

Sygn. akt KIO/786/10

WYROK
z dnia 18 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Piotr Kozłowski
Honorata Łopianowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 maja 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Nowoczesne Technologie Informatyczne S.A., 02-078 Warszawa, Ul. L. Krzywickiego 34** od czynności zamawiającego **Skarb Państwa Ministerstwo Spraw Zagranicznych Zarząd Obsługi, 00-580 Warszawa, Al. Szucha 23,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Nowoczesne Technologie Informatyczne S.A., 02-078 Warszawa, Ul. L. Krzywickiego 34 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Nowoczesne Technologie Informatyczne S.A., 02-078 Warszawa, Ul. L. Krzywickiego 34;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Nowoczesne Technologie Informatyczne S.A., 02-078 Warszawa, Ul. L. Krzywickiego 34** na rzecz **Skarbu Państwa Ministerstwa Spraw Zagranicznych Zarządu Obsługi, 00-580 Warszawa, Al. Szucha 23** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

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

Zamawiający – Skarb Państwa - Ministerstwo Spraw Zagranicznych Zarząd Obsługi, 00-580 Warszawa, Al. Szucha 23 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Wykonanie remontu, aranżacji i wyposażenia pomieszczeń, w celu przystosowania ich na pokoje biurowe w obiekcie MSZ przy ul. Tynieckiej 15/17 w Warszawie*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 lutego 2010 r. pod pozycją 49018-2010.

Dnia 28 kwietnia 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach prowadzonego postępowania, wskazując między innymi, iż wykonawca Nowoczesne Technologie Informatyczne S.A., 02-078 Warszawa, ul. L. Krzywickiego 34, został wykluczony z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych, a jego oferta została odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Uzasadniając Zamawiający wskazał, iż wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego wymagań odnoszących się do podmiotu trzeciego, co stanowiło podstawę do niedopuszczenia podmiotu trzeciego do wykonywania zamówienia. Powyższe wskazywało, na brak możliwości wykazania Zamawiającemu przez wykonawcę, iż będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykluczony wykonawca NTI i dnia 4 maja 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Jako podstawę stawianych zarzutów wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, art. 7 ust. 1, oraz art. 26 ust. 3 ustawy, przez nieuprawnione wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz odrzucenie jego oferty. Wobec braku podstaw do żądania uzupełnienia dokumentów oferty Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, naruszające przepisy ustawy było uznanie, że została spełniona przesłanka do zatrzymania wadium stosownie do przepisu art. 46 ust. 4 a ustawy.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania z przyczyny wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i odrzucenia jego oferty, unieważnienie

czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał również, że ma interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, bowiem wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie złożonej oferty uniemożliwiło dopuszczenie jego oferty do czynności oceny ofert.

Dodatkowo uzasadniał, iż składając ważną ofertę oczekiwał, że będzie ona przedmiotem oceny Zamawiającego. Nie ma przy tym znaczenia, że oferta Odwołującego uzyskałaby w toku oceny ofert kolejną pozycję, ustaloną wg przyjętych kryteriów oceny ofert. Wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy i SIWZ i wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, Odwołujący poniósł szkodę, bowiem zatrzymane zostało wadium złożone w tym postępowaniu. W przypadku zaś zgodnego z ustawą działania Zamawiającego, Odwołujący nie zostałaby wykluczony z postępowania, a jego oferta nie byłaby odrzucona na etapie badania ofert przez Zamawiającego. Odwołujący zauważa też, że takie rozumienie interesu w uzyskaniu zamówienia zgodne jest z przepisami Dyrektywy Rady 89/665/EWG

Uzasadniając wyjaśnił, że wśród osób umieszczonych w Wykazie osób przewidzianych do realizacji zadania, jedynie Pan Andrzej S. prowadzi działalność gospodarczą w formie jednoosobowego przedsiębiorstwa prowadzonego pod nazwą F.H.U. CITO Andrzej S. i tylko on będzie udostępniony Odwołującemu do realizacji przedmiotu zamówienia. Stąd też w odniesieniu do tego podmiotu zostały złożone wszystkie wymagane dokumenty zarówno w ofercie jak i odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Z tych też względów, Odwołujący złożył do oferty oświadczenie Pana Andrzeja S. o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pozostałe osoby wskazane w Wykazie osób przewidzianych do realizacji zadania (załącznik nr 7 do SIWZ), tj. zarówno Pan Dominik T., jak i Pan Adam W., nie są „*podmiotami*”, o których mowa w pkt 6.1.1 oraz w pkt 5.2 SIWZ. Powyższe osoby nie zostały i nie zostaną oddane Odwołującemu do dyspozycji przez podmioty trzecie na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia przez Odwołującego. Zarówno Pan Dominik T., jak i Pan Adam W. będą współpracować przy realizacji zadania bezpośrednio z Odwołującym, jako osoby fizyczne, na podstawie umowy cywilnoprawnej.

W związku z powyższym, ponieważ ani Pan Dominik T., ani Pan Adam W., nie są ani nie będą udostępnieni Wykonawcy przez podmioty, o których mowa w pkt 6.1.1 (strona 8 SIWZ) oraz w pkt 5.2 SIWZ, nie stosuje się do nich wymogów zawartych w przepisie art. 26 ust. 2 b ustawy jak również wymogu zawartego w pkt 6.2.2 SIWZ. Stąd też Odwołujący nie był

zobowiązany do przedstawienia w odniesieniu do powyższych osób któregokolwiek z dokumentów, o których mowa w pkt 6.2 SIWZ.

Odwołujący wyjaśnia ponadto, że załączone do oferty oświadczenia złożone przez Pana Dominika T. oraz Pana Adama W. potwierdzają jedynie ich gotowość do realizacji przedmiotu zamówienia, tj. do pełnienia funkcji Kierownika robót budowlanych oraz Kierownika robót sanitarnych, za czym przemawia wyraźna treść oświadczenia, która potwierdza, gotowość wykonania prac „w ramach moich kompetencji”.

Odwołujący w ogóle nie miał obowiązku przedłożenia w ofercie omawianego oświadczenia dotyczącego w/w osób. Załączone oświadczenia należy traktować, jako dodatkowe oświadczenie Odwołującego wykazujące jedynie, że wskazane osoby nie są „jego pracownikami” w rozumieniu przepisów ustawy prawo pracy, lecz współpracują z Odwołującym na podstawie umów cywilnoprawnych. Powyższe oświadczenia Zamawiający błędnie zinterpretował przyjmując, że Pan Dominik T. i Pan Adam W. są, podmiotami przy pomocy, których Odwołujący będzie wykonywał przedmiot zamówienia, albo też, że zostaną udostępnione przez inny podmiot w rozumieniu art. 26 ust. 2 b ustawy. W konsekwencji Zamawiający błędnie przyjął, że również w odniesieniu do tych osób istnieje obowiązek przedłożenia dokumentów, o których mowa w punkcie 6.2. SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji w odniesieniu do oferty Odwołującego w związku z treścią dokumentów (złożonych oświadczeń), które nie były w SIWZ wymagane.

Przedstawiając powyższe zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony do zatrzymania wadium, z powodu braku złożenia wszystkich dokumentów, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, bowiem żądane przez Zamawiającego dokumenty wykraczały poza zakres dokumentów, do których złożenia wykonawca był obowiązany zgodnie z zapisami SIWZ. Podkreślenia wymaga fakt, iż jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza - przesłanka określona w art. 46 ust. 4a Ustawy w odniesieniu o oświadczeń i dokumentów może zaistnieć jedynie w przypadku, gdy zamawiający sformułował żądanie oświadczeń i dokumentów w treści SIWZ (por. wyrok KIO z dnia 05 marca 2009 r., KIO/UZP 194/09). W przedmiotowej sprawie, Zamawiający nie wskazał w SIWZ, iż będzie się domagał przedstawienia dokumentów, wskazanych w pkt 6.2.2. SIWZ, także w przypadku dysponowania przez Wykonawcę osobami fizycznymi, niebędącymi „osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (...) innych podmiotów”, lecz pozostającymi w dyspozycji Wykonawcy.

Załączone do oferty inne dokumenty niż wymagane przez Zamawiającego (dodatkowe oświadczeń osób fizycznych), nie powinny być przedmiotem jego oceny, w świetle spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 4 maja 2010 roku.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający przygotowując przedmiotowe postępowanie, opracował specyfikację istotnych warunków zamówienia, w której opisał warunki udziału w postępowaniu. W odniesieniu do podmiotów trzecich, z których wykonawca będzie korzystał w trakcie realizacji zamówienia postawił wymóg, (pkt 6.1.1.), że jeżeli Wykonawca będzie polegał 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, zobowiązany będzie również złożyć pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Dodatkowo w pkt 6.2.2 s.i.w.z. wskazał, że jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w pkt. 5.1. SIWZ, polegać będzie na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w pkt. 5.2. SIWZ, a podmioty te będą brały udział w realizacji

części zamówienia, wykonawca jest obowiązany do przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów, o których mowa w pkt. 6.2. SIWZ.

W punkcie 6.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający enumeratywnie wymienił, jakiego rodzaju dokumentów będzie żądał, tj.:

- a) Wypełnione Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych- **załącznik nr 3** do siwz;
- b) Aktualny odpis z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt. 2 ustawy- **wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert**, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy (w przypadku osób fizycznych, wystarczające będzie podpisanie oświadczenia, o którym mowa w pkt. 6.2. lit. a) siwz);
- c) Aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające odpowiednio, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. **Zaświadczenie musi być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;**
- d) Aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. **Zaświadczenie musi być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;**
- e) Aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt. 4 - 8 ustawy Prawo zamówień publicznych - **wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;**
- f) Aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych – **wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.**

Odwołujący, do swojej oferty załączył Wykaz osób przewidzianych do realizacji zamówienia, w którym wymienił 3 osoby: Pana Dominika T., Wojciecha Ś. oraz Adama W.

W/w osoby przeznaczone zostały do pełnienia odpowiednio następujących funkcji: Kierownika robót budowlanych, Kierownika robót elektrycznych, Kierownika robót sanitarnych. Dla każdej z tych osób zostały załączone kserokopie dokumentów dotyczących posiadania odpowiednich uprawnień zaświadczeń oraz oświadczenie o następującej treści: *„Ja niżej podpisany (...) zobowiązuję się do udostępnienia firmie Nowoczesne Technologie Informatyczne S.A. (...) swojego potencjału technicznego i osobowego w w/w zakresie moich kompetencji.”*.

Wobec treści takich oświadczeń, Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości, co do kompletności dokumentów przedstawionych przez Odwołującego, a dotyczących Panów Dominika T. i Adama W., dlatego też pismem z dnia 20 kwietnia 2010 r. wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, do uzupełnienia dokumentów oferty, m.in. o dokumenty dotyczące osób wskazanych w wykazie osób przewidzianych do realizacji zadania, tj. Pana Dominika T. (wskazanego na Kierownika robót budowlanych) oraz Pana Adama W. (wskazanego na Kierownika robót sanitarnych), wyznaczając termin uzupełnienia dokumentów do dnia 26.04.2010 r. do godz. 9.00

W dniu 23 kwietnia 2010 r. Odwołujący uzupełnił żądane dokumenty, a w zakresie w/w Panów Dominika T. oraz Adama W. wyjaśnił, że osoby te nie są osobami, o których mowa w punkcie 5.2. SIWZ, tj. nie są to osoby, które zostaną udostępnione przez inny podmiot, w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy. Odwołujący wskazał, że w/w osoby nie są ani nie będą udostępnieni wykonawcy przez podmioty, o których mowa w pkt 6.1.1 oraz w pkt 5.2 s.i.w.z., nie stosuje się do nich wymogu zawartego w pkt 6.2.2 s.i.w.z.

Powyższy brak uzupełnienia wymaganych specyfikacją istotnych warunków zamówienia dokumentów stanowił podstawę do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Izba, w zakresie możliwości żądania dokumentów podmiotowych w zakresie podmiotów opisanych w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych, w pełni popiera stanowisko wyrażone w opinii Urzędu Zamówień Publicznych.

Na wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, iż spełnia warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy oraz nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy. Tym samym, co do zasady to nie zamawiający ma udowadniać podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne lecz to do wykonawcy należy wykazanie braku podstaw do wykluczenia, o ile oczywiście zamawiający tego żąda. Powyższe w sposób jednoznaczny wynika z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 2a ustawy w brzmieniu nadanym nowelą. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4

ustawy zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawców, którzy „nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.” Stosownie do 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, spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1.” Tym samym, sam fakt nie wykazania spełnienia warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy oraz nie spełnienie warunku wykazania braku podstaw do wykluczenia z powodu nie spełnienia warunków wymienionych w art. 24 ust. 1 ustawy stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zachodzi tylko i wyłącznie na żądanie i w zakresie wskazanym przez zamawiającego (art. 26 ust. 2a). Ze względu na znaczenie dla potencjalnych wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne zakres warunków, których potwierdzenia spełnienia żądamy od wykonawców wskazywany jest już w treści ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z art. 41 pkt 7 ustawy ogłoszenie o zamówieniu powinno wymieniać warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Zgodnie natomiast z art. 25 ust. 1 ustawy ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać również oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Inaczej mówiąc, zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli ich wykazania nie żądał w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odstępstwo od powyższej zasady dotyczy powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków, gdy z mocy ustawy (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) lub rozporządzenia w sprawie dokumentów (§ 1 ust. 3 rozp.) wykonawca zobowiązany jest złożyć stosowne dokumenty.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy w brzmieniu nadanym nowelą, „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych

podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.”

Celem uchwalenia powyższego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, który dopuszcza poleganie wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań.

Warto zwrócić uwagę na kilka kwestii związanych z praktycznym stosowaniem przepisu art. 26 ust. 2b. Po pierwsze, uprawnienie wykonawcy do opierania się na potencjale podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków dotyczy jedynie niektórych spośród wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy warunków. Jak wynika z art. 26 ust. 2b ustawy, uprawnienie to nie obejmuje warunku posiadania uprawnień oraz warunku potencjału ekonomicznego. W tym zakresie zamawiający może wymagać wykazania spełnienia powyżej wskazanych dwóch warunków bezpośrednio od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne.

W zakresie dotyczącym uprawnień warto podkreślić, iż za wystarczające do uznania spełniania warunku w postępowaniu dotyczącym przedmiotu o różnym rodzaju należy uznać, gdy uprawnienie posiadał będzie, co najmniej jeden z konsorcjantów, który będzie realizował tę część zamówienia, z którym wiąże się obowiązek posiadania uprawnień. Jeżeli chodzi o potencjał ekonomiczny, wykonawca nie może się opierać na potencjale podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wymagania te ze względu na bezpieczeństwo realizacji inwestycji przypisane są wykonawcy. Przykładowo powszechnie stosowane w praktyce wymagania ekonomiczne takie jak posiadanie odpowiedniej płynności bieżącej czy też posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej ze swej istoty przypisane są bezpośrednio wykonawcy. Po drugie, gdy wykonawca wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu odwołuje się do potencjału podmiotów trzecich zobowiązany jest wykazać, iż będzie dysponował zasobami tego podmiotu niezbędnymi do realizacji zamówienia. Obowiązek ten wynika bezpośrednio z ustawy i nie jest wymagane w tym zakresie wyrażenie woli zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz. Odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich jest uprawnieniem wykonawcy, przy czym skorzystanie z tego uprawnienia łączy się z obowiązkiem udowodnienia, iż takim potencjałem będzie on dysponował. Warte jednak podkreślenia jest, iż ustawowy obowiązek wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem podmiotów trzecich dotyczy tylko tych warunków, których wykazanie spełnienia jest wymagane od

wykonawców, a więc co do zasady warunków, które są opisane przez zamawiającego i dla których żąda on złożenia stosownych dokumentów.

Po trzecie, to na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Sposób wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem zależy od specyfiki danego zamówienia oraz rodzaju warunku w zakresie, którego wykonawca odwołuje się do potencjału podmiotu trzeciego.

Za oczywistą należy uznać sytuację, w której wykonawca samodzielnie wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku, nawet jeżeli wykonawca zamierza skorzystać z potencjału podmiotów trzecich nie jest zobowiązany do udowadniania, iż zasobami podmiotów trzecich będzie dysponował.

W przypadku wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich w zakresie sytuacji finansowej, potencjału technicznego (np. sprzętu) czy też osób zdolnych do realizacji zamówienia za wystarczające może być uznane zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia odpowiednich zasobów na rzecz wykonawcy. Konieczność udowodnienia dysponowaniem tymi zasobami niekoniecznie musi wiązać się z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Stosunek wykonawcy z podmiotem trzecim może ograniczać się do zobowiązania udzielenia wykonawcy np. pożyczki, wdzierżawienia określonego sprzętu czy też udostępnienia pracownika, co dla wykazania spełnienia odpowiednich warunków i z punktu widzenia zapewnienia gwarancji należytego wykonania zamówienia może okazać się wystarczające.

