

Sygn. akt: KIO 2175/14

**WYROK**

**z dnia 30 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Marta Polkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 października 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 października 2014 r.** przez **INVEST HOUSE Sp. z o.o., ul. S. Małachowskiego 26, 41-200 Sosnowiec** w postępowaniu prowadzonym przez **Sosnowiecki Szpital Miejski sp. z o. o., ul. Szpitalna 1, 41-219 Sosnowiec**

przy udziale wykonawcy **Dan Pol Sp. z o.o., ul. Murarska 28, 43-100 Tychy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14.10.2014 r., jak i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ramach którego nakazuje Zamawiającemu wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Sosnowiecki Szpital Miejski sp. z o. o., ul. Szpitalna 1, 41-219 Sosnowiec i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez INVEST HOUSE Sp. z o.o., ul. S. Małachowskiego 26, 41-200 Sosnowiec tytułem wpisu od odwołania;**

- 2.2.** zasądza zapłatę kwoty w wysokości **14 000 zł 00 gr** (słownie: czternaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Sosnowiecki Szpital Miejski sp. z o. o., ul. Szpitalna 1, 41-219 Sosnowiec** na rzecz **INVEST HOUSE Sp. z o.o., ul. S. Małachowskiego 26, 41-200 Sosnowiec** która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu wliczonego w poczet kosztów postępowania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

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 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 Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Termomodernizacja segmentu zachodniego budynku Szpitala oraz wymiana części nawierzchni chodników i miejsc postojowych Sosnowieckiego Szpitala Miejskiego Sp. z o. o., ul. Szpitalna 1, Sosnowiec”* (Znak sprawy: ZP-2200-75/14), zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 303682 – 2014, data zamieszczenia 11.09.2014 r., przez Sosnowiecki Szpital Miejski sp. z o. o., ul. Szpitalna 1, 41-219 Sosnowiec zwany dalej: *„Zamawiającym”*.

W dniu 14.10.2014 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował m.in. o unieważnieniu czynności wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 09.10.2014 r. oraz ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej Wykonawcy: Dan Pol Sp. z o.o., ul. Murarska 28, 43-100 Tychy zwana dalej: *„Dan Pol Sp. z o.o.”* albo *„Przystępującym”*, jaki i o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp”*, w tym także odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp - INVEST HOUSE Sp. z o.o., ul. S. Małachowskiego 26, 41-200 Sosnowiec zwaną dalej: *„INVEST HOUSE Sp. z o.o.”* albo *„Odwołującym”*. W celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu - posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, INVEST HOUSE Sp. z o.o., zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, wykazał, że będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu tj. ZRB J. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Łomżyńska 2. W tym celu przedłożył referencje potwierdzające wykonanie przez ZRB J. 3 zamówień na wykonanie termomodernizacji obiektów użyteczności publicznej. W oświadczeniu złożonym do oferty przez ZRB J. jest zobowiązanie, że w trakcie trwania przedmiotowej inwestycji ZRB J. będzie służył doradztwem technicznym firmie INVEST HOSE Sp. z o.o. Zamawiający, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, pismem z dnia 29.09.2014 r. wezwał INVEST HOUSE Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż w treści formularza oferty został wskazany zakres robót, który będzie powierzony podwykonawcy obejmujący nieznaczną część zamówienia tj. wymianę nawierzchni. INVEST HOUSE Sp. z o.o. w udzielonych wyjaśnieniach z 02.10.2014, napisał, Firma ZRB J. *„(...) będzie brała bezpośredni udział w realizacji zamówienia poprzez wykonywanie części robót.”* Jednakże ze złożonego przez Wykonawcę formularza ofertowego wynika, że Wykonawca nie zamierza powierzyć podwykonawcy wykonywania robót dotyczących termomodernizacji budynku szpitala,

Złożona oferta i pismo wyjaśniające zawierają w swej treści rozbieżne informacje, a oświadczenie ZRB J. nie potwierdza bezpośredniego udziału w realizacji zamówienia poprzez wykonywanie części robót. Zmiana treści oświadczenia Wykonawcy zawartego w formularzu oferty co do zakresu udziału podwykonawcy w realizacji przedmiotu zamówienia poprzez jego rozszerzenie jest zmianą treści oferty, niedopuszczalną w świetle art. 87 ust. 1 Pzp. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca nie wykazał skutecznie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia, które będzie wykorzystane w sposób zapewniający prawidłową realizację zamówienia. W ocenie Zamawiającego nie można nabyć doświadczenia poprzez doradztwo, a odwołanie się do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że dane zasoby będą wykorzystane przy wykonywaniu zamówienia.

W dniu 20.10.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) INVEST HOUSE Sp. z o.o. wniosło na podstawie art. 180 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 20.10.2014 r. (wpływ bezpośredni do Zamawiającego). Zarzucił naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, art. 26 ust. 4 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp. Wnosił: 1) unieważnienie czynności dokonania wyboru oferty DAN-POL Sp. z o. o., 2) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego, 3) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, 4) wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, 5) ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, 6) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp stanowi: „(...) Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: 4) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu; (...)” Zawarte - w uzasadnieniu do UNIEWAŻNIENIA CZYNNOŚCI WYBORU OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ z 09.10.2014 r. I INFORMACJI O PONOWNYM WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY z dnia 14.10.2014 r. - stwierdzenie Zamawiającego o treści: „(...) Zdaniem Zamawiającego Wykonawca nie wykazał skutecznie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia, które będzie wykorzystane w sposób zapewniający prawidłową realizację zamówienia.” jest niezgodne ze stanem faktycznym, który potwierdzają: złożone wraz z ofertą zobowiązanie innego podmiotu oraz złożona w dniu 02.10.2014 r. odpowiedź na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie przedmiotu zamówienia. Spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia potwierdził też sam Zamawiający w uzasadnieniu do odrzucenia oferty. Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b Pzp 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. Celem wprowadzenia takiej regulacji było zwiększenie konkurencyjności poprzez ułatwienie dostępu do rynku zamówień publicznych mniejszym wykonawcom, a także obniżenie kosztów ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia na ich rzecz. Takie rozwiązanie nie wymaga bowiem powiązań kapitałowych czy organizacyjnych pomiędzy wykonawcą a podmiotem zobowiązującym się do udostępniania zasobów, a jednocześnie pozwala na wykorzystanie zasobów innego podmiotu w realizacji zamówienia. Należy podkreślić, że udostępnienie potencjału może odbywać się bez udziału innego podmiotu w realizacji zamówienia, jest to najważniejsza cecha odróżniająca tę instytucję od podwykonawstwa, polegającego na powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy (art. 36a Pzp). Dyspozycja wskazanego przepisu art. 26 ust. 2b Pzp w żaden sposób nie uprawnia do twierdzenia, że podmiot trzeci będzie miał obowiązek faktycznie osobiście wykonywać całość bądź jakąś część zamówienia na rzecz generalnego wykonawcy w charakterze podwykonawcy. Zatem oddanie wiedzy i doświadczenia w tym zakresie może odbywać się zarówno poprzez faktyczne podwykonawstwo, jak też oddanie nabytego przez przedsiębiorstwo doświadczenia poprzez możliwość korzystania z tej wiedzy przy realizacji zamówienia w formie konsultacji, czy doradztwa, bowiem w taki sposób istnieje także praktyczna możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu przy wykonywaniu danego zamówienia. W orzeczeniu KIO z 06.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1201/13 KIO stwierdziła, że: *„oddanie do dyspozycji przez inny podmiot zasobów wiedzy i doświadczenia musi łączyć się z koniecznością udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia przy czym udział ten może przybrać dowolną formę: nie tylko podwykonawstwa, ale także doradztwa, konsultacji czy innej formy merytorycznego wsparcia.”* W złożonym przez *Odwołującego* wraz z ofertą zobowiązaniu innego podmiotu widnieje zapis o treści: *„(...) Zobowiązanie jest udzielane na okres realizacji ww. przedmiotu zamówienia. Firma Zakład Remontowo - Budowlany J. w trakcie trwania przedmiotowej inwestycji będzie służyła doradztwem technicznym firmie INVEST HOUSE Sp. z o. o. (...)”*. W złożonej w dniu 02.10.2014 r. odpowiedzi na wezwanie *Zamawiającego* do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie przedmiotu zamówienia widnieje zapis o treści: *„(...) niniejszym informujemy, iż firma ZRB J. oddała nam do dyspozycji niezbędna wiedzę i doświadczenie zgodnie z przedłożonym do oferty zobowiązaniem oraz referencjami na czas realizacji przedmiotowego zadania oraz będzie brała bezpośredni udział w realizacji zamówienia poprzez wykonanie części robot (...)”*. W świetle przedstawionego stanu faktycznego w oparciu o dokumenty postępowania w żadnym z nich *Odwołujący* nie zamieścił informacji o tym, że podmiot trzeci, będzie realizował doradztwo techniczne na rzecz *Odwołującego* w charakterze podwykonawcy. Zatem twierdzenie *Zamawiającego*, że *Odwołujący* zmienił treść oferty jest niezgodne ze stanem faktycznym. Zapis zawarty w złożonych wyjaśnieniach

o bezpośrednim wykonaniu dotyczy przede wszystkim części robót a nie części zamówienia, a ponadto stanowi o możliwości realizacji doradztwa technicznego nie w formie podwykonawstwa lecz poprzez oddelegowanie do wykonywania tych robót pracowników podmiotu trzeciego, którzy będą wykonywać roboty razem z pracownikami Odwołującego i pod kierownictwem osoby oddelegowanej przez podmiot trzeci. Czynność Zamawiającego polegająca na dokonaniu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego dokonana została w sposób wadliwy. Nieprawidłowo została przeprowadzona procedura wyjaśnienia wątpliwości powziętych przez Zamawiającego w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot, konsekwencją czego było wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zamawiający wykluczył Odwołującego bez podjęcia próby wyjaśnienia, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp oświadczenia złożonego w wyjaśnieniu treści oferty z dnia 02.10.2014 r.

Przepis ten nakłada na Zamawiającego obowiązek podjęcia próby wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów złożonych wraz z ofertą lub złożonych w wyniku żądania uzupełnienia, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Wynika to z obowiązku dochowania należytej staranności, gdzie zamawiający mając prawną możliwość podjęcia czynności wyjaśnienia oświadczeń lub dokumentów czy treści oferty (art. 26 ust. 4 czy art. 87 ust. 1 Pzp) nie może zaniechać tej aktywności. To, że zamawiający czegoś - dotyczącego oświadczeń, dokumentów czy oferty - nie wie, czy domniemywa bez podjęcia próby wyjaśnienia, nie może być uznane za działanie z należytą starannością do czego jest zobowiązany zamawiający. W niniejszym postępowaniu Zamawiający, choć miał takie możliwości, to nie wyjaśnił swoich wątpliwości w przewidzianym przepisami trybie, tylko *a priori* uznał, że Odwołujący podlega wykluczeniu. Takie postępowanie Zamawiającego należy uznać za sprzeczne nie tylko z literą ale również z duchem prawa. Zatem zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez przedwczesne zastosowanie tego przepisu bez podjęcia próby wyjaśnień zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp należy uznać za zasadne.

Odrzucenie oferty wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego nie znajduje uzasadnienia na gruncie przepisów Pzp. Prawidłowa interpretacja wskazanej podstawy odrzucenia oferty polega na jej zastosowaniu tylko w trybach, w których etap oceny wykonawców i etap oceny ofert przebiega w odrębnych fazach postępowania. Odrzuca się ofertę wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu wtedy, gdy ofertę składa przedsiębiorca wykluczony z postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego. Odrzuca się ofertę wykonawcy niezaproszonego do składania ofert wtedy, gdy ofertę w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę lub w trybie negocjacji bez ogłoszenia składa podmiot, do którego nie było wystosowane zaproszenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego

uznaje się za odrzuconą. W tej sytuacji, w stosunku do oferty wykluczonego wykonawcy nie przeprowadza się czynności oceny oferty, a więc ostatecznie oferty nie można odrzucić. Ofertę wykluczonego wykonawcy uznaje się za odrzuconą już po przeprowadzeniu czynności oceny samych wykonawców. W przetargu nieograniczonym powyższe oceny dokonywane są na jednym etapie procedury, stąd też nie mamy do czynienia z wykonawcą wykluczonym, który złożyłby ofertę. Stwierdzenie aktualizacji podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania powoduje, że ofertę z mocy prawa uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp). Instytucja wykluczenia wykonawcy jest ściśle powiązana z uchybieniami związanymi z właściwościami podmiotu ubiegającego się o publiczny kontrakt, zaś instytucja odrzucenia oferty - ze stroną przedmiotową oferty (przedmiotem świadczenia), co powoduje, że nie można łączyć obydwu podstaw eliminacji z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Zatem zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp jest zasadny. Zamawiający nie wskazał bowiem żadnego innego uzasadnienia faktycznego i nie wskazał podstaw prawnych w zakresie przedmiotu świadczenia, które skutkowałyby obowiązkiem odrzucenia oferty Odwołującego.

