

POSTANOWIENIE
z dnia 4 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania w dniu 4 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2016 r. przez Odwołującego: OPA - ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40 c, 44-270 Rybnik w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Puchaczów 21 - 013

przy udziale wykonawcy - Elma Energia sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 397/16 po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: OPA - ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40 c, 44-270 Rybnik i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: OPA - ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40 c, 44-270 Rybnik tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od OPA - ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40 c, 44-270 Rybnik na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A., Puchaczów 21 - 013 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Opracowanie projektu technicznego, dostawy i wykonania oraz uruchomienia układu kompensacji mocy biernej w układzie zasilania skipowej maszyny wyciągowej szybu 2.1. kopalni Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. nr postępowania 665/IZS/2015.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 20 października 2015r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 203-369396.

W dniu 12 stycznia 2016r., Zamawiający dokonał pierwszego wyboru oferty Odwołującego: OPA - ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40 c, 44-270 Rybnik, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie wobec tej czynności Zamawiającego wniósł inny Wykonawca - ELMA Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie.

Wyrokiem z dnia 3 lutego 2016 roku (sygn. akt KIO 71/16) Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy OPA - ROW SP. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zaś w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w części dotyczącej parametru czasu reakcji na impulsy oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 19 lutego 2016r., Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia a także w trybie 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dot. treści oferty w zakresie czasu reakcji na impulsy.

Pismem z dnia 23 lutego 2016r. Odwołujący przesłał odpowiedź na wezwanie Zamawiającego.

Pismem z dnia 8 marca 2016 roku Zamawiający poinformował o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Elma Energia Sp. z o.o. oraz o wykluczeniu Wykonawcy Opa Row Sp. z o.o. i uznaniu jego oferty za odrzuconą, ponieważ - zdaniem Zamawiającego - Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu (warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia).

Według Zamawiającego złożone przez Odwołującego dokumenty nie potwierdzają, że Odwołujący zagwarantował sobie możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego przez cały okres realizacji zamówienia, na każdym etapie realizacji zamówienia poczynwszy od zaprojektowania przez dostawę, montaż aż po uruchomienie instalacji.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 18 marca 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wykluczenia go i uznania jego oferty za odrzuconą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a. art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, jako niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ;

b. art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i § 1 ust. 6 pkt. 2) 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.2013.231) poprzez błędną wykładnię przepisów, polegającą na przyjęciu, że udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia wiąże się z koniecznością bezpośredniego uczestnictwa w realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby na każdym etapie przedmiotu zamówienia;

c. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie przejawiające się w zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dot. dokumentów i oświadczeń przesłanych Zamawiającemu pismem z dnia 23 lutego 2016r., potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, co skutkowało przedwczesnym oraz wadliwym przyjęciem, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ww. dokumentów w sytuacji, gdy powziął wątpliwość co do ich treści;

d.art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

e.art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne dokonanie czynności wyboru oferty.

Odwołujący nie podzielił zaprezentowanego w zawiadomieniu o wyniku przetargu stanowiska Zamawiającego oraz dokonanej przez niego interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Podniósł, że dopuszczalność korzystania przez wykonawcę z potencjału podmiotu trzeciego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynika wprost z art. 26 ust. 2b zd. 1 ustawy Pzp, gdzie – według Odwołującego - ustawodawca nie przewidział obowiązku faktycznego uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotu zamówienia, lecz obowiązek „dysponowania zasobami podmiotu trzeciego” przez cały okres realizacji zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że żaden przepis ustawy Pzp ani żadne postanowienie SIWZ nie uzależnia możliwości korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu od faktycznego uczestnictwa tego podmiotu w realizacji zamówienia i na każdym etapie realizacji zamówienia.

Odwołujący stanął na stanowisku, że art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ani SIWZ nie statuuje dla wykonawcy obowiązku zlecenia zakresu prac odpowiadających posiadanemu przez podmiot trzeci doświadczeniu, na które powołuje się wykonawca.

W ocenie Odwołującego udostępnienie zasobów przez cały okres realizacji zamówienia nie oznacza wyłącznie wykonywania faktycznych czynności składających się na przedmiot zamówienia, jak również nie oznacza obowiązku wspólnego wykonywania ww. czynności przez wykonawcę i podmiot udostępniający zasoby.

Zwrócił uwagę, że udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci może przybrać różne formy m.in. może odbywać się poprzez korzystanie z wiedzy i doświadczenia nabytej przez podmiot trzeci.

Nadto zauważył, że korzystanie z wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego z kolei może przybrać postać przekazania przez podmiot udostępniający wiedzy zawartej w dokumentacji technicznej, serwisowej, instrukcjach obsługi, wiadomościach, patentach, jak również może odbywać się przez konsultacje telefoniczne, e-mailowe czy też wsparcie merytoryczne w poszczególnych czynnościach.

Zdaniem Odwołującego „dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego” należy interpretować szeroko - nie tylko jak faktyczne wykonywanie poszczególnych czynności składających się na przedmiot zamówienia.

Odwołujący wywodził, że gdyby przyjąć interpretację udostępnienia zasobów, o której mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, prezentowaną przez Zamawiającego tzn., że podmiot trzeci musi faktycznie uczestniczyć w realizacji zamówienia na każdym jego etapie byłaby to sytuacja przymusowego podwykonawstwa, a obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie przewidują obowiązku udziału podmiotu udostępniającego zasoby w charakterze podwykonawcy.

Zaznaczył, że Zamawiający przyjął, że skoro podmiot trzeci udostępnia swoje zasoby Odwołującemu w postaci wiedzy i doświadczenia to powinien faktycznie uczestniczyć w realizacji zamówienia na każdym jego etapie. Przy czym powołując się na dokument w postaci podziału pracy Zamawiający uznał, że Odwołujący nie zapewnił sobie udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia na każdym jego etapie, bowiem zdaniem Zamawiającego z dokumentu podział pracy wynika, że podmiot trzeci faktycznie będzie wykonywał jedynie czynności takie jak:

- i. „dostawa elementów systemu SVG 2 x 4MVA_r (produkcja, testowanie, dostawa)”;
- ii. „transport morski do Europy”;
- iii. „gwarancja, serwis, usługa wsparcia technicznego”.

Wskazał, że w odniesieniu do pozostałych czynności takich jak: pomiary na obiekcie, projekt systemu, dokumentacja i certyfikacja, montaż i instalacja systemu SVG, zasilanie rozdzielnic 6kV dla systemu SVG, podłączanie sygnałów z przekładników prądowych sprzężenia, sygnał napięciowy z szyn 6kV, zapewnienie dodatkowego źródła zasilania 380V AC, sprzęt pomocniczy, dostawa okablowania i instalacji, uruchomienie systemu, zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie zagwarantował sobie udostępnienia zasobów Zhuhai Wanlida Electrical Automation Co. Ltd.

Odwołujący zauważył, że czym innym jest faktyczny podział obowiązków między wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby, a czym innym udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci.

Wyjaśnił, że podmiot trzeci nie jest podwykonawcą Odwołującego, dlatego Odwołujący większość czynności wykonuje samodzielnie na własny rachunek i ryzyko, ale to że Odwołujący wykonuje jakąś czynność techniczną samodzielnie (przez własnych pracowników) nie oznacza że wykonanie tej czynności odbywa się bez pomocy i wsparcia merytorycznego podmiotu trzeciego, który udostępnił Odwołującemu zasoby.

Ponadto, Odwołujący wskazał, w jakim celu został przygotowany dokument - „podział pracy” oraz, że czynności wymienione w tym dokumencie zostały wyszczególnione przez Odwołującego, a nie Zamawiającego.

Wyjaśnił, że dokument ten został przygotowany, ponieważ w postępowaniu, które toczyło się przed KIO w wyniku odwołania wniesionego przez ELMA Energia Sp. z o.o. (sygn. akt. KIO 2555/10), Elma Energia Sp. z o.o. zarzucała Odwołującemu, że podmiot udostępniający zasoby Odwołującemu jest w rzeczywistości podwykonawcą Odwołującego ze względu na szeroki udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia oraz, że Odwołujący powinien był zgłosić podmiot trzeci jako podwykonawcę i przedstawić w odniesieniu do podmiotu udostępniającego dokumenty określone w rozdziale VI pkt. 1 ppkt 1,2, i 4-6 SIWZ.

Odwołujący oświadczył, że kwestionując udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy określił, jakie czynności wykona podmiot trzeci, a jakie czynności wykona Odwołujący.

Wskazał, że Odwołujący chciał wykazać, że podmiot trzeci mimo, że wykonuje pewne czynności faktyczne, które składają się na przedmiotowe zamówienie nie realizuje przedmiotu zamówienia jak podwykonawca.

W kontekście powyższego zarzucił Zamawiającemu dokonanie nadinterpretacji ww. dokumentu i uznanie, że podział prac pomiędzy Odwołującym a podmiotem udostępniającym wskazuje na zasoby, jakie udostępni podmiot trzeci Zamawiającemu.

W przekonaniu Odwołującego dokument „podział prac” nie powinien stanowić samodzielnej podstawy do oceny zasobów, które udostępnił Odwołującemu podmiot trzeci z uwagi na to, że Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 23 lutego 2016r., przedstawił również

inne dokumenty na tą okoliczność oraz z uwagi na to, że udostępnienie zasobów, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp należy interpretować szeroko tj. m.in. jak przekazywanie wskazówek e-mailowo, telefonicznie, korzystanie z dokumentacji technicznej i serwisowej podmiotu trzeciego.

Nadto, zaznaczył, że wiele z czynności, które zostały wymienione w dokumencie Podział prac są to czynności, które mimo, że faktycznie składają się na przedmiot zamówienia są nieskomplikowane dla pracujących dla Odwołującego elektryków i inżynierów i nie ma potrzeby, aby były wykonywane czy to bezpośrednio przez podmiot udostępniający zasoby czy też przy bezpośrednim udziale podmiotu udostępniającego zasoby.

Zwrócił uwagę, że do takich czynności należy chociażby transport przedmiotu Dostawy, a także instalacja i montaż przedmiotu dostawy, bowiem w praktyce czynności te oznaczają podłączenie pod zasilanie.

Zarzucił, że Zamawiający bazując na dokumencie podział prac w oderwaniu od zakresu i roli danej czynności w realizacji zamówienia stwierdził, że skoro z Podziału prac wynika, że podmiot udostępniający nie będzie uczestniczył np. w czynności zasilania rozdzielnic 6kV dla systemu SVG, to zasoby Zhuhai Wanlida Electrical Automation Co. Ltd nie zostały udostępnione w tym zakresie.

W ocenie Odwołującego przy ocenie realności udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci należy powoływać się na faktyczne czynności przedmiotu zamówienia określone w SIWZ, a nie w podziale prac przedstawionym przez Odwołującego.

Zauważył, że z treści SIWZ wynika, że na przedmiot zamówienia składa się

- a. dostawa;
- b. wykonanie;
- c. uruchomienie.

Wyżej wskazane czynności są to kluczowe i podstawowe czynności przedmiotu zamówienia określone w SIWZ.

Podniósł, że dowodząc udostępnienie Odwołującemu zasobów przez podmiot trzeci Odwołujący przedłożył Zamawiającemu w tym zakresie:

- i. zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów z dnia 15.11.2015r.,
- ii. porozumienia z dnia 8.01.2015r. pomiędzy OPA - ROW i Wanlida,

iii. porozumienie z dnia 5.11.2015r. w sprawie podziału zadań pomiędzy OPA - ROW i Wanlida.

Odwołujący zastrzegł przy tym, iż oceniając udostępnione Odwołującemu zasoby wszystkie dokumenty należało rozpatrywać łącznie.

Wyjaśnił, że w zobowiązaniu podmiotu trzeciego z dnia 15.11.2015r., do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów (w załączeniu) zagwarantował sobie:

- a. dostawę urządzeń niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia;
- b. doradztwo i konsulting w zakresie niezbędnym do uruchomienia przedmiotu zamówienia, „na okres niezbędny do zrealizowania przez Wykonawcę całości przedmiotu zamówienia”.

Powołał się na treść porozumienia z dnia 8.01.2015r., z którego wynika, że

i. „Strony zobowiązują się do wymiany niezbędnych informacji w celu realizacji przedmiotu Porozumienia”. Powyższe oznacza, że Odwołujący zagwarantował sobie uzyskiwanie wsparcia merytorycznego od podmiotu udostępniającego zasoby na każdym etapie realizacji zamówienia. W związku z tym, w sytuacji gdyby Odwołujący potrzebował informacji, know-how w zakresie instalacji, montażu, podłączenia itp. podmiot udostępniający zasoby Odwołującemu zobowiązany byłby do ich udostępnienia.

ii. Zhuahi Wanlida Electrical Automation Co. Ltd zobowiązuje się do „doradztwa i konsultingu w zakresie układów i urządzeń na etapie ich kompletacji i produkcji w zakładzie OPA - ROW Sp. z o.o.”.

Powyższe oznacza – zdaniem Odwołującego, że zagwarantował on sobie wsparcie merytoryczne podmiotu udostępniającego zasoby przy wykonaniu, instalacji i montażu urządzenia w zakładzie OPA - ROW Sp. z o.o.

Biorąc pod uwagę treść wyżej przywołanych dokumentów zadeklarował, że kluczowe elementy przedmiotu zamówienia tj. dostawa, wykonanie i uruchomienie przedmiotu zamówienia będą wykonywane przez Odwołującego przy wsparciu merytorycznym i pomocy podmiotu udostępniającego, co oznacza, że udostępnienie przez podmiot trzeci zasobów jest realne przez okres niezbędny do realizacji przedmiotu zamówienia.

Ponadto, podkreślił, że zgodnie z art. 26 ust. 2e ustawy Pzp „Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z art. 26 ust 2b odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy”, co umacnia zobowiązanie

podmiotu udostępniającego zasoby do udostępnienia zasobów zgodnie z zawartym między stronami porozumieniem i zgodnie ze złożonym przez podmiot udostępniający oświadczeniem o udostępnieniu zasobów.

Odwołujący podniósł, że zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie jest oświadczeniem na podstawie, którego podmiot trzeci jest zobowiązany realizować zamówienie, ale jest to oświadczenie o pomocy w realizacji, wsparcie wykonawcy, który nie posiada wystarczającego doświadczenia przy realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego pomoc przy realizacji zamówienia może mieć także postać udzielenia konsultacji i szkolenia.

Podkreślił, że gdyby podzielić pogląd Zamawiającego, iż podmiot trzeci ma uczestniczyć w realizacji zamówienia przez cały okres realizacji zamówienia byłoby to przymusowe podwykonawstwo.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający przedwcześnie wykluczył Odwołującego od udziału w niniejszym postępowaniu z uwagi na to, że Zamawiający nie wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dot. dokumentów i oświadczeń złożonych przez Odwołującego pismem z dnia 23.02.2016r., na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Zaznaczył, że pismem z dnia 18.12.2015r., Zamawiający wezwał Odwołującego do:

i. „wyjaśnienie treści złożonej oferty poprzez wskazanie zgodnie z treścią formularza ofertowego — przybliżonego szacunkowego % udziału wartości prac realizowanych przez podwykonawcę w całości zamówienia”,

ii. Złożenia brakujących dokumentów, o których mowa w Rozdział VI PKT. 1 PPKT 1,2 I 4,6 SIWZ dotyczących podmiotu na zasoby, którego powołuje się Wykonawca ZHUHAI WAN LI DA ELECTRICAL AUTOMATION CO LTD.

Wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący w dniu 22.12.2015r., przesłał Zamawiającemu pismo z wyjaśnieniami i dokumentami, które zostały zaakceptowane przez Zamawiającego i co do których Zamawiający nie zgłosił żadnych uwag.

Wyjaśnił, że w dniu 19.02.2016r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedłożył Zamawiającemu pismo z dnia 23.02.2016r., do którego załączył (i) zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów z dnia 15.11.2015r., (ii) porozumienia z dnia 8.01.2015r. pomiędzy OPA - ROW i Wanlida oraz (iii) porozumienie z dnia 5.11.2015r. w sprawie podziału zadań pomiędzy OPA - ROW i Wanlida.

Wskazał, że Zamawiający powziął wątpliwość, co do treści przedłożonych dokumentów w zakresie tego czy dokumenty te stanowią dowód na udostępnienie zasobów przez Wanlida przez cały okres realizacji zamówienia.

Zarzucił, że pomimo powstałych wątpliwości Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dot. ww. dokumentów i w ocenie Odwołującego przedwcześnie wykluczył Odwołującego z udziału w niniejszym postępowaniu.

Dalej wskazał, że Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego nie spełnia wymogów SIWZ z uwagi na to, że zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie zagwarantował sobie możliwości korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego przez cały okres realizacji zamówienia na każdym etapie realizacji zamówienia.

Odwołujący nie podzielił argumentacji Zamawiającego, ponieważ SIWZ nie przewidywał obowiązku uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia na każdym jego etapie, a jedynie stanowił, że „Zamawiający, w celu oceny czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda od Wykonawcy przedłożenia dokumentu, który zawierał będzie w szczególności informację na temat: (i) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu; (ii) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia; (iv) charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem; (v) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.” (Rozdział VI ust. 9 i 10 SIWZ).

W ocenie Odwołującego z zapisów SIWZ nie sposób wywieść obowiązek uczestnictwa podmiotu trzeciego na każdym etapie realizacji zamówienia, tym bardziej, że ust. 9 rozdziału VI SIWZ stanowi, że zasoby muszą być udostępnione w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia co oznacza, że Zamawiający nie przewidział obowiązku zlecenia zakresu prac podmiotowi trzeciemu, który odpowiadałby posiadanemu przez podmiot trzeci doświadczeniu.

Według Odwołującego określenie „niezbędnego stopnia” udostępnienia zasobów nie może nastąpić w oderwaniu od zakresu przedmiotu zamówienia, bowiem jak to zostało już wcześniej opisane nie wszystkie czynności składające się na przedmiot zamówienia są skomplikowane i wymagają udziału podmiotu udostępniającego zasoby.

Przyznał, że Zamawiający jest uprawniony dokonywać oceny realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego niemniej jednak w każdym przypadku należy dokonać oceny, czy dla realności wykorzystania udostępnionego przez podmiot trzeci potencjału, konieczny jest faktyczny udział podmiotu trzeciego w realizacji części czy też całości zamówienia, czy też wystarczająca będzie inna forma wykorzystania danego potencjału przy realizacji przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego przy realizacji przedmiotowego zamówienia nie jest niezbędne, aby podmiot udostępniający uczestniczył w każdej czynności.

Podniósł, że w odniesieniu do niektórych czynności wystarczające będą różnego rodzaju konsultacje, doradztwo czy zapoznanie się z dokumentacją techniczną urządzenia. Podłączenie urządzenia do zasilania (instalacja) czy montaż jest mało skomplikowaną czynnością, i bezpośredni udział podmiotu trzeciego przy tej czynności nie jest niezbędny.

Argumentował, że wyżej wskazane dokumenty, mające charakter przyrzeczenia ze strony podmiotu trzeciego złożonego na rzecz Odwołującego, co do wykonywania w czasie realizacji zamówienia określonych świadczeń z jednej strony dowodzą, że Odwołujący będzie dysponował odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego przez cały okres realizacji zamówienia, a z drugiej strony gwarantują należyte wykonanie przedmiotu umowy przez Odwołującego.

Oświadczył, że podmiot Zhuhai Wanlida Electrical Automation Co. Ltd. w myśl przedłożonego zobowiązania będzie uczestniczył w wykonaniu kluczowych elementów przedmiotowego zamówienia i będzie nadzorował ich uruchomienie.

Twierdzenie Zamawiającego, że posługiwanie się w celu wykazania spełniania warunków wiedzy i doświadczenia referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli ten podmiot nie będzie brał udziału w realizacji umowy jest niedopuszczalne.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy udział podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotu zamówienia jest niewątpliwy i nie można stwierdzić, że rola podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia jest znikoma.

Ponadto, zauważył, że przedmiotowe zamówienie nie jest pierwszym zamówieniem, w którym Zhuhai Wanlida Electrical Automation Co. Ltd. przekazuje wiedzę i doświadczenie Odwołującemu i nie jest pierwszym zamówieniem, które Odwołujący realizowałby przy udziale Zhuhai Wanlida Electrical Automation Co. Ltd. powołując się na Referencje Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. KWK „Budryk”.

Konkludując stwierdził, że istnieją różne formy udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia - skorzystanie choćby z jednej z nich, np. samego doradztwa czy udostępnionej dokumentacji technicznej przez podmiot trzeci, zdaniem Odwołującego, uprawnia do stwierdzenia, że Odwołującemu mógł zostać udostępniony potencjał w ww. zakresie.

Zdaniem Odwołującego przedstawiona przez Zamawiającego interpretacja wskazująca na obowiązek faktycznego udziału podmiotu trzeciego w każdym etapie realizacji zamówienia jest zbyt daleko idąca i wykracza znacząco poza cel i literalna wykładnię art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a także poza postanowienia SIWZ, przy czym Zamawiający nie przewidział też w SIWZ obowiązku uczestnictwa w realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby na każdym jego etapie.

W dniu 22 marca 2016 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca – Elma Energia sp. z o.o..

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dokumentacyjnego przedmiotowego postępowania przetargowego, w tym akt sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 71/16 Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika Izba doszła do przekonania, że zachodzi przesłanka do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt. 5 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że zgodnie z powołanym wyżej przepisem prawa Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Należy wskazać, że w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy, stosownie do pkt. 1.1 sentencji wyroku z dnia 3 lutego 2016r., sygn. akt: KIO 71/16 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy OPA-ROW Sp. z o.o., ul. Rymera 40c, 44-270 Rybnik, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Nadto Izba stwierdziła, że Zamawiający wykonał powyższy wyrok Krajowej izby Odwoławczej i wezwał pismem z dnia 19 lutego 2016r. Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Poza tym Izba ustaliła, że Odwołujący pismem z dnia 23 lutego 2016r. złożył wyjaśnienia i te same dokumenty, jak przy ofercie (zobowiązanie podmiotu trzeciego – str.36-37 oferty), porozumienie z dnia 18 stycznia 2015r., na które powołał się na rozprawie w sprawie o sygn. akt: KIO 71/16, a także dodatkowo porozumienie z dnia 5 listopada 2015r.

Rozpatrując przedmiotową sprawę, według zapatrywania Izby przedmiotowe odwołanie dotyczy czynności wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, które Zamawiający wykonał zgodnie z powołanym wyżej pkt. 1.1 sentencji wyroku z dnia 3 lutego 2016r., sygn. akt: KIO 71/16.

Natomiast w ocenie Izby Odwołujący nie zastosował się do powyższego wezwania, lecz oparł się jedynie na już istniejących dowodach w sprawie, które zostały ocenione przez poprzedni Skład Orzekający KIO, jako niewykazujące spełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia (uzasadnienie do powyższego wyroku – str.26-31).

Powyższej sytuacji nie zmieniło oparcie się przez Odwołującego na treści porozumienia z dnia 5 listopada 2016r. dotyczącego podziału pracy, które w istocie nie wniosło do sprawy nowych elementów stanu faktycznego-prawnego, bowiem odnosiło się ono do relacji Odwołującego z tym samym podmiotem ze wskazaniem takiego samego zakresu prac, jak według ustaleń poprzedniego Składu Orzekającego.

Reasumując, Izba w wyroku z dnia 3 lutego 2016r., sygn. akt: KIO 71/16 uznała i motywowała, że przedłożone przez Odwołującego powyższe dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, a w związku z tym

uznając powyższe dokumenty za błędne nakazała wezwanie Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia nowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, czego wykonawca nie uczynił, bazując na poprzednich dokumentach i tym samym zakwestionowanym zasobie.

Ostatecznie – w ocenie Izby – w zakresie oceny już przedłożonych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia istnieje pomiędzy stronami *res iudicata* i brak jest podstawy prawnej do ponownej oceny przeprowadzonego już postępowania odwoławczego, w warunkach, gdy odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....