunku do tych podmiotów (por. Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2011 r. Sygn. akt: KIO 1670/11).

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

Referencje wskazane w pkt 1) wezwania z dnia 12.09.2011 r. przedłożone przez Konsorcjum Alpine wraz z wnioskiem zostały opatrzone nieczytelnymi podpisami, a także brak jest na nich innego oznaczenia nazwiska osoby podpis składającej. Do wniosku Konsorcjum Alpine, na stronach 290-291 załączono pisemne zobowiązanie Alpine Bau GmbH w Wals bei Salzburg, Austria do oddania do dyspozycji Alpine Construction Polska Sp. z o.o. zasobów, w szczególności wiedzy i doświadczenia, zdolności finansowych, potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia.

Odnosnie poz. 12 zał. nr 4 do wniosku Konsorcjum Alpine na stronie 189-190 wniosku przedstawiono referencje potwierdzające należyte wykonanie robót z powołanej pozycji wykazu dla S.C. Alpine Romania.

W wniosku nie przedstawiono żadnego zobowiązania do udostępnienia jakichkolwiek zasobów przez S.C. Alpine Romania, odwołującemu.

Odnosnie pozycji 28 zał. nr 4 do wniosku Konsorcjum Alpine na stronie 265 i 266 wniosku zamieszczono wystawione na papierze firmowym Alpine Mayreder (poprzednika prawnego Alpine Bau GmbH) potwierdzenie należytego wykonania robót budowlanych wskazanych w ww. pozycji Wykazu przez ARWAG Baustrager GmbH (sp. z o.o.).

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

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

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

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;

3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.

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

Według przepisu § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – zwanego dalej „rozporządzeniem” – jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia,

zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 (dokumentów dotyczących wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy).

Formę dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania, reguluje przepis § 6 ust. 1 rozporządzenia, który stanowi, iż dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawców. Natomiast w ust. 3 ww. przepisu wskazano, iż zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu

wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości.

Rozpatrując w pierwszej kolejności zarzut odwołania dotyczący wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wykazywanych robót budowlanych ze względu na ich opatrzenie nieczytelnymi podpisami prowadzącymi do niemożliwości identyfikacji osoby, która referencje podpisała Izba wskazuje, iż jak najbardziej trafne i uprawnione jest twierdzenie, iż osobą wystawiającą referencje powinna być osoba posiadająca stosowną wiedzę w przedmiocie przebiegu i wykonania robót i która powyższe gotowa jest potwierdzić własnym podpisem. Jednakże kwestia personalnej identyfikacji osoby podpisującej się pod referencjami czy czytelności jej podpisu lub wiedzy, którą posiada, jest wtórna w stosunku do prawdy materialnej referencji oraz rzetelności jej poświadczenia. Inaczej: kwestia personalna winna być weryfikowana jedynie w celu wyjaśnienia wątpliwości związanych z rzetelnością referencji. W przypadku otrzymania przez zamawiającego czytelnych referencji, których prawdziwość nie budzi wątpliwości, tzn. nie ma żadnych przesłanek aby powyższe kwestionować, zamawiający nie ma podstaw oraz powodów do ustalania tożsamości osób pod referencjami podpisanymi, zwłaszcza gdy sama tożsamość tych osób przeważnie niczego nie przesądza. Zamawiający jeżeli nie potrafi wykazać okoliczności przeciwnych, powinien przyjąć istnienie dobrej wiary (art. 7 Kc) zarówno wykonawcy przedkładającego określone referencja, jak i osób pod nimi podpisanych. W każdym razie, przy domniemaniu dobrej wiary, jej dowód nie obciąża wykonawcy. Oczywiście nie można odmówić zamawiającemu prawa do uzyskania informacji w przedmiocie identyfikacji osoby, która dane referencje podpisała w celu przeprowadzenia czynności wyjaśniających czy rozwiania wątpliwości w przedmiocie uprawnienia (wiedzy) danej osoby do złożenia tego typu oświadczenia. Jednakże brak wiadomości w tym przedmiocie nie może stanowić podstawy oceny przedłożonej referencji jako nieprawidłowej lub nieistniejącej. Zamawiający mógł zwrócić się o wyjaśnienie w tym przedmiocie, jeżeli poznanie tożsamości osób, która prawdopodobnie i tak mu nic nie powie, było dla niego istotne, a nie od razu kwestionować przedłożone dokumenty i żądać ich uzupełnienia. Na marginesie można tu wskazać na trudność w jaki sposób wykonawca miałby uzyskać nowe referencje spełniające wyobrażenia zamawiającego o ich powinnym kształcie, na których treść i sposób podpisania często nie ma wpływu. Reasumując, referencje podpisane nieczytelnym podpisem osoby wystawiającej pozostają dokumentem złożonym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzającym spełnianie warunków

udziału w postępowanie, których prawidłowość i rzetelność nie może być kwestionowana tylko z tego powodu.

W związku z powyższym zarzut dotyczący wezwania do uzupełnienia prawidłowo przedłożonych i wystawionych referencji uznano za zasadny i nakazano unieważnienie czynności wezwania w tym zakresie.

W zakresie zarzutu dotyczącego wezwania do uzupełnienia zobowiązania Alpine Bau GmbH w Wals bei Salzburg, Austria do udostępnienia własnego potencjału, Izba stwierdziła, iż również w tym przypadku wystarczający w świetle wymagań przepisów ustawy, dokument został przez Konsorcjum Alpine przedłożony.

Dla oceny powyższego należy oprzeć się na warunkującej udostępnianie i posługiwanie się potencjałem regulacji art. 26 ust. 2b ustawy, gdzie wprost wskazuje się obowiązek wykazania przez wykonawcę dysponowania i uzyskania niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia – powołany przepis stanowi, iż wykonawca ma powyższe zamawiającemu udowodnić, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne

zobowiązanie podmiotów trzecich do oddania mu do dyspozycji niezbędnego potencjału. Wykonawca może więc i powinien udowodnić ww. okoliczności dowolnymi środkami w odniesieniu do konkretnego zamówienia, którego dane postępowanie dotyczy. Należy wskazać tu na zasadniczą różnicę pomiędzy samodzielnym spełnianiem warunków udziału w postępowaniu (przypisanym wykonawcy, osobistym potencjałem czy przypisanymi mu nierozzerwalnie cechami takimi jak jego wiedza czy doświadczenie), a powoływaniem się w tym celu na potencjał i właściwości podmiotów trzecich i różnice w gwarancjach wyłonienia wiarygodnego wykonawcy, które są z tym związane. Należy podkreślić postulowaną w doktrynie i orzecznictwie realność udostępnienia i dysponowania określonymi zasobami na czas realizacji zamówienia. Zwłaszcza w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp niemożliwe jest uznanie realności takiego udostępnienia bez jakiegokolwiek formy afiliacji podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Powyższe nie wynika wcale z mających rzekomo wynikać bezpośrednio z ustawy konkretnych zobowiązań cywilnoprawnych, ale z samej istoty dzielenia się wiedzą i doświadczeniem – doświadczeniem nie można podzielić się tylko w sferze abstrakcyjnego zobowiązania bez jego zastosowania w praktyce. Bez zagwarantowania stosownych form zaangażowania podmiotu udostępniającego swój potencjał w tym zakresie, możliwość dysponowania danym potencjałem należało będzie uznać za iluzoryczną.

W przypadku wymogu posiadania wymaganych prawem uprawnień do wykonywania określonej działalności (art. 22 ust. 1 pkt 1) można stwierdzić, iż fikcyjne jest ich „udostępnienie” bez wykonania czynności, do których uprawnienia są wymagane. Natomiast udostępnienie i dysponowanie zasobami, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp jak najbardziej może natomiast nastąpić bez bezpośredniego udziału udostępniających w realizacji zamówienia. W przypadku tego typu zasobów można wyobrazić sobie szereg form ich udostępnienia bez takiego zaangażowania. Iżba również w tym przypadku wskazuje, iż ustawowy wynik dysponowania określonym potencjałem oznacza wykreowanie sytuacji, w której wykonawca z udostępnianego potencjału w razie potrzeby może realnie skorzystać (realnie czyli dysponuje nim przez cały okres realizacji zamówienia i może wykorzystać udostępniony potencjał do jego wykonania, a nie tylko posługiwać się fikcyjnym zobowiązaniem w celu obejścia przepisów ustawy i stawianych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu), ale nie oznacza, iż wykonawca zawsze zobowiązany jest z niego skorzystać lub że faktycznie musi to zrobić.

Tego typu sytuację przewidywał sam ustawodawca w powoływanym § 1 ust. 2 rozporządzenia wymagając wykazanie braku okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp jedynie w stosunku do podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia. Należy więc przyjąć, iż ustawodawca dopuścił również sytuację udostępniania potencjału bez brania udziału w realizacji zamówienia. Inaczej dodatkowa przesłanka w postaci „brania udziału w realizacji części zamówienia” w redakcji ww. przepisu rozporządzenia byłaby zbędna, skoro w każdym przypadku podmioty udostępniające swój potencjał musiałyby brać udział w realizacji zamówienia.

Reasumując wskazać należy, iż obligatoryjny udział czy zakres i sposób udziału podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał na zasadach art. 26 ust. 2b w realizacji zamówienia należy oceniać i egzekwować w odniesieniu do konkretnych warunków opisanych przez zamawiającego i ich rodzajowych ram określonych w art. 22 ust. 1 Pzp, uwzględniając przy tym rzeczowe znaczenie i treść danego warunku. Zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, iż z przepisów ustawy wymóg taki wcale literalnie nie wynika. Jeszcze raz należy podkreślić, iż powyższe udostępnienie, jego zakres i forma powinny być badane indywidualnie, w odniesieniu do każdego konkretnego zamówienia, a nawet podmiotów udostępniających i korzystających z udostępnionego potencjału. W tym przypadku bezcelowe jest jakiejkolwiek generalizowanie i doktrynalne określanie sztywnych warunków, które udostępnienie (zobowiązanie do udostępnienia) powinno spełniać. W przypadku dyspozycji art. 26 ust. 2b

ustawy szczególnego znaczenia nabiera premia - *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti potest* (D.50.17.202).

W konsekwencji, skoro brak generalnego wymogu obligatoryjnego udziału podmiotu udostępniającego swój potencjał w realizacji zamówienia, tym bardziej brak jest obowiązku niejako kwalifikowanej formy takiego udziału jaką jest podwykonawstwo. Jakkolwiek skład orzekający Izby nie wyklucza sytuacji, w której realność udostępnienia potencjału podmiotu

trzeciego może zostać zagwarantowana jedynie przez oddanie części czy całości zamówienia do podwykonania podmiotowi udostępniającemu swój potencjał, jednakże są to sytuacje wyjątkowe, wymagające dokładnego omówienia i wykluczenia udostępnienia i tym samym wykorzystania udostępnianego potencjału w inny sposób, niż tylko przez zapewnienie podwykonania zamówienia przez podmiot udostępniający.

Na przykład w wyroku z dnia 23 lipca 2010 r. sygn. akt KIO/1448/10, KIO/1450/10, KIO/1451/10 Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, które składowi orzekający Izby rozpatrujący niniejsze odwołanie uznały za własne, iż dla dopuszczalności zastosowania art. 26 ust. 2b ustawy nie jest konieczne, aby podmiot udostępniający swoje doświadczenie na zasadach określonych tym przepisem, brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca. W uzasadnieniu wyroku wskazano, iż z dyspozycji normy prawnej wyrażonej w analizowanym przepisie nie wynika, że osoba trzecia będzie miała obowiązek w takiej sytuacji osobiście wykonywać całość bądź określoną część zamówienia jako podwykonawca. Przy czym dodać należy, iż pojęcie „podwykonawcy” nie zostało w ustawie zdefiniowane, jednak niewątpliwie jest pojęciem węższym w stosunku do użytego przez ustawodawcę w art. 26 ust. 2b ustawy sformułowania „dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia”. Przyjmując założenie konsekwentnego posługiwania się przez ustawodawcę różnymi terminami określającymi różne instytucje prawne w tym samym akcie prawnym, należy wskazać, iż ww. przepisie brak pojęcia „podwykonawstwa” występującego np. w przepisach art. 36 ust. 4 i 5 Pzp, co co także przemawia za przyjęciem, iż art. 26 ust. 2b ustawy nie wymaga udziału podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy podmiotu, z którym zostanie zawarta umowa o zamówienie publiczne.

Ponadto wszelkie celowościowe zabiegi interpretacyjne na lakonicznych w tym względzie przepisach ustawy zmierzające do zagwarantowania generalnego, obligatoryjnego udziału w wykonaniu zamówienia, czy nawet podwykonawstwa, podmiotów udostępniających swój potencjał na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp, zmierzające do zapobieżenia fikcyjnego posługiwania się potencjałem podmiotów trzecich, dla zabezpieczenia interesów

zamawiających są właściwie zbędne i przez swą generalizację mogą powodować szereg problemów związanych ze stosowaniem tak rozumianego przepisu. W przypadku każdego postępowania powyższe może zapewnić sam zainteresowany, czyli zamawiający, formułując odpowiednie, adekwatne dla jego przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu, postanowienia dokumentów przetargowych dotyczące zakresu i sposobu posługiwania się danym potencjałem w trakcie realizacji zamówienia. W przypadku przetargu ograniczonego konieczne będzie wskazanie powyższego już na etapie ogłoszenia o zamówieniu, tak aby wykonawcy wybierając sposób wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wiedzieli w jaki sposób powyższe wpływać będzie na wymagany od nich sposób wykonania zamówienia (vide wyrok Izby z dnia 4 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1562/11).

Odnosząc powyższe uwagi o charakterze ogólnym do zobowiązania Alpine Bau GmbH zakwestionowanego przez zamawiającego podnieść należy, iż w danym postępowaniu, w odniesieniu do konkretnych podmiotów w nim występujących, tj. składających wniosek oraz podmiotu, który potencjał im udostępnia, przedstawione zobowiązanie, mające stanowić dowód możliwości posługiwania się takim potencjałem, jest w tej roli wystarczające. Same zasady doświadczenia życiowego i znajomość rynku są w tym przypadku wystarczające do uznania, iż Konsorcjum Alpine będzie uprawnione i prawdopodobnie, w razie potrzeby, będzie korzystać (tak jak w swojej codziennej praktyce korzysta) z wszelkiego potencjału Alpine Bau GmbH, a potwierdzeniem powyższego jest przedłożone wraz z wnioskiem zobowiązanie tego podmiotu. Należy bowiem przy ocenie powyższego wziąć pod uwagę fakt znany zamawiającemu (co na rozprawie zamawiający przyznał) oraz możliwy do ustalenia na podstawie dokumentów rejestrowych obu konsorcjantów, iż Alpine Bau GmbH jest ich tzw. spółką-matką (właścicielem obu spółek). Trudno więc nawet zakładać, że swoim spółkom-córkom, za pomocą których prowadzi działalność na rynku polskim i niemieckim, swojego potencjału nie udostępni.

W związku z powyższym zarzut dotyczący wezwania do uzupełnienia zobowiązania Alpine Bau GmbH uznano za zasadny i nakazano unieważnienie czynności wezwania w tym zakresie.

Odnosnie zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 3 – wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia S.C. Alpine Romania i ARWAG Baustrager

danych w jakim charakterze roboty (i dotyczące ich referencje) wykonywane przez te podmioty się tu znalazły. W szczególności nie ma żadnych informacji, iż są to podmioty udostępniające swój potencjał wykonawcy. W tym kontekście i na ten moment są to więc przypadkowe, niezwiązane z Konsorcjum Alpine, odrębne podmioty, odnośnie których zamawiający nie był uprawniony żądania przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 2 ww. rozporządzenia. Jednakże zarzut odwołania nie wskazywał powyższego, ale kwestionował wezwanie w tym zakresie w inny sposób. Mianowicie odwołujący podnosił, iż zgodnie z dyspozycją ww. przepisu i faktem, iż podmioty te nie będą brały udziału w realizacji zamówienia, nie musiał przedkładać dokumentów dotyczących braku podstaw do ich wykluczenia z udziału w postępowaniu, jednakże traktował je jako podmioty, których potencjałem się w ramach niniejszego zamówienia posługuje i postulował uznanie ich doświadczenia. W związku z wskazanym wyżej brakiem zobowiązania o udostępnieniu swojego potencjału przez ww. podmioty wykonawcy, tak sformułowany zarzut odwołania uznano za bezprzedmiotowy i tym samym podlegający oddaleniu. Przy czym Izba wskazuje, iż nie dała wiary wyjaśnieniom odwołującego, iż roboty wykonane, jak wskazano w treści referencji, przez ARWAG Baurtrager GmbH (sp. z o.o.) wykonała w rzeczywistości Alpine Bau GmbH (dawnej Alpine Mayreder). Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów potwierdzających jakoby ww. oznaczenie podmiotu wykonującego roboty stanowiło o tym, iż wykonywało je konsorcjum z Alpine Mayreder w składzie, a z kolei treść referencji wskazuje na okoliczność przeciwną – wyraźnie wskazano tam, iż roboty wykonywała odrębna od Alpine Mayreder, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - ARWAG Baurtrager.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: