

WYROK
z dnia 3 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Członkowie: Izabela Kuciak

Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 sierpnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20 sierpnia 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwo „BUDOMEX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 87-800 Włocławek, ul. Baśniowa 8/10 (lider), 2) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „LUX-DOM” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 87-800 Włocławek, ul. Papieżka 11, 3) Adam Przybylski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Adam Przybylski Produkcja Handel Usługi, 87-800 Włocławek, ul. Barska 47** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 87-100 Toruń, Plac Teatralny 2/416**

orzeka:

- 1. Oddała odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwo „BUDOMEX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 87-800 Włocławek, ul. Baśniowa 8/10 (lider), 2) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „LUX-DOM” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 87-800 Włocławek, ul. Papieżka 11, 3) Adam Przybylski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Adam Przybylski Produkcja Handel Usługi, 87-800 Włocławek, ul. Barska 47 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwo „BUDOMEX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 87-800 Włocławek, ul. Baśniowa 8/10 (lider), 2) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowo-Handlowe „LUX-DOM” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 87-800 Włocławek, ul. Papieżka 11, 3) Adam Przybylski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Adam Przybylski Produkcja Handel Usługi, 87-800 Włocławek, ul. Barska 47,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwo „BUDOMEX” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 87-800 Włocławek, ul. Baśniowa 8/10 (lider), 2) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowo-Handlowe „LUX-DOM” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 87-800 Włocławek, ul. Papieżka 11, 3) Adam Przybylski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Adam Przybylski Produkcja Handel Usługi, 87-800 Włocławek, ul. Barska 47** na rzecz **Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 87-100 Toruń, Plac Teatralny 2/416,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne spółka z o.o. z siedzibą w Toruniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Budowa pawilonu łóżkowego z przeznaczeniem na oddziały szpitalne z lotniskiem dla śmigłowców sanitarnych wyniesionym na jego dachu w kompleksie budynków Szpitala Wojewódzkiego we Włocławku”.

16 sierpnia 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego – konsorcjum w składzie: 1) Przedsiębiorstwo „BUDOMEX” spółka z o.o. z siedzibą we Włocławku (lider konsorcjum), 2) Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „LUX-DOM” spółka z o.o. z siedzibą we Włocławku, 3) Adam Przybylski Produkcja Handel Usługi z Włocławka (zwane dalej również „Konsorcjum”) – o wynikach postępowania: 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego „BUDOPOL” S.A. z siedzibą w Bydgoszczy, 2) wykluczeniu z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp.

20 sierpnia 2010 r. (pismem z 18 sierpnia 2010 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie od czynności wykluczenia z postępowania Odwołujący, w tym samym dniu przekazując jego kopię Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, iż Zamawiający przez dokonaną czynność naruszył następujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Art. 7.
2. Art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz ust. 4.
3. Art. 26 ust. 2a i 2 b i ust. 3.
4. Art. 36 ust. 4.
5. Art. 44.
6. Art. 89 ust. 1 pkt 2.
7. Art. 91 ust. 1 i 2.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego BUDOPOL S.A. z Bydgoszczy jako najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji wykluczenia go z postępowania.

Sygn. akt KIO 1801/10

2. Dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
3. Uznania przy ponownej ocenie ofert, iż najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona przez Odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający oparł swoje rozstrzygnięcie w szczególności na twierdzeniach, iż: *w przedmiotowym postępowaniu wykluczony wykonawca nie wykazał, że posiada odpowiednie doświadczenie wymagane przez Zamawiającego, albowiem wykonawca ten powołał się na potencjał podmiotu trzeciego - firmy „HYDROBUDOWA-9” S.A., jedynie w zakresie udostępnienia referencji bez wskazania, że firma ta będzie brała udział w wykonaniu przedmiotowego zamówienia, a po wezwaniu przez Zamawiającego do uzupełnienia oferty o odpowiednie doświadczenie wykonawca złożył wyjaśnienia oraz przedłożył oświadczenie zawierające tylko deklarację udzielenia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia co nie jest równoznaczne z oświadczeniem w zakresie wzięcia udziału w realizacji zamówienia, zdaniem Zamawiającego złożone wyjaśnienia nie są wystarczające do uznania, iż wykonawca rzeczywiście dysponuje zasobami „Hydrobudowy-9” S.A. Jako uzasadnienie prawne swojej decyzji Zamawiający podał, że: zgodnie z art. 26 ust. 2 b zd. 2 PZP odwołanie się do zasobów innego podmiotu jest dopuszczalne pod warunkiem, że wykonawca będzie dysponował tymi zasobami przy realizacji zamówienia, na potwierdzenie którego to stanowiska przywołał opinię prawną Prezesa UZP, a także orzeczenia KIO wyroki: z 17 maja 2010 r. w sprawie sygn. akr KIO 790/10, z 18 maja 2010 r. w sprawie sygn. akt KIO 786/10, z 2 czerwca 2010 r. w sprawie sygn. akt KIO 890/10. Po zacytowaniu wybranych fragmentów tych orzeczeń Zamawiający stwierdził, że dla prawidłowego wykazania, że Wykonawca rzeczywiście dysponuje zasobami „HYDROBUDOWY-9” S.A. powinien on zaangażować ten podmiot bezpośrednio do realizacji zamówienia na zasadzie podwykonawstwa (zgodnie z sugestią zawartą w artykule A. Sołtysińskiej, G. Wicika w „Kwartalniku PZP” nr 4/2009), a tego nie uczynił, co jest jednoznaczne z wykluczeniem go z przetargu.*

Poza wybiórczym zacytowaniem kilku tez z orzeczeń KIO, Zamawiający właściwie nie odniósł się do treści wyjaśnień Odwołującego z 27 lipca 2010 r., że tylko względy formalno-organizacyjne, niezależne od niego, spowodowały, że ówczesny inwestor „podzielił zamówienie na kilka mniejszych przetargów”, ale Odwołujący faktycznie wykonał w tym samym czasie roboty w jednym szpitalu o wartości ponad 8 mln złotych, wykazując tym samym, że ma odpowiednie doświadczenie związane z realizacją inwestycji z zakresu budowy i modernizacji obiektów szpitalnych o częstokroć wyższym stopniu skomplikowania technicznego i technologicznego, niż zakres robót w przedmiotowym postępowaniu

Sygn. akt KIO 1801/10

przetargowym i daje Zamawiającemu rękojmię należytego wykonania przyszłej umowy. Fakt, że wartości poszczególnych omawianych referencji były niższe niż 8 mln złotych nie może automatycznie dyskwalifikować Odwołującego w zakresie doświadczenia zawodowego, w sytuacji gdy ma on w swoim dorobku również obiekty wielkokubaturowe (typu bloki, obiekty wielolokalowe itp.) o wartości podobnej do przedmiotu zamówienia i przedstawił na tę okoliczność dodatkowe referencje, do których Zamawiający również się nie odniósł w uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia.

Nie można zgodzić się z poglądem Zamawiającego, że istnieje w Prawie zamówień publicznych jakikolwiek kategoriyczny zapis, iż tylko referencje ewentualnego podwykonawcy czynią zadość wymogom postawionym w art. 26 ust. 2b pzp, gdyż żaden z przepisów tej ustawy nie statuuje dla wykonawcy obowiązku zlecenia podwykonawcom zakresu prac, odpowiadających posiadanemu przez podwykonawcę doświadczeniu, na które powołuje się wykonawca. Zdaniem Odwołującego art. 26 ust. 2b pzp dotyczy dopuszczalności powoływania się na zdolność innych podmiotów, które biorą nie tylko bezpośredni udział w postępowaniu przetargowym, ale także tych, które mogą brać pośredni udział w realizacji inwestycji, poprzez stosowną współpracę z wykonawcą lub jego potencjalnymi podwykonawcami. Z tych względów Zamawiający nie może żądać od Odwołującego przybrania konkretnej formy współpracy czy też zawarcia określonej umowy (w tym podwykonawstwa), gdyż Odwołujący musi jedynie udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował odpowiednimi zasobami należącymi do podmiotów trzecich, poprzez dostarczenie zobowiązania takich podmiotów, co w niniejszej sprawie zostało uczynione, gdyż firma „HYDROBUDOWA - 9” S.A. takie oświadczenie złożyła i nie zostało ono w żaden sposób podważone czy zakwestionowane.

Prawdą jest, że z niektórych orzeczeń KIO, może wynikać, że istnieje jedynie słuszny pogląd – że bez podwykonawstwa nie można wykazać dysponowania zasobami innego podmiotu w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdyż są to części składowe przedsiębiorstwa, które nie podlegają zbyciu. Taka interpretacja przywołanego przepisu art. 26 ust. 2b pzp oraz orzecznictwa KIO jest nieuprawniona i w rzeczywistości jest „nadinterpretacją” regulacji prawnej dokonanej przez ustawodawcę i nie może być automatycznie stosowana w niniejszej sprawie.

Po pierwsze, należy jednak podnieść, że w orzeczeniach KIO znajdują się również takie twierdzenia, iż: *„w ocenie Izby konieczne jest, aby wymóg udowodnienia faktu dysponowania zasobami na wypadek korzystania z pomocy innych podmiotów powinien być wyraźnie określony przez Zamawiającego w ogłoszeniu lub w SIWZ. Art. 26 ust. 2a ustawy PZP stanowi bowiem, że wykonawca czyni to: „ (...) na żądanie Zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym (...)”.* Nie można bowiem domniemywać że, istnieją jeszcze inne

warunki nie podane w ogłoszeniu czy w SIWZ. W konsekwencji opisując warunki udziału w postępowaniu Zamawiający powinien zastrzec, że gdy wykonawca zamierza polegać na zdolnościach podmiotów trzecich, to musi udowodnić w drodze wybranych przez siebie środków dowodowych. Na zasadzie analogii należy wskazać, że również obowiązek złożenia oświadczenia o spełnieniu warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy PZP, mimo że wynika bezpośrednio z art. 44 ustawy PZP wymaga stosownego wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ. Mając powyższe na względzie należy stwierdzić, że w postępowaniu poniżej „progów unijnych” Zamawiający jest jedynie uprawniony do żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu czyli dowodów stosownie do treści art. 26 ust. 2b ustawy pzp, a skoro w ogłoszeniu czy w s.i.w.z. nie zawarł on szczegółowych zapisów w tym zakresie to należy przyjąć, iż oświadczenie złożone przez „HYDROBUDOWA - 9” S.A., a także wyjaśnienia Odwołującego z 27 lipca 2010 r., są wystarczające i winny być zaakceptowane przez Zamawiającego.

Po drugie, wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów. Z powyższego wynika, że uprawnienie wykonawców do opierania się na potencjale osób trzecich, co dopuszcza również dyrektywa europejska i prounijna wykładnia prawa, nie może być ograniczone w sposób dowolny przez Zamawiającego w postępowaniu „poniżej progów unijnych” i nieuzasadnionym żądaniu dodatkowych dokumentów (np. oświadczeniu o wzięciu udziału w realizacji zamówienia). W konsekwencji skoro art. 26 ust. 2a i 2b ustawy pzp ma charakter fakultatywny, to z uwagi na to, że „zobowiązanie” odnosi się wyłącznie do warunków podmiotowych, dodatkowe żądania w tym zakresie przez Zamawiającego z tego tytułu są nieuzasadnione i bezprawne.

