

Sygn. akt: KIO 1641/12

WYROK
z dnia 10 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Anna Chudzik
Członkowie:	Katarzyna Brzeska Dagmara Gałczewska-Romek
Protokolant:	Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 sierpnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2012 r. przez **Przedsiębiorstwo Budowlane DELTA-K Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Nieruchomości Komunalnych w Lublinie**

przy udziale wykonawcy **INTERBUD-Lublin S.A. z siedzibą w Lublinie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i wykonanie czynności wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Zarząd Nieruchomości Komunalnych w Lublinie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Zarządu Nieruchomości Komunalnych w Lublinie** na rzecz **Przedsiębiorstwa Budowlanego DELTA-K Sp. z o.o.** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Nieruchomości Komunalnych w Lublinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Roboty budowlane polegające na budowie wielorodzinnych budynków mieszkalnych nr 6 i nr 7 wraz z instalacjami wewnętrznymi, sieciami rozdzielczymi, przyłączami oraz zagospodarowaniem terenu przy ul. Droga Męczenników Majdanka/Doświadczalna w Lublinie (osiedle Felin).*

W dniu 31 lipca 2012 r. Przedsiębiorstwo Budowlane DELTA-K Sp. z o.o. wniosło odwołanie wobec czynności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 26 ust. 2b, art. 24 ust. 2 pkt 4, oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że dniu 26 lipca 2012 r. otrzymał od Zamawiającego informację o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzuceniu jego oferty. Jako uzasadnienie faktyczne wykluczenia Zamawiający podał niespełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (pkt 6.1.2) SIWZ, tj. wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie budynku wielorodzinnego o kubaturze co najmniej 9 tys. m³ i wartości minimum 5 mln zł zrealizowanego od podstaw i przekazanego do użytkowania zgodnie z przeznaczeniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający przywołał stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym udostępnienie doświadczenia powinno wiązać się z uczestnictwem udostępniającego w realizacji zamówienia, co do zasady jako podwykonawca, a doświadczenia nie można samodzielnie zbyć, ani w inny sposób zadysponować nim, przenosząc go na określony podmiot. Zamawiający wskazał, że przy realizacji robót budowlanych polegających na budowie wielorodzinnych budynków mieszkalnych wraz z infrastrukturą towarzyszącą bezwzględnie niezbędne jest uczestnictwo w realizacji zamówienia podmiotu, na wiedzy i doświadczeniu którego polega wykonawca. Chodzi tu o zastępstwo w konkretnych czynnościach budowlanych, a nie w usługach doradztwa, które są wpisane w nadzór budowlany (kierownik budowy, inspektor nadzoru). Ponadto firma udostępniająca swoje doświadczenie musi z tego tytułu ponosić współodpowiedzialność za realizację zadania. Nie można wygrać przetargu na roboty budowlane opierając się na fakcie, że kto inny takie roboty już realizował i będzie doradzał jak to wykonać. Przy tego typu zamówieniu konsekwencją oparcia się na wiedzy

i doświadczeniu innego podmiotu celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jest konieczność uzyskania zastępstwa firmy składającej ofertę w zakresie wykonawstwa, a nie doradztwa.

Odwołujący zakwestionował powyższe stanowisko Zamawiającego, stwierdzając, że wiedza i doświadczenie firmy Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe FLISBUD Stanisław Flis z siedzibą w Janowie Lubelskim, która zobowiązała się udostępnić swoje zasoby jest wystarczająca z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący podniósł, że możliwość powoływania się na potencjał podmiotów trzecich wynika z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazał, że za dowód przekazania potencjału w szczególności należy uznać pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów (np. doświadczenia) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia – przykładowe wskazanie tego typu środka dowodowego jednoznacznie przesądza, iż jest to dowód dopuszczalny i uznawany przez ustawę za wystarczający.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie wprowadził w SIWZ żadnych szczególnych wymogów co do zapisów dotyczących sposobu posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego, w szczególności nie sprecyzował, jakich oczekuje oświadczeń, czy zobowiązań od tych podmiotów. Odwołujący przedstawił, zgodnie z wymogami SIWZ i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, pisemne zobowiązanie Przedsiębiorstwa Budowlano Montażowego FLISBUD Stanisław Flis do oddania Odwołującemu do dyspozycji zasobów w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji przedmiotowego zadania.

Odwołujący wskazał, że pismem z 24 lipca 2012 r. został wezwany do złożenia wyjaśnień określających, w jakim zakresie Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe FLISBUD Stanisław Flis oddaje do dyspozycji zasoby w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia niezbędne do realizacji zamówienia. W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił, że ww. podmiot będzie brał udział w realizacji zamówienia w zakresie doradztwa technicznego lub konsultacji. Odwołujący załączył zobowiązanie (aktualne na dzień składania ofert), z którego wynika, iż Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe FLISBUD Stanisław Flis weźmie udział w realizacji tego zamówienia, w szczególności poprzez doradztwo, konsultacje lub inny sposób, niezbędny do jego prawidłowego zakończenia.

Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący podniósł, że udostępnienie wykonawcy wiedzy i doświadczenia może odbywać się m.in. w drodze konsultacji i doradztwa, a nie tylko poprzez udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że w sposób należyty wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia przy uwzględnieniu wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca INTERBUD-Lublin S.A., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z SIWZ (pkt 6.1), na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie budynku wielorodzinnego o kubaturze co najmniej 9 tys. m³ i wartości minimum 5 mln zł, zrealizowanego od podstaw i przekazanego do użytkowania zgodnie z przeznaczeniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. W zakresie polegania na potencjale innych podmiotów Zamawiający w punkcie 7.8 SIWZ przywołał treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Odwołujący, na stronie 5 oferty, złożył wykaz robót, w którym wskazał zadanie dotyczące budowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego, zrealizowane przez Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe FLISBUD Stanisław Flis. Wykonawca złożył również pisemne zobowiązanie ww. podmiotu do oddania mu do dyspozycji zasobów w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W dniu 24 lipca 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, w jakim zakresie Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe FLISBUD oddaje do dyspozycji zasoby w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia (czy i w jakim zakresie podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia). Odwołujący wyjaśnił, że ww. przedsiębiorstwo będzie brało udział w realizacji zamówienia w zakresie doradztwa technicznego lub konsultacji. Odwołujący załączył do wyjaśnień zobowiązanie, w którym pan S..... F..... stwierdza: *w szczególności zobowiązuję się, że jeśli ww. firma pozyska przedmiotowy kontrakt, to według jej potrzeb wezmę udział w realizacji tego zamówienia, w szczególności poprzez doradztwo, konsultacje lub inny sposób, niezbędny do jego prawidłowego zakończenia.*

W dniu 26 lipca 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, z powodu niewykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, który złożył ofertę z najniższą ceną – spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Dokonując oceny wykazania przez Odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu Izba stanęła na stanowisku, że nieuzasadniona jest generalna teza prezentowana przez Zamawiającego, jakoby udostępnienie wiedzy i doświadczenia możliwe było wyłącznie poprzez uczestnictwo podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Podstaw do takiej tezy nie można wywieść – zdaniem Izby – z treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Niemniej jednak należy uznać, że udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, zwłaszcza zasobów nierozzerwalnie związanych z podmiotem udostępniającym (a do takich należy wiedza i doświadczenie), musi łączyć się z określonym zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w realizację umowy. Co do zasady zaangażowanie to może przybrać różnorakie formy, w tym również przekazania know-how, konsultacje, doradztwo, co nie jest tożsame z udziałem w realizacji zamówienia sensu stricto. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów. Niewykluczone są więc, zdaniem Izby, sytuacje, w których realne przekazanie potencjału zostanie zagwarantowane właśnie poprzez podwykonawstwo. Izba nie podzieliła jednak stanowiska, że brak podwykonawstwa jednoznacznie przesądza o bezwzględnej niemożliwości udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot.

W przedmiotowym postępowaniu, w którym przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, za formę w najwyższym stopniu gwarantującą faktyczne udostępnienie wiedzy i doświadczenia, należałoby uznać podwykonawstwo. Nie można jednak z góry – bez analizy konkretnej formy przekazania wiedzy i doświadczenia – przesądzić, że każdy inny sposób tego przekazania jest wykluczony. Możliwa jest – zdaniem Izby – sytuacja, że wykonawca ułoży swoją współpracę z podmiotem trzecim w sposób, który zapewni realne przekazanie

wiedzy i doświadczenia bez podwykonawstwa w sensie ścisłym. Konieczne jest wówczas udowodnienie tego Zamawiającemu.

Jednakże, zakładając możliwość przekazania wiedzy i doświadczenia w przypadku niniejszego zamówienia, bez uczestnictwa w wykonaniu przedmiotu umowy w charakterze podwykonawcy, nie można uznać, że Odwołujący skutecznie powołał się na zasoby innego podmiotu, a tym samym wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. O niewykazaniu spełniania tych warunków przesądziła – w ocenie Izby – nie tyle kwestia podwykonawstwa, co niewystarczającego wykazania, czy i jak to przekazanie nastąpi.

W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, warunkiem koniecznym powołania się na zasoby innych podmiotów jest wykazanie, że zostaną one udostępnione. Zgodnie z powyższym przepisem, wykonawca powołujący się na zasoby innych podmiotów, może wykazać dysponowanie nimi w szczególności poprzez złożenie zobowiązania podmiotów do oddania mu do dyspozycji tych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie przepis ten nie określa minimalnej treści takiego zobowiązania, niemniej jednak formułuje on konieczność udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Należy zatem uznać, że musi to być zobowiązanie do realnego przekazania, połączonego z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia, a forma ta winna zostać określona już w treści tego zobowiązania. W przeciwnym wypadku poleganie na zasobach innego podmiotu byłoby fikcją, służącą jedynie formalnemu wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Załączone do oferty Odwołującego oświadczenie podmiotu trzeciego nie określa w żaden sposób formy i zakresu udostępnienia zasobów. Zobowiązanie przedłożone wraz z wyjaśnieniami wskazuje na konsultacje, doradztwo lub inny sposób niezbędny do prawidłowego wykonania zamówienia, jednak Odwołujący, ani w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu, ani podczas rozprawy nie uszczegółowił tych ogólnikowych twierdzeń i nie wyjaśnił, jak w praktyce będzie przebiegało korzystanie z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Ze stanowiska Odwołującego wynika, że nie poczynił z podmiotem udostępniającym żadnych ustaleń organizacyjnych, które pozwalałyby uznać, że przekazanie wiedzy i doświadczenia faktycznie nastąpi. Przeciwnie, poza ogólnym powołaniem się na konsultacje i doradztwo, sam Odwołujący nie wie, jak ta współpraca będzie w praktyce przebiegać.

Odwołujący podczas rozprawy twierdził, że pozyskuje od Przedsiębiorstwa Budowlano Montażowego FLISBUD wiedzę na temat podwykonawców oraz zakupów materiałów budowlanych, czego nie można uznać za przekazanie wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia. Zdaniem Izby, udostępnienie wiedzy i doświadczenia

służących wykonaniu robót budowlanych winno dotyczyć przede wszystkim aspektów technicznych związanych z procesem budowy. Tylko wówczas możliwe jest zapewnienie, że podmiot niemający własnego doświadczenia, wykona te roboty należycie.

W związku z powyższym Izba stanęła na stanowisku, że zobowiązanie złożone przez Odwołującego oraz udzielone przez niego wyjaśnienia nie dowodzą, że wiedza i doświadczenie Przedsiębiorstwa Budowlano Montażowego FLISBUD zostaną Odwołującemu realnie przekazane. Tymczasem na wykonawcy korzystającemu z możliwości określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Powyższego stanowiska nie zmienia fakt, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie określa treści zobowiązania podmiotu trzeciego oraz że Zamawiający w SIWZ nie zamieścił żadnych wymagań dotyczących sposobu wykazania dysponowania zasobami innego podmiotu i nie zobowiązał wykonawców do wskazania formy przekazania tych zasobów do dyspozycji. Brak szczegółowych wymagań nie oznacza bowiem całkowitej dowolności wykonawcy, oderwanej od obowiązku wykazania dysponowania potencjałem niezbędnym do realizacji zamówienia. Dopuszczenie możliwości wykazania dysponowania zasobami innego podmiotu poprzez złożenie zobowiązania niezawierającego elementów potwierdzających faktyczne przekazanie tych zasobów, prowadziłoby do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców niedysponujących zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, co byłoby oczywiście sprzeczne z celem normy określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Należy więc stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Niemniej jednak wykluczenie Odwołującego z postępowania było przedwczesne. Izba ustaliła bowiem, że Zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zastosowanie tej procedury jest obowiązkowe i winno poprzedzać decyzję o wykluczeniu wykonawcy z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dopiero nieprzedstawienie – w odpowiedzi na wezwanie – dokumentów potwierdzających doświadczenie własne wykonawcy bądź dowodzących realnego udostępnienia tych zasobów przez podmiot trzeci, będzie mogło stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy.

W związku z powyższym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu zastosowanie w stosunku do Odwołującego procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....