

WYROK
z dnia 25 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 kwietnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Infrakom Sp. z o.o. z siedzibą w Kościanie, J..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Roboty Drogowo-Budowlane J..... K.....**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Piła**

przy udziale wykonawcy **SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołania;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Infrakom Sp. z o.o., J..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Roboty Drogowo-Budowlane J..... K.....** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Piła – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa ul. 14-go Lutego wraz z odcinkiem 11-go Listopada i części Placu Konstytucji 3-go Maja.*

W dniu 11 kwietnia 2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Infrakom Sp. z o.o., J..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Roboty Drogowo-Budowlane J..... K..... wnieśli odwołanie wobec czynności wezwania Konsorcjum do uzupełnienia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego oraz czynności wykluczenia tego Konsorcjum z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b i art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b oraz art. 91 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdz. X pkt 1 ppkt 1.1.2) SIWZ opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób następujący: *Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej:*

- *dwie roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie, modernizacji lub remoncie placów publicznych,, dróg lub chodników - o nawierzchni w części wykonanej z materiałów kamiennych oraz o powierzchni min. 3000 m² i wartości nie mniejszej niż 2.500.000 zł brutto oraz*
- *jedno zadanie polegające na zagospodarowaniu terenów zielonych wraz z wyposażeniem w elementy małej architektury oraz wykonaniem wodotrysku lub fontanny, o wartości nie mniejszej niż 500.000 zł brutto, wraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, że roboty te zostały wykonane w sposób należyty, a także wskazujących, że zgrały wykonam zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.*

Wykonawca w terminie składania ofert na potwierdzenie warunku opisanego w rozdz. X pkt 1 ppkt tiret 1 SIWZ przedstawił roboty budowlane wymienione w pozycjach nr 1, 2 oraz 3 wykazu robót. Zamawiający w toku badania i oceny ofert uznał robotę wskazana w poz. 1

wykazu robót za potwierdzającą warunek udziału w postępowaniu, natomiast wątpliwości Zamawiającego dotyczyły poz. nr 2 i nr 3 tego wykazu, w zakresie których Odwołujący powołał się na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp na zasób podmiotu trzeciego, tj. POL-DROG Gdańsk Sp. z o.o., załączając do oferty pisemne zobowiązanie tego podmiotu z dnia 3 marca 2014 r. do udostępnienia zasobów. Zgodnie z treścią tego zobowiązania, w związku z przedmiotowym Postępowaniem POL-DROG Gdańsk Sp. z o.o. oświadczył, że oddaje firmie INFRAKOM Sp. z o.o. do dyspozycji zasoby tego podmiotu na okres niezbędny przy przygotowaniu oferty i wykonaniu zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia potwierdzających spełnienie warunków Zamawiającego określonych w SIWZ, tj. prace wskazane w poz. 2 i 3 wykazu robót Odwołującego. W treści zobowiązania wskazano również: *Sposób wykorzystania zasobów w realizacji zamówienia: np. podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje, oddanie do dyspozycji.*

Odwołujący wskazał, że pismem z 27 marca 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, stwierdzając, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów jest niezgodne z treścią SIWZ, ponieważ nie zawiera wszystkich wymaganych elementów zobowiązania o których mowa w rozdziale XI SIWZ. Zamawiający podał, że stwierdzenie „np.” nie oznacza jednoznacznie sposobu wykorzystania zasobów oraz charakteru łączącego firmy przy realizacji powyższego zamówienia. W ocenie Zamawiającego tylko zadanie wskazane w poz. 1 wykazu robót spełnia warunek opisany w SIWZ. Zamawiający wezwał do uzupełnienia zobowiązania Firmy POL-DRÓG Gdańsk, lub wskazanie innych zadań na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale X pkt 1 ppkt 1.1.2 SIWZ.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył uzupełnione zobowiązanie podmiotu trzeciego POL-DRÓG Gdańsk Sp. z o.o., w którym na końcu wskazano: *Sposób wykorzystania zasobów w realizacji zamówienia: doradztwo i konsultuje w ramach zadania „Przebudowa ul. 14-go lutego wraz z odcinkiem 11 -go Listopada i czystki Placu Konstytucji 3-go Maja” oraz charakter stosunków łączących firmy umowa zlecenie.*

Zamawiający pismem z dnia 7 kwietnia 2014 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że zobowiązanie firmy POL-DRÓG Gdańsk do udostępnienia posiadanej wiedzy i doświadczenia nie potwierdza fizycznego przykazania tego zasobu wykonawcy, a zatem wykonawca nie spełnia wymogów określonych w rozdziale X pkt 1 ppkt 1.1.2 SIWZ.

Odwołujący podniósł, że nie zaistniały przesłanki do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wskazał, że w treści zobowiązania z dnia

3 marca 2014 r. złożonego wraz z ofertą wskazano „Sposób wykorzystania zasobów w realizacji zamówienia: np. podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje, oddanie do dyspozycji, nie zaś jedynie konsultacje, oddanie do dyspozycji, zobowiązanie to zatem potwierdza fizyczne przekazanie tego zasobu Odwołującemu, zawiera bowiem wyraźne wskazanie sposobu wykorzystania przez Odwołującego zasobów wiedzy i doświadczenia firmy POL-DROG Gdańsk Sp. z o.o. poprzez przykładowe wymienienie rodzajów tych sposobów. Powołując się na słownikowe znaczenie skrótu „np.” Odwołujący wskazał, że jest to *wyrażenie wtrącone, poprzedzające wskazanie lub niepełne wyliczenie czegoś*, a zatem jasną intencją zobowiązującego się do oddania zasobów było zobowiązanie się do udziału w realizacji zamówienia w każdej z wymienionej przykładowo form, w zależności od aktualnej potrzeby. Zobowiązujący się nie wykluczył jednocześnie innej formy udostępnienia swoich zasobów niż wymienione w zobowiązaniu, w razie takiej potrzeby.

Zdaniem Odwołującego, ze złożonego wraz z ofertą zobowiązania jednoznacznie wynikał sposób wykorzystania zasobów (co najmniej podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje, oddanie do dyspozycji, nie zaś jedynie konsultacje, oddanie do dyspozycji). Podobnie ze zobowiązania tego wynikał jednoznacznie charakter stosunku, jaki będzie łączył Odwołującego z innym podmiotem - jest to stosunek zobowiązaniowy oparty o jednostronne oświadczenie woli podmiotu trzeciego. Nie było zatem podstaw do wezwania Odwołującego do uzupełnienia pisemnego zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zasoby.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania Firmy POL-DROG Gdańsk lub wskazania innych zadań na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale X pkt 1 ppkt 1.1.2) SIWZ. Treścią wezwania nie było natomiast uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale X pkt 1 ppkt tiret 1 SIWZ. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił - zgodnie z treścią tego wezwania - uzupełnione zobowiązanie podmiotu POL-DROG Gdańsk, natomiast gdyby został prawidłowo wezwany do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to mógłby przedstawić przykładowo umowę zlecenia łączącą Odwołującego z POL-DROG Gdańsk, potwierdzającą w pełni sposób uczestniczenia w realizacji zamówienia wskazany w zobowiązaniu z 3 marca 2014 r.

Odwołujący podkreślił, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek należytego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Wezwanie - co podkreśla się w orzecznictwie - powinno być dokładne i jednoznaczne, powinno z niego wynikać, w jakim zakresie wykonawca wzywany jest do uzupełnienia. Wykonawca może być wykluczony z postępowania tylko, jeśli wcześniej był prawidłowo wzywany w zakresie, który był podstawą wykluczenia. Ponieważ Odwołujący został wykluczony z postępowania z powodu

nieprzedłożenia dokumentów (dokumentu), z którego będzie wynikać zobowiązanie podmiotu trzeciego, to powinien zostać najpierw prawidłowo wezwany do ich uzupełnienia. Brak prawidłowego wezwania nie może obciążać wykonawcy. Zatem czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania była - w ocenie Odwołującego - wadliwa, gdyż Zamawiający zadecydował o tym, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale X pkt 1 ppkt 1.1.2) tiret 1 SIWZ bez uprzedniego wezwania go do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia tego warunku.

Odwołujący dodał, że nie bez znaczenia był również fakt podkreślenia przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 27 marca 2014 r. rzekomych braków elementów wymaganych w zobowiązaniu, a nie sposobu współpracy przy realizacji zamówienia, przy jednoczesnym wyznaczeniu zaledwie jednodniowego terminu na uzupełnienie dokumentów i złożenie wyjaśnień. Powołując się na orzecznictwo KIO Odwołujący podniósł, że termin wyznaczony na uzupełnienie dokumentów winien być terminem umożliwiającym wykonawcom realne uzupełnienie żądanych dokumentów i oświadczeń.

Odwołujący podniósł również, że nawet jeśli zobowiązanie firmy POL-DRÓG Gdańsk Sp. z o.o. z 3 marca 2014 r. nie wskazywałoby na podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje, oddanie do dyspozycji jako na minimalne sposoby udostępnienia, zaś jedynie na doradztwo i konsultacje w ramach przedmiotowego zamówienia, to również nie zachodziłaby podstawa do wykluczenia Odwołującego w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp *wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu (...) innych podmiotów, nienależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.* Z przepisu tego nie wynika obowiązek, by podmiot udostępniający swoje zasoby uczestniczył w realizacji zamówienia koniecznie w formie podwykonawstwa rozumianego jako fizyczna realizacja części zamówienia. Podobnego obowiązku nie da się również - zdaniem Odwołującego - wywieść z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 Nr 231).

Odwołujący podniósł, że powołanie się przez niego na sposób dysponowania doświadczeniem podmiotu trzeciego POL-DROG Gdańsk w formie doradztwa i konsultacji, gwarantuje mu dostęp do doświadczenia POL-DROG Gdańsk na etapie realizacji zamówienia. W szczególności bowiem należy uwzględnić fakt, że Odwołujący samodzielnie potwierdził warunek doświadczenia wskazany w rozdziale X pkt 1 ppkt 1.1.2) tiret 1 SIWZ w zakresie jednej z dwu wymaganych treścią tego warunku robót budowlanych, a dodatkowo Odwołujący posiada doświadczenie w wykonaniu innych robót tożsamy co do zakresu rzeczowego z treścią warunku, tj. polegających na budowie, przebudowie, modernizacji lab

remontie placów publicznych, dróg lub chodników - o nawierzchni w części wykonanej z materiałów kamiennych. W szczególności do robót tych należy zaliczyć:

- wykonaną przez INFRAKOM w 2010 r. robotę budowlaną na rzecz POL-DROG Kościan Sp. z o.o. polegającą na wykonaniu robót nawierzchniowych drogi wojewódzkiej, dotyczącą nawierzchni w części wykonanej z materiałów kamiennych granitowych (referencja z 31 grudnia 2010 r.);
- wykonaną przez INFRAKOM w 2014 r. robotę budowlaną na rzecz Gminy Rydzyna polegającą w szczególności na wykonaniu przebudowy nawierzchni Rynku w Rydzynie o nawierzchni w części z materiałów kamiennych (w zakresie tej roboty należy podkreślić, że powierzchnia spełnia wymogi Zamawiającego, gdyż wynosi 4402,0m²) — referencja z 20 lutego 2014 r.
- wykonaną przez J..... K..... w 2012 r. robotę budowlaną na rzecz POL-DROG Piła Sp. z o.o. polegającą w szczególności na wykonaniu przebudowy nawierzchni dróg w części z materiałów kamiennych (referencje z 14 grudnia 2012 r.)

Z powyższego, zdaniem Odwołującego, wynika, że posiada on samodzielne doświadczenie w zakresie związanym z wykonaniem robót wskazanych w treści warunku, a udział POL-DROG Gdańsk w realizacji zamówienia w formie doradztwa i konsultacji jest wystarczający dla zapewnienia Odwołującemu doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego i w związku z tym należytej realizacji zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego.

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

Zgodnie z rozdziałem X SIWZ (*Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*) pkt 1 ppkt 1.1.2 na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej: 2 roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie, modernizacji lub remoncie parkingów, miejsc postojowych, dróg lub chodników - o nawierzchni co najmniej

w części wykonanej z materiałów kamiennych oraz o powierzchni min. 1500 m² każda, wraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty, a także wskazujących, że zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W rozdziale XI SIWZ (*Oświadczenia i dokumenty jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu*) ppkt 1.2 Zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy –w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem 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; wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ.

Zgodnie z SIWZ, w sytuacji, gdy wykonawca polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Dokument, z którego będzie wynikać zobowiązanie podmiotu trzeciego powinien wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy, ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu oraz wskazywać: a) jaki jest zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) w jaki sposób zostaną wykorzystane zasoby innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia c) jakiego charakteru stosunki będą łączyły wykonawcę z innym podmiotem d) jaki jest zakres i w jakim okresie inny podmiot będzie brał udział przy wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący przedstawił wraz z ofertą wykaz robót budowlanych, zawierający trzy zadania, w tym dwa (poz. 2 i 3 wykazu) wykonane przez Pol-Dróg Gdańsk Sp. z o.o.

Do oferty załączone zostało zobowiązanie spółki Pol-Dróg do oddania do dyspozycji zasobów *na okres niezbędny przy przygotowaniu oferty przetargowej i wykonaniu zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia potwierdzających spełnianie warunków Zamawiającego określonych w SIWZ, tj. 1) Rewitalizacja Miasta Świecia. Stworzenie centrum turystyczno-rekreacyjnego i gospodarczego poprzez odnowę, poprawę funkcjonalności i właściwe zagospodarowanie przestrzeni śródmiejskiej o wartości 16.994.079,47 zł - w tym zagospodarowanie terenów zielonych wraz z wyposażeniem*

w elementy małej architektury oraz wykonaniem fontanny o wartości łącznej > 1.302.965,11 zł, nawierzchnia z mat. kamiennych o pow. 14.826,06 m², 2) Rewitalizacja przestrzeni publicznej wraz z poprawą stanu bezpieczeństwa oraz nadaniem nowych funkcji obszarowi Placu Kardynała Wyszyńskiego i ulicy Jana Pawła II w Bytowie o wartości 5.373.512,27 zł - w tym zagospodarowanie terenów zielonych wraz z wyposażeniem w elementy małej architektury oraz wykonaniem fontanny o wartości łącznej 2.050.436,73 zł, nawierzchnia z mat. kamiennych o pow. 3.013,79 m². Sposób wykorzystania zasobów oraz charakter stosunków łączących firmy w realizacji zamówienia (np. podwykonawstwo, doradztwo, konsultacje, oddanie do dyspozycji).

Do oferty zostało również załączone oświadczenie, że w przypadku wygrania przetargu Odwołujący powierzy podwykonawcom następujące części zamówienia: mała architektura, fontanna, oświetlenie.

W dniu 27 marca 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia m.in. wykazu robót budowlanych. Zamawiający wskazał, że w wykazie załączonym do oferty wykonawca podał dwa zadania zrealizowane przez spółkę Pol-Dróg, przy czym zobowiązanie tej spółki do udostępnienia zasobów jest niezgodne z treścią SIWZ, ponieważ nie zawiera wszystkich wymaganych elementów zobowiązania, o których mowa w rozdziale XI SIWZ. Zamawiający podniósł, że stwierdzenie „np:...” nie oznacza jednoznacznie sposobu wykorzystania zasobów oraz charakteru łączącego firmy przy realizacji powyższego zamówienia. W związku z powyższym, Zamawiający nie może uznać, że wykonawca spełnia warunek udziału w zakresie doświadczenia. W ocenie Zamawiającego tylko zadanie wskazane w poz. 1 wykazu robót spełnia warunek. Zamawiający prosi o uzupełnienie zobowiązania Firmy Pol-Dróg Gdańsk lub wskazanie innych zadań na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale X pkt 1 ppkt 1.1.2 SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca przekazał poprawione zobowiązanie spółki Pol-Dróg, w którym podano: Sposób wykorzystania zasobów w realizacji zamówienia: doradztwo i konsultacje w ramach zadania *Przebudowa ul. 14-go Lutego wraz z odcinkiem 11-go Listopada i części Placu Konstytucji 3-go Maja* oraz charakter stosunku prawnego: umowa zlecenie.

W dniu 7 kwietnia 2014 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty (SKANSKA S.A.) oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający podał, że wykonawca załączył do oferty zobowiązanie spółki Pol-Dróg Gdańsk do oddania do dyspozycji Odwołującego swoich zasobów, wskazując, że sposobem wykorzystania

zasobów będą *konsultacje, oddanie do dyspozycji*. Zamawiający stwierdził, że zobowiązanie nie zawiera wszystkich wymaganych elementów, o których mowa w rozdziale XI SIWZ. Wskazał, że doświadczenie przy wykonywaniu robót budowlanych wiąże się jednoznacznie ze stroną praktyczną posiadanych umiejętności, nabywanych w sposób empiryczny w zakresie danego zagadnienia. Aby tę empiryczną wiedzę uzyskać, konieczny jest fizyczny, realny udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu przedsięwzięcia, a zatem nie można nabyć doświadczenia w procesie konsultacji czy doradztwa. Złożone zobowiązanie nie potwierdza fizycznego przekazania tego zasobu wykonawcy, a zatem wykonawca nie spełnia wymogów określonych w rozdziale X pkt 1 ppkt 1.1.2 SIWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący - jako wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę - spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze Izba stwierdziła, że zobowiązanie spółki Pol-Dróg złożone przez Odwołującego wraz z ofertą nie potwierdzało prawidłowości i realności udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenia. W zobowiązaniu tym de facto nie wskazano sposobu udostępnienia potencjału, przedstawiono bowiem jedynie przykładowe wyliczenie, niedające wiedzy, w jaki sposób przekazanie tego potencjału nastąpi. Poza podwykonawstwem zobowiązanie nie wskazywało na żaden konkretny sposób udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, czego dobitnym przykładem jest stwierdzenie w treści zobowiązania, że ich przekazanie nastąpi przez *oddanie do dyspozycji*. W związku z tym należało stwierdzić, że decyzja Zamawiającego o skierowaniu wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp była prawidłowa.

Izba nie dopatrzyła się podstaw do uznania, że treść powyższego wezwania nie umożliwia wykonawcy prawidłowego uzupełnienia dokumentów. Zamawiający wezwał bowiem Odwołującego nie tylko do złożenia prawidłowego zobowiązania, ale alternatywnie do przedstawienia innych zadań, które potwierdzałyby spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Z treści tego wezwania wynika, że

składając zobowiązanie wykonawca nie wykazał spełniania warunków, wyjaśniono w nim również, dlaczego Zamawiający doszedł do takiego wniosku i co zakwestionował w złożonych dokumentach. Zatem Odwołujący miał wszelkie informacje niezbędne do tego, aby przedstawić właściwe dokumenty i mógł to zrobić, nawet jeśli rodzaje tych dokumentów nie były w wezwaniu ściśle i wprost określone.

Zobowiązanie spółki Pol-Dróg złożone w odpowiedzi na wezwanie wskazuje jedynie na przekazanie wiedzy i doświadczenia poprzez konsultacje i doradztwo. W świetle uzupełnionego zobowiązania nie można twierdzić, że udostępnienie tego potencjału ma nastąpić przez udział podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, bowiem uzupełnione zobowiązanie precyzuje wcześniejsze przykładowe wyliczenie, ograniczając deklarowany sposób udostępnienia do konsultacji i doradztwa. Prawidłowy jest zatem wniosek, że podmiot udostępniający zasoby nie będzie podwykonawcą.

Wobec powyższego należało rozstrzygnąć, czy Odwołujący udowodnił realność dysponowania wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, które to doświadczenie ma być przekazane przez konsultacje i doradztwo.

Dokonując oceny wykazania przez Odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu Izba stanęła na stanowisku, że nieuzasadniona jest generalna teza, jakoby udostępnienie wiedzy i doświadczenia możliwe było wyłącznie poprzez uczestnictwo podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Podstaw do takiej tezy nie można wywieść – zdaniem Izby – z treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Niemniej jednak należy uznać, że udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, zwłaszcza zasobów nierozzerwalnie związanych z podmiotem udostępniającym (a do takich należy wiedza i doświadczenie), musi łączyć się z określonym zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w realizację umowy. Co do zasady zaangażowanie to może przybrać różnorakie formy, w tym również przekazania know-how, konsultacje, doradztwo, co nie jest tożsame z udziałem w realizacji zamówienia sensu stricto. Warunkiem powołania się na taki sposób przekazania zasobów jest wykazanie, że przekazanie to realnie nastąpi. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów. Niewykluczone są więc, zdaniem Izby, sytuacje, w których realne przekazanie potencjału zostanie zagwarantowane właśnie poprzez podwykonawstwo. Izba nie podziela jednak stanowiska, że brak podwykonawstwa

jednoznacznie przesądza o bezwzględnej niemożliwości udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot.

W przedmiotowym postępowaniu, w którym przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, za formę w najwyższym stopniu gwarantującą faktyczne udostępnienie wiedzy i doświadczenia, należałoby uznać podwykonawstwo. Nie można jednak z góry – bez analizy konkretnej formy przekazania tych zasobów – przesądzić, że każdy inny sposób tego przekazania jest wykluczony. Możliwa jest – zdaniem Izby – sytuacja, że wykonawca ułoży swoją współpracę z podmiotem trzecim w sposób, który zapewni realne przekazanie wiedzy i doświadczenia bez podwykonawstwa w sensie ścisłym. Konieczne jest wówczas udowodnienie tego Zamawiającemu.

Jednakże, zakładając możliwość przekazania wiedzy i doświadczenia w przypadku niniejszego zamówienia, bez uczestnictwa w wykonaniu przedmiotu umowy w charakterze podwykonawcy, nie można uznać, że Odwołujący skutecznie powołał się na zasoby innego podmiotu, a tym samym wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. O niewykazaniu spełniania tych warunków przesądziła – w ocenie Izby – nie tyle kwestia podwykonawstwa, co niewystarczającego wykazania, czy i jak to przekazanie nastąpi.

W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, warunkiem koniecznym powołania się na zasoby innych podmiotów jest wykazanie, że zostaną one udostępnione. Zgodnie z powyższym przepisem, wykonawca powołujący się na zasoby innych podmiotów, może wykazać dysponowanie nimi w szczególności poprzez złożenie zobowiązania podmiotów do oddania mu do dyspozycji tych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie przepis ten nie określa minimalnej treści takiego zobowiązania, niemniej jednak formułuje on konieczność udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Należy zatem uznać, że musi to być zobowiązanie do realnego przekazania, połączonego z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia, forma ta winna zostać określona już w treści tego zobowiązania, a wykonawca winien być w stanie wykazać, że udostępnienie zasobów w tej formie rzeczywiście będzie możliwe. W przeciwnym wypadku poleganie na zasobach innego podmiotu mogłoby prowadzić do fikcji, służącej jedynie formalnemu wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Załączone do oferty Odwołującego oświadczenie podmiotu trzeciego nie określa konkretnej formy i zakresu udostępnienia zasobów. Z kolei zobowiązanie przedłożone w wyniku wezwania wskazuje na konsultacje i doradztwo, jednak Odwołujący nie uszczegółowił tych ogólnikowych twierdzeń i nie wyjaśnił, jak w praktyce będzie przebiegało korzystanie z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Ze stanowiska Odwołującego

wynika, że łączy go z podmiotem udostępniającym umowa o współpracy, twierdzenia te jednak są po pierwsze gołosłowne (umowy nie przedstawiono na rozprawie), po drugie - wynika z nich, że są to tylko ramowe, ogólnikowe ustalenia na przyszłość, nie dotyczące konkretnego zamówienia i nie są zawarte na czas jego realizacji. Sam Odwołujący nie potrafił sprecyzować podczas rozprawy, na czym ta współpraca ma polegać i jak w praktyce będzie przebiegać.

W związku z powyższym Izba stanęła na stanowisku, że zobowiązanie złożone przez Odwołującego nie dowodzi, że wiedza i doświadczenie zostaną Odwołującemu realnie przekazane. Tymczasem na wykonawcy korzystającemu z możliwości określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Dowody złożone przez Odwołującego podczas rozprawy (w postaci referencji potwierdzających samodzielne wykonanie przez Odwołującego zadań podobnych do przedmiotu zamówienia) Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy. Wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Odwołujący oparł się na zasobach innego podmiotu, a przedmiotem sporu była kwestia skuteczności powołania się na te zasoby. Ewentualne dysponowanie przez Odwołującego doświadczeniem własnym w realizacji innych zadań, częściowo zgodnych z opisanym przez Zamawiającego warunkiem, nie jest okolicznością pozwalającą wykazać niezasadność decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Należy więc stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Ponieważ Zamawiający wyczerpał procedurę określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania była prawidłowa.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a i art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....