

Sygn. akt: KIO 2407/12

WYROK
z dnia 15 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Aneta Mlącka

Andrzej Niwicki

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2012 r. przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Rondo ONZ 1, **Parsons Brinckerhoff Limited** z siedzibą w Newcastle nad Tyną NE4 7YQ przy Amber Court William Armstrong Drive (Wielka Brytania), **Tractebel Engineering S.A.** z siedzibą w Katowicach przy ul. Dulęby 5 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Tauron Wytwarzanie S.A.** z siedzibą w Katowicach przy ul. Lwowskiej 23

przy udziale Wykonawcy **Zakłady Pomiarowo-Badawcze Energetyki „ENERGOPOMIAR” Sp. z o.o.** z siedzibą w Gliwicach przy ul. gen. J. Sowińskiego 3 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (05.11.2012 r.)

przy udziale Wykonawcy **ILF Consulting Engineers Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 15B zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (05.11.2012 r.)

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyników oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu z dnia 28.10.2012 r., unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o., Parsons Brinckerhoff Limited, Tractebel Engineering S.A. oraz nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.**

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Tauron Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Lwowskiej 23 i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Rondo ONZ 1, Parsons Brinckerhoff Limited z siedzibą w Newcastle nad Tyną NE4 7YQ przy Amber Court William Armstrong Drive (Wielka Brytania), Tractebel Engineering S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Dulęby 5 tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Zamawiającego Tauron Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Lwowskiej 23 na rzecz Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Rondo ONZ 1, Parsons Brinckerhoff Limited z siedzibą w Newcastle nad Tyną NE4 7YQ przy Amber Court William Armstrong Drive (Wielka Brytania), Tractebel Engineering S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Dulęby 5 kwotę **19.078 zł 00 gr.** (słownie: dziewiętnaście tysięcy siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem przez Zamawiającego – Tauron Wytwarzanie S.A. na *doradcze usługi inżynieryjne i budowlane pod nazwą „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla potrzeby realizacji projektu Budowa nowych mocy w technologiach węglowych w Tauron Wytwarzanie S.A. – budowa bloku energetycznego o mocy 800 – 910 MW na parametry nadkrytyczne w Tauron Wytwarzanie Spółka Akcyjna Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie”* (nr postępowania 013/ZC/04-01/DB/2012), w dniu 2 listopada 2012 r., Wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie Parson Brinckerhoff Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Parson Brinckerhoff Limited z siedzibą w Newcastle nad Tyną, Tractebel Engineering S.A. z siedzibą w Katowicach wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 2407/12).

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 2 listopada 2012 r.

O czynności wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Odwołujący został poinformowany w dniu 25 października 2012 r. faksem.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2012/S 138-231174 w dniu 20.07.2012 r. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla zamówień przekraczających kwotę określoną w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla dostaw i usług.

Odwołanie wniesione zostało od niezgodnej z przepisami ustawy czynności wykluczenia Konsorcjum Odwołującego z postępowania, mającej naruszać normy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez stwierdzenie braku wykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawartych w punkcie III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu, mimo faktycznego wykazania spełnienia tych warunków oświadczeniem podmiotu trzeciego. Do naruszenia wskazanej normy doprowadzić miało wykluczenia Odwołującego z postępowania bez wcześniejszego skorzystania z instytucji przewidzianej w art. 26 ust. 4 - wezwania do wyjaśnienia treści oświadczenia i dokumentów złożonych dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu – zobowiązania podmiotu trzeciego, spółki Parsons Brinckerhoff Australia Pty Limited do oddania do dyspozycji Odwołującego zasobów w postaci doświadczenia odpowiadającego opisanemu w ogłoszeniu wraz z odpisem australijskiego rejestru przedsiębiorców.

Na skutek błędnej wykładni nomy art. 26 ust. 4 ustawy Zamawiający odstąpił od jej zastosowania w sytuacji kiedy Wykonawca złożył na żądanie Zamawiającego oświadczenie

zawierające wszystkie przewidziane prawem elementy, a co do którego treści Zamawiający powziął wątpliwości.

Czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania naruszała również normę z art. 26 ust. 2b ustawy, przez jego błędną wykładnię polegającą na ocenie oświadczenia podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał w postaci doświadczenia, jako nie spełniającego prawem przewidzianych wymogów - nie zawiera bowiem elementu w postaci sposobu skorzystania z zasobu, podczas gdy z treści oświadczenia podmiotu trzeciego wynika wprost, iż przedmiotem udzielanych zasobów są referencje, a co za tym idzie przedmiotem zasobów jest doświadczenie podmiotu trzeciego co dodatkowo potwierdza fakt wykorzystywania przez Odwołującego osób związanych z realizacją inwestycji do celów niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia.

Na skutek czynności Zamawiającego miało dojść do naruszenia art. 7 ustawy polegającego na dopuszczeniu się przez Zamawiającego praktyki naruszającej zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przez przyjęcie, iż w sytuacji kiedy siedziba podmiotu udzielającego zasobów znajduje się poza terytorium Polski, Wykonawca nie będzie mógł w sposób faktyczny korzystać z zasobów tego podmiotu i wykluczenie Wykonawcy z postępowania z pominięciem okoliczności członkostwa Konsorcjantów Parsons Brinckerhoff Limited i Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o. w grupie kapitałowej, której jednym z członków jest Parsons Brinckerhoff Australia Pty Limited, jak również prowadzenia stałej i ciągłej współpracy pomiędzy Wykonawcą a podmiotem udzielającym zasobów, między innymi polegającej na wykorzystaniu przez członków grupy kapitałowej zarówno osób jak i środków finansowych i doświadczenia innych członków grupy kapitałowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jej powtórzenia, ewentualnie nakazanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oświadczeń i dokumentów – zobowiązania podmiotu trzeciego spółki Parsons Brinckerhoff Pty Limited i dopuszczenie Odwołującego do udziału w kolejnych etapach postępowania.

Wykazując naruszenie interesu prawnego Odwołujący podniósł, iż pozbawiony został możliwości dalszego udziału w postępowaniu, a co za tym idzie utracił możliwość uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący przywołał okoliczności towarzyszące podjęciu decyzji o wykluczeniu go z postępowania, która to czynność poprzedzona została wezwaniem Wykonawcy do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu – wiedzy i doświadczenia określonego w pkt III.2.3

podpunkt 1 ogłoszenia, tj. treści wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, w których zawarta została informacja o świadczeniu usług przez Parsons Brinckerhoff, jednak bez podania pełnej nazwy wykonawcy (brak formy prawnej). Zamawiający pouczył Odwołującego, że w razie gdy podmiotem, który wykonał w/w usługi jest inny podmiot niż członek Konsorcjum – Parsons Brinckerhoff Limited z siedzibą w Newcastle nad Tyne, należy przedłożyć dokument potwierdzający, że Odwołujący dysponuje zasobami tego podmiotu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w szczególności pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza oraz dokumenty poświadczające, że osoba podpisująca zobowiązanie była do tego uprawniona. Zamawiający wskazał, że dokument powinien dowodzić ziszczenie warunku nie później niż przed dniem, w którym upłynął termin składania wniosków, tj. w dniu 31.08.2012 oraz że termin do złożenia żądanego dokumentu upływa 2 października 2012 r. godz. 11.00.

Zakwestionowanym warunkiem udziału w postępowaniu był wymóg z punktu III.2.3 ogłoszenia o zmienionym modyfikacją z dnia 17.08.2012 r. brzmieniu – kwalifikacje techniczne.

Wykonawca we wniosku wskazał na wykonany przez Parsons Brinckerhoff projekt „Elektrownia Kogan Creek” w Australii wraz z opisem świadczonej usługi, czasem trwania prac oraz kosztem inwestycji oraz nadzoru. Zamawiający nie kwestionował referencyjnej usługi jako nie mieszczącej się w kryteriach, natomiast Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach z dnia 1 października 2012 r., że podmiotem wykonującym usługi Inżyniera Kontraktu przy budowie bloku Kogan Creek Power Australia była firma Parsons Brinckerhoff Australia Pty Limited z siedzibą przy „Ernst&Young Centre” Level 27, 680 George Street Sydney NSW2000 i dołączył stosowne dwujęzyczne oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów oraz odpis z australijskiego rejestru przedsiębiorców z dnia 10 sierpnia 2012 r.

W oświadczeniu podmiot zobowiązał się „oddać do dyspozycji firmie Parsons Brinckerhoff Limited z siedzibą: Amber Court William Armstrong Drive, Newcastle upon Tyne NE4 7YQ swoje zasoby do korzystania z nich przy realizacji zamówienia pod nazwą „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla potrzeb realizacji projektu Budowa nowych mocy w technologiach węglowych w Tauron Wytwarzanie S.A. – budowa bloku energetycznego o mocy 800 – 910 MW na parametry nadkrytyczne w Tauron Wytwarzanie Spółka Akcyjna Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie” i pozwoliła firmie Parsons Brinckerhoff Limited użyć swoich referencji w ofercie dotyczącej wyżej wymienionego zadania”. Oświadczenie tej treści Zamawiający uznał za niewystarczające czyniąc je przesłanką

zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 i podstawą do wykluczenia Odwołującego z postępowania uzasadniając swoją decyzję niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż oświadczenie podmiotu udostępniającego swoje zasoby zawierało wszystkie wymagane prawem informacje, zgodnie z art. 26 ust. 2 b ustawy.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), tekst jednolity Dziennik Ustaw z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami, zwanej dalej „ustawą”.

W toku posiedzenia Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie na rozprawę.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert złożonych w postępowaniu, jak i korespondencji z wykonawcami, a także stanowisk stron prezentowanych w pismach i na rozprawie Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzuty w odwołaniu sprowadzają się do jednej zasadniczej kwestii dotyczącej oceny oświadczenia podmiotu trzeciego o udostępnieniu Wykonawcy zasobów jako wystarczającego dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia.

W pkt III.2.3 ogłoszenia (po uwzględnieniu modyfikacji treści ogłoszenia z dnia 17.08.2012 r.) Zamawiający określił wymóg potwierdzenia posiadania kwalifikacji technicznych określonych jako warunek wiedzy i doświadczenia, a także warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający wymagał, między innymi aby wykonawcy na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykazali się należytem wykonaniem przynajmniej jednej usługi w charakterze Inżyniera Kontraktu przy budowie bloku energetycznego o mocy nie mniejszej 450 MW na parametry nadkrytyczne opalanego

paliwem węglowym o wartości nie mniejszej niż 400 mln EURO (bez VAT) w elektrowni lub elektrociepłowni, przekazanego do eksploatacji w latach 2002 – 2012, a jeżeli okres działalności jest krótszy, w tym okresie. Dokumentami wymaganym dla potwierdzenia posiadania wymaganego doświadczenia był wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi, że prace zostały wykonane należycie (np. listy referencyjne, opinie użytkowników). W uwadze zamieszczonej w ogłoszeniu Zamawiający zastrzegł, iż uwzględnione / oceniane będą tylko te usługi, których należyte wykonanie zostanie potwierdzone np. listem referencyjnym, opinią użytkownika, a w złożonym wykazie miały być wskazane własne usługi dotyczące wyłącznie wykonawcy, a nie na przykład podmiotu dominującego lub od niego zależnego w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych. W przypadku podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie zdolność techniczna - doświadczenie wykonawcy oceniane miało być łącznie, a wykaz wykonanych usług składany miał być w imieniu wszystkich podmiotów. Jeżeli podmioty występujące wspólnie (Członkowie Konsorcjum) w swoich dokumentach (wykazie wykonanych usług) przedstawiają tę samą należycie wykonaną usługę referencyjną w charakterze Inżyniera Kontraktu, przy budowie tego samego bloku energetycznego – będzie to traktowane jako 1 (jedna) usługa referencyjna.

Strony od 104-105 wniosku stanowią potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia. Wykonawca przedłożył na stronach od 100 do 106 wykaz wykonanych usług wraz z referencjami mającymi potwierdzać należyte wykonanie obu wymienionych usług. Nie było spornym pomiędzy stronami, iż tylko usługa z pozycji drugiej wykazu – dotycząca Kogan Creek Power Station, była odpowiednia pod względem zakresu prac i mogła potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W związku z mało precyzyjnym oznaczeniem w treści referencji podmiotu świadczącego referencyjną usługę – Parson Brinckerhoff, Zamawiający wezwał w piśmie z dnia 25.09.2012 r. Odwołującego do wyjaśnienia jaki podmiot (z podaniem pełnej nazwy i formy prawnej) wykonał usługi wymienione w załączonym do wniosku wykazie usług oraz referencjach (nr pisma RPI/RPI/JAW 910/W/00069/2012).

W piśmie z dnia 1 października 2012 r. Odwołujący wyjaśnił, iż referencyjna usługa była świadczona przez Parsons Brinckerhoff Australia Pty Limited z siedzibą w Sydney i dołączył dwujęzyczne oświadczenie z dnia 09.08.2012 r. podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów oraz odpis z australijskiego rejestru przedsiębiorców z dnia 10.08.2012r.

Oświadczenie podmiotu trzeciego zostało przekazane do Zamawiającego w formie pisemnej. Zawiera ono zobowiązanie podmiotu trzeciego o treści: *Parsons Brinckerhoff Australia Pty Limited (ACN 078 004 798) zobowiązuje się oddać do dyspozycji firmie*

Parsons Brinckerhoff Limited z siedzibą: Amber Court William Armstrong Drive, Newcastle Upon Tyne NE4 7YQ, swoje zasoby do korzystania z nich przy realizacji zamówienia pod nazwą "Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla potrzeb realizacji Budowa nowych mocy w technologiach węglowych w TAURON Wytwarzanie S.A. – budowa bloku energetycznego o mocy 800-910 MW na parametry nadkrytyczne w TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna Oddziału Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie" i pozwala firmie Parsons Brinckerhoff Limited użyć swoich referencji w ofercie dotyczącej wyżej wymienionego zadania.

Ponieważ usługa referencyjna, której dotyczy złożone oświadczenie podmiotu trzeciego nie była kwestionowana przez Zamawiającego jako nie spełniająca warunku udziału w postępowaniu i nie było to objęte zakresem zarzutów, rozstrzygnięcie Izby dotyczyło wyłącznie stwierdzenia, czy Odwołujący korzystając z potencjału podmiotu trzeciego, wykazał się spełnieniem warunku dotyczącego doświadczenia. Przy uwzględnieniu, iż oświadczenie podmiotu trzeciego zostało złożone Zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, przyjęcie, iż nie było ono wystarczające dla wykazania spełnienia warunku, skutkowałoby utrzymaniem w mocy decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Powodem, dla którego Zamawiający nie przyjął oświadczenia podmiotu trzeciego było, zdaniem Zamawiającego, nie precyzyjna treść zobowiązania w zakresie rodzaju zasobu oddanego do dyspozycji, z której wywodził, iż celem złożenia oświadczenia było udostępnienie Wykonawcy samych referencji.

Przechodząc do rozstrzygnięcia spornej kwestii Izba kierowała się przede wszystkim zakresem normy zawartej w art. 26 ust. 3 ustawy, jak również interpretacją treści zobowiązania podmiotu trzeciego dokonaną z uwzględnieniem okoliczności istnienia powiązań kapitałowych między tym podmiotem, a jednym z konsorcjantów składającym ofertę wspólną.

Punkt wyjścia stanowiły rozważania dotyczące treści i zakresu normy prawnej. Izba w całości przychyliła się do stanowiska prezentowanego w orzeczeniach sądowych, w których wskazuje się na nałożony treścią przepisu art. 26 ust. 3 ustawy obowiązek udowodnienia przez wykonawcę zamawiającemu, iż będzie on dysponował zasobami podmiotu, z którego potencjału korzysta w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Konsekwentnie sądy przyjmują, iż złożenie pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, czyni zadość temu obowiązkowi (przykładowo Sąd Okręgowy w Katowicach, w wyroku z dnia 24.03.2011 r., sygn. akt XIX Ga 92/11, czy też Sąd Okręgowy w Gdańsku, w wyroku z dnia 21.09.2011 r., sygn. akt XII Ga 412/11). W orzecznictwie

wskazuje się również, że podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym, nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu, a jego związek z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny: spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwoływanie się do zasobów innych podmiotów traktowane jest jako ustawowe uprawnienie wykonawcy, którego nie można ograniczać.

Mając powyższe na względzie, oświadczenie, w którym podmiot trzeci wyraził w sposób nie budzący wątpliwości wolę udostępnienia wykonawcy swojego potencjału i dodatkowo wskazał na zgodę do wykorzystania referencji w celu złożenia oferty, w ocenie Izby stanowiło wystarczający dowód na okoliczność dysponowania przez wykonawcę potencjałem podmiotu trzeciego. Należy mieć na względzie, iż instytucja udostępniania potencjału przez inny podmiot została wprowadzona do ustawy w celu umożliwienia szerszemu gronu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponieważ ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokonywana jest na dzień złożenia oferty, ewentualne zmiany sytuacji faktycznej podmiotu ubiegającego się o zamówienie pozostają w zasadzie bez wpływu na wynik oceny dokonany w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Prowadzi to zatem do wniosku, iż ocena dysponowania przez wykonawcę potencjałem podmiotu trzeciego również dokonywana zostaje w warunkach pewnej niepewności, co do utrzymania zobowiązania podmiotu trzeciego na etapie realizacji zamówienia. W sytuacji, kiedy wykonawca składa pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, w zasadzie nie ma podstaw do odmowy wykonawcy prawa do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w taki sposób. W ocenie Izby, treść zobowiązania przedłożonego w postępowaniu, pomimo braku wskazania na rodzaj zasobu, nie pozbawiała mocy dowodowej samego oświadczenia, z którego wynikała zgoda podmiotu na przekazanie wykonawcy potencjału wraz z referencjami, koniecznymi do złożenia oferty w tym postępowaniu. W zasadzie taka treść nie budzi wątpliwości, co do celu w jakim oświadczenie to zostało złożone, jak i zakresu. Ponieważ Wykonawca wykazywał się doświadczeniem podmiotu trzeciego i przedłożył Zamawiającemu referencje przekazane przez ten podmiot, były to okoliczności, które należało uwzględnić przy wykładni oświadczenia woli dla ustalenia zakresu przekazanego potencjału - doświadczenia. W ocenie Izby, również fakt istnienia powiązań kapitałowych jednego z konsorcjantów z podmiotem udostępniającym swoje zasoby, dodatkowo wzmocniała moc dowodową zobowiązania, wskazując na rzeczywiste istnienie powiązań pomiędzy Wykonawcą a podmiotem trzecim. Przy braku dalszych wymagań ustawowych co do szczegółowego zakresu oświadczenia podmiotu trzeciego, oczekiwanie Zamawiającego ujęcia w nim

informacji co do sposobu współpracy, sposobu wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia, wykracza poza ramy prawne przepisu art. 26 ust. 3 ustawy.

Uwzględniając zatem treść oświadczenia podmiotu trzeciego, Izba uznała, iż zobowiązanie przedłożone przez Wykonawcę stanowiło wystarczający dowód udostępnienia Wykonawcy przez podmiot trzeci swojego potencjału, odpowiadający dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy. W tej sytuacji, czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania dokonana została z naruszeniem przepisów ustawy, a jako istotna dla ustalenia wyniku postępowania (wskazania kręgu podmiotów do których skierowane zostanie zaproszeni do złożenia ofert), czyniła koniecznym uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wyników oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu z dnia 28.10.2012 r. i powtórzenie czynności oceny z uwzględnieniem wniosku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Parsons Brinckerhoff Sp. z o.o., Parsons Brinckerhoff Limited, Tractebel Engineering S.A.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu uiszczoną przez Odwołującego (15.000,00 zł) wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....