

Sygn. akt KIO/1536/10

WYROK

z dnia 3 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ATEM – Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia** od czynności zamawiającego **Polskich Kolei Państwowych S.A. Centrala, ul. Szczęśliwicka 62, 00-973 Warszawa**

orzeka:

I. oddala odwołanie;

II. kosztami postępowania obciąża **ATEM – Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ATEM – Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Łużycka 2, 81-537 Gdynia**.

Pouczenie:

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 21 lipca 2010 r. przez ATEM - Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Gdyni w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie adaptacji byłego budynku CETAKOL przy ul. Niepodległości 31 w Sosnowcu na potrzeby archiwum zakładowego PKP S.A. zgodnie z opracowaną dokumentacją projektową. Odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego - Polskie Koleje Państwowe S.A. Oddział Gospodarowania Nieruchomościami w Katowicach przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych [dalej ustawa PZP] w następującym zakresie:

- 1) przepisu art. 26 ust.2b ustawy PZP poprzez błędne przyjęcie, że „powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca)” - podczas gdy ustawa nie formułuje takiego wymogu;
- 2) przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP w związku z art. 89 ust. 1 ustawy PZP poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący dokonał niedopuszczalnej zmiany oferty w sytuacji, w której składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powołał się na wiedzę i doświadczenie innych podmiotów, które zobowiązały się do oddania mu w tym zakresie niezbędnych zasobów (co zostało wykazane odpowiednimi zobowiązaniami tych podmiotów), a następnie działając na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów wystosowanego przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i na skutek poglądu prawnego wyrażonego przez Zamawiającego w tym wezwaniu, poprawił formularz ofertowy poprzez wskazanie tych podmiotów jako podwykonawców.

Mając na uwadze powyższe, wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego i wyboru oferty najkorzystniejszej, a także zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu podał, że w ofercie wskazał, iż polega na wiedzy i doświadczeniu dwóch innych podmiotów i dołączył ich zobowiązania do oddania mu do dyspozycji własnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia publicznego, w tym: (1) zobowiązanie KESSEL Spółki z o.o. z siedzibą w Gdyni do zapewnienia wsparcia merytorycznego i doradztwa technicznego poprzez zapewnienie udziału w wykonaniu zamówienia publicznego kierownika robót Pana Jacka M oraz (2) zobowiązanie ML-BUD P.B.P.H s. c. z siedzibą w Gliwicach do zapewnienia wsparcia merytorycznego i doradztwa technicznego poprzez zapewnienie udziału w wykonaniu zamówienia publicznego kierownika robót Pana Mariusza C wraz z oświadczeniami tych podmiotów, że spółki posiadają wiedzę i doświadczenie w zakresie robót budowlanych objętych postępowaniem przetargowym. Pismem z dnia 28 czerwca 2010 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia złożonych wraz z ofertą dokumentów w zakresie spełniania przez Odwołującego się wymogów określonych w pkt. IV. 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [siwz] tj. wykazania, że w okresie ostatnich 5 lat przed wszczęciem przedmiotowego postępowania przetargowego ukończył z należytą starannością, co najmniej 2 roboty budowlane o zakresie odpowiadającym lub większym niż objęte przedmiotem zamówienia. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że przedłożone przez Odwołującego referencje są referencjami podmiotów trzecich, zaś Odwołujący oświadczył, iż nie zamierza powierzać do pod wykonania żadnej części przedmiotowego zamówienia publicznego. Wykonując to wezwanie Odwołujący wraz z pismem z dnia 01 lipca 2010 r. złożył poprawiony formularz ofertowy, w którym wskazano, iż nadzór techniczny nad prowadzonymi robotami budowlanymi zostanie powierzony innym podmiotom, na których wiedzy i doświadczeniu Odwołujący polega - jako

podwykonawcom - celem wykazania spełnienia warunków określonych w pkt. IV. 1 SIWZ. Zamawiający, pismem z dnia 16 lipca 2010 r., powołując się na przepis art. 89 pkt 1 i pkt 2 oraz art. 87 ust. 1 ustawy PZP poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu podał, że powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje byłoby dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy podmiot ten brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca). Jednocześnie Zamawiający podniósł, że w ofercie Odwołujący wskazał, że występuje, jako podmiot działający we własnym imieniu oraz że nie zamierza powierzać do podwykonawstwa żadnej części zamówienia, a tym samym brak było podstaw do powoływania się przez Odwołującego na doświadczenie innych podmiotów. Nadto, w ocenie Zamawiającego, złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie do uzupełniania oferty dokumenty, w tym w szczególności poprawiony formularz oferty, stanowiły zmianę jej treści, co sprzeczne było z treścią przepisu art. 87 ustawy i skutkować winno było odrzuceniem oferty Odwołującego. Nie zgadzając się z takim rozstrzygnięciem Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią przepisu art. 26 ust. 2b ustawy – Prawo zamówień publicznych 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 nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddaniu mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Odwołujący, celem udowodnienia tej okoliczności załączył do złożonej oferty stosowne zobowiązania dwóch podmiotów, z których zasobów i wsparcia zamierzał w przedmiotowym postępowaniu przetargowym skorzystać, choć jednocześnie w treści oferty wskazał, że składa przedmiotową ofertę we własnym imieniu oraz że nie zamierza powierzać do pod wykonania jakiegokolwiek części zamówienia. W ocenie Odwołującego, w świetle treści przepisu art. 26 ust. 2b ustawy PZP, który stanowi jedynie o wykazaniu możliwości dysponowania określonymi

zasobami i doświadczeniem innych podmiotów, nie czyniąc w tym zakresie jakiegokolwiek odniesienia do charakteru prawnego stosunków łączących oferenta z takimi podmiotami, nie było koniecznym wskazywania takich podmiotów, jako podwykonawców. Zdaniem Odwołującego brak jest podstaw do przyjęcia na podstawie brzmienia przywołanego powyżej przepisu, że poleganie przez oferenta na wiedzy, doświadczeniu, czy zasobach innych podmiotów może odbywać się tylko w ramach zlecenia przez oferenta pod wykonania części czynności objętych zamówieniem, a nie jest możliwa na podstawie innych stosunków prawnych, które nie wymagają angażowania takiego podmiotu, jako bezpośrednio uczestniczącego w postępowaniu przetargowym. W konsekwencji również, nie można w takiej sytuacji było wykluczyć powołania się na referencje takiego podmiotu w zakresie jak uczynił to w niniejszym postępowaniu Odwołujący, skoro faktycznie w takiej sytuacji Odwołujący dysponuje wiedzą, doświadczeniem i zasobami innych podmiotów, tak jak swoimi własnymi. Zgadzając się, iż doświadczenie i wiedza nie stanowią dobra materialnego, mogącego być przedmiotem obrotu, oraz, że wiedza i doświadczenie stanowią między innymi wartość, którymi charakteryzują się zasoby ludzkie danego podmiotu, jednocześnie Odwołujący stwierdził, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia może nastąpić przede wszystkim poprzez udostępnienie zasobów ludzkich - to jest bowiem najbardziej oczywisty sposób przekazywania know-how. Zdaniem wykonawcy, nie znajduje prawnego uzasadnienia pogląd Zamawiającego, że doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym oraz, że w związku z tym nie jest możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczeniem jest związane. Przyjęcie tego tezy było by równoznaczne z przyjęciem, że bez zbycia przedsiębiorstwa nie można sprzedać rzeczy, która wchodzi w jego skład. Dalej wykonawca stwierdził, że cytowany przez Zamawiającego art. 552 KC zawiera dyrektywę określającą jaki jest skutek czynności prawnej mającej za przedmiot przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym. Natomiast przepis ten w żadnym wypadku nie ogranicza dopuszczalności dokonywania czynności prawnych mających za przedmiot tylko jeden ze składników przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym.

Podkreślenia zdaniem Odwołującego wymaga, że w SIWZ Zamawiający nie sformułował żadnych szczególnych warunków, przy zachowaniu których musi nastąpić udostępnienie wiedzy i doświadczenia innych podmiotów - a w szczególności nie wskazał jakiego rodzaju zasoby mają być w tym zakresie udostępnione wykonawcy przez inne podmioty, a zatem nie jest dopuszczalne kwestionowanie na etapie oceny oferty rodzaju zasobów udostępnionych przez podmioty, na których wiedzy i doświadczeniu polega wykonawca składający ofertę. Odwołujący zaznaczył także, że udostępnienie zasobów ludzkich przewidywało zobowiązanie podmiotów trzecich, na których wiedzy i doświadczeniu Odwołujący polegał składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 ustawy, Odwołujący stwierdził, że na skutek wezwania do złożenia dokumentów i wyjaśnień, kierując się treścią żądania Zamawiającego, Odwołujący dokonał modyfikacji formularza ofertowego tj. wskazał [pkt. 8 oferty na stronie 11], że zamierza powierzyć do pod wykonania część zamówienia w zakresie nadzoru technicznego nad prowadzonymi robotami budowlanymi, zgodnie z przedstawionymi uprzednio i załączonymi do oferty zobowiązaniami podmiotów trzecich. Zgodnie z treścią przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowiło to jedynie doprecyzowanie i wyjaśnienie sposobu rozumienia treści oferty poprzez usunięcie zgłaszanej przez Zamawiającego niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Zdaniem odwołującego się wykonawcy nie spowodowało to nie tylko istotnych, ale faktycznie jakichkolwiek zmian w treści oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący bowiem nadal w tym samym zakresie zamierzał korzystać z zasobów ludzkich dwóch podmiotów, których referencje zostały złożone z oferta. Zmiana dokonana w omawianym zakresie na wezwanie Zamawiającego w istocie miała charakter czysto techniczny. Odwołujący zwrócił też uwagę, że zgodnie z treścią przepisu art. 87 ust. 1 ustawy PZP w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek

zmiany w jej treści. Jak zaś stanowi art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W świetle powyższego Zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty, a zakres możliwych do poprawienia omyłek powinien być interpretowany możliwie najszerszej. Powołując się na orzecznictwo stwierdził, że pojęcie "innej omyłki" nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie, jako technicznego błędu w sposobie sporządzenia oferty, pominięcia lub pomylenia określonych wyrażeń czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty ze specyfikacją. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego błędnego przekonania, co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Tylko bowiem przy uwzględnieniu okoliczności sprawy można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty. O istotnej zmianie treści oferty można byłoby mówić w okolicznościach, gdy poprawienie omyłki w istocie powodowałoby tak wiele zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, że moglibyśmy mówić o nowej ofercie, a nie o pewnej korekcie pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy. Co więcej, dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsca w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada wymaganiom merytorycznym określonym w specyfikacji. Nie dotyczy zatem formy, w jakiej te wymagania zostały spełnione przez Wykonawcę. Mając na uwadze wszystko powyższe Odwołujący wskazał, że w niniejszej sprawie nie może być mowy o zmianie oferty, albowiem wykonawca od początku wskazywał, że zamierza korzystać z wiedzy, doświadczenia i zasobów innych podmiotów, a jedynie na skutek odmiennej interpretacji postanowień specyfikacji oraz treści przepisu art. 26

ust. 2b ustawy PZP nie wskazał ich jako podwykonawców części zamówienia objętego przetargiem. Jednakże wola i zamiar Odwołującego w tym zakresie były od początku wyraźne i nie uległy zmianie na skutek złożenia przez Odwołującego skorygowanego formularza ofertowego. Podkreślił także, że oferta została skorygowana wyłącznie na skutek poglądu prawnego wyrażonego przez Zamawiającego w wezwaniu wystosowanym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Ponadto korekta stanowiła jedynie usunięcie technicznej, formalnej niezgodności sposobu wypełnienia formularza ofertowego ze specyfikacją, które nie spowodowało jakichkolwiek, a już w żadnym razie istotnych zmian w treści oferty, jedynie doprecyzowało jej postanowienia oraz usuwało zaistniałe w tym zakresie wątpliwości. Ta korekta faktycznie umożliwiała ustalenie rzeczywistej woli towarzyszącej Odwołującemu przy składaniu oferty bez jakichkolwiek wątpliwości. Co więcej, nie doprowadziło to również do jakichkolwiek zmian w odniesieniu do podstawowych kwestii przedmiotu zamówienia, czy istotnych postanowień oferty, które pozwalałyby na stwierdzenie, że można by mówić o nowej ofercie. W istocie Odwołujący dokonał jedynie poprawki o charakterze technicznym wpisując w treści oferty takie jej elementy, które można było wywieść już ze złożonych dokumentów. Wykonawca wskazał także, że w niniejszym postępowaniu, co najwyżej nie zachowana została przez Odwołującego forma oferty, dokonana zmiana nie świadczy bowiem w żadnym razie o niezachowaniu jakichkolwiek warunków merytorycznych, które skutkować by mogły w sposób zasadny odrzuceniem oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ofertę odwołującego się wykonawcy ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, z uwzględnieniem art. 180 ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo

zamówień publicznych [Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759] [dalej PZP]. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a wartość szacunkowa zamówienia, nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż została określona na kwotę 861.563,32 EURO, podczas gdy wartość zamówienia, od której uzależniony został obowiązek przekazywania przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich stanowi kwotę 4.845.000 EURO.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów KIO stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 26 ust.2b ustawy PZP dotyczy warunku określonego w pkt IV.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz – Doświadczenie zawodowe], stanowiącego o wiedzy i doświadczeniu wykonawcy. W tym przypadku, Zamawiający w specyfikacji wymagał wykazania przez wykonawcę, co najmniej dwóch robót budowlanych o zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia lub większym. Zamówienie odpowiadające zakresem przedmiotowi zamówienia zostało zdefiniowane jako budowa lub przebudowa budynku o powierzchni min. 3.000 m² w zakresie robót ogólnobudowlanych i instalacji wewnętrznych. Zamawiający – w spornym zakresie - stwierdził także, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, oraz potencjale technicznym i osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany był 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 wykonywaniu zamówienia. Z treści wezwania wynika, że odwołujący się wykonawca [dowód: wezwanie do uzupełnienia zawarte w piśmie z dnia 28.06.2010r.] załączył do wykazu referencję na jedną robotę wykonaną samodzielnie, o parametrach nie spełniających wymagań, zaś pozostałe

referencje [tym samym roboty ujęte w wykazie] dotyczą podmiotów trzecich. Zamawiający stwierdził także, że zgodnie z oświadczeniem [str 11 oferty], wykonawca będzie wykonywał zamówienie samodzielnie bez udziału podwykonawców. W uzupełnieniu [w odpowiedzi na wezwanie] Odwołujący podał, [dla potwierdzenia warunku wiedzy i doświadczenia, że stosownie do art. 26 ust.2b Prawa zamówień publicznych – polega na wiedzy i doświadczeniu podmiotów trzecich, których pisemne zobowiązanie oraz referencje zostały załączone do oferty. Stwierdził także, że formularz ofertowy na str 11 został poprawiony poprzez wskazanie tych podmiotów trzecich jako podwykonawców w zakresie nadzorów technicznych nad prowadzonymi robotami budowlanymi. Z treści oświadczeń [zobowiązań] podmiotów trzecich wynika, że są to wykonawcy posiadający wiedzę i doświadczenie w zakresie robót budowlanych wymaganych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz, że te podmioty zobowiązują się do oddania ATM- Polska - w okresie wykonywania zamówienia publicznego - zasobów pozwalających na wykorzystanie wiedzy i doświadczenia, a w szczególności zobowiązują się do zapewnienia wsparcia merytorycznego i doradztwa technicznego poprzez zapewnienie udziału w wykonywaniu zamówienia publicznego wskazanych osób jako kierowników robót z uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Izba zauważa jednocześnie, że odwołujący się wykonawca w ofercie na stanowisko kierownika budowy wskazał innego kandydata [Pana Jarosława J, a także innych kandydatów - na stanowiska kierowników robót.

Zdaniem KIO przedłożone zobowiązania podmiotów trzecich, w tych okolicznościach faktycznych nie potwierdzają, że odwołujący się wykonawca spełnił wymagany warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia. Izba przede wszystkim zwraca uwagę, iż przedmiotem tego zamówienia są roboty budowlane. Zgodnie z art. 647(1) ustawy – Kodeks cywilny - roboty budowlane są realizowane osobiście przez wykonawcę lub za pomocą podwykonawców. Z treści przedłożonych oświadczeń nie wynika, że celem ich

przedłożenia było bezpośrednio uczestnictwo w realizacji zamówienia przez podmioty, których zobowiązania zostały dołączone do oferty odwołującego. Zdaniem Izby w tych okolicznościach faktycznych w przypadku robót budowlanych dysponowanie potencjałem dla potwierdzenia warunku wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę mogło nastąpić poprzez przyjęcie przez podmiot trzeci zadań dla podwykonawcy, co powinno wynikać z treści oświadczeń. W innych okolicznościach Odwołujący nie może powoływać się na doświadczenie podmiotów trzecich, tylko z tego powodu, że taki podmiot udziela mu upoważnienia do dysponowania jego doświadczeniem nabytym wyłącznie przez ten podmiot przy realizacji skonkretyzowanych inwestycji. Wskazywane do realizacji zamówienia przez taki podmiot osoby, będące w jego dyspozycji, potwierdzają co najwyżej warunek w części odnoszącej się do dysponowania osobami wymaganymi do realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Izba stoi także na stanowisku, że dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami dla potwierdzenia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia musi być jednoznaczne. Potwierdzeniem tego jest pozytywna ocena dowodu, w tym przypadku w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia wykonawcy składającego ofertę. Krajowa Izba Odwoławcza zgadza się także z poglądem prezentowanym w orzecznictwie, że dysponowanie wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 2 – 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych zasobami może być oparte na zindywidualizowanych podstawach prawnych. Jednakże w sytuacji gdy warunek dotyczy zasobów nierozdzielnie związanych z podmiotem ich udostępniającym, zasobów które nie mogą być przedmiotem samodzielnego obrotu i których udostępnianie bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, nie jest możliwe, takie zobowiązanie o udostępnieniu zasobów powinno zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w tej konkretnej sprawie, gdzie przedmiotem zamówienia są roboty budowlane i potwierdzenie spełnienia warunku dotyczy wiedzy i doświadczenia wykonawcy [nie jego zasobów kadrowych] musi być związane z osobistym udziałem podmiotu, którego wiedza i doświadczenie ma potwierdzać spełnianie wymaganego warunku. Zatem uczestnictwo tego podmiotu w charakterze podwykonawcy

jest niezbędne. W innym przypadku wykonawca przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu nie udowadnia dysponowania wymaganym zasobem patrz tego wykonawcę.

Mając zatem na względzie przepis art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący się wykonawca nie udowodnił dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w zakresie potwierdzenia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Izba stwierdziła także, że w niniejszej sprawie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w ustawy PZP nie ma zastosowania. Na podstawie tego przepisu Odwołujący nie był uprawniony do dokonania modyfikacji formularza ofertowego poprzez *de facto* odwołanie uprzednio złożonego oświadczenia woli i wskazanie [pkt. 8 oferty na stronie 11], że niniejsze zamówienie w zakresie nadzoru technicznego nad prowadzonymi robotami budowlanymi, będzie realizowane z udziałem podwykonawców. Izba nie podziela poglądu wykonawcy, iż zgodnie z treścią przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowiło to jedynie doprecyzowanie i wyjaśnienie sposobu rozumienia treści oferty poprzez usunięcie zgłaszanej przez Zamawiającego niezgodności oferty ze specyfikacją. Tym samym, także Zamawiający nie mógł dokonać takiej zmiany, albowiem oświadczenie co do podwykonawstwa i rozstrzygnięcie o zakresie tego podwykonawstwa z pewnością nie może być kwalifikowane jako inna omyłka w rozumieniu art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy PZP. Ponadto oświadczenie woli złożone w ofercie o osobistej realizacji zamówienia [bez udziału podwykonawców] przez wykonawcę nie budziło wątpliwości. Z tych też względów, zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego dokonana zmiana oferty ingerowała w sposób istotny w jej treść, albowiem związana jest z potwierdzeniem spełniania przez wykonawcę warunku udziału w tym postępowaniu.

Z powyższych względów, mając także na uwadze art.192 ust.7 ustawy - Prawo zamówień publicznych, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy PZP, nie uwzględniając wniosku Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego z uwagi na nie przedłożenie do zamknięcia rozprawy rachunków wymaganych przepisami § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

.....