

WYROK

z dnia 6 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Impel Cleaning Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Pediatrii im. Jana Pawła II w Sosnowcu Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Sosnowcu**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Clar System Spółka Akcyjna w Poznaniu, Hospital System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, SEBAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Impel Cleaning Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Impel Cleaning Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania

2.2 zasądza od **Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, SEBAN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach**, kwotę **3 959 zł 81 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset pięćdziesiąt dziewięć złotych osiemdziesiąt jeden groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

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 **Katowicach**.

.....

Sygn. akt: KIO 1583/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Pediatrii im. Jana Pawła II w Sosnowcu Sp. z o.o. w Sosnowcu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług porządkowo-czystościowych wewnątrz budynków oraz na terenach zielonych Centrum Pediatrii im. Jana Pawła II w Sosnowcu Sp. z o.o.

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 Pzp.

W dniu 24 lipca 2015 roku wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego i zaniechań czynności, do których zamawiający był zobowiązany zarzucając mu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2) art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp poprzez przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o.; ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań; DGP Clean Partner Sp. z o.o., ul. Najśw. Marii Panny 5e, 59-220 Legnica; SEBAN Sp. z o.o. ul. Jesionowa 9 A, 40-159 Katowice (dalej DGP), jako niejawnych części oferty ww. Wykonawcy, (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) tj.

a) wykaz środków myjących i dezynfekujących oraz karty charakterystyki;

b) procedura postępowania po ekspozycji na krew i inny potencjalnie infekcyjny materiał; (wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami) pomimo że informacje, zawarte w ww. zastrzeżonych dokumentach/oświadczeniach/wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b i 2e ustawy Pzp poprzez niewykluczenie z postępowania wykonawcy DGP, mimo że ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu - wiedza i doświadczenie;

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert;
- 3) nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy DGP,

4) nakazanie zamawiającemu odtajnienia (ujawnienia) zastrzeżone przez DGP, jako niejawne części oferty DGP, (zastrzeżonych jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) tj.: a) wykaz środków myjących i dezynfekujących oraz karty charakterystyki; b) procedura postępowania po ekspozycji na krew i inny potencjalnie infekcyjny materiał, (wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami);

5) nakazanie zamawiającemu, aby zawiadomił odwołującego o odtajnieniu (ujawnieniu) ww. dokumentów (oświadczeń) wyjaśnień oraz udostępnił odwołującemu ww. dokumenty/oświadczenia /wyjaśnienia;

6) nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców niewykluczonych z postępowania;

7) nakazanie zamawiającemu dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez odwołującego

Odwołujący oświadczył, iż ma interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ, w razie uwzględnienia odwołania, oferta odwołującego, jako przedstawiająca najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert w postępowaniu, będzie ofertą najkorzystniejszą, a ponadto wykonawca DGP wadliwie zastrzegł informacje w ofercie jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zaniechanie odtajnienia oferty przez zamawiającego uniemożliwia odwołującemu ocenę oferty wykonawcy, w tym. m.in. czy oferta DGP odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący złożył ofertę i ubiega się o przedmiotowe zamówienie.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w dniu 14 lipca 2015 r., na podstawie przekazanego przez zamawiającego zawiadomienia, powziął informację, że za najkorzystniejszą w postępowaniu uznano ofertę złożoną przez wykonawcę DGP. W ocenie odwołującego, stanowisko zamawiającego jest nieprawidłowe, gdyż wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu - wiedza i doświadczenie. Ponadto wykonawca bezpodstawnie zastrzegł w ofercie poufność informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to zostało dokonane z naruszeniem przepisów prawa i narusza zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz jawności postępowania.

W zakresie zarzutu niespełniania przez wykonawcę DGP warunku udziału w postępowaniu - wiedza i doświadczenie odwołujący podniósł, że wykonawca ubiegający się o zamówienie zobowiązany był legitymować się wiedzą i doświadczeniem określonym i opisanym w SIWZ. Wykonawca DGP na poświadczenie wskazanego warunku przedłożył wykaz usług wraz z poświadczeniami należytego wykonania. *Know - how*, którym legitymuje się wybrany wykonawca, jak wynika z załączonych wraz z ofertą dokumentów, nie są jego własnym doświadczeniem. Wiedza i doświadczenie wymienione w ofercie wybranego wykonawcy w zakresie dotyczącym zadania nr 1, należy do MW DIAS a.s. Wybrany wykonawca, na wezwanie zamawiającego, po wyjaśnieniach i uzupełnieniach przedłożył zobowiązanie MW-DIAS s.a. do oddania DGP do dyspozycji niezbędnych zasobów, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący podniósł, że ww. zobowiązanie nie potwierdza, że przedsiębiorca MW DIAS a.s. udostępnił swoje *know - how* na warunkach wymaganych i określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 26 ust. 2e ustawy Pzp, wykonawca używający potencjału odpowiada za wykonanie zamówienia tak samo jak wykonawca (odpowiedzialność solidarna). Treść ww. oświadczenia o udostępnieniu potencjału zawiera informacje, że przedsiębiorca MW DIAS a.s. będzie w okresie trwania zamówienia uczestniczył w jego realizacji jako konsultant - doradca. MW DIAS s.a. w ww. zobowiązaniu wskazał również, że w dniu składania oferty wyłączną podstawą obligującą MW DIAS s.a. do udostępnienia potencjału jest ww. zobowiązanie a konsultacje i doradztwo będzie świadczył na podstawie powierzanych mu każdorazowo zleceń. Ponad to MW DIAS s.a. oświadczył również, że nie będzie „bezpośrednio jako podwykonawca uczestniczył w realizacji powyższego zamówienia, a jego udział w realizacji zamówienia, jako podmiotu trzeciego, będzie pośredni, realizowany na podstawie umowy zlecenia”. Odwołujący podniósł, że ww. zobowiązanie o udostępnieniu potencjału nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu - wiedza i doświadczenie - gdyż, MW DIAS s.a. oświadczył, że nie przyjął na siebie współodpowiedzialności w wykonaniu zamówienia a tym samym złożył oświadczenie niezgodne z bezwzględnie obowiązującym przepisem art. 26 ust. 2e ustawy Prawo zamówień publicznych. MW DIAS s.a. jednoznacznie i czytelnie wskazał, że nie chce i nie ma zamiaru uczestniczyć bezpośrednio w wykonaniu zamówienia. Oświadczenie takie narusza przepis art. 26 ust. 2e ustawy Pzp, gdyż przepis ten obliuguje podmiot udostępniający do bezpośredniego udziału w realizacji zamówienia, w tym również do wykonania zamówienia jak wykonawca. Odwołujący wskazuje, że udostępniający, wbrew dyspozycji ww. art. 26 ust. 2e, ograniczył swój udział w realizacji zamówienia, podczas gdy przepis art. 26 ust. 2e wprost określa zakres zobowiązania podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia. Odwołujący podkreśla, że odpowiedzialność solidarna to taka odpowiedzialność, kiedy kilku dłużników jest zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od

wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych. Wszyscy dłużnicy solidarni pozostają jednak zobowiązani względem wierzyciela, aż do momentu jego zupełnego zaspokojenia. MW DIAS s.a. w ww. zobowiązaniu o udostępnieniu jednoznacznie oświadczył, że nie będzie realizował zamówienia jak wykonawca. Tym samym oświadczenie MW DIAS s.a. o udostępnieniu potencjału jest sprzeczne z art. 26 ust. 2e ustawy Prawo zamówień publicznych a w konsekwencji na podst. art. 58 § 1 ustawy Kodeks cywilny jest nieważne jako czynność prawna sprzeczna z ustawą lub mająca na celu obejście ustawy. Wobec powyższego odwołujący podnosi, że wykonawca DGP powinien być zostać wykluczony z postępowania, gdyż nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wiedza i doświadczenie, którym legitymuje się wybrany wykonawca udostępnione zostało z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym, z uwagi na okoliczność, że wykonawca DGP był już wzywany do uzupełnienia dokumentów w przedmiotowym zakresie i – jak zostało wykazane powyżej – nie uzupełnił tychże, podlega wykluczeniu z postępowania.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieuprawnionego utajnienia części oferty wykonawcy DGP odwołujący wskazał, że zamawiający w dniu 14 lipca 2015 r. udostępnił Odwołującemu względ do uzasadnienia o powodach, przyczynach i podstawach zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji wskazanych jako poufne w ofercie wykonawcy DGP. Zamawiający odmówił odwołującemu wglądu do oferty wykonawcy DGP w zakresie dotyczącym:

- a) wykazu środków myjących i dezynfekujących oraz karty charakterystyki;
- b) procedury postępowania po ekspozycji na krew i inny potencjalnie infekcyjny materiał, (wraz z ewentualnymi wyjaśnieniami i uzupełnieniami).

W ocenie zamawiającego DGP prawidłowo i skutecznie zastrzegło informacje zawarte w ww. dokumentach jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podniósł, że zamawiający, odmawiając ujawnienia ww. części oferty DGP naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp. Zgodnie z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp - załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. W przepisie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp ustanowiona została zasada, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ww. ustawie (art. 8 ust. 4 ustawy Pzp). W ocenie odwołującego dokonane przez wykonawcę DGP

zastrzeżenie ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest bezpodstawne i nieskuteczne. Wykonawca DGP uchybiając przepisom ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy Prawo zamówień, nie wykazał w toku postępowania, że spełnia się którakolwiek z ww. warunków, o których mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Na posiedzeniu niejawnym Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący cofnął zarzut nieuprawnionego utajnienia części oferty wykonawcy DGP.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 lipca 2015 roku oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 31 lipca 2015 roku przystępujący DGP wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Przystępujący DGP oświadczeniem złożonym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem V ust. 1 lit. B specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy biorący udział w postępowaniu obowiązani byli wykazać, iż w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali lub wykonują co najmniej dwie usługi odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości co najmniej:

- dla Pakietu nr 1 – 3.200.000,00 zł brutto każda,
- dla Pakietu nr 2 – 135.000,00 zł brutto każda.

Przystępujący DGP wraz z ofertą złożył wykaz wykonanych usług, w którym wskazał m.in. dwie usługi wykonywane przez podmiot MW Dias a.s. Wskazane usługi były realizowane na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego w Olomoucu oraz Stowarzyszonego centrum medycznego w Krnovie.

Pismem z dnia 19 czerwca 2015 roku zamawiający wezwał przystępującego DGP m.in. do wykazania oraz udokumentowania okoliczności uzasadniających powołanie się na wykazane usługi w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 24 czerwca 2015 roku przystępujący DGP wskazał, że usługi wykazane w załączniku nr 3 do siwz w pozycji 1 i 2 są wykonywane przez firmę MW Dias a.s. W załączeniu przedłożył zobowiązanie do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W zobowiązania wynika, że podmiot MW Dias a.s. udostępnił przystępującemu zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia zdobytego podczas realizacji zamówień dla Szpitala Uniwersyteckiego Olomouc oraz Stowarzyszonego centrum medycznego Krnov. W ramach korzystania przez wykonawcę z oddanych zasobów podmiot udostępniający zobowiązał się udzielać wykonawcy konsultacji oraz wszelkiej niezbędnej pomocy merytorycznej i doradczej przy wykonywaniu zamówienia, m.in. przez udostępnienie *know-how*, dokumentów organizacyjnych wytworzonych w trakcie zrealizowanych już tożsamyh inwestycji, szkolenia pracowników, w tym w szczególności w zakresie optymalizacji metod i technik sprzątania, efektywnego wyboru środków czyszczących. Oświadczył, że nie będzie wykonywał bezpośrednio, jako podwykonawca, powyższego zamówienia, a jego udział w realizacji zamówienia, jako podmiotu trzeciego, będzie pośredni, realizowany na podstawie umowy zlecenia. Jednocześnie oświadczył, że zapewni wykonawcy realny i rzeczywisty dostęp do zasobów spółki, jej *know-how*, w pełnym zakresie wymaganym przez zamawiającego zgodnie z SIWZ i wymaganiami stawianymi, jeśli chodzi o warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Oświadczył, że zasoby wiedzy i doświadczenia udostępniane są w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia, tj. w zakresie usług, o których mowa na str. 3 SIWZ.

Pismem z dnia 30 czerwca 2015 roku zamawiający wezwał przystępującego go złożenia następujących wyjaśnień:

- kto (wskazać osoby oraz stanowiska/ kwalifikacje) oraz jak często będzie udzielał konsultacji oraz pomocy merytorycznej i doradczej przy wykonywaniu zamówienia?

- czy będą sporządzone protokoły z przeprowadzonych konsultacji oraz czy będą one udostępnione zamawiającemu?

- kto (wskazać osoby oraz stanowiska/kwalifikacje) i jak często będzie przeprowadzał szkolenia pracowników wykonawcy w zakresie optymalizacji metod i technik sprzątania, efektywnego wyboru środków czyszczących?

- czy będą sporządzone protokoły z przeprowadzonych szkoleń i czy będą one udostępnione zamawiającemu?

- jakiego rodzaju dokumenty organizacyjne wytworzone w trakcie realizacji zrealizowanych już tożsamyh inwestycji będą udostępnione wykonawcy?

- czy powyższe dokumenty organizacyjne będą udostępnione wykonawcy?

- w jaki sposób udostępniana będzie wykonawcy wiedza *know-how*?

- czy wykonawca udostępni zamawiającemu umowę zlecenie, która będzie zawarta z MW Dias a.s.?

oraz do udzielenia wszelkich innych informacji wykazujących realny i rzeczywisty dostęp do zasobów firmy MW Dias a.s.

Pismem z dnia 3 lipca 2015 roku przystępujący DGP udzielił zamawiającemu odpowiedzi na zadane pytania.

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przesłana wykonawcom w dniu 14 lipca 2015 roku. Zamawiający za najkorzystniejszą w zakresie pakietu nr 1 uznał ofertę przystępującego DGP.

Izba przeprowadziła dowody z dokumentów wskazanych wyżej, znajdujących się w dokumentacji postępowania, przekazanej przez zamawiającego w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z dokumentów złożonych przez przystępującego DGP w postaci zobowiązań podmiotów trzecich składanych w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując, iż nie pozostają one w związku z niniejszym postępowaniem i nie mogą stanowić dowodu w rozpoznawanej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, dlatego też, w przypadku uwzględnienia odwołania, odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Istotą postępowania jest dokonanie oceny, czy złożone przez przystępującego DGP zobowiązanie podmiotu MW Dias a.s. odpowiada przepisom art. 26 ust. 2b i 2e ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, 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, że 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 stanowi, że wykonawca może w określonych sytuacjach polegać na

zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego powiązań między nimi. Musi on w takiej sytuacji dowieść, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, np. przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

Zdaniem Izby przedłożone przez podwykonawcę zobowiązanie MW Dias a.s. odpowiada wymogom, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Z przepisu art. 26 ust. 2b wynika: dla wykazania, że wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, wystarczającym dokumentem jest przedłożenie pisemnego zobowiązania tego podmiotu do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów do korzystania z nich przy realizacji zamówienia. Wydaje się więc, że oświadczenie podmiotu trzeciego, w którym zobowiązuje się on do udostępnienia wykonawcy takich zasobów, spełnia wymóg ustawy co do udowodnienia przez wykonawcę faktu dysponowania takimi zasobami. W złożonym oświadczeniu zawarte jest zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W szczególności wystawca dokumentu zobowiązał się oddać do dyspozycji odwołującej wiedzę i doświadczenie, niezbędne do wykonania zamówienia.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażonym w wyroku z dnia 07.02.2011 r. Sygn. V Ca 3036/10 Lex nr 1089020, podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym - nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dowód na dysponowanie zasobami innego podmiotu leży po stronie wykonawcy. Będzie to każdy dowód, który wskazuje na udostępnienie własnych zasobów przez inny podmiot wykonawcy. Ustawa jedynie jako przykład wymienia pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia.

Izba podkreśla także, iż udostępnienie przez podmiot trzeci zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia nie oznacza konieczności powierzenia temu podmiotowi wykonania całości lub części przedmiotu zamówienia na zasadzie podwykonawstwa. Taki wymóg nie znajduje umocowania w przepisach prawa. Ustawodawca nie narzucił podwykonawstwa jako formy współpracy pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim: przepis wyraźnie wskazuje na to, że powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich może mieć miejsce bez względu na charakter stosunków łączących strony. Współpraca może, lecz nie musi, mieć charakter podwykonawstwa, zaś strony zgodnie z zasadą swobody umów mogą ułożyć swój stosunek prawny wedle własnego uznania, byle nie byłby on sprzeczny z ustawą, naturą stosunku prawnego czy też zasadami współżycia społecznego.

W szczególności Izba podkreśla, że fakt nieuczestniczenia w wykonaniu zamówienia osobiście, w tym na zasadzie podwykonawstwa, nie świadczy o wyłączeniu przez podmiot udostępniający odpowiedzialności solidarnej, o której mowa w art. 26 ust. 2e ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 26 ust. 2e ustawy Pzp, podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ust. 2b odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby na podstawie art. 26 ust. 2e ustawy Pzp, wykonawca użyczający potencjału odpowiada za wykonanie zamówienia tak samo jak wykonawca (odpowiedzialność solidarna).

Zgodnie z art. 366 § 1 K.c. kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników). Podkreślenia wymaga, iż odpowiedzialność podmiotu udostępniającego zasoby na podstawie art. 26 ust. 2e ustawy Pzp nie dotyczy wykonania przedmiotu zamówienia, ale szkody, która została zamawiającemu wyrządzona w związku z nieudostępnieniem zadeklarowanych zasobów. Tym samym zamawiający nie mógłby domagać się od podmiotu trzeciego wykonania zamówienia, lecz tylko pokrycia ewentualnej szkody związanej z nieudostępnieniem zasobów.

Izba podkreśla, że przepis art. 26 ust. 2e ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Ani wykonawca, ani podmiot udostępniający zasoby, nie mogą, w drodze czynności prawnej, wyłączyć odpowiedzialności wynikającej ze wskazanego artykułu. Tym samym zarzut wyłączenia odpowiedzialności wynikającej z art. 26 ust. 2e nie znajduje podstaw.

Odnosząc się do podnoszonej przez odwołującego na rozprawie argumentacji, iż podmiot udostępniający zasoby, firma MW Dias a.s., nie posiada wymaganego w tym postępowaniu doświadczenia, zatem i przystępujący DGP nie wykazał, iż takim doświadczeniem dysponuje, Izba wskazuje, że odwołujący nie podniósł tej okoliczności w odwołaniu. W ocenie Izby odwołujący na rozprawie podniósł nowy zarzut polegający na nieuprawnionym zaniechaniu wykluczenia przystępującego DGP z powodu niewykazania przez niego, iż podmiot udostępniający zasoby posiada wiedzę i doświadczenie wymagane w tym postępowaniu. Izba uznała, iż odwołujący w sposób nieuprawniony rozszerzył na rozprawie zarzuty odwołania i zarzut ten pozostawiła bez rozpoznania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, w zw. z § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

.....