

WYROK

z dnia 13 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 lipca 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 26 czerwca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa Stacji Pomp Kanałowych „Marymont” przy ul. Klaudyny 18b w Warszawie* (nr postępowania 00337/WK/PW/PRO-JRP-T1/B/2015)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **HYDRO-MARKO sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Jarocinie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – wykluczenie z postępowania HYDRO-MARKO sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Jarocinie, z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 5.1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie możliwości polegania na wiedzy i doświadczeniu Hydromel-3 sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim.**
- 2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **zamawiającego – Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **odwołującego – IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Przebudowa Stacji Pomp Kanałowych „Marymont” przy ul. Kludyny 18b w Warszawie* (nr postępowania 00337/WK/PW/PRO-JRP-T1/B/2015).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2015/S_049-084545 z 11 marca 2015 r., z tym że 6 marca 2015 r. Zamawiający przesłał to ogłoszenie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {www.mpwik.com.pl}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

17 czerwca 2015 r. Zamawiający przesłał wykonawcom faksem oraz drogą elektroniczną zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez HYDRO-MARKO sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Jarocinie {dalej również: „Hydro-Marko” lub „Hydro Marko sp. k.”}.

23 czerwca 2015 r. Odwołujący – IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od zaniechania wykluczenia powyższego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 24 ust. 3 oraz art. 24 ust. 4 – przez zaniechanie wykluczenia Hydro-Marko i tym samym zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo że złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.
2. {ewentualnie} Art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 – przez zaniechanie wykluczenia Hydro-Marko i tym samym zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.
3. Art. 26 ust. 2b w zw. z art. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 – przez błędne uznanie, że Hydro-Marko udowodnił, że będzie dysponował zasobami udostępnionymi przez

Zakład Budowlany „Hydromel-3” sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim {dalej również: „Hydromel-3”, ewentualnie poprzez błędne uznanie, że Hydro-Marko będzie realnie dysponował zasobami udostępnionymi przez ten podmiot.

4. Art. 7 ust. 3 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Hydro-Marko, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy pzp.
5. Art. 7 ust. 1 i innych przepisów ustawy pzp wymienionych w treści odwołania – przez bezzasadny wybór jako najkorzystniejszej oferty Hydro-Marko.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Hydro-Marko.
2. Przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert.
3. Wykluczenia Hydro-Marko i uznania jego oferty za odrzuconą w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.
4. {ewentualnie} Wykluczenia Hydro-Marko i uznania jego oferty za odrzuconą w związku z niewykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{okoliczności wspólne}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne dotyczące dotychczasowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia:

Zgodnie z SIWZ o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie wykonali co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie modernizacji przepompowni ścieków o wydajności co najmniej 9 000 m³/h, o wartości roboty budowlanej powyżej 9 mln zł netto {pkt 5.1.1 części I SIWZ – instrukcji dla wykonawców}.

Dla wykazania spełniania powyższego warunku Hydro-Marko posłużył się listem referencyjnym wystawionym na rzecz P.T.H.U. Hydro-Marko M. P. z Jarocina, który to podmiot udostępnił Hydro-Marko zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, które nabył realizując inwestycję pn. „Ochrona przeciwpowodziowa obszaru zlewni Kanału Siedleckiego - Etap I”.

W poprzednim odwołaniu z 8 maja 2015 r. Odwołujący podniósł, że wartość robót budowlanych wykonanych w ramach powyższej inwestycji, a polegających na budowie wyłącznie pompowni nie wynosiła wymaganych 9 mln złotych netto.

Wyrokiem z 21 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 950/15) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie

Hydro-Marko na podstawie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów celem potwierdzenia spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 2 czerwca 2015 r. (pismo o sygnaturze PZL/DZA/WPO/3710/00337/15/GG/4067) do takiego uzupełnienia, Hydro-Marko przedłożył wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wskazał inwestycję pn. „Urad III – odbudowa-modernizacja przepompowni melioracyjnej”, o wartości robót budowlanych 18.291.322,97 zł (w tym wartości przepompowni ścieków powyżej 9.000.000,00 zł netto), zrealizowaną przez Zakład Budowlany Hydromel-3 sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim.

Z załączonego zobowiązania wynika, że przekazanie wiedzy i doświadczenia przez ten podmiot nastąpi m.in. poprzez przeszkoleniu pracowników biorących udział w inwestycji przez specjalistów udostępniającego, poprzez dostęp do wiedzy i doświadczenia specjalistów udostępniającego, udostępnienie know-how. Udostępniający wskazał również, że Hydro-Marko będzie miał dostęp do dokumentacji technicznych i wykonawczych inwestycji wykonywanych do tej pory przez udostępniającego Sam Udostępniający będzie w sposób ciągły świadczył konsultacje i doradztwo dla Hydro-Marko, a w uzasadnionych przypadkach Udostępniający przewidział oddelegowanie pracownika, posiadającego wiedzę i doświadczenie nabyte podczas realizacji zamówienia pn. „Urad III - odbudowa - modernizacja przepompowni melioracyjnej”, który będzie nadzorował te elementy przedmiotowego zamówienia publicznego, sprawiające największą trudność Wykonawcy Hydro-Marko.

{ad pkt 1 i 2 listy zarzutów}

Odwołujący podniósł, że z posiadanej przez niego informacji wynika, że wartość robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie lub modernizacji przepompowni ścieków wykonanych w ramach inwestycji pn. „Urad III – odbudowa-modernizacja przepompowni melioracyjnej” wynosi niecałe 7 mln zł netto.

Zdaniem Odwołującego wskazanie przez Hydro-Marko powyższej Inwestycji, pomimo że nie spełnia ona warunku określonego w pkt 5.1.1 części I SIWZ – instrukcji dla wykonawców, można uznać za działanie świadome, mające wprowadzić Zamawiającego w błąd w celu pozyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Odwołujący stwierdził, że ponieważ z wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 950/15 w sposób jednoznaczny wynika, które roboty można uznać za roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie lub modernizacji przepompowni ścieków a które nie, Hydro-Marko nie może powoływać się w tym zakresie na niewiedzę. Ponadto na jego niekorzyść ma przemawiać wskazanie w uzupełnionym wykazie robót, że przepompownia ścieków stanowiła tylko jeden z elementów Inwestycji „Urad III”. A także podanie w pierwotnym wykazie nieprawidłowej

wartości robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie lub modernizacji przepompowni ścieków. Z tych względów według Odwołującego należy domniemywać, że Hydro-Marko nie dołożył należytej staranności wymaganej od profesjonalnego wykonawcy tego typu usług i nie zweryfikował, jaka była dokładnie wartość robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie lub modernizacji przepompowni ścieków.

W przypadku, gdyby zarzut złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania nie byłby wystarczający, zdaniem Odwołującego Hydro-Marko powinien zostać wykluczony z postępowania w związku z niewykazaniem spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu, gdyż w tym zakresie był on już wzywany do uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Odwołujący zarzucił, że nie doszło do realnego przekazania zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, gdyż Hydromel-3 oświadczył, że przekazanie wiedzy i doświadczenia nastąpi w drodze konsultacji i szkoleń, dostępu do wiedzy i doświadczenia specjalistów, udostępnienia know-how oraz dokumentów technicznych. Natomiast zdaniem Odwołującego w przedmiotowym stanie faktycznym jedynym sposobem skutecznego przekazania wiedzy i doświadczenia jest udział Hydromel-3 przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego w charakterze podwykonawcy. W opinii Odwołującego zostało to potwierdzone w wyrokach Izby z: 5 stycznia 2015 r. (sygn. akt KIO 2685/15) i 27 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 491/15).

Co istotne według Odwołującego próba przekazania wiedzy i doświadczenia na zasadzie konsultacji może być działaniem celowym i wynikać z uznania przez Hydro-Marko, że w przypadku transferu wiedzy i doświadczenia w oparciu o podwykonawstwo nowego podmiotu trzeciego, doszłoby do zmiany treści oferty. W opinii Odwołującego jest to próba obejścia zakazu wynikającego z art. 87 ust. 1 pzp, gdyż Hydro-Marko potwierdził w ten sposób, że nie zamierza już korzystać z zasobów udostępnionych przez firmę P.T.H.U. Hydro-Marko M. P. i dokonał zmiany treści oferty, ponieważ w obecnej sytuacji z tabeli znajdującej się w pkt 8 formularza oferty winna zostać wykreślona firma P.T.H.U. Hydro-Marko M. P. .

Pismem z 30 czerwca 2015 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 29 czerwca 2015 r. przesłał wykonawcom drogą elektroniczną kopię odwołania.

2 lipca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez HYDRO-MARKO sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Jarocinie.

Wobec dokonania zgłoszenie w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, piśmie Przystępującego z 8 lipca 2015 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę sklasyfikowaną na drugiej pozycji. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

W odwołaniu adekwatnie zaprezentowano warunek udziału w postępowaniu

wynikający z pkt 5.1.1 s.i.w.z. (części I – stanowiącej instrukcję dla wykonawców), a także sposób jego wykazania przez Hydro-Marko, zarówno według stanu przed, jak i po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów.

Uzupełniając w stosunku do odwołania ustalono, co następuje.

Inwestycja pn. *Urad III – odbudowa-modernizacja przepompowni melioracyjnej* obejmowała roboty budowlane dotyczące przepompowni ścieków o wydajności 36000 m³/h o wartości powyżej 9 mln zł.

W załączonym do oferty pisemnym zobowiązaniu z 15 kwietnia 2015 r. P.T.H.U. Hydro-Marko M. P. oświadczyła, że udostępnia swoją wiedzę i doświadczenie Hydro-Marko sp. z o.o. sp. k. w następująco określonym zakresie: przeszkolenie pracowników biorących udział w inwestycji przez specjalistów udostępniającego {pkt 1}); dostęp do wiedzy i doświadczenia specjalistów udostępniającego {pkt 2}); zapewnienie dostępu do dokumentacji technicznych i wykonawczych *inwestycji wykonywanych do tej pory w tym zakresie* przez udostępniającego {pkt 3}); świadczenie w sposób ciągły konsultacji i doradztwa przez udostępniającego {pkt 4});

Ponadto w dokumencie tym udostępniający oświadczył, że będzie podwykonawcą części robót {pkt 5}) i będzie brał bezpośredni udział w realizacji przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie w pkt III.8 formularza ofertowego Wykonawca Hydro-Marko oświadczył, że część robót branży budowlanej i część robót branży elektrycznej i AKPiA zamierza powierzyć udostępniającemu zasoby jako podwykonawcy.

W złożonym w wyniku uzupełnienia pisemnym zobowiązaniu z 15 kwietnia 2015 r. Zakład Budowlany Hydromel-3 sp. z o.o. określił następująco sposób udostępnienia wiedzy i doświadczenia {lit. b}): przeszkolenie pracowników biorących udział w inwestycji przez specjalistów udostępniającego, w szczególności w zakresie wykonania robót remontowych, żelbetowych, sanitarnych, technologicznych związanych z montażem pomp, elektrycznych, AKPiA i zagospodarowania terenu {pkt 1}); dostęp do wiedzy i doświadczenia specjalistów udostępniającego – przekazanie e-maili oraz telefonów specjalistów ds. technologii, elektryki i AKPiA oraz robót konstrukcyjno-budowlanych, *z jednoczesnym przekazaniem instrukcji, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia dla Wykonawcy ma charakter priorytetowy* {pkt 2}); *udostępnienie know-how (w tym: dokumentacji zawierającej opis rozwiązań organizacyjnych) związanej m.in. z zapewnieniem optymalnej organizacji pracy pracowników Wykonawcy – tj. odpowiedniego wykorzystania czasu pracy wszystkich dostępnych pracowników na danych stanowiskach, wiedzę związaną z wymiennością pracowników na poszczególnych pozycjach, wiedzę związaną z optymalizacją pracy ekspertów – przedstawiciela wykonawcy, kierownika budowy, kierownika robót sanitarnych, kierownika robót elektrycznych, kierownika*

robót automatyk oraz kierownika robót drogowych {pkt 3}); dostęp do dokumentacji technicznych i wykonawczych inwestycji wykonywanych do tej pory w tym zakresie przez udostępniającego {kolejny pkt 3}); świadczenie w sposób ciągły konsultacji i doradztwa na temat całościowej realizacji kontraktu – od jego rozpoczęcia, tj. w jaki sposób zorganizować roboty oraz rozpocząć prace, poprzez główny etap – obejmujący m.in. przebudowę budynku stacji pomp kanałowych „Marymont”, przebudowę budynku elektroenergetycznego, aż do końca realizacji zamówienia, w tym odbudowy wszystkich nawierzchni po robotach budowlanych {pkt 4}); w uzasadnionych przypadkach – przewidywane jest oddelegowanie pracownika, posiadającego wiedzę i doświadczenie nabyte podczas realizacji zamówienia pn. Urad III (...) – który będzie nadzorował poszczególne elementy wykonania zamówienia, które w trakcie realizacji zamówienia będą sprawiały największą trudność Wykonawcy {pkt 5}). Dalej dodano, że ewentualne oddelegowanie pracownika (...) będzie dokonywane na zgłoszenie takiej potrzeby przez Wykonawcę.

Ponadto w dokumencie tym udostępniający oświadczył, że nie będzie podwykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 9b pzp, a wykonywane przez niego czynności nie będą wykonywane bezpośrednio dla Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; 2) posiadania wiedzy i doświadczenia; 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej. Z art. 22 ust. 3 pzp wynika, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu. W art. 22 ust. 5 zd. 1 pzp zastrzeżono, że warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

Według art. 26 ust. 2a ustawy pzp 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 pzp.

Z kolei zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy 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. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie 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 ocenie Izby potwierdził się zarzut niewykazania przez Przystępującego Hydro-Marko sp. k., że będzie mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu Zakładu Budowlanego Hydromel-3 sp. z o.o., a w konsekwencji Zamawiający błędnie uznał, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału dotyczącego wiedzy i oświadczenia, którego opis sposobu oceny został zawarty w pkt 5.1.1 części I s.i.w.z. W konsekwencji Przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania, gdyż był już w tym zakresie wzywany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadą jest, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wyłącznie tacy wykonawcy, którzy posiadają stosowną wiedzę i doświadczenie (art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp). O tym, jaka wiedza i doświadczenie jest w okolicznościach danego zamówienia niezbędna, aby dawać rękojmię należytego wykonania zamówienia decyduje zamawiający dokonując opisu warunku udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 3 i 5 pzp). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał takiego opisu w pkt 5.1.1 części I s.i.w.z. {a także w ogłoszeniu o zamówieniu}.

W art. 26 ust. 2b pzp ustawodawca przesądził, że na zasadzie wyjątku od przywołanej powyżej zasady samodzielnego spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wykonawca może polegać m.in. na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji tych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Dopełnieniem tej regulacji jest wynikająca § 6 pkt 2 rozporządzenia o dokumentach możliwość żądania przez Zamawiającego – dla 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 – dokumentów dotyczących w szczególności: a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposobu wykorzystania zasobów innego

podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Podkreślić należy, że art. 26 ust. 2b ustawy pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi [Dz.U. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114; dalej również „dyrektywa klasyczna” lub „dyrektywa 2004/18/WE”]. W myśl przywołanych przepisów prawa unijnego wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązane takich podmiotów.

W ocenie Izby z przywołanych przepisów dyrektywy klasycznej wynika, że prawodawca unijny przewidział dalej idące obostrzenia, aniżeli wynikające li tylko z literalnej wykładni art. 26 ust. 2 b ustawy pzp, dla możliwości powołania się wykonawcy na zasoby podmiotów trzecich. Zgodnie z prawem unijnym możliwość powołania się wykonawcy na zasoby podmiotu trzeciego nie jest nieograniczona dla każdego postępowania i każdego wykonawcy, gdyż dopuszczalna jest w „stosownych sytuacjach” i „w przypadku konkretnego zamówienia”. Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE w zakresie możliwości powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty i możliwe jest w stosownych sytuacjach. Innymi słowy, zamawiający musi upewnić się, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia, a w konsekwencji, czy jest to „stosowna sytuacja”, o której mowa w przepisach dyrektywy. *Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia. (...) Przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania*

*zamówienia {wyrok z 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari}. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Trybunał w tym orzeczeniu ciężar wykazania, że wykonawca faktycznie może korzystać przy wykonywaniu zamówienia z udostępnionych mu zasobów obciąża wykonawcę, który na takie udostępnienie się powołuje: *Jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia.**

Reasumując, z uwagi na charakter instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 2b, która stanowi odzwierciedlenie w krajowym porządku prawnym instytucji uregulowanej w dyrektywie 2004/18/WE, szczególnie istotne jest, aby wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego wykazał, że takie udostępnienie ma rzeczywisty charakter, a nie służy tylko do formalnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

O ile za oczywiste, gdyż wynikające wprost z treści art. 65 § 1 kc należy uznać stanowisko, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Należy mieć na uwadze specyficzną sytuację i konstrukcję wynikającą z tego, że stronami stosunku, co do którego ustawa pzp nie nakłada żadnych wymogów formalnych, jest wykonawca oraz podmiot trzeci dysponujący określonym potencjałem, natomiast z mocy art. 26 ust. 2b pzp. ocena, czy wykonawca udowodnił możliwość dysponowania potencjałem osoby trzeciej, została powierzona zamawiającemu niebędącemu ani stroną tego stosunku, ani uczestnikiem jakichkolwiek porozumień w tej kwestii. Dlatego też wykonawca winien na ogólnych zasadach udowodnić zamawiającemu możliwość dysponowania opisanym w przepisie potencjałem umożliwiającym mu zrealizowanie zamówienia w sytuacji, gdy to on zostanie wybrany do jego wykonania. W takiej sytuacji bardzo rzadko zastosowanie będzie znajdował subiektywny wzorzec wykładni, z tej prostej przyczyny, że oświadczenie woli jest składane przez podmiot trzeci wykonawcy, a nie zamawiającemu, który ocenia powstałe w jego wyniku uprawnienia wykonawcy do dysponowania potencjałem składającego to oświadczenie. Prowadzi to do wniosku, że zamawiający winien mieć możliwość obiektywnej oceny oświadczenia osoby trzeciej deklarującej wykonawcy korzystanie z własnego potencjału. Konsekwencją powyższego jest również możliwość dokonania takiej oceny oświadczenia podmiotu trzeciego przez Izbę {por. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 24 marca 2011 r. (sygn. akt XIX Ga 92/11); LEX nr 1089019}.

Izba z następujących powodów uznała, że zobowiązanie Hydromel-3 nie jest wystarczające dla stwierdzenia, że Przystępujący będzie mógł przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia w sposób rzeczywisty polegać na wiedzy i doświadczeniu tego podmiotu zdobytego przy realizacji inwestycji Urad III.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Przystępujący nie ujawnił Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia, również w toku ponowionych czynności, żadnej własnej wiedzy i doświadczenia wynikłej ze zrealizowania budowy, przebudowy lub modernizacji przepompowni ścieków o wydajności co najmniej 9 tys. m³/h. Dopiero w toku postępowania odwoławczego Przystępujący podniósł, że problemem było dla niego jedynie wykazanie robót o wymaganej przez Zamawiającego wartości, gdyż tzw. grupa Hydro-Marko wykonała wymienione w treści pisma z 8 lipca 2015 r. inwestycje odpowiadające rodzajowi wymaganego w tym postępowaniu doświadczenia (dodatkowo Przystępujący zgłosił wniosek o przeprowadzenie dowodu z listy referencyjnej ważniejszych inwestycji zrealizowanych przez tzw. grupę Hydro-Marko). Przystępujący nawet w ten spóźniony sposób niczego nie wykazał, gdyż na podstawie tych pism nie sposób stwierdzić, który z przedsiębiorców z tzw. grupy Hydro-Marko zrealizował poszczególne inwestycje. Wydaje się to celowym zabiegiem Przystępującego, który w swojej argumentacji bezpodstawnie zaczął traktować jako własne wiedzę i doświadczenie P.T.H.U. Hydro-Marko M. P., czyli swojego podwykonawcy, na którego zasoby w tym zakresie powoływał się pierwotnie. W istocie zatem w toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiającemu mogło zostać co najwyżej wykazane, że spośród przedsiębiorców wchodzących w skład tzw. grupy Hydro-Marko ten inny niż Przystępujący podmiot posiada wiedzę i doświadczenie nabyte przy realizacji inwestycji pn. *Ochrona przeciwpowodziowa obszaru w zlewni Kanału Siedlickiego – Etap I*.

Izba wzięła pod uwagę, że dla wykazania Zamawiającemu rzeczywistej możliwości polegania na tych zasobach podmiotu z tej samej grupy kapitałowej sam Przystępujący uznał za konieczny bezpośredni udział P.T.H.U. Hydro-Marko M. P. w wykonywaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy. Oznacza to, że dla prawidłowego wykonania robót objętych przedmiotem zamówienia Przystępujący uznawał za niewystarczające przekazanie wiedzy i doświadczenia w drodze konsultacji, doradztwa, przekazania dokumentacji itp. pośrednich form wsparcia. Mało wiarygodne jest zatem wykazywanie aktualnie przez Przystępującego, że będzie mógł realnie polegać na wiedzy i doświadczeniu przedsiębiorcy budowlanego spoza swojej grupy kapitałowej, z którym będzie wiązała go jedynie nieodpłatna umowa o współpracy. W tym kontekście podnoszenie przez Odwoływającego na rozprawie, że w świetle orzecznictwa Izby wykazanie realności udostępnienia wiedzy i doświadczenia nie zawsze musi sprowadzać się do podwykonawstwa podmiotu trzeciego, należy uznać za bezprzedmiotowe dla tej sprawy.

Niczego istotnego nie wnosi rozbudowanie opisów dotyczących pośrednich form wsparcia, które mają wątpliwą moc dowodową. W szczególności nic konkretnego nie wynika z określenia, że sposobem udostępnienia wiedzy i doświadczenia będzie dostęp do wiedzy i doświadczenia, co ma rzekomo zapewniać przekazanie adresów e-mail i nr telefonów bliżej niesprecyzowanych specjalistów Hydromel-3. Jest to nic innego jak określenie formy prowadzenia konsultacji i doradztwa, choć zostało wymienione w osobnym punkcie. Enigmatycznie i nieprzekonująco określono przekazanie know-how, co ma się sprowadzać do przekazania bliżej niesprecyzowanej dokumentacji dotyczącej opis rozwiązań organizacyjnych, tudzież dokumentacji technicznych i wykonawczych inwestycji zrealizowanych dotychczas przez Hydromel-3.

W zestawieniu z podwykonawstwem określonych zakresów robót przez podmiot dysponujący wiedzą i doświadczeniem za nierealną uznać należy próbę przekazania wiedzy i doświadczenia uzyskanej przez zespół ludzi przy wykonywaniu robót budowlanych opisanych w warunku obowiązującym w tym postępowaniu za pośrednictwem jednego, bliżej niesprecyzowanego pracownika, który *ad hoc* miałby jedynie nadzorować elementy zamówienia, które będą sprawiały największą trudność Przystępującemu. Warto zauważyć, że w takim zakresie, w jakim podmiot trzeci jest podwykonawcą nie tyle następuje przelanie jego wiedzy i doświadczenia na wykonawcę, co po prostu wykonywanie określonej części zamówienia przez podmiot, który ma wymaganą wiedzę i doświadczenie w tym zakresie.

Uwzględniając specyfikę przedmiotowego zamówienia, skomplikowany charakter robót, nie sposób uznać, że rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu trzeciego, tj. wiedzy i doświadczenia w budowie, przebudowie lub modernizacji przepompowni ścieków o skali określonej wydajnością przepompowni i wartości robót, mógłby sprowadzać się wyłącznie do doradztwa, konsultacji czy wsparcia merytorycznego w zakresie wykonania robót budowlanych objętych przedmiotowym zamówieniem. Zdaniem Izby, aby można było mówić w realiach przedmiotowego postępowania o rzeczywistym poleganiu na zasobach Hydromel-3, podmiot ten musiałby brać bezpośrednio udział w realizacji odpowiedniej części zamówienia w charakterze podwykonawcy. W ocenie Izby takie formy udostępnienia potencjału wiedzy i doświadczenia, jak doradztwo, konsultacje czy wsparcia merytoryczne przy realizacji tego zamówienia, nie mogą prowadzić do wniosku, że Przystępujący powołujący się na zasoby tego podmiotu trzeciego dysponuje tymi zasobami w stopniu niezbędnym do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Tym samym nie można było uznać, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia powołując się na potencjał Hydromel-3.

Natomiast za bezzasadne Izba uznała zarzuty dotyczące zaniechania przez

Zamawiającego wykluczenia z postępowania Przystępującego z tego powodu, że sama inwestycja Urad III nie odpowiada opisowi wspomnianego warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia pod względem zadeklarowanej przez Przystępującego w uzupełnionym wykazie wartości robót, która miałaby stanowić nieprawdziwą informację, ewentualnie przesądzać o niewykazaniu warunku z powodu zbyt niskiej rzeczywistej wartości robót.

Izba stwierdziła, że Odwołujący dokonał przeliczenia wartości robót tej inwestycji według arbitralnie przyjętego przez siebie kryterium, co zaprezentował w analizie złożonej na rozprawie. W ocenie Izby w szczególności Odwołujący sztucznie wyłączył spod zakresu robót dotyczących odbudowy-modernizacji przepompowni melioracyjnej Urad III niektóre roboty dotyczące modernizacji układu pompowo-tłocznego przepompowni, roboty dotyczące wlotu i wylotu przepompowni czy przebudowę urządzeń elektrycznych przepompowni, choć sam nie zaprzeczał na rozprawie, że były one niezbędne dla zapewnienia funkcjonowania tej przepompowni.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp ustawy Prawo zamówień publicznych w powyżej opisanym zakresie miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1 sentencji, jednocześnie w pozostałym zakresie orzekając o oddaleniu odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaliczając do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis – zgodnie z § 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). Ponadto obciążono kosztami tego postępowania Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego kwotę odpowiadającą wysokości uiszczanego wpisu.

Przewodniczący: