

Sygn. akt: KIO 2237/13

POSTANOWIENIE
z dnia 03 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Justyna Tomkowska
Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 03 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2013 r. przez wykonawcę **Janusza K. prowadzącego działalność gospodarczą po nazwę: AGREGATY PEX – POOL PLUS w Dębicy, ul. Metalowców 35, 39-200 Dębica** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A., ul. 15-go Pułku Piechoty „Wilków” 3, 08-530 Dęblin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2237/13 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Janusza K. prowadzącego działalność gospodarczą po nazwę: AGREGATY PEX – POOL PLUS w Dębicy, ul. Metalowców 35, 39-200 Dębica** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa – Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członek:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostawę kontenerowych elektrowni polowych dużej mocy”, zostało wszczęte przez Jednostkę Wojskową 4226, ul. Marsa 110, 04-470 Warszawa zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 128-219770 z dnia 04.07.2013 r.

W dniu 09.09.2013 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A., ul. 15-go Pułku Piechoty „Wilków” 3, 08-530 Dęblin zwane dalej: „Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A.” albo „WZI” albo „Wykonawca wybrany” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: Janusza K. prowadzącego działalność gospodarczą po nazwę: AGREGATY PEX – POOL PLUS w Dębicy, ul. Metalowców 35, 39-200 Dębica zwana dalej: „AGREGATY PEX – POOL PLUS” albo „Odwołującym”.

W dniu 19.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907) zwanej dalej: „Pzp” odwołanie AGREGATY PEX – POOL PLUS na w/w czynności i zaniechania. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 19.09.2013 r. (kurierem - wpływ bezpośredni do Zamawiającego). Stwierdził, że w toku postępowania naruszono następujące przepisy:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wojskowych Zakładów Inżynieryjnych S.A. mimo, iż Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia,
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wojskowych Zakładów Inżynieryjnych S.A., mimo iż Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust.1 i 3 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Wojskowych Zakładów Inżynieryjnych S.A. i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo że oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymogi Zamawiającego określone w SIWZ i była ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów określonych w SIWZ, przy uwzględnieniu okoliczności, że Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A. powinien być wykluczony a jego oferta uznana za

odrzuconą, a tym samym niezastosowanie się do obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp.

Na tej podstawie wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
3. wykluczenia Wykonawcy Wojskowych Zakładów Inżynieryjnych S.A. z siedzibą w Dęblinie z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu i odrzucenia złożonej przez niego oferty lub uznania jego oferty za odrzuconą,
4. dokonania powtórnej czynności wyboru i wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, oraz
 - dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wnioskowanych w treści odwołania,
 - zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych lub według spisu kosztów w sytuacji jego złożenia na rozprawie.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i winien zostać wykluczony a jego oferta uznana za odrzuconą, względnie odrzucona na mocy art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp jako oferta wykonawcy wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie Zamawiający winien dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu. Odwołujący zarzucił, że Wykonawca wybrany nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, tj. warunku wiedzy i doświadczenia.

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w Rozdz. V dotyczącym warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków w pkt 1.2. w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, Zamawiający wskazał, że: *„uzna spełnienie tego warunku, jeżeli wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, minimum 1 (jedna) dostawę, odpowiadającą swoim rodzajem dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których zostały wykonane. Wykonawca obowiązany jest do załączenia dowodów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, np. poświadczenie. W odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw okresowych lub ciągłych poświadczenie to powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Jeżeli z uzasadnionych przyczyn, o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa powyżej, zamawiający uzna, że wystarczającym dowodem jest oświadczenie*

wykonawcy.

Wartość każdej pojedynczej dostawy winna być nie mniejsza niż 2.100.000 zł.

UWAGA:

W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, wartość wykonywanej dostawy do dnia wydania poświadczenia należytego wykonania, musi być wystarczająca do wykazania spełnienia warunku udziału. W przypadku składania oferty na wiele zadań mają zastosowanie zapisy akapitu powyżej.

Za dostawy tego samego rodzaju zamawiający uzna dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia.

W odpowiedzi na pytania wykonawców zadane w toku postępowania, Zamawiający dwukrotnie (w odpowiedzi z dn. 22.07.2013 r., i z dn. 29.07.2013 r.) wskazał, że: „Warunki udziału w postępowaniu należy rozumieć literalnie z uwzględnieniem zawodowego charakteru konkretnego przedmiotu zamówienia.”

Na potwierdzenie powyższego warunku Wykonawca wybrany w wykazie dostaw stanowiącym załącznik nr 10 wskazały na „Dostawę Kontenerowych Stacji Oczyszczania Wody KSW-12” wykonywaną na podstawie umowy z dnia 30.04.2013 r. dla zamawiającego Inspektoratu Uzbrojenia w Warszawie na kwotę 5.380.000 zł z terminem wykonania 29 listopada 2013 roku, załączając oświadczenie WZI o realizacji takiej umowy. Przy czym nie wskazał jaka część tej umowy i na jaką kwotę została rzeczywiście należycie zrealizowana. Powyższa dostawa została zakwestionowana przez Zamawiającego, który uznał, że WZI nie spełniło i nie wykazało warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, bowiem Zamawiający w sposób wyraźny i jednoznaczny stwierdził, iż warunek będzie uznany za spełniony, jeśli wykonawca wykaże dostawy przedmiotów o przeznaczeniu i funkcji tożsamej z przedmiotem zamówienia, którym to jest dostawa kontenerowych elektrowni polowych dużej mocy. W konsekwencji, uznając, że wskazana dostawa i załączone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków, Zamawiający wezwał WZI do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, WZI przedstawiły (1) referencje wykonania dostawy Kontenerowych Stacji Oczyszczania Wody KSW-12 wystawione przez Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie, oraz (2) zobowiązanie do współpracy firmy PPHU HORUS-ENERGIA Sp. z o.o. w Sulejówku wraz z referencjami.

Po przedłożeniu w/w dokumentów Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny badania ofert i bezpodstawnie uznał, że WZI spełniły warunki udziału w postępowaniu, a tym samym zaniechał wykluczenia WZI jako podmiotu niespełniającego warunków udziału i tym samym niezdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia. Z informacji dotyczącej rozstrzygnięcia nie wynika, na której ze wskazanych dostaw dla wykazania doświadczenia,

oparł się Zamawiający uznając warunek za spełniony. Niezależnie jednak od tego, Odwołujący wskazuje, że żadna ze wskazanych dostaw nie może potwierdzać spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. (Załączył jako dowody: SIWZ wraz z załącznikiem nr 4, wezwanie z dnia 28.08.2013r., pismo WZI z dnia 29.08.2013r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wynikach z dnia 09.09.2013 r., Protokół nr 3 z dnia 9.09.2013 r., Wyjaśnienia treści SIWZ z dn. 22.07.2013r., wyjaśnienia treści SIWZ z dn. 29.07.2013 r. na okoliczności wskazane powyżej)

Odnosnie referencji wykonania dostawy Kontenerowych Stacji Oczyszczania Wody KSW-12: Stwierdził, że nie sposób uznać, aby w świetle wymogów Zamawiającego określonych w SIWZ, wskazanie dostawy i referencje przedłożone przez WZI na dostawę Kontenerowych Stacji Oczyszczania Wody KSW-12 mogły wykazać spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia. Dostawa wskazana przez Zamawiającego w punkcie 1.2. SIWZ miała rodzajem odpowiadać dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia, którym jest dostawa kontenerowych elektrowni polowych a nie dostawa kontenerowych stacji oczyszczania wody KSW-12. Sam Zamawiający zakwestionował pierwszą wskazaną dostawę dotyczącą również kontenerowej stacji oczyszczania wody, wskazując, że nie zachodzi tożsamość przeznaczenia i funkcji z przedmiotem zamówienia. Również w przypadku dostawy wskazanej w piśmie z dnia 29.08.2013 roku i dotyczącej kontenerowej stacji oczyszczania wody (czyli mającej taki sam przedmiot zamówienia), nie można mówić o tożsamości zrealizowanej dostawy z przedmiotem zamówienia (kontenerową elektrownią połową dużej mocy), ani o tożsamości przeznaczenia i sprawowanej funkcji, co więcej nie można nawet mówić o podobieństwie obu przedmiotów zamówienia. Kontenerowa elektrownia połowa to inaczej agregaty prądotwórcze zamontowane w kontenerach, które stanowią dla agregatów osłonę przed warunkami atmosferycznymi oraz stanowią platformę do transportu. Całość oparta jest w głównej mierze na specjalnie dobranych i wyposażonych agregatach prądotwórczych i służy do wytwarzania prądu w warunkach polowych. Natomiast kontenerowa stacja oczyszczania wody to zespół pomp filtrów, zbiorników na wodę brudną i uzdatnioną, którego funkcją i przeznaczeniem jest oczyszczanie wody. Nie ma nic wspólnego z wytwarzaniem prądu do zasilania odbiorników zewnętrznych. Kontenerowa stacja oczyszczania wody nie służy do wytwarzania prądu. (Załączył dowody: dokumentacja techniczna stanowiąca załącznik nr 1 do SIWZ, zeznania świadka Andrzeja M.a, wezwanie na adres Odwołującego, zeznania świadka Zenona B.a, wezwanie na adres Odwołującego, zeznania świadka Mariusza M., wezwanie na adres Odwołującego, na okoliczność różnic pomiędzy w/w przedmiotami zamówienia, braku tożsamości w/w przedmiotów zamówienia, różnych funkcji i przeznaczenia w/w; dokumentacja techniczna dot. przetargu, w którym zawarto umowę nr IU/244/VI- 27/UZ/NEG/DOS/K/2011-2012/257 w zakresie 2 kompletów kontenerowej stacji oczyszczania wody - dowód z opinii biegłego

inżyniera na okoliczność porównania przeznaczenia i funkcji kontenerowej stacji oczyszczania wody oraz kontenerowej elektrowni potowej - oba powyższe dowody zgłaszane na wypadek zaprzeczenia powyższym zarzutom Odwołującego i uznania przez Wysoką Izbę za niewystarczające zarzutów Odwołującego oraz zeznań świadka).

Dostawa kontenerowych elektrowni polowych dużej mocy wymaga doświadczenia w wykonaniu takiego przedmiotu zamówienia, a Zamawiający korzystając z przysługujących mu uprawnień w zakresie określenia warunków, postawił warunek wiedzy i doświadczenia mający na celu wstępne zweryfikowanie wykonawców właśnie w zakresie takiego przedmiotu zamówienia. Skoro WZI nie posiadają takiego doświadczenia i nie mogły tego wykazać, powinny zostać wykluczone z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału. Tym samym, nie można przyjąć z uwagi na przeznaczenie obu w/w przedmiotów zamówienia, spełniane przez nich funkcje a tym samym technologie ich wykonania, potrzebne zasoby techniczne, wiedzę i doświadczenie, aby podmiot który wykazuje się dostawą kontenerowych stacji oczyszczania wody mógł wykazać się doświadczeniem w dostawie kontenerowych elektrowni polowych dużej mocy. W konsekwencji, wskazanie powyższej dostawy przez WZI nie może być uznane za spełnienie warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odnosnie zobowiązania do współpracy firmy PPHU HORUS - ENERGIA Sp. z o.o. w Sulejówku: Również druga ze wskazanych dostaw nie może być podstawą do uznania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia przez WZI. Dla wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, WZI przedłożyło oświadczenie PPHU HORUS-ENERGIA sp. z o.o. w Sulejówku (dalej: PPHU HORUS - ENERGIA), z którego wynika, że PPHU HORUS - ENERGIA zobowiązuje się do oddania do dyspozycji WZI niezbędnych zasobów na czas realizacji w/w zamówienia w zakresie wiedzy, doświadczenia oraz potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Jednocześnie z oświadczenia wynika, że zasady współpracy pomiędzy PPHU HORUS - ENERGIA a WZI zostaną uregulowane w stosownej umowie zawartej pomiędzy Wykonawcą a Współpracownikiem po uzyskaniu przez Wykonawcę zamówienia. WZI przedłożyły również referencje wystawione dla PPHU HORUS-ENERGIA na dostawę gazowego zespołu prądotwórczego typu HE-KE-CG1540-GZ w kontenerowej zabudowie wyciszającej. Zamawiający odnosząc się do możliwości wykonawcy w zakresie polegania na zasobach podmiotów trzecich wskazał, że Wykonawcy mogą polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów - zgodnie z art. 26 ust 2b. W wymienionych przypadkach, Wykonawcy zobowiązani są do przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów poświadczającego, że: „Wykonawcy będą dysponowali zasobami tych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawców z tymi podmiotami gwarantuje

rzeczywisty dostęp do ich zasobów. (Rozdział VI pkt 5.4., str. 5 SIWZ) oraz

Uwaga:!

Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowych polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy PZP zobowiązany jest oprócz oświadczeń i dokumentów wymienionych w pkt. 2.1-2.2 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.

W celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami Innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda:

- 1) w przypadku warunku, o którym mowa w pkt. 2.2. - dokumentu, o którym mowa w pkt 2.2.1.
- 2) oświadczenia wykonawcy określającego:
 - a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
 - b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
 - c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
 - d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.”

Mimo powyższych okoliczności, w świetle których WZI nie spełniły warunku wiedzy i doświadczenia, bowiem nie wykazały się własnym doświadczeniem, ani nie wykazały się doświadczeniem podmiotu, który brałby udział w realizacji zamówienia (w ofercie WZI wskazał, że przedmiot zamówienia wykona w sposób samodzielny bez udziału podwykonawców), ani nie oparły się na zasobie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w sposób skuteczny i zgodny z ustawą.

WZI powołało się na doświadczenie podmiotu trzeciego, który nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, a tym samym nie może w sposób realny i rzeczywisty udostępnić zasobu w postaci doświadczenia. PPHU HORUS - ENERGIA nigdy nie został wskazany jako podwykonawca, a WZI składając ofertę zobowiązały się do samodzielnego wykonania zamówienia, co na tym etapie nie może zostać zmienione, bowiem stanowiłoby istotną zmianę treści oferty, niedopuszczalną po złożeniu oferty. W konsekwencji, PPHU HORUS - ENERGIA nie może brać udziału jako podwykonawca w wykonaniu zamówienia.

Powyższa kwestia jest istotna, bowiem przesądza o braku spełnienia warunku w postaci wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wskazuje, na jednolitą w tym zakresie linię

orzeczniczą KIO oraz jednoznaczne przepisy Pzp, z których wynika, że wprowadzie 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, jednakże w takiej sytuacji jest on zobowiązany udowodnić, że będzie dysponował w sposób realny i rzeczywisty odpowiednimi zasobami. W tym zakresie na wykonawcy powołującym się na zasoby podmiotu trzeciego spoczywa obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował tymi zasobami, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takiego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, ale jednocześnie wraz z innymi wymaganymi przez Zamawiającego dokumentami. W świetle powyższego należy stwierdzić, iż odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Powyższe wynika z jednoznacznego brzmienia art. 26 ust. 2b Pzp. Tak więc należy stwierdzić, iż w świetle postanowień art. 26 ust. 2b Pzp, nie jest dopuszczalne powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego, jeżeli zasoby te nie będą wykorzystane przy wykonaniu zamówienia.

W zakresie dopuszczalności powoływania się na doświadczenie (referencje) podmiotów trzecich należy skonstatować, iż powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca). Należy mieć bowiem na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra materialnego, czy też niematerialnego, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi bowiem składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 551 i art. 552 k.c.). Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane i bez jednoczesnego udziału tego przedsiębiorstwa w wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Co więcej, w niniejszym postępowaniu Zamawiający celem dokonania oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zażądał oświadczenia wykonawcy określającego: (a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, (b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, (c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz (d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Wykonawca nie przedłożył takiego oświadczenia, w szczególności nie wskazał na żadne z ww/ i wymaganych okoliczności. Załączył jedynie ogólnikowe i enigmatyczne zobowiązanie

wskazujące na oddanie zasobów, z którego jednoznacznie wynika, że zasady współpracy zostaną dopiero uregulowane w stosownej umowie, a z którego w żaden sposób nie można wywieść, że WZI będą dysponowały jakimkolwiek zasobem w sposób realny i rzeczywisty. W konsekwencji, takie oświadczenia wskazuje na użyczenie referencji, a nie na użyczenie i oddanie do realnej dyspozycji zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia. Powyższa argumentacja znajduje również potwierdzenie w wyrokach Izby, która stwierdza, że:

- wyrok KIO z dnia 08.05.2013 r., sygn. akt: KIO 953/13: W przypadku korzystania przez wykonawcę z możliwości powołania się na zasoby innego podmiotu, obowiązek wykazania przez wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu został wzmocniony, poprzez obowiązek udowodnienia, że wykonawca będzie dysponował w sposób realny odpowiednimi umiejętnościami, które wyrażać się muszą wykonywaniem części przedmiotu zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby, co powinno zostać w zobowiązaniu do udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot udostępniający wyrażone. W uzasadnieniu wyroku, KIO wprost wskazuje: *„Wiedzę teoretyczną można przekazać w postaci szkoleń, porad, konsultacji ale „doświadczenie” jest inną kategorią pojęciową: obejmuje umiejętności praktyczne, nabywane w sposób empiryczny w zakresie danego zagadnienia. Aby tę empiryczną wiedzę uzyskać, konieczny jest osobisty udział w wykonywaniu przedsięwzięć, a zatem nie można nabyć doświadczenia w procesie konsultacji czy doradztwa. Podkreślić należy, że odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że dane zasoby będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Należy mieć na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 55[1] i art. 55[2] k.c.). Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Jak wynika z brzmienia art. 26 ust. 2b, przepis ten pozostawia woli i decyzji wykonawcy i podmiotu trzeciego określenie charakteru prawnego wzajemnych stosunków ich łączących. Wykonawca, zgodnie z art. 26 ust. 2b P.z.p., musi jednak udowodnić zamawiającemu, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada, oraz że jego udostępnienie nastąpi w sposób realny na rzecz wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie - na czas i w celu realizacji tego zamówienia. Podkreślić należy, że w przypadku korzystania przez wykonawcę z możliwości powołania się na zasoby innego podmiotu, obowiązek wykazania przez wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu został wzmocniony, poprzez obowiązek udowodnienia (por. Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów, Aleksandra Sołtysińska,*

Grzegorz Wicik, kwartalnik, Prawo zamówień publicznych 2009/4 str. 10-34), że wykonawca będzie dysponował w sposób realny odpowiednimi umiejętnościami, które wyrażać się muszą wykonywaniem części przedmiotu zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby, co powinno zostać w zobowiązaniu do udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot udostępniający wyrażone (patrz Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 20 grudnia 1999 r. Sprawa C-176/98 Hoist Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari, przy udziale Ruhrwasser AG International Water Management).”

- wyrok KIO z dnia 10.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2081/12, KIO 2028/12: Sposób wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem zależy od specyfiki danego zamówienia oraz rodzaju warunku, w zakresie którego wykonawca odwołuje się do potencjału podmiotu trzeciego. I tak w przypadku wykazywania spełniania warunku udziału z powołaniem się na zasoby podmiotów trzecich dotyczącego sytuacji finansowej, potencjału technicznego (np. sprzętu) czy osób zdolnych do realizacji zamówienia (potencjał kadrowy) konieczność udowodnienia dysponowania tymi zasobami niekoniecznie musi wiązać się z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Stosunek wykonawcy z podmiotem trzecim może ograniczać się do zobowiązania natury finansowej (np. udzielenia wykonawcy pożyczki), oddania w dzierżawę niezbędnego sprzętu czy udostępnienia pracownika. Dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i z punktu widzenia zapewnienia gwarancji prawidłowego wykonania zamówienia powyższe można uznać za wystarczające bez konieczności uczestnictwa w realizacji części zamówienia. Równocześnie jednak w odniesieniu do zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia z uwagi na specyfikę zamówienia dla wykazania dysponowania zasobem konieczne może jednak okazać się uczestnictwo podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia, bo tylko ono zapewnia realność udostępnienia i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia przez podmiot, który samodzielnie wymaganego doświadczenia nie posiada.

- wyrok KIO z dnia 08.03.2011 r., sygn. akt: KIO 356/11: Oświadczenie o braku zamiaru powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcy przesądza o niemożliwości uczestnictwa podmiotu udostępniającego zasoby w wykonaniu umowy poprzez podwykonawstwo. Udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, zwłaszcza zasobów nierozzerwalnie związanych z podmiotem udostępniającym (a do takich należy wiedza i doświadczenie), musi łączyć się z określonym zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w realizację umowy. Co do zasady zaangażowanie to może przybrać różnorakie formy, w tym również przekazania know-how, konsultacje, doradztwo, co nie jest tożsame z udziałem w realizacji zamówienia sensu stricto. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów. Dopuszczenie

możliwości wykazania dysponowania zasobami innego podmiotu poprzez złożenie zobowiązania niezawierającego elementów potwierdzających faktyczne przekazanie tych zasobów, prowadziłyby do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców niedysponujących zasobami niezbędnymi do realizacji.

- Wyrok KIO z dnia 29.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1771/11:

Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty "wymagania" stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane. Możliwość skorzystania z zasobu podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia wiązać musiała się z wykazaniem podwykonawstwa, czyli uczestniczenia w realizacji przedmiotu zamówienia. Dysponowanie udostępnionymi przez podmiot trzeci zasobami musi być jednoznaczne, nie może być przedmiotem domysłów Zamawiającego. Zobowiązanie podmiotu trzeciego winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia odpowiedniego zasobu - wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia, a także inne istotne okoliczności, w tym wynikające ze specyfiki tego zasobu.

- Wyrok KIO z dnia 16.03.2011 r., sygn. akt: KIO 424/11:

W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca powołujący się na zasoby innych podmiotów, może wykazać dysponowanie nimi w szczególności poprzez złożenie zobowiązania podmiotów do oddania mu do dyspozycji tych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Przepis ten nie określa minimalnej treści takiego zobowiązania, niemniej jednak wynika z niego konieczność udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Należy zatem uznać, że skoro musi to być zobowiązanie do realnego przekazania, połączonego z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia, to forma ta winna zostać określona już w treści tego zobowiązania. Nie jest zatem wystarczające ogólne odwołanie się do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, o ile z jego treści nie da się wywieść, jaki będzie ustalony przez strony faktyczny udział podmiotu trzeciego w odniesieniu do realizacji zamówienia. Brak szczegółowych wymagań nie oznacza bowiem całkowitej dowolności wykonawcy i przyjęcia przez niego, iż oświadczenie powtarzające treść art. 26 ust. 2b Pzp jest wystarczające dla udowodnienia dysponowania potencjałem niezbędnym do realizacji zamówienia. Jeżeli zatem w treści zobowiązania brak jest jednoznacznej informacji o zaangażowaniu podmiotu udzielającego doświadczenia

w realizację zamówienia i sposobu korzystania w trakcie jego realizacji z udostępnionych zasobów, w ocenie Izby, zamawiający jest uprawniony do uznania, iż wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, który przedkłada tego typu zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem i nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że dysponowanie zasobem w postaci doświadczenia musi się wiązać z uczestnictwem w wykonaniu zamówienia, którego forma jest w sposób bezpośredni i konkretny uwarunkowana przedmiotem i specyfiką zamówienia. W niniejszej sprawie przedmiot zamówienia - tj. dostawa kontenerowych elektrowni polowych dużej mocy wymaga doświadczenia na każdym etapie jego wykonania, co w praktyce uniemożliwia jakąkolwiek formę udziału w wykonaniu poza wykonawstwem przedmiotu zamówienia (podwykonawstwem). Kontenerowa elektrownia połowa to inaczej agregaty prądotwórcze (na które WZI nie posiada referencji) zamontowane w kontenerach, które stanowią dla agregatów osłonę przed warunkami atmosferycznymi oraz stanowią platformę do transportu. Całość oparta jest w głównej mierze na specjalnie dobranych i doposażonych agregatach prądotwórczych i służy do wytwarzania prądu w warunkach polowych. Agregaty prądotwórcze odpowiednio dobrane i przygotowane mają spełniać bardzo rygorystyczne wymagania pracy w skrajnych warunkach temperaturowych, tj. w zakresie od -30 do +50 °C. Dobranie agregatów, ich konfiguracja, połączenie dla zapewnienia prawidłowego działania, wydajności i pracy we wskazanych warunkach wymaga doświadczenia na każdym etapie realizacji zamówienia. Co jest następnie potwierdzone procedurą odbioru, w tym przeprowadzeniem prób określonych w umowie, wymaganiach technicznych. Przy dostawie takiego przedmiotu zamówienia, o takim stopniu skomplikowania i zaawansowania technologicznego nie można wyobrazić sobie udostępnienia doświadczenia bez udziału w wykonaniu przedmiotu zamówienia na każdym z etapów wykonania. Przedmiot zamówienia wymaga zarówno wysokiej i specjalistycznej wiedzy jak i posiadania doświadczenia, a zatem umiejętności praktycznych i empirycznej w jego skonstruowaniu. (Załączone dowody: dokumentacja techniczna stanowiąca załącznik nr 1 do SIWZ, zeznania świadka Andrzeja M.a, zeznania świadka Zenona B.a, zeznania świadka Mariusza M., na okoliczność treści przedmiotu zamówienia, stopnia skomplikowania wykonania i wymaganego doświadczenia, sposobu udostępnienia doświadczenia dla wykonania przedmiotu zamówienia, dowód z opinii biegłego z zakresu inżynierii na okoliczność zakresu prac przy dostawie kontenerowej elektrowni polowej i wymaganego doświadczenia, stopnia skomplikowania i zaawansowania technologicznego - zgłaszany na wypadek zaprzeczenia powyższym zarzutem Odwołującego i uznania przez Wysoką Izbę za niewystarczające dowód z zeznań świadków). Powyższe, oznacza, że tylko poprzez uczestnictwo w wykonaniu przedmiotu zamówienia, możliwe jest zapewnienie

rzeczywistego udostępnienia zasobu doświadczenia i wiedzy. W przypadku WZI, które nie posiadają doświadczenia w dostawie kontenerowych elektrowni polowych, bowiem nie wykonywały takiego przedmiotu zamówienia nie można uznać za wystarczające posłużenie się oświadczeniem o udzieleniu zasobów w sposób nie tylko bliżej nieokreślony, ale w sposób wyłączający udział w realizacji zamówienia w formie wykonawstwa lub podwykonawstwa. Przyjęcie odmiennego założenia prowadziłoby do naruszenia podstawowej zasady prawa zamówień publicznych i udzielenia zamówienia podmiotowi niezdolnemu (niespełniającemu warunku udziału w postępowaniu) do realizacji przedmiotu zamówienia, co oznacza zaprzeczenie zasadzie równego traktowania wykonawców. Podsumowując, skoro WZI nie wykazało warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, Zamawiający - dokując prawidłowego badania ofert, winien wykluczyć WZI jako Wykonawcę nie spełniającego warunków udziału, a jego ofertę uznać za odrzuconą, względnie odrzucić ofertę na zasadzie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp, a następnie winien dokonać wyboru spośród ofert niepodlegających odrzuceniu wybierając ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą według kryterium ustalonego przez Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 19.09.2013 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 20.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A. zgłosiły przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 26.09.2013 r. (faxem), a w dniu 30.09.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO), Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu i Przystępującemu.

W dniu 30.09.2013 r. (faxem) Prezes KIO wezwał Wojskowe Zakłady Inżynieryjne S.A. na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r., Nr 48, poz. 280 i Dz. U. z 2013 r. poz. 232) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

W dniu 03.10.2013 r. (faxem) Przystępujący po stronie Zamawiającego poinformował w odpowiedzi na wezwanie z dnia 30.09.2013 r., iż nie wnosi, w trybie art. 186 ust. 3-5 Pzp, sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu zgodnie z żądaniem Odwołującego, a Przystępujący po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie, uznając, iż zachodzą przesłanki do wydania postanowienia w przedmiocie umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. z 2010 Nr 48, poz. 280 i Dz. U. z 2013 r. poz. 232) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....

Członek:

.....

.....