

WYROK

z dnia 6 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2015 r. przez wykonawcę **Poleksbud Trade Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Świdnik w Świdniku**

przy udziale wykonawcy **Skanska Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Poleksbud Trade Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Poleksbud Trade Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Świdnik – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na adaptację wraz z termomodernizacją budynku Gimnazjum nr 2 w Świdniku na siedzibę Urzędu Miasta Świdnik wraz z zagospodarowaniem terenu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.) zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 18 września 2015 roku wykonawca Poleksbud Trade Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez niewłaściwe jego zastosowanie,
2. art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie
3. art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez niewybranie oferty najkorzystniejszej,

Odwołujący podniósł, że jako wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu, ma interes w uzyskaniu zamówienia albowiem na skutek niezgodnej z ustawą czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty, nie może uzyskać zamówienia, mimo że jego oferta w oparciu o kryterium przyjęte w s.i.w.z. jest najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie czynności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia odwołującego się.
2. Unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej.
3. Powtórzeniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego się.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący stwierdził, iż zamawiający pismem z dnia 21.09.2015 .r poinformował go o odrzuceniu z postępowania o udzielenie zamówienia, podając, jako podstawę prawną odrzucenia oferty, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p. Z treści uzasadnienia faktycznego i prawnego wynika, że powodem odrzucenia z postępowania był

fakt ocenienia przez zamawiającego złożonego przez odwołującego się porozumienia z dnia 9 lipca 2015 r. jako niesprawdzalnego, o charakterze fikcyjnym, z którego treści wynika, iż fizycznie osoby, które będą udzielać porad technicznych i budowlanych, fizycznie nie będą obecne na budowie a w zasadzie brak jest wskazania takich osób. Zamawiający uznał, iż proces budowlany jest na tyle skomplikowanym i dynamicznym przedsięwzięciem, że ograniczenie wypełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia jedynie do usług o charakterze konsultingowym nie jest wystarczające. Na poparcie swoich tez wskazał element uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 lipca 2011 r. XII Ga 315/11 zawierający stwierdzenie, że przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny »pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż argumenty przytoczone przez zamawiającego nie znajdują oparcia w obowiązujących przepisach prawa.

Możliwość "używania" potencjału podmiotów trzecich jest kwestią bezdyskusyjną wynikającą wprost z zapisów ustawy P.z.p., tj. art.26 ust. 2b. Bez znaczenia jest także charakter prawny stosunku między wykonawcą a użyczającym mu swych zdolności podmiotem. Wykonawca ma obowiązek udowodnienia faktu dysponowania potencjałem innego podmiotu. W świetle cyt. przepisu sprecyzowano, że wystarczające do uznania powyższej okoliczności jest sporządzenie pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia niezbędnych zasobów. Oświadczenie tej treści stanowi integralną część oferty złożonej przez odwołującego się. W omawianym przepisie nie wspomniano w żadnym miejscu o konieczności czy zakresie uczestnictwa podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia ani tym bardziej podwykonawstwie.

Rozporządzenie w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w § 1 ust. 6 pkt 2 lit. a-d enumeratywnie wymienia dokumenty jakich może żądać zamawiający w sytuacji, kiedy wykonawca polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ogóle nie odniósł się do sytuacji związanej z regulacją zawartą w art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. Jednocześnie w wezwaniu z dnia 08.09.2015r /WIKI-Z.271/16/2015 na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących udziału w realizacji zamówienia innych podmiotów w zakresie formy udostępnienia mu swoich zasobów przez podmiot trzeci. Tym samym zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnienia dokumentu, którego na etapie s.i.w.z. nie żądał. Pomimo wadliwego żądania zamawiającego, odwołujący pismem z dnia

11.09.2015 r. przesłał wyjaśnienie załączając do niego potwierdzoną za zgodność kopię porozumienia zawartego z podmiotem trzecim.

Czynność ta nie znalazła uznania zamawiającego, gdyż, pomimo złożenia przez odwołującego najkorzystniejszej oferty, został on z postępowania wykluczony a jego oferta odrzucona. Stanowiska takiego nie akceptuje odwołujący, gdyż w jego ocenie, pomijając fakt nie mającego podstawy prawnej żądania zamawiającego, w złożonych dodatkowo wyjaśnieniach wskazano konkretną osobę związaną z realizacją udostępnienia wiedzy i doświadczenia tj. M. S., którego uprawnienia budowlane zamawiający bez trudu mógł zweryfikować na powszechnie dostępnej liście członków Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa. W treści porozumienia szczególnie w § 2 ust 1 tiret 1 zawarto zapis dotyczący udzielania porad technicznych i budowlanych w realizacji przedsięwzięcia budowlanego.

W ocenie odwołującego sytuacja taka w zupełności wyczerpuje dyspozycję art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. w zakresie udowodnienia zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia i że potencjał ten ma charakter realny.

Dodatkowo odwołujący stwierdził, że planowana inwestycja nie posiada szczególnie złożonego charakteru ani stopnia skomplikowania technicznego, czego pośrednim dowodem może być sam fakt opisu warunku udziału w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia dokonany przez zamawiającego w siwz a odwołujący się wyłącznie do kwotowej wartości zrealizowanych robót. W tej sytuacji stwierdzenie zamawiającego w piśmie uzasadniającym odrzucenie oferty, iż "Proces budowlany jest na tyle skomplikowanym i dynamicznym przedsięwzięciem, że ograniczenie wypełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia jedynie do usług o charakterze konsultingowym nie jest wystarczające" w odniesieniu do firmy o ugruntowanej pozycji rynkowej w branży budowlanej jest co najmniej nadużyciem ze strony zamawiającego.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący, Skanska SA w Warszawie, poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) pkt 11 „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, aby w celu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia spełnili następujące warunki:

- a) w celu spełnienia tego warunku wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał roboty budowlane wielobranżowe polegające na budowie, przebudowie, remoncie budynku użyteczności publicznej, co najmniej 2 zamówienia o wartości minimum 12 mln zł każde.

Zamawiający nie zawarł w s.i.w.z. informacji o możliwości wykazania warunków udziału w postępowaniu poprzez poleganie na zasobach osób trzecich ani też nie wskazał dokumentów, jakie należy przedłożyć w celu potwierdzenia powyższego.

Odwołujący, w celu wykazania postawionego warunku, posłużył się potencjałem udostępnionym mu przez podmiot trzeci, tj. Condite Sp. z o.o. Sp. k. w Kielcach. Złożył wraz z ofertą zobowiązanie wskazanej spółki do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający w dniu 8 września 2015 roku zwrócił się do odwołującego z wezwaniem o złożenie wyjaśnień dotyczących udziału w realizacji zamówienia innych podmiotów w zakresie formy udostępnienia zasobów.

W wyznaczonym terminie odwołujący złożył pismo, do którego załącznikiem było „Porozumienie o udostępnieniu potencjału dla potrzeb udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”, zawarte ze spółką Condite.

Zgodnie z § 2 ust. 1 i 2 porozumienia:

1. *Strony zgodnie postanawiają, iż udostępnienie posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego przy wykonywaniu przez Udostępniającego przedmiotu zamówienia publicznego, o którym mowa w § 1, polegać będzie na:*

- *udzielaniu porad technicznych i budowlanych w zakresie sporządzenia oferty oraz realizacji robót budowlanych dotyczących opisanego w § 1 porozumienia zamówienia publicznego,*

- *udostępnieniu referencji niezbędnych do wzięcia udziału w w/w przetargu oraz pozostałych wymaganych w tym zakresie dokumentów zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.*

2. Udostępniający nie ma obowiązku dokonywania jakichkolwiek innych świadczeń bądź czynności faktycznych lub prawnych poza działaniami opisanymi w ust. 1, co w szczególności dotyczy braku zobowiązania po stronie Udostępniającego do faktycznego wykonywania jakichkolwiek robót budowlanych czy innych prac związanych z opisanym zamówieniem w charakterze podwykonawcy Korzystającego.

Pismem z dnia 21 września 2015 roku zamawiający poinformował odwołującego o jego wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający stwierdził, iż z treści porozumienia nie wynika, iż Condite sp. z o.o. Sp. k. w Kielcach będzie faktycznie uczestniczyła w realizacji ww. zamówienia. Brak jest wskazania osób, które będą udzielać porad technicznych i budowlanych w zakresie realizacji robót budowlanych, porad warunków zapłaty itp. Opis tej współpracy jest na tyle ogólny, że w żaden sposób udział tego podmiotu w realizacji zamówienia jest niesprawdzalny przez zamawiającego, może mieć charakter fikcyjny, a przynajmniej z treści porozumienia nie wynika, iż fizycznie będzie obecny na budowie. Ponadto, zważywszy na rodzaj zamówienia, nie może on polegać na przekazaniu wiadomości i umiejętności oraz doradztwie. Proces budowlany jest na tyle skomplikowanym i dynamicznym przedsięwzięciem, że ograniczenie wypełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia jedynie do usług o charakterze konsultingowym jest niewystarczające.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 26 2b ustawy P.z.p. wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Powyższy przepis jest wynikiem wdrożenia postanowień unijnej dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, która w art. 48 ust. 3 stanowi, że wykonawca może w stosownych sytuacjach

oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, np. przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

Art. 26 ust. 2b został wprowadzony do ustawy P.z.p. nowelą, która weszła w życie 22 grudnia 2009 roku i z początku budził wątpliwości co do zakresu jego stosowania. W orzecznictwie KIO wyrażany był pogląd, że na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający nie był uprawniony do badania relacji między wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby i realności udostępnienia zasobów tego podmiotu wykonawcy (np. wyrok z dnia 13 maja 2011 roku sygn. akt KIO 926/11). Sytuacja prawna zmieniła się wraz z wejściem w życie rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 roku, poz. 231). Z analizy § 1 ust. 6 rozporządzenia wynika, iż zamawiający uprawniony jest do oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

Powyższe potwierdza wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-94/12, gdzie w tezie 33 wskazano, iż dyrektywa 2004/18 umożliwia łączenie kwalifikacji wielu podmiotów gospodarczych w celu spełnienia minimalnych wymogów określonych przez instytucję zamawiającą, o ile zostanie wykazane tej instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent powołujący się na kwalifikacje jednego lub kilku innych podmiotów będzie w rzeczywistości mógł dysponować środkami tych podmiotów, które są niezbędne do wykonania zamówienia.

Faktem jest, iż w rozpoznawanym przypadku zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie uwzględnił możliwości korzystania przez wykonawców z zasobów podmiotów trzecich i nie określił dokumentów, jakie winien przedłożyć wykonawca, który deklaruje, że z takich zasobów będzie korzystał. Niemniej jednak brak takiej informacji nie jest równoznaczny z tym, iż wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie będą mogli korzystać z zasobów podmiotów trzecich. Uprawnienie do korzystania z zasobów wynika bowiem z samej ustawy P.z.p. (dokładnie z art. 26 ust. 2b zdanie pierwsze) i jest niezależne od tego, czy zamawiający wskazał o tym w s.i.w.z. czy nie.

Tym samym oczywistym jest, iż zamawiający jest uprawniony do badania realności i zakresu udostępnienia. W rozpoznawanej sprawie zamawiający zwrócił się zatem do

odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących udziału w realizacji zamówienia podmiotu trzeciego, czyli Condite Sp. z o.o. Sp. k. w Kielcach. W odpowiedzi odwołujący złożył „Porozumienie o udostępnieniu potencjału dla potrzeb udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” zawarte pomiędzy nim a spółką Condite.

Dokonując analizy treści przedłożonego porozumienia Izba skonstatowała, iż udostępnienie zasobów spółki Condite w postaci wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego w przypadku realizacji przedmiotu zamówienia, ma polegać na udzielaniu porad technicznych i budowlanych. Jednocześnie, ze złożonych wyjaśnień wynika, iż porady te będą odbywały się drogą telefoniczną i mailową z wyznaczoną osobą, tj. Panem M. S. .

W ocenie Izby, udostępnienie wiedzy i doświadczenia może polegać na świadczeniu usług konsultingowych. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 maja 2013 roku sygn. akt V Ca 243/13 stwierdził, iż z treści przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp nie wynika, aby podmiot udostępniający zasoby wykonawcy musiał osobiście uczestniczyć w realizacji zamówienia. Wykonawcę i podmiot trzeci może łączyć stosunek o dowolnym charakterze prawnym, a zatem może to być także taki stosunek, z którego nie wynika dla podmiotu udostępniającego obowiązek udziału w realizacji zamówienia.

Niemniej jednak Izba podkreśla, iż również usługi doradcze muszą mieć charakter rzeczywisty i właściwy dla charakteru i zakresu danego zamówienia. Podkreślenia wymaga, iż udostępnienie wskazanych zasobów w rozpoznawanym przypadku miało na celu wykazanie, iż odwołujący spełnia warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia, polegający na wykonaniu 2 robót budowlanych wielobranżowych polegających na budowie, przebudowie, remoncie budynku użyteczności publicznej, o wartości minimum 12 mln każda. Z zawartego porozumienia nie wynika, iż osoba wyznaczona do udzielania porad uczestniczyła w takich robotach i posiada doświadczenie pozwalające na udzielaniu porad w tym zakresie. Z porozumienia nie wynika także częstotliwość udzielanych porad ani ich zakres. Trudno w tej sytuacji mówić, iż odwołujący będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Pod pojęciem dysponowanie należy rozumieć bowiem możliwość użycia czegoś w każdym przypadku, gdy jest to konieczne i w sposób, jaki jest w danym przypadku niezbędny. W ocenie Izby udostępnienie niezbędnych zasobów dla robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia wyłącznie poprzez udzielanie porad mailowych i telefonicznych, bez obecności wskazanej osoby na placu budowy, jest udostępnieniem nierealnym i niegwarantującym rzeczywistego dostępu do zasobów.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....