

Sygn. akt: KIO 1187/14

**WYROK**  
z dnia 24 czerwca 2014 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 24 czerwca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2014 r. przez **wykonawcę Müsing spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, ul. Sanatoryjna 5** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Konin – Urząd Miejski w Koninie, Pl. Wolności 1**

z udziałem **wykonawcy LINTER Spółka Akcyjna z siedzibą w Wolbromiu, ul. Piłsudskiego 57a** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1187/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Müsing spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, ul. Sanatoryjna 5 i :**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000zł. 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Müsing spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, ul. Sanatoryjna 5** 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 2013r., poz. 907 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 Koninie**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na uzbrojenie terenów inwestycyjnych w obrębie Konin-Międzylesie w ramach programu operacyjnego Innowacyjna Gospodarka na lata 2007-2013 zostało wszczęte przez Miasto Konin – Urząd Miejski w Koninie, pl. Wolności 1 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 29 marca 2014r. za numerem 2014/S 063-106555.

W dniu 3 czerwca 2014r. zamawiający poinformował faksem o wyniku postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu, na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy Müsing spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie – dalej odwołujący, a trzecie PRD „DROBUD” S.A. z siedzibą w Jarocinie.

W dniu 12 czerwca 2014r. pisemne odwołanie wniósł odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu bezpośrednio, oraz faksem w dniu 11 czerwca 2014r.

Odwołujący zaskarżył czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (dZ. U. t.j. z 2013 poz. 907 ze zm. – dalej ustawy), a w szczególności poniższych przepisów:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, dla którego opis sposobu oceny spełniania zamawiający zawarł w postanowieniach części II pkt 5.1. siwz w zw. z pkt 5.2. siwz;
2. art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu za odrzuconą, podczas gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia;
3. art. 26 ust. 2 b ustawy przez nieudowodnienie zamawiającemu posiadania przez wykonawcę LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu wiedzy i doświadczenia, a także osobami niezbędnymi do prawidłowego wykonania zamówienia,
4. art. 7 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty uzyskującej najwyższą ilość punktów, po ofercie wykonawcy LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu, który podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zaś złożona przez niego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą, jako że została

złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz niezależnie od tego oferta ta podlega odrzuceniu, jako że jej treść nie odpowiada treści siwz;

5. art. 7 ust. 1 ustawy przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

6. art. 7 ust. 2 ustawy przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający bezstronności i obiektywizmu.

Wniósł o:

1. uwzględnienie przedmiotowego odwołania w całości;

2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3. nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert,

4. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu, jako niezgodnej z treścią siwz,

5. nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

Ponadto o:

6. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych oraz kosztów zastępstwa prawnego.

Odwołujący wskazał, iż uwzględniając zarzuty i żądania niniejszego odwołania ma interes prawny bowiem oferta odwołującego została oceniona przez zamawiającego jako druga najkorzystniejsza oferta. Bez ochrony prawnej, której udzielenia domaga się odwołujący niniejszym odwołaniem, odwołujący poniesie szkodę w wyniku wskazanych powyżej naruszeń przez zamawiającego przepisów ustawy.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy wobec wykonawcy LINTER, odwołujący wskazuje, iż zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy LINTER, do czego jest zobowiązany na podstawie ustawy, albowiem wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, dla którego opis sposobu oceny spełnienia zamawiający zawarł w postanowieniach części II pkt 5.2. siwz. Wykonawca w celu wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, złożył wymagany przez zamawiającego dokument w postaci „Doświadczenia wykonawcy - załącznik nr 4” oraz dokumentu stanowiącego „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów” złożone przez Przedsiębiorstwo Robót Górniczych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, z którego wynika, że podmiotowi ubiegającemu się o udzielenie zamówienia publicznego LINTER zostanie oddana do dyspozycji wiedza i doświadczenie wynikająca z realizacji przez Przedsiębiorstwo Robót Górniczych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie umowy:

- budowa układu przesyłowego ścieków z Warszawy lewobrzeżnej do oczyszczalni ścieków Czajka- etap II,
- budowa układu przesyłowego ścieków z Warszawy lewobrzeżnej do oczyszczalni ścieków Czajka- etap I,
- budowa kanału ulgi fi 1800-2500 mm na odcinku od ulicy Langiewicza do rzeki Wisłok przełączenie Mikołki w Rzeszowie;

Jako dowód odwołujący powołał

- dokument „Doświadczenia wykonawcy - załącznik nr 4
- zobowiązanie do udostępnienia zasobów z dnia 28.04.2014 r. złożone przez Przedsiębiorstwo Robót Górniczych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- siwz zamawiającego -w aktach odwoławczych

W tym miejscu wskazał na specyfikę zasobu pojęcia wiedzy i doświadczenia. Pojęcie „doświadczenie” wiąże się jednoznacznie ze stroną praktyczną posiadanych umiejętności.

Wiedzę teoretyczną można przekazać w postaci szkoleń, porad, konsultacji, ale „doświadczenie” jest inną kategorią pojęciową, bo obejmuje umiejętności praktyczne, nabywane w sposób empiryczny w zakresie danego zagadnienia. Aby tę empiryczną wiedzę uzyskać, konieczny jest osobisty udział w wykonywaniu przedsięwzięć, a zatem nie można nabyć doświadczenia w procesie konsultacji czy doradztwa.

Odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że dane zasoby będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Co więcej, doświadczenie nie stanowi dobra, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa. Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Jak wynika z brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy, przepis ten pozostawia woli i decyzji wykonawcy i podmiotu trzeciego określenie charakteru prawnego wzajemnych stosunków ich łączących.

Wykonawca, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy, musi jednak udowodnić zamawiającemu, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada oraz, że jego udostępnienie nastąpi w sposób realny na rzecz wykonawcy ubiegającego się o zamówienie -na czas i w celu realizacji tego zamówienia. Wskazał na wyrok KIO z dnia 8 maja 2013 roku (sygn. akt KIO 953/13). Mając powyższe na uwadze przedstawiony przez LINTER dokument mający stanowić potwierdzenie zobowiązanie się przez Przedsiębiorstwo Robót Górniczych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do udostępnienia posiadanej wiedzy i doświadczenia przy realizacji zamówienia publicznego nie potwierdza, według odwołującego, realnego

przekazania tego zasobu dla LINTER jako wykonawcy. Zdaniem odwołującego, wykonawca LINTER nie udowodnił, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez Przedsiębiorstwo Robót Górniczych METRO Sp. z o.o., będzie miało charakter realny, a tym bardziej że będzie mogło być wykorzystane przez LINTER w sposób zapewniający prawidłową realizację zamówienia.

Podkreślił, iż LINTER w złożonej ofercie nie udowodnił w jakim zakresie wiedza i doświadczenie Przedsiębiorstwa Robót Górniczych METRO Sp. z o.o. będzie wykorzystywana przy realizacji zamówienia, czy osoby które mają być udostępnione przez Przedsiębiorstwo Robót Górniczych METRO Sp. z o.o. LINTER w charakterze doradców posiadają doświadczenie przy wykonywaniu robót budowlanych w zakresie wskazanym przez zamawiającego, a ponadto nie wykazał, w jaki sposób ewentualne doświadczenie tych osób będzie przekazane.

W przypadku robót budowlanych w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej przymiotu realności udostępnienia zasobu podmiotu trzeciego nie będzie miało świadczenie polegające na doradztwie poprzez udzielanie porad, nawet jeśli są to porady techniczne (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2010 r., sygn. akt 1637/10, 1644/10), trudno sobie wyobrazić inny udział takiego podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia niż polegający na wykonaniu przez niego części zamówienia, jak choćby wskazywane czasem doradztwo czy np. operatorowi walca miałby towarzyszyć doradca, który wskazywałby mu, czy asfalt został dostatecznie wyrównany.

W tym miejscu odwołujący wskazał na regulację § 1 ust.6 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, z którego wynika możliwość żądania przez zamawiającego określonych dokumentów dotyczących w szczególności:

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;
- charakteru stosunków, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia

Powyższe oznacza, że na potrzeby oceny przez zamawiającego czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy łączący wykonawcę z tymi podmiotami stosunek gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, wykonawca na żądanie zamawiającego winien przedstawić ww. dokumenty. Przepisy nie wskazują nawet przykładowo jakie dokumenty mieszczą się w powyższym katalogu, nie ma jednak wątpliwości, że dokumentem takim

może być i zazwyczaj będzie pisemne zobowiązanie do udostępnienia zasób, oczywiście jeżeli zawiera wszystkie informacje wymagane przepisem.

Jeśli więc zobowiązanie do udostępnienia zasobów jedynie powtarza treść art. 26 ust. 2b ustawy, to niewątpliwie z takiego oświadczenia nie będzie wynikać jakie konkretnie zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia zostały udostępnione, jak i sposób udostępnienia tych zasobów. Nie będzie również wystarczające rozbudowanie zobowiązania o wskazanie, że podmiot trzeci udostępni wykonawcy swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia w formie doradztwa technicznego. Z tak skonstruowanego zobowiązania nie wynika bowiem na czym faktycznie owo doradztwo techniczne miałyby polegać, jak byłoby wykonywane w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Nie sposób uznać zatem, że zobowiązanie takie stanowi dowód na faktyczne dysponowanie udostępnionym zasobem, bowiem w świetle art. 26 ust. 2a i 2b ustawy, jak i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że realnie dysponuje potencjałem podmiotu trzeciego i wykorzysta ten potencjał w trakcie realizacji zamówienia, jak i w konsekwencji że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wykonawca posiłkując się doświadczeniem podmiotu trzeciego przedłożył jego zobowiązanie, którego w świetle powyższych rozważań oraz zapisów siwz oraz stanowiska odwołującego nie można uznać za kompletne (tj. nie zawiera wszelkich wymaganych informacji), a zatem nie można go uznać za właściwe i wystarczające.

Wykonawca LINTER nie udowodnił według odwołującego, iż będzie dysponował zasobem wiedzy i doświadczenia przez czas wykonywania zamówienia, stąd też jako podmiot nie spełniający warunków udziału w postępowaniu powinien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy

W odniesieniu zaś do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy należy wskazać, iż dochodzi do jego naruszenia w każdym przypadku gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostaje wybrana oferta wykonawcy, która powinna podlegać odrzuceniu. Na gruncie przedmiotowej sprawy mamy, w ocenie odwołującego, do czynienia z rażącym naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji.

Przy dokonywaniu oceny ofert wykonawców w toku przedmiotowego postępowania, a w szczególności oferty LINTER doszło do naruszenia przez zamawiającego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ustawy ze względu na wybór oferty, której treść była niezgodna z treścią siwz i winna podlegać odrzuceniu.

W dniu 12 czerwca 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16 czerwca 2014r. (15 czerwca 2014r. – niedziela dzień ustawowo wolny od pracy) do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu, wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego tj. w oddaleniu odwołania, gdyż jego oferta zweryfikowana i uznana za zgodną z siwz została wybrana jako najkorzystniejsza, a uwzględnienie odwołania prowadzić będzie do nieuzasadnionego odrzucenia oferty przystępującego. Przystąpienie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 28 kwietnia 2014r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Zgłoszenie zostało przekazane zamawiającemu faksem, a odwołującemu w jego siedzibie w dniu 16 czerwca 2014r.

W dniu 17 czerwca 2014r. do Izby wpłynęło nadane w dniu 16 czerwca 2014r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego dokonane przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A. z siedzibą w Jarocinie. Zgłoszenie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopie zgłoszenia zostały nadane do zamawiającego i odwołującego w dniu 16 czerwca 2014r. Zgłaszający wskazał, że kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego, zostały mu doręczone w dniu 13 czerwca 2014 r. Podniósł, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, ponieważ zamierza ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, a zamawiający dokonując wyboru podmiotu LINTER S.A. naruszył przepisy ustawy wskazane w odwołaniu. Naruszenia te, a także sposób rozstrzygnięcia odwołania będą miały wpływ na możliwość ubiegania się przez przystępującego o przedmiotowe zamówienie.

Wniósł o uwzględnienie odwołania

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty przystępującego.

W części II pkt. 5.2 zamawiający opisał wymaganie posiadania wiedzy i doświadczenia

Warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie wykonał roboty polegające na:

1. budowie lub przebudowie dróg wraz z odwodnieniem i oświetleniem (min. 1 robota),
2. budowie sieci wodociągowej (min. 1 robota),



3. budowie sieci kanalizacji sanitarnej z co najmniej 1 przepompownią ścieków (min. 1 robota),
  4. budowie lub przebudowie sieci gazowej (min. 1 robota),
  5. budowie sieci elektroenergetycznej (min. 1 robota),
  6. budowie sieci telekomunikacyjnej (min. 1 robota),
- o łącznej wartości nie mniejszej niż 10.000.000 zł (brutto).

Uwaga: powyższe roboty mogą być wykonane w ramach jednego zadania. Przez pojęcie „wykonał” rozumie się, że roboty zostały zakończone i odebrane protokółami końcowymi.

W przypadku składania oferty wspólnej warunek zostanie uznany przez zamawiającego za spełniony, jeżeli wykonawcy składający ofertę wspólną będą spełniać go łącznie.

Ocena spełniania ww. warunku dokonana zostanie zgodnie z formułą spełnia – nie spełnia na podstawie dokumentu określonego w części III pkt 7.2. SIWZ.

Dalej zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust.1 ustawy.

UWAGA : Wykonawca może polegać na doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów /oryginał zobowiązania/ do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W Części III Oświadczenia i dokumenty wymagane od Wykonawców w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w pkt 7.2.zamawiający wymagał złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone – zgodnie z Załącznikiem Nr 4.

W przypadku składania oferty wspólnej Wykonawcy składający ofertę wspólną składają wspólny ww. wykaz

UWAGA

1. Dowodami, o których mowa wyżej są:

a) poświadczenie lub

b) inne dokumenty, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.

2. W przypadku, gdy zamawiający jest podmiotem na rzecz którego roboty budowlane wskazane w wykazie zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów wymienionych w pkt 1.

Na str. 7 w ofercie przystępującego znajduje się załącznik nr 1a zawierający informacje o części zamówienia, której wykonanie powierzone zostanie podwykonawcy, gdzie wskazano 8 zakresów rzeczowych, na str. 13 -15 oferty przystępującego znajduje się wypełniony załącznik nr 4, gdzie wskazano 3 pozycje i w kolumnie doświadczenie w części oddane do dyspozycji przez inny podmiot (Podwykonawca) wskazano w każdej pozycji PRG METRO sp. z o.o.(zobowiązanie w załączeniu). Na str. 60 oferty przystępującego znajduje się zobowiązanie do udostępnienia zasobów z dnia 28 kwietnia 2014r. udzielone przez Przedsiębiorstwo Robót Górniczych „METRO” sp.z o.o. jako podmiot, który będzie realizował część zadania jako podwykonawca do oddania do dyspozycji podmiotowi ubiegającemu się o udzielenie zamówienia LINTER SA wiedzy i doświadczenia wynikającego ze zrealizowanej przez METRO umowy (w tym miejscu wskazano 3 roboty budowlane opisane w poz. 1 – 3 wykazu – załącznika nr 4 do siwz) w każdym zakresie oraz w każdy sposób, który okaże się konieczny lub użyteczny dla prawidłowej realizacji zamówienia. Okres przez jaki obowiązuje zobowiązania obejmuje niezależnie do okresu wykonania zamówienia, okres składania oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz wykonywanie przez zamawiającego uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „DROBUD” S.A. z siedzibą w Jarocinie nie spełnia wymagań formalnych określonych w art. 185 ust. 2 ustawy to jest zostało wniesione do Izby z uchybieniem 3 dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia. Sam zgłaszający przystąpienie oświadczył, że otrzymał wezwanie zamawiającego do zgłoszenia przystąpienia w dniu 13 czerwca 2014r., zatem termin na wniesienie przystąpienia upłynął zgłaszającemu w dniu 16 czerwca 2014r. W postępowaniu przed Izbą nie obowiązuje teoria wysłania, zatem nadanie listu poleconego w placówce operatora pocztowego nie jest równoznaczne z wniesieniem przystąpienia do Izby. Do Izby przystąpienie wpłynęło zaś dopiero w dniu 17 czerwca 2014r., a więc z jednodniowym uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie przez wykonawcę LINTER SA spełnia wymagania formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta została sklasyfikowana na 2 pozycji w rankingu ofert, zatem w sytuacji uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, dla którego opis sposobu oceny spełniania zamawiający zawarł w postanowieniach części II pkt 5.1. siwz w zw. z pkt 5.2. siwz i Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 4 ustawy przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu za odrzuconą, podczas gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia; w związku z zarzutem naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 2 b ustawy przez nieudowodnienie zamawiającemu posiadania przez wykonawcę LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu wiedzy i doświadczenia, a także osobami niezbędnymi do prawidłowego wykonania zamówienia

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Odwołujący utożsamia realność udostępnionego zasobu wyłącznie z udziałem konkretnych osób w realizacji zamówienia i oczekuje weryfikowania wykształcenia, uprawnień i doświadczenia tych osób przez zamawiającego. Jednak słusznie zauważyli zamawiający i przystępujący zasób, który jest udostępniany przystępującemu dotyczy wymagania zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia, przy czym jak wynika z treści odwołania odwołujący kwestionuje jedynie realność udostępnienia doświadczenia. Odwołujący osobnymi dokumentami dowodzi, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – są to str. 23-27 oferty przystępującego załącznik nr 5 do siwz i zobowiązanie do udostępnienia konkretnej osoby str. 61 oferty przystępującego, stąd niezrozumiałe i nielogiczne jest oczekiwanie, aby zamawiający weryfikował także osoby, które udostępniający zasób doświadczenia, będzie wykorzystywał przy podwykonywaniu zamówienia. W ocenie Izby to podwykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za prawidłowe i terminowe wykonanie powierzonych mu części zamówienia, a nie osoby, którymi się przy wykonywaniu tej części posłuży, stąd dla ochrony interesu zamawiającego nie jest istotne, czy osoby pracujące na rzecz podwykonawcy mają właściwe uprawnienia, zwłaszcza w sytuacji, gdy już sam zamawiający zweryfikował, że

wykonawca dysponuje osobami, które są zdolne do wykonania przedmiotowego zamówienia. Rację należy przyznać przystępującemu, że to podmiot udostępniający zasób uzyskał doświadczenie zweryfikowane przez zamawiającego jako spełniające warunek. Doświadczenie przedsiębiorcy to nie tylko doświadczenie zatrudnianych przez niego osób i ich osobiste indywidualne zdolności i czy umiejętności. Jest to oczywiście ważne, ale na doświadczenie przedsiębiorcy składa się także umiejętność prawidłowego doboru osób dla specyfiki danego zamówienia, umiejętność zorganizowania określonego zespołu, kierowania jego pracami, a także nadzorowania, czy wreszcie umiejętności prawidłowej organizacji zaopatrzenia inwestycji, czy jej rozliczenia. Zatem zamawiający nawet weryfikując poszczególne osoby, które być może podwykonawca wydeleguje do realizacji zamówienia, nie uzyskałby wiedzy o zdolnościach tego podwykonawcy do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Taka wiedza wynika natomiast z załączonych przez podwykonawcę referencji potwierdzających dotychczasowe doświadczenie podwykonawcy. W tej sytuacji prawidłowo przystępujący ocenił oczekiwania odwołującego jako nadmiarowe i zbędne. W ocenie Izby wszystkie elementy zobowiązania, które odwołujący wymienił w swoim odwołaniu tj.:

- zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;
- charakter stosunków, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, zostały w zobowiązaniu zawarte, gdyż
- wskazano wiedzę i doświadczenie PRG METRO jako zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- udział w realizacji części zamówienia wraz ze wskazaniem tej części na str. 7 oferty przystępującego jako sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;
- podwykonawstwo jako charakter stosunków, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- każdy zakres oraz w każdy sposób, który okaże się konieczny lub użyteczny dla prawidłowej realizacji zamówienia oraz okres przez jaki obowiązuje zobowiązania obejmuje niezależnie do okresu wykonania zamówienia, okres składania oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz wykonywanie przez zamawiającego uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji jako zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W ocenie Izby tak ukształtowane zobowiązanie odpowiada wymaganiom tak art. 26 ust. 2b ustawy jak i oczekiwaniom odwołującego wyrażonym w odwołaniu. Co więcej sam odwołujący wskazał w odwołaniu, że „(...) doświadczenie nie stanowi dobra, które może być

przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa. Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane.(...)”. W przedmiotowym postępowaniu odwołujący podjął próbę oddzielenia doświadczenia od przedsiębiorstwa podwykonawcy i zogniskowania go osobach fizycznie wykonujących poszczególne prace, co nie jest logiczne w świetle cytowanego stanowiska odwołującego. W przedmiotowej sprawie bowiem doświadczenie zawarte w przedsiębiorstwie będzie właśnie udostępnione wykonawcy przez osobisty udział podmiotu trzeciego wraz z jego przedsiębiorstwem w realizacji części przedmiotowego zamówienia. Izba uznała, że tak wykazane udostępnienie zasobu jest realne i zamawiający prawidłowo dokonał badania oferty przystępującego i nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy. W ocenie Izby do naruszenia normy art. 26 ust. 2b ustawy przez zamawiającego nie mogło dojść, bowiem przepis ten adresowany jest do wykonawców, a nie zamawiających.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty uzyskującej najwyższą ilość punktów, po ofercie wykonawcy LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu, który podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zaś złożona przez niego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą, jako że została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz niezależnie od tego oferta ta podlega odrzuceniu, jako że jej treść nie odpowiada treści siwz

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut został oparty na twierdzeniu, że zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z postępowania, jednak jak zważyła Izba rozpoznając zarzuty poprzedzające, Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego zaniechanie wykluczenia wykonawcy przystępującego. W tym stanie rzeczy zatem zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy nie może się ostać. Nadto ani w odwołaniu, ani na rozprawie odwołujący nie skonkretyzował na czym polega brak odpowiedniości treści oferty wobec treści siwz, z tego względu Izba uznała zarzut za niepostawiony i nie podlegający rozpoznaniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 2

ustawy przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający bezstronności i obiektywizmu.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut podniesiony został w związku z zarzutem naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 4 ustawy, a zatem wobec niepotwierdzenia się zarzutu naruszeni art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy należało uznać za niezasadny.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie 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. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu.

**Przewodniczący:** .....