W stosownych sytuacjach dla wykazania dysponowania odpowiednimi zasobami konieczne może okazać się uczestnictwo podmiotów trzecich przy realizacji części zamówienia. W szczególności może to dotyczyć sytuacji, w której wykonawca powołuje się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego. Wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa, które nie mogą być przedmiotem obrotu w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego. Niewątpliwie do składników przedsiębiorstwa należy suma doświadczeń zawodowych, posiadanych zdobyczy myśli technicznej i organizacyjnej, czyli to, co określa się w piśmiennictwie zapożyczoną nazwą *know-how*. Tak więc w skład przedsiębiorstwa wchodzi również takie elementy jak np. renowa przedsiębiorstwa czyli kategoria praktycznie tożsama z referencjami oraz związane z nimi doświadczenie w realizacji podobnych zamówień. Należy wskazać, iż doświadczenia nie można samodzielnie zbyć, ani w inny sposób zadysponować nim przenosząc go na określony podmiot. Wynika to z tego, iż posiadanie doświadczenia jest kwestią faktu, nie zaś prawa. Doświadczenie stanowi

indywidualny dorobek przedsiębiorstwa, na który składa się ogół wiadomości oraz umiejętności zdobytych w toku prowadzonej działalności gospodarczej. W tej sytuacji doświadczenie dzieli zawsze byt prawny przedsiębiorstwa. Stąd też, dla wykazania dysponowania odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne może być powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu części udzielanego zamówienia.

Powyższe wiąże się z zagadnieniem podwykonawstwa w zamówieniach publicznych definiowanego, jako wykonanie części zamówienia publicznego przez podwykonawcę na rzecz generalnego wykonawcy. Ograniczenie podwykonawstwa ogranicza możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich, gdyż ogranicza możliwości wykazania, iż zasobami podwykonawcy będzie można się posługiwać przy realizacji przedmiotu zamówienia, szczególnie w zakresie, w jakim udział w wykonaniu części zamówienia jest do tego niezbędny. Stąd też, ograniczenie podwykonawstwa ma charakter szczególny i może nastąpić jedynie w okolicznościach wskazanych w art. 36 ust. 5 ustawy, a więc ze względu na specyfikę zamówienia. Orzecznictwo ETS wskazuje, iż dyrektywy nie zabraniają wykluczenia lub ograniczenia możliwości wykorzystania podwykonawców do wykonania zasadniczych części zamówienia w sytuacji, kiedy zamawiający nie jest w stanie ocenić ich technicznych i finansowych możliwości na etapie postępowania, kiedy dokonuje wyboru wykonawcy, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę.

Po czwarte, dostępność zasobów osób trzecich może być starannie badana przez zamawiającego. Powyższe wynika z ustawy (art. 26 ust. 3 i 4) jak i orzecznictwa ETS. W jednym z orzeczeń ETS czytamy: Usługodawca, który nie spełnia sam minimalnych warunków stawianych uczestnikom postępowania o zamówienie publiczne na usługi może więc się opierać, w stosunkach z podmiotem zamawiającym, na stanie (kondycji) podmiotów trzecich, z których zasobów proponuje korzystać w razie udzielenia mu zamówienia. Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia. Tak więc, jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od prawnego charakteru takich powiązań, spółka musi

wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia (patrz podobnie w odniesieniu do dyrektyw 71/304 i 71/305, Ballast Nedam Groep I, pkt 17).

Po piąte, pod pewnymi warunkami za dopuszczalne należy uznać zmiany podmiotów trzecich na etapie realizacji zamówienia na zasobach, których wykonawca opierał się wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Kierując się jednak art. 7 ust. 1 ustawy oraz uznając istotność dokonywanych zmian w świetle art. 144 ust. 1 ustawy zmianę taką należy uznać za dopuszczalną pod warunkiem, gdy zmiana została dopuszczona na etapie przetargu oraz nowy podwykonawca wykaże spełnianie warunków w zakresie nie mniejszym niż wskazany na etapie postępowania o zamówienie publiczne dotychczasowy podwykonawca.

Nie ulega także wątpliwości, że dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim a także, w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu oraz czy podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście je posiada. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego przez zamawiającego. Omawiany przepis wymaga udowodnienia przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu, że będzie nimi dysponował, wskazując, jako przykładowy sposób tego udowodnienia przedłożenie pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji tych zasobów. Udowodnienie dysponowania wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 2) – 4) ustawy Prawo zamówień publicznych zasobami może mieć różną postać oraz treść – stosownie do rodzaju tego zasobu a także stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu jak i charakteru i zakresu porozumienia pomiędzy tymi podmiotami. Udowodnienie to powinno obejmować nie tylko wykazanie faktu udostępnienia wykonawcy zasobów przez uprawnionego ich dysponenta (podmiot trzeci udzielający odpowiednich zasobów), ale także wykazanie, że podmiot udzielający zasobu wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie rzeczywiście nim dysponuje.

Ponadto, zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych (bądź inne, odpowiednie oświadczenie w tym zakresie) winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu – wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia a także inne istotne

okoliczności, w tym, wynikające ze specyfiki tego zasobu. W sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako podwykonawca, doradca czy na innej podstawie) musi jednak zostać wykazane przez wykonawcę, bowiem nie można przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym bowiem wypadku zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem.

Uwzględniając powyższe, Izba oceniając dokumenty złożone przez Odwołującego stwierdziła, iż Odwołujący nie udowodnił, iż podmioty trzecie, z których zasobów będzie korzystał spełniają warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego.

Treść oświadczeń woli o udostępnieniu swojego potencjału technicznego i osobowego, załączonych do oferty, jest jednoznaczna i co istotne pozostaje w sprzeczności z oświadczeniem wykonawcy, który z tych podmiotów będzie korzystał w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia.

Na uwagę zasługuje fakt, iż wykonawca, który w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów winien jasno i precyzyjnie taką wolę wyrazić w dokumentach, które składa Zamawiającemu do oceny (oferta z załącznikami). Zgodnie bowiem z przepisem art. 9 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Zamawiający otrzymując komplet dokumentów, bierze pod ocenę informacje w nich zawarte, nie w sposób dowolny, ale ściśle określony przepisami ustawy Pzp, jak i innymi przepisami związanymi z przedmiotową ustawą. Skoro więc z przedstawionych informacji wynika, że w przypadku dwóch osób zostaną udostępnione ich potencjał techniczny i osobowy – na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, to Zamawiający, w celu realizacji dyspozycji przepisu art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych miał obowiązek żądać

spełnienia, w odniesieniu do tych dwóch podmiotów, warunków udziału w postępowaniu opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zwraca uwagę, iż w trakcie rozprawy Odwołujący przyznał, że w zakresie zaświadczenia z właściwego Urzędu Skarbowego oraz w zakresie informacji opisanej w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, możliwym byłoby do uzyskania przez osoby fizyczne. Odwołujący wyraził wątpliwość, czy byłaby możliwość uzyskania zaświadczenia z ZUS. Natomiast niemożliwym do uzyskania, w ocenie Odwołującego byłoby uzyskanie zaświadczenia w zakresie informacji opisanej w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

Jak wynika z powyższego, istnieje techniczna możliwość uzyskania stosownych zaświadczeń z właściwych instytucji dla podmiotów będących osobami fizycznymi.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych dokładnie precyzuje, że nieistotny jest charakter prawny łączący wykonawcę i podmiot, na potencjale, którego będzie „opierał” się wykonawca. W tym względzie dopuszczalna jest każda forma współpracy, gdyż może zaistnieć również taka sytuacja, że nawet osoba, która jest zatrudniona na umowę o pracę z wykonawcą, może w zakresie nieobjętym zakresem świadczenia pracy porozumieć się z pracodawcą i podpisać inną – odrębną umowę cywilno-prawną, a wykonawca (pracodawca) zgłosi taką osobę, jako podmiot trzeci, z którego np. doświadczenia zamierza skorzystać, w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Tak więc istnieje szerokie spektrum możliwości współpracy, a od wykonawcy zależy jak tą współpracę wykaże Zamawiającemu.

W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, jaki charakter współpracy wiąże strony, gdyż opierał się na oświadczeniach osób załączonych do oferty. Oświadczeń przeciwnych, czy też wyjaśnień tych osób Odwołujący nie przedstawił. Jak bowiem Zamawiający miałby inaczej ocenić dokumenty załączone do oferty, w tym oświadczenia podmiotów trzecich, niż poprzez ich merytoryczną ocenę. Odwołujący żadnych dowodów przeciwnych nie przedstawił.

Wracając jeszcze do dokumentów, które mogłaby złożyć osoba fizyczna, z której potencjału technicznego i osobowego, jako podmiotu trzeciego zamierzał korzystać wykonawca, Izba zwraca uwagę, iż nic nie stoi na przeszkodzie w uzyskaniu odpowiednich zaświadczeń z US, ZUS i KRK w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Oczywistym jest natomiast, że w zakresie informacji

z KRK w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp osoba fizyczna takowych informacji nie

będzie
w stanie uzyskać.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....