

Sygn. akt: KIO 48/14

WYROK

z dnia 28 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2014 r. przez wykonawcę: **A..... T..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „TRANS-ART” A..... T....., Bobrowniki Wielkie, ul. Bobrowska 33, 33-131 Łęg Tarnowski w postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Kolbuszowa, Świerczów 138, 36-100 Kolbuszowa**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **A..... T..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „TRANS-ART” A..... T....., Bobrowniki Wielkie, ul. Bobrowska 33, 33-131 Łęg Tarnowski i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **A..... T..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „TRANS-ART” A..... T....., Bobrowniki Wielkie, ul. Bobrowska 33, 33-131 Łęg Tarnowski** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **A..... T..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „TRANS-ART”**

A..... T....., Bobrowniki Wielkie, ul. Bobrowska 33, 33-131 Łęg Tarnowski
na rzecz zamawiającego: **Nadleśnictwa Kolbuszowa, Świerczów 138,**
36-100 Kolbuszowa kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych
zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni
od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby
Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 48/14

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Przebudowa dróg leśnych pożarowych nr 10, nr 14, nr 25” zostało wszczęte przez Nadleśnictwo Kolbuszowa, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (506078-2013) w dniu 6 grudnia 2013 r.

W dniu 13 stycznia 2014 r. odwołanie wniósł wykonawca: A..... T..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „TRANS-ART” A..... T....., zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie części 2 i 3 zamówienia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób nieprawidłowy nie uwzględnił złożonych przez niego dokumentów i uznał, iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu. Czynność ta stanowić miała naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności badania i oceny ofert, a także czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty, a następnie uznanie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 6.2.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali się wykonaniem co najmniej 2 robót budowlanych „o wartości każdej roboty nie mniejszej niż 500 000 PLN” oraz polegających na „budowie lub przebudowie drogi, obejmujące m.in. wykopy i przekopy, profilowanie i zagęszczanie podłoża, przebudowę przepustów pod koroną drogi, wykonanie warstwy odcinającej z pospółki, wykonanie rowów odwadniających, wykonanie nawierzchni lub podbudowy z kruszywa stabilizowanego cementem oraz roboty wykończeniowe”. W pkt 6.4 SIWZ Zamawiający powielił treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wskazał przy tym, iż celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów żąda on od wykonawców, aby przedstawili mu również odpowiednie dokumenty. Zawarł tam również listę powołanych dokumentów, która współbrzmi z listą dokumentów zawartą w § 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 (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie dokumentów.

Zgodnie z pkt 7.2.2 SIWZ Zamawiający żądał, aby na potwierdzenie warunku opisanego w pkt 6.2.1 SIWZ wykonawcy przedstawili wykaz robót budowlanych. Formularz tegoż wykazu zawarł w SIWZ (Rozdział III SIWZ, załącznik nr 1 do oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu). Tak w powołanym pkt 7.2.2 SIWZ, jak w formularzu wykazu robót, Zamawiający zawarł informację, iż w przypadku korzystania przez wykonawcę na mocy art. 26 ust. 2b ustawy Pzp z zasobów podmiotów trzecich zastosowanie znajdzie treść pkt 6.4 SIWZ.

Zgodnie z pkt 3.2 SIWZ Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych na każdą z trzech wskazanych tam części zamówienia – część I obejmowała przebudowę drogi leśnej nr 10, część II – przebudowę drogi leśnej nr 14, zaś część III – przebudowę drogi leśnej nr 25.

Przed upływem terminu składania ofert Odwołujący złożył Zamawiającemu swoje oferty na każdą z trzech części zamówienia. W przedstawionym wraz z ofertą Odwołującego wykazie robót budowlanych znalazło się wskazanie na realizację dwóch prac: budowy placu

przeładunkowego na Euroterminalu w Sławkowie oraz prace brukarskie na osiedlach Marynarki Wojennej i Rydza Śmigłego w Tarnowie.

Zamawiający w toku badania złożonych mu ofert, uznał, iż nie zostało wykazane, aby Odwołujący legitymował się określonym w SIWZ odpowiednim doświadczeniem – realizacją budowy lub przebudowy drogi. Dlatego też pismem z dnia 23 grudnia 2013 r. wezwał Odwołującego w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia, pod rygorem wykluczenia z udziału w postępowaniu, złożonych wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń.

Odwołujący wraz z pismem z dnia 30 grudnia 2013 r. przedstawił wykaz robót budowlanych wskazujący na dwie inne prace, które wykonane zostały przez podmiot trzeci. Załączył również sporządzone w imieniu tegoż podmiotu trzeciego zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów tegoż podmiotu.

Zamawiający, po przeprowadzeniu badania uzupełnionych przez Odwołującego dokumentów, uznał, że powołany wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia. Powołując się na te ustalenia, uznał, że oferta złożona przez Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie na art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Informację o dokonaniu tych czynności zawarł w piśmie z dnia 30 grudnia 2013 r.

Wobec powołanych czynności Zamawiającego podjętych w odniesieniu do ofert Odwołującego złożonych w zakresie części II i III zamówienia, Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Jak ustaliła Izba, tak Zamawiający w uzasadnieniu zawartym w piśmie z dnia 30 grudnia 2013 r., jak i Odwołujący w treści odwołania, wskazują w sposób wyraźny na czynność odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Obie strony powołują się również na art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, jako na właściwą podstawę prawną czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Oczywistym jednakże w świetle dokumentacji postępowania, a w szczególności uzasadnienia fatycznego decyzji o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego (a także uzasadnienie rozpoznawanego przez Izbę odwołania) jest, iż czynność dokonana przez Zamawiającego, wobec której wniesione zostało odwołanie, to czynność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dla obu stron oczywistym było, że to negatywna ocena faktu wykazania przez Odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i

doświadczenia, w tym również faktu powołania się w tym kontekście na potencjał podmiotu trzeciego, była dla Zamawiającego rozstrzygającą o wyłączeniu Odwołującego spośród grona wykonawców, których oferty ocenił następnie w oparciu o kryteria określone w SIWZ. Mając to na uwadze, Izba uznała, iż jej ocenie podlegały *de facto* zarzuty podnoszone wobec czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Za rozstrzygające dla zakresu rozpoznawanych zarzutów Izba uznała bowiem fakty przywołane w uzasadnieniu pisma Zamawiającego z dnia 30 grudnia 2013 r. oraz odwołania.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do czynności wykluczenia Odwołującego, Izba uznała, iż nie zostało udowodnione, aby Zamawiający w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp ustalił fakt niewykazania przez Odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W ocenie Izby z treści pkt 6.2.1 SIWZ wynika w sposób oczywisty, iż Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się wykonaniem co najmniej 2 robót budowlanych o wartości każdej roboty nie mniejszej niż 500 000 PLN oraz polegających na budowie lub przebudowie drogi. Co istotne Zamawiający posłużył się w opisie warunku definicjami legalnymi. Pojęcia „budowa” i „przebudowa” zdefiniowane zostały w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243 poz. 1623) – odpowiednio w art. 3 pkt 6 i 7a) – a ich zakres znaczeniowy w sposób wyraźny został rozróżniony od zakresu znaczeniowego pojęcia „remont” zdefiniowanego w art. 3 pkt 8) tejże ustawy. Z kolei definicja pojęcia „droga” zawarta została w art. 4 pkt 2) ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 260). Niezależnie od tak opisanego rodzaju robót budowlanych, Zamawiający w treści powołanego pkt 6.2.1 SIWZ wymagał, aby każda z wskazywanych robót obejmowała swym zakresem co najmniej (bo tak należy interpretować użyty w opisie warunku skrót „*m.in.*”): *„wykopy i przekopy, profilowanie i zagęszczanie podłoża, przebudowę przepustów pod koroną drogi, wykonanie warstwy odcinającej z pospółki, wykonanie rowów odwadniających, wykonanie nawierzchni lub podbudowy z kruszywa stabilizowanego cementem oraz roboty wykończeniowe”*.

Mając to na uwadze, zdaniem Izby, oczywistym było to, jakich prac wykonaniem i co obejmujących swoim zakresem wykazać się mieli wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Koniecznym było zatem, aby Odwołujący przedstawił wykaz robót budowlanych o takiej treści, aby wykazane zostało spełnianie minimalnych wymogów odnoszących się do prac potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia, a określonych w pkt 6.2.1 SIWZ. Jest to oczywistym w świetle analizowanych zapisów SIWZ, a także wobec regulacji art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, zgodnie z którą wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. Z powołanym tu przepisem koresponduje w sposób oczywisty art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodzenia, iż spełnia on warunki opisane przez Zamawiającego i to on ponosi konsekwencje (w postaci wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) nie wypełnienia tego obowiązku.

Co ważne dla rozpoznawanej sprawy, ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dopuścił możliwość, aby Wykonawca polegał m.in. na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Pamiętać jednak należy, że w takiej sytuacji zobowiązany jest on 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. Z przepisem tym koresponduje regulacja zawarta w § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, zgodnie z którym, gdy wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać w szczególności:

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

Skład orzekający Izby podziela w odniesieniu do powołanych przepisów ich interpretację zawartą w orzeczeniu Izby wydanym w sprawie KIO 2182/13, gdzie Izba stwierdziła co następuje: „stwierdzić należy na wyraźny kierunek ustawodawcy wskazany tymi przepisami, aby w trakcie oceny spełniania warunków wiedzy i doświadczenia dokonywać oceny realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego wykonawcy na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu, poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga natomiast okoliczność, iż ani przepisy ustawy Pzp, ani też przepisy przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, czy choćby jego części, również w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału. Niewątpliwie ta forma wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w sposób najbardziej pełny wskazuje na faktyczne użycie potencjału podmiotu trzeciego, nie może być ona jednak traktowana jako bezwzględnie obowiązująca. W każdym przypadku bowiem należy dokonać oceny, czy dla realności wykorzystania udostępnianego przez podmiot trzeci potencjału, konieczny jest faktyczny udział podmiotu w realizacji części czy też całości zamówienia czy wystarczająca będzie inna forma wykorzystania danego potencjału przy realizacji przedmiotu zamówienia. Nie można wykluczyć w tym względzie, że udostępnienie i faktyczne wykorzystanie potencjału wiedzy i doświadczenia będzie odbywało się również poprzez np. różnego rodzaju konsultacje, czy doradztwo w trakcie realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego świadczone przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy”. Podobnie Izba w sprawie KIO 2292/13.

Podkreślenia wymaga jednak przy tym fakt, iż to na wykonawcy spełnia obowiązek wykazania, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem wykazania również tego, czy będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz tego, czy stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

Jak to zostało przywołane powyżej, w rozpoznawanym przypadku, Zamawiający skorzystał z uprawnienia wpływającego z § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów i zawarł w SIWZ w pkt 6.4 żądanie przedstawienia odpowiednich dokumentów wskazanych wyraźnie w treści tegoż przepisu rozporządzenia. Dlatego też obowiązkiem Odwołującego, który powoływał się na potencjał podmiotu trzeciego, było przedstawienie dokumentów i oświadczeń takiej treści, aby wykazać Zamawiającemu, że dysponuje zasobami tegoż podmiotu w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, a także tego,

że stosunek łączący go z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów. Obowiązek ten ciąży bowiem na wykonawcy niezależnie od sposobu planowanego wykorzystania udostępnianego mu potencjału, nawet w przypadku wskazanego powyżej dopuszczenia powoływania się na „*różnego rodzaju konsultacje, czy doradztwo w trakcie realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego świadczone przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy*”.

Mając na uwadze powyższe, oraz odnosząc się do twierdzeń Odwołującego o tym, iż już pierwotnie złożony wraz z ofertą wykaz robót budowlanych potwierdzał spełnianie warunku opisanego w pkt 6.2.1 SIWZ, Izba uznała, że twierdzenia te nie znalazły potwierdzenia w treści dokumentów i oświadczeń złożonych Zamawiającemu wraz z ofertą Odwołującego. Zasadnie Zamawiający w toku postępowania ocenił je jako niepoświadczające wykonania robót budowlanych obejmujących budowę lub przebudowę drogi, które swym zakresem obejmowałyby minimalny zakres prac wymagany w opisie warunku dotyczącym posiadania wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z treścią wykazu i załączonych do niego listów referencyjnych, pierwsza z wykazanych robót obejmowała prace wykonane przy budowie placu przeładunkowego, druga zaś obejmowała prace brukarskie na dwóch osiedlach w Tarnowie. Nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby prace te odpowiadały swym zakresem wymaganiom opisanym w pkt 6.2.1 SIWZ, a w szczególności, o czym pisał Zamawiający w piśmie z dnia 30 grudnia 2013 r., nie wykazano, aby prace te obejmowały budowę lub przebudowę drogi, a przede wszystkim, aby informacje takie zawarte zostały w złożonych Zamawiającemu dokumentach i oświadczeniach.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał w toku postępowania odwoławczego, aby z uzupełnionych wraz z pismem z dnia 30 grudnia 2013 r. dokumentów i oświadczeń wynikało, iż potwierdził on spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 6.2.1 SIWZ.

Najistotniejszą dla rozstrzygnięcia okolicznością było to, że Odwołujący nie wykazał, aby ze zobowiązania oddania mu do dyspozycji zasobów podmiotu trzeciego wynikać miało potwierdzenie okoliczności, o których mowa w pkt 6.4 SIWZ. W powołanym zobowiązaniu zawarte zostało jedynie stwierdzenie, że podmiot trzeci oddaje do dyspozycji Odwołującego na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu i na okres wykonywania zamówienia własną wiedzę i doświadczenie wskazane w wykazie robót budowlanych, a także o tym, iż podmiot trzeci będzie służyć wsparciem merytorycznym, jeśli okaże się to niezbędne podczas realizacji zamówienia. Tymczasem zgodnie z pkt 6.4 SIWZ, Zamawiający oczekiwał, że wykonawca powołujący się na potencjał podmiotu trzeciego

przedstawi dokumenty lub oświadczenia, które potwierdzą w szczególności zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów tegoż podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, a także zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Wykazanie wszystkich tych okoliczności służyć miało udowodnieniu Zamawiającemu, że wykonawca (w tym przypadku Odwołujący) będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, jak również potwierdzeniu, że stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Innymi słowy, służyć miało to wykazaniu, że wykonawcy (Odwołującemu) realnie udostępniono potencjał podmiotu trzeciego na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W ocenie Izby, przedstawione Zamawiającemu zobowiązanie podmiotu trzeciego, jest zbyt ogólne w swej treści i nie pozwala stwierdzić, że Odwołujący wykazał zaistnienie okoliczności opisanych w pkt 6.4 SIWZ. Treść tegoż zobowiązanie jest *de facto* prostym powtórzeniem treści art. 26 ust. 2b, uzupełnionym o wskazanie na ewentualną możliwość wykorzystania przez Odwołującego przy realizacji zamówienia wsparcia merytorycznego podmiotu trzeciego. Ta ogólna formuła nie została w żaden sposób uszczegółowiona. Nie podjęto nawet próby opisu tego, jak powołane wsparcie merytoryczne miałyby być realizowane, w jakim zakresie i w jakich okolicznościach mogłaby się zrealizować potrzeba skorzystania z niego przez Odwołującego. Mając to na uwadze, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Odwołujący udowodnił, jak twierdził to w odwołaniu, iż był on uprawniony do powołania się na potencjał podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.2.1 SIWZ.

Niezależnie od powyższego, zauważyć należy, że nawet gdyby Odwołujący wykazał swą legitymację do powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, to i tak wskazane przez niego prace – ich opis w wykazie oraz dokumentach poświadczających wykonanie – nie odpowiadały swym zakresem opisowi robót mających potwierdzać spełnienie warunku określonego w pkt 6.2.1 SIWZ.

Co istotne, a na co zwracał uwagę w toku rozprawy Zamawiający, z treści zobowiązania wynika, iż podmiot trzeci udostępnia Odwołującemu wiedzę i doświadczenie nabyte podczas robót polegających na przebudowie drogi i remoncie drogi. Tymczasem już z poświadczeń wykonania tychże robót – referencji i protokołu odbioru, wynika, że podmiot udostępniający zasoby w ramach powoływanych robót wykonał jedynie określone w poświadczeniach poszczególne prace, stanowiące, jak można wnioskować z treści poświadczeń, jedynie pewne elementy całości przywołanych w zobowiązaniu robót. Zakładając, że Odwołujący

przedstawiłby odpowiednie dokumenty, które potwierdzałyby jego uprawnienie do powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego (czego w tym przypadku nie uczynił), mógłby odwoływać się jedynie do tychże wybranych elementów całości przywołanych w zobowiązaniu przebudowy drogi i remontu drogi, nie zaś do pełnego zakresu tychże robót.

Niezależnie od powyższego, Izba nie podzieliła przekonania Odwołującego, iż przywoływane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie rozróżnienie pojęć „remont” i „przebudowa” jest tylko i wyłącznie kwestią nazewnictwa. Jak to już zostało powyżej wskazane pojęcia te zostały zdefiniowane w ustawie – Prawo budowlane, a nie zostało wykazane, aby z treści SIWZ miało wynikać, iż Zamawiający używał ich w znaczeniu innym, niż nadane im przepisami powołanej ustawy. Dlatego też nie istniała, w świetle przedstawionych w toku postępowania odwoławczego dokumentów, możliwość powoływania się na remont drogi, jako na robotę, która potwierdzałaby spełnienie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

W rozpoznawanym przypadku, Odwołujący nie tylko nie przedstawił w uzupełnieniu wskazania na wykonanie robót budowlanych, których wykonanie potwierdzałoby spełnienie warunku opisanego w pkt 6.2.1 SIWZ, ale nie wykazał nawet, aby w sposób uprawniony mógł się powoływać na potencjał podmiotu trzeciego. Jak to już wskazano, nie udowodnił on w toku postępowania odwoławczego, że przedstawił Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 30 grudnia 2013 r. dokumenty lub oświadczenia potwierdzające, iż będzie on dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, a także potwierdzające, że stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Dlatego też, pomimo błędnego uzasadnienia prawnego (która to okoliczność, co istotne, nie była podnoszona przez Odwołującego na etapie odwołania), Izba uznała, iż Zamawiający *de facto* prawidłowo ustalił, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia. Uwzględniając okoliczność, iż Odwołujący już raz w toku postępowania o udzielenie zamówienia był wzywany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu robót budowlanych, niemożliwym było ponowne jego wezwanie do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w omawianym tu zakresie.

Mając to na uwadze, Izba uznała, iż nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp wykluczając Odwołującego z grona wykonawców, których oferty podlegały ocenie w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, a tym samym aby naruszył on przepis art. 24 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: