

WYROK

z dnia 20 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2015 r. przez wykonawcę **M-Invest sp. z o.o., ul. Osiedlowa 5, 83 – 307 Kiełpino** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kartuzy, ul. gen. Józefa Hallera 1, 83 – 300 Kartuzy**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **M-Invest sp. z o.o., ul. Osiedlowa 5, 83 – 307 Kiełpino**, i:
 - 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10. 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **M-Invest sp. z o.o., ul. Osiedlowa 5, 83 – 307 Kiełpino** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2.** zasądza od **M-Invest sp. z o.o., ul. Osiedlowa 5, 83 – 307 Kiełpino** na rzecz **Gminy Kartuzy, ul. gen. Józefa Hallera 1, 83 – 300 Kartuzy** kwotę **3. 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Kartuzy w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164] [Ustawa lub ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Przebudowa istniejącej instalacji centralnego ogrzewania oraz termomodernizacji budynku Szkoły Podstawowej nr 1 w Kartuzach” przez wykonawcę M - INVEST Sp. z o.o. z siedzibą w Kiełpinie, który zarzucił naruszenie w przedmiotowym postępowaniu:

- 1) art. 7 ust 1 ustawy Pzp z uwagi na dokonanie wyboru oferty z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 24 ust 2 pkt.4 ustawy Pzp z uwagi na bezpodstawne wykluczenie odwołującego;
- 3) art. 89 ust 1 pkt.5 ustawy Pzp z uwagi na bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, Wykonawca stwierdził ponadto, że jego oferta powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą, a w konsekwencji naruszenia przepisów ustawy Pzp istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, a co za tym idzie Odwołujący ma interes w wniesieniu odwołania. Mając na względzie powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, oraz powtórzenie czynności oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał w szczególności, że Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt.4 ustawy Pzp, a oferta jego została odrzucona, albowiem Zamawiający zarzucił wykonawcy, że nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia. Na wezwanie Zamawiającego o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdz. IV Specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących wiedzy i doświadczenia, Odwołujący dostarczył zobowiązanie firmy PW Millenium - J.K. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zobowiązanie zostało złożone na druku sporządzonym przez Zamawiającego. W treści zobowiązania podmiot udostępniający swoje zasoby stwierdza, że swoją wiedzę i doświadczenie udostępni firmie M-Invest na każdym etapie realizacji zamówienia i w pełnym zakresie realizacji robót. Podmiot udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oświadczył, że uczestniczy w wykonaniu zamówienia a swoją rolę po uzgodnieniu z firmą M-Invest określił jako doradca. Zgodnie z wymogami określonymi w rozdz. IV ust 2 SIWZ, treść zobowiązania podmiotu trzeciego spełnia postawione warunki, jakim powinna odpowiadać

treść zobowiązania. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia będzie teoretyczny bez praktycznego udziału podmiotu trzeciego. Treść zobowiązania wyraźnie wskazuje na praktyczny a nie teoretyczny udział w realizacji zamówienia. Zamawiający oceniając spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia rozumie praktyczny udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, jako podwykonawcy, czym dał wyraz w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z prowadzonego postępowania. Taka interpretacja zobowiązania podmiotu trzeciego do udzielenia swojego potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia nie odpowiada treści złożonego zobowiązania. Zgodnie z przyjętym orzecznictwem w tym zakresie udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia nie polega tylko na podwykonawstwie, lecz udział taki może polegać na innych formach realizacji zamówienia, jak np. doradztwo, konsultacje, szkolenia, przekazanie dokumentacji itd.. Takie stanowisko prezentuje Sąd Okręgowy W Gdańsku w wyroku z dnia 25.07.2011 r. XII Ga 315/11 oraz Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 09 października 2013 r. sygn. akt. 2292/2013. Odwołujący wyjaśnił także, że posiada duże doświadczenie w realizacji robót objętych przedmiotem zamówienia. Nie spełniamy jedynie warunku posiadania doświadczenia, co do wymaganej kubatury budynku. Nawet bieżące realizacje inwestycji oraz remontów dowodzą, że odwołujący jest w stanie nawet bez udziału podmiotu trzeciego wykonać należycie zamówienie objęte postępowaniem przez Gminę Kartuzy. Na potwierdzenie załączył protokół odbioru robót budynku w Porcie Wojennym w Gdyni, pierwsze strony umów na remont dachu i termomodernizację budynków w Gdyni i Siemirowicach.

Odwołujący nie zgodził się z także z zarzutem braku wykazania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W uzasadnieniu wykluczenia z postępowania Zamawiający wskazuje, że w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia dla Pani I.S. nie podano nr członkowskiego przynależności do Izby Inżynierów Budownictwa a jedynie nr uprawnień. Zarzut wypełnienia formularza z wykazem osób niezgodnie ze wzorem nie może stanowić podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku stwierdzenia takiej omyłki Zamawiający ma możliwość sprawdzenia na stronie internetowej nr członkowskiego z listy Inżynierów budownictwa i z powinien dokonać poprawki w oparciu o przepis art. 87 ust 2 pkt.3 ustawy Pzp. Zamawiający miał także możliwość żądania udzielenia wyjaśnień posługując się treścią przepisu art. 26 ust 4 ustawy Pzp, czego nie uczynił. Ponadto stwierdzić należy, że Odwołujący w treści formularza z wykazem osób złożył oświadczenie, że wymienione w wykazie osoby posiadają wymagane w ustawie uprawnienia. W zakresie tego oświadczenia mieści się także potwierdzenie przynależności do odpowiedniej IIB.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i powinno zostać oddalone w całości. W szczególności podał, że Odwołujący nie załączył do oferty dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia. Na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania się dysponowaniem doświadczeniem podmiotu trzeciego odwołujący nie wskazał, w jaki sposób będzie tym doświadczeniem dysponował, a jedynie załączył wykaz robót budowlanych, w których wykazuje roboty wykonane przez PW Millenium J.K. oraz załączył zobowiązanie firmy PW Millenium J.K. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia. Z treści zobowiązania wynika, że przekazywana wiedza i doświadczenie w zakresie wykonania instalacji centralnego ogrzewania oraz termomodernizacji będzie udostępniana w ramach doradztwa. Z treści tego dokumentu nie wynika, na jakiej zasadzie będzie prowadzone to doradztwo. Samo lakoniczne wskazanie przez wykonawcę, że podmiot trzeci udostępni mu swoje zasoby poprzez konsultacje i doradztwo, jest z pewnością niewystarczające. Wskazując na orzecznictwo [sygn. akt: KIO 451/15] stwierdził: „Pomijając kwestię, czy dla realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia dla przeniesienia wiedzy i doświadczenia wystarczające by były konsultacje i doradztwo (gdyż nie stanowi to przedmiotu sporu w niniejszym postępowaniu) Izba wskazuje, że nawet przy deklarowaniu takiego udziału podmiotu trzeciego uznaje się, że owe konsultacje i doradztwo stanowią udział w realizacji zamówienia. Tym samym podmiot taki musi przedstawić wymagane dokumenty świadczące o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, jeśli zamawiający ich wymagał. Warunek udziału w postępowaniu składa się - nie bez powodu - z dwóch elementów, tj. wiedzy i doświadczenia. O ile jeszcze wiedza może być wiedzą teoretyczną - wynikającą z informacji, które można zdobyć z książek, innych opracowań, informacji o cudzych doświadczeniach czy szkoleń, jak i wiedzą nabytą w sposób praktyczny, to doświadczenie z samej swojej istoty nie może być teoretyczne. Tym samym więc doświadczenia nie można przenieść jedynie w teorii, bez praktycznego udziału owego podmiotu doświadczonego w realizacji zamówienia. Bez udziału podmiotu posiadającego doświadczenie w żaden sposób nie można uznać, że zamówienie będzie realizował wykonawca doświadczony, jak tego wymagał zamawiający. Orzecznictwo potwierdza, że powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego tylko pozornie, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, powinno być uznane przez zamawiającego za nieskuteczne - co potwierdzono m.in. w wyroku z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 656/15: wykonawca powinien wykazać zamawiającemu, że będzie w stanie dysponować w trakcie realizacji zamówienia udostępnianym mu potencjałem w sposób realny. Nie może to być zatem tylko pozorne udostępnienie wykonawcy w trakcie prowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego określonych dokumentów. W postępowaniu tym

odwołujący wyjaśniał, iż posiada duże doświadczenie w zakresie przedmiotu umowy, tylko nie w takiej skali, jakiej wykazania wymagał zamawiający. W związku z tym zobowiązany był w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu powołać się na zasoby wiedzy i doświadczenia udostępnione przez podmiot trzeci, ale jednocześnie, w związku z jego własnym doświadczeniem, to udostępnienie zasobów jedynie przez konsultacje i doradztwo będzie wystarczające. W świetle takiej argumentacji Izba uznała działanie wykonawcy za mające jedynie charakter formalny, na potrzeby postępowania, a co za tym idzie - sprzeczne z intencją art. 26 ust. 2b PZP, dotyczącą realnej potrzeby i możliwości wykorzystania z potencjału podmiotu trzeciego w trakcie wykonywania zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest do zweryfikowania dokumentów otrzymanych od wykonawcy - nadrzędnym celem jest ustalenie, czy wybrany wykonawca rzeczywiście będzie mógł dysponować wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego nie tylko na etapie wyboru oferty, ale także w trakcie realizacji zamówienia. Ciężar udowodnienia tego faktu leży po stronie wykonawcy".

Ponadto:

„Treść zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia określonych zasobów wykonawcy podlega ocenie w kontekście realności, i rzeczywistości udostępnionego potencjału przez podmiot trzeci, zwłaszcza w sytuacji, gdy owo zobowiązanie jest jedynym dokumentem, z którego wynika dostępność powołanych zasobów dla wykonawcy w czasie wykonania zamówienia. Za niewystarczające dla udowodnienia, na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, dysponowania odpowiednimi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w zakresie potwierdzenia posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia należy przy tym uznać złożenie jedynie oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby treści: ~ „udostępniam doświadczenie i wiedzę celem realizacji zamówienia publicznego...” wraz z referencjami potwierdzającymi doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, na które powołuje się wykonawca. Ogólne oświadczenie o podanej wyżej treści w żaden sposób nie dowodzi, że wykonawca faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Zamawiający nie uzyskuje bowiem żadnego zobowiązania podmiotu trzeciego w obszarze sposobu posługiwania się przez wykonawcę zasobami podmiotu trzeciego. Uznanie takich dokumentów może natomiast doprowadzić do realizacji zamówienia przez podmiot nieposiadający kwalifikacji do realizacji zamówienia”. Dodatkowo wskazał „na treść implementowanej właśnie Dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26.02.2014r. Dyrektywa ta, w odniesieniu do robót budowlanych i usług wskazuje w art. 63, że wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. To samo potwierdzone zostało w Dyrektywie dotyczącej zamówień sektorowych 2014/25/UE, w Art. 79”.

Reasumując stwierdził, że Odwołujący nie wykazał i nie udowodnił w myśl przepisów Ustawy - że posiada wymaganą w postępowaniu wiedzę i doświadczenie. W sytuacji, której wykonawca nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie nie udowodni dysponowania odpowiednim zasobem podmiotów trzecich, podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Odnośnie zarzutu zaniechania ponownego wezwania do wykazania spełniania warunku posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia przez podanie numeru przynależności Pani I.S. do Izby Inżynierów Budownictwa, Zamawiający wyjaśnił, że działając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w związku z faktem, iż oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu, Zamawiający nie wzywał wykonawcy do złożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów, które zawierały błędy lub nie zostały złożone, albowiem ten wykonawca został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Przedmiotem zamówienia jest „Przebudowa istniejącej instalacji centralnego ogrzewania oraz termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej nr 1 w Kartuzach”, którego wartość – zgodnie z protokołem z tego postępowania została określona na kwotę netto 942.434,94 zł. Z dokumentacji sprawy wynika, że wykonawca M – Invest sp. z o.o. z Kiełpina dla wykazania warunków udziału w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie złożył w ofercie wymaganego specyfikacją istotnych warunków zamówienia – pkt 6.2 ppkt 1 i ppkt 2 - Wykazu robót budowlanych oraz Wykazu osób, dla których określone zostały formularze w załącznikach nr 5 i 6 do specyfikacji. Wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie o uzupełnienie wskazanych dokumentów przedłożył wymienione Wykazy oraz zobowiązanie firmy PW Millenium J.K. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do Wykazu robót, w którym wymienił jedną robotę budowlaną, potwierdzoną listem referencyjnym, wskazując, jako zamawiającego Firmę Produkcyjno-Handlowa-Usługowa Zdrojewscy s.j. ze Stężycy oraz wykonawcę – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MILENIUM” J.K. z Leszna. Dołączył także [na formularzu według załącznika nr 3 do siwz] zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów – na którym [w lewym górnym rogu] w miejsce wystawcy zobowiązania - Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „MILENIUM” J.K. z Leszna,

[użyczającego zasoby, co wynika m.in. z pieczęci zamieszczonej w prawym górnym rogu – miejscu przewidzianym na podpis dla tego podmiotu] - zamieszczono pieczęć firmową Odwołującego z jego danymi teleadresowymi. W części pierwszej zobowiązania – wykreślając zgodnie z instrukcją niepotrzebne informacje - zamieszczono następujące informacje: „Zobowiązuję się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie * wiedzy i doświadczenia, poprzez:

udostępnienie wiedzy i doświadczenia w zakresie budowy/przebudowy instalacji centralnego ogrzewania, jeśli tylko firma M-Invest zwróci się o taką wiedzę na każdym etapie realizacji zamówienia.

Oświadczamy, iż uczestniczymy w wykonywaniu zamówienia jako doradca.

Udostępniemy również wiedzę i doświadczenie w zakresie robót polegających na termomodernizacji”.

W dalszej części wskazano, że „Udostępnienie potencjału w w/w zakresie nastąpi na podstawie umowy o doradztwo (...).

Z kolei na Wykazie osób w odniesieniu do wskazanej w poz. 1 pani I. S. wskazano w kolumnie „Kwalifikacje zawodowe” w zakresie wymaganego nr członkowskiego przynależności do Izby Inżynierów Budownictwa na nr: „WKP/0134/OWOS/12.

W Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1.07.2016 r. w punkcie 2 dotyczącym wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający podał w szczególności, że w odniesieniu do p. S. w miejsce wymaganego nr członkowskiego podano numer uprawnień. W odniesieniu do zobowiązania o udostępnieniu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, którego treść omówił wskazując na postanowienie pkt 2 części IV specyfikacji - wskazał, że wykonawca nie wykazał, „że posiada wystarczającą wiedzę i doświadczenie do realizacji niniejszego zamówienia, ani też nie udowodnił realnego dysponowania podmiotem trzecim, który w sposób praktyczny udostępniłby swoje doświadczenie podczas realizacji niniejszego zamówienia”. Wskazano także w Informacji w punkcie 3, że ta oferta z uwagi na wykluczenie wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący zaskarżył te czynności.

Rozpoznając podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 oraz art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, Izba uznała argumentację Zamawiającego przedstawioną w Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1.07.2016 r. w punkcie 2, dotyczącym wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz w odpowiedzi na odwołanie za wyczerpującą w tej kwestii.

Zamawiający słusznie wykluczył wykonawcę z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż odpowiadając na wezwanie nie przedłożył wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentów, a tym

samym nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim został powiadomiony.

Zamawiający prawidłowo uznał, że powołanie się na udostępnienie przez podmiot trzeci wiedzy i doświadczenia bez udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, jest jedynie pozornym powołaniem się na potencjał tego podmiotu, a nie realnym, jak to jest wymagane w postępowaniu o zamówienie publiczne i, co wynikało z pkt 2 Części IV SIWZ. Zgodnie z treścią pkt 2 Części IV SIWZ: „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonywania zamówienia lub zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim 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 niniejszego zamówienia (wzór zobowiązania stanowi załącznik nr 3 do SIWZ) lub inny dokument równoważny. Zamawiający wymaga, aby pisemne zobowiązanie lub dokument równoważny, o którym wyżej mowa określał: a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem (np. umowa najmu, umowa z podwykonawcą, itp.), d) zakres oraz okres udziału, w którym podwykonawca będzie uczestniczył przy wykonywaniu niniejszego zamówienia.” Z kolei z treści przedłożonego zobowiązania, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wynika, że doradztwo będzie świadczone z momentem przystąpienia do realizacji zamówienia przez tego wykonawcę. Wprost przeciwnie wskazano w nim na gotowość uczestnictwa tylko wówczas [jego świadczenie] tylko wówczas, gdy zwróci się o takie wsparcie - a właściwie taką wiedzę (literalne brzmienie pomija udostępnienie – w dalszej części - doświadczenia), składający ofertę wykonawca. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że także w toku rozprawy, Odwołujący nie wykazywał, że przy realizacji tego zamówienia zakładał takie faktyczne uczestnictwo podmiotu trzeciego. Przede wszystkim dowodził i wskazywał na swoje doświadczenie zawodowe, [które nie potwierdzało warunku w wymaganym zakresie] oraz podkreślał, mało skomplikowany – jego zdaniem – zakres prac do wykonania w ramach przedmiotowego zamówienia. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że warunek udziału w postępowaniu odnosi się zarówno do wiedzy, jak i doświadczenia. Wiedza może być wiedzą teoretyczną - wynikającą z informacji, które można zdobyć z cudzych doświadczeń czy szkoleń, jednakże doświadczenie, w tym przypadku w robotach budowlanych, ze swojej istoty nie może być teoretyczne. Tym samym doświadczenia nie można przenieść jedynie w teorii, bez praktycznego udziału - doświadczonego w realizacji robót - podmiotu. Wskazane zobowiązanie nie potwierdza realnego uczestnictwa

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MILENIUM” J.K. z Leszna w realizacji tego zamówienia, a tylko takie zobowiązanie mogłoby zostać uznane za dowód udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci. Reasumując Izba stwierdza, że Odwołujący nie potwierdził spełniania warunku z punktu 1.2. części IV specyfikacji i z tego względu podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.2 ustawy Pzp z tego postępowania. Izba dodatkowo stwierdza, że powoływane przez Odwołującego poglądy z orzecznictwa straciły obecnie na aktualności, gdyż pogląd w zakresie stosowania art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych ewoluował w kierunku konieczności realnego powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego. Potwierdza to zarówno orzecznictwo krajowe, jak i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Potwierdza taki pogląd najwyraźniej także art. 63 dyrektywy Parlamentu Europejskiego I Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. W jego treści wskazano jednoznacznie, że „w odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne.”

W odniesieniu do drugiego z dokumentów dotyczącego Wykazu osób, należy stwierdzić, że wskazany brak numeru podlegał uzupełnieniu przez wykonawcę w trybie przewidzianym ustawą Pzp, lub poprawieniu we własnym zakresie przez Zamawiającego, o ile nie dostrzegłby przeszkód w zakwalifikowaniu tej okoliczności, jako omyłki oraz w możliwości jej poprawienia. Jednakże z uwagi na potwierdzoną pierwszą okoliczność, skutkującą wykluczeniem wykonawcy z postępowania, bezprzedmiotowe stało się kierowanie odrębnych wezwań do wykonawcy w trybie art. 26 ust.4 ustawy Pzp, bądź jego powiadomienie w trybie art. 87 ust.2 Pzp w związku z zastosowaniem odpowiednio jego pkt 1 lub 3.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Rozpoznając wniosek Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, Izba, mając na uwadze § 3 pkt 2 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), uwzględniła wniosek w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł. Nie uwzględniła natomiast wniosku w przedmiocie kosztów dojazdu, albowiem nie uznała za uzasadnione wnioskowane koszty na kwotę 739 zł, której wyliczenie oparto na przepisach rozporządzenia ministra infrastruktury w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy, którego przepisy w postępowaniu odwoławczym przed Izbą nie mają zastosowania.

Przewodniczący: