

Sygn. akt: KIO 1687/13

**WYROK**  
z dnia 23 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk**

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj.: Krajowa Instytucja Rozliczeniowa (Pełnomocnik) i Operator Usług Publicznych Sp. K. S.C. Agent 116 oraz Operator Usług Publicznych Sp. K. S.C. Agent 117 z adresem dla pełnomocnika wykonawców: ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole**

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj.: Krajowa Instytucja Rozliczeniowa (Pełnomocnik) i Operator Usług Publicznych Sp. K. S.C. Agent 116 oraz Operator Usług Publicznych Sp. K. S.C. Agent 117 z adresem dla pełnomocnika wykonawców: ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj.: Krajowa Instytucja Rozliczeniowa (Pełnomocnik) i Operator Usług Publicznych Sp. K. S.C. Agent 116 oraz Operator Usług Publicznych Sp. K. S.C. Agent 117 z adresem dla pełnomocnika wykonawców: ul. Nowogrodzka 31, 00-511 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Prowadzenie Punktu Informacji Drogowej dla sieci dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w Opolu (obszar województwa opolskiego) w okresie od 01.08.2013 r. do 01.07.2014 r.*” Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 6 czerwca 2013 r. pod nr 218878.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj.: Krajowa Instytucja Rozliczeniowa (Pełnomocnik) i Operator Usług Publicznych Sp. K. S.C. Agent 116 oraz Operator Usług Publicznych Sp. K. S.C. Agent 117 z siedzibą dla pełnomocnika wykonawców w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 10 lipca 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 9 lipca 2013 r.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 23 lipca 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

### I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący złożył odwołanie od niezgodnych w jego ocenie z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu jego oferty oraz wykluczeniu go z postępowania i w konsekwencji tego dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się

o udzielenie zamówienia przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie na skutek błędnego przyjęcia, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy złożone oświadczenia, dokumenty i wyjaśnienia wskazują, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert i w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł też o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami ewentualnego zastępstwa prawnego.

Odwołujący przywołał zapisy SIWZ wskazujące na opis warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Przywołał punkt 7.2.2 SIWZ (IDW), gdzie Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego zadania polegającego na prowadzeniu przez okres min. 12 m-cy punktu informacji drogowej dla sieci dróg krajowych lub autostrad. W tym celu Zamawiający wymagał przedłożenia wykazu wykonanych usług (formularz 3.2.2) w którym wymagał podania takich informacji, jak:

- nazwa wykonawcy (podmiotu), wykazującego posiadanie wiedzy i doświadczenia,
- nazwa i adres zamawiającego/zlecającego,
- informacje potwierdzające spełnienie warunków określonych w pkt 7.2.2) IDW,
- wartość usług (zadania) w PLN,
- czas realizacji (początek/koniec).

Odwołujący zauważył, że zakres żądanych informacji w wykazie jest szerszy aniżeli faktycznie postawiony warunek, który ograniczał się jedynie do wskazania zadania oraz okresu realizacji, a dodatkowo w wykazie Zamawiający wymagał wskazania wartości usługi pomimo braku konkretyzacji warunku w tym zakresie.

Odwołujący podkreślił, iż złożył wraz ofertą stosowny wykaz, w którym, na mocy art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykazał wiedzę i doświadczenie udostępnianą przez podmiot trzeci - p. K..... M....., wskazując odpowiednio: zlecającego, zakres realizowanej usługi (prowadzenie dyżurów i wszelkie czynności związane z obsługą punktu informacji drogowej), wartość usługi (nie mniej niż 20.000 PLN) oraz czas realizacji (od 01.2012 do 01.2014). Do

wykazu dołączono zobowiązanie do udostępnienia zasobu oraz poświadczenie należytej realizacji. Pomimo powyższego pismem z dnia 25 czerwca br. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż jego zdaniem podane w wykazie informacje nie potwierdziły, że usługa stanowiła jedno zadanie i polegała na prowadzeniu punktu informacji drogowej dla sieci dróg krajowych i autostrad. Odwołujący podniósł, iż w zakreślonym terminie uzupełnił wykaz, wskazując wykonaną usługę: jedno zadanie polegające na prowadzeniu punktu informacji drogowej dla sieci dróg krajowych oraz autostrad przez okres dłuższy niż 12 miesięcy, w tym wszelkie czynności związane z obsługą (prowadzeniem) punktu informacji drogowej. Uzupełnienie to jednak okazało się niewystarczające dla Zamawiającego, w związku z czym w dniu 1 lipca br. wezwał Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień przekraczających – zdaniem Odwołującego - zakres informacji wymaganych w wykazie odnośnie postawionego warunku. Zamawiający zażądał doprecyzowania m.in. jakich dróg i przez kogo administrowanych dotyczyła usługa, jaka była konkretna jej wartość, czy usługa polegała na prowadzeniu punktu informacji drogowej. Odwołujący podkreślił, iż udzielił wyczerpującej odpowiedzi, wskazując jednocześnie Zamawiającemu przekroczenie jego kompetencji i ustawowych uprawnień. Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień kwestionował również poświadczenie należytej realizacji, które - jego zdaniem - nie dotyczyło usługi wskazanej w wykazie, co również zostało w odpowiedzi wyjaśnione. W konsekwencji przeprowadzonej korespondencji Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania z uwagi na „ogólnie podane informacje niepozwalające ustalić jaką usługę wykazują wykonawcy”. Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego oraz jego argumentacją. Podkreślił, że zarówno w orzecznictwie, jak i piśmiennictwie, ugruntowany jest pogląd dotyczący dokumentów, które mają potwierdzać należyte wykonanie dostaw czy usług. Zgodnie z tym zadaniem referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania umowy, a legitymacja spełnienia warunku wynika z oświadczenia złożonego przez wykonawcę w wykazie oraz referencjach złożonych wraz z tym wykazem (tzw. poświadczeniu). Tak więc, oceniając spełnianie warunku udziału w postępowaniu Zamawiający obligatoryjnie bada łącznie oświadczenie zawarte w wykazie oraz informacje zawarte w dokumentach potwierdzających należyte wykonanie usług na okoliczność prawidłowości realizacji tejże usługi (wskazanej w wykazie). Podkreślił, że ustawodawca nie wskazuje i nie określa w żadnym akcie prawnym wymaganej treści dokumentów poświadczających należyte wykonanie usług, mając na uwadze, iż ich treść każdorazowo zależy od podmiotu, który tę referencję (poświadczenie) wystawia. Jeżeli więc ustawodawca nie zdefiniował takich wymagań, Zamawiający nie może żądać, aby z dokumentów sporządzonych przez podmioty trzecie wynikało coś więcej poza potwierdzeniem należytego wykonania usług. Zwrócił uwagę, że wszelkie wymagane

informacje Odwołujący oświadczył w wykazie zrealizowanych usług, a prawdziwość podawanych danych sankcjonowana jest dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z informacji o wyniku postępowania Odwołujący wywodził, że Zamawiający w istocie nie kwestionuje samego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale sam sposób wyartykułowania w wykazie i poświadczeniu, co tym bardziej czyni jego działania nienależytymi. Zauważył, że w każdym z pism Zamawiającego odczuwalny był nadmierny, formalizm, zmierzający do usilnego wykluczenia go z postępowania. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał orzecznictwo KIO (KIO 744/11 z dnia 26 kwietnia 2011 r., KIO 700/11 z dnia 19 kwietnia 2011 r., KIO 327/11, 349/11 z dnia 4 marca 2011 r., KIO 237/11 z dnia 17 lutego 2011 r., KIO 2116/10 z dnia 13 października 2010 r.). Podkreślił, że dokonujący badania i oceny dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia Zamawiający, zobowiązany jest uwzględniać okoliczność, iż wykonawca nie ma wpływu, ani na formę, ani na treść dokumentu sporządzanego przez zamawiającego, na okoliczność potwierdzenia należytego wykonania zamówienia.

Według Odwołującego przepisanie warunków wymaganych przez Zamawiającego do wykazu wiedzy i doświadczenia nie jest nieprawidłowe. Podkreślił, że wykaz zrealizowanych zamówień jest w swej istocie oświadczeniem wiedzy złożonym przez wykonawcę. Odwołujący zaś jasno doprecyzował zakres realizowanej usługi żeby nie budziło wątpliwości Zamawiającego spełnianie przez niego warunku udziału. Co do poprawności zobowiązania do udostępnienia zasobów zdaniem Odwołującego z jego treści jednoznacznie wynika, że p. Krzysztof Mazur udostępnił zasób wiedzy i doświadczenia na okres zawartej umowy, który zostanie udostępniony i przekazany jako potencjał do wykorzystania w związku z nadzorowaniem wykonawcy jako doradca instruktażowy wykonywanych usług dla zachowania ich wysokiej jakości lub jako podwykonawca. Wbrew temu co twierdzi Zamawiający, Odwołujący wyjaśnił i przekazał wszelkie niezbędne informacje pozwalające na jednoznaczną ocenę prawidłowości udostępnianego zasobu. Podkreślił, że wiedza i doświadczenie zostanie faktycznie udostępniona poprzez osobisty nadzór i instruktaż Odwołującego podczas realizacji usługi, a tak udostępniony zasób daje on pełną gwarancję wykorzystania posiadanej i nabytej już wiedzy do realizacji nowego zamówienia.

Co do spełniania warunku osób zdolnych do wykonania zamówienia Odwołujący przywołał zapisy pkt 7.2.3 SIWZ (IDW), gdzie Zamawiający zażądał, aby wykonawca dysponował co najmniej pięcioma osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia legitymującymi się co najmniej:

- średnim wykształceniem,
- pięcioletnim doświadczeniem w pracy w punkcie informacji drogowej lub pracy w administracji drogowej na sieci dróg krajowych lub autostrad w działach:

zarządzających ruchem, budowy dróg, utrzymania dróg lub bezpieczeństwa ruchu drogowego, kierowania ruchem.

Odwołujący w wykazie osób złożonym do oferty wymienił z imienia i nazwiska pięć osób, wszystkie posiadające wyższe wykształcenie, natomiast w kolumnie „doświadczenie” wpisał: zgodne z wymaganym. W związku z wątpliwościami Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia przedłożył nowy wykaz, wskazujący te same osoby, a w kolumnie „doświadczenie” dookreślono zgodnie z wymogiem Zamawiającego: co najmniej 5 letnie doświadczenie w punkcie informacji drogowej, a także administracji drogowej na sieci dróg krajowych oraz autostrad w działach zarządzających ruchem. Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego, iż tak podana informacja nie wskazuje jakie rzeczywiste doświadczenie posiadają wskazane osoby. Odwołujący podniósł, że żądaniem Zamawiającego nie było wykazanie rzeczywistego doświadczenia w jakimkolwiek zakresie, a jedynie konkretne spełnienie warunku, oceniane przez Zamawiającego systemem zero – jedynkowym, a skoro Odwołujący oświadczył zgodnie z prawdą, iż osoby posiadają stosowne doświadczenie - dokładnie takie, jakie wymagał Zamawiający, co potwierdza tym samym gotowość i niezbędne kwalifikacje do realizacji zamówienia, to tym samym wykluczenie z uwagi na niespełnianie warunku jest czynnością nieuzasadnioną i stojącą w sprzeczności z przepisami prawa oraz zasadami logiki. Zwrócił uwagę na to, że w istocie Odwołujący został wykluczony za to, że spełniał warunek udziału w postępowaniu. Powyższe – jego zdaniem - wskazuje na intencje Zamawiającego i jego niechęć do udzielenia zamówienia Odwołującemu, którego oferta jest najkorzystniejsza, a zamówienie zostało udzielone kolejny raz dotychczasowemu podmiotowi świadczącemu zamawianą usługę.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko. Dodatkowo wniósł jako dowód w sprawie zestawienie ofert w tożsamych postępowaniach w ostatnich kilku latach, wskazując na wybór w ostatnich latach przez Zamawiającego do tego samego przedmiotu zamówienia jednego wykonawcy, który każdorazowo mieścił się w budżecie Zamawiającego, a który w aktualnym postępowaniu złożył ofertę droższą od oferty Odwołującego.

## II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w piśmie z dnia 23 lipca 2013 r., przedłożonym do akt sprawy w toku rozprawy, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o dopuszczenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu na okoliczność prawidłowego wykonania przez Zamawiającego czynności w toku postępowania o udzielenie wskazanego w odwołaniu zamówienia.

W uzasadnieniu swojego stanowiska zwrócił uwagę na to, że 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 oraz dokumentów warunkujących zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków (wyrok SO z dnia 7 lipca 2008 r., sygn. akt V Ca 984/08). Powołując się na orzecznictwo KIO (sygn. akt KIO 742/13, sygn. akt KIO 2319/10) podkreślił m.in., że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ. Przywołał zapisy SIWZ dotyczące opisu spornego warunku oraz dokumentów żądanych na potwierdzenie jego spełnienia. Wskazał, że zażądał wykazu, który miał zostać sporządzony w formie tabeli, w której poszczególne rubryki nosiły nazwy: 2 „Nazwa Wykonawcy (podmiotu), wykazującego posiadanie wiedzy i doświadczenia”, 3. „Nazwa i adres Zamawiającego/Zlecającego”, 4. „Informacje potwierdzające spełnienie warunków określonych w pkt 7.2.2) IDW”, 5. „Wartość usług (zadania) PLN”, 6--7 „czas realizacji początek dzień/miesiąc/rok i koniec dzień/miesiąc/rok”. Do wykazu należało także załączyć dokumenty potwierdzające, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należycie. Jeśli chodzi o ofertę Odwołującego i załączony do niej wykaz Zamawiający stwierdził, że wykaz ten nie potwierdzał spełnienia warunku określonego przez Zamawiającego, w szczególności tego, że wskazana usługa stanowiła jedno zadanie i polegała na prowadzeniu punktu informacji drogowej dla sieci dróg krajowych i autostrad. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W odpowiedzi na powyższe Odwołujący ponownie przedłożył formularz wykazu. W związku z rozbieżnościami pomiędzy danymi zawartymi w formularzu i poświadczeniu, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ww. dokumentów i jednoznaczne podanie: czy usługa wskazana w formularzu wykazu wykonywana przez p. K..... M..... na rzecz „Multi” sp. z o. o. polegała na prowadzeniu punktu informacji drogowej, czy na wykonywaniu przez p. M..... czynności związanych z prowadzeniem dyżurów przy utrzymaniu dróg publicznych wg określonego harmonogramu - w wybranych dniach i określonych godzinach, jako jedna z osób (dyżurnych) wykonujących te czynności oraz czy usługa ta realizowana była w ramach jednego zadania - co powinno być rozumiane według niego jako „w ramach jednej umowy”, realizowanej od 02.01.2012 r. do 11.06.2013 r., czy też kilku umów, jakich dróg i przez kogo



administrowanych dotyczyły te usługi oraz jaka była konkretna wartość usługi lub wartości usług w podanym okresie realizacji realizowanych w ramach jednej lub więcej umów. W odpowiedzi na powyższe pytanie, Odwołujący nie podał według Zamawiającego jakichkolwiek konkretnych odpowiedzi, a używając niejednoznacznych sformułowań: „zarobkowe przebywanie w punkcie (w jego obszarze) w celu przyjętej do wykonania usługi, na którą składają się czynności związane z tym miejscem, dla których zostało ono powołane u zleceniodawcy”, w ramach „stosunku umownego”, „świadczona praca podobna dotyczy punktu informacyjnego związanego z drogownictwem (...) której ostatecznym biorcą jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad administrująca drogi krajowe i autostrady” uniknął de facto odpowiedzi na pytania na podstawie, jakiej umowy (jakiego rodzaju) świadczona jest usługa oraz określenia przedmiotu tej umowy, przedkładając *de facto* oświadczenie zamiast nadającej się do zweryfikowania informacji. Zauważył, że pojęcie „punktu informacyjnego związanego z drogownictwem” nie jest pojęciem tożsamym z „punktem informacji drogowej”. Powyższe nie wskazuje jednoznacznie na to, że osoba udostępniająca potencjał obsługuje punkt informacji drogowej dla sieci dróg krajowych lub autostrad, a wprost przeciwnie – jego zdaniem - treść poświadczenia wskazuje na inny zakres usług dotyczących innego podmiotu. Odwołujący - jego zdaniem - nie potwierdził spełnienia warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdyż nie złożył stosownego dokumentu, co było jedną z podstaw wykluczenia Odwołującego, natomiast ten nie odniósł się w ogóle do tej podstawy wykluczenia w złożonym odwołaniu. Zamawiający zauważył także, że „drogi publiczne” są pojęciem znacznie szerszym, obejmującym między innymi drogi gminne, powiatowe i wojewódzkie (nie podlegające Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad).

Zamawiający przywołał także treść zapisów pkt 8.3.2 IDW, wskazując na szczególne postanowienia SIWZ co do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przy użyciu potencjału podmiotu trzeciego. Podkreślił, że Odwołujący w przedłożonym dokumencie podpisanym przez p. K..... M..... pn: „Zobowiązanie w trybie art. 26 ust. 2b ustawy pzp” nie wskazał konkretnie, co podlega udostępnieniu. P. M..... zobowiązał się „do oddania (...) niezbędnych zasobów w celu należytej realizacji zamówienia i w niezbędnym zakresie związanym z udostępnianymi zasobami, tj. posiadanej wiedzy i doświadczenia na okres zawartej umowy”. Podniósł, że w wyniku wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia Odwołujący nie podał Zamawiającemu jakichkolwiek informacji pozwalających na dokonanie 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. Zwrócił uwagę na to, że w toku postępowania Odwołujący nigdzie nie wskazał zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu ani też sposobu wykorzystania zasobów innego

podmiotu przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, zaś jego zdaniem zarówno zakres, jak i sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, winien podać wykonawca nie zaś udostępniający, tymczasem w przedmiotowym przypadku brak jest jakichkolwiek dokumentów pochodzących od Odwołującego. Według Zamawiającego Odwołujący w złożonym odwołaniu w ogóle nie odniósł się do wykluczenia z tytułu niewykazania spełnienia warunków udziału poprzez niezłożenie wskazanych wyżej dokumentów, których brak przesądza o zasadności treści ostatecznej decyzji Zamawiającego.

Co do oceny spełniania drugiego z warunków udziału w postępowaniu Zamawiający przywołał opis warunku zawarty w pkt 7.2.3.2) IDW SIWZ. Wskazał też na żądane dokumenty dla potwierdzenia spełniania tego warunku, tj. wykaz osób w formie tabeli, w której poszczególne rubryki nosiły nazwy: imię i nazwisko, Informacje o osobach - ich doświadczeniu i wykształceniu potwierdzające spełnienie warunków określonych w pkt 7.2.3.2) IDW podzielona na podrubryki: wykształcenie i doświadczenie oraz rubrykę p.n.: podstawa dysponowania. Zwrócił uwagę na to, że Odwołujący w ofercie wskazał pięć osób i podał ich wykształcenie, zaś w rubryce „doświadczenie” wpisał przy każdym nazwisku: „zgodnie z wymaganym” zaś w rubryce „podstawa dysponowania”: „umowa”. W wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, opisując przez wymienione osoby doświadczenie, przytoczył dokładnie treść warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający żądał wskazania w wykazie informacji w celu wykazania opisanego warunku udziału w postępowaniu, nie zaś oświadczenia na temat doświadczenia osób kierowanych do wykonania zamówienia, tymczasem Odwołujący w wykazie osób złożył jedynie oświadczenie o zakresie posiadanego doświadczenia posiadanego przez poszczególne osoby, faktycznie przytaczając dosłownie treść opisanego warunku udziału w postępowaniu, jednakże oświadczenia tego nie poparł żadnymi informacjami mimo uprzedniego wezwania przez Zamawiającego ze wskazaniem, w jakim zakresie wymagane informacje należy uzupełnić. Podkreślił, że brak informacji o doświadczeniu uniemożliwił Zamawiającemu zweryfikowanie, czy wskazane w wykazie osoby legitymują się pięcioletnim wymaganym doświadczeniem.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące wykluczenia go z postępowania i uznania za odrzuconą jego oferty, wykazał swój uszczerbek w interesie polegającym na pozbawieniu go możliwości uzyskania przedmiotowe zamówienia publicznego. Powyższe stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba jako materiał dowodowy w sprawie przyjęła dokumentację z postępowania o zamówienie publiczne przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz zestawienie ofert w tożsamy postępowaniach w ostatnich kilku latach, przedłożone w toku rozprawy przez Odwołującego, jak również stanowiska i oświadczenia stron postępowania odwoławczego złożone w toku tego postępowania.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że jeden z zarzutów odwołania znalazł potwierdzenie w materiale dowodowym. Ze względu jednak na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na niepotwierdzenie się drugiego z zarzutów odwołania i w efekcie potwierdzeniu się zasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, Izba uznała, że stwierdzone naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

Izba uznała za potwierdzony zarzut dotyczący niespełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Izba ustaliła w tym względzie, że Zamawiający opisał wskazany warunek w pkt 7.2.2. SIWZ, gdzie oczekiwał od wykonawców wykazania się doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego zadania polegającego na prowadzeniu przez okres min. 12 miesięcy punktu informacji drogowej dla sieci dróg krajowych i autostrad. Zamawiający w pkt 8.2.2 zażądał dokumentów na potwierdzenie spełniania tego warunku, w tym wykazu wykonywanych prac oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie

usług. W formularzu 3.2.2. określił wzór tego dokumentu, oczekując w nim wskazania m.in. wartości usług (zadania) w PLN. W pkt 8.3.2 IDW (SIWZ) Zamawiający wskazał na szczególne postanowienia SIWZ co do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przy użyciu potencjału podmiotu trzeciego.

