

**WYROK**

**z dnia 30 maja 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2016 r. przez Odwołującego – BPP Budownictwo Pożytku Publicznego sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, w postępowaniu prowadzonym przez Zachodniopomorski Uniwersytet Technologiczny w Szczecinie, przy udziale wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Szczecinie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zachodniopomorski Uniwersytet Technologiczny w Szczecinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Przebudowa laboratoriów Wydziału Nauk o Żywności i Rybactwa w budynku głównym przy ul. Kazimierza Królewicza 4 w Szczecinie – zadanie nr 2” (znak sprawy: ATT/373-05/WNoŻrR/16), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 marca 2016 r. pod poz. 66014.

W dniu 9 maja 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawcę BPP Budownictwo Pożytku Publicznego sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie o wykluczeniu go z Postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w Postępowaniu i o uznaniu jego oferty za odrzuconą oraz o wyborze oferty wykonawcy Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Wykonawca S”).

W dniu 13 maja 2016 r. ww. wykonawca (dalej: „Odwołujący”) zaskarżył powyższe czynności odwołaniem, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art 24 ust 2 pkt 4 Pzp przez jego niezasadne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z Postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i w konsekwencji bezpodstawne uznanie jego oferty za odrzuconą,
2. art. 89 ust 1 pkt 5 Pzp przez jego zastosowanie, mimo że przepis ten nie może znaleźć zastosowania w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy S,
2. unieważnienia wykluczenia Odwołującego,
3. powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego,

a nadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, ponieważ złożył najkorzystniejszą ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

W uzasadnieniu Odwołujący stwierdził, co następuje.

Zamawiający oparł zaskarżoną decyzję na następujących podstawach:

1. Odwołujący nie może, w trybie art. 26 ust. 2b Pzp, polegać na wiedzy i doświadczeniu (zob. też Dział V. ust. 3. SIWZ) Przedsiębiorstwa Budowlano-Handlowego Perfekt sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (dalej: „PBH Perfekt”), mimo, że posiada ono wiedzę i doświadczenie wymagane w Dziale V ust. 1.2 SIWZ, a w konsekwencji nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia,
2. PBH Perfekt, pomimo że jako jedyne posiada wiedzę i doświadczenie wymagane w Dziale V ust. 1.2 SIWZ, miałyby, jako podwykonawca, wykonywać jedynie 3,5% zamówienia publicznego, a w konsekwencji 96,5% zamówienia publicznego miałyby zostać wykonane przez podmioty nieposiadające wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym SIWZ, a co za tym idzie, Odwołujący pomimo złożenia zobowiązania PBH Perfekt do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia do korzystania z nich przez okres wykonywania zamówienia publicznego, nie dysponuje udostępnionym mu zasobem,
3. podwykonawcy, na których zasoby powołuje się Odwołujący w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu również powinni je spełniać,
4. pozostali podwykonawcy, tj. B.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Portal B.W. („BW Portal”), E.L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą ELEX E.L. („EL ELEX”) oraz PBT Zachód S.A. z siedzibą w Kostrzynie Wielkopolskim („PBT Zachód”), którzy także złożyli zobowiązania do oddania do dyspozycji Odwołującego swoich zasobów wiedzy i doświadczenia nie posiadają wymaganej przez Zamawiającego, zgodnie z postanowieniem Działu V. ust. 1.2. SIWZ, wiedzy i doświadczenia, pomimo tego, że wyżej wskazane podmioty łącznie spełniają wskazane wymogi,
5. Odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, bowiem złożony przez PBT Zachód wyciąg z rachunku bankowego nie jest równoznaczny z „opinią bankową”,

6. Odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, ponieważ złożona przez niego opinia bankowa nie zawiera informacji wymaganych w Dziale V ust. 1.4 SIWZ.

Ad 1 i 2

Odwołujący podał, że PBH Perfekt w zobowiązaniu z dnia 14 kwietnia 2016 r. oraz dołączonych do niego referencjach wykazało się z nawiązką niezbędną wiedzą i doświadczeniem, składając dowody wykonania trzech robót każda o wartości powyżej 5.000.000,00 zł brutto (w SIWZ Zamawiający wymagał wykazania zrealizowania jednej roboty budowlanej o wartości co najmniej 5.000.000,00 zł brutto oraz dwóch o wartości co najmniej 3.000.000,00 zł brutto), przy czym każda z tych robót dotyczyła budynku użyteczności publicznej oraz spełniała wymogi wykonania ich zgodnie ze sztuką budowlaną i obejmowała swoim zakresem wykonanie robót ogólnobudowlanych, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, instalacji CO, CWU i CT, instalacji elektrycznej oraz teletechnicznej. W konsekwencji PBH Perfekt spełniło samodzielnie wymóg posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, co znalazło także wyraz w oświadczeniu Zamawiającego na str. 2 zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego (okoliczność bezsporna).

Zdaniem Odwołującego poza sporem pozostaje również fakt że zobowiązanie PBH Perfekt z dnia 14 kwietnia 2016 r. odpowiada wymogom art. 26 ust. 2b Pzp oraz SIWZ. Zobowiązanie to nie zostało zakwestionowane nawet przez Zamawiającego.

W konsekwencji niezrozumiały jest wniosek Zamawiającego, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że przy wykorzystaniu zasobów podmiotu trzeciego nie jest konieczne podwykonawstwo, dopuszczalne są także inne formy, chociażby w postaci konsultacji i doradztwa, za pomocą których może równie skutecznie dojść do rzeczywistego udostępnienia zasobu, jak i do czynnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. O spełnieniu tych warunków przesądza treść zobowiązania i nie można stawiać odgórnie tezy o tym, że sama forma konsultacji i doradztwa nie pozwala na to, by mogło dojść do realnego przekazania przez jeden podmiot swojej wiedzy i doświadczenia na rzecz drugiego podmiotu. Odwołujący zaznaczył, że PBH Perfekt udostępni swoje zasoby na etapie przygotowania, organizacji i realizacji zamówienia publicznego, ale również będzie działać jako jego podwykonawca, co w tym bardziej wyraźny sposób dowodzi, iż wykonawca będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia.

W treści SIWZ próżno szukać szczególnych wymogów co do formy wyrażenia zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów. Brak także w Dziale V ust. 3 SIWZ wymogów w zakresie formy wykazania stosunku podwykonawstwa pomiędzy

podmiotem udostępniającym wiedzę i doświadczenie, a wykonawcą. W konsekwencji uznać należy, że wykonawca w sposób prawidłowy udowodnił, że będzie dysponował odpowiednimi zasobami koniecznymi do wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

Oznacza to, że w realiach niniejszej sprawy udostępnienie przez PBH Perfekt wiedzy i doświadczenia w celu spełnienia przez Odwołującego wymogów udziału w Postępowaniu wyczerpuje wymogi SIWZ oraz jest realne. Już sam fakt przedstawienia zobowiązania PBH Perfekt o odpowiedniej treści, której nie kwestionuje nawet Zamawiający, wyczerpany został przez Odwołującego obowiązek wykazania spełnienia posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia zgodnie z Działem V ust 1.2 SIWZ. W świetle powyższego niezrozumiałe jest stwierdzenie Zamawiającego, że „[...]96,5% wartości zamówienia byłoby wykonywane przez wykonawców (łącznie ze składającym ofertę), którzy nie udokumentowali posiadania wiedzy i doświadczenia[...]”. Abstrahując od tego, że podwykonawcy BW Portal, EL ELEX, czy PBT Zachód nie składali oferty w Postępowaniu i w konsekwencji nie byli zobowiązani do spełnienia warunków udziału w nim, Odwołujący wskazał, że spełnia warunek wiedzy i doświadczenia właśnie przez skuteczne powołanie się na zasoby posiadane przez spółkę PBH Perfekt.

Odwołujący podkreślił, że w żadnym postanowieniu SIWZ, w szczególności w Dziale V, nie ma mowy o wymogu powierzenia określonej wartości zamówienia podwykonawcom w określonej procentowo części. Zamawiający zarzuca mu nie tylko to, że sam nie posiada on doświadczenia, ale wskazuje że pozostali trzej podwykonawcy, którzy mieliby wykonać łącznie 49,7% wartości zamówienia publicznego, również tego doświadczenia nie posiadają, a podwykonawca doświadczenie posiadający realizował będzie roboty o niewielkiej wartości. Nie można dopuścić do sytuacji, w której zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania, opierając się na okoliczności nieistotnej dla oceny warunków udziału w postępowaniu, jaką jest wartość robót realizowanych przez podwykonawcę.

Ad 3

Z treści 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), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, a w szczególności § 3 ust. 4 wyraźnie i enumeratywnie wynika, że zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia jedynie następujących dokumentów dotyczących podmiotów na których zasobach opiera się wykonawca:

- oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia,

- aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej,
- aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że podmiot trzeci nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że podmiot trzeci nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego,
- aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy z 28.10.2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

W ocenie Odwołującego powyższe oznacza, że od PBH Perfekt, BW Portal, EL ELEX, czy PBT Zachód Zamawiający nie może żądać dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, do czego faktycznie zdaje się zmierzać, stwierdzając, że blisko połowa zamówienia nie byłaby wykonywana przez podmioty posiadające przewidziane w SIWZ wiedzę i doświadczenie. Obowiązek spełnienia warunków udziału w postępowaniu ciąży jedynie na wykonawcy, który oczywiście – wykazując spełnienie przedmiotowego warunku – może polegać na zasobach podmiotów trzecich.

Obowiązek złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez podwykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mógłby potencjalnie wynikać z treści Działu VI ust. 1.5 SIWZ, jednakże trudno byłoby zgodzić się z taką wykładnią tego faktycznie niejasnego postanowienia. Po pierwsze, takie jego rozumienie byłoby sprzeczne z przepisami Pzp oraz Rozporządzenia, gdyż prowadziłoby do nałożenia na oferentów obowiązku wykazania spełnienia przez swoich podwykonawców warunków do samodzielnego udziału w Postępowaniu. Po drugie, nawet gdyby taka interpretacja była dopuszczalna, należałoby uznać, że żądanie tych dokumentów byłoby w realiach niniejszej sprawy przedwcześnie. Stosownie bowiem do ust. 1.5 Działu VI SIWZ wykonawca byłby zobowiązany do złożenia dokumentów, o których mowa w ust 1 pkt 1.1-1.4 dopiero po uznaniu jego oferty za najkorzystniejszą.

Reasumując, wskazać należy, że omawiane postanowienie SIWZ ewidentnie odnosi się do obowiązku wykonawcy udowodnienia spełnienia przez niego warunków udziału w Postępowaniu, nie zaś spełnienia ich przez jego podwykonawców. Jedynie taka wykładnia jest zgodna z prawem i koresponduje z treścią ust. 1.5.1 i 1.5.2 Działu VI SIWZ oraz pouczenia wyrażonego w załączniku nr 4 do SIWZ.

Na marginesie Odwołujący zauważył, że także inny wykonawca w Postępowaniu opierał się na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w celu spełnienia przesłanek udziału w Postępowaniu. Jednakże wobec wykonawcy EXPERT sp. z o.o. Zamawiający nie podjął rozstrzygnięcia analogicznego do zaskarżonego, pomimo takiej samej sytuacji obu podmiotów, co wprost wynika z dokumentacji przetargowej.

Odwołujący podał ponadto, że kwestionowanego obowiązku nie statuuje art. 36b ust. 1 Pzp, który ma zastosowanie w niniejszej sprawie. Wykonawca na jego podstawie obowiązany jest jedynie na żądanie zamawiającego do wskazania części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, lub podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Obowiązek ten został przez Odwołującego spełniony, co znalazło odzwierciedlenie w treści załącznika nr 4 do oferty.

Ad 4

Niezależnie od przedstawionej powyżej argumentacji oraz z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wskazał, że spełnia wymogi posiadania wiedzy i doświadczenia również przez korzystanie z udostępnionych mu zasobów BW Portal, EL ELEX, czy PBT Zachód. Podmioty te łącznie spełniają ww. warunek zgodnie z opisem sposobu oceny jego spełnienia, a Odwołujący mógł powołać się na ich wiedzę i doświadczenie. Oczywiście jest przecież, że celem instytucji z art. 26 ust. 2b Pzp jest umożliwienie wykonawcy spełnienia warunków do wystąpienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, żaden zaś przepis Pzp nie wyłącza możliwości skorzystania z doświadczenia i wiedzy kilku podmiotów w celu łącznego spełnienia danego warunku udziału w postępowaniu.

Ad 5

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z Działem VI ust. 1.4, w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego sytuacji finansowej wykonawca zobowiązany był złożyć Zamawiającemu jeden lub dwa następujące dokumenty, które łącznie potwierdzać będą fakt posiadania zdolności finansowej do realizacji zamówienia na kwotę nie niższą niż równowartość kwoty 3.000.000,00 zł:

- aktualną informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej, z której to informacji będzie wynikało potwierdzenie wysokości posiadanych przez wykonawcę środków finansowych; za aktualną w rozumieniu niniejszego punktu uznaje się informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej wystawioną z datą nie wcześniejszą niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu,

albo

- aktualną informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej, z której to informacji będzie wynikało potwierdzenie posiadania przez wykonawcę zdolności kredytowej; za aktualną w rozumieniu niniejszego punktu uznaje się informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej wystawioną z datą nie wcześniejszą niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie określił w SIWZ formy dokumentu, który ma przedstawiać wykonawca w celu wykazania spełnienia omawianego warunku. Innymi słowy, Zamawiający nie wyjaśnił, czym jest „informacja banku” w rozumieniu powołanych powyżej zapisów. Twierdzenie więc, że „[...]w ocenie Zamawiającego dokument ten (wyciąg z rachunku bankowego PBT Zachód – przyp. Odwołującego) także nie jest jednoznaczny z opinią bankową o posiadanych środkach i zdolności kredytowej firmy – nie zawiera istotnych informacji, o których mowa powyżej[...]” jest niezgodne z treścią SIWZ i świadczy o dokonaniu przez Zamawiającego całkowicie dowolnej oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Z treści SIWZ w żadnym wypadku nie wynika, że „informacja banku” nie może być informacją przedstawioną w formie wyciągu z rachunku, który *nota bene* zdecydowanie lepiej chroni interes Zamawiającego, bowiem dokument taki jest wygenerowany przez system bankowy, co daje całkowitą pewność, że wynikające z niego dane są prawdziwe.

Odwołujący skonstatował, że „informacja banku” powinna być rozumiana jako „informacja pochodząca od banku”. Nie ulega wątpliwości, że informacją taką może być zarówno zaświadczenie podpisane przez upoważnionego pracownika banku, jak i niewymagający podpisu dokument wygenerowany przez system bankowy. Wbrew oczywistej nadinterpretacji Zamawiającego z postanowień SIWZ nie wynika, że informacja banku musi przyjąć formę „opinii bankowej”. Wystarczy wskazać, że pojęcie „opinii bankowej” nie występuje w ogóle w SIWZ, a zostało użyte w piśmie z dnia 9 maja 2016 r. wyłącznie celem znalezienia pretekstu do wykluczenia Odwołującego. Jeżeli więc intencją Zamawiającego było uzyskanie od wykonawców opinii bankowej, powinien był ten



wymóg wprost wskazać w treści SIWZ, ponieważ wszelkie niedokładności SIWZ, czy jej niejednoznaczność, nie mogą obciążać wykonawcy.

Co istotne, Zamawiający nie kwestionuje skuteczności oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów PBT Zachód, a jedynie samą formę informacji uzyskanej z banku. Zamawiający nie podaje także w wątpliwość treści tego dokumentu, a w szczególności tego, czy PBT Zachód faktycznie dysponuje środkami wskazanymi na wyciągu z rachunku. Zgodnie z SIWZ informacja banku winna wskazywać na posiadane przez wykonawcę środki (zgodnie z wyciągiem jest to 8.617.799,33 zł, co spełnia z nawiązką warunek udziału w Postępowaniu), albo zdolność kredytową (zgodnie z wyciągiem saldo debetowe wynosi 5.000.000,00 zł, co również wyczerpuje wymogi SIWZ). Skoro więc na podstawie wyciągu z rachunku bankowego PBT Zachód możliwe jest ustalenie wysokości środków finansowych posiadanych przez spółkę oraz wysokości udzielonego jej kredytu w łącznej kwocie 13.617.799,33 zł, uznać należy, że wyciąg jest dokumentem dowodzącym w stopniu wystarczającym sytuacji finansowej PBT Zachód, na której zasoby powołuje się Odwołujący.

Ad 6

Odwołujący wskazał, że powyższe uwagi pozostają również aktualne w odniesieniu do opinii bankowej z dnia 12 kwietnia 2016 r. Również w tym zakresie myli się Zamawiający, twierdząc, jakoby opinia bankowa musiałaby przyjąć formę „promesy bankowej”, jako że taki wymóg z treści SIWZ nie wynika. Dlatego też przedmiotowa opinia jest wystarczająca do wykazania spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w Postępowaniu.

Uzasadniając naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp Odwołujący stwierdził, że wykluczając wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający nie odrzuca jego oferty. Oferta taka jest uznawana za odrzuconą *ex lege* (art. 24 ust. 4 Pzp). Co więcej, podstawą uznania oferty za odrzuconą nie może być art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, ponieważ przepis ten stanowi podstawę odrzucenia oferty. Nadto, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego z oczywistych względów przepis ten w ogóle nie może znaleźć zastosowania.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Na rozprawie argumentował, że zastrzegł obowiązek osobistego wykonania kluczowej części zamówienia oraz zobowiązał wykonawców do wskazania w jakim wymiarze podwykonawcy będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, co nie było przez wykonawców kwestionowane.

Odnosząc się do kwestii niespełniania przez Odwołującego warunku udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Zamawiający stwierdził, że PBH Perfekt będące jedynym podmiotem spełniającym omawiany warunek został przez Odwołującego

przewidziany do wykonania niewielkiej części zamówienia – prac związanych z ostatnim etapem realizacji inwestycji.

W zakresie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej Zamawiający zakwestionował wiarygodność opinii bankowej stwierdzając, że nie została w niej wskazana konkretna kwota zdolności kredytowej Odwołującego. Zwrócił uwagę, że wynika z niej, jakoby określenie rzeczywistej zdolności kredytowej Odwołującego wymagało przeprowadzenia dodatkowych analiz.

Zamawiający podważył również wiarygodność złożonego wyciągu z rachunku bankowego stwierdzając, że nie odpowiada on pojęciu informacji banku, a nadto że potwierdza posiadanie środków pieniężnych w określonej wysokości tylko w dniu wygenerowania wyciągu.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca S wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie odwołujący podtrzymał stanowisko zaprezentowane w odwołaniu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Wykonawcy S zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba postanowiła dopuścić Wykonawcę S (dalej również „Przystępujący”) w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający uznał ponadto, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Zarzuty odwołania nie potwierdziły się w odniesieniu do wszystkich okoliczności wskazanych przez Zamawiającego w piśmie informującym o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania, skutkiem czego odwołanie należało oddalić.

Ad 1-4

W przedmiotowym zakresie ustalono, że stan faktyczny nie był przedmiotem sporu między stronami.

Zamawiający nie kwestionował, że PBH Perfekt, na którego zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia powoływał się Odwołujący, spełnia samodzielnie warunek udziału

w Postępowaniu opisany w Dziale V ust. 1.2 SIWZ. Zamawiający co do zasady nie podważał skuteczności (realności) udostępnienia Odwołującemu wspomnianego zasobu.

W przywołanym powyżej postanowieniu SIWZ Zamawiający zawarł również postanowienie następującej treści: „[...]W ocenie warunków spełnienia udziału w postępowaniu zastosowanie ma również zapis działu V ust. 3 w zakresie zachowania proporcji w odniesieniu do udziału innych podmiotów jakimi posłuży się Wykonawca przy realizacji zamówienia, tj. zamieszczenia na Wykazie stosownych pozycji odnoszących się do wykonanych robót przez Wykonawcę i inny podmiot.[...]”.

Z kolei w postanowieniu Działu V ust. 3 SIWZ Zamawiający podał zasady polegania na zasobach podmiotów trzecich, a nadto stwierdził, że „[...]Wykonawca posługując się zasobami innych podmiotów przy wykazywaniu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia (stosownie do pkt 1.2 niniejszego działu), w części w jakiej zasoby podmiotu innego będą dotyczyć robót budowlanych, obowiązany będzie zapewnić uczestniczenie podmiotu innego w realizacji zamówienia wyłącznie w charakterze podwykonawcy. W zakresie w jakim Wykonawca wykazuje spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu zasobami podmiotu innego mającego uczestniczyć w wykonaniu niniejszego zamówienia jako podwykonawca robót, zastrzeżenie Zamawiającego do osobistego wykonania robót, o którym to zastrzeżeniu mowa w dziale X ust. 4 SIWZ jest bezskuteczne (art. 36a ust. 3 ustawy PZP).[...]”.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów złożył wykaz robót proponowanych do realizacji przez podwykonawców, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ. Zgodnie z pouczeniem w treści wzoru: „[...]W tabeli należy podać nazwę podwykonawcy wówczas, kiedy wykonawca powołuje się na podwykonawcę w celu wykazania spełniania warunków uczestnictwa w postępowaniu, o których mowa w dziale V SIWZ. Jeżeli wykonawca samodzielnie spełnia warunki uczestnictwa w postępowaniu, to w zał. nr 4 wystarczy podać jedynie część zamówienia i wartość (udział procentowy) tej części zamówienia, którą Wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcy.[...]”. Odwołujący podał 4 podmioty – PBH Perfekt, PBT Zachód, BW Portal i EL ELEX, ze wskazaniem na zakres podwykonawstwa, jego wartości kwotowe i procentowe.

W przedstawionych powyżej okolicznościach skład orzekający uznał, że zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nie potwierdził się, mimo że Izba nie podziela wszystkich poglądów Zamawiającego wyrażonych w zawiadomieniu Odwołującego o wykluczeniu z Postępowania.

Przede wszystkim zauważyć należy, że weryfikacja powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego nie może sprowadzać się do oceny, czy podmiot udostępniający zasoby jest zdolny do samodzielnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Relevantna w tym zakresie jest ocena, czy posiada on brakujący wykonawcy zasób umożliwiający mu ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego. *Ad casum* podmiotem takim, w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, był udostępniający ten zasób Odwołującemu PBH Perfekt, wobec czego argumentacja Zamawiającego, że pozostałe podmioty, na których wiedzy i doświadczeniu polegał Odwołujący (BW Portal, EL Elex, czy PBT Zachód) nie spełniają warunku udziału w Postępowaniu, czy twierdzenia Odwołującego o możliwości sumowania potencjałów nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia omawianej kwestii. Jedynie na marginesie można zauważyć, że zakres otrzymywanych przez zamawiającego informacji i dokumentów, dotyczących choćby pośrednio podmiotów trzecich (w tym również tych, które będą brały udział w realizacji części zamówienia), wyznaczają przepisy § 1 ust. 6 pkt 1 i 2 i § 3 ust. 4 Rozporządzenia, i nie wynika z nich jakoby zamawiający miał oceniać całokształt sytuacji podmiotowej podmiotów trzecich i żądać w tym zakresie wszystkich przewidzianych w Rozporządzeniu dokumentów.

Izba uznała natomiast, że Odwołujący nie zapewnił sobie dysponowania zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Należy mieć bowiem na uwadze wspomniany przepis § 1 ust. 6 pkt 2 Rozporządzenia, który uprawnia zamawiającego do dokonania oceny nie tylko realności udostępnienia zasobów, ale również okoliczności, czy zakres udostępnionych zasobów gwarantuje należyte wykonanie zamówienia i żądania na tą okoliczność m.in. dokumentów dotyczących sposobów wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego przy wykonaniu zamówienia (§ 1 ust. 6 pkt 2 lit. b) Rozporządzenia).

W kontekście powyższego znaczenie miało postanowienie Działu V ust. 3 SIWZ, zgodnie z którym w przypadku polegania przez wykonawcę na zasobach podmiotów trzecich, w części w jakiej zasoby te związane są z robotami budowlanymi, wykonawca zobowiązany będzie zapewnić udział takich podmiotów w realizacji zamówienia wyłącznie w charakterze podwykonawców. dopełnieniem tego wymogu, a zarazem dokumentem, o którym mowa w § 1 ust. 6 pkt 2 lit. b) Rozporządzenia, była tabela stanowiąca załącznik nr 4 do SIWZ. Zgodnie z zamieszczonym pod nią pouczeniem w sytuacji powoływania się na potencjał podmiotów trzecich (w zakresie związanym z robotami budowlanymi, na co wskazuje określanie podmiotu trzeciego mianem podwykonawcy) wykonawca zobowiązany był do wskazania nazwy podmiotu, powierzonej części zamówienia, jej wartości i procentowego udziału wartości powierzonej części w całości inwestycji. Informacje te, w ocenie składu

orzekającego, miały zapewnić Zamawiającemu możliwość oceny dysponowania przez wykonawcę zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący podał w jej treści nazwy podmiotów trzecich – podwykonawców i wskazał zakresy powierzonych im robót, co oznacza – biorąc pod uwagę ograniczenie wynikające z Działu V ust. 3 SIWZ – że nie może skutecznie powoływać się na potencjał wskazanych w załączniku podmiotów w zakresie, w jakim nie będą one jego podwykonawcami. Co więcej, zakres bezpośredniego udziału (podwykonawstwa) wymienionych w tabeli podmiotów trzecich, udostępniających Odwołującemu zasoby wiedzy i doświadczenia, zasadniczo pokrywa się z treścią zobowiązań. Z powyższego płynie wniosek, że podmioty trzecie nie będą wykonywać robót budowlanych w wymiarze większym niż wynikającym z treści zobowiązań, a sam Odwołujący nie przewiduje wykorzystania ich do wykonania robót budowlanych w zakresie nieujętych w wykazie robót proponowanych do realizacji przez podwykonawców.

W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że Odwołujący zamierza zrealizować zamówienie w przeważającej mierze samodzielnie, co – wobec braku doświadczenia własnego na wymaganym przez Zamawiającego poziomie – nie gwarantuje należytego wykonania umowy. Izba nie uwzględniła przy tym argumentacji, że Odwołujący zapewnił sobie udział podmiotów trzecich także w innej niż podwykonawstwo formie. Abstrahując nawet od ogólnej treści zobowiązań w tym zakresie (posługują się bowiem bliżej niedookreślonym sformułowaniem odnoszącym się do udziału udostępnianych zasobów na etapie przygotowania, organizacji, realizacji wykonywanego zadania w okresie wykonywania zamówienia), ponieważ tej okoliczności Zamawiający nie kwestionował, to należy mieć na względzie ograniczenie płynące z postanowienia Działu V ust. 3 SIWZ. W takiej sytuacji nie mogły być brane pod uwagę inne niż podwykonawstwo formy udostępniania zasobów, jak chociażby wzmiankowane przez Odwołującego doradztwo i konsultacje i to nawet nie dlatego, że jest kwestią sporną, czy w przypadku robót budowlanych można w ten sposób skutecznie udostępniać wiedzę i doświadczenie, ale ze względu na jasny wymóg Zamawiającego wskazujący na jedyną dopuszczalną formę polegania na zasobach innych podmiotów.

Reasumując, Izba doszła do wniosku, że wykluczenie Odwołującego z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w Postępowaniu było zasadne, a Zamawiający nie naruszył w tym zakresie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Odwołujący deklarując bezpośredni udział podmiotów udostępniających mu zasoby w niewielkim zakresie, przy jednoznacznym wymogu Zamawiającego, aby w przypadku udostępniania zasobów związanych z robotami budowlanymi wykonawca zapewnił ich podwykonawstwo, nie

wykazał, że będzie dysponował zasobami doświadczonych podmiotów w stopniu niezbędnym do prawidłowej realizacji zamówienia. W takim właśnie kontekście, a nie przez pryzmat dyskusyjnego postanowienia Działu V ust. 1.2 SIWZ, należało rozpatrywać argumenty Zamawiającego dotyczące procentowego udziału Odwołującego i innych podmiotów w realizacji przedmiotu zamówienia.

Ad 5-6

Izba nie podziela zapatrywań Zamawiającego dotyczących złożonych przez Odwołującego dokumentów potwierdzających sytuację ekonomiczną i finansową.

W odniesieniu do opinii bankowej z dnia 12 kwietnia 2016 r. skład orzekający stwierdza, że wbrew stanowisku Zamawiającego nie musiały z niej wynikać okoliczności takie jak posiadanie rachunku bankowego u wystawcy opinii, wysokość środków finansowych zgromadzonych na rachunku (lokacie), czy jego ewentualne obciążenia egzekucyjne, jako że celem informacji nie było potwierdzenie wysokości posiadanych przez Odwołującego środków finansowych, ale – zgodnie z jej treścią – potwierdzenie zdolności kredytowej. Nie jest przy tym tak, że informacja, o której mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia stanowić ma – jak chce tego Zamawiający – promesę kredytową. Wystawca opinii potwierdził możliwość uzyskania kredytu, co wyczerpuje, w ocenie składu orzekającego, pojęcie zdolności kredytowej. Wniosku powyższego nie zmienia okoliczność, że dla uzyskania kredytu konieczne byłoby przeprowadzenie szczegółowej analizy sytuacji ekonomicznej i finansowej Odwołującego, ponieważ nie starał się on o uzyskanie przyrzeczenia udzielenia kredytu, ani tym bardziej o jego udzielenie, a jedynie zmierzał do wykazania Zamawiającemu, że jest zdolny do sfinansowania zamówienia. *Ergo* Izba nie uwzględniła argumentacji Zamawiającego i Przystępującego odnoszącej się do zastrzeżeń zawartych w akapicie drugim omawianej opinii.

Jedyną okolicznością mogącą budzić wątpliwości odnośnie opinii był brak wskazania w jej treści konkretnej, odpowiadającej treści warunku udziału w Postępowaniu, kwoty zdolności kredytowej. Skład orzekający uwzględnił jednak, że kwota ta pojawiła się w piśmie przewodnim Odwołującego z dnia 25 kwietnia 2016 r. (pkt 2), stanowiącym odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów. Suma ta (3.298.754,00 zł), w relacji do ceny netto oferty (4.712.505,76 zł) stanowi 70% wartości netto kontraktu, o której mowa w opinii.

Co zaś dotyczy wyciągu z rachunku bankowego PBT Zachód, na którego zdolności finansowej polega Odwołujący Izba wskazuje, że przepis § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia nie określa formy informacji, a jedynie przesądza o źródle jej pochodzenia. W konsekwencji dopuszczalne jest złożenie wyciągu z rachunku bankowego, o ile dokument ów rzeczywiście

pochodzi z banku, czego Zamawiający i Przystępujący nie kwestionowali. Dyskredytowanie informacji przedstawionej w takiej formie i twierdzenie, że nie może się ona równać z opinią bankową o wysokości środków finansowych nie jest zasadne także z tej przyczyny, że nie jest wiadome dlaczego opinia taka, która *nota bene* z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością sporządzana jest właśnie na podstawie wyciągu z rachunku bankowego, miałyby być w jakikolwiek sposób bardziej wartościowa, czy wiarygodna.

W konsekwencji powyższych rozważań Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez niezasadne wykluczenie Odwołującego z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w Postępowaniu odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający dopuścił się również naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przywołując go w podstawie prawnej uznania oferty wykluczonego wykonawcy za odrzuconą. Zauważenia wymaga, że w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdował pominięty przez Zamawiającego przepis art. 24 ust. 4 Pzp uznający ofertę wykonawcy wykluczonego za odrzuconą *ex lege*, tj. bez potrzeby podejmowania w tym zakresie odrębnej czynności. Odwołujący trafnie wskazywał ponadto, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie znajduje zastosowania w przypadku przetargu nieograniczonego.

Podsumowując powyższe wywody Izba oddaliła odwołanie, bowiem stwierdzone przez nią naruszenia przepisów Pzp nie miały istotnego wpływu na wynik Postępowania (por. art. 192 ust. 2 Pzp). Sytuacja taka mogłaby mieć miejsce wyłącznie w przypadku potwierdzenia się wszystkich zarzutów stawianych w odwołaniu, co nie miało miejsca. Wobec tego orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 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.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....