Twierdzenie Zamawiającego zawarte w informacji o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty o treści: *„Zmiana treści oświadczenia Wykonawcy zawartego w formularzu oferty co do zakresu udziału podwykonawcy w realizacji przedmiotu zamówienia poprzez jego rozszerzenie jest zmianą treści oferty, niedopuszczalną w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.”* - jest niezgodne ze stanem faktycznym wynikającym z dokumentacji postępowania. Odwołujący w odpowiedzi z dnia 02.10.2014 r. na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień nie zamieścił informacji o tym, że podmiot trzeci, będzie realizował doradztwo techniczne na rzecz Odwołującego w charakterze podwykonawcy. Zatem twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący zmienił treść oferty jest niezgodne ze stanem faktycznym. Zapis zawarty w złożonych wyjaśnieniach o bezpośrednim wykonaniu dotyczy przede wszystkim części robót a nie części zamówienia, a ponadto stanowi o możliwości realizacji doradztwa technicznego nie w formie podwykonawstwa lecz poprzez oddelegowanie do wykonywania tych robót pracowników podmiotu trzeciego, którzy będą wykonywać roboty razem z pracownikami Odwołującego i pod kierownictwem osoby oddelegowanej przez podmiot trzeci. Czynność polegająca na dokonaniu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez *Odwołującego* dokonana została przez *Zamawiającego* w sposób wadliwy. Nieprawidłowo została przeprowadzona procedura wyjaśnienia wątpliwości powziętych przez Zamawiającego w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot. Zamiast wyjaśnienia w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty.

Zamawiający w dniu 20.10.2014 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23.10.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Dan Pol Sp. z o.o., zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 28.10.2014 r. (faxem), a w dniu 30.10.2014 r. (oryginał – na posiedzeniu) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Kopia na posiedzeniu została przekazana Odwołującemu.

Zamawiający podtrzymuje decyzję w przedmiocie wykluczenia Odwołującego z postępowania, a następnie uznania jego oferty za odrzuconą. W pierwszej kolejności podnieść należy, iż przedmiotem postępowania są prace remontowo-budowlane polegające na wykonaniu termomodernizacji segmentu zachodniego budynku Szpitala oraz wymiany części nawierzchni chodników oraz miejsc postojowych budynku Szpitala. Zamawiający w SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu, wskazując - w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia - iż wymaga wykazania się przez wykonawców wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, co najmniej 3 robót budowlanych polegających na termomodernizacji obiektów użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto (jeden milion) każda. Zaakcentował, iż w formularzu oferty Zamawiający zobowiązał wykonawców do określenia części zamówienia jaka zostanie powierzona podwykonawcom. Zapis pkt 5 formularza oferty brzmiał następująco:

*„5. Oświadczam (-y), że następująca część zamówienia: ..... zostanie powierzona podwykonawcom”.*

Zauważył, iż Odwołujący jest nowo powstałym podmiotem. Na rynku istnieje od 2013 r. W treści oferty, a konkretnie w zakresie wiedzy i doświadczenia Odwołujący powołał się na doświadczenie innego podmiotu - firmy Zakład Remontowo Budowlany J. z/s w Sosnowcu - przedkładając 3 /trzy/ referencje udzielone temuż podmiotowi. Wraz z ofertą Odwołujący przedłożył oświadczenie ZRB J. o następującej treści: *„ZOBOWIĄZANIE innego podmiotu. Niniejszym firma Zakład Remontowo-Budowlany J. z siedzibą w Sosnowcu (...). Firma Zakład Remontowo-Budowlany J. w trakcie trwania przedmiotowej inwestycji będzie służyła doradztwem technicznych firmie Invest House Sp. z o.o. ”.* Odwołujący w formularzu oferty, w pkt. 5, zapisał: *„5. Oświadczam (-y), że następująca część zamówienia: Wymiana nawierzchni zostanie powierzona podwykonawcom”*



Z powyższego wynika zatem, iż Odwołujący nie powierzy więc wykonania prac termomodernizacyjnych podmiotowi trzeciemu na zasoby którego się powołał w zakresie wiedzy i doświadczenia. (Odwołujący oświadczył, iż powierzy podwykonawcy jedynie drobny zakres robót jakim jest wymiana nawierzchni.). Wobec powyższych okoliczności Zamawiający działając w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp w dniu 29.09.2014 r. zawiązał wykonawcę INVEST HOUSE Sp. z o.o. do uzupełnienia złożonej oferty, w zakresie dokumentów - referencji - złożonych na potwierdzenie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie, Zamawiający działając w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp w dniu 29.09.2014 r. skierował do INVEST HOUSE Sp. z o.o. pismo - wniosek o wyjaśnienie treści oferty - Zamawiający wezwał wykonawcę INVEST HOUSE Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż w treści formularza oferty został wskazany zakres robót, który będzie powierzony podwykonawcy obejmujący nieznaczną część zamówienia tj. wymianę nawierzchni. Wykonawca INVEST HOUSE Sp. z o.o. w udzielonych wyjaśnieniach z 02.10.2014 r. napisał, że firma ZRB J. „(...) będzie brała bezpośredni udział w realizacji zamówienia poprzez wykonanie części robót”, co wskazuje na zmianę treści oferty. Odpowiedź INVEST HOUSE Sp. z o.o. pozostaje zatem w oczywistej sprzeczności z zobowiązaniem podmiotu trzeciego - ZRB J. - który w złożonym do oferty zobowiązaniu wskazał iż będzie świadczył jedynie „doradztwo techniczne”

W formularzu oferty INVEST HOUSE Sp. z o.o. wskazał, iż podwykonawca będzie realizował jedynie „wymianę nawierzchni”, podczas gdy żądane doświadczenie dotyczyło specjalistycznego rodzaju robót tj. „prac termomodernizacyjnych”. Tak, więc podwykonawca, stosownie do jednoznacznego oświadczenia wykonawcy - nie będzie realizował prac termomodernizacyjnych. Powierzenie podwykonawcy prac termomodernizacyjnych wymagałoby zmiany oświadczenia wykonawcy zawartego w formularzu oferty (tym samym zmiany treści oferty), na która to zmianę nie pozwala dyspozycja art. 87 ust. 1 Pzp. W ocenie Zamawiającego Odwołujący poprzez załączenie do oferty *Zobowiązania innego podmiotu* - tj. podmiotu Zakład Remontowo Budowlany J. z/s w Sosnowcu - w którym podmiot ten zobowiązał się jedynie do doradztwa technicznego - nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Stosownie do reżimu prawa zamówień publicznych wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie owych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Treść orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE wskazuje na

to, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty i możliwe jest w stosownych sytuacjach. Zamawiający musi upewnić się, że wykonawca ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia i czy w konsekwencji jest to „stosowna sytuacja”. Ciężar dowodowy w tym zakresie spoczywa na wykonawcy. Za wypełnienie obowiązku udowodnienia możliwości polegania na zasobie doświadczenia nie może być uznane powołanie się na dostęp do usługi konsultacji - doradztwa technicznego, która realizowana będzie przez pracownika podmiotu trzeciego (vide: KIO 2846/13).

O ile przyjąć można, że w drodze doradztwa technicznego (konsultacji) można nabyć wiedzę teoretyczną potrzebną do wykonania zamówienia, o tyle niemożliwym jest nabycie w ten sposób wymaganego przez zamawiającego doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych. O ile w efekcie konsultacji można przekazać teorię, którą można utożsamiać z pojęciem „wiedza”, to jednak pojęcie „doświadczenia”, zwłaszcza w odniesieniu do robót budowlanych, odnosi się nie tylko do znajomości praktycznej danego zagadnienia, ale także do wynikającej z niej umiejętności reakcji w warunkach zmieniających się okoliczności, której nie da się uzyskać w sposób inny, aniżeli wcześniej osobiście wykonując takie roboty budowlane. Doświadczenie to zbiór niewyuczonych, automatycznych reakcji wynikających z już nabytych praktycznych umiejętności. Proces zdobywania praktycznych umiejętności kształtowany jest przez czynnik czasu, czego efektem jest biegłość i wprawa przy wykonywaniu określonych czynności wynikająca z uprzedniego wykonywania analogicznych prac. Przekazywanie wiedzy przez doświadczonych specjalistów podmiotu trzeciego nie spowoduje nabycia wymaganego doświadczenia przez wykonawcę. Jeżeli przystępując do realizacji zamówienia korzysta on z takich konsultacji, to będzie wówczas dysponował niezbędną wiedzą, ale doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych nabywać będzie dopiero w trakcie realizacji zamówienia. Wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego, jako całości, nie mogą być przeniesione wycinkowo w wyniku oddania do dyspozycji pojedynczych zasobów, w tym pojedynczych osób. Zdolności te są nierozzerwalnie związane z zespołem osób zorganizowanym i działającym w ramach przedsiębiorstwa. Oddelegowanie z takiego zespołu kilku osób i włączenie ich do zespołu wykonawcy nie gwarantuje przejęcia wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, jako całości. Dlatego wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu tylko wówczas, gdy zaangażuje ten podmiot bezpośrednio w realizację zamówienia na zasadzie podwykonawstwa (Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów, Aleksandra Sołtysińska, Grzegorz Wicik, Prawo Zamówień Publicznych nr 4/2009). W konsekwencji uzasadnione jest twierdzenie, że oparcie się na doświadczonym podmiocie trzecim, który wymagane przez zamawiającego doświadczenie posiada, oznacza, w przypadku zamówień na roboty budowlane, konieczność realizowania zamówienia przez ten podmiot działający w charakterze podwykonawcy. Tylko

wówczas doświadczenie, które ten podmiot posiada, znajdzie jakiegokolwiek przełożenie na realizację zamówienia (KIO 2407/10, KIO 2359/10, KIO 79/10, KIO 1439/10, KIO 2846/13). Podkreślił, iż w dniu 17.04.2014r. weszła w życie dyrektywa 2014/24/UE z 26.02.2014r. w sprawie zamówień publicznych uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Nowa dyrektywa wprowadza istotne zmiany w zakresie możliwości polegania przez wykonawcę na zdolności innych podmiotów.

W odniesieniu do kryteriów dotyczących stosownego doświadczenia dyrektywa stanowi wprost, że wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. Zauważył, iż z treści SIWZ nie wynika, aby zamawiający dopuszczał podwykonawstwo nieograniczone. Stosownie do pkt XIV ust. 2 SIWZ każdy element prac powierzony podwykonawcom musiał być wskazany w ofercie. Zamawiający zatem uznał wyjaśnienia Wykonawcy za niewystarczające, w oparciu o przesłankę wynikającą z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, albowiem złożone wyjaśnienia świadczyły o niezgodności oferty z treścią SIWZ oraz były wzajemnie sprzeczne. Biorąc pod uwagę powyższe, treść oświadczenia Odwołującego złożonego w formularzu oferty, co do zakresu udziału podwykonawcy, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w piśmie z 02.10.2014r., treść zobowiązania podmiotu trzeciego, treść SIWZ oraz jej załączników -wystąpiły przesłanki wykluczenia z postępowania Wykonawcy INVEST HOUSE Sp. z o.o.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona i nie została ujęta w rankingu ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonego zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

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, treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania w trybie art.87 ust. 1 Pzp z 29.09.2014 r., stosownej odpowiedzi z 02.10.2014 r. (wpływ 03.10.

2014 r.), informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołania, przystąpienia oraz odpowiedzi na odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

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

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W zakresie odwołania, Izba przywołuje stan faktyczny przywołany w odwołaniu oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie przedstawiony przez Zamawiającego oraz z oferty Przystępującego. Wskazując, że był on niesporny w odróżnieniu od oceny konsekwencji z niego wynikających dla uczestników postępowania przetargowego, a następnie odwoławczego.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, Izba uznała zarzut za zasadny i podlegający uwzględnieniu.

W tym zakresie stanowisko Zamawiającego, że: „(...) Wykonawca nie wykazał skutecznie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia, które będzie wykorzystane w sposób zapewniający prawidłową realizację zamówienia. W ocenie Zamawiającego nie można nabyć doświadczenia poprzez doradztwo, a odwołanie się do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że dane zasoby będą wykorzystane przy wykonywaniu zamówienia (...)” jest przedwcześnie. Należy bowiem wskazać, że Zamawiający wyraźnie określił (w Rozdz. IV ust.1 lit. a SIWZ), że - w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia - iż wymaga wykazania się przez wykonawców wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, co najmniej 3 robót budowlanych polegających na termomodernizacji obiektów użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto (jeden milion) każda. Na jego potwierdzenie żądając złożenia oświadczenia oraz wykazu z Rozdz. V ust. 3 lit. a SIWZ. Dopuscił również możliwość skorzystania w zakresie wiedzy i doświadczenia z art. 26 ust. 2b Pzp (Rozdz. V ust. 5 SIWZ).

Jest naturalnym w świetle analizowanych zapisów SIWZ, a także wobec regulacji art. 26 ust. 2a Pzp, zgodnie z którą wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez

niego wskazanym jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. Z powołanym tu przepisem koresponduje w sposób oczywisty art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodzenia, iż spełnia on warunki opisane przez Zamawiającego i to on ponosi konsekwencje (w postaci wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) nie wypełnienia tego obowiązku.

Co ważne dla rozpoznawanej sprawy, ustawodawca w art. 26 ust. 2b Pzp dopuścił możliwość, aby Wykonawca polegał m.in. na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Zastrzec, jednak należy, że w takiej sytuacji zobowiązany jest on 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. Z przepisem tym koresponduje także regulacja zawarta w § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 19 lutego 2013 r., poz. 231) zwanego dalej: „*rozporządzeniem w sprawie dokumentów*”, zgodnie z którym, gdy wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, Zamawiający, 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, może żądać w szczególności:

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Skład orzekający Izby podziela w odniesieniu do powołanych przepisów ich interpretację zawartą w wyroku Izby z 26.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2182/13, gdzie Izba stwierdziła co następuje: „(...) *stwierdzić należy na wyraźny kierunek ustawodawcy wskazany tymi przepisami, aby w trakcie oceny spełniania warunków wiedzy i doświadczenia dokonywać oceny realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego wykonawcy na*

*potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu, poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga natomiast okoliczność, iż ani przepisy ustawy Pzp, ani też przepisy przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, czy choćby jego części, również w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału. Niewątpliwie ta forma wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w sposób najbardziej pełny wskazuje na faktyczne użycie potencjału podmiotu trzeciego, nie może być ona jednak traktowana jako bezwzględnie obowiązująca. W każdym przypadku bowiem należy dokonać oceny, czy dla realności wykorzystania udostępnianego przez podmiot trzeci potencjału, konieczny jest faktyczny udział podmiotu w realizacji części czy też całości zamówienia czy wystarczająca będzie inna forma wykorzystania danego potencjału przy realizacji przedmiotu zamówienia. Nie można wykluczyć w tym względzie, że udostępnienie i faktyczne wykorzystanie potencjału wiedzy i doświadczenia będzie odbywało się również poprzez np. różnego rodzaju konsultacje, czy doradztwo w trakcie realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego świadczone przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy". Podobnie Izba w wyroku z 09.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2292/13, jak i wyroku KIO z 28.01.2014 r., sygn. akt: KIO 48/14.*

Zatem zawsze udostępnienie zasobu musi wiązać się z korzystaniem z tego zasobu na etapie wykonania zamówienia, choć nie zawsze z udziałem podmiotu udostępniającego zasób w realizacji części zamówienia i w konsekwencji i możliwością np. żądania przez Zamawiającego dokumentów dotyczących braku podstaw wykluczenia od podmiotów udostępniających zasób (podobnie w wyroku KIO z dnia 18.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2144/13). Zgodnie z wyrokiem SO w Gdańsku z dnia 25.07.2011 r., sygn. akt: XII Ga 315/11, podwykonawstwo nie jest jedyną formą brania udziału w realizacji zamówienia.

Podkreślenia wymaga jednak przy tym fakt, iż to na wykonawcy spełnia obowiązek wykazania, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem wykazania również tego, czy będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz tego, czy stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. W tym zakresie, Izba podziela stanowiska wynikające z wyroku z dnia 05.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2030/13, że: „(...) wymagane w art. 26 ust. 2b ustawy udowodnienie udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci winno służyć wykazaniu realności takiego udostępnienia, tj. udowodnieniu faktu, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie udostępnionym potencjałem i zasobami rzeczywiście dysponował i mógł je wykorzystać (...)”. „(...) Przy czym tego typu realność – w ślad

*z ustawodawstwem unijnym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji i konkretnego zamówienia – należy oceniać kausalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia. (...). „(...)Tym samym, w przypadku powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, wykonawca może i powinien wykazywać na przykład: zakres udostępnianych zasobów, możliwy sposób ich wykorzystania przy realizacji zamówienia, warunki/charakter czy inne możliwości i podstawy takiego udostępnienia, a zwłaszcza ewentualny, planowany udział podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia. Unikając jakichkolwiek generalizacji w odniesieniu do oceny dowodów dotyczących danego udostępnienia, które winno odbywać się indywidualnie, odrębnie dla każdego przypadku, przyjęć można, iż uzyskiwanie przez zamawiającego większej ilości ww. informacji na temat danego udostępnienia, umożliwia lepszą i pełniejszą ocenę okoliczności, które w świetle przepisu art. 26 ust. 2b powinny być wykazywane, czyli realności dysponowania danymi zasobami i możliwość ich wykorzystania w trakcie realizacji zamówienia.(...)”.* Podobnie w uchwale KIO z dnia 07.11.2013 r., sygn. akt: KIO/KU 96/13.

W przedmiotowym stanie faktycznym, okoliczność, że roboty termomodernizacji nie zostały wskazane w formularzu ofertowym jako realizowane w formule podwykonawstwa, nie może samo w sobie być podstawą do automatycznego zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, tudzież stwierdzenia że miała miejsce zmiana treści oferty w trybie art. 87 ust.1 Pzp, do czego Izba odniesie się w dalszej części uzasadnienia.

Wobec nie wyczerpania w zakresie złożonego, a zakwestionowanego zobowiązania podmiotu trzeciego trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp wszelkie dywagacje na temat charakteru przekazanej wiedzy i doświadczenia są przedwczesne, stąd uwzględnienie odwołania i nakaz zawarty w sentencji. Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, co do wyjścia w zakresie niniejszego zarzutu poza zakres odwołania. Należy zauważyć, że charakter tego przepisu jest obligatoryjny i stanowi warunek sine qua non wszelkich działań eliminacyjnych w stosunku do każdego z uczestników postępowania przetargowego, w tym wypadku Odwołującego. Izba także zauważa, że wytyczne kierunkowe co do treści uzupełnionego zobowiązania winny opierać się na § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 Pzp, Izba uznała zarzut za zasadny.

W tym wypadku podobnie, jak art. 26 ust.3 Pzp, przepis ten ma charakter obligatoryjny (w odróżnieniu od – literalnie - art. 87 ust.1 pzp) i niewątpliwie, jeśli uznać, że zastosowanie art. 87 ust.1 Pzp nie miało charakteru błędnej kwalifikacji prawnej, ale działania celowego, winien być zastosowany przez Zamawiającego, przed art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Przy czym, każdorazowo Zamawiający winien mieć świadomość, że wyjaśnienie dokumentu – nie może skutkować zmianą jego treści. Stąd ma ono wyjaśniać dokument pierwotny lub nowy będący efektem uzupełnienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Niniejszy zarzut został wycofany na rozprawie przez Odwołującego.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp, Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że nie miał miejsce zmiana treści oferty na skutek udzielonych na wezwanie z 29.09.2014 r. wyjaśnień z 02.10.2014 r. Niewątpliwie bowiem z treści wyjaśnień nie wynika, że mamy do czynienia z podwykonawstwem, ale delegowaniem części pracowników podmiotu trzeciego do firmy Odwołującego. Taki stan rzeczy skutkuje tym, że nadal roboty będą realizowane przez Odwołującego, nie zaś formalnie przez podmiot trzeci. Zupełnie inną kwestią pozostaje ocena realności udostępnienia konkretnych zasobów, ta realność każdorazowo zależy od charakteru udostępnionych zasobów. Zakładanie ad hoc, że w tym wypadku delegowanie części pracowników do firmy Odwołującego, którzy pod kierownictwem podmiotu trzeciego będą realizowali jako pracownicy Odwołującego roboty termomodernizacyjne za pozbawione przesłanek realności jest przedwczesne. Odwołujący bowiem, jak wskazała Izba powyżej będzie miał możliwość udowodnienia Zamawiającemu, że przymiot realności udostępnienia został spełniony, a realizowanie robót termomodernizacyjnych pod kierownictwem podmiotu trzeciego z wykorzystaniem także jego delegowanych pracowników będzie skutkowało przeniesieniem wiedzy koniecznej do realizacji wskazanych robót poprzez tych pracowników, przy jednoczesnym zachowaniu kierownictwa podmiotu trzeciego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt 1



rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia) oraz o zasądzenie kosztów dojazdu Odwołującego na rozprawę (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia) wynikających z przedstawionego rachunku (400,00 zł).

**Przewodniczący:**

.....