Odwołujący składając swoją ofertę załączył do niej zarówno wykaz usług, jak i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień. W wykazie tym wskazał na jedną usługę realizowaną przez K..... M..... na rzecz Multi Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, polegającą na prowadzeniu dyżurów i wszelkich czynności związanych z obsługą punktu informacji drogowej o wartości nie mniejszej niż 20 000 zł. Do oferty zostało załączone także zobowiązanie podmiotu trzeciego (Pana K..... M.....) o udostępnieniu potencjału wiedzy i doświadczenia Odwołującemu. Załączono też poświadczenie należytej realizacji zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 25 czerwca 2013 r. wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania tego warunku udziału w postępowaniu. Zażądał też dokumentów potwierdzających możliwość korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, wskazując na konieczność wykazania, że wykonawca będzie dysponował tymi zasobami, co do sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego przez wykonawcę, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Odwołujący, udzielając wyjaśnień i uzupełniania oferty w piśmie z dnia 25 czerwca 2013 r. potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu i przedłożył nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego, wskazując jednocześnie, że pierwotnie złożone jest prawidłowe. Zamawiający ponownie w piśmie z dnia 1 lipca 2013 r. wezwał Odwołującego o dodatkowe wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, dotyczące wykazanego doświadczenia. Odwołujący w piśmie z dnia 1 lipca 2013 r. udzielił Zamawiającemu stosownych wyjaśnień.

Zamawiający w piśmie z dnia 5 lipca 2013 r. uznał, że Odwołujący nie spełnia wskazanego warunku udziału w postępowaniu, uznając, że wykonawca ten nie udowodnił Zamawiającemu spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp). W uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, że informacje ogólnie podane w złożonych Zamawiającemu dokumentach nie pozwalają na ustalenie, jaką usługę wykazuje Odwołujący, a także wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę niewiele wnoszą. Jego zdaniem uznanie takich dokumentów sprowadzałoby się *de facto* do złożenia nowego oświadczenia przez wykonawcę w trybie art. 44 ustawy Pzp. W jego ocenie dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia nie wskazuje, aby usługa, o której tam mowa, była usługą, o której mowa w opisie warunku. Zamawiający także negatywnie ocenił

zobowiązanie Pana Krzysztofa Mazura do udostępniania zasobów podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, gdyż nie określono w nim konkretnie co polega udostępnieniu Odwołującemu. Według Zamawiającego Odwołujący nie podał niezbędnej Zamawiającemu informacji co do oceny tego, czy wykonawca, wykazując spełnianie warunku co do wiedzy i doświadczenia, będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy łączący wykonawcę z innymi podmiotami stosunek gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, wykluczając ze wskazanego powodu Odwołującego z postępowania. Izba stwierdziła, że opisany przez Zamawiającego w SIWZ warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia odnosił się wyłącznie do określonego zakresu zadania wykonywanego przez okres 12 miesięcy. Usługa ta miała polegać na prowadzeniu punktu informacji drogowej dla sieci dróg krajowych i autostrad. Wartość wskazanej usługi nie została w żaden sposób, w ramach opisu warunku, określona. Odwołujący w ramach wykonywanej usługi posłużył się usługą wykonywaną przez osobę fizyczną – Pana K..... M..... – (podmiot trzeci) na rzecz firmy Multi Sp. z o.o. Z treści przedłożonych dokumentów jasno wynika, że usługa ta polegała na prowadzeniu dyżurów przy utrzymaniu dróg publicznych, w tym przy zimowym utrzymaniu dróg, łącznie z obsługą teleinformatyczną w oparciu o udostępnione aplikacje komputerowe (poświadczenie), usługi związanej z prowadzeniem punktu informacji drogowej (zobowiązanie podmiotu trzeciego), prowadzenie dyżurów i wszelkie czynności związane z obsługą punktu informacji drogowej (wykaz usług). Wskazany zakres wykonywanej usługi - zdaniem Izby - potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Na powyższe wskazuje przede wszystkim okoliczność, iż pojęcie punktu informacji drogowej oraz związanej z nim obsługi nie zostało w ramach opisu warunku zidentyfikowane przez Zamawiającego. Pojęcie to – co potwierdził w toku rozprawy sam Zamawiający – nie zostało również zdefiniowane w przepisach powszechnie obowiązujących. Z tych też względów przy braku szczegółowego opisu charakteru i zakresu usługi w ramach opisu warunku udziału w postępowaniu w SIWZ powyższe nie może skutkować negatywnie dla wykonawcy, który powołuje się na określone usługi wykonywane w ramach obsługi punktu informacji drogowej. Opis przedmiotu zamówienia w postanowieniach SIWZ nie może także zastępować opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku (opisu warunku) w postanowieniach SIWZ. Odwołujący w przedłożonych Zamawiającemu w ofercie, jak i uzupełnionych dokumentach, wykazał istotne elementy związane z obsługą, a więc prowadzeniem punktu informacji drogowej. Jeśli Zamawiający miał w tym względzie jakieś szczególne wymogi powinien je być określić w ramach opisu warunku w SIWZ. Przedłożone dokumenty na potwierdzenie

spełniania warunku udziału – wykaz, poświadczenie należytego wykonania zamówienia, a także zobowiązanie podmiotu trzeciego - należy odczytywać łącznie. Nie można bowiem wymagać od wykonawcy, aby przedkładał w postępowaniu poświadczenia (referencje) pochodzące od podmiotów trzecich o określonej treści, w sytuacji gdy obowiązujące przepisy prawa wymaganej w tym zakresie jedynie potwierdzenia prawidłowości wykonania przez wykonawcę określonego zadania. Z dokumentu poświadczenia, jak i poprzednio dokumentu referencji, ma wynikać należyte wykonanie zamówienia, co w przedmiotowej sprawie zostało potwierdzone. Izba nie miała wątpliwości, Zamawiający zresztą również tego nie wykazał, że usługa wykazywana przez Odwołującego w trzech różnych dokumentach (wykaz usług, poświadczenie, zobowiązanie podmiotu trzeciego) dotyczy tego samego zamówienia i jest to jedno zadanie, co zresztą w swoich wyjaśnieniach dodatkowo potwierdził Zamawiającemu Odwołujący. Tym samym przedmiotowo warunek został wypełniony. Jeśli chodzi o kwestie zobowiązania podmiotu trzeciego Izba uznała, że żądania Zamawiającego zawarte w kolejnych pismach, w których wzywał on Odwołującego do uzupełniania, czy wyjaśnienia dokumentów w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, były nieuzasadnione. Treść przedłożonego wraz z ofertą przez Odwołującego zobowiązania podmiotu trzeciego wyraźnie wskazuje, jaki podmiot (podmiot trzeci) i na rzecz jakiego podmiotu (Odwołującego) udostępnia swój zasób w postaci wiedzy i doświadczenia, polegający na prowadzeniu punktu informacji drogowej. Zobowiązanie to wskazywało na udostępnienie tego zasobu w związku z konkretnym postępowaniem o zamówienie publiczne. Wykaz wskazywał również na sposób realnego wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji zamówienia, poprzez nadzór wykonawcy, jako doradca instruktażowy wykonywanych usług celem zachowania ich wysokiej jakości lub jako podwykonawca na podstawie zawartej umowy. Zdaniem Izby powyższe wskazuje dodatkowo na fizyczny udział podmiotu udostępniającego potencjał wiedzy i doświadczenia wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia. W tym zakresie nie można zatem mieć wątpliwości, że wszystkie elementy udostępniania zasobu podmiotu trzeciego i jego wykorzystania w trakcie realizacji zamówienia, nawet przy restrykcyjnej interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zostały wypełnione.

Co do drugiego z zarzutów, związanego z oceną spełniania warunku dotyczącego potencjału osobowego, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał spełniania tego warunku i w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp podlega wykluczeniu z postępowania, a jego ofertą w trybie art. 24 ust. 4 stawy Pzp powinna być z mocy prawa uznana za odrzuconą.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający wskazany warunek opisał w pkt 7.2.3 ppkt 2) SIWZ, oczekując od wykonawców dysponowania co najmniej pięcioma osobami,

które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, które legitymują się średnim wykształceniem oraz pięcioletnim doświadczeniem w pracy w punkcie informacji drogowej lub pracy w administracji drogowej w sieci dróg krajowych lub autostrad w działach: zarządzających ruchem, budowy dróg, utrzymania dróg lub bezpieczeństwa ruchu drogowego, kierowania ruchem. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy mieli przedłożyć – zgodnie z pkt 8.2.3 SIWZ – wykaz osób wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia. W formularzu 3.2.3. Zamawiający określił wzór tego dokumentu, wyszczególniając m.in. rubryki, w których należało wskazać wykształcenie oraz doświadczenie wymaganych osób.

Odwołujący załączył do swojej oferty wykaz pięciu osób, wskazując na ich wyższe wykształcenie oraz w zakresie doświadczenia na opis: „zgodnie z wymaganym”.

Zamawiający w piśmie z dnia 25 czerwca 2013 r. wezwał Odwołującego do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp co do potwierdzenia spełniania wskazanego warunku udziału w postępowaniu, wskazując tam m.in., że w wykazie osób załączonym do oferty wskazano na minimalną liczbę wymaganych osób, podając ich wykształcenie, ale nie podając żadnych informacji na temat wymaganego doświadczenia. W wyniku uzupełnienia dokumentów przy piśmie z dnia 25 czerwca 2013 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu nowy wykaz osób, w którym w miejscu wymaganego doświadczenia od pięciu osób wskazał zapis: „Co najmniej 5-letnie doświadczenie w punkcie informacji drogowej, a także administracji drogowej na sieci dróg krajowych oraz autostrad w działach zarządzających ruchem”.

W informacji o wynikach postępowania Zamawiający wskazał na nieudowodnienie spełniania przywołanego warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego, wskazując, że wykonawca ten nie wykazał ani w ofercie, ani w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów wymaganego w ramach opisu warunku dotyczącego potencjału osobowego wymaganego od konkretnych osób doświadczenia.

Zdaniem Izby przywołanie przez Odwołującego w ramach opisanego w SIWZ warunku konkretnych osób bez wykazania dla nich konkretnego doświadczenia nie może być uznane za spełnianie warunku. W ocenie Izby z opisu warunku jasno wynikało, jakiego doświadczenia Zamawiający oczekuje od osób wykazywanych przez wykonawców w ramach potencjału kadrowego. Doświadczenie było wskazane konkretnie poprzez wymagany okres tego doświadczenia, jak również jego zakres. Brak wskazania w wykazie osób konkretnego doświadczenia, jakiego wymagał Zamawiający w efekcie uniemożliwił Zamawiającemu dokonanie oceny spełniania tego warunku w odniesieniu do Odwołującego. Odwołujący, czy

to wskazując w ramach wymaganego doświadczenia w ofercie na określenie: „zgodnie z wymaganym”, czy też uzupełniając wykaz osób i przytaczając zapisy SIWZ odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu w sposób nieznacznie zmodyfikowany, nie wykazał konkretnego doświadczenia tych osób, które Zamawiający mógł ocenić w ramach czynności badania i oceny ofert. Doprecyzowanie warunku w postanowieniach SIWZ co do wymaganego okresu doświadczenia oraz jego charakteru, przy jednoczesnym określeniu przez Zamawiającego formularza wykazu osób, w którym należało wyszczególnić wymagane doświadczenie, wskazują na konieczność przywołania w odniesieniu do każdej z wymienionych w tym wykazie osób identyfikowalnego doświadczenia. Wykonawca powinien wskazać, w jakim czasie określone osoby pozyskały wymagane od nich doświadczenie, przy jakich projektach, czy też na rzecz jakich podmiotów realizowanych, tak, aby istniała możliwość jego weryfikacji również pod kątem przedmiotowym. Powyższe w żadnej mierze nie zostało przez Odwołującego wykazane, nawet pomimo wyraźnego wezwania do uzupełniania dokumentów, skierowanego w tym przedmiocie do niego przez Zamawiającego.

Tym samym zatem potwierdziła się prawidłowość podjętej przez Zamawiającego w tym postępowaniu czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu nieudowodnienia spełniania warunku odnoszącego się do potencjału kadrowego.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 7 500 zł.

**Przewodniczący:** .....