

Sygn. akt: KIO 1714/14

WYROK

z dnia 5 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Robert Skrzyszewski

Marek Szafraniec

Protokolant: Łukasz Liskiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum DIRINGER&SCHEIDEL POLSKA Sp. z o.o., ul. Międzyleska 4, 50-514 Wrocław i PREUSS PIPE REHABILITATION POLSKA Sp. z o.o., ul. Leśna 1, 43-170 Łaziska Górne** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji dla M. St. Warszawy S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa**

przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o., ul. Władysława Orkana 65/1, 51-153 Wrocław**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum DIRINGER&SCHEIDEL POLSKA Sp. z o.o., ul. Międzyleska 4, 50-514 Wrocław i PREUSS PIPE REHABILITATION POLSKA Sp. z o.o., ul. Leśna 1, 43-170 Łaziska Górne** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców**

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum DIRINGER&SCHEIDEL POLSKA Sp. z o.o., ul. Międzyleska 4, 50-514 Wrocław i PREUSS PIPE REHABILITATION POLSKA Sp. z o.o., ul. Leśna 1, 43-170 Łaziska Górne tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum DIRINGER&SCHEIDEL POLSKA Sp. z o.o., ul. Międzyleska 4, 50-514 Wrocław i PREUSS PIPE REHABILITATION POLSKA Sp. z o.o., ul. Leśna 1, 43-170 Łaziska Górne na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji dla M. St. Warszawy S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa kwotę 3 567 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji dla M. St. Warszawy S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Wykonanie renowacji magistral metodą bezwykopową w m.st. Warszawie z podziałem na 5 zadań”. Postępowanie to zostało podzielone na pięć zadań z możliwością składania ofert częściowych. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 24 kwietnia 2014 r. pod nr 2014/S 080-140496.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum DIRINGER&SCHEIDEL POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i PREUSS PIPE REHABILITATION POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Łaziskach Górnych (dalej: „Odwołujący”) w dniu 22 sierpnia 2014 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie dotyczy części 4 zamówienia („(a) Renowacja magistrali w ul. Kłobuckiej z podziałem na II Etapy (cementyzacja wewnętrznej powierzchni przewodu i (b) Renowacja magistrali w ul. Wąwozowej (cementyzacja wewnętrznej powierzchni przewodu)”) i części 5 zamówienia („(a) Renowacja magistrali w ul. Maczka (cementyzacja wewnętrznej powierzchni przewodu) z podziałem na 3 Etapy i (b) Renowacja magistrali w ul. Wólczyńskiej (cementyzacja wewnętrznej powierzchni przewodu)”). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę wniesionego odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu faksem w dniu 12 sierpnia 2014 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 22 sierpnia 2014 r. Do postępowania odwoławczego w dniu 25 sierpnia 2014 r. do Prezesa Izby swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Przystępujący”). Kopia zgłoszenia przystąpienia zastała przekazana stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 3 września 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie części 4 i 5 zamówienia od:

- 1) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności podjętej przez Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez Przystępującego;
- 2) zaniechania przez Zamawiającego czynności polegającej na wykluczeniu Przystępującego z postępowania, pomimo że złożona przez niego oferta nie spełniała warunków Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”);
- 3) zaniechania przez Zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty Przystępującego, pomimo zaistnienia przesłanek do wykluczenia tego wykonawcy, gdyż złożona przez niego oferta nie spełniała warunków SIWZ, a w konsekwencji odrzucenia złożonej przez niego oferty.

W tym zakresie Odwołujący wskazał na:

- 1) naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie, iż Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- 2) naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poprzez uznanie, iż Przystępujący wykazał, że posiada wiedzę i doświadczenie;
- 3) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, poprzez złożenie porozumienia wykonawcy i osoby trzeciej opatrzonego datą, w której nie zostało ono sporządzone;
- 4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo iż została ona złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowania;
- 5) naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenie oferty Przystępującego i wykluczenie go z udziału w postępowaniu,
3. zwrot kosztów postępowania, według udokumentowanego wniosku złożonego na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że załączone przez Przystępującego referencje udzielone przez spółkę Łódzką Spółkę Infrastrukturalną Sp. z o.o. nie odpowiadają treści żądaniu przedstawienia dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Zdaniem Odwołującego załączony do oferty tego wykonawcy „List referencyjny” z dnia 1 marca 2010 r. zawiera jedynie informację, że: *„Powyższe prace zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną oraz obowiązującymi przepisami BHP”*, z czego nie można wywodzić, że roboty zostały prawidłowo ukończone. Tym samym Odwołujący stwierdził, że załączony do oferty Przystępującego list referencyjny wystawiony przez spółkę Łódzką Spółkę Infrastrukturalną Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi nie spełnia warunku, jakie winien spełniać dokument stanowiący dowód, że roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujący, że zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Odwołujący powołał się przepis § 1 ust. 1 pkt 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, omyłkowo wskazanego zamiast rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwanego dalej: *„rozporządzeniem w sprawie dokumentów”*, zgodnie z którym wykonawcy w przypadku wykazywania doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych zobowiązani są złożyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Z przepisu tego – zdaniem Odwołującego - wynika, że przedmiotem dowodzenia dla wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia jest konieczność wykazania okoliczności potwierdzającej zarówno wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, jak i potwierdzenia prawidłowego ukończenia tych robót, wskazując

jednocześnie, że przedmiotem dowodzenia jest jedynie prawidłowe ukończenie takiego zakresu robót, który wynika z treści łączącego strony podstawowego stosunku zobowiązaniowego. Powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 8 marca 2012 r., KIO 408/12 i wyrok z dnia 2 listopada 2010 r., KIO 2253/10). W jego ocenie przedłożone przez Przystępującego referencje wystawione przez Łódzką Spółkę Infrastrukturalną Sp. z o.o., nie potwierdzają powyższego, gdyż żadne tego rodzaju zapisy nie zostały w jej treści zawarte. Odwołujący powołał się też na art. 354 § 1 kodeksu cywilnego stosowany do zamówień publicznych na podstawie art. 14 ustawy Pzp. Wskazał, że przepis ten wskazuje, iż dłużnik, pod którym rozumieć należy również wykonawcę robót budowlanych, winien wykonać ciążące na nim zobowiązanie zgodnie z jego treścią. Podkreślił, że treścią zobowiązania, jakim jest umowa o roboty budowlane, jest również wykonanie określonego w niej świadczenia w terminie ustalonym przez strony, w związku z czym zwłoka w wykonaniu obowiązków umownych świadczy o nieprawidłowym ukończeniu robót. Przywołał też art. 476 k.c., który przez pojęcie „zwłoki” wskazuje na opóźnienie w spełnieniu świadczenia, będące następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Podkreślił, że wystąpił do Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi pismem z dnia 30 lipca 2014 r. z wnioskiem o udzielenie informacji publicznej co do robót na zadaniu „Kontrakt 02C - Modernizacja systemu zasilania Łodzi w wodę - Wodociąg Dąbrowa - Modernizacja rurociągu wody uzdatnionej” w ramach Projektu Wodociągi i Oczyszczalnia ścieków w Łodzi II Nr 204/PL/16/C/PE/010 realizowanych przez Konsorcjum: INFRA S.A. - Lider, BUD-INŻ Sp. z o.o. - Partner, WIERTMAR Sp. z o.o. - Partner, PBG S.A. – Partner. W odpowiedzi na pytanie Odwołującego, czy roboty zostały wykonane należycie, terminowo, zgodnie ze sztuką budowlaną oraz prawidłowo ukończone Łódzka Spółka Infrastrukturalna w piśmie z dnia 5 sierpnia 2014 r. potwierdziła jedynie, że „*Roboty na zadaniu 02C zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną*”, nie potwierdzając terminowości ich zakończenia oraz prawidłowości ukończenia. Wskazał, że Spółka ta, udzielając odpowiedzi na pytania 3 i 4 wniosku o udzielenie informacji publicznej potwierdziła fakt naliczenia kar umownych w wysokości 418 460 Euro, wskazując jednocześnie, że kwota ta stanowiła „*kary za zwłokę w wykonaniu kontraktu*”. W tym zakresie Odwołujący wskazał, że zwłoka w realizacji kontraktu, rozumiana jest jako opóźnienie, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, które jest zawinione przez wykonawcę i naliczenie w konsekwencji kar umownych świadczy o tym, że roboty wykonane przez konsorcjum INFRA S.A. - Lider, BUD-INŻ Sp. z o.o. - Partner, WIERTMAR Sp. z o.o. - Partner, PBG S.A. - Partner, nie zostały prawidłowo ukończone w rozumieniu przepisu § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Powyższe - jego zdaniem - stanowi jednocześnie wyjaśnienie z jakiego powodu w treści listu referencyjnego Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o.o. z dnia

1 marca 2010 r. nie znalazła się informacja potwierdzająca prawidłowe ukończenie robót przez Konsorcjum INFRA S.A. - Lider, BUD-INŻ Sp. z o.o. - Partner, WIERTMAR Sp. z o.o. - Partner, PBG S.A. - Partner. Wskazany list referencyjny - zdaniem Odwołującego - nie spełnia warunku, jaki winien spełniać dokument stanowiący dowód, że roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujący, że zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, co wskazuje, że Przystępujący nie przedstawił dokumentu wskazanego w punkcie 6.1.2. SIWZ, stanowiącego dowód dotyczący najważniejszych robót, określający, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujący, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, zaś oferta złożona przez tego wykonawcę nie spełnia warunków SIWZ i winna być odrzucona.

Odwołujący podniósł też, że zgodnie z art. 22 ust. pkt 2 ustawy, Pzp zasadą jest, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, o zamówienie mogą ubiegać się wyłącznie tacy wykonawcy, którzy posiadają stosowną wiedzę i doświadczenie, których zakres opisuje Zamawiający. W myśl art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca przy powyższym może oprzeć się na doświadczonym podmiocie, który wymagane doświadczenie posiada, jednakże w przypadku korzystania z wiedzy i doświadczenia osób trzecich, osoby te, zwłaszcza w przypadku zamówień na roboty budowlane, muszą realizować zamówienie w charakterze podwykonawcy, gdyż wyłącznie wtedy doświadczenie, które posiada osoba trzecia, znajdzie jakiegokolwiek przełożenie na realizację zamówienia. Na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo (wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2846/13).

Podkreślił, że w uzupełnieniu dokumentów załączonych do oferty Przystępujący przedłożył on porozumienie datowane na dzień 19 maja 2014 r. w sprawie oddania zasobów firmy INFRA S.A. w zakresie wiedzy i doświadczenia, do dyspozycji Przystępującego na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Wskazał, że w treści porozumienia podniesiono, że INFRA S.A. udostępni Przystępującemu w szczególności pracowników, którzy nabyli doświadczenie przy realizacji kontraktów określonych w treści referencji przekazanych Przystępującemu. Wskazując charakter stosunku, jaki będzie łączył Przystępującego i spółkę INFRA S.A., stwierdzono, że strony będą łączyły dwie umowy cywilnoprawne:

1. umowa podwykonawstwa, w ramach której INFRA wykona prace towarzyszące polegające na: odwodnieniu odcinków magistral na okres renowacji, wycięciu fragmentów magistral umożliwiających wprowadzenie urządzeń do czyszczenia i cementyzacji, wykonania inspekcji kamerą CTV po czyszczeniu i cementowaniu rurociągów, wykonania połączeń zdemontowanych odcinków magistral oraz

2. umowa o świadczenie doradztwa technicznego i organizacyjnego oraz kontroli jakości przez cały okres realizacji zamówienia, w sposób ciągły i w zakresie obejmującym następujące obowiązki: doradztwo i kontrola podczas procesu czyszczenia rurociągów, kontrola i ocena jakości materiałów użytych do sporządzenia zaprawy cementowej, kontrola jakości i zgodności z normą sporządzanej zaprawy cementowej, stała kontrola i doradztwo podczas procesu cementyzacji, kontrola i ocena jakości wykładziny cementowej na podstawie inspekcji TV, pobór próbek betonu do badania przez uprawniony zakład, kontrola zgodności prowadzonych robót z warunkami umownymi i sztuką budowlaną, kontrola organizacji placu budowy.

W porozumieniu wskazano, że INFRA S.A. w ramach umowy podwykonawczej, zapewni kadrę inżyniersko-techniczną posiadającą uprawnienia budowlane i doświadczenie w realizacji renowacji sieci wodociągowych metodą cementowania oraz pracowników na stanowiskach robotniczych posiadających niezbędne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie w prowadzeniu tego rodzaju prac. W ocenie Odwołującego przedłożone przez Przystępującego porozumienie nie stanowi dokumentu potwierdzającego formę i sposób udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego - w zakresie wiedzy i doświadczenia - przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia. Podkreślił, że podmiot trzeci, udzielający wiedzy i doświadczenia w zakresie cementyzacji ma nie brać udziału w wykonywaniu zasadniczych robót w zakresie cementyzacji, a powyższe zostało określone w treści zawartego porozumienia i znajduje uzasadnienie w sformułowanym przez Zamawiającego we wzorach umów zakazie wykonywania robót technologicznych, to jest czyszczenia, cementowania magistrali i wykonania rękawa przy pomocy podwykonawców. Tym samym podmiot trzeci - INFRA S.A. - zdaniem Odwołującego - nie udziela wykonawcy zasobów postaci wiedzy i doświadczenia, gdyż jak wskazuje orzecznictwo KIO (KIO 2846/13 i KIO 2885/13) udział podmiotu udzielającego wiedzę i doświadczenie (w tym przypadku w zakresie cementyzacji zgodnie z wymaganiami SIWZ) winien zostać zrealizowany co do zasady, w przypadku robót budowlanych, w formie podwykonawstwa (w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. w zakresie cementyzacji, co jednakże w świetle porozumienia pomiędzy Przystępującym i INFRA nie będzie realizowane, zaś w świetle wzorów umów stanowiących załączniki do SIWZ jest niedopuszczalne). Po drugie podkreślił, że podmiot trzeci - INFRA S.A. wskazuje, że zobowiązuje się do „zapewnienia” i „udostępnienia” swoich pracowników. W tym zakresie powołał się na prawo pracy (art. 22. § 1 Kodeksu pracy) i wskazał, że przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca - do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Wskazał, że jedyne wyjątki od tej, jednej z podstawowych zasad prawa pracy, przewiduje ustawa z dnia

9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych, na podstawie której pracodawca będący agencją pracy tymczasowej zatrudnia pracowników oraz kieruje tych pracowników i osób niebędących pracownikami agencji pracy tymczasowej do wykonywania pracy tymczasowej na rzecz pracodawcy użytkownika. Podkreślił jednak, że przepisy tego aktu prawnego nie mogą znajdować zastosowania wobec spółki INFRA S.A., gdyż nie jest ona agencją pracy tymczasowej. W związku z czym - zdaniem Odwołującego - INFRA S.A. nie może kierować swoich pracowników do innego przedsiębiorcy, nie może ich też użyczać czy udostępniać, zaś wszelkie czynności wykonywane przez pracowników INFRA S.A. na rzecz innych wykonawców winny być wykonywane przez samą INFRA S.A. w ramach obowiązujących umów (w przypadku robót budowlanych polegających na cementyzacji w ramach umowy podwykonawczej, której zawarcie na podstawie wzorów umów stanowiących załączniki do SIWZ, jest w odniesieniu do cementyzacji niedopuszczalne). Po trzecie wskazał, że wątpliwości budzi sama treść przedstawionego porozumienia i fakt jego złożenia dopiero po wezwaniu przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów. Podkreślił, że Przystępujący w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, a także w trakcie prowadzonego postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygnaturą KIO 1368/14 z odwołania Odwołującego, nie przedstawił porozumienia, które miało rzekomo zostać podpisane w dniu 19 maja 2014 r., a nawet nie wskazał na istnienie takiego porozumienia. Odwołujący podkreślił, że Przystępujący w trakcie rozprawy w dniu 18 lipca 2014 r. wyjaśniał, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi poprzez konsultacje i doradztwo oraz przez wykonanie prac towarzyszących, nie wskazywał zaś na umowę podwykonawstwa oraz na fakt zawarcia jakiegokolwiek porozumienia z INFRA S.A. Powyższe, w ocenie Odwołującego, budzi uzasadnione podejrzenie, że przedstawione porozumienie zostało sporządzone po wydaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku z dnia 18 lipca 2014 r. w sprawie KIO 1368/14 i służyło jedynie następcej próbie takiego dostosowania dokumentacji, aby odpowiadała ona zastrzeżeniom Izby wyrażonym w treści wyroku w sprawie KIO 1368/14.

W konsekwencji Odwołujący podniósł, że Przystępujący nie wykazał, że będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia INFRA S.A., poprzez, jedyny możliwy w przypadku umowy o roboty budowlane, udział w realizacji robót polegających na cementyzacji w charakterze podwykonawcy. Z drugiej zaś strony podkreślił, że wskazanie INFRA S.A. jako podwykonawcy dla robót polegających na cementyzacji jest niedopuszczalne z uwagi na postanowienia § 12 ust 2 wzoru umowy na wykonanie zadania 4 oraz § 12 ust 2 wzoru umowy na wykonanie zadania 5, w których Zamawiający wprowadził zastrzeżenie: „*do osobistego wykonania przez Wykonawcę robót technologicznych, tj. czyszczenia, cementowania magistrali i wykonywania rękawa*”. W konsekwencji podniósł, że oferta

Przystępującego nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i wykonawca ten winien zostać wykluczony udziału w postępowaniu, zaś jego oferta podlega odrzuceniu.

Swoje stanowisko Odwołujący podtrzymał w toku rozprawy, wnosząc o uwzględnienie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Dodatkowo jako dowód w sprawie złożył opinię prawną sporządzoną przez panią dr Elżę Mazurczak – Jasińską adiunkta w Zakładzie Prawa Pracy Instytutu Prawa Cywilnego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego z dnia 1 września 2014 r. na okoliczność wykazania, że nieuprawnione są w świetle obowiązujących przepisów prawa twierdzenia Przystępującego o udostępnieniu pracowników firmy Infra Przystępującemu z uwagi na to, że powyższe byłoby możliwe jedynie w dwóch przypadkach: zatrudnienia pracowników w innym podmiocie w przypadku uzyskania urlopu bezpłatnego oraz w przypadku świadczenia pracy tymczasowej, zaś żadne z tych okoliczności nie zachodzą w przedmiotowej sprawie. Odwołujący wniósł też o przeprowadzenie dowodu z akt sprawy o sygn.: KIO 1368/14, w szczególności z protokołu z posiedzenia i rozprawy, na okoliczność wykazania, że porozumienie pomiędzy Przystępującym, a firmą Infra datowane na dzień 19 maja 2014 r. nie zostało podpisane w tej dacie. Podkreślił, że w trakcie rozprawy we wskazanej sprawie pełnomocnik Przystępującego nie wskazywał na istnienie takiego porozumienia, jak też nie przedłożył go do akt sprawy.

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na niezasadność zarzutów. Podkreślił też, że zarzut dotyczący referencji Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej nie powinien być przez Izbę rozpoznawany, ponieważ te same okoliczności były przedmiotem zarzutów w sprawie odwołania KIO 1368/14 i przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w wyroku wydanym w tej sprawie. W związku z powyższym wniósł o oddalenie wniosków dowodowych zgłoszonych przez Odwołującego, tj. wniosku o udostępnienie informacji publicznej z 30 lipca 2014 r. i pisma z Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej z 5 sierpnia 2014 r. Podkreślił, że powoływanie przez Odwołującego nowych dowodów nie stanowi nowej okoliczności w sprawie, a zgłaszane w tym zakresie wnioski dowodowe są spóźnione, gdyż powinny być zgłoszone przez Odwołującego najpóźniej do zamknięcia rozprawy w sprawie KIO 1368/14. Zamawiający wskazał też, że mówiąc o zwłoce można także mieć na myśli zwłokę związaną z dochowaniem pośrednich terminów kontraktowych, co nie może wskazywać na okoliczność wykonania w sposób nienależyty całego kontraktu. Jego zdaniem skoro Łódzka Spółka Infrastrukturalna wystawiła firmie Infra list referencyjny, tym samym też potwierdziła należyte wykonanie zamówienia i jego prawidłowe zakończenie.

Co do przedłożonego przez Przystępującego porozumienia z podmiotem trzecim Zamawiający podkreślił, iż brak jest podstaw do uznania, że w tym przypadku koniecznym jest wykazanie podwykonawstwa podmiotu trzeciego (wskazał na orzeczenie KIO w sprawie KIO 1201/13, jak też orzeczenie wydane w niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne w sprawie KIO 1368/14). Podkreślił też, że przedłożone przez Przystępującego porozumienie jest szczegółowe i wskazuje na możliwość realnego skorzystania z zasobów wiedzy i doświadczenia firmy Infra, co pozwala na prawidłowe wykonanie niniejszego zamówienia. Porozumienie to – zdaniem Zamawiającego - wskazuje na stałość stosunków pomiędzy podmiotem trzecim, a Przystępującym w całym toku realizacji zamówienia, a także na stałą kontrolę, doradztwo podmiotu trzeciego. Zamawiający wskazał też, że dodatkowo w warunkach dotyczących zasobu osobowego wymagał także doświadczenia od osób w zakresie cementyzacji i – jego zdaniem - połączenie tych dwóch zasobów - zasobu kadrowego oraz wiedzy i doświadczenia także gwarantuje Zamawiającemu realne korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia. Wskazał, że na podstawie wskazanego porozumienia to firma Infra i jej pracownicy będą świadczyć określone usługi w ramach niniejszego kontraktu na podstawie porozumienia zawartego pomiędzy Przystępującym, a podmiotem trzecim w związku z powyższym przepisy prawa pracy nie mają w tym zakresie żadnego znaczenia. Zamawiający wskazał też na brak dowodów po stronie Odwołującego dla wykazania okoliczności, iż porozumienie pomiędzy Infra, a Przystępującym nie zostało podpisane w dacie 19 maja 2014 r. – w jego ocenie - Odwołujący opiera się tu jedynie na spekulacjach i przypuszczeniach. Wskazał, że pełnomocnik Przystępującego w poprzednim postępowaniu odwoławczym nie zaprzeczył istnieniu takiego porozumienia, a ponadto mógł on także o takim porozumieniu w ogóle nie wiedzieć.

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia popierał stanowisko Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał tam, że zarzut dotyczący zgodności referencji wystawionych przez Łódzką Spółkę Infrastrukturalną Sp. z o.o. z treścią SIWZ został już rozstrzygnięty przez Izbę w wyroku wydanym w sprawie KIO 1368/14, na które to orzeczenie Odwołujący nie złożył skargi do Sądu Okręgowego. Podkreślił, że informacje, na które powołuje się w tym zakresie aktualne, uzyskane w trybie dostępu do informacji publicznej, powinny być przez niego zgłoszone w toku uprzedniego postępowania odwoławczego w trybie art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Jego zdaniem nie są to nowe okoliczności w sprawie. Podkreślił też, że nowe dowody w postaci wskazanej korespondencji w dalszym ciągu nie są wystarczającym dowodem na podważenie wiarygodności tych referencji. Podkreślił, że Łódzka Spółka Infrastrukturalna nie wskazała, że treść wskazanego

listu referencyjnego zawiera nieprawdziwe informacje, a jedynie podała lakoniczną informację o naliczeniu kar umownych za zwłokę w wykonaniu kontraktu bez podania żadnych szczegółowych informacji w tym zakresie. Z powyższego nie można wywodzić informacji, że wskazane roboty zostały wykonane nienależycie, niezgodnie ze sztuką budowlaną, czy też nieprawidłowo ukończone, gdyż kary te mogły być naliczone za zwłokę z tytułu niedochowania terminów przejściowych, a nie dotyczyły całego kontraktu. Z pisma tego nie wynika też, że wskazana zwłoka dotyczyła prac polegających na cementyzacji przewodów wodociągowych, a wskazany list referencyjny obejmuje szerszy zakres robót. Wskazał, że Łódzka Spółka Infrastrukturalna wyraźnie oświadczyła w odpowiedzi udzielonej Odwołującemu, że wskazane roboty zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną potwierdzając tym samym wiarygodność wystawionych referencji. Zarzut ten - w ocenie Przystępującego - nie zasługuje zatem na uznanie, ani też ponowne rozpoznanie przez Izbę. Zdaniem Przystępującego nie jest też zasadny drugi z zarzutów odnoszący się do oceny uzupełnionego dokumentu potwierdzającego dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego przez Przystępującego na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Powołał się na treść wyroku KIO z 18 lipca 2014 r. wydanego w przedmiocie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślił, że Izba wówczas uznała za przedwczesne rozstrzygnięcie przedmiotowego sporu. Z uzasadnienia wskazanego orzeczenia KIO Przystępujący wywodzi, że nie jest uprawnione twierdzenie Odwołującego, że orzecznictwo Izby wskazuje jednoznacznie, iż w każdym przypadku niedopuszczalne jest poleganie przez wykonawcę na zasobach podmiotu trzeciego, w sytuacji gdy postanowienia SIWZ wykluczają podwykonawstwo przy robotach budowlanych. Jego zdaniem, gdyby Izba podzieliła tę argumentację bezcelowym byłoby nakazywanie Zamawiającemu wezwania do uzupełnienia dokumentów orzeczone w wyroku KIO 1368/14. Powołał się także na orzeczenia KIO 715/14 i KIO 2292/13. W jego ocenie niezasadny jest zarzut Odwołującego, iż skorzystanie przez Przystępującego z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego równoznaczne jest z koniecznością zatrudnienia w charakterze podwykonawcy co w niniejszej sprawie jest wykluczone z uwagi na wymogi SIWZ. Powyższe skutkowałoby brakiem możliwości w ogóle skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, tymczasem z treści SIWZ w niniejszym postępowaniu wynika wprost możliwość powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego. Skoro zatem Zamawiający przewidział taką możliwość, zdaniem Przystępującego, możliwym jest powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego bez konieczności zatrudnienia go w charakterze podwykonawcy do realizacji robót polegających na cementyzacji, lecz możliwym jest zaangażowanie podmiotu trzeciego jako podwykonawcy do realizacji robót towarzyszących oraz w charakterze usługodawcy prac doradztwa technicznego,

organizacyjnego i kontroli jakości w zakresie cementyzacji. Podkreślił, że poprzez uzupełnienie dokumentów na żądanie Zamawiającego udowodnił Zamawiającemu, że rzeczywiście będzie dysponował potencjałem firmy Infra S.A. w zakresie wiedzy i doświadczenia, o czym świadczy przedłożone porozumienie z dnia 19 maja 2014 r. Jego zdaniem chybiony jest również zarzut, że treść wskazanego porozumienia pozostaje w sprzeczności z polskim systemem prawa pracy, gdyż zgodnie z art. 22 § 2 Kodeksu pracy pracownik zobowiązany jest do wykonania prac na rzecz pracodawcy na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Treści tego porozumienia według Przystępującego nie wynika, aby pracownicy Infra S.A. mieli być przekazani do pracy pod kierownictwem Przystępującego. Pracownicy ci będą wykonywać swoje czynności w ramach stosunku pracy nawiązanego z firmą Infra S.A. realizującej wymienioną w ww. porozumieniu dwie umowy: podwykonawczą i umowę doradztwa i będą świadczyć pracę nadal pod kierownictwem Infra S.A. i na jej rzecz Przystępujący podkreślił, że bezpodstawny jest także zarzut Odwołującego co do wiarygodności daty porozumienia z dnia 19 maja 2014 r. Jego zdaniem fakt, iż Przystępujący nie przedłożył tego porozumienia w ofercie, ani też w toku rozprawy w dniu 18 lipca 2014 r. Podkreślił, że dokument ten posiada datę pewną oraz został podpisany przez upoważnionych przedstawicieli stron. Wyjaśnił, że nie przedstawił wcześniej tego porozumienia, gdyż był przekonany, że oświadczenie ogólne o zobowiązaniu podmiotu trzeciego jest w świetle postanowień SIWZ oraz odpowiedzi na pytania wystarczające. Przystępujący nie miał też interesu w tym, aby ów dokument uzupełniać na rozprawie w dniu 18 lipca 2014 r., gdyż mogłoby to być potraktowane przez Zamawiającego jako uzupełnienie dokumentów bez wezwania, co wiązałoby się z ryzykiem niepełnego uzupełnienia dokumentów, nie znając wcześniej treści wezwania Zamawiającego.

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko i jednocześnie złożył oświadczenie, iż porozumienia, na które powołuje się, zostało podpisane w dniu 19 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wnioski o udostępnienie informacji publicznej z dnia 30 lipca 2014 r. odpowiedź Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o.o. z dnia 5 sierpnia 2014 r. i opinii z dnia 1 września 2014 r., jak również odpis protokołu z posiedzenia i rozprawy oraz odpis wyrok w sprawie KIO 1368/14 oraz stanowiska stron

i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Zaskarżone przez niego czynności dotyczą zaniechania wykluczenia z postępowania, z części czwartej i piątej zamówienia, Przystępującego oraz zaniechania odrzucenia jego oferty, co bezpośrednio pozbawiało Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia we wskazanych częściach zamówienia, w których także Odwołujący złożył swoje oferty. Tym samym Odwołujący wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, co stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła również skuteczność zgłoszenia przystąpienia dokonanego w przedmiotowej sprawie po stronie Zamawiającego, uznając, że wszystkie wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały przez Przystępującego wypełnione.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że jest ono niezasadne.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 24 kwietnia 2014 r. Zamówienie to podzielił na pięć części z dopuszczeniem możliwości składania ofert częściowych.

W postanowieniach SIWZ (pkt 5.1.2 b) Zamawiający dokonał opisu warunku wiedzy i doświadczenia, wskazując na to, że wykonawcy muszą wykazać, iż w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej dwie roboty polegające na cementyzacji powierzchni wewnętrznej przewodu wodociągowego o wartości każdej z nich (tj. roboty) równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość dla zadania 4 i 5 – 500 000,00 zł bez podatku VAT dla każdego z zadań.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 3 czerwca 2014 r., do Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części czwartej i piątej zamówienia swojej oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący i Przystępujący oraz wykonawcy Cleanpipe Polska Sp. z o.o.

Przystępujący w swojej ofercie dla wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykazał się realizacją robót budowlanych na rzecz Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Opolu oraz robót wykonanych na rzecz Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o.o. w Łodzi. Obydwie prace zostały wykonane przez Konsorcjum, w skład którego wchodziła firma Infra S.A. Przystępujący dla spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykazał się zatem potencjałem firmy Infra S.A., przedkładając w swojej ofercie zobowiązanie tego podmiotu o udostępnieniu mu wskazanego potencjału.

W dniu 26 czerwca 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie obydwu zadań, tj. oferty Przystępującego. Powyższa czynność została zaskarżona w trybie wniesionego odwołania przez Odwołującego, które zostało rozpoznane przez Izbę w dniu 18 lipca 2014 r. w sprawie KIO 1368/14. Izba w tym dniu wydała wyrok, w którym uwzględniła wskazane odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert po uprzednim wezwaniu Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1.2.b SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 31 lipca 2014 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia. W odpowiedzi na powyższe Przystępujący w piśmie z dnia 5 sierpnia 2014 r. uzupełnił dokumenty na potwierdzenie spełnienia wskazanego warunku udziału w postępowaniu, przedkładając porozumienie w sprawie oddania zasobów firmy Infra S.A. w zakresie wiedzy i doświadczenia Przystępującego do jego dyspozycji na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia datowane na dzień 19 maja 2014 r.

Zamawiający pismem z dnia 12 sierpnia 2014 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części czwartej i piątej zamówienia, tj. oferty Przystępującego.

Wskazana czynność stała się podstawą wniesienia aktualnie rozpoznawanego przez Izbę odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzuty odwołania dotyczący zaniechania wykluczenia Przystępującego i odrzucenia jego oferty, zdaniem Izby, nie potwierdził się.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez Przystępującego warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie doświadczenia związanego z realizacją zamówienia na rzecz Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o.o. Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że zarzut ten podlega rozpoznaniu przez Izbę. Izba w tym względzie nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, który wnioskował o nierozpoznawanie tego zarzutu jako już rozstrzygniętego wyrokiem KIO z dnia 18 lipca 2014 r. w sprawie KIO 1368/14. Izba uznała, że z uwagi na ujawnienie się nowych okoliczności w przedmiotowej sprawie, podnoszonych przez Odwołującego oraz w związku z dokonaną przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nową czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Przystępującego, zarzut ten powinien być rozpoznany przez Izbę merytorycznie. Podnoszenie przez Zamawiającego, że w przedmiocie tego zarzutu nie pojawiły się żadne nowe okoliczności, które nie byłyby przedmiotem odwołania wniesionego przez tego samego Odwołującego w niniejszym postępowaniu, wskazywałoby na wypełnienie się w odniesieniu do tego zarzutu przesłanki formalnoprawnej nie pozwalającej na merytoryczne rozpoznanie zarzutu odwołania, a wynikającej z art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Izby wskazana przesłanka nie znalazła wypełnienia w niniejszym stanie faktycznym. Wniesione przez Odwołującego aktualnie odwołanie odnosi się do nowej czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu (w zakresie zadania nr 4 i 5) dokonanej przez Zamawiającego w dniu 12 sierpnia 2014 r. oraz do kwestii nowych okoliczności w sprawie, o których wykonawca powziął nową wiedzę na temat nieprawidłowości w wykonaniu na rzecz Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o.o. przez firmę Infra S.A. zamówienia wykazywanego w ramach wiedzy i doświadczenia przez Przystępującego, mianowicie okoliczności, iż wskazana firma nie wykonała tego zamówienia w sposób prawidłowy bowiem zapłaciła na rzecz wskazanego inwestora kary umowne za zwłokę w wykonaniu kontraktu w wysokości: 48 460 euro. W poprzednim odwołaniu wniesionym przez tego samego wykonawcę (Odwołującego) dotyczącego czynności wyboru oferty Przystępującego z dnia 26 czerwca 2014 r. Odwołujący podnosił zarzut dotyczący wskazanego zamówienia, odnosząc się wyłącznie do treści przedłożonych w ofercie Przystępującego referencji wskazanego podmiotu, uznając, że referencje te są

nieprawidłowe, bowiem literalnie w swojej treści nie potwierdzają okoliczności prawidłowego ukończenia tych prac i tym samym ich należytego wykonania. Ponadto w odniesieniu do tych referencji podniesiono wówczas także zarzut niewykonania wskazanych prac w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem terminu składania ofert. Aktualnie zaś Odwołujący podnosi zarzut nieuprawnionego wykazania wskazanego doświadczenia realizowanego na rzecz Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o.o. w związku z uzyskaniem przez siebie od wskazanego inwestora, w trybie dostępu do informacji publicznej, informacji o zapłacie kar umownych z tytułu zwłoki w wykonaniu zamówienia. Zdaniem Izby jest to nowa okoliczność, która nie była podnoszona przez Odwołującego w ramach zarzutów odwołania rozpoznawanego w sprawie KIO 1368/14, a w związku z tym, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pierwotna czynność Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej została przez Zamawiającego unieważniona i przeprowadzono nową czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, okoliczności te powinny podlegać merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do tych okoliczności Izba stwierdziła jednak, że wskazany zarzut nie potwierdził się z uwagi na brak wykazania po stronie Odwołującego jego zasadności. Stwierdzić należy, że w postępowaniu odwoławczym – stosownie do art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, a także mając na względzie dyspozycję art. 6 k.c. – to strony postępowania odwoławczego zobowiązane są do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Skoro Odwołujący ponosi, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, powinien w tym zakresie przedstawić właściwe dowody tę okoliczność potwierdzające. Jedyne dowody jakie w tym zakresie Odwołujący przedkłada w niniejszym postępowaniu odwoławczym to wniosek o udostępnienie przez Łódzką Spółkę Infrastrukturalną Sp. z o.o. informacji w trybie dostępu do informacji publicznej oraz udzielona w tym zakresie odpowiedź wskazanego podmiotu, z której wynika potwierdzenie zapłaty w wykazywanym zamówieniu kary za zwłokę w wykonaniu kontraktu w kwocie 418 460 euro. Izba, dokonując oceny tych dowodów, jak również uwzględniając treść udzielonych przez Łódzką Spółkę Infrastrukturalną Sp. z o.o. z dnia 1 marca 2010 r. wyjaśnień, stwierdziła, że nie mogą one potwierdzać nieprawidłowego ukończenia robót budowlanych, na których wykonanie powołuje się Przystępujący. Z treści pisma Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o.o. z dnia 5 sierpnia 2014 r. wynika wyłącznie fakt zapłaty kar umownych w ramach wskazanego kontraktu (zadanie „Kontrakt 02C - Modernizacja systemu zasilania Łodzi w wodę - Wodociąg Dąbrowa - Modernizacja rurociągu wody uzdatnionej” w ramach Projektu Wodociągi i Oczyszczalnia ścieków w Łodzi II Nr 204/PL/16/C/PE/010). Podkreślić należy, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający określił warunek wiedzy i doświadczenia, poprzez odniesienie go do konkretnych robót budowlanych polegających na

cementyzacji powierzchni wewnętrznej przewodu wodociągowego, wskazując właśnie na te roboty jako najważniejsze roboty potwierdzające wymaganą od wykonawcy wiedzę i doświadczenie zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Udzielona przez Łódzką Spółkę Infrastrukturalną Sp. z o.o. odpowiedź z dnia 5 sierpnia 2014 r., na którą powołuje się Odwołujący, wskazuje jedynie na zapłatę kary umownej o wartości 418 460 Euro w ramach całego kontraktu. Tymczasem przedłożone przez Przystępującego referencje wystawione przez wskazaną Spółkę wskazują na wartość całego szeregu robót budowlanych (12 pozycji) wykonanych w ramach wskazanego kontaktu na łączną kwotę: 3 430 000 euro netto, tj. 4 184 600,00 euro brutto. Wśród tych robót tylko w jednej pozycji (pozycja nr 2) wskazuje się na renowację bezwykopową wodociągu w technologii cementowania DN750 L=4 100 mb. Odwołujący nie wykazał pomimo ciążącego na nim obowiązku, że wskazane kary umowne dotyczyły „najważniejszych robót” wymaganych do wykazania przez Zamawiającego w ramach warunku wiedzy i doświadczenia w niniejszym postępowaniu. Z racji dużego zakresu prac objętych wykazywanym przez Przystępującego na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia kontraktu i specyfiki opisu warunku udziału w postępowaniu dokonany przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, koniecznym byłoby wykazanie w przedmiotowej sprawie, że zapłacone kary umowne dotyczyły właśnie robót dotyczących cementyzacji. Ponadto – jak słusznie wskazywał w toku rozprawy przed Izba Zamawiający – w oparciu o stanowisko Odwołującego oraz dowody przedłożone przez niego, nie mamy wiedzy, czy zapłacone kary umowne dotyczą zwłoki w wykonaniu zamówienia poprzez niedotrzymanie terminu końcowego zamówienia, czy też terminów częściowych, które nie muszą mieć znaczenia dla uznania, że mamy do czynienia z nieprawidłowo ukończonymi w całości robotami budowlanymi, w szczególności, że podmiot, na rzecz którego roboty te były wykonywane (Łódzka Spółka Infrastrukturalna Sp. z o.o.) wystawił w tym zakresie, po ukończeniu realizacji zamówienia, list referencyjny, potwierdzający wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Okoliczność, iż wskazane referencje są prawidłowe nawet w sytuacji, gdy literalnie nie określają, że roboty zostały wykonane prawidłowo, Izba rozstrzygnęła już w wyroku z dnia 18 lipca 2014 r. (sygn. akt KIO 1368/14). Z tych też względów aktualnie Izba może odnieść się wyłącznie do okoliczności zapłaty kar umownych, co do której to czynności istnieją wykazane powyżej poważne wątpliwości, których Odwołujący w konkretny sposób nie rozstrzygnął w ramach spoczywającego na nim ciężaru dowodowego.

Z tych też względów Izba uznała zarzut jako nieudowodniony i tym samym niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu nieprawidłowego zobowiązania podmiotu trzeciego udzielonego na rzecz Przystępującego przez firmę Infra S.A., Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zdaniem Izby Zamawiający zasadnie przyjął, że Przystępujący prawidłowo korzysta z potencjału wiedzy i doświadczenia firmy Infra S.A. Izba dokonała oceny przedłożonego przez Przystępującego w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów porozumienia pomiędzy Przystępującym, a wskazanym podmiotem trzecim i uznała, że porozumienie to pozwala Zamawiającemu na uznanie, że Przystępujący będzie w sposób realny dysponował potencjałem podmiotu trzeciego, na zasoby którego Przystępujący powoływał się.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że zasadą wynikającą z regulacji ustawy Pzp jest posługiwanie się dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu potencjałem własnym wykonawców. Jeśli jednak wykonawca takim potencjałem nie dysponuje może posłużyć się w tym zakresie także potencjałem podmiotu trzeciego na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przepis ten w aktualnym brzmieniu stanowi o możliwości powoływania się przez wykonawcę na określony potencjał podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru prawnego łączących podmiot trzeci z wykonawcą stosunków. Ustawodawca wskazał jednakże, że w takiej sytuacji do obowiązków wykonawcy należy udowodnienie zamawiającemu okoliczności dysponowania takim zasobem podmiotu trzeciego, który jest niezbędny do realizacji zamówienia, wskazując na szczególny dowód w tym zakresie, mianowicie pisemne zobowiązania podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Przy interpretacji tego przepisu aktualnie nie można pominąć regulacji zawartej w § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który to przepis wskazuje na badanie przez zamawiającego możliwości rzeczywistego dostępu do zasobów podmiotu trzeciego przez wykonawcę w toku realizacji przedmiotu zamówienia także poprzez ustalenie:

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego;
- sposobu wykorzystania tych zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia;
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim;
- zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia.

Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie złożone przez Przystępującego porozumienie zawarte z firmą Infra S.A. potwierdza wskazane powyżej okoliczności. Porozumienie to wskazuje na dostępność dla Przystępującego zasobów wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia z jednej strony poprzez umowę podwykonawstwa, z drugiej zaś poprzez świadczenie doradztwa technicznego i organizacyjnego oraz kontroli jakości realizacji zamówienia. Okoliczności faktyczne

przedmiotowej sprawy pozwalają, zdaniem Izby, na uznanie, że wskazane wykorzystanie potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia, na co wskazuje art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, pozwala na ocenę, że przedmiot zamówienia będzie wykonywany prawidłowo przy realnym wykorzystaniu wiedzy i doświadczenia podmiotu, który samodzielnie o to zamówienia nie ubiega się, lecz wspólnie z wykonawcą będzie je realizował na zasadzie podwykonawstwa, a także w drodze określonych działań doradczych, konsultacyjnych, a także kontrolnych wykonania przedmiotu zamówienia. Nie jest istotne, zdaniem Izby, w przedmiotowej sprawie, że przywoływana umowa o podwykonawstwo nie będzie dotyczyła prac polegających na cementyzacji, bowiem w tym zakresie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wskazał na konieczność osobistego spełnienia świadczenia przez wykonawcę robót. Brak dopuszczenia możliwości podwykonawstwa w tym zakresie, z jednoczesnym przyjęciem, że w przypadku cementyzacji możliwe jest udostępnienie wiedzy i doświadczenia od podmiotu trzeciego wyłącznie poprzez podwykonawstwo, prowadziłyby do nieuprawnionego omięcia stosowania przez zamawiających w praktyce art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Taki sposób procedowania wykluczałby bowiem możliwość powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu co do prac, w których Zamawiający przewidział konieczność osobistego spełnienia świadczenia. Takie działanie, zdaniem Izby, byłoby nieuprawnione. Z tych też względów w konkretnym stanie faktycznym, w którym funkcjonują określone zapisy SIWZ dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia istotna jest ocena dokumentów przedłożonych przez wykonawcę na okoliczność wykazania dysponowania określonym potencjałem podmiotu trzeciego. W tym postępowaniu, skoro zobowiązanie podmiotu trzeciego (porozumienie zawarte pomiędzy firmą Infra S.A., a Przystępującym) wskazywało na powiązanie tych podmiotów gospodarczych w trakcie realizacji zamówienia - z jednej strony umową podwykonawczą w zakresie wykonania przez podmiot trzeci prac towarzyszących polegających na: odwodnieniu odcinków magistral na okres renowacji, wycięciu fragmentów magistral umożliwiających wprowadzenie urządzeń do czyszczenia i cementyzacji, wykonania inspekcji kamerą CTV po czyszczeniu i cementowaniu rurociągów, wykonania połączeń zdemontowanych odcinków magistral, a jednocześnie w zakresie usług cementyzacji, co do których Zamawiający w sposób wyraźny zakazał w SIWZ podwykonawstwa, z drugiej strony umową o świadczenie doradztwa technicznego i organizacyjnego oraz kontroli jakości przez cały okres realizacji zamówienia, w sposób ciągły i w zakresie obejmującym takie obowiązki, jak: doradztwo i kontrola podczas procesu czyszczenia rurociągów, kontrola i ocena jakości materiałów użytych do sporządzenia zaprawy cementowej, kontrola jakości i zgodności z normą sporządzanej zaprawy cementowej, stała kontrola i doradztwo podczas procesu

cementyzacji, kontrola i ocena jakości wykładziny cementowej na podstawie inspekcji TV, pobór próbek betonu do badania przez uprawniony zakład, kontrola zgodności prowadzonych robót z warunkami umownymi i sztuką budowlaną, kontrola organizacji placu budowy – powyższe wskazuje na rzeczywiste wykorzystanie wskazanego potencjału wiedzy i doświadczenia firmy Infra S.A. w toku realizacji zamówienia. Okoliczność, iż szczegółowe porozumienia cywilnoprawne pomiędzy Przystępującym, a podmiotem trzecim nie zostały przedłożone przez Przystępującego nie ma, zdaniem Izby, żadnego znaczenia. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi jedynie o przykładowym dowodzie składanym na potwierdzenie udostępnienia wykonawcy określonego potencjału należącego do podmiotu trzeciego, tj. pisemnym zobowiązaniu tego podmiotu o udostępnieniu zasobów. Skoro Przystępujący przedłożył Zamawiającemu porozumienie podpisane, tak przez podmiot trzeci, jak i przez samego wykonawcę (Przystępującego), w którym to porozumienie podmioty dodatkowo wskazują na zawarcie w przyszłości dwóch umów cywilnoprawnych, to uczynił coś więcej niż wskazany przepis od niego wymaga. Obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie wymagają na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przedkładania jakichkolwiek szczegółowych porozumień – umów cywilnoprawnych regulujących szczegółowo współpracę pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim na etapie realizacji zamówienia. Takie umowy mogą powstać dopiero po udzieleniu wykonawcy zamówienia publicznego na etapie jego realizacji. W samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymagane jest tylko wykazanie zamawiającemu realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego, a wystarczającym ku temu dowodem jest samo jednostronne zobowiązanie podmiotu trzeciego. W tym zakresie oczywiście istotna jest też treść takiego zobowiązania, która ma gwarantować zamawiającemu rzeczywistą możliwość korzystania z udostępnianego wykonawcy potencjału w okresie realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym zatem skoro Przystępujący przedstawił w tym zakresie nie tylko jednostronne zobowiązanie podmiotu trzeciego, ale już dość szczegółowe porozumienie wskazujące na wzajemne zobowiązanie się stron tego porozumienia do podpisania w przyszłości konkretnych umów cywilnoprawnych pomiędzy wskazanymi podmiotami i skoro treść tego porozumienia - zdaniem Izby - gwarantuje rzeczywistą możliwość dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego – powyższe - w ocenie Izby - jest wystarczające dla udowodnienia Zamawiającemu dysponowania przez Przystępującego potencjałem firmy Infra S.A.

Odnosząc się do argumentów Odwołującego co do braku możliwości udostępnienia Przystępującemu pracowników firmy Infra w ramach udostępnianego potencjału wiedzy i doświadczenia z racji regulacji wynikających z prawa pracy, Izba uznała, że wskazana argumentacja Odwołującego nie ma żadnego znaczenia w przedmiotowej sprawie. W sytuacji bowiem zawiania w przyszłości umowy cywilnoprawnej pomiędzy firmą Infra

S.A. a Przystępującym na świadczenie określonych usług doradztwa technicznego i organizacyjnego oraz kontroli jakości, usługi te będą świadczone przez firmę Infra S.A. na rzecz Przystępującego poprzez konkretne osoby działające w ramach przedsiębiorstwa Infra S.A. W tym zakresie nie musi nastąpić jakiegokolwiek przejęcie pracowników firmy Infra przez Przystępującego, gdyż prawidłowość realizacji wskazanych usług świadczonych przez swoich pracowników będzie weryfikować ich pracodawca, czyli firma Infra S.A., zaś ewentualne nieprawidłowości w świadczeniu usług doradztwa na rzecz Przystępującego będą mogły być weryfikowane w odniesieniu do firmy Infra S.A. w kontekście przepisów Kodeksu cywilnego, mając na względzie łączący te firmy w przyszłości stosunek cywilnoprawny.

Odnosząc się do zarzutu podania nieprawdziwych informacji przez Przystępującego w kontekście przedłożenia przez Przystępującego dopiero na wezwanie Zamawiającego porozumienia dotyczącego udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, Izba uznała zarzut za nieudowodniony. Zgodnie z przywołanym wcześniej art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, a także mając na względzie dyspozycję art. 6 k.c. to Odwołujący, który podnosząc poważny zarzut podania nieprawdziwych informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, który także może wiązać się z zastosowaniem określonych sankcji wynikających z przepisów prawa karnego, powinien przedstawić dowody na potwierdzenie się tego zarzutu. Tymczasem Odwołujący podnosi wskazany zarzut, posługując się trybem przypuszczającym i wskazując jedynie na prawdopodobieństwo braku dysponowania porozumieniem o udostępnieniu potencjału podmiotu trzeciego Przystępującemu na moment upływu terminu składania ofert. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które wskazywałyby na okoliczność zawarcia wskazanego porozumienia po dacie upływu terminu składania ofert, a nie jako to wynika z samej treści porozumienia w dniu 19 maja 2014 r. Dopuszczony przez Izbę dowód z protokołu posiedzenia i rozprawy Izby z dnia 18 lipca 2014 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1368/14, wskazuje jedynie na to, że pełnomocnik Przystępującego powoływał się na to, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia od podmiotu trzeciego w tym przypadku nastąpi przez doradztwo o konsultacje firmy INFRA S.A. oraz przez wykonanie prac towarzyszących, tj. dokładnie tych okoliczności, na które wskazuje przedłożone Zamawiającemu w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów porozumienie z dnia 19 maja 2014 r. To, że w toku rozprawy przed Izbą w dniu 18 lipca 2014 r. Przystępujący nie wskazał na istnienie wskazanego porozumienia nie może jeszcze stanowić dowodu na okoliczność, iż porozumienie wówczas jeszcze nie istniało. O istnienie takiego porozumienia Izba w toku tamtego postępowania odwoławczego nie pytała Przystępującego i on sam nie złożył przed Izbą oświadczenia o tym, iżby takie porozumienie nie istniało. Nie złożył on też żadnego

oświadczenia o tym, iż dysponuje wyłącznie zobowiązaniem podmiotu trzeciego z dnia 19 maja 2014 r. załączonym przez niego do oferty. Z tych też względów ze wskazanych powyżej okoliczności trudno wywodzić, że dokument porozumienia złożony Zamawiającemu w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów został przez wskazane podmioty (Infra S.A. i Przystępującego) antydatowany. Dodatkowo Izba w tym zakresie wzięła także pod uwagę oświadczenie pełnomocnika Przystępującego, którym była osoba podpisująca z ramienia Przystępującego wskazane porozumienie, które to oświadczenie złożone w toku rozprawy w dniu 3 września 2014 r. na pytanie Izby, potwierdzało, że wskazane porozumienie zostało podpisane w dniu 19 maja 2014 r.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 20 000 zł oraz:
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 567,00 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy

Przewodniczący:

Członkowie:

.....