

WYROK
z dnia 21 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2014 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o., ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Regionalny Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o., ul. Partyzancka 27, 63-400 Ostrów Wielkopolski,**

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.1) uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, z wezwaniem wykonawcy do złożenia w wyznaczonym terminie wymaganych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, dotyczących dysponowania osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika montażu instalacji segmentu intensywnej stabilizacji/kompostowania (tunele stabilizacji tlenowej) odpadów, posiadającą co najmniej 8 lat doświadczenia zawodowego, w tym co najmniej 3-letnie doświadczenie w pracy na opisanym stanowisku;

1.2) nie uwzględnia pozostałych zarzutów;

2) kosztami postępowania obciąża zamawiającego Regionalny Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o., ul. Partyzancka 27, 63-400 Ostrów Wielkopolski, i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o., ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia, tytułem wpisu od odwołania,

2.2) zasądza od zamawiającego Regionalny Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o., ul. Partyzancka 27, 63-400 Ostrów Wielkopolski na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o., ul. Młodych Energetyków 3, 59-916 Bogatynia, kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kaliszu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Regionalny Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane pn. Kontrakt nr 1 „Dokumentacja projektowa i roboty budowlano - instalacyjne w ramach Rozbudowy Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów” realizowany w ramach Projektu pn.: „Rozbudowa Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Ostrowie Wielkopolskim.” - na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp” lub „ustawą”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z 16 września 2014, nr 2014/S 177-312120.

Odwołujący - Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Bogatyni - wniósł odwołanie wobec czynności oraz zaniechań dokonanych w postępowaniu, wskazując, co następuje.

Zarzucił niezgodność z ustawą czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru oferty Budimex S.A. z siedzibą w Warszawa (dalej Budimex), pomimo że nie stanowi oferty najkorzystniejszej;
- 2) zaniechaniu wykluczenia z postępowania Budimex, pomimo że złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania;
- 3) zaniechaniu wykluczenia z postępowania Budimex, pomimo że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 4) (z ostrożności) zaniechaniu wezwania Budimex do złożenia w wyznaczonym terminie wymaganych oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 5) zaniechaniu dokonania wyboru oferty odwołującego, wskutek czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy art. 7 ust. 1, 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 2b ustawy w zw. z § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane

(Dz. U. Nr 231), art. 26 ust. 3, art. 91 ust 1 ustawy - przez bezpodstawne zaniechanie zastosowania, a także inne przepisy przywołane w uzasadnieniu odwołania.

Wskazał, że w wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu (została sklasyfikowana bezpośrednio za ofertą Budimex).

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) wykluczenia z postępowania wykonawcy Budimex;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert;
- 4) z ostrożności wezwania Budimex do uzupełnienia w wyznaczonym terminie wymaganych oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu;

Odwołujący wskazał okoliczności uzasadniające wniesienie odwołania, zamieścił informację o przekazaniu kopii zamawiającemu w ustawowym terminie oraz o uiszczeniu wpisu od odwołania.

Na rozprawie, po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie wniesioną przez zamawiającego, odwołujący cofnął:

- zarzut przedstawiony w pkt 2, tj. zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, pomimo że złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania

oraz

- uzasadnienie odwołania w pkt I ppkt 1, 2, 3 w zakresie tunelu, pkt II - w całości, pkt IV w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, za wyjątkiem L. M. przewidzianego do pełnienia funkcji Kierownika montażu instalacji segmentu intensywnej stabilizacji/kompostowania (tunele stabilizacji tlenowej) odpadów.

Odnosnie zarzutu 4 [z ostrożności] - zaniechanie wezwania Budimex S.A. do złożenia w wyznaczonym terminie wymaganych oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu - odwołujący podtrzymał uzasadnienie odpowiadające temu zarzutowi oraz zarzutowi wskazanemu w pkt 3 (str. 1, 2 odwołania).

Podtrzymał w całości uzasadnienie przedstawione w pkt III odwołania.

(Izba pominęła w streszczeniu uzasadnienia odwołania cofnięte części uzasadnienia).

Uzasadnienie odwołania.

III. Zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania Budimex, pomimo że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

1. Wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, Budimex polega na zasobach podmiotów trzecich: CESPА GESTION DE RESIDUOS S.A. oraz CESPА COMPANIA ESPANOLA DE SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES S.A. W tym celu wykonawca złożył zobowiązania do udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy. Pismem z dnia 02.12.2014 r. zamawiający zakwestionował skuteczność tych zobowiązań i wezwał Budimex do ich uzupełnienia. Budimex w odpowiedzi złożył nowe zobowiązania, które w stosunku do poprzednich różniły się w istocie tylko tym, że podmioty trzecie zadeklarowały podwykonawstwo robót budowlanych (wcześniej były tylko roboty technologiczne, co zamawiający *a priori* uznał za niewystarczające). Zdaniem odwołującego, nie sposób uznać, że takie lakoniczne zobowiązanie stanowi dowód realnego udostępnienia zasobów. Wobec nie określenia minimalnego zakresu prac, które zobowiązują się wykonać podmioty trzecie, może być on dowolnie wąski. Ponadto, podmioty wskazały na „umowy o współpracy” jako podstawy udostępnienia doświadczenia, co jest stosunkiem całkowicie nieadekwatnym do rzekomo zaoferowanego podwykonawstwa.

2. Zamawiający wymagał w SIWZ, na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy w zw. z § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (...), aby treść ewentualnych zobowiązań wskazywała m.in. na zakres przekazywanych wykonawcy zasobów oraz sposób i zakres wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia (str. 24 i 25 SIWZ). Krótka jednozdaniowa wzmianka nie może wypełnić tego obowiązku. Ma wyłącznie pozorny charakter. Budimex nie wykazał zatem, że dysponuje narzędziem prawnym pozwalającym skutecznie wyegzekwować wydanie niezbędnych zasobów, a tym samym zamawiający nie ma gwarancji, że oferta pochodzi od wykonawcy, który pomimo braku doświadczenia własnego, ma rzeczywiste wsparcie kompetentnych firm.

3. Mając na uwadze, że zamawiający już raz wzywał Budimex do uzupełnienia zobowiązań, jakiegokolwiek braki w treści tych złożonych ponownie, powinny skutkować wykluczeniem w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

IV. Zarzut zaniechania wezwania Budimex do złożenia w wyznaczonym terminie wymaganych oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

1. Zgodnie z SIWZ (rozdział IX pkt 2.c) wykonawca, w celu wykazania, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia miał wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował minimum po jednej osobie na każde wymienione stanowisko. Budimex w swoim wykazie uwzględnił cały szereg osób, które mają być mu oddane do dyspozycji przez podmioty, na których zasoby się powołał, w szczególności przez firmę HEKO H. K. –S. . Chodzi m.in. o osoby: (...) L. M. . W stosunku do osób, prowadząca firmę HEKO, oświadczyła, że zobowiązuje się je oddać do dyspozycji Budimex. Treść tego zobowiązania, sporządzonego na załączniku nr 5, nie może potwierdzać, że Budimex mógł skutecznie powoływać się na wymieniony zasób kadrowy.

2. *(Odwołujący ograniczył uzasadnienie odwołania do osoby L. M., które wskazano niżej).*

Firma HEKO w punkcie 3 załącznika nr 5, wbrew wymaganiu zamawiającego, nie podała sposobu dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia, ograniczając się do przedstawienia jej z imienia i nazwiska oraz wskazania pełnionej funkcji. Na stronie 69 oferty Budimex złożył natomiast dodatkowe zobowiązanie, przygotowane według własnego uznania (lub też firmy HEKO), w którym upoważnia się Budimex do zatrudnienia pracownika HEKO w celu realizacji zamówienia publicznego uzyskanego w postępowaniu. Dalej jest mowa o oddelegowaniu pracownika na okres korzystania z niego przez Budimex.

3. Według wiedzy odwołującego, na dzień składania ofert wymieniona osoba, rzekomo oddana do dyspozycji Budimex przez firmę HEKO, nie była zatrudniona przez tego przedsiębiorcę na podstawie umowy o pracę. Osoba ta nie miała więc statusu pracownika, a więc nie mogła być oddelegowana do Budimex. W związku z powyższym, zobowiązanie HEKO jest bezprzedmiotowe i nie może stanowić dowodu na okoliczność, że Budimex dysponuje niezbędnym zasobem do realizacji zamówienia - w tym przypadku kadrą o kompetencjach wymaganych w SIWZ. Z ostrożności odwołujący wspominał, że nawet jeśli ww. osoba byłaby pracownikiem firmy HEKO, to tzw. oddelegowanie może mieć miejsce na okres nie dłuższy niż 3 miesiące w roku kalendarzowym (w każdym innym przypadku konieczne jest wypowiedzenie zmieniające, na które pracownik musi wyrazić zgodę). Stanowi o tym art. 42 § 4 Kp. W związku z powyższym firma HEKO nie mogła jednostronnie zobowiązać się do oddelegowania swojego pracownika na „cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego”, tj. do końca 2015 r.

4. Dodatkowo odwołujący podniósł, że L. M. nie spełnia wymagań dla osoby przewidzianej do pełnienia funkcji Kierownika montażu instalacji segmentu intensywnej stabilizacji/kompostowania (tunele stabilizacji tlenowej) odpadów, gdyż nie posiada

wymaganych w SIWZ kwalifikacji i doświadczenia zawodowego, tj. co najmniej 8 lat doświadczenia zawodowego, w tym co najmniej 3-letniego doświadczenia w pracy na stanowisku kierownika montażu instalacji segmentu intensywnej stabilizacji/kompostowania (tunele stabilizacji tlenowej odpadów). W szczególności w opisie jego doświadczenia przedstawionego w załączniku nr 5 uwzględniono 3-letni okres kierowania montażem technologii kompostowania ZUK Puławy, podczas gdy w dniu 06.07.2012 r. dopiero zawarto umowę na realizację projektu, a prace montażowe rozpoczęto w 2013 r. Ponadto, L. M. zajmuje się projektowaniem automatyki i rozruchem w zakresie automatyki, tak więc na żadnych z referencyjnych projektów nie mógł piastować funkcji Kierownika montażu instalacji segmentu intensywnej stabilizacji/kompostowania (tunele stabilizacji tlenowej) odpadów. Uwzględniając powyższe, doświadczenie L. M. jest nieadekwatne do wymagań SIWZ.

5. Mając na uwadze powyższe odwołujący uznał - nie sposób uznać, że Budimex wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia przewidzianymi na stanowiska: (...) Kierownika montażu instalacji segmentu intensywnej stabilizacji/kompostowania (tunele stabilizacji tlenowej) odpadów. Jego oferta nie mogła być zatem wybrana jako najkorzystniejsza, dopóki nie zostanie uzupełniona o oświadczenia lub dokumenty wykazujące spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wybór narusza więc art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 3 ustawy. Odwołujący zaznaczył, że w tym przypadku firmie Budimex trudno byłoby udowodnić umyślne podanie nieprawdziwych informacji, gdyż wykonawca nigdzie nie oświadczył, że udostępnione mu osoby są pracownikami firmy HEKO, a jednocześnie zdobycie tej wiedzy nastęrcza pewne trudności praktyczne. Przy tej okazji widać jednak różnicę w stosunku do pierwszego zarzutu odwołania, gdzie Budimex składa precyzyjne zapewnienia nt. charakterystyki referencyjnych inwestycji, pomimo że rzeczywiste ich właściwości są inne, co można i należało sprawdzić przed terminem składania ofert. Mając na uwadze powyższe, odwołujący wniósł jak na wstępie.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że jej treść uzasadnia nieprawdziwość zarzutów formułowanych przez odwołującego odnośnie podjętych przez zamawiającego czynności i zaniechań.

Ustosunkowując się do zarzutów niespełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przez Budimex S.A., zamawiający wskazał, że odwołujący odniósł się do pierwotnej wersji specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W dniu 24.10.2014 r. zamawiający zmienił warunki udziału w postępowaniu j.n.: ust. 2

pkt b „Wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- minimum dwie roboty budowlane, z których każda polegała na budowie lub rozbudowie zakładu zagospodarowania odpadów komunalnych,
- wartość netto każdej z tych robót wynosiła minimum 20.000.000 zł,
- jednym z elementów jednej z tych umów było wykonanie segmentu intensywnej stabilizacji/kompostownia (tunele stabilizacji tlenowej) odpadów wraz z niezbędnymi instalacjami i obiektami.”

Wykonawca w wykazie robót (Załącznik Nr 6) przedstawił 3 roboty, które w pełni potwierdzały spełnienie przez Budimex S.A. warunku wiedzy i doświadczenia, w tym w pozycji 3 wykazu Budimex S.A. zaprezentował robotę potwierdzającą warunek szczegółowy polegający na żądaniu od wykonawcy, aby elementem jednej z umów realizacyjnych było wykonanie segmentu intensywnej stabilizacji/kompostowania (tunele stabilizacji tlenowej) odpadów wraz z niezbędnymi instalacjami i obiektami.

(Odnośnie zarzutów braku odpowiedniego doświadczenia Budimex S.A. w zakresie oferowanej technologii w związku z udostępnieniem zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia przez firmę Cespa - w wyniku przedstawionego stanowiska zamawiającego - odwołujący cofnął odpowiednią część zarzutów wraz z uzasadnieniem odwołania, jak wskazano wyżej. W przedstawionym uzasadnieniu zamawiającego, Izba pominęła odpowiednie fragmenty pisma).

Zamawiający stwierdził, że przedstawione dowody świadczą o spełnieniu przez Budimex S.A. warunków SIWZ oraz są zgodne z przepisami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 września 2012 r. w sprawie mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów.

Ustosunkowując się do zarzutów dotyczących doświadczenia wymaganego od Kierownika montażu instalacji/kompostowania (tunele stabilizacji tlenowej) odpadów – L. M., zamawiający stwierdził.

W wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (Załącznik Nr 4) w poz. 15 wykonawca wskazał Kierownika montażu instalacji segmentu intensywnej stabilizacji/ kompostownia (tunele stabilizacji tlenowej) odpadów w osobie L. M. .

Z treści załączonego wykazu wynika, że osoba ta spełnia warunek doświadczenia

sformułowany w SIWZ, tj. posiada 8-letnie doświadczenie zawodowe, w tym ponad 3-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku kierownika montażu instalacji segmentu intensywnej stabilizacji/kompostowania (tunele stabilizacji tlenowej odpadów). Potwierdzenie 3-letniego doświadczenia wynika z treści pozycji 2 (Łęczycza koło Stargardu Szczecińskiego) i pozycji 10 (ZUK Puławy) wykazu zamieszczonego w ofercie.

Wprawdzie w treści poz. 2 wykazu nie wpisano wprost „tunele stabilizacji tlenowej”, to z treści innego dokumentu złożonego w ofercie, tj. listu referencyjnego wystawionego przez ZZO Stargard Szczeciński na rzecz firmy Budimex S.A. wynika, że wykonawca ten w ramach realizacji inwestycji wykonał instalacje intensywnej stabilizacji biologicznej oraz 5 bioreaktorów (tuneli) i wyposażył obiekt w instalację intensywnej stabilizacji biologicznej o konstrukcji monolitycznej żelbetowej.

Ustosunkowując się do zarzutów dotyczących nie złożenia oświadczenia, że prezentowana przez odwołującego osoba (specjalista) podana w załączniku Nr 5 do oferty, to pracownik niezatrudniony na podstawie umowy o pracę, zamawiający wskazał.

Dla potwierdzenia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający żądał załączenia do oferty wykazu tych osób (Załącznik Nr 4).

W rubryce 7 wzoru wykazu zamawiający żądał przedstawienia informacji o podstawie dysponowania. Wykonawca Budimex S.A. dla pięciu osób jako podstawę dysponowania wskazał „umowę o pracę” a dla dziewięciu osób - zobowiązania, które zostały załączone do oferty. Dysponowanie zasobami podmiotów trzecich może się odbywać pośrednio lub bezpośrednio. Gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio między wykonawcą a osobą na dysponowanie, której wykonawca się powołuje, jest to dysponowanie bezpośrednie. Co istotne, nie ma tu znaczenia charakter prawny takiego stosunku, tj. czy współpraca następuje np. na podstawie umowy o pracę, umowy o świadczenie usług, umowy przedwstępnej, czy na zasadzie samozatrudnienia się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą. Z kolei pojęcie dysponowania pośredniego - zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 4 września 2013 r. (KIO 1982/13) - wywodzi się z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. W przypadku pośredniego dysponowania zasobami między wykonawcą a osobami „udostępnianymi” nie ma więzi bezpośredniej; z osób tych wykonawca korzysta za pośrednictwem podmiotu trzeciego, na podstawie jego pisemnego zobowiązania. Wyrok KIO z 27 lutego 2012 r. (KIO 218/12) „Przepis art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych znajduje zastosowanie w przypadku, gdy wykonawca powołuje się na osoby zdolne do wykonania zamówienia

będące w zasobach kadrowych innego podmiotu, który udostępnia je wykonawcy na czas realizacji zamówienia, bez względu na charakter łączącego wykonawcę i ten podmiot stosunku prawnego. Jest to tzw. dysponowanie zasobami w sposób pośredni, tj. za pośrednictwem podmiotu trzeciego”. W Pzp nie podano żadnych wskazówek, w jakiej formie należy wykazać dysponowanie pośrednie potencjałem podmiotów trzecich, jako przykład wskazano jedynie pisemne zobowiązanie.

Reasumując zamawiający stwierdził, że wykonawca Budimex S.A. w pełni spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dając tym samym rękojmię należytego i terminowego wykonania przedmiotu zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego kosztami postępowania.

Wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu z udziałem stron i wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba uznała, że wykonawca - Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, w wyniku spełnienia ustawowych przesłanek skutecznego zgłoszenia przystąpienia, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwanym w uzasadnieniu „przystępującym”.

Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Odwołujący, składając ofertę z ceną klasyfikującą ją na drugim miejscu w rankingu ofert, spełnia przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające wykonawcę do wniesienia odwołania.

Po rozpoznaniu odwołania w granicach zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp), z ograniczeniem dokonany na rozprawie (cofnięcie zarzutów skutkujące wygaśnięciem sporu), Izba uwzględniła odwołanie uznając za udowodniony jeden z zarzutów - dotyczący osoby przewidzianej do pełnienia funkcji Kierownika montażu instalacji segmentu intensywnej stabilizacji/kompostownia (tunele stabilizacji tlenowej) odpadów, posiadającej co

najmniej 8 lat doświadczenia zawodowego, w tym co najmniej 3-letnie doświadczenie w pracy na opisanym stanowisku. Nie uwzględniła pozostałych zarzutów - dotyczących treści zobowiązań innych podmiotów na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp.

Izba ustaliła.

I. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zmienionej na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, w dniu 24 października 2014 r., w pkt 6. „Część IX. Warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. (...)” zamawiający opisał wymagania:

„2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 u.p.z.p., w zakresie określonym przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, tj. warunki dotyczące: (...)

b. Posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- minimum dwie roboty budowlane, z których każda polegała na budowie lub rozbudowie zakładu zagospodarowania odpadów komunalnych,
- wartość netto każdej z tych robót wynosiła minimum 20.000.000 zł,
- jednym z elementów jednej z tych umów było wykonanie segmentu intensywnej stabilizacji/kompostownia (tunele stabilizacji tlenowej) odpadów wraz z niezbędnymi instalacjami i obiektami.” (...)

W dalszej części SIWZ zamawiający wymagał wykazania dysponowania osobami, zdolnymi do wykonania zamówienia w następujący sposób:

„c. Dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku: Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował minimum po jednej osobie na każde wymienione poniżej stanowisko: (...)

- osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika montażu instalacji segmentu intensywnej stabilizacji/kompostowania (tunele stabilizacji tlenowej) odpadów.

Wymagane kwalifikacje i doświadczenie zawodowe:

- wykształcenie przynajmniej wyższe inżynierskie,
- co najmniej 8 lat doświadczenia zawodowego, w tym co najmniej 3-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku kierownika montażu instalacji segmentu intensywnej stabilizacji/kompostowania (tunele stabilizacji tlenowej odpadów)”.

W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Części IX. 2 wykonawca miał obowiązek złożyć następujące oświadczenia i dokumenty.

„3.(...)

b. Wykaz robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania, według wzoru, stanowiącego załącznik nr 6 do niniejszej IDW oraz dokumenty potwierdzające, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.
(...)

c. Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrole jakości i kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, według wzoru, stanowiącego załącznik nr 4 do niniejszej IDW.” (...)

Udział zasobów innych podmiotów zamawiający opisał następująco.

„Zgodnie z art. 26 ust. 2 b u.p.z.p. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych 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 potrzeby wykonania zamówienia. Zobowiązanie przygotowane być musi zgodnie z treścią załącznika nr 5 do niniejszej IDW.

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.

Zobowiązanie powinno być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu udzielającego zasoby. Treść zobowiązania winna wskazywać: 1) Zakres

przekazanych Wykonawcy zasobów, 2) Sposób i zakres wykorzystania zasobów innego podmiotu przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, 3) Charakter stosunku prawnego łączący Wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby, 4) Okres udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia - załącznik nr 5 do niniejszego IDW.”

II. Przystępujący złożył wraz z ofertą załącznik nr 4 - Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, oświadczając, że: Do realizacji zamówienia publicznego pn. Kontrakt nr 1 „Dokumentacja projektowa i roboty budowlano - instalacyjne w ramach rozbudowy zakładu zagospodarowania odpadów”, dysponuje/będzie dysponować następującymi osobami, które będą wykonywać zamówienie:

W pozycji l.p. 15, w kolumnach tabeli (1-7), wykonawca przedstawił: L. M.; zakres wykonywanych czynności: Kierownik montażu instalacji segmentu intensywnej stabilizacji/kompostowania (tunele stabilizacji tlenowej) odpadów”; posiadającego doświadczenie: „Ponad 8 lat doświadczenia zawodowego, w tym ponad 3-letnie doświadczenie w pracy na stanowisku kierownika montażu instalacji segmentu intensywnej stabilizacji/kompostowania (tunele stabilizacji tlenowej odpadów):

- 08.2014 - obecnie: Kierownik montażu - Kompostownia dla Sita Głogów - dostawa, montaż i uruchomienie - projekt w fazie realizacji;
- 05.2014-09.2014: Kierownik montażu - Kompostownia dla Kompoz. - Łęczycza, k/Stargardu Szczecińskiego - dostawa montaż i uruchomienie automatyki technologii kompostowania;
- 10.2011-09.2014: Kierownik montażu - Dostawa montaż i uruchomienie technologii kompostowania ZUK Puławy (11 tuneli intensywnej stabilizacji)”.

(W opisie wyszczególniono trzy zakresy wykonywanych czynności, które mogły być brane pod uwagę przy ocenie doświadczenia - okoliczności niesporne, w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał jako wystarczające - drugi i trzeci zakres).

Odnosnie dysponowania oraz informacji o podstawie dysponowania osobą, przystępujący wskazał w tabeli: „Będę dysponować. Zobowiązanie w załączeniu.”

III. Zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia oświadczeń i dokumentów - pismo z 02.12.2014 r., o treści m.in.: „(...) wzywam do uzupełnienia dokumentów, których zamawiający wymagał do oferty: (...) 2. pisemnego zobowiązania podmiotu do udostępniania zasobów zdolnych do wykonania zamówienia oraz zobowiązania do współpracy, jako podwykonawcy robót budowlanych (...). Ponieważ powołujecie się Państwo w celu spełnienia ww. warunku na zasoby innych podmiotów,

należy stwierdzić, że oferta nie zawiera pisemnego zobowiązania podmiotu do udostępniania zasobów zdolnych do wykonania zamówienia oraz zobowiązania do współpracy jako podwykonawcy robót budowlanych (w ofercie znajdują się takie dokumenty lecz dotyczą one podwykonawstwa robót technologicznych).”

IV. Przystępujący złożył uzupełnienia oświadczeń i dokumentów (pismo z 08.12.2014 r.), w tym: Załączniki nr 5 (*dwa odrębne dla każdej pozycji wskazanej w wykazie wykonanych robót wobec korzystania z zasobów innych podmiotów*), według wzoru zamawiającego:

1. „Załącznik nr 5 - Wzór pisemnego zobowiązania podmiotu do udostępniania zasobów zdolnych do wykonania zamówienia.”

W zobowiązaniu wyszczególniono:

- tryb postępowania o udzielenie zamówienia: przetarg nieograniczony;
- nazwę przedmiotu postępowania: Kontrakt nr 1 „Dokumentacja projektowa i roboty budowlano - instalacyjne w ramach Rozbudowy Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów”;
- nr referencyjny nadany sprawie przez zamawiającego: RZZO/Z02/2014;
- nazwę wraz z adresem zamawiającego: Regionalny Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o. w Ostrowie Wielkopolskim, ul. Partyzancka 27, 63-400 Ostrów Wielkopolski;
- oświadczenia przedstawicieli firm: CESPА GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A. z siedzibą w Barcelonie i CESPА, COMPAÑIA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES S.A. z siedzibą w Barcelonie, adres: Avenida Catedral 6-8, 08002 Barcelona, Hiszpania, o treści: „Ja/my, niżej podpisani, reprezentujący firmę (...) zobowiązujemy się do oddania do dyspozycji Wykonawcy tj. Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Udostępnione zasoby to:
1. Wiedza i doświadczenie w: postaci referencji poprzez konsultację i doradztwo w zakresie posiadanej wiedzy oraz podwykonawstwo robót budowlanych i technologicznych.”

Ponadto przystępujący załączył:

- Załącznik nr 5: pisemne zobowiązanie firmy CESPА, COMPAÑIA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES S.A. z siedzibą w Barcelonie dotyczące udostępnienia osoby zdolnej do wykonania zamówienia – O. M. – C. - Specjalista ds. rozruchów technologicznych segmentu intensywnej stabilizacji/kompostowania (tunele stabilizacyjne) odpadów;
- Załączniki nr 3A - 3 szt. - dwa dotyczące udostępnienie wiedzy i doświadczenia, trzeci -

osób zdolnych do wykonania zamówienia - przedstawiające oświadczenia podmiotu trzeciego o braku podstaw do wykluczenia (art. 24 ust. 1 Pzp);

- Trzy zobowiązania do współpracy: firmy CESPА GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A. z siedzibą w Barcelonie (jedno) i firmy CESPА, COMPAÑIA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES S.A. z siedzibą w Barcelonie (dwa) - z przystępującym z zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia oraz osoby zdolnej do wykonania zamówienia.

V. Na rozprawie odwołujący złożył pismo z 16.01.2015 r., pt. „Wnioski dowodowe odwołującego” wraz z plikiem załączników, wnosząc - wobec cofnięcia części odwołania - o dopuszczenie dowodów z dokumentów stanowiących tylko załączniki: od 8 do 11 i oświadczając, że dokumentów wymienionych w pozycjach od 1 do 7 nie składa i nie wnosi o dopuszczenie dowodu z tych dokumentów.

Załączniki 8-11:

„8) specyfikacja istotnych warunków zamówienia, program funkcjonalno-użytkowy oraz ogłoszenia o udzieleniu zamówienia dla postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Puławach na „Rozbudowę i modernizację Zintegrowanego Systemu Gospodarki Odpadami dla Miasta Puławy i Gmin Ościennych poprzez rozbudowę i modernizację Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Puławach - poprawa infrastruktury zbierania i odzysku odpadów.”

- wszystkie na okoliczność zawarcia umowy w ww. postępowaniu w dniu 06.07.2012 r., a tym samym na okoliczność, że L. M. nie mógł pełnić funkcji kierownika montażu instalacji segmentu intensywnej stabilizacji/kompostowania na tej inwestycji od października 2011 r.

9) pismo AECOM Sp. z o.o. z dnia 15.01.2015 r., będącej członkiem konsorcjum menadżera kontraktu dla projektu „Rozbudowa i modernizacja Zintegrowanego Systemu Gospodarki Odpadami dla Miasta Puławy i Gmin Ościennych poprzez rozbudowę i modernizację Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Puławach - poprawa infrastruktury zbierania i odzysku odpadów.”

- na okoliczność, że L. M. nie pełnił funkcji kierownika montażu instalacji segmentu intensywnej stabilizacji/kompostowania na ww. inwestycji oraz na okoliczność terminu wykonywania robót montażowych kompostowni tunelowej w ramach ww. inwestycji.

10) ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w BZP nr 178074 - 2011

- na okoliczność, że z AECOM Sp. z o.o. (lider) i AECOM Ltd (partner), ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa, zawarto umowę na usługi: Menadżer Projektu dla

przedsięwzięcia pn. Rozbudowa i modernizacja Zintegrowanego Systemu Gospodarki Odpadami dla Miasta Puławy i Gmin Ościennych poprzez rozbudowę i modernizację Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Puławach - poprawa infrastruktury zbierania i odzysku odpadów.

11) wydruku z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej dla firmy L. M. GESTAR Automatyka Przemysłowa

- na okoliczność, że L. M. prowadzi działalność gospodarczą i nie jest pracownikiem firmy HEKO.”

VI. Przystępujący złożył na rozprawie wydruk pisma Natural Word Products Ltd z 18 września 2014 r. (w języku angielskim z tłumaczeniem na język polski), skierowanego do wszystkich zainteresowanych, z którego wynika potwierdzenie, że L. M. w okresie od 01.05.2010 do 30.09.2012 kierował pracami związanymi z budową i rozbudową kompostowni, które obejmowały między innymi, instalację segmentu intensywnej stabilizacji (tunele stabilizacji tlenowej odpadów) w Belfaście, Irlandia Północna.

Izba zważyła.

I. Mając na uwadze zasadę kontradyktoryjności postępowania odwoławczego (art. 190 ust. 1 Pzp - obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wskazujący dowód wywodzi skutki prawne), biorąc za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 Pzp) oraz uwzględniając dowody przedstawione przez odwołującego i dopuszczone przez Izbę, potwierdzające odmienny stan faktyczny niż wynikający z załącznika nr 4 - Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia

- Izba uwzględniła zarzut nie wykazania przez przystępującego dysponowania osobą przewidzianą do pełnienia funkcji Kierownika montażu instalacji segmentu intensywnej stabilizacji/kompostowania (tunele stabilizacji tlenowej) odpadów, posiadającą co najmniej 8 lat doświadczenia zawodowego, w tym co najmniej 3-letnie doświadczenie w pracy na opisanym stanowisku.

Dowody przedstawione przez odwołującego jednoznacznie wskazują, że wobec udzielenia zamówienia przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Puławach na „Rozbudowę i modernizację Zintegrowanego Systemu Gospodarki Odpadami dla Miasta Puławy i Gmin Ościennych poprzez rozbudowę i modernizację Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Puławach - poprawa infrastruktury zbierania i odzysku odpadów”,

w dniu 06.07.2012 r., L. M. wskazany przez przystępującego do pełnienia opisanej wyżej funkcji, nie mógł pełnić funkcji Kierownika montażu - Dostawa montaż i uruchomienie technologii kompostowania ZUK Puławy (11 tuneli intensywnej stabilizacji) od 10.1011.

Firma AECOM Sp. z o.o. będąca członkiem konsorcjum menadżera kontraktu dla wskazanego projektu, w piśmie z dnia 15.01.2015 r., wskazała inne daty wykonywania robót - w ramach projektu „Rozbudowa i modernizacja Zintegrowanego Systemu Gospodarki Odpadami dla Miasta Puławy i Gmin Ościennych, poprzez rozbudowę i modernizację Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Puławach”. W okresie od lipca do sierpnia 2013 r. były przeprowadzone - montaż łapaczy kondensatu oraz od marca do maja 2014 r. - montaż instalacji przez firmę Greenpro S.A. z siedzibą we Francji. Po ogłoszeniu w czerwcu 2014 r. upadłości tej firmy rozruch technologiczny był kontynuowany przez firmę GESTAR Automatyka Przemysłowa L. M. z siedzibą w Lublinie w okresie od września do października 2014 r. Istotnym stwierdzeniem w tym piśmie jest to, że zamawiający nie wymagał stanowiska Kierownika montażu. L. M. jako przedsiębiorca - GESTAR Automatyka Przemysłowa L. M. - prowadził nadzór nad robotami technologicznymi.

Odmienne okoliczności dotyczące doświadczenia wskazanej osoby zostały potwierdzone dowodami złożonymi przez odwołującego, niepodważonymi przez stronę przeciwną - zamawiającego i przystępującego.

Zamawiający nie zakwestionował dowodów, wskazując, że uznał oświadczenie wykonawcy składającego wykaz za w pełni zgodne ze stanem faktycznym. Przystępujący, poza wyjaśnieniami o posiadaniu pewnych informacji na temat projektu, również nie podważył wskazanych dowodów, powołując się na wymóg złożenia wyłącznie oświadczenia w załączniku nr 4.

Okresy pełnienia funkcji Kierownika montażu (...) przedstawione w wykazie z uwzględnieniem korekty wynikającej z dowodów przedstawionych przez odwołującego, nie stanowią wymaganego 3-letniego doświadczenia w pracy na wymaganym stanowisku.

Okres kierowania przez L. M. od 01.05.2010 do 30.09.2012 pracami związanymi z budową i rozbudową kompostowni, które obejmowały między innymi, instalację segmentu intensywnej stabilizacji (tunele stabilizacji tlenowej odpadów) w Belfaście (Irlandia Północna), wynikający z informacji złożonej na rozprawie przez przystępującego, nie został zamieszczony w wykazie, nie podlegał ocenie zamawiającego, nie mógł być uwzględniony

na etapie postępowania odwoławczego, jako odpowiadający wymaganiu doświadczenia na stanowisku Kierownika montażu (...).

Przedstawione okresy - kierowania pracami w Irlandii (01.05.2010 - 30.09.2012) i pełnienia funkcji Kierownika montażu ZUK Puławy (10.2011 - 09.2014), pokrywają się w czasie - 10.2011- 30.09.2012 - łącznie 12 miesięcy.

Izba wskazuje, że w sytuacji przedstawienia doświadczenia liczonego w latach, w przypadku nie określenia sposobu jego liczenia, należy stosować przepisy Kodeksu cywilnego (art. 110-116) w zw. z art. 14 Pzp, pozwalające na precyzyjne obliczenie wymaganego okresu.

Z uwagi na powyższe, nie ma znaczenia wskazywany przez odwołującego zarzut braku możliwości delegowania L. M. przez firmę HEKO jako jej pracownika, ze względu na wykluczenie możliwości zatrudnienia osoby prowadzącej działalność gospodarczą na podstawie umowy o pracę. Odwołujący nie przedstawił na tę okoliczność dowodu, poprzestając na domniemaniu, że wskazana osoba nie jest pracownikiem firmy HEKO.

Przywołany w odwołaniu przepis art. 42 § 4 Kodeksu pracy stanowi, że wypowiedzenie dotychczasowych warunków pracy lub płacy nie jest wymagane w razie powierzenia pracownikowi, w przypadkach uzasadnionych potrzebami pracodawcy, innej pracy niż określona w umowie o pracę na okres nie przekraczający 3 miesięcy w roku kalendarzowym, jeżeli nie powoduje to obniżenia wynagrodzenia i odpowiada kwalifikacjom pracownika. Należy zwrócić uwagę, że przepis stanowi o jednostronnej decyzji pracodawcy, nie wymagającej zgody pracownika, w sytuacji powierzenia pracy innej niż określona w umowie o pracę. Wskazane ograniczenie nie dotyczy powierzania takiej samej pracy i za zgodą pracownika.

Izba uwzględniła zarzut 4 - zaniechania wezwania wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie do złożenia w wyznaczonym terminie wymaganych oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, dotyczących dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia, tj. naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, stanowiącego podstawę wezwania nakazanego w sentencji.

II. Izba nie uwzględniła zarzutu 3 - zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, z powodu nie wykazania spełniania

warunków udziału w postępowaniu, dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia wobec treści zobowiązań innych podmiotów, na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp, tj. zobowiązań firm CESPА GESTIÓN DE RESIDUOS, S.A. i CESPА, COMPAÑIA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PUBLICOS AUXILIARES S.A. z siedzibami w Barcelonie.

Izba wskazuje, że co do zasady, podstawę wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (dotyczących wiedzy i doświadczenia) stanowi własny zasób wykonawcy, natomiast poleganie na zasobach innych podmiotów jest wyjątkiem od zasady posiadania przez wykonawców wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym przez zamawiającego.

Przepis art. 26 ust. 2b Pzp, jako wynik implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, stanowi, że 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. W takim przypadku wykonawca zobowiązany jest z mocy ustawy - wskazanego przepisu - 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 niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Obowiązek udowodnienia wynikający z art. 26 ust. 2b Pzp, a więc potwierdzenia udostępnienia zasobów przez inny podmiot, pozostaje w gestii wykonawcy ze względu na otwarty katalog środków dowodzenia. Wykonawca ma wybór co do możliwości posłużenia się dowodami, przy pomocy których udowodni zamawiającemu spełnienie przesłanek wynikających z przepisu. Ocena udowodnienia dysponowania przez wykonawcę zasobami, należy do zamawiającego.

W zakresie oceny udostępnienia zasobów przez inne podmioty, szczególną uwagę zwraca się na realność udostępniania zasobów, co wiąże się z udziałem podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia oraz dysponowaniem przez wykonawcę określonymi zasobami tego podmiotu w czasie realizacji zamówienia. Zatem, wymagane na mocy art. 26 ust. 2b Pzp udowodnienie udostępnienia zasobów przez inny podmiot, służy wykazaniu realności udostępnienia zasobów, tj. wykazaniu faktu, że przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie rzeczywiście dysponował udostępnionymi zasobami i rzeczywiście będzie mógł z nich korzystać przy wykonywaniu zamówienia.

Obowiązek udowodnienia realności udostępnienia zasobów wiąże się z wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu, a więc wyłonieniem wiarygodnego

wykonawcy, któremu zamawiający powierzy wykonanie zamówienia.

Przepis § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, stanowi, że - jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:

2) 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.

Zamawiający zamieścił wymagania w SIWZ przedstawione wyżej, odpowiednio żądając w Części IX. 3. b. Wykazu robót budowlanych (załącznik nr 6 do IDW) oraz właściwych dokumentów potwierdzających wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie, opisując także sposób udowodnienia korzystania z zasobów innych podmiotów, z uwzględnieniem przepisów art. 26 ust. 2b Pzp i § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Przystępujący załączył wraz z ofertą zobowiązania innych podmiotów sporządzone według wzoru opracowanego przez zamawiającego, w których wskazano - obok elementów wymaganych przez zamawiającego m.in. przekazania niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia - udział w realizacji zamówienia, precyzując, że udostępnione zasoby to: 1. Wiedza i doświadczenie w: postaci referencji poprzez konsultację i doradztwo w zakresie posiadanej wiedzy oraz podwykonawstwo robót technologicznych.

Na skonkretyzowane żądanie zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, przedstawione w piśmie z 02.12.2014 r. o uzupełnienie „ (...) pisemnego zobowiązania podmiotu do udostępniania zasobów zdolnych do wykonania zamówienia oraz zobowiązania

do współpracy jako podwykonawcy robót budowlanych (w ofercie znajdują się takie dokumenty lecz dotyczą one podwykonawstwa robót technologicznych)”

- przystępujący uzupełnił zobowiązania (pismo z 08.12.2014 r.) przez wskazanie podwykonawstwa obok robót technologicznych także robót budowlanych, zgodnie z treścią żądania zamawiającego.

Należy wskazać, że z treści przepisu art. 26 ust. 2b Pzp wynika, że wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu dysponowanie zasobami w trakcie realizacji zamówienia.

Zamawiający przedstawił na rozprawie stanowisko, z którego wynika całkowite przekonanie udowodnienia - na podstawie zobowiązań o udostępnieniu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia i osób oraz zobowiązań dotyczących współpracy - realnego udziału tych podmiotów w wykonaniu zamówienia i właściwego doboru realizacji zamówienia przez podwykonawstwo robót budowlanych i technologicznych, konsultacje i doradztwo.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, co do lakoniczności zobowiązań. Nie podzieliła też oceny, że mimo zgodności sposobu udostępnienia wiedzy i doświadczenia, w formie podwykonawstwa w realizacji robót budowlanych i technologicznych, z treścią SIWZ i postanowieniami rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, to zakres robót, niezależnie od „trudnej jego uchwytności”, powinien być bardziej w jakikolwiek sposób określony, w celu potwierdzenia realności udostępnienia zasobów.

Treść zobowiązań podmiotów wskazująca zakres udostępnianych zasobów - posiadana wiedza i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia w trakcie całego okresu trwania zamówienia, sposób wykorzystania zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia - udział w realizacji zamówienia przez konsultacje i doradztwo, a przede wszystkim podwykonawstwo robót budowlanych i technologicznych, odpowiada treści przepisu art. 26 ust. 2b Pzp.

W zakresie udostępniania zasobów innego podmiotu jednolite rozstrzygnięcia wydał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyrokach z dnia 7 lutego 2011 r., sygn. akt V Ca 3036/10 i z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt V Ca 243/13.

W przedstawionych okolicznościach sprawy, Izba uznała za nieudowodnione zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie

wykluczenia przystępującego z postępowania ze skutkiem uznania oferty za odrzuconą, jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, w związku z korzystaniem z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp.

Uwzględnienie zarzutu 1 i nie uwzględnienie zarzutu 5, stanowi naturalną konsekwencję oceny zarzutów 3 i 4 odwołania.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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), zasądzając na rzecz odwołującego koszty z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, z ograniczeniem wynagrodzenia do kwoty 3 600 zł zgodnie z rozporządzeniem.

Przewodniczący: