

Sygn. akt: KIO/2796/10

WYROK
z dnia 11 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Justyna Tomkowska
Paweł Trojan

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum Firm: 1) ARKADIS Monika Bakowska (Lider); 2) Zakład Projektowania i Realizacji „COMPACT-CHS” S.C. Stanisław Chumikowski (Partner) z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Przedmieście Czudeckie 439, 38-120 Czudec** w dniu 27 grudnia 2010 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Powiat Leżajski, ul. Kopernika 8, 37-300 Leżajsk**

przy udziale wykonawcy **Krośnieńska Dyrekcja Inwestycji Sp. z o. o., ul. Kościuszki 49, 38 - 400 Krosno**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Firm: 1) ARKADIS Monika Bakowska (Lider); 2) Zakład Projektowania i Realizacji „COMPACT-CHS” S.C. Stanisław Chumikowski (Partner) z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Przedmieście Czudeckie 439, 38-120 Czudec i nakazuje

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **Konsorcjum Firm: 1) ARKADIS Monika Bakowska (Lider); 2) Zakład Projektowania i Realizacji „COMPACT-CHS” S.C. Stanisław Chumikowski (Partner)** z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: **ul. Przedmieście Czudeckie 439, 38-120 Czudec** stanowiący koszty postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum Firm: 1) ARKADIS Monika Bakowska (Lider); 2) Zakład Projektowania i Realizacji „COMPACT-CHS” S.C. Stanisław Chumikowski (Partner)** z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: **ul. Przedmieście Czudeckie 439, 38-120 Czudec** na rzecz: **Powiatu Leżajskiego, ul. Kopernika 8, 37-300 Leżajsk** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Nadzór inżynierski nad projektem „Przebudowa drogi powiatowej nr 1256R Sieniawa (granica powiatu) - Piskorowce - Leżajsk na odcinku Rzuchów - Leżajsk”*, zostało wszczęte przez Powiat Leżajski, ul. Kopernika 8, 37-300 Leżajsk zwaną dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych 385772 - 2010 w dniu 26.11.2010 r.

W dniu 21.12.2010 r. Zamawiający faxem przekazał na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”* informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej Krośnieńskiej Dyrekcji Inwestycji Sp. z o. o., ul. Kościuszki 49, 38 - 400 Krosno zwanej dalej: *„Krośnieńską Dyrekcją Inwestycji Sp. z o. o.”* albo *„Przystępującym”* oraz wykluczeniu z udziału w postępowaniu Konsorcjum Firm: 1) ARKADIS Monika Bakowska (Lider); 2) Zakład Projektowania i Realizacji „COMPACT-CHS” S.C. Stanisław Chumikowski (Partner) z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Przedmieście Czudeckie 439, 38-120 Czudec zwanego dalej: *„Konsorcjum ARKADIS”* albo *„Odwołującym”*.

Wykonawca na żądanie Zamawiającego nie dostarczył w wyznaczonym terminie wymaganych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ - Instrukcji dla wykonawców oraz w ogłoszeniu o zamówieniu, i Zamawiający wzywał Wykonawcę o uzupełnienie oferty przetargowej o następujące dokumenty: 1) wykaz wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane należycie (referencje).

W ofercie brakuje wykazu zrealizowanych usług na kontrakcie o wartości robót min. 500 000,00 PLN (dot. funkcji Inspektora Nadzoru branży mostowej) w ramach budowy, przebudowy, rozbudowy, remontu drogowego obiektu inżynierskiego (mostu, wiaduktu, estakady, przepustu) o klasie obciążeń min. „C” i długości całkowitej min 7,0m; z podaniem ich rodzaju, wartości, roku i miejsca wykonania wraz z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługa została wykonana należycie (referencje), na potwierdzenie warunku zgodnie z pkt 5.2.1, a i b Instrukcji dla Wykonawców, Rozdz. I SIWZ zwanej dalej: *„SIWZ”*. Na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum ARKADIS w dniu 13.12.2010 r.

przedłożyło zobowiązanie Pana Stanisława M. do udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Z dostarczonych dokumentów (protokół odbioru, dokumentacja techniczna mostu) potwierdzających, że usługa została wykonana należyte wynikało, że Pan Stanisław M. wykonał wymaganą w pkt 5.2.1 SIWZ usługę Inspektora Nadzoru w branży mostowej, ale z dołączonego jego zobowiązania wynika, że oddaje do dyspozycji Konsorcjum ARKADIS zasoby wiedzy i doświadczenia, nie ma informacji, że podejmuje się pełnić funkcję Inspektora Nadzoru w branży mostowej, z odpowiedzi Konsorcjum ARKADIS nie wynika również, że wskazują Pana Stanisława M. do pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru w branży mostowej. Zatem warunku posiadania wiedzy doświadczenia dla funkcji Inspektora Nadzoru w branży mostowej Konsorcjum ARKADIS nie spełnia, gdyż zgodnie z pkt 5.2.1 a, b SIWZ osoba posiadająca wymagane doświadczenie powinna być wskazana na pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru w branży mostowej.

Ponadto, nie przedłożono: 2) wymienione w pkt 6.1.6, 6.1.7, 6.1.8, 6.1.9 SIWZ oświadczenia i dokumenty dla NADROMAR Jan Marszałek, 35-114 Rzeszów, ul. J. Malczewskiego 7/29, co było konieczne z uwagi na zapis pkt 6.1.10 SIWZ oraz § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) zwanego dalej: „rozporządzeniem”. Konsorcjum ARKADIS w złożonej ofercie powołuje się na potencjał osoby Jan M. NADROMAR z siedzibą 35 - 114 Rzeszów, ul. J. Malczewskiego 7/29 i oświadcza, że osoba Jan M. będzie pełnić funkcję Inżyniera Projektu (wykaz kadry technicznej).

Na wezwanie Zmawiającego Konsorcjum ARKADIS w dniu 13.12.2010 r. wyjaśniło, że: „Firma NADROMAR Jan Marszałek i Pan Jan M. jest to ta sama osoba fizyczna”. Konsorcjum ARKADIS nie dostarczyło dokumentów wymaganych w pkt 6.1.10 SIWZ i podlega wykluczeniu. Na

wezwanie Zmawiającego Konsorcjum ARKADIS w dniu 13.12.2010 r., wyjaśniło również: 1) że dołączone do oferty referencje dla Jan M. (Główny Inspektor Nadzoru Robót Drogowych) obejmują również przepusty w ramach zadania wskazanego w referencjach. W przedmiotowych referencjach brak danych potwierdzających spełnienie warunku opisanego w pkt 5.2.1 SIWZ, ponadto Pan Jan M. w ofercie Konsorcjum ARKADIS jest wskazany na funkcję Inżyniera Projektu, a nie na Inspektora Nadzoru w branży mostowej, zatem nie spełniają warunku posiadania wiedzy doświadczenia dla funkcji Inspektora Nadzoru w branży mostowej zgodnie z pkt 5.2.1 a, b SIWZ.

2) że referencje od zleceniodawcy „BUDMAX” spełniają warunek posiadania wiedzy i doświadczenia opisany pkt 5.2.1 SIWZ. Z treści samych referencji wynika, że warunek posiadania doświadczenia, w pełnieniu funkcji w charakterze: Inżyniera Projektu, Inżyniera

Kontraktu, Inżyniera Rezydenta, Inspektora Nadzoru Inwestorskiego na kontrakcie o wartości robót min. 5 000 000,00 PLN (dot. funkcji Inżyniera Projektu lub Inspektora Nadzoru branży drogowej) w ramach budowy, rozbudowy, przebudowy drogi publicznej min. klasy L, jest spełniony, ale zgodnie z zapisami pkt 5.2.1 a SIWZ, osoba która uczestniczyła w wykonywaniu usługi (Zygmunt B.), powinna być zaproponowana w tym przypadku na funkcję Inspektora Nadzoru w branży drogowej lub Inżyniera Projektu. Z załącznika do oferty „wykaz kadry technicznej” wynika, że Pan Zygmunt B. nie będzie pełnił żadnej wymaganej funkcji.

W dniu 27.12.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 Pzp, Konsorcjum ARKADIS wniosło odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 27.12.2010 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp w zw. z § 1 ust. 2 rozporządzenia polegające na uznaniu, że Odwołujący, nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wnosił o: 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, oraz wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert; 2) przyznanie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp wskutek uznania, że Konsorcjum ARKADIS, nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp o udzielenie zamówienia 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. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie uznał, że wnoszący odwołanie Wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymogu wynikającego z pkt 5.2.1 SIWZ. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku Wykonawca przedłożył m.in. pisemne zobowiązanie Pana Stanisława M. do udostępnienia wiedzy i doświadczenia w zakresie pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru w branży mostowej, oraz tożsame dokumenty firmy BUDMAX w zakresie funkcji Inżyniera Projektu oraz Inspektora Nadzoru w branży drogowej, co odpowiada wymogom SIWZ. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że

Wykonawca spełniłby warunki stawiane przez SIWZ tylko wówczas, gdyby Pan Stanisław M. pełnił w ramach objętego postępowaniem zadania funkcję Inspektora Nadzoru w branży mostowej, a Pan Zygmunt B. funkcje Inżyniera Projektu lub Inspektora Nadzoru w branży drogowej.

Zapis pkt 5.2.1 SIWZ jest nieważny z mocy prawa jako sprzeczny z Pzp i nie może być uznany za wiążący dla Wykonawcy. Stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp o udzielenie zamówienia 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. Art. 26 ust. 2b Pzp stanowi wprost o możliwości wykorzystania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie mu zamówienia m.in. wiedzy i doświadczenia innych podmiotów i to niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.

Wykładania literalna tego przepisu nie pozostawia żadnych wątpliwości, że ustawodawca dopuścił także możliwość powoływania się w postępowaniu przez wykonawcę - w ramach spełniania warunków udziału w tym postępowaniu - na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego. Pomimo tej okoliczności, iż faktycznie wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa i nie powinny być przedmiotem samodzielnego obrotu niezależnie od przedsiębiorstwa, ustawodawca dał wykonawcom prawo powoływania się w postępowaniu o zamówienie publiczne na wiedzę i doświadczenie tych trzecich podmiotów. Art. 26 ust. 2b zd. pierwsze Pzp wyraźnie też uniezależnia prawo powoływania się na tę wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego od rodzaju stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim („niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków”). Podstawę powoływania się na doświadczenie podmiotów trzecich stanowi konieczność udowodnienia zamawiającemu możliwości dysponowania przez wykonawcę tymi zasobami, które są niezbędne do realizacji zamówienia. Jako szczególny przykład takiego dowodu Pzp wskazuje na pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego. Istotne w tym zakresie jest zatem to, aby podmiot trzeci złożył pisemne oświadczenie, zawierające określone zobowiązanie tego podmiotu. Stanowiąc o zasobach i wskazując na możliwość posługiwania się na równych zasadach wiedzą i doświadczeniem, potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, czy zdolnością finansową podmiotu trzeciego, ustawodawca dopuścił również możliwość posługiwania się wiedzą i doświadczeniem

podmiotu trzeciego nabytą przy wykonywaniu pewnych zleceń. Tak więc zasoby te mogą być wykorzystane przez wykonawcę w ramach potwierdzenia spełnienia podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, jeśli w okresie realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie, konieczne okaże się korzystanie z tego doświadczenia przy wykonywaniu zamówienia. Oznacza to zatem, że wykonawca powołując się na doświadczenie podmiotu trzeciego będzie korzystał z doświadczenia tego podmiotu w okresie realizacji zamówienia. Dyspozycja wskazanego przepisu w żaden sposób nie uprawnia do twierdzenia, że podmiot trzeci dysponujący wymaganym doświadczeniem będzie miał obowiązek w takiej sytuacji faktycznie osobiście wykonywać całość bądź jakąś część zamówienia na rzecz generalnego wykonawcy w charakterze podwykonawcy. Takie stanowisko nie znajduje żadnego uzasadnienia w dyspozycji art. 26 ust. 2b Pzp. Ustawodawca we wskazanym przepisie nie dokonał zróżnicowania na zasoby, które mogą być wykazywane w ramach spełniania warunków podmiotowych przez podmioty trzecie z koniecznością występowania w toku realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy oraz na zasoby, których wykorzystanie nie wiąże się z wymogiem podwykonawstwa. W sposób jednakowy zostały przez ustawodawcę potraktowane zasoby podmiotów trzecich, z których wykonawcy w postępowaniu mogą korzystać na etapie spełniania warunków podmiotowych. Bez jakiegokolwiek rozróżnienia w dyspozycji art. 26 ust. 2b Pzp zostały potraktowane tak zasoby wiedzy i doświadczenia, jak i inne zasoby odnoszące się do potencjału technicznego, osobowego, czy też zasoby finansowe podmiotów trzecich, niezależnie od charakteru tych zasobów, a więc czy mają one charakter przenoszalny fizycznie np. oddanie do dyspozycji sprzętu, ludzi, czy też zasobów finansowych, czy też nieprzenoszalny fizycznie (wprost) - oddanie do dyspozycji swojej wiedzy i doświadczenia. Oddanie wiedzy i doświadczenia w tym zakresie może odbywać się zatem tak poprzez faktyczne podwykonawstwo, jak też oddanie nabytego doświadczenia poprzez możliwość korzystania z tej wiedzy przy realizacji zamówienia poprzez konsultacje, czy doradztwo, bowiem w taki sposób także istnieje praktyczna możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu przy wykonywaniu danego zamówienia. Ustawodawca w art. 26 ust. 2b Pzp nie posłużył się bowiem wprost określeniem „*podwykonawca przy realizacji zamówienia*”, a jedynie „*uczestniczyć przy realizacji zamówienia*”, co jest pojęciem szerszym obejmującym także uczestnictwo przy realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy, ale nie wyłącznie w tym charakterze (wyrok KIO z dnia 09.07.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1265/10).

Zwrócił uwagę na to, że ustawodawca w art. 26 ust. 2b Pzp nie posługuje się wprost określeniem „*podwykonawca*”. Przepis ten stanowi o „*podmiotach trzecich*” oraz o oddaniu niezbędnych zasobów „*na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia*”. Jednocześnie też ustawodawca w innym przepisie Pzp - art. 36 ust. 4 - wyraźnie używa

określenia „podwykonawca”. Wykładnia systemowa art. 26 ust. 2b Pzp oraz art. 36 ust. 4 Pzp wskazuje, że ustawodawca świadomie korzysta z różnorodnej terminologii. W art. 26 ust. 2b Pzp zatem świadomie nie użył określenia „podwykonawca”, dając także z mocy prawa szerszą możliwość wykorzystania przez wykonawcę w toku realizacji zamówienia zasobów podmiotu trzeciego, w tym także odnoszących się do wiedzy i doświadczenia.

Zwrócił również uwagę na określenia, jakimi posługuje się ustawodawca w art. 26 ust. 2b Pzp. Z jednej strony mamy do czynienia z określeniem, że wykonawca „*będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia*” - a więc zasoby niezbędne w przypadku wiedzy i doświadczenia to te odpowiadające opisowi sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w SIWZ. Dysponowanie nimi to potencjalna możliwość skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego na zasadzie użycia go do wykonania całości bądź części robót, jak też użycia doświadczenia tego podmiotu trzeciego w sposób pośredni - poprzez czuwanie w toku realizacji zamówienia przez ten podmiot nad prawidłowością stosowanych w danym przypadku technik budowlanych, użycia określonych materiałów, przyjęcia określonego zaangażowania osobowego, czy też technicznego przedsiębiorstwa itp. Z drugiej zaś strony ustawodawca posługuje się także określeniem: „*oddanie zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia*”. Nie chodzi zatem w tym przypadku o oddanie określonych zasobów wprost do fizycznej realizacji zamówienia, a jedynie o możliwość korzystania z nich przy okazji wykonywania zamówienia. Powyższa interpretacja art. 26 ust. 2b Pzp opiera się na literalnej wykładni przepisu, która to wykładnia ma pierwszeństwo w systemie prawa i daje wyraz zasadzie pewności prawa stanowionego. Ustawodawca uznał za optymalne i zasadne wprowadzenie w tym zakresie stosownej regulacji, pozwalającej na wykazywanie się zasobami podmiotu trzeciego w ramach spełniania warunków podmiotowych przez wykonawcę, niezależnie od łączącego te podmioty stosunku faktycznego, czy prawnego.

Odnosząc powyższe rozważania do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy podniósł, że przedłożone w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego zobowiązania podmiotów trzecich, na których doświadczenie Odwołujący powoływał się w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu, są wystarczające dla potwierdzenia spełniania tychże warunków przez Odwołującego. Odwołujący w dostateczny sposób udowodnił, że wskazane podmioty trzecie oddadzą mu swoją wiedzę i doświadczenie do dyspozycji w okresie realizacji zamówienia. O powyższym świadczy treść przedłożonych przez Odwołującego oświadczeń woli odnośnie udostępnienia m.in. wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu ww. zamówienia.

W ocenie Odwołujące nie ma znaczenia czy osoby których dotyczy personalnie wymagane przez SIWZ doświadczenie będą pełnił funkcję właściwego Inspektora, gdyż zapis pkt 5.2.1 SIWZ pozostaje w tym zakresie niezgodny z Pzp, a tym samym dotknięty

sankcją bezwzględnej nieważności. Przepis art. 26 ust. 2b Pzp nie wymaga bowiem, aby Wykonawca zawarł stosowne umowy o realizację usług na zasadzie podwykonawstwa, a Wykonawca ma prawo korzystać z ich wiedzy i doświadczenia w drodze konsultacji, czy doradztwa na etapie realizacji zadania.

Wskazał przy tym także, że SIWZ nie stawia wymogów w zakresie pełnienia funkcji właściwego Inspektora w przypadku korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich stanowiąc ogólnie w pkt 5.4 SIWZ.

Mając powyższe na uwadze wskazał, że Odwołujący przedkładając Zamawiającemu referencje oraz oświadczenie o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia Pana Stanisława M. oraz firmy „BUDMAX” wykazał spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia dla pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru w branży mostowej oraz Inżyniera Projektu i Inspektora Nadzoru w branży drogowej pomimo że Pan Stanisław M. oraz Pan Zygmunt B. nie będą osobiście pełnić w/w funkcji, ale w inny sposób udostępnią Odwołującemu swoją wiedzę i doświadczenie przy realizacji zadania.

W ocenie Odwołującego dokonując zaskarżonej czynności Zamawiający naruszył również art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp w zw. z § 1 ust. 2 rozporządzenia. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stosownie do art. 26 ust. 2b Pzp o udzielenie zamówienia 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. Według § 1 ust. 2 rozporządzenia jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2.

Zdaniem wnoszącego odwołanie Zamawiający błędnie uznał, że Odwołujący zobowiązany był spełnić warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymogu wynikającego z pkt 6.1.10 SIWZ. Odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przedłożył pisemne zobowiązanie firmy NADROMAR, ul. Malczewskiego nr 7/29, 35-114 Rzeszów, do udostępnieniu wiedzy i doświadczenia wymaganego do realizacji zamówienia oraz referencje wskazanej firmy. Jednocześnie Odwołujący wskazał właściciela powyższej firmy Pana Jana M. do pełnienia funkcji Inżyniera Projektu.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał błędnej oceny oferty Odwołującego uznając, że firma NADROMAR w Rzeszowie będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia udostępniając swój personel w osobie Pana Jana M. Wskazać należy, że Zamawiający nie odróżnił udostępnienia wiedzy i doświadczenie podmiotu trzeciego od udziału konkretnej osoby w realizacji zamówienia. Otóż firma NADROMAR udostępniła Odwołującemu swoją wiedzę i doświadczenie, ale nie będzie brała udziału w wykonaniu zamówienia, czego nie wymaga też art. 26 ust. 2b Pzp o czym była mowa wyżej. Przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia, stanowi zaś, że Zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do podmiotów trzecich dokumentów wymienionych w § 2 tylko wtedy gdy wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący będzie dysponował Panem Janem M. poza firmą NADROMAR, a więc w takim bowiem przypadku mamy do czynienia z bezpośrednim dysponowaniem osobą zdolną do wykonania zamówienia, a nie powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego. Tak więc przepis § 1 ust. 2 w/w rozporządzenia w tej sytuacji nie znajduje zastosowania i Zamawiający błędnie uznał, że Odwołujący zobowiązany był przedłożyć dokumenty dotyczące firmy NADROMAR w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w pkt 6.1.6, 6.1.7, 6.1.8 i 6.1.9 SIWZ.

Zamawiający w dniu 29.12.2010 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 31.12.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Krośnieńska Dyrekcja Inwestycji Sp. z o. o. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Stwierdził, iż pomimo bardzo obszernego jego uzasadnienia (str. 2-6 odwołania) brak jest skonkretyzowania na czym zdaniem Odwołującego polegają uchybienia wskazane w odwołaniu. Odwołujący polemizuje ze stanowiskiem Zamawiającego dokonując własnej interpretacji art. 24 ust 2 pkt. 4 oraz art. 26 ust. 2 b Pzp. Przystępujący stwierdził także, że obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zachodzi tylko i wyłącznie na żądanie i w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. Zakres warunków, których potwierdzenia spełnienia Zamawiający żąda od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia określony zostaje w treści ogłoszenia o zamówieniu (art. 47 Pzp). Zgodnie natomiast z art. 25 ust. 1 Pzp ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać również oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Innymi słowy, zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy

z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jeżeli ich wykazania nie żądał w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. W SIWZ Zamawiający jasno i konkretnie określił jakie Odwołujący powinien złożyć oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli Odwołujący zauważył, iż np. zapis pkt 5.2.1. SIWZ „*jest nieważny z mocy prawa jako sprzeczny z ustawą Prawo zamówień publicznych i nie może być uznany za wiążący dla Wykonawcy*” to powinien w terminach przewidzianych w art. 38 ust. 1 Pzp zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ w/w zakresie zapisu pkt 5.2.1. Na obecnym etapie postępowania twierdzenia o nieważności wspomnianego zapisu SIWZ (szczególnie w sytuacji nie dostarczenia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie wymaganych oświadczeń i dokumentów) należy uznać za całkowicie bezzasadne.

Celem art. 26 ust. 2b Pzp jest zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez umożliwienie polegania wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. W tym miejscu zwrócił 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 Pzp. Jak wynika to z art. 26 ust. 2b Pzp, uprawnienie to nie obejmuje warunku posiadania uprawnień oraz warunku potencjału ekonomicznego. W zakresie dotyczącym uprawnień warto podkreślić, iż za wystarczające do uznania spełniania warunku w postępowaniu 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. Po drugie, wykonawca wykazujący spełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez odwołanie się do potencjału podmiotów trzecich obowiązany jest wykazać, iż będzie dysponował zasobami tego podmiotu w zakresie niezbędnym 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. Podkreślić należy, 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. Zatem, 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. Stosunek wykonawcy z podmiotem trzecim może ograniczać się do zobowiązania udzielenia wykonawcy np. 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 pewnych 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 ich wiedzę i doświadczenie. 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 zdobywszy myśli technicznej i organizacyjnej, czyli to, co określa się w nazwę 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. Zatem, nie można się zgodzić ze stanowiskiem iż Pan Stanisław M. oraz Zygmunt B. mogą „potencjalnie” bez udziału w realizacji zamówienia „w inny sposób udostępnić Odwołującemu swoją wiedzę i doświadczenie przy realizacji zadania”.

Po czwarte, dostępność zasobów osób trzecich powinna być starannie badana przez zamawiającego. Powyższe wynika z ustawy (art. 26 ust. 3 i 4 Pzp). Weryfikacja ma w szczególności na celu umożliwienie Zamawiającemu upewnienia się, że dany Wykonawca

będzie rzeczywiście mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia. Tak więc, jeśli Odwołujący wskazuje zasoby podmiotów zewnętrznych, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązany (niezależnie od prawnego charakteru takich powiązań), musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów. Wbrew temu co uważa Odwołujący nie chodzi tu o „*samą możliwość*”, lecz o faktyczne dysponowanie potencjałem podmiotów trzecich. Dysponowanie wymienionymi zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b Pzp (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 (takie jak wiedzę i doświadczenia), 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. Wbrew logicznemu rozumowaniu jest zobowiązywanie się do „*udzielenia wiedzy i doświadczenia*” bez osobistego udziału osób udzielających tych zasobów w realizacji zamówienia. Dlatego też uczestnictwo podmiotu trzeciego (w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci) musi zostać wykazane przez wykonawcę). W przeciwnym 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.

Na koniec zwrócił uwagę, iż Odwołujący polemizuje ze stanowiskiem Zamawiającego jedynie na gruncie interpretacji przepisów Pzp i SIWZ, nie odnosząc się prawie wcale do niedostarczenia w wyznaczonym terminie wymaganych oświadczeń i dokumentów np. braku wykazu zrealizowanych usług na kontrakcie o wartości robót min 500 000,00 PLN (str. 3 wyboru najkorzystniejszej oferty). Odwołujący nie kwestionował zasadności żądania przez Zamawiającego uzupełnienia oferty o wskazane w wezwaniu oświadczenia lub dokumenty, lecz dopiero po wykluczeniu z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu sformułował zarzut co do bezwzględnej nieważności niektórych zapisów SWIZ. Jak już wspomniano pkt a, jeżeli Odwołujący miał wątpliwości co do zgodności treści SWIZ z przepisami Pzp to mógł to uczynić wcześniej m. in. w drodze art. 38 ust. 1 Pzp lub też zasygnalizować taki problem w odpowiedzi na wezwanie do uzupełniania wymaganych oświadczeń i dokumentów. Wracając jeszcze raz do załączonych przez Odwołującego w ofercie dokumentów, uznać należy iż niepotwierdzającą one spełniania warunków udziału

w postępowaniu, dlatego też w ocenie Przystępującego do postępowania odwoławczego zarzuty stawiane Zamawiającemu są całkowicie bezzasadne.

W dniu 05.01.2011 r. (faxem), 07.01.2011 r. na piśmie Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosilo o oddalenie w całości odwołania z powodu bezzasadności podniesionych zarzutów oraz obciążenie Odwołującego się kosztami postępowania odwoławczego. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Zamawiający jasno i konkretnie określił jakie Odwołujący powinien złożyć oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z zapisem pkt 5.2.1 a i b SIWZ. Zamawiający w pkt 5.2.1 a i b opisał w jakich sytuacjach będą uznawane dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usługi. Biorąc pod uwagę uwarunkowania pkt 5.4 i w celu zwiększenia konkurencyjności Zamawiający dopuścił sytuację, że będzie uznawał dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usługi, jeżeli będą wystawione na podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia jak i również na osoby wskazane do pełnienia określonych funkcji. Do realizacji przedmiotowego zamówienia Zamawiający żądał od Wykonawców dysponowania min. 3 osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (Inżynier Projektu, Inspektor Nadzoru w branży drogowej i Inspektora Nadzoru w branży mostowej). Ze względu na specyfikę zamówienia (tj. bezpośrednie uczestnictwo doświadczonych osób w realizacji zamówienia) oraz uniknięcia sytuacji w której podmiot ubiegający o udzielenie zamówienia posiada doświadczenie, a do pełnienia danych funkcji wskazuje osoby, które nigdy nie uczestniczyły w wykonywaniu tego typu usług. Zamawiający wymagał aby min. z 3 osób wskazanych do realizacji przedmiotowej usługi, min. 2 osoby, tj. osoba Inspektora w branży mostowej oraz któraś z osób wskazanych na Inżyniera Projektu lub Inspektora w branży drogowej uczestniczyła w wykonaniu stosownej usługi dla danej funkcji, potwierdzającej warunek posiadania wiedzy i doświadczenia (pkt 5.2.1 SIWZ). Z dostarczonych przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego dokumentów potwierdzających, że usługa została wykonana należycie (protokół odbioru, dokumentacja techniczna mostu), które można uznać za wątpliwe gdyż samo uczestnictwo w odbiorze końcowym nie uprawnia do należytego wykonania usługi, wynika, że Pan Stanisław M. (nowa osoba, nie uwzględniona w ofercie pierwotnej) wykonał wymaganą w pkt 5.2.1 SIWZ usługę Inspektora Nadzoru w branży mostowej, ale z dołączonego jego zobowiązania wynika, że oddaje do dyspozycji Konsorcjum ARKADIS Monika Bakowska zasoby wiedzy i doświadczenia, nie ma informacji, że podejmuje się pełnić funkcję Inspektora Nadzoru w branży mostowej, z odpowiedzi Odwołującego nie wynika również, że wskazują Pana Stanisław M. do pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru w branży mostowej, potwierdza to również fakt, że nie dołączono oświadczenia, że Pan Stanisław M. posiada odpowiednie uprawnienia. Zatem warunku posiadania wiedzy doświadczenia dla funkcji Inspektora

Nadzoru w branży mostowej Konsorcjum ARKADIS nie spełnia, gdyż zgodnie z pkt 5.2.1 a, b SIWZ osoba posiadająca wymagane doświadczenie powinna być wskazana na pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru w branży mostowej.

Analogicznie należy potraktować podnoszony w odwołaniu zarzut, nie uznania przez Zamawiającego referencji od firmy BUDMAX. Z treści samych referencji wynika, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, w pełnieniu funkcji w charakterze: Inżyniera Projektu, Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Rezydenta, Inspektora Nadzoru Inwestorskiego na kontrakcie o wartości robót min. 5 000 000,00 PLN (dot. funkcji Inżyniera Projektu lub Inspektora Nadzoru branży drogowej) w ramach budowy, rozbudowy, przebudowy drogi publicznej min. klasy L, jest spełniony, ale zgodnie z zapisami pkt 5.2.1 a SIWZ, osoba która uczestniczyła w wykonywaniu usługi (Zygmunt B.), powinna być wskazana w tym przypadku na funkcję Inspektora Nadzoru w branży drogowej lub Inżyniera Projektu. Z załącznika do oferty „wykaz kadry technicznej” wynika, że Pan Zygmunt B. nie będzie pełnił żadnej wymaganej funkcji. Wobec powyższego warunek posiadania wiedzy i doświadczenia nie jest spełniony. Absurdalnym wydaje się również stwierdzenie w odwołaniu Wykonawcy, że Pan Zygmunt B. nie będzie osobiście pełnił żadnej wymaganej funkcji ale w inny sposób udostępni swoją wiedzę i doświadczenie, skoro do oferty nie dołączono zobowiązania Pana Zygmunt B. do udostępnienia wiedzy i doświadczenia na czas realizacji przedmiotowego zamówienia i nie jest on również pracownikiem Wykonawcy ARKADIS, jak i Partnera Konsorcjum. Odnośnie bezpodstawnego zarzutu żądania dla NADROMAR Jan M., 35-114 Rzeszów, ul. J. Malczewskiego 7 /29, dokumentów zgodnie z zapisami pkt 6.1.10 SIWZ oraz § 1 ust. 2 rozporządzenia. Konsorcjum ARKADIS Monika Bakowska dołączyło do oferty zobowiązanie NADROMAR Jan M., 35-114 Rzeszów, ul. Malczewskiego 7/29, z którego treści wynika, że Jan M. działając w imieniu i na rzecz firmy NADROMAR Jan M. z siedzibą jak wyżej której jest właścicielem oświadcza, że zobowiązuje się do oddania firmie ARKADIS do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia „Nadzór Inżynierski na projektem „Przebudowa drogi powiatowej nr 1256 R Sieniawa (granica powiatu) - Piskorowice - Leżajsk na odcinku Rzuchów - Leżajsk oraz zobowiązuje się do pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru na w/w zadaniu w imieniu firmy ARKADIS z siedzibą 38-120 Czudec, Przedmieście Czudeckie 439.

Z treści zobowiązania wynika, że zgodnie z SIWZ pkt 6.1.10 i § 1 ust. 2 ww. rozporządzenia, Wykonawca winien dostarczyć do oferty, dla firmy NADROMAR Jan Marszałek dokumenty wymienione w pkt 6.1.6, 6.1.7, 6.1.8, 6.1.9 SIWZ, gdyż następuje spełnienie dwóch warunków jednocześnie, Wykonawca na spełnienie warunku udziału w postępowaniu będzie polegał na zasobach innego podmiotu, a podmiot ten będzie brał udział w realizacji części zamówienia.

Poinformował również, że w ofercie Krośnieńskiej Dyrekcji Inwestycji Sp. z o. o. istnieje analogiczna sytuacja. Wybrany wykonawca również powołuje się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innego podmiotu, który będzie brał udział w realizacji części zamówienia i dołączył do oferty dokumenty dotyczące tego podmiotu (MK MOSTY Krzysztof Mac) w zakresie wymaganym pkt 6.1.6, 6.1.7, 6.1.8 i 6.1.9 SIWZ.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, postanowieniami SIWZ, ofertą Odwołującego, wezwaniem do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp – pismo z dnia 08.12.2010 r., uzupełnieniem oferty wraz z wyjaśnieniami Odwołującego przesłanych w dniu 13.12.2010 r. (pismo z dnia 10.12.2010 r.), informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21.12.2010 r. wraz z wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu, odwołaniem, przystąpieniem do postępowania odwoławczego, odpowiedzią na odwołanie wraz z załącznikiem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk Zamawiającego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu a oferta uznana za odrzuconą i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, biorąc pod uwagę jej najkorzystniejszy cenowo charakter.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp – pismo z dnia 08.12.2010 r., uzupełnienia oferty wraz z wyjaśnieniami Odwołującego przesłanych w dniu 13.12.2010 r. (pismo z dnia 10.12.2010 r.), informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 21.12.2010 r. wraz z wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu, odwołania, przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedzi na odwołanie wraz

z załącznikiem.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron Zamawiającego (Odwołujący mimo prawidłowego zawiadomienia nie stawiał się na rozprawę) złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp wskutek uznania, że Konsorcjum ARKADIS, nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Izba uznała za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zgodnie z pkt 5.2.1 SIWZ (Rozdz. II Instrukcja dla wykonawców):

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Warunek ten zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej 1 usługą porównywalną z przedmiotem zamówienia potwierdzającą doświadczenie w pełnieniu funkcji w charakterze: Inżyniera Projektu, Inżyniera Kontraktu, Inżyniera Rezydenta, Inspektora Nadzoru Inwestorskiego na kontrakcie o wartości robót min. 5 000 000,00 PLN (dot. funkcji Inżyniera Projektu lub Inspektora Nadzoru branży drogowej) w ramach budowy, rozbudowy, przebudowy drogi publicznej min. klasy L, oraz na kontrakcie o wartości robót min. 500 000,00 PLN (dot. funkcji Inspektora Nadzoru branży mostowej) w ramach budowy, przebudowy, rozbudowy, remontu drogowego obiektu inżynierskiego (mostu, wiaduktu, estakady, przepustu) o klasie obciążeń min. „C” i długości całkowitej min 7,0m; z podaniem ich rodzaju, wartości, roku i miejsca wykonania wraz z załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługa została wykonana należycie (referencje). Dokumenty potwierdzające, że usługa została wykonana należycie będą honorowane:

a) jeżeli będą wystawione na podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia, zakłada się, że w tym przypadku warunek doświadczenia będzie spełniony jeżeli osoba zaproponowana na funkcję Inspektora Nadzoru w branży mostowej oraz min. któraś z osób zaproponowana na pełnienie funkcji Inżyniera Projektu lub Inspektora Nadzoru w branży drogowej uczestniczyła w wykonywaniu usługi - powinno to wynikać z treści referencji lub z dołączonego innego dokumentu potwierdzającego jej uczestnictwo,

b) jeżeli będą wystawione na osoby zaproponowane do pełnienia funkcji Inżyniera Projektu i Inspektorów Nadzoru, zakłada się, że w tym przypadku warunek doświadczenia będzie spełniony, jeżeli osoba zaproponowana na funkcję Inspektora Nadzoru w branży mostowej oraz minimum jedna z osób zaproponowana na funkcję Inżyniera Projektu lub Inspektora

Nadzoru w branży drogowej, będzie posiadać doświadczenie jak wyżej”.

Ponadto, Zamawiający wskazał w pkt 5.4 SIWZ (Rozdz. II Instrukcja dla wykonawców), że: *„Wykonawca może polegać na wiedzy, 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 oferty załączono wykaz wykonanych usług (str.16) oraz referencje m.in. z dnia 25.03.2010 r. wystawione przez Budmax (str. 19-20) na rzecz firmy ARKADIS wskazujące na pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru na przedmiotowej inwestycji przez Pana Zygmunta B. W ramach wyjaśnień udzielonych wraz z uzupełnieniem oferty Odwołujący ponownie powołał się na przedmiotowe referencje (pkt II.8). Nie załączając żadnych nowych dokumentów.

Odwołujący załączył natomiast w ramach uzupełnienia oferty (pismo z dnia 10.12.2010 r.) – dodatkowe zobowiązanie pana Stanisława M. z dnia 01.12.2010 r.: *„Ja, niżej podpisany Stanisław M., zamieszkały 38-120 Czudec, ul. Słoneczna 47, oświadczam, że zgodnie z art. 26 ust. 2 b Prawo Zamówień Publicznych ZOBOWIAZUJE się do oddania firmie: ARKADIS z siedzibą: 38-120 Czudec, Przedmieście Czudeckie 439 do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pn. „Nadzór Inżynierski na projektem „Przebudowa drogi powiatowej nr 1256 R Sieniawa (granica powiatu) - Piskorowice - Leżajsk na odcinku Rzuchów – Leżajsk”. Oddzielnie niniejsza osoba złożył także oświadczenie, że: „Oświadczam również, że zadanie: Przebudowa Drogi powiatowej nr 193R Niebulec – Gwoźnica wraz z przebudową mostów zostało zrealizowane za kwotę brutto: 5.225.480, 38 zł z czego most w km 5+496,94 za kwotę brutto: 877.424,84 zł zgodnie z Protokołem Odbioru Wykonanych Robót z dnia 20.08.2010 roku”. Ponadto, protokół odbioru końcowego wraz dokumentacją techniczną mostu dla zadania: Przebudowa Drogi powiatowej nr 193R Niebulec – Gwoźnica wraz z przebudową mostów. Udzielił także stosownych wyjaśnień w tym zakresie w ramach pkt. I.1 (pismo z dnia 10.12.2010 r.).*

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Zamawiający w pkt 5.2.1 SIWZ określił, że dla spełnienia warunku posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia niezbędne jest wykazanie się wykonaniem co najmniej 1 usługi porównywalnej z przedmiotem zamówienia potwierdzającej doświadczenie w pełnieniu określonej funkcji o określonym charakterze, na kontrakcie o określonej wartości robót w ramach budowy, rozbudowy, przebudowy drogi publicznej

danej klasy (dotyczącej funkcji Inżyniera Projektu lub Inspektora Nadzoru branży drogowej) oraz co najmniej 1 usługi o określonym charakterze, wielkości robót, klasy drogi (dotyczącej funkcji Inspektora Nadzoru branży mostowej). Zamawiający wskazał także, że będzie uznawał określone dokumenty: a) w wypadku dokumentów wystawionych na podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia – w tym przypadku warunek doświadczenia będzie spełniony jeżeli osoba zaproponowana na pełnienie funkcji Inżyniera Projektu lub Inspektora Nadzoru w branży drogowej będzie uczestniczyła w wykonywaniu usługi - powinno to wynikać z treści referencji lub z dołączonego innego dokumentu potwierdzającego jej uczestnictwo, b) w wypadku dokumentów wystawionych na osoby zaproponowane do pełnienia funkcji Inżyniera Projektu i Inspektorów Nadzoru - w tym przypadku warunek doświadczenia będzie spełniony, jeżeli osoba zaproponowana na funkcję Inspektora Nadzoru w branży mostowej oraz minimum jedna z osób zaproponowana na funkcję Inżyniera Projektu lub Inspektora Nadzoru w branży drogowej, będzie posiadać doświadczenie, jak wymagane.

Osoba zaproponowana w ramach uzupełnienia - Pan Stanisław M. – złożyła zobowiązanie, z którego nie wynika w jakim charakterze będzie występować w toku przedmiotowego zamówienia. Nie wynika to także z wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego. Nie była ona wskazana w wykazie osób, a wynikające z dostarczonych wraz z uzupełnieniem dokumentów, zrealizowane zamówienie nie było zawarte w wykazie usług załączonym do oferty (dotyczy zrealizowania przez Pana Stanisława M. - usługi z pkt 5.2.1 Inspektora Nadzoru w branży mostowej). Zaś wraz z uzupełnieniem nie załączono nowego poprawionego wykazu usług, stosowne dodatkowe oświadczenie złożone oddzielnie w zobowiązaniu - w oderwaniu od wykazu usług jest niewystarczające, nadto, zostało złożone przez Pana Stanisława M, a nie Odwołującego. Wskazana osoba nie jest też podwykonawcą (Odwołujący nie wypełnił stosownego załącznika dotyczącego zakresu robót powierzonych podwykonawcom – str. 22 oferty). Nie dołączono także jej oświadczenia odnośnie posiadanych uprawnień. W konsekwencji nie spełniony jest warunek pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru w branży mostowej w ramach przedmiotowego postępowania, a Odwołujący nie wykazał się doświadczeniem na kontrakcie o wartości robót min. 500 000,00 PLN w ramach budowy, przebudowy, rozbudowy, remontu drogowego obiektu inżynierskiego (mostu, wiaduktu, estakady, przepustu) o klasie obciążeń min. „C” i długości całkowitej min 7,0m – w odniesieniu do którego przedłożono w ramach uzupełnienia oferty (dysponowanie pośrednie) - protokół odbioru końcowego wraz dokumentacją techniczną mostu.

Odnośnie Pana Zygmunta B. wskazanego w liście referencyjnym firmy Budmax, w tym wypadku w ogóle Odwołujący nie złożył zobowiązania, także w ramach uzupełnienia oferty, nie jest też on pracownikiem Odwołującego. Zgodnie z postanowieniami SIWZ Pan

Zygmunt B. winien być wykazany jako pełniący funkcję Inspektora Nadzoru w branży drogowej lub Inżyniera Projektu w ramach przedmiotowego postępowania, co nie miało miejsca (pkt 5.2.1 a). W konsekwencji Odwołujący nie wykazał się doświadczeniem na kontrakcie o wartości robót min. 5 000 000,00 PLN (dot. funkcji Inżyniera Projektu lub Inspektora Nadzoru branży drogowej) w ramach budowy, rozbudowy, przebudowy drogi publicznej min. klasy L, mimo złożenia stosownego listu referencyjnego wystawionego przez firmę Budmax, a dotyczącego Pana Zygmunta B.

Z treści odwołania wynika, że Odwołujący uznał, że podmiot trzeci udostępniający wiedzę i doświadczenie nie będzie miał obowiązku *de facto* osobiście wykonywać całość bądź część zamówienia. Z toku odwołania wynika także, że będziemy mieli co najwyżej do czynienia z „*innym udziałem*” w realizacji zamówienia i do tego „*potencjalnym*”. Izba w przedmiotowym składzie nie podziela tego stanowiska, uznając zasadność argumentacji Przystępującego oraz Zamawiającego, przywołuje orzecznictwo odmienne w tym zakresie (np. wyrok z dnia 17.05.2010 r., sygn. akt: KIO 790/10, wyrok z dnia 02.06.2010 r., sygn. akt: KIO 890/10, czy też wyrok z dnia 23.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1741/10), wskazujące na niezbywalność doświadczenia w oderwaniu od przedsiębiorstwa, dodatkowo wskazuje na charakter usługi będącej przedmiotem zamówienia. Odwołujący nie kwestionował także przywołanych na wstępie postanowień SIWZ, które nie są sprzeczne z Pzp, lecz wiążą możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego od jego udziału w realizacji zamówienia. Ich celem było ustrzeżenie się Zamawiającego od nagannych praktyk Wykonawców w tym zakresie. Należy także wskazać, że w szczególności w odniesieniu do Pana Stanisława M. brak jest jednoznaczności, co należy rozumieć przez „*inny udział*”, niniejsza kwestia pojawia się dopiero na etapie odwołania (konsultacje, czy też doradztwo) i nie była poruszana w ramach udzielanych wyjaśnień (pismo z dnia 10.12.2010 r.), co jednoznacznie sugeruje jej polemiczny charakter przygotowany tylko i wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp w zw. z § 1 ust. 2 rozporządzenia, Izba uznała za zasadny. Jednakże z uwagi na nie potwierdzenie się pierwszego głównego zarzutu, Izba uznała, że nie ma on wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust.2 Pzp). W konsekwencji powyższe nie skutkowało uwzględnieniem odwołania.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zgodnie z pkt 6.1.10 SIWZ (Rozdz. II Instrukcja dla wykonawców): „*Wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także*

dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w pkt. 6.1.6), 6.1.7), 6.1.8) i 6.1.9)”.
Wskazane postanowienia SIWZ odnoszą się do następujących oświadczeń i dokumentów:

„6) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, sporządzone na formularzu stanowiącym załącznik nr 1 do oferty. (W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Oświadczenie takie składa każdy z wykonawców samodzielnie.)

7) 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 Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenie w zakresie art 24 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

8) aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, 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 - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert

9) 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 - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert”.

W ramach oferty (str. 12) załączono – wykaz kadry technicznej w ramach wykazu osób i podmiotów odpowiedzialnych za wykonanie zamówienia, w którym wskazano w poz. 1 – Inżynier Projektu Jan M. – forma dysponowania osobą - umowa o dzieło.

Odwołujący dołączył do oferty (str. 17) – zobowiązanie wystawione przez firmę NADROMAR Jan M., 30-114 Rzeszów, ul. J. Malczewskiego 7/2 9 - następującej treści: „Ja niżej podpisany Jan M. działając w imieniu i na rzecz firmy: NADROMAR Jan M. z siedzibą: 30-114 Rzeszów, ul. J. Malczewskiego 7/29 której jestem właścicielem oświadczam, że zgodnie z art. 26 ust. 2 b Prawo Zamówień Publicznych ZOBOWIĄZUJE się do oddania firmie: ARKADIS z siedzibą: 38-120 Czudec, Przedmieście Czudeckie 439 do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pn. „Nadzór Inżynierski na projektem „Przebudowa drogi

powiatowej nr 1256 R Sieniawa (granica powiatu) - Piskorowice - Leżajsk na odcinku Rzuchów – Leżajsk”. Zobowiązuje się do pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru na w/w zadaniu inwestycyjnym w imieniu firmy ARKADIS z siedzibą 38-120 Czudec, Przedmieście Czudeckie 439”.

Dodatkowo załączono wykaz wykonanych usług (str.16) oraz referencje m.in. z dnia 25.10.2010 r. wystawione przez ECM GRUP POLSKA Sp. z o.o. na rzecz Pana Jana M. za pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru nad wskazaną w nich inwestycją. Niniejsza inwestycja jest wskazana w wykazie wykonanych usług (w czterech etapach).

W ramach pisma z dnia 10.12.2010 r. (wpłynęło do Zamawiającego -13.12.2010 r.) Odwołujący wyjaśnił m.in., że: „Firma NADROMAR Jan M. i Pan Jan M. jest to ta sama osoba fizyczna”. Wyjaśnił także, kwestie związane z inwestycją wykazywana w ramach referencji wystawionej przez ECM GRUP POLSKA Sp. z o.o. na rzecz Pana Jana M. (pkt I.2; II.1-7).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po przeanalizowaniu całości oferty oraz wyjaśnień udzielonych wraz z uzupełnieniem oferty, Izba uznała w drodze wykładni oświadczeń woli, że mimo, iż treść zobowiązania może wskazywać na dysponowanie pośrednie, to w przedmiotowym stanie faktycznym - w odniesieniu do Pana Jana M. mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim i nie znajduje zastosowania dyspozycja art. 26 ust.2 b Pzp, tudzież § 1 ust. 2 rozporządzenia (podobnie wyrok z dnia 28.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1104/10, wyrok z dnia 09.12.2010 r., sygn. akt: KIO 2558/10). W tym zakresie wykaz osób ma charakter rozstrzygający, a w szczególności treść stosunku prawnego istniejącego pomiędzy Odwołującym, a Panem Janem M., niezależnie od charakteru prawnego takiego stosunku (umowa o dzieło) wraz z załączonym do oferty stosownym zobowiązaniem. W konsekwencji nie było konieczności przedkładania oświadczeń i dokumentów z pkt 6.1.6, 6.1.7, 6.1.8 i 6.1.9 SIWZ. Należy także zauważyć, że załączona referencja nie jest wystawiona na firmę NADROMAR, ale na rzecz Pana Jana M. Na marginesie należy wskazać, że w wypadku uznania zasadności argumentacji w odniesieniu do zarzuty pierwszego w zakresie „innego udziału” Pana Stanisława M. oraz Zygmunta B., zaistniałaby konieczność przedłożenia dokumentów z pkt 6.1.6, 6.1.7, 6.1.8 i 6.1.9 SIWZ, z uwagi na udostępnienie pośrednie na co jednoznacznie wskazuje treść stanowiska zawartego w odwołaniu przez podmiot trzeci biorący udział w realizacji zamówienia (podobnie wyrok z dnia 02.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2259/10, sygn. akt: KIO 2263/10).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp

oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (3.600,00 zł) zgodnie z przedłożoną kopią faktury VAT (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....