Po trzecie, jest rzeczą oczywistą, że zarówno Zamawiającemu jak i Odwołującemu powinno zależeć na rzeczywistym dysponowaniu doświadczeniem zawodowym i w niniejszej sprawie nie powinny istnieć żadne wątpliwości, że w dużej mierze Odwołujący takie doświadczenie posiada, bez względu na to, w jaki sposób przy realizacji inwestycji będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia czy też bezpośredniego udziału firmy „HYDROBUDOWA-9” S.A., albowiem przedstawiony przez niego do oferty wykaz zrealizowanych inwestycji (poszerzony w piśmie z dnia 27 lipca 2010), nie budzi wątpliwości co do potencjalnych jego możliwości. Zatem deklarowane zawarcie przez Odwołującego szczegółowej umowy o współpracy z firmą „HYDROBUDOWA-9” S.A., w której zawarte będą elementy umów: know-how, doradztwa, nadzoru, współpracy i podwykonawstwa nie może przez Zamawiającego nie być uwzględnione, mimo że faktycznie nie została ta umowa podpisana, albowiem

Sygn. akt KIO 1801/10

zgodnie z orzecnictwem KIO w chwili składania oferty wykonawcy nie udostępnia się wiedzy i doświadczenia, a jedynie zobowiązanie do jej udostępnienia.

Zdaniem Odwołującego charakter prawny łączący wykonawcę i podmiot na potencjale którego będzie opierał się wykonawca może być bardziej złożony i skomplikowany i w rzeczywistości może w różny sposób określać udział tego podmiotu w realizacji inwestycji. Tak więc istnieje, szerokie spektrum możliwości współpracy i od Wykonawcy zależy, jaką to współpracę wykaże Zamawiającemu, jeżeli postępowanie jest poniżej progów unijnych i brak jest szczegółowych informacji czy wymagań w ogłoszeniu i s.i.w.z.

30 sierpnia 2010 r. Zamawiający wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej oraz przekazał Odwołującemu odpowiedź na odwołanie – w której wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swego stanowiska podał, iż Konsorcjum skorzystało z możliwości określonej w art 26 ust 2b ustawy pzp i przedstawiło w zakresie potwierdzenia warunku określonego w pkt. 8.4 s.i.w.z. robotę wykonaną przez „Hydrobudowę-9” S.A. Natomiast przekonanie Odwołującego, iż posiada doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia w związku z realizacją robót wskazanych w pkt 2-7 *Wykazu robót* (załącznik nr 3 do s.i.w.z.), pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia oceny spełniania wymogów udziału w przedmiotowym postępowaniu gdyż obiektywnie i formalnie nie wykazał on, iż spełnia wymogi Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Robota, którą Odwołujący wskazał na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku została zamieszczona przez Odwołującego w punkcie 1. *Wykazu robót* i zgodnie z zawartą informacją, została wykonana przez „Hydrobudowa-9” S.A. (podmiot trzeci), tej Spółki dotyczą złożone w ofercie referencje dotyczące wykonania tej roboty. Do oferty Odwołujący załączył również oświadczenie „HYDROBUDOWY-9” S.A. o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia na czas realizacji zamówienia, nie wskazując jej w wykazie podwykonawców. Obowiązek udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, spoczywał na Odwołującym, który mógł z własnej inicjatywy i powinien złożyć właściwe dokumenty (w przepisie art. 26 ust. 2b pzp katalog dokumentów, które może złożyć wykonawca jest otwarty). Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu, ponieważ Odwołujący nie wykazał, że dysponuje wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem, a w szczególności nie udowodnił, że przy wykonywaniu zamówienia będzie miał możliwość realnego, rzeczywistego korzystania z zasobów „HYDROBUDOWY-9” S.A. Zamawiający był zobowiązany dokonać weryfikacji spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, a analiza złożonych

Sygn. akt KIO 1801/10

przez Odwołującego dokumentów (także wraz z pismem z 27 lipca 2010 roku) wykazała, że Odwołujący nie dysponuje wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem.

Skuteczne powołanie się na możliwość korzystania z zasobów podmiotów trzecich w rozumieniu art. 26 ust 2b pzp, wymaga spełnienia wskazanych w tej normie prawnej warunków, w szczególności uzależniona jest od faktu, czy wykonawca udowodni, że rzeczywiście dysponuje zasobami podmiotu trzeciego, na które się powołuje. W ocenie Zamawiającego, celem i uzasadnieniem (*ratio legis*) wprowadzenia tej regulacji było umożliwienie poszerzenia kręgu potencjalnych wykonawców – jednakże nie w sposób dowolny, nieograniczony i niekontrolowany przez zamawiającego, ale o umożliwienie wzięcia udziału w przetargach takim wykonawcom, którzy sami nie spełniają określonego wymogu, ale dzięki rzeczywistej, realnej współpracy z podmiotami trzecimi, będą zdolni do realizacji zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego. Obowiązek wykazania, że oferent faktycznie będzie dysponował określonymi zasobami podmiotu trzeciego spoczywa po stronie wykonawcy (dokumenty składane są na podstawie art 26 ust. 2b pzp, a ich rodzaj i zakres zależny jest od okoliczności konkretnego przypadku). W ocenie Zamawiającego oczywiste jest, że korzystanie z tej możliwości nie może prowadzić do sytuacji dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie wykazali realnego dysponowania określonymi, wymaganymi przez Zamawiającego zasobami. Zamawiający nie ma obowiązku akceptowania fikcji dysponowania określonymi zasobami przez wykonawcę, który przykładowo samodzielnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, ale składa określone referencje dla podmiotu trzeciego, jednak nie wykazuje, że podmiot trzeci będzie realnie brał udział w wykonywaniu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, należy podkreślić, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący nie wskazał w jaki sposób, w jakim zakresie będzie rzeczywiście korzystał z zasobów podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia przy wykonywaniu zamówienia. Ze złożonego przez Odwołującego oświadczenia dotyczącego tej kwestii wynika jedynie, że „HYDROBUDOWA-9” S.A. udostępni Odwołującemu zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia. Jak wskazywał Zamawiający, już po weryfikacji oferty Odwołującego, oświadczenie, o którym mowa powyżej nie może być podstawą do stwierdzenia, że podmiot trzeci faktycznie, rzeczywiście zamierza wziąć udział w realizacji zamówienia. Należy także wskazać, że z samego oświadczenia o udostępnieniu zasobów w postaci doświadczenia-cokolwiek miałyby ono oznaczać, ponieważ w oświadczeniu nie określono w żaden sposób na czym owe „dysponowanie” czy też „udostępnienie” miałyby polegać, nie jest równoznaczne z deklaracją rzeczywistego udziału w realizacji zamówienia (tj. korzystania z tego doświadczenia) przez Odwołującego.

Sygn. akt KIO 1801/10

Stanowisko Zamawiającego znalazło oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności zgodnie z poglądem KIO wyrażonym w wyroku z dnia 17 maja 2010 roku: *Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że nie jest uprawnione wnioskowanie, zgodnie którym skoro w zobowiązaniu (lub innym dokumencie), o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych zawarto deklaracją, udzielenia innemu podmiotowi wiedzy i doświadczenia, to skutkuje to uczestnictwem wystawcy takiego oświadczenia w realizacji zamówienia, a także: „(..) 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.*

W przedmiotowej sprawie należy podkreślić nie tylko kwestię, iż skuteczne powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wymaga wykazania przez Odwołującego, iż ma on rzeczywistą możliwość dysponowania określonymi zasobami podmiotu trzeciego (a nie tylko powołuje się na dokonania podmiotu trzeciego i składa wystawione dla tego podmiotu referencje), równie istotne jest zwrócenie uwagi na charakter zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia osoby prawnej – spółki akcyjnej, w kontekście możliwości dysponowania nimi przez Odwołującego. W ocenie Zamawiającego doświadczenie osoby prawnej nie może być oderwane od tego podmiotu, jest to zasób ściśle związany z osobą prawną, nie może być udostępniany bez udostępnienia przedsiębiorstwa. Kwestia ta jest łatwiejsza do wyobrażenia w przypadku osoby fizycznej – doświadczenie osoby fizycznej podąża za tą osobą, nie może być od niej oderwane, dlatego jeśli wykonawca powołuje się na doświadczenie podmiotu trzeciego – osoby fizycznej, powinien wskazać, że ta osoba będzie osobiście brała udział w realizacji

Sygn. akt KIO 1801/10

zamówienia. Podobnie rzecz się ma z doświadczeniem osoby prawnej, choć w tym wypadku analiza tego zagadnienia wymaga jeszcze bardziej abstrakcyjnego rozumowania niż w przypadku osób fizycznych. Zdaniem Zamawiającego, nie można skutecznie powołać się na dysponowanie doświadczeniem osoby prawnej bez wskazania, że będzie ona brała udział w realizacji zamówienia. Takiej interpretacji przepisów wymaga także konieczność poszanowania zasady równego traktowania wykonawców – zarówno tych, którzy powołują się na zasoby osób fizycznych jak i tych, którzy powołują się na zasoby osób prawnych.

Celem Zamawiającego było zapewnienie, aby specjalistyczne roboty objęte przedmiotowym zamówieniem były wykonywane przez podmiot dysponujący określonym doświadczeniem. W przedmiotowej sprawie, nie sposób wyobrazić sobie, aby bez właściwego, realnego udziału podmiotu trzeciego („HYDROBUDOWA-9” S.A.), Odwołujący był w stanie korzystać z jego doświadczenia, wymaganego przez Zamawiającego. Samodzielne wykonywanie robót przez Odwołującego (czy też przy pomocy podwykonawców, którzy nie mają wymaganego doświadczenia), oznaczałoby, że mamy do czynienia z sytuacją, w której zamówienia udzielono i które wykonuje podmiot, który nie ma doświadczenia w wykonywaniu określonego rodzaju robót, wymaganego przez Zamawiającego. Nie sposób przyjąć, że wystarczające do wykazania posiadania określonego doświadczenia i uzyskania zamówienia, jest powołanie się na fakt wykonania określonej roboty przez inny podmiot i złożenie wystawionych dla tego podmiotu referencji.

Z uwagi na specyfikę przedmiotowego zamówienia, w zasadzie trudne do wyobrażenia jest, aby Odwołujący mógł korzystać z doświadczenia podmiotu trzeciego (doświadczenia w zakresie wykonywaniu robót budowlanych) bez udziału tego podmiotu przy realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Powyższe jednak, w ocenie Zamawiającego, nie ma kluczowego znaczenia dla przedmiotowej sprawy. Zasadniczym powodem wykluczenia Odwołującego był bowiem brak wykazania rzeczywistej możliwości korzystania przez Odwołującego z zasobów podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia, tj. brak spełnienia postawionego przez Zamawiającego wymogu w zakresie doświadczenia, bez względu na formę współpracy pomiędzy Odwołującym a podmiotem trzecim.

Odwołujący był świadomy konieczności wykazania Zamawiającemu, że „Hydrobudowa-9” S.A. będzie rzeczywiście brała udział w wykonywaniu zamówienia, jednak nie udowodnił tej okoliczności. Zamawiający powziął wątpliwości, czy wykonawca skutecznie powołuje się na doświadczenie „HYDROBUDOWA-9” S.A., a wobec faktu, że samodzielnie Odwołujący nie spełnia wymogu w zakresie doświadczenia (podlega wykluczeniu), Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wskazanie, że przedmiotowy warunek jest spełniony. Z tego powodu, Zamawiający z piśmie z 26 lipca 2010 roku, wezwał Odwołującego do wykazania, że warunek ten spełnia. Odwołujący zdawał sobie sprawę, że

Sygn. akt KIO 1801/10

w odniesieniu do „HYDROBUDOWY-9” S.A. powinien wykazać, że podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia. Odwołujący, w odwołaniu wprost wskazuje, że (...) *wykonawca musi udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował odpowiednimi zasobami należącymi do podmiotów trzecich, poprzez dostarczenie zobowiązania takich podmiotów, co w niniejszej sprawie zostało uczynione, gdyż firma „HYDROBUDOWA - 9” SA. takie oświadczenie złożyła (...).* Zamawiający nie kwestionuje faktu, że takie oświadczenie zostało złożone, jednakże nie wynika z niego wola wzięcia udziału przez podmiot trzeci w realizacji zamówienia, co w przedmiotowym stanie faktycznym oznacza, że Odwołujący nie wykazał, iż spełnia wymogi Zamawiającego w zakresie doświadczenia. Powołanie się przez Odwołującego w przedmiotowej sprawie ma charakter blankietowy, nieprecyzyjny i nie pozwala ustalić, że „HYDROBUDOWA-9” S.A. będzie rzeczywiście brała udział w wykonywaniu zamówienia, tj. nie ma podstaw, by stwierdzić, że Odwołujący będzie faktycznie korzystał z „doświadczenia” tej spółki.

Jednocześnie Zamawiający nie dostrzega w niniejszej sprawie jakiegokolwiek związku z możliwością naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 36 ust. 4 pzp (zgodnie z prawem Zamawiający żądał wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcy), art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp (Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie tego przepisu, lecz wykluczył Odwołującego z postępowania, czego konsekwencją jest uznanie jego oferty za odrzuconą), a także art. 91 ust. 1 i 2 pzp (Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z ustalonymi kryteriami).

20 sierpnia 2010 r. Zamawiający przesał do wybranego wykonawcy kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

26 sierpnia 2010 r. (pismem z 25 sierpnia 2010 r.) wykonawca „BUDOPOL” S.A. zgłosił do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba nie dopuściła zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego z uwagi na niedochowanie 3-dniowego zawitego terminu dokonanie tej czynności, liczonego od daty przekazania przez Zamawiającego kopii odwołania (art. 185 ust. 2 pzp).

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, a zatem odwołanie podlegało rozpatrzeniu.

Sygn. akt KIO 1801/10

Po ustaleniu z urzędu, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 25 kwietnia 2010 r. pod nr 96775-2010, Zamawiający zamieścił również ogłoszenie w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.bip.kpim.lo.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i wynosi 9.200.000,00 zł, co stanowi równowartość 2.396.457,41 euro.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną wynoszącą 13.875.088,69 zł oraz z terminem wykonania zamówienia 12,5 miesiąca. W wybranej przez Zamawiającego ofercie cena wynosi 14.887.165,60 zł, a termin wykonania zamówienia 11 miesięcy. Zgodnie z postanowieniami pkt. 17 s.i.w.z. waga tych kryteriów wynosi odpowiednio, dla ceny – 80%, dla terminu wykonania zamówienia – 20%.

W pkt. 8.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) Zamawiający postawił następujący warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia: „Wykonawca musi wykazać się realizacją w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie co najmniej: 1 robotę budowlaną polegającą na budowie obiektu szpitala z oddziałami szpitalnymi oraz instalacjami gazów medycznych, o powierzchni min. 1500 m² która odpowiada swoim rodzajem robocie stanowiącej przedmiot zamówienia o wartości brutto min. 8.000.000,00 zł”.

Jednocześnie poza wskazaniem w pkt. 9.3.1 s.i.w.z., iż w celu potwierdzenia spełniania tego warunku należy złożyć „wykaz robót budowlanych wykonanych, w ciągu ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, zgodnie z załącznikiem Nr 3”, Zamawiający nie zawarł w s.i.w.z. żadnych postanowień dotyczących

Sygn. akt KIO 1801/10

możliwości posługiwania się przez wykonawców wiedzą i doświadczeniem innych podmiotów a także sposobu udowodnienia przez wykonawców korzystających z takiej możliwości, iż będą dysponowali tymi niezbędnymi do realizacji zamówienia zasobami.

Na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt. 8.4 s.i.w.z. Odwołujący załączył do oferty wykaz robót potwierdzony referencjami, zawierający w pozycjach od 2. do 7. sześć robót budowlanych polegających na przebudowie, modernizacji lub adaptacji oddziałów, bloków lub pomieszczeń Szpitala Wojewódzkiego we Włocławku, o wartościach brutto mieszczących się w przedziale od 1.164.235,00 zł do 2.300.000,00 – wykonanych przez lidera lub partnerów Konsorcjum. Natomiast w pozycji 1. wykazu Odwołujący zawarł robotę budowlaną polegającą na budowie bloku diagnostyczno-zabiegowego dla Szpitala Powiatowego w Jarocinie, o wartości brutto 11.701.526,59 zł – wykonaną, przez „HYDROBUDOWA-9” S.A. z siedzibą w Wysogotowie k/Poznania, co wynikało z załączonej referencji potwierdzającej jej należyte wykonanie. Oprócz tego do oferty Odwołujący załączył dokument pn. „Pisemne zobowiązanie podmiotu do udostępnienia niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”, wskazujący, iż dotyczy postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, w którego treści znajduje się oświadczenie osób upoważnionych do reprezentacji „HYDROBUDOWY-9” S.A., które oświadczyły, że „stosownie do treści art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (...), zobowiązujemy się do oddania Wykonawcom występującym wspólnie – Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo „Budomex” Sp. z o.o., PPUH LUX-DOM Sp. z o.o. oraz Przybylski PHU (...) do dyspozycji zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w zakresie: wiedzy i doświadczenia – robót budowlanych wskazanych w wykazie stanowiącym załącznik nr 3 do oferty w niniejszym postępowaniu, następujących robót budowlanych (...)”, i w tym miejscu wskazano robotę budowlaną z pkt. 1 wykazu.

26 lipca 2010 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 pzp wezwał Odwołującego „do uzupełnienia oferty poprzez załączenie załącznika nr 3 wypełnionego zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz referencji należytego wykonania wskazanych robót”.

27 lipca 2010 r. Odwołujący przesłał wykaz robót uzupełniony o ujęte w nowych pozycjach od 8. do 11. roboty budowlane wraz z załączonymi referencjami – przy czym jedna z robót opiewa na kwotę powyżej progu 8 milionów złotych, a wszystkie dotyczą budownictwa mieszkaniowego. W zakresie dotychczasowych pozycji od 1 do 7 wykaz nie uległ zmianie co do treści.

Sygn. akt KIO 1801/10

W piśmie przewodnim do załączonych dokumentów, Odwołujący wskazał, iż „w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (...) przedkładam jeszcze raz załącznik nr 3 (rozszerzony o dodatkowe referencje) do oferty i dodatkowo składam następujące wyjaśnienia, w zakresie wiedzy i doświadczenia zawodowego”.

W wyjaśnieniach tych Odwołujący stwierdził między innymi, iż:

„(...) Konsorcjum Wykonawców przedłożyło oświadczenie podmiotu trzeciego, który wyraża zgodę na przekazanie swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, na czas realizacji zadania Konsorcjum Wykonawców.

Mając na względzie zapisy SIWZ oraz treść ogłoszenia o postępowaniu przetargowym, Zamawiający nie jest uprawniony do żądania dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, albowiem zgodnie z rozporządzeniem (...) w sprawie rodzaju dokumentów (...) możliwość taka występuje jedynie w stosunku do dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia.

Dodatkowo należy podnieść, że zgodnie z art. 25 ust. 1 Ustawy PZP Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, zaś oświadczenia lub dokumenty te wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, to nie mniej jednak z tego względu, że to Wykonawca ma obowiązek przekonać Zamawiającego, że faktycznie w trakcie realizacji inwestycji będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego Lider Konsorcjum oświadcza, że podmiot trzeci – HYDROBUDOWA 9 S.A. będzie bezpośrednio zaangażowany w realizację inwestycji będącej przedmiotem postępowania przetargowego.

Uczestnictwo wskazanego podmiotu oparte będzie na zawartej (w przyszłości – po wyborze oferty) umowie szczegółowej o współpracy, w której określone zostaną zasady specjalistycznego doradztwa, współdziałania a także podwykonawstwa polegającego między innymi na oddelegowaniu pracowników, udostępnieniu technologii, planowaniu i organizacji prowadzonych prac.

Z tego względu, że zakres współpracy z podmiotem trzecim przy realizacji przedmiotu zamówienia będzie większy i odmienny niż typowe podwykonawstwo, Konsorcjum Firm w złożonej ofercie nie wskazało w załączniku nr 4B podmiotu trzeciego, gdyż czynnościom jakie będzie realizował ten podmiot nie można przypisać określonego w tabeli „rodzaju powierzonych części zamówienia”, nie mniej jednak nie podważa to w żaden sposób faktu współpracy Wykonawcy z tym podmiotem przy bezpośrednim wykonywaniu zamówienia. (...)”.

Sygn. akt KIO 1801/10

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania, która wobec nieprzekazania Izbie w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, została w niezbędnym zakresie powielona: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania, oferty Odwołującego, wezwania do uzupełnienia dokumentów z 26 lipca 2010 r. skierowanego do Odwołującego i jego odpowiedzi z 27 lipca 2010 r., a także przywołanych w uzasadnieniu pism i dokumentów.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz złożone ustnie w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia po 29 stycznia 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania oznaczałoby, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc jednocześnie szkodę. W ocenie Izby, Odwołujący legitymuje się tym interesem, gdyż złożył ofertę zawierającą najniższą cenę i taki termin wykonania, których bilans mógłby prowadzić do uznania jej za najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny przyjętych w s.i.w.z. Zatem uwzględnienie odwołania otworzyłoby Odwołującemu realną możliwość uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o jego udzielenie, natomiast wykluczenie z postępowania naraża go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Ponieważ Odwołujący nie sprecyzował w żaden sposób w odwołaniu na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego art. 7, art. 36 ust. 4, art. 44 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, Izba uznała, iż nie postawił w tym zakresie zarzutów podlegających rozpatrzeniu.

Sygn. akt KIO 1801/10

W ocenie Izby, nie potwierdził się natomiast zarzut, iż bezpodstawne było wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku opisanego w pkt. 8.4 s.i.w.z.

Na wstępie Izba stwierdza, iż z oświadczeń złożonych na rozprawie wynika, iż niesporna między Stronami jest okoliczność, iż roboty budowlane wykazane w poz. od 2 .do 7. i od 8. do 11. nie potwierdzają spełnienia warunku określonego w pkt. 8.4 s.i.w.z, przy czym bez znaczenia jest, że Strony przyznają tę okoliczność w odniesieniu do robót wykonanych na rzecz Szpitala Wojewódzkiego we Włocławku, częściowo z innych powodów. Odwołujący odstąpił bowiem na rozprawie od argumentacji, iż roboty z pkt. od 2. do 7. wykazu, jako wykonane na rzecz tego samego szpitala można zsumować, uzyskując w ten sposób wymagany próg wartościowy. Natomiast Zamawiający oświadczył na rozprawie, iż nie zaliczył żadnej z tych robót na poczet wymaganego doświadczenia również dlatego, że roboty związane z modernizacją i przebudową obiektów szpitalnych nie odpowiadają rodzajowo, jego zdaniem, budowie obiektów szpitalnych. W ocenie Izby rozbieżność między Stronami w tej ostatniej kwestii jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Również bez znaczenia dla tego rozstrzygnięcia jest wykazywanie przez Odwołującego za pomocą robót wykazanych dodatkowo w wyniku uzupełnienia, iż posiada doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych polegających na budowie nowych obiektów o wartości powyżej progu wymaganego przez Zamawiającego. W ocenie Izby, nie można bowiem potwierdzić spełnienia warunku polegającego na wykonaniu roboty budowlanej o określonych dwóch parametrach, pierwszym, dotyczącym jej przedmiotu, drugim, dotyczącym jej wartości, przez wykazanie dwóch różnych robót, z których każda spełnia inny z wymaganych dwóch parametrów – gdyż wystarczające ale i konieczne było wykazanie co najmniej jednej roboty cechującej się oboma parametrami jednocześnie.

Nie można również potwierdzić spełnienia warunku w danym postępowaniu, i to po otwarciu ofert, przez wykazanie, iż jest się w trakcie realizacji roboty budowlanej spełniającej wszystkie wymagane parametry. Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie nie jest także wiarygodność Odwołującego jako wykonawcy dającego należyłą rękojmię wykonania robót budowlanych, w tym robót związanych z budownictwem szpitalnym czy robotami o określonym progu wartości. Z tych względów Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z umowy zawartej przez Odwołującego na wykonanie roboty budowlanej, która ma być ukończona w grudniu 2010 r., uznając, iż dowód ten został przywołany jedynie dla zwłoki.

Wobec powyższego, zdaniem Izby, kluczowe dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest wyłącznie ustalenie, czy robota wykazana przez Odwołującego w pozycji 1. wykazu może być zaliczona na poczet spełnienia przez niego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia określonego w pkt. 8.4 s.i.w.z. Kwestią sporną jest przy tym, nie to, czy

Sygn. akt KIO 1801/10

robota ta odpowiada pod względem rodzaju, wartości i należytego wykonania postawionemu warunkowi, lecz czy wiedza i doświadczenie zdobyte przy jej realizacji przez podmiot trzeci – „HYDROBUDOWĘ” 9 S.A., została skutecznie i prawidłowo udostępniona Odwołującemu na podstawie przepisu art. 26 ust. 2 b pzp.

Z przepisu art. 26 ust. 2b pzp wynika bowiem, iż dla wykazania spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp) wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, przy czym 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. Wykonawca ma zatem prawo przy wykazywaniu spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia do skorzystania z cudzej wiedzy i doświadczenia, jednak pod warunkiem, że udowodni zamawiającemu, iż będzie mógł nimi dysponować przy wykonywaniu zamówienia.

W ocenie Izby, zarówno to uprawnienie jak i obowiązek wykonawcy wynikają wprost z ustawy, nie wymagają zatem dla swojej skuteczności i obowiązywania w konkretnym postępowaniu wskazania ich przez zamawiającego w s.i.w.z. Niewątpliwie jednak, z uwagi na przepisy art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 2a pzp, Zamawiający powinien wskazać na możliwość polegania na zasobach podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz konieczność udowodnienia dysponowania tymi zasobami w drodze wybranych przez siebie dowodów. Naruszenie w tym zakresie wskazanych przepisów nie miało jednak żadnego wpływu na wynik postępowania, gdyż z jego przebiegu wynika, iż Odwołujący był w pełni świadomy możliwości skorzystania z przepisu art. 26 ust. 2b. W ocenie Izby powagę tego naruszenia nie ma wpływu fakt, iż postępowanie jest prowadzone poniżej tzw. progów unijnych. Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, iż brak wskazania przez Zamawiającego w obowiązującej w postępowaniu s.i.w.z, w jaki sposób wykonawcy mają udowodnić dysponowanie doświadczeniem podmiotu trzeciego niezbędnym do wykonania zamówienia, oznacza, iż Zamawiający musi uznać za wystarczający dokument wystawiony przez „HYDROBUDOWĘ-9” S.A., załączony przez Odwołującego do oferty, gdyż w przeciwnym razie prowadzić to będzie do arbitralnej oceny Zamawiającego. Wynikające z przepisu art. 26 ust. 2b pzp uprawnienie do wykazywania dysponowania zasobem podmiotu trzeciego przy realizacji danego zamówienia w wybrany przez wykonawcę sposób uniemożliwia wskazanie zamkniętego katalogu dokumentów potwierdzających. Jednocześnie brak wskazania przykładowego wyliczenia środków dowodowych nie może zwalniać Odwołującego z wynikającego również wprost z tego

Sygn. akt KIO 1801/10

przepisu obowiązku udowodnienia Zamawiającemu dysponowania wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, z uwzględnieniem specyfiki danego postępowania i tego zasobu.

Izba podziela bowiem wyrażany w orzecznictwie i doktrynie pogląd, iż w przypadku robót budowlanych dla wykazania dysponowania wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego konieczne jest wykazanie przez wykonawcę, iż zapewniona jest możliwość realnego udziału tego podmiotu w wykonywaniu zamówienia. Nie można bowiem zupełnie oddzielić nabytego na przestrzeni lat wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w wykonywaniu robót budowlanych od niego samego. Tymczasem, w ocenie Izby, z treści załączonego do oferty *Pisemnego zobowiązania „HYDROBUDOWY-9” S.A.* nie wynika, iż zobowiązuje się ona do uczestnictwa w jakikolwiek rzeczywisty i skonkretyzowany sposób w realizacji przedmiotowego zamówienia. Wręcz przeciwnie, z dokumentu tego wynika jedynie zgoda na swoiste „użyczenie” posiadanej referencji z należytego wykonania roboty budowlanej odpowiadającej warunkowi postawionemu przez Zamawiającego. Zdaniem Izby, powielenie w treści tego oświadczenia formułki z przepisu art. 26 ust. 2b pzp o zobowiązaniu się do oddania zasobów mogłoby zostać uznane za wystarczające w przypadku udostępnienia osób, gdyż oznaczałoby, iż podmiot trzeci akceptuje ich udział w wykonywaniu zamówienia i liczy się z możliwością uszczuplenia swoich zasobów kadrowych w tym zakresie w czasie realizacji zamówienia, skoro udostępnia zindywidualizowane z imienia i nazwiska osoby posiadające określone kwalifikacje w zakresie wiedzy i doświadczenia. Natomiast z zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia w postaci konkretnie wskazanej roboty budowlanej, nie wiąże się żaden konkretny skutek po stronie podmiotu udostępniającego, gdyż pozostaje ono nieskonkretyzowane. Zaakceptowanie takiego sposobu wykazywania wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji robót budowlanych prowadziłyby w konsekwencji do konieczności dopuszczania do udziału w postępowaniu nawet podmiotów, które same nie dysponują żadnym doświadczeniem w wykonywaniu robót budowlanych, ale są w stanie uzyskać od podmiotów trzecich zgodę na posługiwanie się ich referencjami, za którą nie stoi żadne realne zobowiązanie do udziału w realizacji zamówienia.

W ocenie Izby błędne jest stanowisko Odwołującego, iż z faktu, że takie zobowiązanie podmiotu trzeciego jest warunkowe, gdyż dotyczy warunku przyszłego w postaci udzielenia zamówienia wykonawcy, oznacza, że taki wykonawca nie jest zobowiązany do udowodnienia już w złożonej ofercie, iż będzie realnie dysponował tą wiedzą i doświadczeniem. Jednocześnie, możliwość powołania się na dysponowanie przy realizacji zamówienia takim zasobem niezależnie od charakteru prawnego stosunków łączących wykonawcę z podmiotem trzecim, nie oznacza, iż ta więź prawna nie musi istnieć już w chwili składania oferty, a jej istnienie nie podlega udowodnieniu. Odwołujący zatem

Sygn. akt KIO 1801/10

niesłusznie wywodzi, iż wystarczające jest zadeklarowanie przez niego w złożonych wyjaśnieniach z 27 lipca 2010 r. (podtrzymanych na rozprawie co do zasady, choć już nie w zakresie deklarowanego udziału), iż dopiero w przyszłości zawrze umowę z „HYDROBUDOWĄ-9” S.A. gwarantującą jej wymierne uczestnictwo w wykonaniu zamówienia. Tymczasem takie zapewnienie możliwości realnego udziału tego podmiotu w wykonaniu zamówienia musi już być wykazane na dzień składania ofert i powinno pochodzić od tego podmiotu trzeciego, a nie wyłącznie od wykonawcy. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie ma żadnej pewności, iż „HYDROBUDOWA-9” S.A. (osoby wchodzące w skład jej organu uprawnionego do reprezentacji) ma świadomość roli, jaką ma odegrać według Odwołującego w razie wybrania jego oferty, ani tym bardziej żadnej gwarancji, iż podpisze stosowną umowę o współpracy, której zakres projektowany przez Odwołującego ma być „większy i odmienny niż typowe podwykonawstwo” i obejmować specjalistyczne doradztwo, współdziałanie, a także podwykonawstwo polegające między innymi na oddelegowaniu pracowników, udostępnieniu technologii, planowaniu i organizacji prowadzonych prac – zwłaszcza, że na rozprawie zakres tego deklarowanego przez Odwołującego udziału uległ wyraźnemu zawężeniu do doradztwa, pomocy w organizacji pracy, gdyż uczestnicy Konsorcjum dysponują własnymi brygadami, które realizowały podobne zamówienia.

Izba zważyła również, iż Odwołujący nie może się również domagać od Zamawiającego dokonania na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 pzp wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie przedstawienia stosownych dokumentów dla wykazania, iż będzie on dysponował wiedzą i doświadczeniem „HYDROBUDOWY-9” S.A. przy wykonywaniu zamówienia. Pomimo enigmatycznej treści pisma Zamawiającego z 26 lipca 2010 r., treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień wskazuje, iż miał on świadomość, iż Zamawiający wymaga uzupełnienia wykazu o inne roboty lub wykazania udziału „HYDROBUDOWY-9” S.A. w wykonywaniu zamówienia. W przedmiotowej sprawie nie ma przy tym znaczenia, czy intencją Zamawiającego było domaganie się wykazania podwykonawstwa czy też dopuszczał inne formy udziału tego podmiotu – ze złożonych wyjaśnień wynika bowiem, iż Odwołujący zajął stanowisko, iż w ogóle nie musi składać żadnego dodatkowego dokumentu w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, wobec niepotwierdzenia się zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4, art. 26 ust. 2b oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy pzp, a naruszenie przepisów art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 2a nie miało wpływu na wynik postępowania – i działając na podstawie art. 192 ust. 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

Sygn. akt KIO 1801/10

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając jako uzasadnione koszty Odwołującego wynagrodzenie pełnomocnika na podstawie rachunku (faktury VAT) przedłożonej do akt sprawy, ograniczając jego wysokość do 3 600 zł – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....