

WYROK
z dnia 20 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2018 r. przez wykonawcę **ALU-MIX Firma Inwestycji Budowlanych A. M., ul. Gołdapska 31,19-400 Olecko** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Węgorzewo, ul. Zamkowa 3, 11-600 Węgorzewo**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy **ALU-MIX Firma Inwestycji Budowlanych A. M., ul. Gołdapska 31,19-400 Olecko** w części III i IV postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą oraz unieważnienie i powtórzenie czynności oceny ofert w części III i IV postępowania, z uwzględnieniem oferty wykonawcy **ALU-MIX Firma Inwestycji Budowlanych A. M., ul. Gołdapska 31,19-400 Olecko** złożonej w części III i IV postępowania.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę ALU-MIX Firma Inwestycji Budowlanych A. M., ul. Gołdapska 31, 19-400 Olecko**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza kwotę 13 967 zł 75 gr (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt siedem złotych siedemdziesiąt pięć groszy) od **Zamawiającego** -

Gmina Węgorzewo, ul. Zamkowa 3, 11-600 Węgorzewo, na rzecz Odwołującego – wykonawcy ALU-MIX Firma Inwestycji Budowlanych A. M., ul. Gołdapska 31,19-400 Olecko, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika Odwołującego na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Węgorzewo, ul. Zamkowa 3, 11-600 Węgorzewo prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Węgorzewo*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 maja 2018 r. pod numerem 554555-N-2018.

W dniu 9 lipca 2018 r. wykonawca ALU-MIX Firma Inwestycji Budowlanych A. M., ul. Gołdapska 31,19-400 Olecko (dalej jako Odwołujący lub Alu-Mix) wniósł odwołanie od czynności wykluczenia go z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą w części III i IV postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4, art. 22a ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na dokonaniu badania i oceny ofert w części III i IV postępowania,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego w części III i IV postępowania.

Podstawy faktyczne i prawne odwołania.

Odwołujący informuje, że złożył ofertę w części III i IV postępowania. Dla spełnienia warunku określonego w pkt. 7.2.3 SIWZ (warunek posiadania wiedzy i doświadczenia), wskazał, że będzie polegał na zasobach J.L. (jednoosobowa działalność gospodarcza). Jako charakter stosunku, jaki będzie łączył J.L. z wykonawcą, wskazał umowę o pracę w charakterze brygadzysty.

Zamawiający w dniu 2.07.2018 r. przesłał Odwołującemu informację o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp (w obu częściach). Zamawiający uznał bowiem, że wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, ponieważ podmiot udostępniający zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia nie został wskazany jako podwykonawca, a jego zatrudnienie na umowę o pracę przez wykonawcę nie

jest wystarczające do skorzystania z wiedzy i doświadczenia przy realizacji zamówienia. Zamawiający poinformował, że w jego ocenie udostępnienie doświadczenia poprzez wykonywanie pracy w oparciu o umowę o pracę nie wypełnia dyspozycji art. 22a ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosi, że ww. czynność Zamawiającego narusza art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 22a ust. 4 ustawy Pzp. Wskazuje, że powołany przez Zamawiającego art. 22a ust. 4 ustawy Pzp nie nakłada na wykonawcę obowiązku, aby podmiot udostępniający zasoby był podwykonawcą. Wskazuje, że istotnym jest, aby wykonawca realizował zamówienie publiczne wspólnie z podmiotem udostępniającym swoje zasoby. Wywodzi, że celem ww. przepisu jest ażeby udostępnienie zasobów nie było jedynie formalnym wypełnieniem warunków udziału w postępowaniu, a wykonawca w istocie nie będzie mógł skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego w trakcie realizacji inwestycji. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający postawił warunek dotyczący zdolności technicznych i zawodowych w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy, co miało być potwierdzone stosownym wykazem robót. Podmiot trzeci udostępnił zatem swoje zasoby na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Podmiot trzeci, aby udostępnić faktycznie zasoby winien rzeczywiście brać udział w realizacji.

Odwołujący wskazuje, że podwykonawstwo jest jedną z form, które zapewniają rzeczywisty udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, ale jest nim też zatrudnienie osoby, która posiada wymagane wiedzę i doświadczenie. Podnosi, że taka forma zapewnia udział osoby w realizacji w większym stopniu niż jakakolwiek forma podwykonawstwa.

Odwołujący wskazuje, że doświadczenie i wiedza udostępnione przez J. L. zostało nabyte w ramach prowadzenia jednoosobowej działalności gospodarczej pn.: Zakład Usługowo-Handlowy Instalacji Sanitarnych i C.O. J. L., ul. Parkowa 11/33, 21-500 Biała Podlaska. Podnosi, iż w tym konkretnym stanie faktycznym, niewątpliwie doświadczenie w realizacji zamówienia nabył J. L., a nie nazwa jego firmy. Jako jednoosobowa działalność gospodarcza w istocie samodzielnie nabywa i udostępnia swoje zasoby. Odwołujący zwraca uwagę, iż sama konstrukcja nabycia doświadczenia przez wykonawcę zawiera w sobie domniemanie posiadania odpowiedniego poziomu doświadczenia przez wykonawcę, pomimo iż w kolejnej realizacji wykonawca może posługiwać się np. pracownikami nie posiadającymi żadnego doświadczenia (zarówno w przypadku jednoosobowych działalności czy spółek osobowych lub kapitałowych). Wywodzi z tego, że realne korzystanie z zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia udostępnianych przez osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą nie wymaga zatem fizycznego wykonania wszystkich prac przez tą osobę - takie założenie prowadziłoby do sytuacji, w której osoba prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą mogłaby udostępnić zasoby tylko w przypadku, gdyby samodzielnie wykonywała np. całość

robót. Odwołujący podnosi, że kierowanie zespołem osób jak brygadzysta pozwala na pełne wykorzystanie potencjału doświadczenia w trakcie realizacji zamówienia. W ocenie Odwołującego zatrudnienie osoby udostępniającej swoje doświadczenie nabyte w trakcie prowadzenia jednoosobowej działalności gospodarczej pozwala na pełne i realne korzystanie z zasobu wiedzy i doświadczenia tego podmiotu. Podnosi, że zatrudnienie J. L. na umowę o pracę gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia. Z tego wywodzi, że wykonawca, posługując się zasobami podmiotu trzeciego wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i nie powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący powołuje się na poglądy doktryny, zgodnie z którym określony w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp *„wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania przez podmiot trzeci tej części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników do bezpośredniej realizacji zamówienia”* (tak: M, Jaworska [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018). Podkreśla, że Zamawiający w rozdziale X SIWZ określił zasady polegania na zasobach podmiotów trzecich nie ograniczając ich do podwykonawstwa. Podnosi, że zatrudnienie osoby legitymującej się wymaganym doświadczeniem jest czymś więcej niż podwykonawstwem, powołuje się na wyrok KIO 2082/16 zgodnie z którym *„Z art. 22a ust. 4 p.z.p. nie wynika jednoznacznie, że Wykonawca nie może brać udziału w realizacji usługi. Tylko w ten sposób Wykonawca może uzyskać doświadczenie, a jednocześnie udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego nie jest fikcja”*. Zdaniem Odwołującego utożsamienie udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia z podwykonawstwem nie znajduje oparcia w przepisach prawa, a analiza realności udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci winna być dokonywana z uwzględnieniem wszystkich okoliczności faktycznych. Podkreśla, że orzecznictwo przywołane przez Zamawiającego w treści informacji o wykluczeniu nie dotyczyło tożsamego stanu faktycznego, a więc sytuacji, w której osoba udostępniająca swoją wiedzę i doświadczenie nabyte w ramach prowadzenia jednoosobowej działalności gospodarczej została zatrudniona przez wykonawcę składającego ofertę. Wywodzi, że z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego w sposób nie budzący wątpliwości wynika, iż będzie miał on rzeczywistą możliwość skorzystania z udostępnionych zasobów wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wskazuje, że będzie miał realną możliwość skorzystania z wiedzy i doświadczenia osoby, którą zatrudnił. Powołuje się na wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r. (C-324/14), w którym Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał: *„o ile oferent musi udowodnić, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania odnośnego zamówienia, to jednak ma on swobodę*

wyboru, po pierwsze, charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z innymi podmiotami, na których zdolnościach polega w celu wykonania tego zamówienia i po drugie środka dowodowego na wykazanie istnienia tych powiązań”. Zdaniem Odwołującego art. 22a ust. 4 ustawy Pzp dopuszcza możliwość polegania na potencjale podmiotów trzecich, z zastrzeżeniem jednak, że w robotach budowlanych i usługach poleganie na potencjale podmiotów trzecich musi być realne, a wykonawca nie może w celu wykazania spełnienia warunków udziału - wyłącznie formalnie na potrzeby konkretnego postępowania - powoływać się na ten potencjał bez rzeczywistego zaangażowania tego podmiotu w realizację zamówienia. Podnosi, że w przedmiotowej sprawie możliwość skorzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego swoje zasoby nie budzi wątpliwości i w istocie jest rozwiązaniem pozwalającym w pełniejszy sposób skorzystać z potencjału podmiotu trzeciego niż samo podwykonawstwo. W konsekwencji wykluczenie wykonawcy ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest niezgodne z przepisami prawa.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 lipca 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, powołując się na orzeczenia KIO, że wobec formy udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego – tj. nadzór i konsultacje oraz podstawa dysponowania – umowa o pracę w charakterze brygadzysty – nie dają gwarancji realnego dysponowania doświadczeniem podmiotu trzeciego, przez co nie mogą być uznane za spełniające wymogi art. 22a ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający podniósł również, że udział podmiotu trzeciego nie będzie miał charakteru podwykonawstwa, a zatem, wbrew wymaganiom art. 22a ust. 4 ustawy Pzp – nie zrealizuje on robót budowlanych. Ponadto Zamawiający wywiódł, że nie jest możliwym utożsamienie doświadczenia osoby fizycznej – J. L. z doświadczeniem podmiotu gospodarczego - Zakładu Usługowo-Handlowego Instalacji Sanitarnych i C.O. J. L., ul. Parkowa 11/33, 21-500 Biała Podlaska, co za tym idzie – udostępniania osoba nie posiada wymaganego w SIWZ doświadczenia.

W toku rozprawy przed Izbą w dniu 17.07.2018 r. strony podtrzymały swoje stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 7.2.3.a SIWZ, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musiał wykazać się posiadaniem zdolności technicznej – doświadczeniem, poprzez, odpowiednio:

- wykonawca składający ofertę na jedną z części zamówienia: - wykazanie się należytych wykonaniem zadania polegającego na budowie min. 50 sztuk przydomowych oczyszczalni ścieków w ramach jednego zadania inwestycyjnego z załączeniem dowodów określających, czy roboty budowlane zostały wykonane należyście, w szczególności informacji o tym, czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone,

- wykonawca składający ofertę na więcej niż jedną część zamówienia – wykazanie się należytych wykonaniem zadania polegającego na budowie min. 100 sztuk przydomowych oczyszczalni ścieków w ramach jednego lub maksymalnie dwóch zadań inwestycyjnych z załączeniem dowodów j. w.

Pkt 10.1 SIWZ określa, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

W pkt 10.2 SIWZ wskazano, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Zgodnie z pkt 10.3 SIWZ, zamawiający oceni, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 ustawy Pzp oraz o których mowa w pkt 8.2 SIWZ.

Pkt 10.4 SIWZ określa, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Wykonawca ALU-MIX Firma Inwestycji Budowlanych A. M., ul. Gołdapska 31, 19-400 Olecko, do złożonej oferty dołączył oświadczenie dotyczące podmiotu, na zasoby którego się powołuje, wskazując jako ów podmiot Zakład Usługowo-Handlowy Instalacji Sanitarnych i C.O. J. L., ul. Parkowa 11/33, 21-500 Biała Podlaska (dalej również jako Z.U.H.). Dołączył także zobowiązanie J. L., złożone w imieniu i na rzecz ww. Z.U.H., o oddaniu na potrzeby wykonania zamówienia zasobów wiedzy i doświadczenia do dyspozycji Alu-Mix przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia. Autor zobowiązania oświadczył, że udostępni wykonawcy ww. zasoby w zakresie – konsultacje i nadzór przy budowie przydomowych oczyszczalni ścieków. Jako sposób wykorzystania udostępnionych zasobów wskazał – konsultacje i nadzór przy budowie przydomowych oczyszczalni ścieków. Jako charakter stosunku łączącego go z wykonawcą wskazał – umowa o prace w charakterze brygadzysty. Zakres udziału autora przy wykonywaniu zamówienia – konsultacje i nadzór przy budowie przydomowych oczyszczalni ścieków. Okres udziału przy wykonywaniu zamówienia – cały okres trwania inwestycji. Dołączono również referencje z Gminy Ułan-Majorat, poświadczające, że pan J. L., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ww. Z.U.H., zrealizował zadanie pn. Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków, która obejmowała budowę 176 szt. takich oczyszczalni. Zadanie zostało zrealizowane prawidłowo i zgodnie ze wszystkimi wymaganiami.

Pismem z dnia 13.06.2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów poświadczających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, mając na uwadze, że z oferty wynika powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego przy jednoczesnym oświadczeniu o braku zamiaru powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom.

Odwołujący w piśmie z dnia 17.06.2018 r. złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że stanowisko Gminy Węgorzewo zawarte w ww. piśmie jest niezgodne z prawem, albowiem wykonawca może powołać się na zasoby podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru łączących te podmiotów stosunków, o ile zagwarantowane jest, że podmiot trzeci będzie realizował zadanie. Z ostrożności procesowej Odwołujący poinformował, że w razie nieuwzględnienia jego wyjaśnień, na wyraźne żądanie Zamawiającego oświadcza, że podmiot trzeci może zostać zgłoszony jako podwykonawca na etapie podpisania umowy. Ponadto podkreślił, że udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci ma charakter realny i wykonawca będzie miał możliwość skorzystania z jego zasobów w trakcie realizacji zamówienia. Jednocześnie sprecyzował, że pan J. L. jako pracownik będzie brał udział w realizacji wszystkich czynności na etapie realizacji zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 2.07.2018 r. poinformował wykonawców o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu. Wskazał, że ze złożonego zobowiązania podmiotu udostępniającego swe zasoby, na którego zdolnościach polega Odwołujący, nie wynika zobowiązanie do realizacji robót budowlanych przez ten podmiot. Jednocześnie z treści oferty Alu-Mix wyraźnie wynika, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom wykonania żadnej części zamówienia. Poinformował, że po analizie odpowiedzi Odwołującego na wezwanie do uzupełnienia niezbędnych dokumentów, doszedł do przekonania, że złożone dokumenty i wyjaśnienia nie wykazują, że podmiot udostępniający doświadczenie zrealizuje wymagane roboty budowlane, co stoi w sprzeczności z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp. Wobec powyższego Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a jego ofertę uznał za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie, jako zasadne, zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołujący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4, art. 22a ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp upatrywał w uznaniu przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, wobec okoliczności, że podmiot trzeci, udostępniający zasób wiedzy i doświadczenia, nie został określony jako podwykonawca i nie zrealizuje wymaganych robót budowlanych. Zdaniem Zamawiającego, zatrudnienie osoby fizycznej na umowę o pracę przez wykonawcę nie jest wystarczające w świetle art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, wobec czego podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Odwołujący kwestionuje ww. decyzję Zamawiającego oraz jej podstawy.

W ocenie Izby należało przyznać rację Odwołującemu. Działania Zamawiającego oraz ich motywacje, jakkolwiek niewątpliwie podyktowane troską o zapewnienie rzetelnej realizacji zamówienia, nie znajdują uzasadnienia w przepisach obowiązującego prawa. Nieuprawnionym jest twierdzenie, że dla spełnienia normy art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, koniecznym jest, ażeby podmiot udostępniający zasoby występował w charakterze podwykonawcy. Po pierwsze, taki wymóg byłby niezgodny z ogólną zasadą wynikającą z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp – że dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu można powołać się na zasoby podmiotu trzeciego, niezależnie od charakteru stosunków prawnych łączących wykonawcę z tym podmiotem. Po drugie, wbrew twierdzeniom

Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza w swym orzecznictwie również takiego wymogu nie formułuje. Orzecznictwo Izby akcentuje konieczność zapewnienia realnej realizacji zamówienia przez podmiot trzeci. Jednakże realizacja ta nie musi oznaczać podwykonawstwa. W powołanym przez Zamawiającego wyroku z dnia 20.02.2018 r., KIO 211/18 Izba wskazała, że wymóg z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia – w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą. Do możliwości wspólnego z podmiotem trzecim wykonywania zamówienia, w kontekście realizacji ww. wymogu KIO odniosła się również w innym wymienionym przez Zamawiającego wyroku – z dnia 17.11.2016 r., KIO 2082/16. W kolejnym z wyroków, na który powoływał się Zamawiający – z dnia 4.09.2017 r., KIO 1755/17, Izba uznała, że obowiązek zrealizowania robót budowlanych przez podmiot udostępniający zasoby, wynikający z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, oznacza, że wykonawca powołujący się obce zasoby, obowiązany jest do zaangażowania, w sposób bezpośredni, podmiotu trzeciego w realizację przedmiotu zamówienia – tak, aby poleganie na potencjale podmiotu trzeciego było realne. Z wymienionych przez Zamawiającego wyroków KIO jeden tylko mówi, iż wobec dyspozycji art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, podmiot trzeci realizujący roboty budowlane powinien być podwykonawcą – tj. wyrok z dnia 9.11.2017 r., KIO 2245/17. Jednakże te twierdzenia Izby należy odczytywać w kontekście całego wyroku, w którym dopuszczono również realizację zamówienia wspólnie z wykonawcą, a przede wszystkim wyeksponowano obowiązek wykonawcy do wykazania, że stosunek łączący go z podmiotem trzecim gwarantuje rzeczywisty dostęp do udostępnianych przez ów podmiot zasobów. Izba w wyroku tym orzekła, że dysponowanie zasobami musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Ponadto Izba pragnie zwrócić uwagę, że zacytowany w odpowiedzi na odwołanie fragment uchwały KIO w sprawie KIO/KD 17/2018, stanowił część zastrzeżeń Prezesa UZP, nie zaś - jak wskazał Zamawiający – ustaleń Izby. Odnosząc się do ww. wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, należy podkreślić, że zawarte w nich ustalenia są całkowicie zgodne z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-324/14 (Partner A.). TSUE w wyroku tym wyraźnie wyśłowił zasadę, zgodnie z którą wykonawca ma prawo polegania na zdolnościach innych podmiotów, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że w rzeczywistości będzie dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania odnośnego zamówienia. Przedmiotowe orzeczenie TSUE wydane zostało w oparciu m.in. o art. 48 ust. 3 Dyrektywy 2004/18, który w przeciwieństwie do art. 63 ust. 1 Dyrektywy 2014/24, nie określał, że w przypadku zasobów doświadczenia zawodowego wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów tylko wówczas, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. Jednakże wymaga podkreślenia, że identycznie jak poprzednia dyrektywa, Dyrektywa 2014/24 określa, że wykonawca może polegać na zdolności

innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań (art. 63 ust. 1). Wobec powyższego, za w pełni aktualne należy uznać twierdzenie TSUE z wyroku C-324/14, że *„o ile oferent musi udowodnić, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania odnośnego zamówienia, to jednak ma on swobodę wyboru, po pierwsze, charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z innymi podmiotami, na których zdolnościach polega w celu wykonania tego zamówienia, i po drugie środki dowodowego na wykazanie istnienia tych powiązań”*. Trybunał wskazał także, że *„nie można z góry wykluczyć, że instytucja zamawiająca może do celów prawidłowego wykonania danego zamówienia wskazać wyraźnie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia szczegółowe zasady umożliwiające wykonawcy poleganie na zdolnościach innych podmiotów”*.

Reasumując, dla udostępnienia zasobu doświadczenia przez podmiot trzeci, zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp i orzecznictwem w tym zakresie, koniecznym jest wykazanie rzeczywistego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego i realizacja robót przez ów podmiot – samodzielna lub wspólnie z wykonawcą. Jak wskazuje TSUE w wyroku C-324/14 *„w praktyce, jak słusznie zauważyła Komisja Europejska, wydaje się trudne, a wręcz niemożliwe, aby wykonawca mógł przewidzieć a priori wszystkie możliwe przypadki wykorzystania zdolności innych podmiotów”*. Należy zatem uznać, że dopuszczalne jest udzielenie zasobu doświadczenia w sytuacji realizacji robót przez podmiot, niezależnie od tego, w jakim charakterze podmiot ów będzie roboty realizował, o ile nie uczyni to udostępnienia zasobów pozornym. W niniejszej sprawie zachodzi nietypowy przypadek wykorzystania zdolności innego podmiotu, który jest dopuszczalny właśnie wobec braku ustawowego ograniczenia charakteru udziału podmiotów udostępniających zasoby do podwykonawstwa. Z.U.H. J. L. zobowiązał się do udzielenia zasobu doświadczenia w formie konsultacji i nadzoru wykonywanego przez J. L., którym wykonawca będzie dysponował na podstawie umowy o pracę w charakterze brygadzysty. O ile powszechnie w orzecznictwie wskazuje się, że „konsultacje i doradztwo” nie mogą stanowić skutecznego udzielenia zasobu doświadczenia w odniesieniu do robót budowlanych, o tyle należy zważyć, że w niniejszej sprawie nadzór i konsultacje mają być prowadzone przez osobę, która zostanie zatrudniona jako brygadzysta – i zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego z pisma 17.06.2018 r., będzie ona w tym charakterze brała udział w realizacji wszystkich czynności na etapie realizacji zamówienia. Jak powołał Odwołujący, czemu nie zaprzeczył Zamawiający, do zadań osób pełniących funkcję brygadzysty należy m.in. organizacja i koordynacja podległych pracowników oraz koordynowanie i ustalanie robót z kierownictwem. Jest to zbieżne z definicją słowa „brygadzysta” ze Słownika Języka Polskiego PWN (www.sjp.pwn.pl, dostęp w dniu 19.07.2018 r.), który definiuje, że brygadzysta to „kierownik brygady roboczej”. Nie budzi wątpliwości, że nadzór nad osobami fizycznie wykonującymi roboty budowlane oraz udzielanie wykonawcy

konsultacji „na budowie” jest realną formą udostępnienia doświadczenia, zapewniającą rzetelne wykonanie robót. Jednocześnie rzeczony nadzór i konsultacje nie mają charakteru fikcyjnego, „papierowego” lub „na telefon”, mają one być wykonywane przez brygadzystę biorącego udział w realizacji robót. Dodać należy, że zgodnie z orzecznictwem KIO, nie są wystarczające konsultacje mające polegać na przekazywaniu wiedzy pracownikom wykonawcy, gdyż doświadczenie w odniesieniu do robót budowlanych odnosi się nie tylko do praktycznej znajomości zagadnienia, ale także do umiejętności reakcji w warunkach zmieniających się okoliczności, której nie da się uzyskać w sposób inny, niż uprzednio osobiście wykonując roboty (np. wyrok z dnia 20.12.2013 r., KIO 2846/13). Zupełnie inaczej sytuacja kształtuje się w niniejszej sprawie - obecność odpowiednio doświadczonego brygadzysty w realizacji robót z pewnością gwarantuje odpowiednią reakcję w warunkach zamieniających się okoliczności. Nie można zatem stwierdzić, by sposób udostępnienia zasobu był w niniejszej sprawie niewystarczający dla uznania, że ma ono charakter realny.

Należy zwrócić uwagę, że odmienne rozumienie zwrotu „zrealizują roboty”, którym posługuje się art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, wymagałoby przyjęcia, że podmiot trzeci – w tym wypadku jednoosobowa działalność gospodarcza – a zatem osobiście Jerzy Lewandowski, ma samodzielnie, fizycznie wykonać całość robót budowlanych. Ustawa Pzp natomiast w najmniejszym stopniu nie ogranicza możliwości powołania się na zasoby doświadczenia należące do podmiotów będących przedsiębiorstwami w formie jednoosobowych działalności gospodarczych.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że doświadczenie, którym legitymuje się Zakład Usługowo-Handlowy Instalacji Sanitarnych i C.O. J. L., ul. Parkowa 11/33, 21-500 Biała Podlaska, w całości należy do J. L. i to on, jako osoba prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą, jest dysponentem doświadczenia całego przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy Pzp. W odniesieniu do pojęcia doświadczenia przedsiębiorstwa w odniesieniu do art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w ówczesnym brzmieniu szeroko wypowiedział się Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 7.10.2008 r., III CZP 87/08, w którym wskazał, że pojęcie „posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia” *„obejmuje jednak także takie składniki przedsiębiorstwa, jak know-how, tajemnice przedsiębiorstwa, dokumentacja, goodwill, renoma itp. Reasumując, pojęcie "niezbędna wiedza i doświadczenie" w rozumieniu powołanego przepisu obejmuje zarówno składniki niematerialne przedsiębiorstwa, jak i dobra osobiste związane z przedsiębiorcą lub pracownikami przedsiębiorstwa. (...)*

Przez "posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia" trzeba zatem rozumieć stan, w którym wykonawca dysponuje osobami zapewniającymi prawidłowe wykonanie zamówienia. Pojęcie to obejmuje jednak także takie składniki przedsiębiorstwa, jak know-how, tajemnice przedsiębiorstwa, dokumentacja, goodwill, renoma itp. Reasumując, pojęcie "niezbędna wiedza i doświadczenie" w rozumieniu powołanego przepisu obejmuje zarówno

składniki niematerialne przedsiębiorstwa, jak i dobra osobiste związane z przedsiębiorcą lub pracownikami przedsiębiorstwa

Należy również zwrócić uwagę, że "wiedza i doświadczenie" nie zostały zaliczone w art. 551 KC do składników niematerialnych przedsiębiorstwa, a w orzecznictwie i doktrynie nie wyróżnia się również takiego składnika. Są to bowiem przymioty związane nie z przedsiębiorstwem, ale z przedsiębiorcą lub pracownikami przedsiębiorstwa, które zaliczyć należy do dóbr osobistych, jako zbliżone do wymienionych w art. 23 KC takich dóbr jak twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska. Takie cechy, jak wiedza i doświadczenie pozostają oczywiście przy przedsiębiorcy zbywającym przedsiębiorstwo i nie podlegają zbyciu. Należy zatem odróżnić wiedzę i doświadczenie związane z osobą przedsiębiorcy i pracowników od składników niematerialnych przedsiębiorstwa związanych z wiedzą i doświadczeniem, takimi jak know-how, tajemnice przedsiębiorstwa, dokumentacje, patent itp."

J. L., jako przedsiębiorca prowadzący działalność pod firmą Zakład Usługowo-Handlowy Instalacji Sanitarnych i C.O. J. L., ul. Parkowa 11/33, 21-500 Biała Podlaska, posiada wszystkie składniki materialne składające się, zgodnie z ww. postanowieniem Sądu Najwyższego, na „niezbędną wiedzę i doświadczenie”- tj. know-how, tajemnice przedsiębiorstwa, dokumentacje goodwill itp. Jednocześnie niewątpliwie posiada on wymagane w SIWZ doświadczenie, co potwierdzają przedłożone wraz z ofertą, niekwestionowane referencje. Referencje te wystawione były dla Z.U.H., ale zakład ten stanowi jednoosobową działalność gospodarczą prowadzoną przez J. L. . To J. L. odpowiedzialny jest za zobowiązania prowadzonego przedsiębiorstwa, organizację jego pracy itd. To przy nim, jako przy przedsiębiorcy, zgodnie z ww. orzeczeniem SN, zostają wiedza i doświadczenie w przypadku zbycia przedsiębiorstwa. Jest to sytuacja odmienna, wbrew twierdzeniom Zamawiającego podnoszonym na rozprawie, od sytuacji spółek kapitałowych – spółki te stanowią bowiem odrębne osoby prawne, nie istnieje możliwość utożsamienia doświadczenia osób prawnych z doświadczeniem osób wchodzących w skład ich organów. J. L. jest podmiotem posiadającym osobowość prawną (jako osoba fizyczna) i w ramach tej osobowości prawnej działa. Nie ma osobnego podmiotu prawnego „Zakład Usługowo-Handlowy Instalacji Sanitarnych i C.O. J. L.". W zawieranych umowa wskazywana jest ww. firma, dla oznaczenia, że umowa zawarta jest w ramach prowadzonej przez J. L. działalności gospodarczej, dlatego też wystawiane referencje wskazują firmę zakładu, nie zaś osobiście J. L. . Zamawiający nie kwestionował natomiast, że Z.U.H. posiada doświadczenie wymagane dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wywodził jedynie – jak wykazano, niezasadnie – że tym doświadczeniem nie może legitymować się J. L. . Dodać należy, że bez znaczenia w niniejszej sprawie pozostaje również doświadczenie osób współpracujących z Z.U.H. na podstawie odrębnych umów, bowiem nie istnieje możliwość wymagania od podmiotu

trzeciego – w tym również występującego w charakterze podwykonawcy, aby wszyscy pracownicy, którzy brali udział w wykonaniu robót referencyjnych, wykonywali zlecane roboty. Istotne jest doświadczenie podmiotu, któremu zlecona jest realizacja robót, zaś w przypadku jednoosobowej działalności gospodarczej doświadczenie to należy do osoby prowadzącej taką działalność. Zapewnienie udziału odpowiednio wykwalifikowanych i doświadczonych pracowników Zamawiający może zapewnić poprzez postawienie warunków co do zasobów kadrowych, co zresztą uczynił w niniejszej sprawie.

W ocenie Izby okoliczności sprawy jednoznacznie pozwalają na stwierdzenie, że udostępnienie zasobu w postaci doświadczenia przez J. L. będzie miało charakter realny i zgodny z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp. J. L. będzie jako brygadzysta w sposób bezpośredni zaangażowany w realizację robót, dysponowanie jego doświadczeniem przez Odwołującego jasno wynika ze złożonego wraz z ofertą oświadczenia, nie jest przedmiotem dedukcji czy domniemania. Doświadczenie uzyskane przez J. L., w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, udostępnione wykonawcy Alu-Mix pozwala na przyjęcie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Powyższych ustaleń nie zmieniają twierdzenia Zamawiającego dotyczące wątpliwości w odniesieniu do oświadczenia J. L. złożonego na piśmie w toku posiedzenia przed Izbą. W oświadczeniu tym wyżej wymieniony wskazał na potencjał techniczny którym dysponuje, swoje doświadczenie oraz powtarzalną współpracę z firmą Alu – Mix. Oświadczył również, że przy wspólnych inwestycjach udostępni Odwołującemu wiedzę, sprzęt i zaplecze techniczne wraz z kapitałem pracowniczym i firmami współpracującymi. Należy mieć na uwadze, że wiążące są zobowiązania, jakie wykonawca składa w ofercie, zaś ww. pismo zostało złożone w postępowaniu odwoławczym i na jego potrzeby. J. L. nie wycofał oświadczenia złożonego wraz z ofertą, natomiast powołane w przedmiotowym piśmie okoliczności wskazują na inny rodzaj współpracy, nie dotyczący zasobu doświadczenia – taka współpraca jest zaś dopuszczalna pomiędzy podmiotami gospodarczymi na zasadach ogólnych. Bez poparcia pozostają także podnoszone przez Zamawiającego wątpliwości, czy realnym jest udzielenie zasobów w sytuacji, gdy J. L. prowadzi działalność w Białej Podlaskiej, zatrudnił się jako brygadzysta u Odwołującego przy realizacji inwestycji w Gminie Grabowo oraz zobowiązuje się do pełnienia tej funkcji w Gminie Węgorzewo. W ocenie Izby nie można jednoznacznie przesądzić, by same ww. okoliczności wpływały na realność udostępnienia zasobów przez J. L. . Zamawiający nie wykazał zasadności twierdzeń w tym zakresie, nie poparł też ich żadnymi wyliczeniami itp. Podobnie bez znaczenia pozostaje okoliczność, iż obecnie J. L. zatrudniony jest na ¼ etatu, jak wynika to z przedłożonej w toku rozprawy umowy o pracę. Zasadnie wskazał Odwołujący, że inwestycja w Grabowie nie została jeszcze rozpoczęta, zaś w niniejszym postępowaniu jego oferta nie została jeszcze nawet wybrana, a wymiar czasu pracy może zostać w każdej

chwili zwiększony wg. potrzeb wykonawcy. Izba zwraca również uwagę, że okoliczność, że art. 22 i 100 Kodeksu pracy ograniczają samodzielność decyzyjną pracownika nie wpływa w niniejszej sprawie negatywnie na realność udostępnienia zasobu doświadczenia przez podmiot trzeci. Wprost przeciwnie, art. 22 § 1 Kodeksu pracy zobowiązuje pracownika do wykonania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Zgodnie z art. 100 Kodeksu pracy, pracownik obowiązany jest wykonywać pracę sumiennie i starannie i stosować się do poleceń służbowych. Zgodnie z art. 100 § 2 pkt 4 ww. ustawy pracownik obowiązany jest dbać o dobro zakładu pracy. Należy zatem uznać, że przepisy te, w sytuacji zatrudnienia J. L. na umowę o pracę gwarantują, że będzie on zobowiązany do wypełnienia swojego zobowiązania jako pracownik Odwołującego, który, na podstawie powołanych przepisów, może zobowiązanie to egzekwować. Ponadto obowiązek dbałości o dobro pracodawcy nakłada obowiązek dołożenia starań w przekazaniu posiadanego doświadczenia w sposób, który najpełniej pozwoli na należyte wykonanie robót.

Reasumując, Zamawiający bezpodstawnie uznał, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego złożone wraz z ofertą Odwołującego jest niewystarczające w świetle art. 22a ust. 4 ustawy Pzp i uznał, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji, wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i uznanie jego oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp było bezpodstawne i stanowiło naruszenie powołanych przepisów.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972). O zasądzeniu kosztów zastępstwa przed Izbą i dojazdu na rozprawę na rzecz Odwołującego Izba orzekła na podstawie przedłożonej faktury, zgodnie z § 3 ust. 2 rozporządzenia.

Przewodniczący: