

Sygn. akt: KIO 249/2011

WYROK

z dnia 16 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Agnieszka Trojanowska

Katrzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 lutego 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego dnia 7 lutego 2011 r. przez wykonawcę: **Macieja Dobosz prowadzącego działalność gospodarczą: Firma Usługowo - Handlowa Maciej Dobosz, 42 -160 Krzepice, ul. Kuźniczka 32,** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Namysłów ul. Stanisława Dubois 3, 46 -100 Namysłów.**

Przy udziale wykonawcy: Jerzego Majoraka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **Przedsiębiorstwo-Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Steinbudex-J.M.” Jerzy Majorek, ul. Wrocławska 50,58 100 Świdnica,** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie,**
- 2. Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy:**

Jerzego Majorka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **Przedsiębiorstwo-Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Steinbudex-J.M.” Jerzy Majorek.**

3. Nakazuje dokonanie ponownej czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty, poprzedzone wezwaniem odwołującego do uzupełnienia dokumentów oferty w zakresie wykazania wiedzy i doświadczenia.
4. Kosztami postępowania w kwocie **10 000,00 zł.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) obciąża zamawiającego: **Gminę Namysłów ul. Stanisława Dubois 3, 46 -100 Namysłów.**
5. Nakazuje zaliczyć kwotę uiszczoną przez odwołującego wpisu na poczet kosztów postępowania.
6. Zasądza od zamawiającego: **Gminy Namysłów ul. Stanisława Dubois 3, 46 -100 Namysłów** na rzecz odwołującego **Macieja Dobosz prowadzącego działalność gospodarczą: Firma Usługowo - Handlowa Maciej Dobosz, 42 -160 Krzepice, ul. Kuźniczka 32,** kwotę **13 600,00 zł.** (słownie: trzynaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Remont nawierzchni ulic: Bohaterów Warszawy, Krakowskiej, Armii Krajowej, Rynek, Bolesława Chrobrego, 3 - go Maja i Obrońców Pokoju w Namysłowie wraz z chodnikami i parkingami” (BZP Nr 1 poz. 360629 z 15.12.2010 r.), prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, w dniu 7 lutego 2011 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w formie pisemnej złożone przez wykonawcę: Macieja Dobosza - Firma Usługowo - Handlowa Maciej Dobosz z siedzibą w Krzepicach, w kopii przekazane zamawiającemu drogą elektroniczną w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia pismem przekazanym dnia 2 lutego 2011 r. przesłanym za pośrednictwem faksu oraz zamieszczonym na stronie internetowej zamawiającego o czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, odrzucenia jego oferty oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej - złożonej przez wykonawcę: Jerzego Majorca – Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Steinbudex-J.M.” Jerzy Majorek, z siedzibą w Świdnicy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gminie Namysłów, naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 26 ust 3, art. 24 ust 2 pkt 4, art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.), przez niezgodną z zasadami czynność wykluczenia Firmy Usługowo - Handlowej Maciej Dobosz i niezgodny z zasadami określonymi w ustawie wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy: Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Usługowo- Handlowe „Steinbudex-J.M.” Jerzy Majorek, z siedzibą w Świdnicy.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 3) powtórzenia czynności oceny ofert celem wyboru oferty,
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że Firma Usługowo – Handlowa Maciej Dobosz została wykluczona z powodu nie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. W ocenie odwołującego, zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, łamiąc zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bowiem zamawiający po otwarciu ofert nie może ich oceniać w sposób dowolny, ale tylko w taki, jaki podał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Nie powinien również oceniać oferty w kategoriach zgodności lub

niezgodności ze swoimi intencjami - w tym przypadku bardzo blisko jest już do dowolności ocen, co potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów z 28.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-121/05: „Postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o wysoce sformalizowanym charakterze, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie zamawiającego (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.07.2005 r. sygn. akt V Ca 592/05). W przekonaniu odwołującego, zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji, albowiem w sposób dowolny, pozbawiony podstaw prawnych dokonał czynności wykluczenia wykonawcy: Firma Usługowo - Handlowa Maciej Dobosz.

Odwołujący wskazywał, że zamawiający swoim działaniem naruszył ponadto art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, podając iż „wykonawca nie wykazał wykonania co najmniej dwóch podobnych robót wykonanych w strefie konserwatorskiej z nawierzchni z kamienia naturalnego (kostki kamienne, płyty kamienne, elementy kamienne) o powierzchni minimum 6 tyś m² każda, z małą architekturą, o wartości minimum 5 milionów złotych każda.” Odwołujący zaprzeczył takim twierdzeniom. Zaznaczał, iż opierając się na przepisie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, w celu spełniania warunku dotyczącego doświadczenia, Firma Usługowo - Handlowa Maciej Dobosz postanowiła skorzystać z potencjału firmy: Przedsiębiorstwo Kamieniarskie Wolski. Do oferty zostało dołączone oświadczenie wskazanej powyżej firmy, iż udostępnia ona swój potencjał na okoliczność udziału Firmy Usługowo - Handlowej Maciej Dobosz w przedmiotowym postępowaniu. W wykazie robót według załącznika nr 5 wskazane zostały dwie roboty:

- „Przebudowa średniowiecznego Rynku w Starym Sączu, wartość 10 159 427,77 zł,
- oraz „Modernizacja płyty Rynku i ulic przyległych” dla Urzędu Miasta Legnicy, wartość 15 500 000,00 zł.

Obie roboty znacznie przekraczały wymogi postawione przez zamawiającego, tak pod względem kwoty, jak i zakresu. Tak więc czynność wykluczenia firmy Usługowo - Handlowej Maciej Dobosz, w ocenie odwołującego, jest niezrozumiała i pozbawiona podstaw prawnych. Zdaniem odwołującego, zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie udowodniając, iż wykonawca nie spełniania warunku udziału w postępowaniu - dotyczącego doświadczenia. Odwołujący wywodził dalej, że skoro zamawiający dokonał tak ważnej czynności, jaką jest wykluczenie wykonawcy, to powinien podać pełne uzasadnienie faktyczne. Wskazanie wyłącznie, iż Firma Usługowo-Handlowa Maciej Dobosz nie posiada doświadczenia, jest niewystarczające i niezgodne z prawdą, jak utrzymywał odwołujący, skoro skorzystał on z potencjału podmiotu trzeciego, stosownie do postanowień art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, powalającymi na powoływanie się na doświadczenie innych podmiotów. Odnosząc się do przywołanej przez zamawiającego opinii, zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych stwierdzającej, iż co do: „zagadnienia dopuszczalności powoływania się na doświadczenie (referencje) podmiotów trzecich należy

skonstruować, iż powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca)," odwołujący podkreślał, iż w polskim prawie brak zdefiniowanego pojęcia „podwykonawca," a raczej jest wskazanie kto może być podwykonawcą. Otóż podwykonawcą może być osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej. Za nietrafne uznał stanowisko zamawiającego, że w każdym przypadku udostępnienie wiedzy i doświadczenia, wymaga udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia. Powołał się na okoliczność, że ustawodawca nie przewidział w art. 26 ust 2 b ustawy Pzp rozróżnienia na zasoby, z którymi wiąże się obowiązek udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia i zasoby, których udostępnienie takiego obowiązku nie rodzi. Ustawodawca rozróżnił jedynie w rozporządzeniu z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) sytuację, w której udostępnienie jakiegokolwiek zasobu następuje przez osobisty udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, od sytuacji, w której podmiot udostępniający nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Wówczas wskazał, że w pierwszym przypadku zamawiający ma prawo żądać dokumentów podmiotowych, a w drugim takiego prawa zamawiającemu nie przyznał. Jako znamienne dla całej sprawy, odwołujący przytoczył wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 2790/10), w którym zawarto stwierdzenie, że „Izba nie podziela także stanowiska, że każdy sposób udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia w tym przekazanie know-how, konsultacje, doradztwo, jest udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Izba uważa, że przekazanie wiedzy czy to jako know-how czy to jako autorskiego rozwiązania, zastrzeżonej technologii, nie musi być udziałem w realizacji zamówienia, a może nastąpić w dowolnym momencie nie związanym z faktem udziału danego wykonawcy w realizacji zamówienia. Izba uważa, że zasób ten można przenieść np. przez wyszkolenie kadry, udostępnienie dokumentacji technicznej, udzielenie licencji do prawa patentowego. W takiej sytuacji fakt, że podmiot udostępniający zasób nie uczestniczy w wykonaniu zamówienia nie zagraża bezpieczeństwu umowy, a z drugiej strony daje możliwość rzeczywistego korzystania z zasobu, bez jednoczesnej konieczności udziału w realizacji zamówienia. Przekazanie wiedzy następuje najczęściej na podstawie stosunku cywilnoprawnego np. umowy o świadczenie usług, ale nie oznacza to, że każdy stosunek cywilnoprawny będzie zobowiązywał podmiot trzeci do udziału w realizacji umowy o zamówienie publiczne. Izba w tym zakresie uznaje za własne stanowiska zajęte przez Izbę w orzeczeniach: sygn. akt KIO/1245/10, KIO/1452/10, KIO/1671/10.” Odwołujący przytoczył kolejne orzeczenie z dnia 6 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/1245/10), w którym KIO stwierdza, że: „Wykonawca powołując się na potencjał innych

podmiotów musi jedynie udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, należącymi do osób trzecich. W celu przekonania zamawiającego wykonawca może mu dostarczyć zobowiązanie takich podmiotów lub inne dokumenty stwierdzające jego prawo do dysponowania zasobami tych podmiotów. Żaden z przepisów ustawy Pzp nie statuuje dla wykonawcy obowiązku zlecenia podwykonawcom zakresu prac odpowiadających posiadanemu przez podwykonawcę doświadczeniu, na które powołuje się wykonawca (patrz też: A. Sołtysińska Europejskie Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz Zakamycze 2006 str. 47).” W sytuacji, gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako podwykonawca, doradca czy na innej podstawie).” „Nie jest zatem wprost wskazane iż podmiot, który udostępnia potencjał musi być podwykonawcą, może także współpracować z wykonawcą jako doradca,” jak podano w orzeczeniu z dnia 13 lipca 2010 r. sygn. akt KIO 1288/10. Odwołujący wskazywał, iż podobne stanowisko zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO 790/10: „W sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako podwykonawca, doradca czy na innej podstawie).”

Odwołujący przyznał wprost, iż „w przedmiotowym postępowaniu firma Wolski, udostępniająca swej wiedzy i doświadczenia, miała uczestniczyć jako doradca poprzez przeszkolenie pracowników Firmy Usługowo - Handlowej Maciej Dobosz, tj. odwołującego.”

Ponadto odwołujący wskazywał, iż czynność wykluczenia go z postępowania była przedwczesna, gdyż nawet wówczas gdy zamawiający uznał, że Firma Usługowo - Handlowa Maciej Dobosz nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, to powinien uprzednio wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, o czym stanowi art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczał, że jest to czynność obligatoryjna, co potwierdza liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Jeśli nawet wykonawca złożył dokumenty wskazujące na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, obowiązkiem zamawiającego było zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż niewątpliwie wykonawca - odwołujący, w takiej sytuacji nie złożył „oświadczenia lub dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu.” Przytoczył kolejne wyroki: sygn. akt UZP/ZO/0-1179/07: „Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełniania dokumentów, jeśli dokumentu w ogóle nie złożono lub dokument zawiera błędy,” wyrok z

dnia 27.01.2010 r., sygn. KIO/UZP 1772/09: „Z dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wynika obowiązek Zamawiającego do wezwania wykonawców, którzy w wyznaczonym terminie nie złożyli dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu do ich uzupełnienia w określonym terminie wówczas, gdy ich nieuzupełnienie skutkowałoby unieważnieniem postępowania,” wyrok z dnia 12.01.2007 r., sygn. UZP/ZO/0-5/07: „Zamawiający, przed wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty zobowiązany jest do wyczerpania procedury wezwania i wyznaczenia terminu na uzupełnienie oświadczeń i dokumentów, jeżeli ze względu na rodzaj braków oferty nadawały się one do uzupełnienia.” Takie samo stanowisko zawiera wyrok z dnia 2.06.2008 r., sygn. KIO/UZP 482/08).

Tym samym za niezrozumiałe i niezgodne z prawem uznał odwołujący, iż zamawiający nie wezwał go do uzupełnienia dokumentów, tylko wykluczył z postępowania.

W ocenie odwołującego, zamawiający przed dokonaniem czynności wykluczenia wykonawcy, powinien zawsze zażądać wyjaśnień treści oferty. Żądanie wyjaśnień w trybie art. 87 ustawy Pzp, jest czynnością obligatoryjną, której powinien dokonać zamawiający zanim wykluczy wykonawcę, lub odrzuci jego ofertę. Zdaniem odwołującego, takie stanowisko potwierdza liczne orzecznictwo. „Literalnie określone uprawnienie wynikające z treści art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, staje się powinnością zamawiającego, bowiem winien on dążyć w oparciu o dostępne mu instrumenty prawa, do wyboru oferty najkorzystniejszej. Jeden z dostępnych instrumentów prawnych tj. wyjaśnienie treści oferty został sformułowany właśnie w przepisie art. 87 ust 1 ustawy” (sygn. KIO/UZP 502 /08). Zgodnie z wyrokiem (sygn. KIO/UZP 141/08): „Dopóki zamawiający nie skorzysta z możliwości przewidzianej art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i nie wyjaśni w sposób autorytatywny swojego przypuszczenia o rzekomej sprzeczności zachodzącej w treści oferty jednego wykonawcy, to nie wolno mu odrzucić tej oferty. Czynności wezwania do wyjaśnień Zamawiający musi dokonać przed ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp” (wyrok z dnia 9.11.2010 r., sygn. KIO 2315/10). „Uprawnienie do żądania od wykonawców wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 jest obowiązkiem zamawiającego, aby mógł on następnie niepodważalnie ocenić oferty i wybrać najkorzystniejszą” (wyrok z dnia 25.9.2009 KIO/UZP 1164/09).

Natomiast w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wykluczył Firmę Usługowo - Handlową Maciej Dobosz z postępowania nie żądając żadnych wyjaśnień.

W przekonaniu odwołującego, skarżone czynności zamawiającego w sposób oczywisty naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym naruszony został interes - w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wnoszącego odwołanie. Każdy, bowiem wykonawca ma prawo na równych zasadach do uzyskania i realizacji zamówienia publicznego. Złamanie zasady równego traktowania i konkurencyjności, oraz wykluczenie

odwołującego, wybranie oferty innego wykonawcy, jak twierdził odwołujący, bezwzględnie to prawo narusza.

Na wezwanie zamawiającego z przekazane dnia 8 lutego 2011 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pismem złożonym w siedzibie Izby w dniu 10 lutego 2011 r, w kopii przekazanym w tym samym terminie stronom postępowania, przystąpił wybrany wykonawca: Jerzy Majorek - Przedsiębiorstwo Produkcyjno -Usługowo Handlowe „Steinbudex-J.M.” Jerzy Majorek, z siedzibą w Świdnicy, który powołując się na swój interes w utrzymaniu wyboru złożonej oferty jako najkorzystniejszej, wnosił o oddalenie odwołania. W całości poparł także stanowisko zamawiającego.

Pismem z dnia 10 lutego 2011 r. złożonym 14 lutego 2011 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, w której podtrzymał swoje stanowisko zawarte w piśmie z dnia 2 lutego 2011 r, powiadającym o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Powołując się na pogląd Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 5.08.2010 r. sygn. akt KIO 1588/10 podtrzymał tezę, iż dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, przy ocenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia, czego odwołujący nie spełnił. Zatem zamawiający uznał, że stawiane zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 tej ustawy nie znajdują uzasadnienia. Podnosił, iż warunki uczestnictwa w postępowaniu były jednakowe dla wszystkich wykonawców, stąd brak podstaw do zarzutu dowolnej oceny ofert. Zamawiający nie zgodził się również z przypisywanym naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż jak utrzymywał, wezwanie wykonawców do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, może dotyczyć jedynie tych, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy, a nie odnoszących się do treści oferty. Ponadto zaznaczył, iż nie miał wątpliwości co do treści oferty, zatem nie był zobowiązany do wyczerpania procedury określonej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a ponadto powołany przepis stwarza uprawnienie po stronie zamawiającego, nie zaś jego obowiązek. Zadaniem zamawiającego, w przedmiotowym stanie faktycznym procedura wyjaśniania treści oferty nie miała zastosowania, ponieważ wyjaśnienia sposobu rozumienia treści zawartej w ofercie, nie mogą jej rozszerzać ani ograniczać. Na koniec zamawiający dodał, iż nie jest możliwe wykonanie tak dużej inwestycji przez wykonawcę, który sam nie ma doświadczenia, jedynie zamierza skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego jako doradcy tylko i wyłącznie poprzez przeszkolenie pracowników odwołującego.

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o wartości nie przekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień

publicznych dla robót budowlanych. Z tych względów było dopuszczalne jedynie na czynności określone w art. 180 ust. 2 tej ustawy. Zatem zarzuty odwołania w zakresie wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty znajdują normatywne wsparcie w świetle uregulowań art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, które uprawniają do wniesienia odwołania jedynie w zakresie: wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty odwołującego.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, zatem nie zachodziły podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę: Jerzego Majorka - Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „Steinbudex-J.M.” Jerzy Majorek do udziału w sprawie w charakterze przystępującego, z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, umowy z dnia 21.12.2010 r. pomiędzy odwołującym a Kazimierzem Wolskim Firma Kamieniarska „WOLSKI.” Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników i reprezentantów stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Zamówienie obejmuje: „Remont nawierzchni ulic: Bohaterów Warszawy, Krakowskiej, Armii Krajowej, Rynek, Bolesława Chrobrego, 3 - go Maja i Obrońców Pokoju w Namysłowie wraz z chodnikami i parkingami,” położonymi w strefie objętej ochroną konserwatorską.”

Z dokumentacji akt sprawy wynika, że w ogłoszeniu o zamówieniu, zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych, nr 1 z 2010 r. poz. 360629 z dnia 15.12.2010 r. zamawiający ustalił następujące warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz podał sposób oceny ich spełnienia.

III.3.2) Wiedza i doświadczenie. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku. Wykonawca musi wykazać wykonanie co najmniej dwóch podobnych robót wykonanych w strefie konserwatorskiej z nawierzchni z kamienia naturalnego (kostki kamienne, płyty kamienne, elementy kamienne) o powierzchni minimum 6 tys. m² każda z małą architekturą

o wartości minimum 5 milionów zł. każda. Do każdej pozycji wykazu musi być załączony dokument potwierdzający, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zamawiający dokona oceny spełnienia powyższych warunków na podstawie złożonych (przez wykonawcę, podmioty występujące wspólnie) dokumentów wymienionych w punkcie 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia według formuły spełnia - nie spełnia.

Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia (...) innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

III.3.4) Osoby zdolne do wykonania zamówienia. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku.

Wykonawca musi wykazać kierownika budowy w specjalności budowa dróg z minimum 2 letnią praktyką na budowie przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków, który będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia. Zamawiający dokona oceny spełnienia powyższych warunków na podstawie złożonych (przez wykonawcę, podmioty występujące wspólnie) dokumentów wymienionych w punkcie 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia według formuły spełnia - nie spełnia.

Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia (...) innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

III.4) Informacja o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

III.4.1) W zakresie wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, oprócz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, należy przedłożyć:

- wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (...), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z

podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone,

- wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami,

- oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

Wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w pkt III.4.2.

III.6) Inne dokumenty niewymienione w pkt III.4): oświadczenie o dysponowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

IV. 1.1) Tryb udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony.

IV.2.1) Kryteria oceny ofert: najniższa cena.

Takiej samej treści wymagania, co podane w ogłoszeniu w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia zostały podane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (punkt 5 i pkt 6 SIWZ).

Według wzoru wykazu robót, załącznik nr 5 do oferty powinien zawierać: wskazanie zamawiającego/ zlecającego roboty, jego adres, rodzaj robót i miejsce wykonania, wartość robót brutto, terminy realizacji wraz z przedstawieniem referencji. Do każdej pozycji wykazu musi być załączony dokument potwierdzający, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Według wzoru wykazu osób, załącznik nr 6 do oferty winien zawierać: wskazanie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wskazanie kierownika budowy w specjalności budowa dróg z minimum 2 letnią praktyką na budowie przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków, który będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

W załączniku nr 6 należało oznaczyć imię i nazwisko osoby, posiadane kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia, zakres

wykonywanych czynności. Należało dokonać podziału wskazanych osób w zależności od podstawy dysponowania, osobno ujmując osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia z ramienia podmiotu udostępniającego - na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia o dysponowaniu przez wykonawcę zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia według podanego wzoru załącznika nr 2 do oferty, z zaznaczeniem, iż w przypadku polegania na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, należy przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W punkcie 12 formularza oferty wykonawca zobowiązany był podać, iż robotę objętą zamówieniem zamierza wykonać sam lub, że zamierza zlecić podwykonawcom w następującym zakresie (...).

Termin składania ofert został wyznaczony do dnia 30 grudnia 2010 r.

Z protokołu postępowania wynika, iż oferty złożyli wykonawcy:

- odwołujący z ceną brutto – 4 463 000,00 zł,
- przystępujący z ceną brutto - 5 092 951,67 zł,
- wykonawca ZBYLBRUK sp. z o.o. cena brutto – 4 943 021,11 zł, który został wykluczony z postępowania.

W ofercie odwołującego dla wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia złożono:

1. wykaz robót według załącznika nr 5, gdzie wskazane zostały dwie roboty:

a) „Przebudowa średniowiecznego Rynku w Starym Sączu, wartość 10 159 427,77 zł, dla Gminy Stary Sącz,

b) „Modernizacja płyty Rynku i ulic przyległych" dla Miasta Legnicy, wartość 15 500 000 zł.

- obejmujące między innymi wykonanie nawierzchni z kamienia naturalnego (kostki kamienne, płyty kamienne, elementy kamienne) o powierzchni większej niż 6 tys. m², każda z małą architekturą o wartości powyżej 5 milionów złotych każda, w strefie ochrony konserwatorskiej.

2. ponadto zgodnie z podanymi wyżej wymaganiami, złożono:

a) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w którym ujęto osobę, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia: Ireneusz R. – technik drogowy, przewidziany do pełnienia funkcji kierownika budowy. Załączony życiorys pana I. R. nie przedstawiał w pełni doświadczenia przy realizacji robót o zakresie i wartości, wymaganym jako doświadczenie zawodowe wykonawcy. Osób które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie wskazano.

W punkcie 12 formularza oferty odwołujący podał, iż robotę objętą zamówieniem zamierza

wykonać sam.

Przedstawione referencje z dnia 22 marca 2007 r. wystawione przez burmistrza Gminy Stary Sącz potwierdzają należyte wykonanie robót przez konsorcjum: Wolski-Szarek, Machnik dla zadania inwestycyjnego „Przebudowa średniowiecznego rynku w Starym Sączu.”

Referencje z dnia 12.10.2010 r. wystawione przez Dyrektora Wydziału Inwestycji Miejskich Urzędu Miasta Legnica, potwierdzają, że Przedsiębiorstwo Kamieniarskie „WOLSKI” Mizerna 96, Czorsztyn jako uczestnik konsorcjum z firmą BUDROMOS T.J. Bieńkowski s.j. był wykonawcą robót „Modernizacja Rynku i ulic przyległych” (...) na terenie objętym ścisłą ochroną konserwatorską. Referencje potwierdzają należyte wykonanie zamówienia.

Odwołujący złożył oświadczenie o dysponowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, stanowiące załącznik nr 2 do oferty, w którym oświadczył, że będzie indywidualnie lub razem z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, polegać na zasobach innych podmiotów określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, a jednocześnie podmioty te nie będą brały udziału w realizacji części zamówienia.

Ponadto w formularzu oferty – pkt 12, odwołujący oświadczył, że robotę objętą zamówieniem zamierza wykonać sam.

W dokumentach oferty odwołującego zostało złożone oświadczenie Kazimierza Wolskiego, działającego jako właściciel Przedsiębiorstwa Kamieniarskiego „WOLSKI” ul. Przemysłowa 10, 34-440 Kluszkowice, iż zobowiązuje się on oddać do dyspozycji firmy Usługowo-Handlowej Maciej Dobosz z siedzibą w Krzepicach niezbędną wiedzę i doświadczenie na okres wykonywania zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem przetargowym.

Pismem z dnia 2 lutego 2011 r. odwołujący został powiadomiony o wykluczeniu go z ubiegania się o udzielenie wyżej wymienionego zamówienia publicznego, ponieważ nie wykazał wykonania co najmniej dwóch podobnych robót, wykonanych w strefie konserwatorskiej o nawierzchni z kamienia naturalnego (kostki kamienne, płyty kamienne, elementy kamienne) o powierzchni min. 6 tys. m² każda z małą architekturą, o wartości minimum 5 milionów zł. każda. W oświadczeniu o dysponowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do oferty, wykonawca oświadczył, że będzie indywidualnie (...) polegać na zasobach innych podmiotów określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, a jednocześnie podmioty te nie będą brały udziału w realizacji części zamówienia. Ponadto w formularzu oferty oświadczył, że robotę objętą zamówieniem zamierza wykonać sam.

Zamawiający w uzasadnieniu swego stanowiska o wykluczeniu odwołującego, powołał się na opinię prawną Urzędu Zamówień Publicznych cyt.: „W świetle przywołanego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dopuszczalne jest powoływanie się przez wykonawcę

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego na potencjał, doświadczenie i sytuację innego podmiotu (z wyłączeniem sytuacji ekonomicznej) w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a sprecyzowanych przez zamawiającego w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 4 ustawy Pzp). Tym samym wykonawca, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, może odwołać się do zasobów innego podmiotu w celu uzyskania danego zamówienia. Przy czym odwołanie się do zasobów innego podmiotu jest dopuszczalne pod warunkiem, że wykonawca będzie dysponował tymi zasobami przy realizacji zamówienia." (..) "Odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Powyższe wynika z jednoznacznego brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Tak więc należy stwierdzić, iż w świetle postanowień art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nie jest dopuszczalne powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego, jeżeli zasoby te nie będą wykorzystane przy wykonaniu zamówienia. Odnosząc powyższe ustalenia do zagadnienia dopuszczalności powoływania się na doświadczenie (referencje) podmiotów trzecich należy skonstatować, iż powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca). Należy mieć bowiem na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra materialnego, czy też niematerialnego, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi bowiem składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 551 i art. 552 K.c). Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia." Zamawiający podał, że wykluczenia dokonano na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) - wykonawca, nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ofertę uznaje się za odrzuconą.

Jednocześnie zamawiający poinformował, że „w/w zamówienie publiczne wygrał Pan Jerzy Majorek, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „STEINBUDEX-J.M.” ze Świdnicy, oferując najniższą cenę 5 092 951,67 zł, za wykonanie przedmiotu zamówienia, uzyskując 100 punktów w ramach zastosowanego kryterium - cena 100 %.

W oparciu o przeprowadzone wyżej omówione dowody w sprawie, Izba zważyła co

następuje.

Odwołującemu przysługiwała legitymacja do korzystania ze środków ochrony prawnej, ponieważ ubiega się o przedmiotowe zamówienie. Oferta odwołującego jest najkorzystniejsza w jedynym ustanowionym kryterium ceny. W przypadku potwierdzenia się zarzutów naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy, odwołujący mógłby ponieść szkodę w wyniku nieuzyskania zamówienia.

Z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wynika, że wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne, wykazując swoją zdolność do jego realizacji, może polegać na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany 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 wykonywaniu zamówienia. Zasoby podlegające udostępnieniu: to potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia, zasoby finansowe, posiadanie wiedzy i doświadczenia.

Z dokonanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia, w tym w zakresie udziału podmiotów trzecich w realizacji zamówienia, wynika, iż zamawiający ograniczył się jedynie do przytoczenia odnośnych regulacji ustawowych. Za zindywidualizowane warunki, ustalone samodzielnie przez zamawiającego można wyłącznie uznać postawienie wymagań, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia legitymował się realizacją: co najmniej dwóch podobnych robót wykonanych w strefie konserwatorskiej z nawierzchnią z kamienia naturalnego (kostki kamienne, płyty kamienne, elementy kamienne) o powierzchni minimum 6 tys. m² każda, z małą architekturą, o wartości minimum 5 milionów złotych każda. A ponadto aby wykonawca przedstawił wykaz osób, ujmując co najmniej kierownika budowy w specjalności budowa dróg z minimum 2 letnią praktyką na budowie przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków, który będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba przyjęła, iż wolą zamawiającego było dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych wykonać zamówienie w oparciu o minimalne wymagania i standardy określone wprost w przepisach art. 22, art. 24 ust. 1 ustawy Pzp oraz przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Przepis, że wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz udowodnić, iż będzie realnie dysponował

potencjałem podmiotów trzecich, nie oznacza, zdaniem Izby, że wykonawca musi dowodzić wszelkimi dostępnymi środkami, aż do skutku, gdy okoliczność taką zamawiający w sposób arbitralny uzna za wykazaną, bądź przeciwnie uzna, iż wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i nie udowodnił dysponowania potencjałem podmiotów trzecich i na tej podstawie podejmie czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2 a ustawy Pzp, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Takie samo postanowienie zostało zawarte w treści punktu 5.3 SIWZ – Zamawiający dokona oceny spełnienia powyższych warunków na podstawie złożonych przez wykonawcę dokumentów, wymienionych w punkcie 6 SIWZ. Taki też zakres udowodnienia, w odniesieniu do udostępnienia potencjału podmiotów trzecich podaje opracowanie zawarte w kwartalniku PZP numer 4 (23) 2009, A. Sołtysińska G. Wicik. str. 32 „Przyjmując jednak, że to zamawiający jest organizatorem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i do niego należy określenie warunków udziału w przetargu, należałoby uznać, że wymóg udowodnienia faktu dysponowania zasobami na wypadek korzystania z pomocy innych podmiotów powinien być wyraźnie określony przez zamawiającego. Na taki sposób interpretacji wskazuje art. 26 ust. 2a Pzp. Wykonawcy zainteresowani uczestnictwem w postępowaniu analizują swoje szanse na podstawie wymogów sprecyzowanych przez zamawiającego w ogłoszeniu, czy też w SIWZ, nie mają natomiast obowiązku domniemywania, iż istnieją jeszcze inne warunki, nie podane w tych podstawowych dokumentach.”

Skoro zamawiający w przypadku udostępnienia potencjału podmiotów trzecich, ograniczył swoje wymagania w odniesieniu do podmiotów udostępniających wiedzę i doświadczenie, nie uczestniczących bezpośrednio w realizacji zamówienia, jedynie do złożenia stosownego zobowiązania, to zobligowany był warunek ów respektować w takim kształcie jak został przedstawiony w ogłoszeniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. uznać, że wykonawca dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego, w oparciu o oświadczenie tego podmiotu, zawierające wiążącą ekspektatywę udostępnienia odpowiedniego zasobu. W tym wypadku wiedzy i doświadczenia. Dokładny zakres, czy sposób tego udostępnienia w dokumencie zobowiązania podmiotu trzeciego, nie został przez zamawiającego wprost wyznaczony. Wykonawca był zatem uprawniony, aby spełnienie warunku posiadania doświadczenia przedstawić stosownie do swoich zindywidualizowanych możliwości.

Bezsprzecznie odwołujący zadeklarował w formularzu oferty oraz odrębnym oświadczeniu, samodzielne wykonanie zamówienia. Zatem udział podmiotu trzeciego miał

polegać w tym przypadku na udostępnieniu zasobu, przy pomocy którego odwołujący byłby zdolny w sposób właściwy wykonać przedmiotowe zamówienie. Zważywszy, że przedmiot zamówienia obejmuje: „Remont nawierzchni ulic: Bohaterów Warszawy, Krakowskiej, Armii Krajowej, Rynek, Bolesława Chrobrego, 3 - go Maja i Obrońców Pokoju w Namysłowie wraz z chodnikami i parkingami,” znajdujących się w strefie konserwatorskiej. Zamawiający wymagał wykazania wiedzy i doświadczenia w tym zakresie. Kwestionowanie przez odwołującego, znaczenia wymogu wykazania robót w strefach objętych ochroną konserwatorską nie znajdowało żadnego uzasadnienia, skoro postanowienia SIWZ zostały zaakceptowane w treści określonej przez zamawiającego. Odwołujący przedstawił wykaz robót, w którym ujął roboty:

- „Przebudowa średniowiecznego Rynku w Starym Sączu, wartość 10 159 427,77 zł,
- „Modernizacja płyty Rynku i ulic przyległych” dla Urzędu Miasta Legnicy, wartość 15 500 000,00 zł, w których realizacji uczestniczył podmiot udostępniający swoje zasoby - Przedsiębiorstwo Kamieniarskie „WOLSKI.”

W dokumentach oferty odwołującego zostało złożone oświadczenie Kazimierza Wolskiego, działającego jako właściciel Przedsiębiorstwa Kamieniarskiego „WOLSKI” ul. Przemysłowa 10, 34-440 Kluszkowice, iż zobowiązuje się on oddać do dyspozycji firmy Usługowo-Handlowej Maciej Dobosz z siedzibą w Krzepicach niezbędną wiedzę i doświadczenie na okres wykonywania zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem przetargowym. Zakres tego udostępnienia ani sposób nie został przedstawiony.

Z opisanych powyżej dowodów w sprawie wynika, że wymieniony podmiot nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia bezpośrednio, a więc w charakterze podwykonawcy, na dowolnej podstawie nawiązania formy prawnej takiego współdziałania.

Zdaniem Izby, dla skutecznego zagwarantowania przywołanym oświadczeniem udostępnienia zasobu, który by realnie świadczył o wsparciu wykonawcy tj. odwołującego w realizacji zamówienia w okolicznościach przedmiotowego postępowania, musiałoby ono obejmować zobligowanie się podmiotu trzeciego do co najmniej delegowania osób, którymi Przedsiębiorstwo Kamieniarskie „WOLSKI” dysponuje z tytułu ich zatrudnienia w oparciu umowy o pracę lub innej umowy, umożliwiając dysponowanie nimi przez odwołującego na czas realizacji zamówienia. Przy czym nawet nawiązanie bezpośredniej więzi prawnej pomiędzy odwołującym, a osobami związanymi z Przedsiębiorstwem Kamieniarskim „WOLSKI,” z pominięciem tego przedsiębiorstwa, nie może być potraktowane jako udostępnienie zasobu w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Jakakolwiek inna forma nawiązania bezpośredniej więzi prawnej przez odwołującego z osobami mającymi doświadczenie w realizacji robót, (w szczególności w strefie ochrony konserwatorskiej), np. w formie umowy zlecenia, świadczyła by o tym, że nie jest to osoba pozostająca w dyspozycji podmiotu udostępniającego.

Odwołujący wprost przyznał, że udostępnienie zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego - Przedsiębiorstwa Kamieniarskiego „WOLSKI” ograniczało się będzie do pełnienia funkcji „jako doradcy poprzez przeszkolenie pracowników Firmy Usługowo - Handlowej Maciej Dobosz – czyli odwołującego.” Takie też postanowienia zawiera umowa z dnia 21.12.2010 r. między odwołującym a Przedsiębiorstwem Kamieniarskim „WOLSKI” Kazimierz Wolski, która stanowi, iż w przypadku wyboru oferty korzystającego (odwołującego) z zamawiającym (Gminą Namysłów) na realizację wymienionego zadania Przedsiębiorstwo Kamieniarskie „WOLSKI” zobowiązuje się do przeprowadzenia szkolenia pracowników korzystającego w zakresie prac kamieniarskich, tj. układanie kostki granitowej i elementów kamiennych ze szczególnym uwzględnieniem odpowiedniego doboru materiału kamiennego.

Zdaniem Izby, wskazany sposób udostępnienia zasobu, należy uznać za niewystarczający. Podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia, jak stanowi przepis art. 26 ust. 2a ustawy Pzp zobowiązany był już na moment złożenia oferty wykazać posiadanie wiedzy i doświadczenia w realizacji podobnych zamówień, (własne lub udostępnione), a nie dopiero po uzyskaniu zamówienia, w trakcie jego realizacji „być przeszkolonym w tym zakresie.” Ponadto zamawiający podał, iż termin zakończenia realizacji umowy to 15 listopada 2011 r. Natomiast zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, w myśl wskazań art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, następuje w terminie nie krótszym niż 5 lub 10 dni od daty przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, chyba, że zostało wniesione odwołanie. Trudno więc sobie wyobrazić zakładane przeszkolenie pracowników odwołującego, nawet przed rozpoczęciem realizacji przedmiotowego zamówienia.

Należało też zauważyć, iż warunkiem postawionym przez zamawiającego objęta była nie tylko wiedza, ale także doświadczenie przy realizacji podobnych zamówień. Skoro odwołujący dopiero zamierza szkolić pracowników, rękoma których będzie wykonywał zamówienie, oznacza to także, że nie legitymuje się on doświadczeniem w zakresie prac jakie przypadną mu do wykonywania w ramach przedmiotowego zamówienia. Doświadczenie to bowiem uczestnictwo w czynnościach, poprzez które człowiek nabywa określone umiejętności praktyczne i biegłość. Proces zdobywania owych umiejętności kształtowany jest przez czynnik czasu. Oznacza wprawę przy wykonywaniu określonych prac. Ma to do siebie, że nie daje się opisać w postaci np. instrukcji, ani oddzielić od podmiotu, osoby go posiadającego i przenieść na inny. Zatem przez doświadczenie, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy rozumieć zasób umiejętności praktycznych, warunkujących zdolność do należytego wykonania określonych czynności – niezawodność ich wykonania, poprzez minimum zaangażowanie, jeżeli nie firmy (w formie podwykonawstwa), która wcześniej takie zamówienia realizowała z pozytywnym skutkiem, to przynajmniej takiego zespołu osób mających niezbędną wprawę w wykonywaniu

określonego typu robót, które gwarantuje, iż zamówienie zostanie wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończone. Przedmiotowe zamówienie dotyczy robót budowlanych, natomiast orzeczenie sygn. akt KIO 2790/10, które odwołujący uznaje za kluczowe dla swojej argumentacji, zapadło w odmiennym stanie faktycznym i dotyczyło przede wszystkim usług.

Odwołujący nie wykazał na dzień złożenia oferty, iż posługując się zasobami podmiotu trzeciego Przedsiębiorstwa Kamieniarskiego „WOLSKI,” posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, aby podjąć się realizacji robót stanowiących przedmiot zamówienia. Podmiot trzeci nie udostępnił posiadanego doświadczenia w realizacji robót podobnych do przedmiotu zamówienia, gdyż bezspornie w nim nie będzie uczestniczył. Nie postawił do dyspozycji odwołującego zespołu osób, którymi dysponuje, owe doświadczenie posiadających. Odwołujący natomiast wskazał jedynie kierownika robót, jako zatrudnionego na jego zlecenie, co sam uznał za niewystarczające, skoro sięgnął do zasobów podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Jednakże w razie stwierdzenia braków lub błędów w zakresie wykazania spełnienia postawionych warunków udziału, zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czego, zdaniem Izby, bezpodstawnie zaniechał. Pomimo tego, zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania, czym naruszył powołany przepis ustawy Pzp, jako normy o charakterze imperatywnym, zgodnie z którym zamawiający jest zobligowany wezwać do uzupełnienia dokumentów, jeżeli w ofercie wykonawcy nie przedłożono w ogóle dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, bądź przedstawione dokumenty nie potwierdzają spełnienia tych warunków. Tym samym, zamawiający, mając wątpliwości co do treści przedłożonych dokumentów powinien skorzystać z procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zwrócić się w tym zakresie z wezwaniem do złożenia wyjaśnień co do przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, jak też ich odpowiedniego uzupełnienia.

Izba nie stwierdziła, aby zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, odnoszący się do wyjaśniania treści oferty, a więc przedmiotowo istotnych jej postanowień. Natomiast postępowanie dowodowe w sprawie potwierdziło zasadność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 i ust. 4, ustawy Pzp, a wykluczenie odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą, w tych okolicznościach było przedwczesne. Oferta odwołującego podaje niższą cenę brutto, niż oferta przystępującego: Jerzego Majorek, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „STEINBUDEX-J.M. W sytuacji zatem, gdy zajdą podstawy po uzupełnieniu oferty i dokonaniu ponownej oceny, do wyboru oferty odwołującego, stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp może mieć

wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający nie powoływał się na okoliczność, iż oferta odwołującego z innych przyczyn kwalifikowałby się do odrzucenia jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub postępowanie podlegałoby unieważnieniu, co z mocy postanowień art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwalniałoby zamawiającego od obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji zamawiający naruszył także przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż bezpodstawne wykluczenie wykonawcy – bez wyczerpania obligatoryjnej czynności określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców, którzy złożyli oferty. Wykluczenie odwołującego z postępowania należało uznać w tych okolicznościach za bezpodstawne i dokonane przedwcześnie, bez umożliwienia wykonawcy uzupełnienia dokumentów oferty.

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

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła na rzecz odwołującego - Maciej Dobosza - Firmy Usługowo - Handlowej Maciej Dobosz od zamawiającego Gminy Namysłów kwotę łączną 13 600,00 zł. tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz zastępstwa przez pełnomocnika w oparciu o złożony rachunek, na podstawie § 3 pkt 2b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) 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:

.....

Członkowie

.....

.....