

WYROK

z dnia 18 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca przez wykonawcę

**S. K. i P. I. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą E-xon s.c. S. K., P. I.
ul. Starołęcka 2/8, 61-361 Poznań**

w postępowaniu prowadzonym przez

Ośrodek Rozwoju Edukacji, Al. Ujazdowskie 28, 00-478 Warszawa

przy udziale wykonawcy **S. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą AIR CLUB S. M. ul. Senatorska 28, 00-095 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża S. K. i P. I. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą E-xon s.c. S. K., P. I. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez S. K. i P. I. prowadzących działalność pod nazwą E-xon s.c. S. K., P. I. 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, 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 451/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Ośrodek Rozwoju Edukacji w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę hotelową, cateringową oraz wynajęcie sal szkoleniowych” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 27 grudnia 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 249-442412.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – S. K. i P. I. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą E-xon s.c. S. K., P. I. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że odwołujący nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuznanie, że doszło do udzielenia odwołującym zasobów wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci oraz stawianie wymagań nieznanymi ustawie Prawo zamówień publicznych w zakresie udzielenia wiedzy i doświadczenia,
3. § 3 ust. 4 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, poprzez jego zastosowanie, mimo że podmiot trzeci nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego, a także obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

II Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

III Ustalenia Izby co do zarzutów

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Zamawiający wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz odrzucił jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na to, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z postępowania w stosunku do podmiotu udostępniającego wykonawcy wiedzę i doświadczenie tj. AltaSoft s.c. Zamawiający, analizując treść zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, stwierdził, że podmiot ten będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia. W związku z tym wezwał odwołującego do uzupełnienia następujących dokumentów dotyczących podmiotu AltaSoft s.c: 1) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, 2) odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, 3) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, 4) zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, 5) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 4-11 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca nie złożył ww. dokumentów, gdyż jego zdaniem wezwanie to było bezzasadne, ponieważ wykonawca ten nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, nie będzie również świadczył usług podwykonawczych, a udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia nastąpi jedynie w drodze konsultacji i doradztwa.

W ocenie zamawiającego niemożliwe jest przeniesienie lub udostępnienie wiedzy i doświadczenia bez uczestnictwa podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia, gdyż przedmiotem udzielenia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia. Nie można bowiem przekazać ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym wypadku zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił

dysponowania odpowiednim zasobem. Zamawiający powołał się przy tym na opinię Urzędu Zamówień Publicznych.

W ocenie odwołującego natomiast nieuwzględnienie doświadczenia udostępnionego mu przez podmiot trzeci nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że obecnie w literaturze i orzecznictwie pogląd zamawiającego jest wyraźnie kwestionowany, a utrwaliło się stanowisko przeciwne, z którego wynika, że w dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych bez rozróżnienia zostały potraktowane tak zasoby wiedzy i doświadczenia, jak i inne zasoby odnoszące się do potencjału technicznego, osobowego czy też zasoby finansowe podmiotów trzecich, niezależnie od charakteru tych zasobów, a więc czy mają one charakter przenaszalny fizycznie, np. oddanie do dyspozycji sprzętu, ludzi, czy też zasobów finansowych, czy też nieprzenaszalny fizycznie, jak oddanie do dyspozycji swojej wiedzy i doświadczenia. Oddanie wiedzy i doświadczenia w tym zakresie może odbywać się zatem tak poprzez faktyczne podwykonawstwo, jak też oddanie nabytego przez przedsiębiorstwo doświadczenia poprzez możliwość korzystania z tej wiedzy przy realizacji zamówienia poprzez konsultacje czy doradztwo, bowiem w taki sposób także istnieje praktyczna możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu przy wykonywaniu danego zamówienia.

Izba podzieliła w całości stanowisko zamawiającego oraz uznała argumentację zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie za wyczerpującą w tej kwestii.

Odwołujący, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w ramach wykazania realizacji 4 z 5 wymaganych przez zamawiającego usług, powołał się na potencjał AltaSoft s.c. A. i L. B., przedstawiając oświadczenie tego podmiotu o treści będącej kopią treści zdania drugiego art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z rozdziału VII ust. 2 pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający zażądał przedstawienia dokumentów wymienionych w punkcie 1. ppkt 2-8, tj.: 1) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, 2) odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, 3) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, 4) zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, 5) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 4-11 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący nie przedstawił tych dokumentów na wezwanie zamawiającego wystosowane zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując, że AltaSoft s.c. A. i L. B. nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia.

Zamawiający słusznie więc wykluczył wykonawcę z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż – nie przedkładając na wezwanie zamawiającego wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentów – nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający prawidłowo też uznał, że powołanie się na udostępnienie przez podmiot trzeciej wiedzy i doświadczenia bez udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, jest jedynie pozornym powołaniem się na potencjał tego podmiotu, a nie realnym, jak to jest wymagane. A tym samym wykonawca nie dowiódł zamawiającemu, że będzie dysponował potencjałem podmiotu, na którego zdolności się powołał.

Pomijając kwestię, czy dla realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia dla przeniesienia wiedzy i doświadczenia wystarczające by były konsultacje i doradztwo (gdyż nie stanowi to przedmiotu sporu w niniejszym postępowaniu) Izba wskazuje, że nawet przy deklarowaniu takiego udziału podmiotu trzeciego uznaje się, że owe konsultacje i doradztwo stanowią udział w realizacji zamówienia. Tym samym podmiot taki musi przedstawić wymagane dokumenty świadczące o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, jeśli zamawiający ich wymagał.

Warunek udziału w postępowaniu składa się – nie bez powodu – z dwóch elementów, tj. wiedzy i doświadczenia. O ile jeszcze wiedza może być wiedzą teoretyczną – wynikającą z informacji, które można zdobyć z książek, innych opracowań, informacji o cudzych doświadczeniach czy szkoleń, jak i wiedzą nabytą w sposób praktyczny, to doświadczenie

z samej swojej istoty nie może być teoretyczne. Tym samym więc doświadczenia nie można przenieść jedynie w teorii, bez praktycznego udziału owego podmiotu doświadczonego w realizacji zamówienia.

Bez udziału podmiotu posiadającego doświadczenie w żaden sposób nie można uznać, że zamówienie będzie realizował wykonawca doświadczony, jak tego wymagał zamawiający.

Przywołane przez odwołującego poglądy – które zresztą, pomimo że eksponowane, *de facto* nie stanowiły poglądu dominującego – nie są już obecnie aktualne, gdyż pogląd w zakresie stosowania art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych ewoluował w kierunku konieczności realności powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego. Potwierdza to zarówno obecne orzecznictwo krajowe, jak i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Potwierdza to najwyraźniej art. 63 dyrektywy Parlamentu Europejskiego I Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. W jego treści wskazano jednoznacznie, że „w odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne.”

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 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: