

**WYROK**  
z dnia 22 lipca 2010 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 9 lipca 2010 r. przez **Szymona Racisa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Szymon Racis, 16-400 Suwałki, ul. Cicha 8** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki w Suwałkach, 16-400 Suwałki, ul. Szpitalna 60**

przy udziale „**FADBET**” **Spółka Akcyjna, 15-182 Białystok, ul. 27 lipca 60**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Szymona Racisa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Szymon Racis, 16-400 Suwałki, ul. Cicha 8 i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) kwoty wpisu uiszczonego przez Szymona Racisa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Szymon Racis, 16-400 Suwałki, ul. Cicha 8,**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez Szymona Racisa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Szymon Racis, 16-400 Suwałki, ul. Cicha 8 na rzecz Samodzielnego Publicznego Szpitala**

**Sygn. akt KIO 1435/10**

**Wojewódzkiego w Suwałkach, 16-400 Suwałki, ul. Szpitalna 60**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Suwałkach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Wojewódzki w Suwałkach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na robotę budowlaną pn. „Modernizacja – przebudowa pomieszczeń dla Oddziału Chirurgii Ogólnej SPSW w Suwałkach wraz z dostawą i wyposażeniem sprzętu i aparatury medycznej”.

6 lipca 2010 r. (pismem z tej daty) Zamawiający za pośrednictwem faksu poinformował Odwołującego – Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Szymon Racis z Suwałk o wynikach postępowania – wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez FADBET S.A. z Białegostoku.

9 lipca 2010 r. (pismem z 8 lipca 2010 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego, któremu w tym samym dniu przekazał kopię odwołania.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, iż przez podjęte czynności Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo tego, że złożył wymagane przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”) dokumenty jakie należało złożyć w celu potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia.
2. Art. 7 ust. 1 poprzez dokonanie czynności oceny oferty Odwołującego w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

W związku z podniesionym zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.
2. Unieważnienia czynności uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez „FADBET” S.A.
3. Powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący podniósł, iż został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych, ponieważ treść zobowiązań firm Zakład Elektryczny Andrzej Pachucki i P.U.H. „SOFIX” Stanisław Sofiński budzą podstawowe wątpliwości bowiem same doświadczenie i wiedza jest tylko elementem „zasobu” i jako taka nie może być przedmiotem obrotu w sytuacji gdy wykonawca korzysta z

## Sygn. akt KIO 1435/10

zasobów innych podmiotów w tym zakresie. Zamawiający swoje stanowisko dalej uzasadnił tym, że z zobowiązań tych podmiotów oraz treści dokumentów dołączonych do oferty nie wynika w jakiej roli te podmioty mają występować i na czym ma polegać „przekazanie” wiedzy i doświadczenia. Ponadto Zamawiający zaznaczył, że 29 czerwca 2010 r. wystosował pismo do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienie czy dołączone do oferty zobowiązania tych podmiotów oznaczają, że będą brały one udział w wykonaniu części zamówienia a ponieważ Odwołujący w odpowiedzi wskazał ponownie tylko jednego podwykonawcę w zakresie instalacji gazów medycznych to w ocenie Zamawiającego nie udowodnił spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z rozdziałem III pkt 4 s.i.w.z.

W ocenie Odwołującego stanowisko zamawiającego jest błędne i narusza art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. W s.i.w.z. Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają między innymi, warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia (rozdział III - warunki i wymagania stawiane wykonawcom pkt 2 ppkt 2), polegający wykonaniu, co najmniej 2 robót budowlanych obejmujących należyte wykonanie robót w obiektach służby zdrowia, każda o wartości nie mniej niż 660.000 złotych. Na potwierdzenie spełniania tego warunku należało przedłożyć wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed terminem składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, który będzie potwierdzał spełnianie postawionego warunku. W pkt. 4 rozdziału III s.i.w.z., Zamawiający ustalił, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączącego wykonawcę z tym podmiotem. Zamawiający podał, że w takiej sytuacji wykonawca zobowiązany był udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, przedstawiając w szczególności pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W pkt. 3 tego rozdziału Zamawiający zaznaczył, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywana będzie w oparciu o dokumenty złożone przez wykonawcę w niniejszym postępowaniu metodą warunku granicznego - spełnia/nie spełnia.

Odwołujący na stronie 58 oferty złożył wykaz robót budowlanych (zgodnie z załącznikiem nr 4 do s.i.w.z.), w którym wskazał 2 roboty budowlane wykonane w obiektach służby zdrowia o wartości większej niż 660.000 złotych, oraz jedną o wartości 632.995,98 zł brutto wykonane odpowiednio poz. 1 i 2 przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „SOFIX” Stanisław Sofiński i poz. 3 przez Zakład Instalacji Elektrycznych Andrzej Pachucki. Ponadto Odwołujący do swojej oferty załączył, na stronach 6 i 7, pisemne zobowiązania tych podmiotów do udostępnienia mu wiedzy i doświadczenia tych podmiotów oraz możliwości skorzystania z tej wiedzy i doświadczenia przy wykonywaniu zamówienia będącego

## Sygn. akt KIO 1435/10

przedmiotem postępowania. Odwołujący jako podwykonawcę robót zgodnie z postanowieniami rozdziału IV pkt 7 s.i.w.z. oraz pkt VIII formularza oferty (załącznik nr 1 do s.i.w.z.) wskazał MULTIMED sp. z o. o. z Łodzi oraz wskazał, że podwykonawca ten wykona instalację gazów medycznych.

29 czerwca 2010 r. Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego pismem nr 495/2010r. między innymi (pkt. VII pisma) do wyjaśnienia czy podmioty wymienione w przedłożonej zobowiązaniach z 13 maja 2010 r. (Stanisław Sofiński P.U.H. „SOFIX” i Andrzej Pachucki Zakład Instalacji Elektrycznych) są podwykonawcami w rozumieniu postanowień s.i.w.z. i art. 26 ustawy pzp.

W odpowiedzi na to pismo Odwołujący złożył między innymi uzupełniony wykaz robót budowlanych (załącznik nr 4 do s.i.w.z.), w którym oprócz wcześniej wymienionych 3 robót budowlanych wykonanych przez P.U.H. „SOFIX” Stanisław Sofiński i Zakład Instalacji Elektrycznych Andrzej Pachucki, wskazał kolejne 3 roboty budowlane wykonane przez wskazanego wcześniej w ofercie podwykonawcę tj. MULTIMED sp. z o. o. z Łodzi, załączył do tego wykazu dokumenty potwierdzające wykonanie tych robót zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowe ich ukończenie oraz załączył nowe pisemne zobowiązanie MULTIMED sp. z o. o. z Łodzi do udostępnienia Odwołującemu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia i skorzystaniu z tych zasobów przy realizacji zamówienia objętego przedmiotem zamówienia.

W ocenie Odwołującego zarówno wykaz robót budowlanych podany przez niego w uzupełnionym załączniku nr 4, pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoją wiedzę i doświadczenie oraz wskazanie tego podmiotu jako podwykonawcę części zamówienia spełniają wymogi zarówno s.i.w.z. i ustawy pzp w zakresie możliwości skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego jak i wskazania podwykonawcy. Odwołujący w dostateczny sposób wykazał i udowodnił, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w postaci wiedzy i doświadczenia wskazanego w ofercie podwykonawcy gdyż zgodnie z wymogami s.i.w.z. przedstawił pisemne zobowiązanie podwykonawcy do oddania odwołującemu do dyspozycji jego zasobów przy wykonywaniu zamówienia. Nie istnieje zatem najmniejsza podstawa do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie nie spełnienia przez niego warunku określonego w art. 26 ust. 2b ustawy pzp.

Ponadto Odwołujący zaznacza, że zamawiający w s.i.w.z. przedmiot zamówienia określił na podstawie Wspólnego Słownika Zamówień CPV podał dwa kody: 45000000-7 i 33000000-0. Kod 45000000-7 oznacza roboty budowlane w szerokim pojęciu co oznacza, że każde roboty budowlane mieszczą się w przedmiocie zamówienia.

## Sygn. akt KIO 1435/10

20 lipca 2010 r. Zamawiający wniósł za pośrednictwem faksu do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, którą tego samego dnia przekazał w ten sam sposób Odwołującemu i Przystępującemu – wnosząc o oddalenie odwołania

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, iż spór pomiędzy Stronami sprowadza się w istocie do ustalenia, czy dla skorzystania z wiedzy i doświadczenia osoby trzeciej wystarczające jest w świetle art. 26 ust. 2b ustawy pzp przedstawienie zobowiązań. Stanowisko prezentowane przez Odwołującego pozbawia Zamawiającego możliwości oceny na podstawie przedstawionych dokumentów, czy Odwołujący udowodnił, że będzie miał faktyczną możliwość skorzystania z wiedzy i doświadczenia przedsiębiorstw, których referencje przedstawia. Dokonując interpretacji przepisu oraz oceny, czy Odwołujący spełnia wymogi s.i.w.z., Zamawiający kierował się wyrokiem Krajowej Izby odwoławczej z 17 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt 790/10 oraz opinią Urzędu Zamówień Publicznych. Zamawiający uznał, iż przedstawienie zobowiązania podmiotu trzeciego jakim jest Zakład instalacji Elektrycznych Andrzej Pachucki oraz P.U.H. „SOFIX” Stanisław Sofiński nie jest wystarczające dla udowodnienia, iż Odwołujący będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczeń tych podmiotów, jako że nie wskazał na czym miałyby polegać „przekazanie”, nie wskazał też aby podmioty te miały uczestniczyć w realizacji zamówienia – tym samym nie spełnił warunku opisanego w rozdziale III pkt. 2 ppkt 2 s.i.w.z.

12 lipca 2010 r. (pismem z 12 lipca 2010 r.) „FADBED” S.A. z Białegostoku zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, jednak wobec złożenia na posiedzeniu przez Zamawiającego wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 7 pzp w zw. z przepisem § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz.U. nr 48, poz. 280), w pierwszej kolejności Izba zajęła się ustaleniem czy zaszła przesłanka określona w tym przepisie.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, gdyż nie stwierdziła by Odwołujący nie przesłał Zamawiającemu kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 pzp, który nakazuje przesłanie jej przed upływem terminu na złożenie odwołania w taki sposób by zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią i ustanawia w tym zakresie domniemanie, iż mógł on to uczynić, jeżeli przesłanie kopii odwołania nastąpiło za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 pzp, a więc faksem lub drogą

## **Sygn. akt KIO 1435/10**

elektroniczną. W toku posiedzenia Izba ustaliła, iż bezsporna między Stronami jest okoliczność, iż kopia odwołania przekazana w terminie Zamawiającemu nie zawierała załączników, których lista została wręcz przekreślona. Izba zważyła, iż co prawda wśród wymienionych załączników znajdują się również dowody na poparcie okoliczności podniesionych w odwołaniu, jednak są to wyłącznie dokumenty wchodzące w skład dokumentacji postępowania prowadzonej przez Zamawiającego (pismo z 6 lipca 2010 r., s.i.w.z., pismo z 29 czerwca 2010 r., pismo z 2 lipca 2010 r. wraz z załącznikami), przy czym trzy pierwsze dokumenty pochodzą od Zamawiającego a czwarte jest otrzymaną przez niego odpowiedzią Odwołującego na wezwanie do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów – zatem w żaden sposób nie można stwierdzić, iż Zamawiający został pozbawiony możliwości ustosunkowania się w pełni do stawianych zarzutów .

W drugiej kolejności Izba ustaliła z urzędu, iż nie została wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp.

Po ustaleniu, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Uczestnik podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 23 kwietnia 2010 r. pod nr 96671-2010, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej ([www.szpital.suwalki.pl](http://www.szpital.suwalki.pl)), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i wynosi 3.767.220,40 zł, co stanowi równowartość 981.302,52 euro.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, która zgodnie postanowieniami rozdziału VI s.i.w.z. stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł między innymi następujące postanowienia:

## Sygn. akt KIO 1435/10

W rozdziale III *Warunki i wymagania stawiane Wykonawcom*:

„O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: (2) posiadania wiedzy i doświadczenia”. /pkt 1 ppkt 2/

„W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymaga dołączenia do oferty: (2) wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed terminem składania ofert o dopuszczenia do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, <co najmniej 2 robót budowlanych obejmujących należyte wykonanie robót w obiektach służby zdrowia, każda o wartości nie mniej niż 660 000,00 zł >z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Druk wykazu dostaw stanowi załącznik nr 4 do SIWZ”. /pkt 2 ppkt 2/

„Zamawiający oceni, czy Wykonawca spełnia warunki, o których mowa w ust. 1 na podstawie złożonego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonana na zasadzie: spełnia/nie spełnia”. /pkt 3/

„Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy pzp Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca 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 do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”. /pkt. 4/

W rozdziale IV *Opis sposobu przygotowania oferty przetargowej*:

„Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w złożonej ofercie części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcy. W przypadku nie wskazania części zamówienia, która ma być realizowana przez podwykonawcę Zamawiający uzna, że całość zamówienia będzie wykonywana przez Wykonawcę osobiście”. /pkt.7/

W załączniku nr 1 do s.i.w.z. (druku „oferta”) w pkt. VIII *Podwykonawca* znajduje się formuła oświadczenia o treści „Informujemy, że zamierzamy powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy /wpisać nazwę firmy/” do wypełnienia przez wykonawcę.

Na stronie 58 oferty Odwołującego znajduje się wykaz robót budowlanych (sporządzony według wzoru załącznika nr 4 do s.i.w.z.), w którym wymieniono 2 roboty



## Sygn. akt KIO 1435/10

budowlane wykonane w obiektach służby zdrowia o wartości większej niż 660.000,00 zł brutto, oraz jedną o wartości 632.995,98 zł brutto, wykonane, odpowiednio, poz. 1 i 2 przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „SOFIX” Stanisław Sofiński, poz. 3 przez Zakład Instalacji Elektrycznych Andrzej Pachucki.

Na stronach 6 i 7 oferty Odwołującego znajdują się pisemne zobowiązania tych podmiotów o następującej treści: „Zobowiązuję się do udostępnienia firmie Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Szymon Racis (...) i skorzystania przez nią z mojej wiedzy, doświadczenia oraz zasobów finansowych /*zasoby finansowe tylko „SOFIX”- przypis Izby/* niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego na modernizację – przebudowę pomieszczeń Oddziału Chirurgii Ogólnej SPSW w Suwałkach wraz z dostawą i wyposażeniem sprzętu i aparatury medycznej”.

Na stronie 4 oferty Odwołującego w pkt VIII formularza oferty znajduje się oświadczenie, iż zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia w zakresie instalacji gazów medycznych podwykonawcy MULTIMED sp. z o. o. z Łodzi.

29 czerwca 2010 r. Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego pismem nr 495/2010 r. między innymi (pkt. VII pisma) do wyjaśnienia „czy podmioty wymienione w przedłożonych Zobowiązaniach z dnia 13.05.2010 r. (firma Stanisław Sofiński PUH. SOFIX, Andrzej Pachucki Zakład Instalacji Elektrycznych) są podwykonawcami w rozumieniu postanowień SIWZ i art. 26 Ustawy prawo zamówień publicznych.

2 lipca 2010 r. w odpowiedzi Odwołujący złożył między innymi uzupełniony wykaz robót budowlanych (załącznik nr 4 do s.i.w.z.), w którym uzupełnił wykaz w dotychczasowym brzmieniu o 3 kolejne pozycje: poz. 4. „Instalacja gazów medycznych, dostawa i montaż m.in. punktów poboru, skrzynek alarmowych zaworowo-manometrycznych, paneli, kolumn, lamp operacyjnych oraz agregatów próżni” na kwotę 500.184,83 zł brutto; poz. 5. „Instalacja gazów medycznych, wyposażenie central gazów medycznych i próżni, dostawa, montaż i uruchomienie instalacji sprężarek powietrza medycznego i niemedycznego, instalacji rozprężania tlenu z butli, stacji rozprężania podtlenku azotu z butli, stacji rozprężania dwutlenku węgla z butli”, na kwotę 681.500,00 zł brutto, miejsce wykonywania zamówienia: Radzymin, Wyszaków i Wołomin; poz. 6 „Dostawa i montaż systemu rurociągowego do gazów medycznych, dostawa i montaż paneli nadłóżkowych, kolumn i stacji centralnych gazów medycznych” na kwotę 680.000,00 zł.

Do uzupełnionego wykazu załączono referencje wystawione na MULTIMED sp. z o.o. z Łodzi, przy czym w referencji dotyczącej poz. 6 wykazu stwierdza się między innymi, iż zrealizowano „zadanie polegające na dostawie i montażu systemu rurociągowego do gazów

## Sygn. akt KIO 1435/10

medycznych (instalacji gazów medycznych) wraz z dostawą paneli nadłóżkowych, kolumn i stacji centralnych gazów medycznych (...) Prace miały miejsce w okresie (...). Realizacja zamówienia odbyła się w sposób rzetelny i terminowy a zakupiony sprzęt funkcjonuje należycie”.

Do pisma załączono również pisemne zobowiązanie MULTIMED sp. z o. o. z Łodzi o następującej treści: „Zobowiązuję się do udostępnienia firmie Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Szymon Racis (...) i skorzystania przez nią z mojej wiedzy oraz doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego na modernizację – przebudowę pomieszczeń Oddziału Chirurgii Ogólnej SPSW w Suwałkach wraz z dostawą i wyposażeniem sprzętu i aparatury medycznej oraz wykonać instalacje gazów medycznych podczas zamówienia publicznego na modernizację – przebudowę pomieszczeń Oddziału Chirurgii Ogólnej SPSW w Suwałkach wraz z dostawą i wyposażeniem sprzętu i aparatury medycznej”.

6 lipca 2010 r. pismem nr 509/2010 Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, w uzasadnieniu faktycznym podając okoliczności przytoczone w odwołaniu i na początku niniejszego uzasadnienia pod żądaniami Odwołującego.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w dokumentacji postępowania, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., protokołu postępowania, wezwania do uzupełnienia dokumentów i udzielonej odpowiedzi, oferty Odwołującego oraz na podstawie innych przywołanych pism i dokumentów.

**Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika złożone w pismach procesowych oraz ustnie w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 23 kwietnia 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach

## Sygn. akt KIO 1435/10

sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania oznaczałoby, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc tym samym szkodę. W ocenie Izby, Odwołujący legitymuje się interesem, gdyż złożył tańszą ofertę niż wybrana przez Zamawiającego, a cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert, zatem uwzględnienie odwołania otworzyłoby mu realną możliwość uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o jego udzielenie.

Żadna ze stron nie kwestionowała interesu „FADBET” S.A. w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, po stronie którego zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i zachowując wymóg przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (art. 185 ust. 2, 3 i 4 pzp).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale III pkt 2 ppkt 2 jako posiadanie doświadczenia polegającego na należyтым wykonaniu co najmniej dwóch robót budowlanych w obiektach służby zdrowia, każda o wartości nie mniej niż 660 000,00 zł.

Izba zważyła, iż Zamawiający słusznie uznał badając dokumenty złożonej oferty, iż załączony do oferty wykaz wykonanych robót wraz z referencjami nie potwierdzał spełnienia powyżej wskazanego warunku udziału w postępowaniu, z tego powodu, iż opierał się wyłącznie na doświadczeniu dwóch podmiotów trzecich (Zakład instalacji Elektrycznych Andrzej Pachucki oraz Przedsiębiorstwo Usługowo-handlowe „SOFIX” Stanisław Sofiński), które zobowiązały się do „udostępnienia i skorzystania” przez Odwołującego swojej wiedzy oraz doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia publicznego ogłoszonego przez Zamawiającego.

Izba podziela wyrażone w orzecznictwie i piśmiennictwie stanowisko, iż powołaniu się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego na podstawie przepisu art. 26 ust.

## Sygn. akt KIO 1435/10

2b pzp powinno towarzyszyć zapewnienie przez wykonawcę możliwości uczestnictwa takiego podmiotu w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy lub w innym charakterze umożliwiającym rzeczywiste skorzystanie z tego zasobu stanowiącego niematerialny składnik nierozzerwalnie związany z przedsiębiorstwem podmiotu trzeciego. Wobec powyższego, ponieważ z treści zobowiązań nie wynikało czy przedsiębiorcy Andrzej Pachucki i Stanisław Sofiński będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w sposób umożliwiający rzeczywiste skorzystanie z doświadczenia ich przedsiębiorstw, nieograniczającego się wyłącznie do „użyczenia” listy wykonanych należycie robót budowlanych dla potwierdzenia spełniania warunku – Zamawiający miał prawo i obowiązek wezwać Odwołującego do wykazania tej okoliczności.

Zamawiający zdecydował się w tym zakresie zwrócić do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 o wyjaśnienia przez zadanie pytania czy przedsiębiorcy Stanisław Sofiński i Andrzej Pachucki są podwykonawcami w rozumieniu postanowień s.i.w.z. i art. 26 ust. 2b pzp (pkt VII wezwania z 29 czerwca 2010 r.). Na rozprawie pełnomocnicy Zamawiającego błędnie wywodzili, iż wobec fizycznego złożenia dokumentów wykazu, referencji i zobowiązań podmiotów trzecich, Zamawiający nie był uprawniony do wzywania Odwołującego do ich uzupełnienia na podstawie przepisu art. 26 ust.3 pzp - gdyż obowiązek taki wprost wynika z dyspozycji tego przepisu. Izba wzięła jednak pod uwagę zachowanie Odwołującego, który prawidłowo odczytał, iż pytanie to w istocie dotyczy potwierdzenia spełniania wymaganego warunku wiedzy i doświadczenia i w odpowiedzi uzupełnił wykaz robót o kolejne 3 pozycje, referencje na potwierdzenie ich należytego wykonania dotyczące Multimed sp. z o.o. z Łodzi, od początku ujętej w ofercie (pkt VIII formularza oferty) jako podwykonawca w zakresie instalacji gazów medycznych, który zobowiązał się również w odrębnym dokumencie do „udostępnienia i skorzystania” Odwołującemu wiedzy i doświadczenia, jak również do wykonania instalacji gazów medycznych w przedmiotowym zamówieniu. W ocenie Izby zatem, niezależnie od trafności sformułowania pisemnego wezwania w pkt. VII, Odwołujący otrzymał możliwość potwierdzenia spełniania warunku doświadczenia, z której skorzystał w świadomie wybrany przez siebie sposób – przez złożenie uzupełnionego wykazu, który miał potwierdzić spełnianie warunku doświadczenia „użyczonego” od podwykonawcy wskazanego w ofercie. Odwołujący przyznał bowiem na rozprawie, iż obawiał się udzielić odpowiedzi, iż przedsiębiorcy Stanisław Sofiński i Andrzej Pachucki będą podwykonawcami oraz załączył ich zobowiązania o odpowiednio uzupełnionej treści, aby nie narazić się na odrzucenie przez Zamawiającego oferty z uwagi na zmianę jej treści w zakresie wykazanych podwykonawców. Niezależnie od tego, Izba zważyła, iż w treści pytania mowa jest o „podwykonawcy w rozumieniu s.i.w.z. i art. 26 pzp”, co wskazuje na szerokie rozumienie pojęcia podwykonawcy, z uwzględnieniem art. 26 ust. 2b pzp, a Odwołujący na rozprawie

## Sygn. akt KIO 1435/10

wskazał, iż widzi możliwość zapewnienia udziału wskazanych przedsiębiorców w realizacji przedmiotowego zamówienia przez różne formy współpracy i doradztwa przy realizacji przedmiotowego zamówienia, co nie wymagałoby uzupełnienia listy podwykonawców, lecz wyłącznie uzupełnienia treści załączonych do oferty zobowiązań, czego Odwołujący uzupełniając dokumenty jednak nie uczynił.

Izba zważyła natomiast, iż badanie uzupełnionych dokumentów oferty nadal prowadzi do wniosku, iż załączony do oferty wykaz wykonanych robót wraz z referencjami nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jednak z innych powodów niż poprzednio. Po zapoznaniu się z uzupełnionym wykazem i referencjami, Izba przyznała rację Zamawiającemu i Przystępującemu, iż w wykazana w poz. 4 wykazu „Instalacja gazów medycznych...” opiewa na kwotę 500.184,83 zł poniżej wymaganej w treści warunku kwoty 660.000,00 zł, natomiast wykazana w poz. 5 wykazu „Instalacja gazów medycznych...” na kwotę 681.500,00 zł w rzeczywistości dotyczy 3 odrębnych miejsc realizacji – szpitali w 3 różnych miastach, zatem nie stanowi jednej roboty budowlanej o wymaganej wartości, jak to wynika z treści warunku, lecz 3 różnych robót, które łączy analogiczny przedmiot i tożsamy wykonawca robót. Izba podziela również stanowisko Przystępującego, iż w poz. 6 wykazu ujęto „dostawę i montaż systemu rurociągowego do gazów medycznych” oraz innego wyposażenia medycznego, która niezależnie od wartości nie może być uznana za robotę budowlaną. Potwierdza to w szczególności treść referencji, z której wynika mieszany charakter zamówienia (dostawa i montaż instalacji gazów medycznych), jednak z przewagą dostawy sprzętu (dostawa paneli nadłóżkowych, kolumn i stacji centralnych gazów medycznych). Zatem analogicznie do przepisów art. 6 ust. 1 i 2 pzp uprawniona jest ocena, iż umowa obejmująca równocześnie dostawę oraz rozmieszczenie lub instalację dostarczonego sprzętu lub w której wartościowy udział dostawy sprzętu i wyposażenia był dominujący – ma charakter dostawy a nie roboty budowlanej. Izba zważyła również, iż wobec takiego ustalenia poczynionego w toku postępowania odwoławczego bez znaczenia jest na ile Zamawiający wziął pod uwagę uzupełnienie wykazu robót i czy dostatecznie opisał wynik tego badania w podstawie faktycznej wykluczenia, skoro potwierdziła się faktyczna zasadność tej czynności w stosunku do Odwołującego z prawidłowo wskazanej podstawy prawnej (przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 w powiązaniu ze wskazaniem odpowiedniego postanowienia s.i.w.z.).

Wobec wskazanych przez Odwołującego, a nie zaprzeczonych przez Zamawiającego okoliczności dotyczących wzywania Przystępującego i Odwołującego do wyjaśnień i uzupełnień w różnych terminach (Przystępującego znacznie wcześniej niż Odwołującego), wyznaczania Przystępującemu dłuższego niż Odwołującemu terminu na odpowiedź (odpowiednio 5 i 3 dni), przy większym zakresie wymaganych uzupełnień u

## Sygn. akt KIO 1435/10

Odwołującego, Izba stwierdziła, iż mogło w tym zakresie dojść do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 pzp). Nie miało to jednak z pewnością wpływu na wynik postępowania – Odwołujący nie wnosił o przedłużenie wyznaczonego terminu i przed jego upływem złożył komplet wyjaśnień i dokumentów, zatem wyznaczony 3-dniowy termin był w tych okolicznościach wystarczający. Natomiast nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 przez dokonanie oceny oferty Odwołującego w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Izba pozostawiła natomiast bez rozpoznania zarzut dotyczący wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz niedokonania wyboru oferty najkorzystniejszej (naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 pzp) , z uwagi na przepis art. 180 ust. 2 ustawy pzp, z którego wynika, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp (poniżej tzw. progów unijnych), Odwołujący nie ma uprawnienia do ich podnoszenia, gdyż nie są to czynności podlegające zaskarżeniu w przedmiotowym postępowaniu, którego wartość zamówienia mieści się poniżej tzw. progów unijnych.

Mając powyższe na uwadze, Izba działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając jako uzasadnione koszty Odwołującego wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł na podstawie rachunku (faktury VAT) przedłożonej do akt sprawy – zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit. b przywołanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....