

Sygn. akt KIO/2451/10

**WYROK**  
**z dnia 25 listopada 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Anna Chudzik**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 listopada 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **pana Janusza Łukaszewskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.U.H. IZOLSUSZ Usługi Ogólnobudowlane Janusz Łukaszewski, 58-305 Wałbrzych, ul. Sportowa 6** od czynności zamawiającego, którym jest **Specjalistyczny Szpital Ginekologiczno-Położniczy im. E. Biernackiego w Wałbrzychu, 58-301 Wałbrzych, ul. Paderewskiego 10.**

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;**

**2. Kosztami postępowania obciąża Specjalistyczny Szpital Ginekologiczno-Położniczy im. E. Biernackiego w Wałbrzychu, 58-301 Wałbrzych, ul. Paderewskiego 10 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez pana Janusza Łukaszewskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.U.H. IZOLSUSZ Usługi Ogólnobudowlane Janusz Łukaszewski, 58-305 Wałbrzych, ul. Sportowa 6;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 915 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset piętnaście złotych zero groszy) przez **Specjalistyczny Szpital Ginekologiczno-Położniczy im. E. Biernackiego w Wałbrzychu, 58-301 Wałbrzych, ul. Paderewskiego 10** na rzecz pana **Janusza Łukaszewskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.U.H. IZOLSUSZ Usługi Ogólnobudowlane Janusz Łukaszewski, 58-305 Wałbrzych, ul. Sportowa 6** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

**Skład orzekający Izby:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Specjalistyczny Szpital Ginekologiczno-Położniczy im. E. Biernackiego w Wałbrzychu – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Remont parteru w Specjalistycznym Szpitalu Ginekologiczno-Położniczym im. E. Biernackiego w Wałbrzychu*.

W dniu 10 listopada 2010 r. wykonawca pan Janusz Łukaszewski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FUH IZOLSUSZ Usługi Ogólnobudowlane Janusz Łukaszewski wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz z naruszeniem art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że jako uzasadnienie wykluczenia z postępowania Zamawiający podał, iż w załączonym do oferty załączniku nr 4 - Wykaz realizacji zadań wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat, zakres wykonanych robót budowlanych oraz załączone referencje nie potwierdzają spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Równocześnie Zamawiający nie uzasadnił, jakie konkretne elementy przesądziły o nieuznaniu wymaganego doświadczenia i nieuwzględnieniu referencji. W części II rozdział I pkt 2 ust. 4 ppkt 2 SIWZ Zamawiający określił warunek wykazania przez wykonawców, że wykonali w okresie ostatnich 5 lat „ (...) co najmniej czterech zadań o zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia, tj. polegających na budowie lub modernizacji obiektów służby zdrowia w charakterze generalnego wykonawcy”.

Odwołujący zwrócił uwagę, że określenie „służba zdrowia” jest określeniem potocznym, niemającym obecnie żadnej ustawowej definicji, a pod niedookreślonym pojęciem „obiekty służby zdrowia” należałoby mieć także na uwadze wszystkie budynki administracyjne, magazynowe, warsztatowe itp., będące w użytkowaniu zakładów opieki zdrowotnej. Pojęcie to ma zatem praktycznie tak szeroki zakres, że ograniczanie go tylko do np. oddziałów szpitalnych nie znajduje – w ocenie Odwołującego – żadnego uzasadnienia. Odwołujący podniósł, że skoro Zamawiający nie określił precyzyjnie zakresu prac, przy których wykonywaniu będzie wymagał doświadczenia od wykonawców, to nie może na nich przerzucać odpowiedzialności za ten stan rzeczy.

Odwołujący wskazał, że zakres zamówienia polega na przeprowadzeniu remontu parteru szpitala, a więc realizacji typowych robót budowlanych określonych w ustawie – Prawo budowlane, co czyni wymóg wykazania się doświadczeniem przy budowie bądź modernizacji obiektów „służby zdrowia” nieuzasadnionym. Jednakże w załączniku nr 4, niejako z „ostrożności procesowej”, Odwołujący wykazał realizację wymaganych 4 zadań w obiektach „służby zdrowia” w charakterze generalnego wykonawcy. Zadania te realizowane były wprawdzie dla jednego zamawiającego, ale w różnych obiektach, a każde z nich realizowane było na podstawie odrębnej umowy, zatem stanowiło odrębne zamówienie, tak więc wymóg określony przez Zamawiającego został spełniony. Zamówienia te zostały zrealizowane przez firmę „NURBET”, której zasobami Odwołujący będzie dysponował przy realizacji przedmiotowego zamówienia (na potwierdzenie czego przedłożył stosowne oświadczenie/zobowiązanie tego wykonawcy), do czego uprawnia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot może nastąpić nie tylko poprzez udział w realizacji części zamówienia w charakterze podwykonawcy, ale także w drodze konsultacji czy doradztwa, przy czym istotne jest, aby podmiot trzeci złożył stosowne zobowiązanie.

Odwołujący podniósł, że niezależnie od oświadczenia oraz dokumentów potwierdzających doświadczenie wykonawcy „NURBET” w zakresie wymaganym w SIWZ, przedłożył również wykaz zrealizowanych bezpośrednio przez firmę IZOLSUSZ zadań w okresie ostatnich 5 lat (wraz ze stosownymi referencjami), które obejmowały wszystkie branże robót budowlanych w obiektach wprawdzie nie będących obiektami „służby zdrowia”, ale potwierdzających, że posiada doświadczenie w samodzielnej realizacji zadań o zakresie znacznie wykraczającym poza zakres przedmiotowego zamówienia. Tak więc Zamawiający dysponował, w oparciu o przedłożone wraz z ofertą dokumenty, pełną wiedzą o spełnieniu przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, a w sytuacji jakichkolwiek wątpliwości był zobowiązany zwrócić się do wykonawcy o przedłożenie brakujących dokumentów lub wyjaśnienie już przedłożonych, w oparciu o przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, czego nie uczynił.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem Odwołującego.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:**

W rozdziale I pkt 2.4.2 SIWZ Zamawiający określił jako warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonanie w ciągu ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej czterech zadań o zakresie i charakterze zbliżonym do przedmiotu zamówienia, tj. polegających na budowie lub modernizacji obiektów służby zdrowia, jako generalny wykonawca. W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć wraz ofertą wykaz wykonanych robót oraz potwierdzenia faktu ich wykonania referencjami bądź innymi dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Odwołujący załączył do oferty wykaz zrealizowanych przez siebie 14 zamówień, z których żadne nie dotyczyło obiektów służby zdrowia. Ponadto Odwołujący przedłożył wraz z ofertą wykaz robót zrealizowanych przez Zakład Usługowo-Produkcyjny „NURBET” Leszek Nurkiewicz (dalej: NURBET). Wykaz obejmuje cztery zamówienia dotyczące następujących obiektów: 1) Specjalistyczny Szpital Chorób Płuc i Gruźlicy „Biały Orzeł” w Sokołowsku, 2) ZOL „Odrodzenie” w Sokołowsku, 3) ZOL „Górnik” w Sokołowsku, 4) Specjalistyczny Szpital Chorób Płuc i Gruźlicy „Biały Orzeł” w Rościszowie. Do wykazu załączone zostały referencje oraz oświadczenie ww. podmiotu, zawierające zobowiązanie do udostępnienia Odwołującemu wiedzy i doświadczenia na okres realizacji przedmiotowego zamówienia, w szczególności do udostępnienia know-how oraz ewentualnego podjęcia – w razie potrzeby – podwykonawstwa.

W dniu 5 listopada 2010 r. (pismo z 3 listopada 2010 r.) Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania, wskazując, że *zakres wykonanych robót budowlanych oraz załączone referencje nie potwierdzają spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ*. Odwołujący pismem z 5 listopada 2010 r. zwrócił się do Zamawiającego z informacją o naruszeniu przepisów ustawy Pzp. W odpowiedzi na powyższe pismo Zamawiający poinformował Wykonawcę, że w złożonej ofercie w punkcie 5 Odwołujący oświadczył, iż nie zamierza powierzyć żadnej części zamówienia podwykonawcom oraz nie wskazał pisemnego zobowiązania podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający wskazał, że załączone oświadczenie firmy NURBET, która nie jest podwykonawcą jest pozbawione oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, a referencje tej firmy nie mogą być uznane z powodu braku jej wykazania jako podwykonawcy.

***Izba zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba stwierdziła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniesie szkodę.

W świetle dokonanych ustaleń odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie rozpatrzyła zarzutów dotyczących zasadności przyjętego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz podnoszonego przez Odwołującego braku precyzji tego opisu. Zarzut ten nie został bowiem zgłoszony w terminie określonym w przepisie art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, dotyczącym środków ochrony prawnej w zakresie treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ.

W odniesieniu do wykazu zamówień zrealizowanych bezpośrednio przez Odwołującego, należy uznać, że nie spełniały one wymagań określonych w rozdziale I pkt 2.4.2 SIWZ, żaden bowiem z wymienionych obiektów, których dotyczyły wykonane roboty budowlane, nie był obiektem służby zdrowia (mimo niezdefiniowania tego pojęcia, zdaniem Izby ocena charakteru czy przeznaczenia tych budynków nie wywołuje trudności). Powyższe nie jest jednak między stronami sporne, Odwołujący bowiem nie kwestionował faktu, że wykonane przez niego zamówienia nie dotyczą obiektów służby zdrowia, podważał jedynie zasadność tak sformułowanego warunku, wskazując, że bez względu na rodzaje budynków, w których wykonał roboty budowlane, powinien być uznany za wykonawcę posiadającego wystarczające doświadczenie. Z tą tezą Odwołującego nie można się jednak zgodzić. Zamawiający wyraźnie wymagał w specyfikacji wykazania się doświadczeniem w robotach budowlanych dotyczących obiektów służby zdrowia, a wobec niezakwestionowania tak opisanego warunku na wcześniejszym etapie postępowania, istniał dla wykonawców obowiązek wykazania się takim doświadczeniem, jakiego żądał Zamawiający.

Bez względu jednak na fakt, że wykaz zrealizowanych przez Odwołującego zamówień nie spełniał wymogów Zamawiającego, należy stwierdzić, że decyzja o wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania była nieprawidłowa. Odwołujący w złożonej ofercie powołał się bowiem na doświadczenie innego podmiotu, korzystając z ustawowego uprawnienia określonego przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Przed wszystkim Izba ustaliła, że brak było podstaw do dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z pominięciem załączonego do oferty Odwołującego

oświadczenia firmy NURBET oraz wykazu robót zrealizowanych przez ten podmiot. Takie działanie Zamawiającego nie ma – w ocenie Izby – żadnego oparcia w przepisach prawa.

Zamawiający dwójako tłumaczył zaniechanie oceny spełniania warunków z uwzględnieniem powyższych dokumentów. Na wniosek Odwołującego, w piśmie z 9 listopada 2010 r. wskazał jako przyczynę swojej decyzji fakt, że podmiot udostępniający zasoby nie został w ofercie wskazany jako podwykonawca. Z kolei na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą Zamawiający przyznał, że podmiot udostępniający swoje doświadczenie nie musi być podwykonawcą, ale powoływał się na niewykazanie w formularzu oferty (w punkcie 5) podmiotu, z którego potencjał Odwołujący zamierza korzystać. Na marginesie należy zauważyć, że w piśmie z 3 listopada 2010 r. informującym o wykluczeniu Odwołującego, Zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego, wskazując jedynie ogólnie, że *zakres wykonanych robót budowlanych oraz załączone referencje nie potwierdzają spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ*, co należy uznać za zdecydowanie niewystarczające. Z pisma tego wykonawca nie uzyskał wiedzy, które dokumenty i dlaczego zostały przez Zamawiającego zakwestionowane. Szczegółowe uzasadnienie decyzji o wykluczeniu zostało wykonawcy przedstawione dopiero w odpowiedzi na informację o naruszeniu przepisów ustawy Pzp.

Izba uznała, że żadna z podawanych przyczyn pominięcia wykazu robót i oświadczenia firmy NURBET nie ma oparcia w przepisach ustawy Pzp. Po pierwsze wskazać należy, że brak jest podstaw do twierdzenia, iż udostępnienie zasobów przez inny podmiot na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp możliwe jest wyłącznie poprzez podwykonawstwo. Ograniczenie takie nie wynika z wprost z ww. przepisu, nie jest również uzasadnione w świetle wykładni celowościowej art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Co prawda w orzecznictwie podkreśla się, że udostępnienie wykonawcy przez inny podmiot zasobów w zakresie doświadczenia powinno łączyć się z uczestnictwem w realizacji zamówienia, jednakże uczestnictwo to może mieć różne formy. Skład orzekający podzielił stanowisko wyrażone w wyroku KIO 1333/10 z 14 lipca 2010 r., że *w sytuacji gdy przedmiotem udostępnienia przez podmiot trzeci są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym (jak np. doświadczenie), niemożliwe do samodzielnego obrotu i konieczne jest wykazanie zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia (uczestnictwo podmiotu w wykonaniu zamówienia). Izba podkreśla, że uczestnictwo to może przybrać dowolną formę, niekoniecznie musi to być forma podwykonawstwa. Podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie może być związany z wykonawcą w postaci np. współpracy, doradztwa, konsultacji czy choćby umowy lojalnościowej.*

Za niezasadne Izba uznała zaniechanie oceny dołączonych do oferty dokumentów z powodu niewpisania firmy NURBET w formularzu oferty. Izba ustaliła, że w punkcie 5 tego

formularza należało wpisać ewentualnego podwykonawcę oraz wskazać numer załącznika do oferty zawierającego pisemne zobowiązanie *podmiotów jw.* (czyli podwykonawców) do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Należy więc podkreślić, że po pierwsze: z brzmienia zapisów w formularzu wynikał obowiązek wskazania jedynie podwykonawców (a nie wszystkich podmiotów udostępniających potencjał na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp), po drugie: jako załącznik do oferty należało wskazać oświadczenie wyłącznie o udostępnieniu potencjału technicznego i osób zdolnych do realizacji zamówienia, a nie każdego potencjału, w tym zakresie wiedzy i doświadczenia.

Z załączonych do oferty dokumentów jednoznacznie i w sposób niebudzący wątpliwości wynikało, że Odwołujący zamierza korzystać z zasobów innego podmiotu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Za niedopuszczalne należy uznać pominięcie oświadczenia z powodu niewskazania oświadczenia firmy NURBET jako załącznika do oferty, zwłaszcza że – jak wykazano powyżej – z brzmienia zapisów w formularzu oferty nie wynikał taki obowiązek. Dokumenty te zostały przedłożone wraz z ofertą i stanowiły jej integralną część, co nie jest między stronami sporne. Mimo to Zamawiający potraktował je jako niezłożone (nie korzystając nawet z procedury wyjaśniającej określonej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp), co skutkowało stwierdzeniem, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wreszcie za bezpodstawną należy uznać tezę Zamawiającego zaprezentowaną na rozprawie, jakoby powołanie się na wiedzę i doświadczenie firmy NURBET było nieskuteczne ze względu na fakt, że wraz z ofertą nie przedłożono dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania w stosunku do tego podmiotu. Zamawiający ani w ogłoszeniu, ani w SIWZ nie zamieścił wymogu złożenia takich dokumentów w przypadku powoływania się przez wykonawcę na zasoby innego podmiotu, nie skorzystał więc z możliwości, którą daje § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie z powołanym przepisem, jeżeli wykonawca polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 tego rozporządzenia (w tym oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia). Jest to prawo, a nie obowiązek zamawiającego, a wykonawca nie jest zobowiązany do przedstawienia tych dokumentów *ex lege*, a jedynie w przypadku wyraźnego żądania zamawiającego.

Oceniając załączone do oferty Odwołującego oświadczenie o udostępnieniu potencjału przez firmę NURBET należy uznać je za wystarczające. Podmiot ten w sposób



przewidziany art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oświadczył, że udostępni Odwołującemu swoją wiedzę i doświadczenie do realizacji przedmiotowego zamówienia oraz wskazał sposób i formę tego udostępnienia (co w świetle orzecznictwa KIO jest niezbędne do udowodnienia zamawiającemu dysponowania odpowiednimi zasobami, m.in. wyrok KIO 1333/10).

Jak wykazano powyżej, Zamawiający zobowiązany był uwzględnić dokumenty dotyczące doświadczenia firmy NURBET przy badaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, zatem działanie Zamawiającego już na tym etapie należy uznać za niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Analizując jednak dalsze decyzje Zamawiającego należy stwierdzić kolejne niedopełnienie obowiązków nałożonych przepisami ustawy. Przyjmując nawet, że stwierdzenie przez Zamawiającego niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia byłoby prawidłowe (należy bowiem zakładać, że Zamawiający działał w przekonaniu o prawidłowości dokonanej przez siebie oceny), to miał on bezwzględny obowiązek – wynikający z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków (ewentualnie, w przypadku wystąpienia wątpliwości – obowiązek zwrócenia się o wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp). Dopiero nieprzedłożenie lub przedłożenie nieprawidłowych dokumentów w odpowiedzi na to wezwanie uprawniałoby do podjęcia decyzji co do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

**Skład orzekający Izby:**

.....