

Sygn. akt: KIO 2846/13

WYROK

z dnia 20 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **R..... P.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **PPHU „Probud” w Świdwinie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Świdwiński w Świdwinie**

przy udziale wykonawcy **J..... P.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Budowlane „IN-TECH” J..... P..... w Świdwinie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt F.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,

2. kosztami postępowania obciąża Powiat Świdwiński w Świdwinie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **R..... P.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **PPHU „Probud” w Świdwinie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Powiatu Świdwińskiego w Świdwinie** na rzecz wykonawcy **R.....**
P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **PPHU „Probud” w Świdwinie** kwotę **14.136 zł 00 gr** (słownie: czternastu tysięcy stu trzydziestu sześciu złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz stawiennictwa na rozprawę.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Powiat Świdwiński w Świdwinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa hali sportowej przy ZSR CKP im Stefana Żeromskiego w Świdwinie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 października 2013 r., poz. 426388.

W dniu 6 grudnia 2013 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty elektronicznej wykonawcy R..... P....., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „Probud” w Świdwinie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę J..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „IN-TECH” J..... P..... w Świdwinie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu oraz uznaniu złożonej przez niego oferty za odrzuconą odwołujący wniósł w dniu 11 grudnia 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- a) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt F.2 SIWZ poprzez niewykazanie, że podmioty, z których doświadczenia korzystałby przy realizacji zamówienia będą jego podwykonawcami na wykonanie robót budowlanych,
- b) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że warunkiem wykorzystania wiedzy i doświadczenia innych podmiotów przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie mu zamówienia, jest wykazanie przez wykonawcę udziału tych podmiotów w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawców.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że w złożonej ofercie odwołujący, realizując wymóg pkt F2 SIWZ polegający na wykazaniu posiadania wiedzy i doświadczenia, przedstawił dwa zobowiązania do oddania do dyspozycji odwołującego zasobów podmiotów trzecich, polegających w szczególności na wiedzy i doświadczeniu

wymaganym przez zamawiającego. Zamawiający w dniu 4 grudnia 2013r., powołując się na przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie określenia charakteru współpracy z podmiotami przedstawionymi w ofercie, których zasobami ma dysponować. Wykonując wezwanie, odwołujący przedłożył zamawiającemu dwie „umowy o współpracy” określające charakter współpracy z podmiotami przedstawionymi w ofercie. Zdaniem odwołującego, zamawiający niezasadnie uznał, że uczestnictwo podmiotów w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawców jest warunkiem sine qua non spełnienia przesłanki do dysponowania zasobami określonymi w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W oparciu o przytoczoną w odwołaniu argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem jego oferty, a także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby.

Zamawiający złożył w dniu 17 grudnia 2013 r. odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca J..... P....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „IN-TECH” J..... P..... w Świdwinie. Wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego z 21.11.2013 r., odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie z 26.11.2013 r., wezwanie zamawiającego z dnia 4 grudnia 2013 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie określenia charakteru współpracy z podmiotami przedstawionymi w ofercie, których zasobami ma dysponować, wyjaśnienia odwołującego z dnia 5 grudnia 2013 r., zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i wyborze oferty najkorzystniejszej z 6 grudnia 2013 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do

postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:

Zamawiający – Powiat Świdwiński w Świdwinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa hali sportowej przy ZSR CKP im Stefana Żeromskiego w Świdwinie”.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w rozumieniu art. 2 pkt 8 ustawy Pzp. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający, zgodnie z art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, dokonał opisu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wykonawców niezbędnej wiedzy i doświadczenia w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Zgodnie z postanowieniem F.2. SIWZ zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: dwie roboty budowlane polegające na budowie budynków o kubaturze min. 15 000 m³ oraz wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł brutto każda.

Zgodnie z pkt G.2 SIWZ, wykonawcy w celu potwierdzenia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zobowiązani byli złożyć wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania wraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Przez najważniejsze roboty budowlane zamawiający rozumie wszystkie te roboty budowlane, o których mowa w pkt. F ppkt. 2 SIWZ (na formularzu lub według wzoru formularza stanowiącego załącznik nr 5 SIWZ do Specyfikacji - doświadczenie zawodowe.).

Izba ustaliła również, że w myśl pkt G1. pkt 8 SIWZ, *Jeżeli wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi*

stosunków 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 wykonaniu zamówienia.

Ustalono także, że odwołujący nie złożył wraz z ofertą 2 wykazy robót budowlanych.

W pierwszym wykazie wykazano następujące doświadczenie:

- 1) w realizacji inwestycji dot. spichlerza zbożowego w Duninowie w okresie od 6.2009 r. do 6.2010 r. przez P.P.H. Plastikon sp.j. na rzecz Agrodan Koszalin,
- 2) w realizacji inwestycji dotyczącej modernizacji budynku warsztat JWK-LIN w okresie od 08.2011 r. do 31.05.2012 r. przez P.P.H. Plastikon sp.j. i BUDDOM na rzecz RZI Szczecin.

Do wykazu załączono referencje wystawione przez Agrodan sp. z o.o. z 15.07.2010 r. oraz protokół odbioru końcowego z 4.7.2012 r. podpisany przez RZI w Szczecinie.

Do wykazu załączono nadto zobowiązanie P.P.H. Plastikon sp.j. w Koszalinie z 14 listopada 2013 r. mocą którego wystawca zobowiązuje się do oddania do dyspozycji odwołującego zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu tego zamówienia.

W drugim wykazie robót budowlanych wykazano następujące doświadczenie:

- 1) w realizacji inwestycji dot. hali produkcyjnej mrożenia w okresie od 12.2011 r. do 2.2013 r. wykonanej przez P.P.H. Budagros-Bis sp. z o.o. na rzecz Paula-Trans sp.j.,
- 2) w realizacji inwestycji dotyczącej chłodni składowej w okresie od 09.2010 r. do 07.2011 r. wykonanej przez P.P.H. Budagros-Bis sp. z o.o. na rzecz Firmy Abel sp.j.

Do wykazu załączono referencje wystawione przez Firmę Abel sp.j. z 25.02.2013 r. oraz referencje wystawione przez Paula-Trans sp.j. z 5.3.2013 r.

Do wykazu załączono nadto zobowiązanie P.P.H. Budagros-Bis sp. z o.o. z 8 listopada 2013 r. mocą którego wystawca zobowiązuje się do oddania do dyspozycji odwołującego zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu tego zamówienia.

Ustalono także, że w pkt 7 formularza ofertowego odwołujący oświadczył, że żadna część przedmiotu zamówienia nie zostanie zlecona podwykonawcy.

Pismem z dnia 21 listopada 2013 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in:

- 1) prawidłowo wypełnionych wykazów robót budowlanych,
- 2) oryginału zobowiązania P.P.H. Plastikon sp.j. do oddania do dyspozycji wiedzy i doświadczenia,
- 3) poświadczenia PPH „Budagros-Bis” sp. z o.o. dotyczącego referencji wystawionych przez Paula-Trans sp.j. informującego o kubaturze wybudowanego obiektu.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że wykazy robót budowlanych muszą być podpisane przez odwołującego, a nie podmiotu oddającego do dyspozycji wiedzę i doświadczenie. Wskazał ponadto, że wymagane było złożenie oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego, zaś zobowiązanie P.P.H. Plastikon sp.j. załączono w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Wywiódł ponadto, że z dokumentów przedstawionych przez odwołującego dotyczących wykonanych robót nie wynika kubatura budynku.

Odwołujący pismem z dnia 26 listopada 2013 r. złożył poprawione wykazy robót. Załączył m.in. oryginał zobowiązania P.P.H. Plastikon sp.j. z 14.11.2013 r.

Pismem z dnia 4 grudnia 2013 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający zwrócił się do odwołującego z prośbą o złożenie wyjaśnień co do charakteru współpracy odwołującego z podmiotami przedstawionymi w ofercie, których zasobami ma dysponować.

Pismem z dnia 5 grudnia 2013 r. odwołujący złożył umowy o współpracy z 13 listopada 2013 r. zawarte pomiędzy nim oraz odpowiednio P.P.H. Plastikon sp.j. i P.P.H. Budagros-Bis sp. z o.o. Zgodnie z treścią ww. umów ww. usługodawcy zobowiązują się względem odwołującego do świadczenia na rzecz odwołującego ciągłych usług konsultacji w trakcie realizacji zamówienia publicznego (§ 1 ust. 2 ww. umów).

Pismem z dnia 6 grudnia 2013 r. zamawiający zawiadomił odwołującego, że wyklucza go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jego oferta zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Uzasadnił, że odwołujący nie wykazał, aby podmioty, z których doświadczenia korzystałyby przy realizacji zamówienia będą jego podwykonawcami na wykonanie robót budowlanych.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Ustalono, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu, zaś jego oferta, w świetle kryterium oceny ofert, była ofertą najkorzystniejszą. Ewentualne ustalenie, że zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z postępowania prowadziłoby do konieczności nakazania unieważnienia tej czynności, czego efektem może być uzyskanie przez odwołującego zamówienia publicznego. Natomiast szkoda jaką może on ponieść wyraża się w utracie korzyści, jakie może on uzyskać w razie uzyskania zamówienia publicznego i pozostaje w związku z zarzucanymi zamawiającemu naruszeniami ustawy Pzp. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie podzielono stanowiska odwołującego, że zamawiający oceniając dokumenty złożone mu przez odwołującego celem wykazania ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dokonał błędnej wykładni art. 26 ust. 2b ustawy 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 ustawy 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 ustawy Pzp). Opisu takiego zamawiający dokonał w pkt F.2 SIWZ uznając, że zamówienie publiczne jest w stanie wykonać wyłącznie taki wykonawca, który wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: dwie roboty budowlane polegające na budowie budynków o kubaturze min. 15 000 m³ oraz wartości nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł brutto każda.

W powołanym przez odwołującego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ustawodawca przesądził, że na zasadzie wyjątku od powołanej zasady samodzielnego spełniania przez

wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi 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 wykonaniu zamówienia.

W ocenie Izby, zamawiający dokonał prawidłowej wykładni tego przepisu prawa krajowego, z uwzględnieniem reguł wykładni pronunijnej.

Dostrzeżenia wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza, jest sądem w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „TFUE”, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 2012 r. C 326, s.1). Powyższy status KIO potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 (Forposta i ABC Direct Contact) stwierdzając, że KIO jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego. Izba jako sąd prawa krajowego obowiązana jest dokonywać wykładni przepisów prawa krajowego z uwzględnieniem reguł wykładni pronunijnej, co w świetle orzecznictwa TS UE wynika z art. 10 TWE (zasada solidarności, obecnie art. 4 Traktatu o Unii Europejskiej), oraz z art. 249 akapit 3 TWE (obecnie 288 TFUE, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek osiągnięcia w prawie krajowym zakładanego przez nie rzeczywistego rezultatu) (por. m.in. wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, Zb.Orz. 1984, str. 1891, pkt 26 (w skrócie von Colson); wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie Dorit Harz przeciwko Deutsche Tradax GmbH, Zb.Orz. 1984, str. 1921, pkt 26 (w skrócie Harz); wyrok TS z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Zb.Orz 1990, str. I-4135, pkt 8 (w skrócie Marleasing); wyrok TS z dnia 5 października 1994 r. w sprawie C-165/91 Simon J. M. van Munster przeciwko Rijksdienst voor Pensioenen, Zb. Orz. 1994, str. I-04661, pkt 32.

Jak wskazano w orzeczeniu TS UE w sprawie von Colson, sąd krajowy stosując prawo krajowe jest obowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu dyrektywy. Z kolei z wyroku TS UE w sprawie Marleasing wynika, że wykładnia pronunijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe (ang. *so far as possible*). Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TS UE, rezultatem wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami (w przeciwieństwie do reguł wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego) może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, *obowiązek sądu krajowego wykładni zgodnej z dyrektywą jest bowiem przedłużeniem obowiązku państwa członkowskiego należytej implementacji dyrektywy na poziomie orzeczniczym, jeżeli bez niej nie może zostać osiągnięty cel harmonizacji, a mianowicie nie tylko formalne, ale także rzeczywiste ujednolicenie porządku prawnego we Wspólnocie. Oznacza to, że sądy krajowe są włączone w proces implementacji dyrektyw, który obejmuje zasadniczo dwa etapy, a mianowicie etap legislacyjnej transpozycji dyrektywy do krajowego porządku prawnego (etap stanowienia prawa krajowego) i etap sądowej korekty niewłaściwej lub spóźnionej transpozycji lub albo jej braku w formie wspólnotowych lub krajowych instrumentów, w tym zwłaszcza obowiązek wykładni zgodnej (etap stosowania prawa krajowego) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).*

Na uwagę zasługuje fakt, że przepis 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), zwanej dalej „dyrektywą”. W myśl ww. 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.*

Jak wynika z przywołanych przepisów dyrektywy, prawodawca unijny przewidział dalej idące, aniżeli wynikające literalnie z prawa krajowego, wymogi, od których uzależnił możliwość powołania się wykonawcy na zasoby podmiotów trzecich. Zgodnie z prawem unijnym, możliwość powołania się wykonawcy na zasoby podmiotu trzeciego nie jest nieograniczona, dopuszczalna jest w „stosownych sytuacjach” i w „przypadku konkretnego zamówienia”. Wykładni ww. pojęć dokonał zaś Trybunał Sprawiedliwości UE. 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 i czy w konsekwencji 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.” (orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari). Trybunał w orzeczeniu tym wskazywał ponadto, że 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.”.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił, że dowody, które mu złożył odwołujący nie potwierdzają, aby odwołujący zapewnił sobie możliwość realnego polegania na zasobach wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich i w konsekwencji nie jest to „stosowna sytuacja”, o której mowa w art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy oraz orzecznictwie TS UE. Za wypełnienie obowiązku udowodnienia możliwości polegania za zasobie doświadczenia wynikającego z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie może być uznane powołanie się na dostęp do usługi konsultacji, która realizowana będzie przez pracownika podmiotu trzeciego. Jedynym dowodem, jaki odwołujący złożył zamawiającemu, który jego zdaniem miał świadczyć o realności polegania na zasobie podmiotów trzecich, były umowy o współpracy z 13 listopada 2013 r. zawarte pomiędzy nim oraz odpowiednio P.P.H. Plastikon sp.j. i P.P.H. Budagros-Bis sp. z o.o. Zgodnie z treścią ww. umów ww. usługodawcy zobowiązują się względem odwołującego do świadczenia na rzecz odwołującego ciągłych usług konsultacji w trakcie realizacji zamówienia publicznego (§ 1 ust. 2 ww. umów). Usługi konsultacyjne miały być zaś świadczone przez wskazanych w umowach pracowników tych podmiotów.

W ocenie Izby, o ile przyjąć można, że w drodze konsultacji można nabyć wiedzę teoretyczną potrzebną do wykonania zamówienia, o tyle niemożliwym jest w ten sposób nabycie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych. O ile w efekcie konsultacji można przekazać teorię, którą można utożsamić z

pojęciem „wiedza”, to jednak pojęcie „doświadczenia”, zwłaszcza w odniesieniu do robót budowlanych, odnosi się nie tylko do znajomości praktycznej danego zagadnienia, ale także wynikającą z niej umiejętność 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. Z pewnością więc przekazywanie wiedzy przez doświadczonych specjalistów podmiotu trzeciego nie spowoduje nabycia wymaganego doświadczenia przez odwołującego.

Oznaczać to będzie, że przystępując do realizacji zamówienia odwołujący będzie dysponował wiedzą, ale doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych nabywać będzie dopiero w trakcie realizacji zamówienia. Tymczasem w myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp realizować zamówienie może tylko taki podmiot, który doświadczenie już posiada, bądź w myśl art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oprze się na doświadczonym podmiocie, który wymagane doświadczenie posiada. Jednakże w tym ostatnim przypadku podmiot ten, zwłaszcza w przypadku zamówień na roboty budowlane, musi realizować zamówienie jako podwykonawca. Tylko i wyłącznie wtedy doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiegokolwiek przełożenie na realizację zamówienia. Stanowisko takie znalazło również odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. m.in. wyrok z dnia 18 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2407/10, wyrok z dnia 9 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2359/10, z 17 maja 2010r., KIO 790/10, z dnia 23 lipca 2010r. KIO 1439/10), czy też doktrynie (por. Janusz Dolecki, Korzystanie z doświadczenia innych podmiotów, Zamówienia publiczne Doradca Nr 3/2012, s. 55-63). Przykładowo w publikacji Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów, Aleksandra Sołtysińska, Grzegorz Wicik, kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 4/2009, str. 10-34), wyrażono stanowisko iż Wiedza i doświadczenie podmiotu 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. Owo połączenie jest tak silne, że oddelegowanie z zespołu podmiotu oddającego zasoby nawet kilku osób i włączenie ich do zespołu wykonawcy może być traktowane jedynie w kategoriach przejęcia ich indywidualnej wiedzy i doświadczenia, nie gwarantuje natomiast przejęcia wiedzy i doświadczenia podmiotu jako całości. Toteż wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu tylko i wyłącznie wtedy, gdy zaangażuje ten podmiot bezpośrednio, osobiście w realizację zamówienia - na zasadzie podwykonawstwa. W takim wypadku zachowanie się dłużnika będące świadczeniem musi polegać na wykonaniu części zamówienia.

Zdaniem Izby, akceptowanie przeciwnego stanowiska i skupianie się wyłącznie na stronie formalnej (złożenia jakiegokolwiek dokumentu nazwanego pisemnym zobowiązaniem do oddania zasobów i abstrahując od jego treści), bez udowodnienia, że rzeczywiście zasoby te zostaną użyte przy realizacji zamówienia stoi w sprzeczności z celami i brzmieniem przywoływanej dyrektywy i jednoznacznym orzecnictwem Trybunału Sprawiedliwości UE. Nie jest to bowiem „stosowna sytuacja”, o której mowa w art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy i powołanych wcześniej orzeczeniach TS UE.

Według Izby przyjęcie wykładni prawa krajowego sprzecznej z prawem unijnym prowadzi do szeroko opisywanego w literaturze zjawiska handlu referencjami w celu uzyskania zamówienia publicznego. Polega ono na kserowaniu referencji należących do podmiotów trzecich i składaniu nie mających żadnego przełożenia na rzeczywistość zobowiązań. Zwrócono na to uwagę w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1333/10: „zobowiązanie podmiotu trzeciego z dnia 7 czerwca 2010 roku do udostępnienia wyłącznie wiedzy i doświadczenia bez jednoczesnego wskazania sposobu korzystania w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia z udostępnionych zasobów jest niewystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odmienne stanowisko i zgoda na brak udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, może prowadzić do tzw. „handlu referencjami” oraz stwarzać sytuacje, w której zamawiający dokona wyboru wykonawcy, który nie będzie zdolny w sposób należyty zrealizować zamówienie publiczne”. Na to zjawisko zwrócono także uwagę w piśmiennictwie (por. m.in. Zofia Józwiak, „Handel referencjami może psuć przetargi”, Rzeczpospolita, 7 lutego 2012 r.). Przyjęcie takiej praktyki powodowałoby, że stawianie warunków udziału w postępowaniu stawałoby się w ogóle bezcelowe, weryfikacja wykonawców nie miałaby żadnej wartości dla zamawiającego, a w konsekwencji realizację zamówień powierzałoby się podmiotom nie mającym do tego kwalifikacji. Tymczasem, jak wynika z motywu 39 powołanej dyrektywy, zamawiający ma prawo wymagać od wykonawców szczególnego poziomu kompetencji w celu dopuszczenia ich do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zjawisko to prowadzi także do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, wynikającej z art. 7 ustawy Pzp jak i przepisów praw unijnego (por. art. 2 dyrektywy). Na równi traktowani są bowiem wykonawcy, którzy stosowną wiedzę i doświadczenie posiadają i ci którzy ich nie posiadają, nie zapewniając sobie jednocześnie na czas wykonywania zamówienia realnego wsparcia podmiotu trzeciego, który może pochwalić się stosownym doświadczeniem. Prowadzi to do sytuacji, w której zamówienie realizowane jest przez wykonawcę, który nie posiada stosownego doświadczenia (czy to własnego, czy też zapewnionego), zaś stosowne, minimalne doświadczenie nabywa dopiero w procesie realizacji zamówienia publicznego.

Jednocześnie Izba uznaje za nieadekwatne do rozpoznawanej sprawy poglądy wyrażone przez Izbę w powołanych w odwołaniu wyrokach. Powoływany przez odwołującego wyrok, wydany przez Izbę w sprawach o sygn. akt: KIO 1452/10, KIO 1453/10 i KIO 1454/10, dotyczył zamówienia publicznego na dostawy. Z kolei zaś w wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1541/10 – jak wynika z ustalonego w tamtej sprawie stanu faktycznego - podmiot trzeci, na którego zasoby wiedzy i doświadczenia wykonawca się powołał, został wskazany jako podwykonawca w wykazie podwykonawców.

Wobec powyższego Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że odwołujący, skutek nieudowodnienia polegania za doświadczeniu podmiotu trzeciego, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Tym niemniej Izba uznała, że wykluczenie odwołującego z postępowania było przedwczesne, zaś zamawiający dokonując tej czynności naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp musi być bowiem poprzedzone wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie zmienia tego fakt, że odwołujący był już wzywany do przedłożenia dokumentów na tej podstawie, zakres wezwania był bowiem inny. W wezwaniu z 21 listopada 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia m.in.:

- 1) prawidłowo wypełnionych wykazów robót budowlanych,
- 2) oryginału zobowiązania P.P.H. Plastikon sp.j. do oddania do dyspozycji wiedzy i doświadczenia,
- 3) poświadczenia PPH „Budagros-Bis” sp. z o.o. dotyczącego referencji wystawionych przez Paula-Trans sp.j. informującego o kubaturze wybudowanego obiektu.

Jak wynika z powyższego, zamawiający w wezwaniu nie zakwestionował faktu, że odwołujący nie udowodnił możliwości faktycznego polegania za zasobie wiedzy i doświadczenia podmiotów trzech, zaś odwołujący wskutek tego zaniechania pozbawiony został możliwości uzupełnienia brakujących dokumentów. Dostrzeżenia wymaga, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, na co wskazuje użyte w tym przepisie sformułowanie „wzywa”. Nakazane przez Izbę wezwanie będzie więc pierwszym wezwaniem w tym zakresie i nie naruszy zasady jednokrotnego korzystania z procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Natomiast wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jakie zamawiający skierował do odwołującego 4 grudnia 2013 r., nie zastępuje wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie. Zamawiający z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykluczył odwołującego z postępowania. Stwierdzone naruszenie ma wpływ na wynik postępowania albowiem oferta przystępującego została przedwcześnie uznana za najkorzystniejszą.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Izba uwzględniła również koszty stawiennictwa odwołującego na rozprawę przed Izba w wysokości 536,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Przewodniczący: