

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 2 lipca 2014 roku

w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli uprzedniej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgłoszonych przez zamawiającego:

**PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna**

**ul. Targowa 74**

**03-734 Warszawa**

reprezentowana przez:

**PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna**

**Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Poznaniu**

**Al. Niepodległości 8**

**61-875 Poznań**

w przedmiocie zamówienia publicznego na:

**zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowych nr 140 i 158 na odcinku Rybnik – Chałupki w ramach Projektu POIŚ 7.1-78**

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

Przewodniczący – Ewa Sikorska

Członkowie : Jolanta Markowska

Małgorzata Rakowska

wyraża następującą opinię:

- 1) uwzględnia zastrzeżenia z dnia 3 czerwca 2014 roku (wniesione w dniu 5 czerwca 2014 roku) od wyników kontroli z dnia 28 maja 2014 roku w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami)
- 2) nie uwzględnia zastrzeżeń w pozostałym zakresie.

## **Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP lub kontrolujący) przeprowadził kontrolę uprzednią prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. „Polepszenie jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowych nr 140 i 158 na odcinku Rybnik – Chałupki w ramach Projektu POLiŚ 7.1-78.

Kontrolujący ustalił, że zamawiający w sekcji III punkt 2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt. 8.3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wskazując, że o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże m.in. że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał w ramach jednego lub więcej zamówień m.in. budowę lub przebudowę lub remont urządzeń samoczynnej sygnalizacji świetlnej przejazdowej.

Kontrolujący stwierdził, co następuje:

Jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania, zamawiający w sekcji III pkt 2.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz w punkcie 8.3.1 SIWZ dokonał opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że o udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który wykaże m. in., że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał w ramach jednego lub więcej zamówień m. in.: budowę iub przebudowę lub remont urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej (ssp) dla co najmniej 5 przejazdów kolejowych.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawca zobowiązany był do przedłożenia dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 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).

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ przytoczył treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, przewidującego możliwość powoływania się na zasoby podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, w pkt 9.1.3. lit. d) SIWZ zamawiający przewidział, że jeżeli wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda przedstawienia dokumentów potwierdzających niepodleganie wykluczeniu, wymienionych w punkcie 9.1,1. litera b) IDW oraz w punkcie 9.1.2. litera a)-e) IDW.

W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia konsorcjum Rubau Polska Sp. z o.o. - poza własnym doświadczeniem, przedstawiło m. in. zobowiązanie do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia od podmiotu trzeciego JAKS Mroczek Sp. J. W treści przedstawionego dokumentu ww. podmiot zobowiązał się do oddania wykonawcy „zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w postaci wiedzy i doświadczenia zdobytego podczas budowy lub przebudowy lub remontu (w rozumieniu ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. Prawo budowlane) urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej (ssp) dla co najmniej 3 przejazdów kolejowych", na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie w treści zobowiązania postanowiono, że „przedsiębiorstwo będzie występować w przedmiotowym zamówieniu jako konsultant na podstawie umowy o dzieło".

Stosownie do brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy 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. Oznacza to, że z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów musi wynikać, jakie zasoby i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione. Nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania o przekazaniu wiedzy i doświadczenia, jeżeli z tego zobowiązania, ani z innych dokumentów nie wynika zakres i sposób udostępnienia zasobów. Brak wiedzy na ten temat uniemożliwia bowiem zamawiającemu ocenę, czy wykonawca rzeczywiście dysponuje potencjałem w sposób pozwalający mu na spełnienie warunku i należyte wykonanie zamówienia. Innymi słowy, aby zamawiający mógł dokonać oceny, czy zasoby są udostępniane w zakresie „niezbędnym", tj. w zakresie gwarantującym należyłą realizację zamówienia, podmiot trzeci musi je uprzednio

wskazać. Jeżeli z zobowiązania nie wynika, że zasób jest udostępniany w zakresie niezbędnym i że gwarantuje właściwe wykonanie zamówienia, zamawiający ma prawo żądać jego uzupełnienia oraz wykluczyć wykonawcę z postępowania, szczególnie, gdy nie wie jakie zasoby podmiotu trzeciego i na jakich zasadach będą wykonawcy dostępne.

Zgodnie z powyższym, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Jedynym w tym zakresie dowodem przedłożonym przez konsorcjum Rubau Polska Sp. z o.o. jest oświadczenie podmiotu trzeciego dotyczące zamiaru udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia. Treść dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego - JAKS Mroczek Sp. J. - określa jedynie, że podmiot ten będzie występować w przedmiotowym postępowaniu jako konsultant. Zobowiązanie o takiej treści nie precyzuje zatem, w jakim zakresie zasoby zostaną udostępnione wykonawcy i w jaki sposób. Tym samym treść ww. dokumentów nie pozwala zamawiającemu na dokonanie oceny, czy wykonawca na etapie realizacji zamówienia będzie mógł korzystać z usług konsultacyjnych podmiotu trzeciego w takim zakresie merytorycznym i na takich zasadach (np. organizacyjnych), że będzie to wystarczające do należytej realizacji zamówienia.

Z dokumentacji postępowania nie wynika, aby zamawiający dokonał faktycznego badania tego, czy zakres udostępnianych zasobów podmiotu trzeciego, a także sposób ich udostępniania dowodzą tego, iż rzeczywiście wykonawca posiada zasoby pozwalające mu należycie wykonać zamówienie publiczne. Zamawiający nie dysponował kluczowymi informacjami w ww. zakresie, jak też nie podjął czynności pozwalających mu na ich uzyskanie. W szczególności z dokumentacji postępowania nie wynika, aby zamawiający dokonał analizy, czy przedstawiony zakres i sposób udostępnienia zasobów gwarantuje należyte wykonanie zamówienia przez wykonawcę, który sam nie posiada wymaganych przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia.

Kontrolujący wskazał, że zamawiający określił w SIWZ, w pkt 9.1.3. lit. d, że jeżeli wykonawca będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do ich wykluczenia. Konsorcjum Rubau Polska Sp, z o.o. przedstawiło zobowiązanie ww. podmiotu trzeciego, który zobowiązał się do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów wiedzy i doświadczenia, a ponadto oświadczył o zamiarze występowania w przedmiotowym postępowaniu jako konsultant na podstawie umowy o dzieło. Wraz z ww. zobowiązaniem wykonawca złożył jedynie odpis z KRS podmiotu JAKS Mroczek Sp. J. Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający nie

wzywał konsorcjum Rubau Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów, o których mowa wyżej (tj. aktualnej informacji z KRK w wymaganym zakresie, aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych).

Odnosząc się do powyższego kontrolujący stwierdził, że wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa, które nie mogą być przedmiotem obrotu w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego. Podmiot, który zobowiązuje się wobec wykonawcy do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia musi jednocześnie zapewnić swój udział w realizacji zamówienia dla zagwarantowania rzeczywistego przekazania posiadanych zasobów. W sytuacji bowiem, gdy przedmiotem udostępnienia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia - a do takich zasobów należy doświadczenie - podmiot trzeci musi zobowiązać się też do udziału w realizacji zamówienia w celu udowodnienia rzeczywistego udostępnienia zasobów. Udział ten może polegać na podwykonawstwie, ale może też mieć inny charakter.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Z uwagi na treść powyższego przepisu, w okolicznościach kontrolowanego postępowania, zamawiający był zobligowany do wezwania konsorcjum Rubau Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zobowiązania podmiotu trzeciego - JAKS Mroczek Sp. J. - potwierdzającego, że wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji zamówienia lub innych dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia. Ponadto, zamawiający był też zobligowany do wezwania wykonawcy o uzupełnienie dokumentów

wymaganych w siwz w pkt 9.1.3. lit. d), dotyczących ww. podmiotu trzeciego ze względu na jego planowany udział w realizacji zamówienia w charakterze konsultanta. Zaniechanie dokonania powyższych czynności stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ze względu na fakt, że oferta wykonawcy konsorcjum Rubau Polska Sp. z o.o. jest ofertą najkorzystniejszą (cena; 176 534 028,00 zł brutto) Prezes Urzędu zaleca wezwanie ww. wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania JAKS Mroczek Sp. J., potwierdzającego, że wykonawca będzie dysponował zasobami ww. podmiotu trzeciego w sposób i w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia lub innych dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie, którego dotyczy zobowiązanie ww. podmiotu trzeciego, a ponadto wezwanie konsorcjum Rubau Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających niepodleganie wykluczeniu, z wyjątkiem aktualnego odpisu z właściwego rejestru, w odniesieniu do JAKS Mroczek Sp. J.

W przypadku nieuzupełnienia przez wykonawcę ww. dokumentu, Prezes Urzędu zalecił wykluczenie ww. wykonawcy z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający stwierdził, że jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania termin składania ofert został ostatecznie wyznaczony na dzień 12.12.2013 r. Jednocześnie, zgodnie z treścią SIWZ, termin związania ofertą został ustalony na 90 dni, co oznacza, że upływał w dniu 11.03.2014 r.

Pismami z dnia 1.04.2013 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu z postępowania następujących wykonawców;

1. Konsorcjum: OHL Zs, a.s., OHL ZS POLSKA Sp. z o.o.,
2. Firesta - Fiser, rekonstrukce, stavby a.s.,
3. Konsorcjum: Ortiz Construcciones y Proyectos SA, Contratas y Servicios Ferroviarios SA,
4. Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie SA,
5. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „POL - AQUA” SA, Vias y Construcciones SA, ELECTREN SA AV.,
6. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Kolejowych i Inżynieryjnych SA., LEONHARD WEISS GmbH&CO.KG, Jan Paruch, Zenon Buca, Sławomir Paruch, prowadzący Przedsiębiorstwo Budownictwa Kolejowego i Inżynieryjnego „INFRAKOL”s.c,
7. Konsorcjum: BUDIMEX BUDOWNICTWO Sp. z o.o., MOSTOSTAL KRAKÓW SA,
8. TORPOLSA,

9. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego „TRANSKOL” Sp. z o.o., INFRA SILESIA SA

Zamawiający wykluczył powyższych wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że wymienieni wykonawcy do upływu terminu związania ofertą tj. do dnia 11.03.2014 r., nie dokonali przedłużenia tego terminu, a także nie wnieśli wadium. Przedłużenia terminu związania ofertą z własnej inicjatywy dokonali wykonawcy: konsorcjum Rubau Polska Sp. z o.o. (w dniu 5.03.2014 r.), którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza oraz konsorcjum Strabag Rail Polska Sp. z o.o. (w dniu 10.03.2014 r.).

Kontrolujący zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą. Z przepisu tego wynika, że przedłużenie ww. terminu jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem wykonawcy. Jednocześnie należy zauważyć, iż art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania oferta, Cytowany przepis określa przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, do których zalicza się brak zgody wykonawcy na przedłużenie okresu związania oferta, która stanowiła podstawę wykluczenia wykonawców w kontrolowanym postępowaniu. Odniesienie w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp do wyrażenia zgody przez wykonawcę na przedłużenie terminu związania ofertą oznacza zatem, że wykluczenie z postępowania jest następstwem wyłącznie takiej sytuacji, gdy to zamawiający zwrócił się o zgodę na przedłużenie, a wykonawca odmówił wyrażenia zgody. Przepis nie przewiduje natomiast wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy ten nie przedłużył terminu związania ofertą z własnej inicjatywy. Należy przy tym podkreślić, iż przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania nie można interpretować rozszerzająco - należy zatem, przy podejmowaniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, interpretować je ściśle.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej izby Odwoławczej. W jednym z wyroków KIO orzekła jednoznacznie, że „upływ okresu związania oferta nie jest podstawą do odrzucenia oferty, ani wykluczenia wykonawcy - za wyjątkiem wskazanym w art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp, który dotyczy tylko sytuacji nie wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania oferta, w oparciu o wniosek Zamawiającego” (wyrok

z dnia 10 stycznia 2013, KIO 2856/12). Z kolei w wyroku z dnia 2 sierpnia 2010 r. o sygn. akt KIO 1469/10 Izba wyraziła pogląd, iż „w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wykluczyć z postępowania można wyłącznie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Z powyższego wynika, iż Zamawiający wyklucza takiego wykonawcę jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający wystąpił do niego o przedłużenie terminu związania ofertą. Izba podkreśla, co zostało już wcześniej wskazane, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji bezczynności i zaniechania Zamawiającego wtoku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...)”.

Jednocześnie kontrolujący zauważył, że upływ terminu związania ofertą może powodować skutki w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania, wobec czego zamawiający, przed dokonaniem czynności wykluczenia, może skierować do wykonawców wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą, przewidziane w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Działanie to służy realizacji celu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej.

W konsekwencji kontrolujący stwierdził, że zamawiający, wykluczając z udziału w postępowaniu wymienionych wykonawców z powodu nieprzedłużenia z własnej inicjatywy terminu związania ofertą naruszył dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który stawia wymóg, by wykluczenie zostało poprzedzone wezwaniem wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą na które wykonawca odpowie negatywnie.

W dniu 5 czerwca 2014 roku zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli.

W uzasadnieniu podniósł, że stosownie do treści art 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu 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.

W celu wykazania spełnienia warunku o którym mowa w pkt 8.3.1 SIWZ (wykonanie w ramach jednego lub więcej zamówień budowy lub przebudowy lub remontu urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej (SSP) dla co najmniej 5 przejazdów kolejowych) Konsorcjum Rubau wskazało:



- własne doświadczenie, zdobyte przez członka konsorcjum, a polegające na wykonaniu SSP dla 2 przejazdów kolejowych oraz;
- udostępnione przez firmę JAKS Mroczek Sp.J. doświadczenie, polegające na wykonaniu SSP dla 3 przejazdów kolejowych.

Powyższa okoliczność oznacza, że w przypadku Konsorcjum Rubau nie mamy do czynienia z sytuacją w której wykonawca ten nie ma żadnego, własnego doświadczenia w realizacji prac wymaganych w ramach opisanego warunku wiedzy i doświadczenia. Zakres tego doświadczenia, nie pozwalał jednak na samodzielne wykazanie spełnienia warunku, stąd konieczne stało się połączenie własnego potencjału wykonawcy z potencjałem innego podmiotu.

W ocenie zamawiającego nie ulega wątpliwości, iż okoliczność w której wykonawca posiada własne doświadczenie w zakresie danego rodzaju prac powoduje, że udostępnienie zasobów innego podmiotu w odniesieniu do tej części zamówienia nie wymaga powierzenia temu podmiotowi wykonania części prac w formule podwykonawstwa. Sytuacja taka jest efektem dopuszczenia przez Zamawiającego możliwości sumowania doświadczenia różnych podmiotów, czy to wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, czy to innych podmiotów, tak aby łącznie mogli oni wykazać się realizacją prac łącznie dla 5 przejazdów kolejowych. W sytuacji w której wykonawca korzystałby z potencjału 5 różnych podmiotów, gdzie każdy wykazałby się wykonaniem tylko jednej roboty spełniającej warunek, trudno byłoby przecież wymagać od wykonawcy, aby każdemu z tych podmiotów powierzył wykonanie tej części zamówienia, której dotyczył warunek.

W związku ze sformułowanymi warunkami wykonawca musi zapewnić, iż w realizacji części zamówienia, której dotyczy opisany warunek, faktycznie będzie brał udział podmiot lub podmioty spełniające ten warunek. Ustawodawca nie wskazuje jednak „z góry”, w jakiej formule inny podmiot ma brać udział w realizacji zamówienia. Również w odniesieniu do warunku wiedzy i doświadczenia, z treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w żaden sposób nie wynika, że warunkiem polegania na zasobach innego podmiotu w zakresie wiedzy i doświadczenia jest udział innego podmiotu w realizacji części zamówienia w charakterze podwykonawcy. Wniosek taki znajduje zresztą potwierdzenie w szeregu orzeczeń KIO, co nie powinno budzić wątpliwości. Szczególnie jednak w sytuacji analogicznej do tej, jaka ma miejsce w odniesieniu do potencjału firmy JAKS Mroczek Sp.J., udział innego podmiotu w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy nie jest konieczny. Skoro bowiem, warunek w części spełniony jest przez samego wykonawcę, to tym bardziej udział innego podmiotu w realizacji zamówienia nie musi sprowadzać się do formuły podwykonawstwa. Zasadnicze znaczenie w takich przypadkach ma udostępnienie wykonawcy know-how

innego podmiotu, które w połączeniu z własnym doświadczeniem wykonawcy stanowi wystarczającą gwarancją należytej realizacji tej części zamówienia, której dotyczy warunek.

Zamawiający stwierdził, że w zaistniałych okolicznościach należy uznać, iż treść zobowiązania firmy JAKS Mroczek Sp.J. w którym podmiot ten zobowiązał się wobec wykonawcy do bycia jego konsultantem w oparciu o umowę cywilnoprawną, stanowi wystarczający dowód możliwości polegania przez wykonawcę na zasobach innego podmiotu w zakresie niezbędnym do należytej realizacji zamówienia. Nie powinno budzić wątpliwości stwierdzenie, iż poprzez udzielanie konsultacji następuje transfer wiedzy i doświadczenia. W ten sposób, wykonawca samodzielnie realizując daną część zamówienia, posiada dostęp do wiedzy i doświadczenia innego podmiotu i może z niego korzystać w zależności od zaistniałej potrzeby. Doradztwo techniczne w takich przypadkach, właściwie wykorzystywane przez wykonawcę, może przyczynić się do sprawnego realizacji zamówienia. Możliwość udostępnienia wiedzy i doświadczenia poprzez zobowiązanie do konsultacji znajduje zresztą potwierdzenie w orzecznictwie KIO, a jedynie tytułem przykładu należy wskazać wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 663/14 w którym wskazano: Zdaniem izby w przedmiotowej sprawie istnieje realna możliwość skorzystania przez Odwołującego z wiedzy i doświadczenia wykonawcy Drog-Bud sp. z o.o., skoro ten podjął się udziału w przedmiotowym przetargu, jako konsultant, doradca i podmiot nadzorujący prace."

W ocenie zamawiającego nie można zgodzić się ze stwierdzeniem Prezesa UZP, iż zobowiązanie JAKS Mroczek Sp.J. nie precyzuje w jakim zakresie zasoby zostaną udostępnione wykonawcy i w jaki sposób. Zakres zasobów został wprost określony (zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia wynikające z wykonania 3 SSP dla przejazdów kolejowych). Również sposób udostępnienia zasobów został wskazany tj. konsultacje (w sposób oczywisty w zakresie tej części zamówienia, która obejmuje wykonanie ssp dla przejazdów kolejowych). Dodatkowo inny podmiot wskazał, iż podstawą świadczenia przez niego usług eksperckich w trakcie realizacji zamówienia będzie umowa o dzieło.

Zamawiający podniósł, że w konsekwencji powyższych ustaleń nie sposób również zgodzić się z Prezesem UZP, iż treść zobowiązania innego podmiotu nie pozwala na dokonanie oceny, czy wykonawca na etapie realizacji zamówienia będzie mógł korzystać z usług konsultacyjnych podmiotu trzeciego w takim zakresie merytorycznym i na takich zasadach, że będzie to wystarczające do należytej realizacji zamówienia. W treści załączonego do oferty dokumentu znajduje się jednoznaczne zobowiązanie innego podmiotu do świadczenia usług eksperckich (konsultant). Przy tak określonym zobowiązaniu wykonawca ma skuteczne roszczenie do innego podmiotu o wywiązania się przez niego z tego zobowiązania. Złożone zobowiązanie w połączeniu ze wskazaniem formy współpracy obu podmiotów daje wystarczającą gwarancję Zamawiającemu, iż wykonawca faktycznie będzie miał dostęp do wiedzy i doświadczenia innego podmiotu w zakresie niezbędnym do

realizacji zamówienia. Jak już zostało wskazane, zakres zasobów innego podmiotu, jakim wykonawca będzie musiał korzystać, zdeterminowany jest jednak przez okoliczność w której Konsorcjum Rubau posiada własne doświadczenia w zakresie wykonywania ssp dla przejazdów kolejowych, stąd w pełni wystarczający jest udział innego podmiotu w realizacji zamówienia właśnie w charakterze konsultanta.

Zamawiający nie zgodził się z ustaleniem Prezesa UZP, iż konsorcjum Rubau nie wykazało spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, stąd zalecenie wezwania wykonawcy do uzupełnienia pisemnego zobowiązania, nie wspominając o dokumentach podmiotowych dotyczących innego podmiotu jest bezprzedmiotowe.

Zamawiający podniósł, że stosownie do treści art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Z treści cytowanego wyżej przepisu wynika wprost, iż zamawiający jedynie może, a nie musi zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Z kolei, wykonawca, który pomimo upływu pierwotnego terminu związania ofertą, jest nadal zainteresowany ubieganiem się o zamówienie zawsze może samodzielnie złożyć stosowne oświadczenie zamawiającemu.

W postępowaniu w którym zamawiający formułuje wymagania związane z terminem związania ofertą oraz z obowiązkiem utrzymania wadium przez cały okres związania ofertą oczywistym jest, iż warunkiem uznania danej oferty za najkorzystniejszą jest jej ważność tj. stan, w którym wykonawca jest tą ofertą związany, a jej ważność jest zabezpieczona wadium, w przeciwnym razie zamawiający nie mógłby bowiem skorzystać choćby z instytucji przewidzianej w art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp tj. przypadku wadium w razie odmowy podpisania umowy przez wybranego wykonawcę.

Zamawiający wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu, w dniu, w którym dokonywano czynności wyboru oferty najkorzystniejszej 9 wykonawców nie było związanych swoimi ofertami, a dodatkowo nie były one zabezpieczone wadium. W tych okolicznościach konieczne stało się wykluczenie wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Nie sposób zgodzić się z Prezesem UZP, iż z treści art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wynika, że wykluczenie wykonawcy na tej podstawie możliwe jest jedynie po uprzednim wezwaniu wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą. Wniosek ten nie wynika nie tylko z wykładni literalnej jak i celowościowej przepisu. Skoro przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp jednakowo traktuje sytuację w której wykonawca samodzielnie przedłuża termin związania ofertą z sytuacją w której przedłuża on ten termin na wniosek zamawiającego, to nie sposób przyjąć, że zastosowanie przesłanki wykluczenia o której mowa jest w art. 24 ust.

2 pkt 2 ustawy Pzp możliwe jest jedynie w jednej z ww. sytuacji, a w drugiej już nie. Wniosek ten znajduje zresztą potwierdzenie w orzecznictwie KIO, a jedynie tytułem przykładu należy wskazać wyrok KIO z dnia 7 marca 2014 r. sygn. akt KIO 276/14 oraz KIO 302/14 (skład 3 osobowy), gdzie stwierdzono: „w ocenie Izby, sytuację braku samodzielnego (przez wykonawcę) przedłużenia terminu związania ofertą należy utożsamić z sytuacją braku wyrażenia zgody (przez wykonawcę) na przedłużenie terminu związania ofert. Obydwie sytuacje prowadzą bowiem do ostatecznego efektu - braku związania ofertą. Brak związania ofertą uniemożliwia zamawiającemu dokonania jej oceny, a tym samym ewentualnego wyboru, jako najkorzystniejszej.”

Utrzymanie związania ofertą leży w interesie samego wykonawcy. Upływ terminu związania ofertą oznacza bowiem wprost, że wykonawca nie jest już zainteresowany wykonaniem zamówienia na rzecz zamawiającego na warunkach określonych w ofercie.

Sytuacja ta, musi zatem skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Wybór takiej oferty, odbywałby się bowiem wbrew woli samego wykonawcy.

Uwzględniając wskazane powyżej okoliczności, w ocenie zamawiającego, należy uznać, iż zamawiający nie był zobowiązany do wzywania wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a w okolicznościach w których oni sami, z własnej inicjatywy, w oparciu o przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, Zamawiający zobowiązany był do ich wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Z ostrożności zamawiający wskazał, iż stwierdzone przez Prezesa UZP „naruszenie”, nawet gdyby okazało się zasadne nie miałyby żadnego wpływu na wynik postępowania, gdyż wykonawcy, których wykluczenie zostało zakwestionowane i tak nie uzyskaliby zamówienia w świetle kryteriów obowiązujących w przedmiotowym postępowaniu.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oceniła zastrzeżenia kontrolowanego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli uprzedniej Prezesa UZP, zważyła, co następuje:**

W ocenie Izby argumenty zawarte w zastrzeżeniach zamawiającego od wyników kontroli uprzedniej w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za zasadne, zaś w zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp – za niezasadne.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy 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 wykonaniu zamówienia. Powyższe oznacza, iż wykonawca celem udowodnienia zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji danego zamówienia, o ile korzysta z doświadczenia podmiotów trzecich, zobowiązany jest do przedłożenia stosownego oświadczenia w formie pisemnego zobowiązania.

Powyższy przepis jest wynikiem wdrożenia postanowień unijnej dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, która stanowi, że wykonawca może w określonych sytuacjach polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego powiązań między nimi. Musi on w takiej sytuacji dowieść, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, np. przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

Wybrany wykonawca przedłożył zamawiającemu oświadczenie podmiotu trzeciego JAKS Mroczek Sp.J. z którego wynika, iż podmiot ten zobowiązuje się wobec wykonawcy, że odda mu do dyspozycji zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia wynikające z wykonania 3 SSP dla przejazdów kolejowych na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie w treści zobowiązania postanowiono, że przedsiębiorstwo będzie występować w przedmiotowym zamówieniu jako konsultant na podstawie umowy o dzieło.

Zdaniem Izby przedłożone oświadczenie odpowiada wymogowi zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Ze wskazanego przepisu wynika bowiem, iż dla wykazania, że wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, wystarczającym dokumentem jest przedłożenie pisemnego zobowiązania tego podmiotu do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów do korzystania z nich przy realizacji zamówienia. A zatem oświadczenie podmiotu trzeciego, w którym zobowiązuje się on do udostępnienia wykonawcy takich zasobów spełnia wymóg ustawy co do udowodnienia przez wykonawcę faktu dysponowania takimi zasobami.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażonym w wyroku z dnia 7 lutego 2011 r. Sygn. V Ca 3036/10 Lex nr 1089020, podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym - nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dowód na dysponowanie zasobami

innego podmiotu leży po stronie wykonawcy. Będzie to każdy dowód, który wskazuje na udostępnienie własnych zasobów przez inny podmiot wykonawcy. Ustawa jedynie, jako przykład wymienia pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia.

Przepis wyraźnie wskazuje na to, że powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich może mieć miejsce bez względu na charakter stosunków łączących strony. Współpraca może, lecz nie musi, mieć charakter podwykonawstwa, zaś strony zgodnie z zasadą swobody umów mogą ułożyć swój stosunek prawny wedle własnego uznania, byle nie byłby on sprzeczny z ustawą, naturą stosunku prawnego czy też zasadami współżycia społecznego.

Powyższe stanowisko potwierdza orzecznictwo sądów powszechnych. Oprócz wskazanego już wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 roku zwrócić należy uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 5 maja 2014 roku sygn. akt IV Ca 175/14, gdzie sąd stwierdził, iż „Jeżeli wykonawca zamierza polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Godzi się jednak dostrzec, że komentowany przepis nie precyzuje, za pomocą jakich dokumentów winien to uczynić. Wskazuje natomiast, że w szczególności takim dokumentem może być pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Nie wzbudza więc wątpliwości Sąd Okręgowy, że pisemnym zobowiązaniem może być każde oświadczenie woli innego podmiotu lub umowa, przy czym jego treść powinna bezspornie wskazywać zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, a więc oddanie wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.”

Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 maja 2013 roku sygn. akt V Ca 243/13 stwierdził, iż postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wysoce sformalizowany, co skutkować musi literalną niemal wykładnią przepisów prawa zamówień publicznych. Z treści przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp nie wynika, aby podmiot udostępniający zasoby wykonawcy musiał osobiście uczestniczyć w realizacji zamówienia. Wykonawcę i podmiot trzeci może łączyć stosunek o dowolnym charakterze prawnym, a zatem może to być także taki stosunek, z którego nie wynika dla podmiotu udostępniającego obowiązek udziału w realizacji zamówienia. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą do udostępnienia potencjału jest stosunek prawny pomiędzy wykonawcą a tym pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem, przy czym ustawa nie stawia żadnych ograniczeń czy wymogów wobec tego stosunku.

Odnosząc się do stwierdzonego przez Prezesa UZP naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, co następuje:

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. W ocenie Izby dyspozycja wskazanego przepisu nie obejmuje sytuacji, gdzie wykonawca z własnej inicjatywy nie przedłużył terminu związania ofertą.

Ustawa Pzp w art. 85 ust. 2 przewiduje dwojaką możliwość przedłużenia terminu związania ofertą, tj. samodzielnie przez wykonawcę oraz na wniosek zamawiającego. Zamawiający na podstawie rzeczonoego przepisu może zwrócić się do wykonawców tylko raz o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o oznaczony okres.

Z powyższego wynika, że wyrażenie lub brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą musi być prawną i logiczną konsekwencją czynności zamawiającego, wzywającego wykonawcę do złożenia oświadczenia w tej kwestii. O wyrażeniu/niewyrażeniu zgody nie można natomiast mówić w sytuacji, gdy wykonawca samodzielnie, bez uprzedniego wezwania zamawiającego, decyduje o tym, czy termin związania ofertą przedłuży czy nie. Potoczne rozumienie sformułowania „wyrażenie zgody” polega bowiem na zaakceptowaniu czyjejs, złożonej wcześniej, propozycji i brak jest podstaw do przyjmowania innego rozumienia tego terminu niż wynika z logicznego rozumowania.

Kwestią wymagającą podkreślenia jest fakt, że przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały wskazane w ustawie Pzp w sposób enumeratywny. Redakcja art. 24 ustawy Pzp nie pozwala na jego interpretację rozszerzającą o inne podstawy wykluczenia niż wskazane w tym przepisie, nawet jeżeli w konsekwencji prowadzą one do jednego efektu. Raz jeszcze Izba przytacza tu wskazany już wyżej pogląd Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażony w wyroku z dnia 10 maja 2013 roku, iż postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wysoce sformalizowany, co skutkować musi literalną niemal wykładnią przepisów prawa zamówień publicznych. Izba popiera także stanowisko wyrażone w wyrokach z dnia 10 stycznia 2013 roku (sygn. akt KIO 2856/14) oraz 2 sierpnia 2010 roku (sygn. akt KIO 1469/10) przywołanych przez kontrolującego w informacji o wynikach kontroli.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....