

**WYROK**

z dnia 13 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez:  
**Strabag sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** od czynności Zamawiającego –  
**Gminy Sławno, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 31, 26-332 Sławno**

przy udziale **Bożeny Tchórz, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Binstal, Bożena Tchórz, ul. Spalska 26/28, 97-200 Tomaszów Maz.,** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Strabag sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20.000 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego Strabag sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków;
  - 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez Odwołującego - Strabag sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków na rzecz Zamawiającego - Gminy Sławno, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 31, 26-332 Sławno, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (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 **Piotrkowie Trybunalskim**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), którego przedmiotem jest „*wykonanie robót budowlanych Projektu pn. Rozwój obszarów inwestycyjnych wokół Łódzkiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej – Podstrefa Sławno poprzez modernizację dróg dojazdowych oraz skanalizowanie terenów (Działanie 2.1: Gospodarka wodno-ściekowa)*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 kwietnia 2010r. pod nr S/75-111707.

W dniu 10 czerwca 2010 r., zamawiający przesłał odwołującemu informację o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania wykluczenia przystępującego, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia jego oferty odwołujący wniósł w dniu 24 czerwca 2010r. odwołanie, w którym zarzucił błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy w związku z art. 26 ust. 2b, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego, który uznał iż przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, poprzez przedstawienie zobowiązania podmiotu trzeciego do realizacji przedmiotu zamówienia na rzecz przystępującego.

Odwołujący argumentował, że przystępujący wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przedłożył dokumenty potwierdzające posiadane doświadczenie i wiedzę przez podmiot trzeci - FAMBUD Jerzy Pietrzak sp. z o.o. w Skierniewicach, który nie będzie bezpośrednio uczestniczył w realizacji przedmiotowego zamówienia. Podnosił, że przystępującego i FAMBUD Jerzy Pietrzak sp. z o.o. w Skierniewicach nie łączy żadna umowa, ani też wykonawca ten nie był przewidziany przez przystępującego jako realizujący z przystępującym zadania w zakresie zleconych przez Zamawiającego robót. Podkreślał, że przystępujący w ofercie nie wskazał FAMBUD Jerzy Pietrzak sp. z o.o. w Skierniewicach jako podmiotu któremu zamierza powierzyć wykonanie robót budowlanych.

Podnosił, powołując się na opinię prawną Urzędu Zamówień Publicznych, zamieszczoną na stronie internetowej tego urzędu, że wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa, które nie mogą być przedmiotem obrotu w oderwaniu od zorganizowanego

kompleksu majątkowego. Do składników przedsiębiorstwa zaliczyć należy sumę doświadczeń zawodowych, renomę która jest praktycznie tożsama z referencjami oraz związane z nimi doświadczenie w realizacji podobnych zamówień. Doświadczenia nie można zatem samodzielnie zbyć, ani w inny sposób zadysponować nim przenosząc go na określony podmiot. Doświadczenie stanowi indywidualny dorobek przedsiębiorstwa, a jako taki dzieli zawsze byt prawny przedsiębiorstwa. Stąd też, dla wykazania dysponowania odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne powinno być powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu chociaż części udzielonego zamówienia. Odwoływanie się przez Wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty, w tym znaczeniu, że zasoby te będą wykorzystywane przy wykonywaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca).

Mając powyższe na uwadze wywodził, że przystępujący nie wykazał realizacji inwestycji polegającej na budowie/rozbudowie lub przebudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości min. 420 m<sup>3</sup>/dobę i wartości robót co najmniej 5 000 000,00 zł, a co za tym idzie jego oferta nie spełniła wymagań SIWZ i jako taka, powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona.

W oparciu o powyższą argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) wykluczenie przystępującego z postępowania oraz odrzucenie jego oferty;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert bez uwzględnienia oferty odwołującego.

Zamawiający w dniu 30 czerwca 2010 r. przesłał pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przystępujący otrzymał kopię odwołania i wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 30 czerwca 2010 r.

Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczając przystąpienie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 2 lipca 2010 r.

W uzasadnieniu Przystępujący podnosił, że z brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, iż każdy z wykonawców składających ofertę chcąc spełnić opisane warunki udziału w postępowaniu może posłużyć się wiedzą i doświadczeniem tzw. podmiotu trzeciego. Jednocześnie, jego zdaniem, przepis ten nie nakłada obowiązku by podmiot ten uczestniczył w realizacji zamówienia. Wywodził, że przepis ten nie nakłada obowiązku by

podmiot udostępniający oraz wykonawcę łączyła jakakolwiek umowa. Argumentował, że również Zamawiający w zapisach specyfikacji nie wymagał bezpośredniego uczestnictwa jako podwykonawcy podmiotu użyczającego wiedzę i doświadczenie. Podkreślał, że obowiązek automatycznego i obowiązkowego udziału jako podwykonawcy w realizacji części zamówienia podmiotu przekazującego wiedzę i doświadczenie ogranicza możliwość kształtowania stosunku prawnego do jednej możliwości tj. do umowy podwykonawstwo. Wywodził także, że opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych, na którą powoływał się Odwołujący, nie stanowi źródła prawa i nie może rodzić określonych obowiązków po stronie wykonawców jak i zamawiających.

Przystępujący zwracał również uwagę, że wskazał w ofercie jako kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych jednego z pracowników podmiotu udzielającego wiedzy i doświadczenia. Podnosił, że osoba ta była kierownikiem robót przy realizacji zadań w zakresie oczyszczalni ścieków, które wskazane zostały w wykazie robót złożonym przez przystępującego. Oświadczył, że od 2001 roku przystępującego i FAMBUD Jerzy Pietrzak sp. z o.o. w Skierniewicach łączy umowa o wzajemnej współpracy, pomocy technicznej, konsultingu i doradztwie.

W oparciu o powyższą argumentację przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w dniu 2 lipca 2010 r. przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie. Argumentował, że przyjęcie zasady, iż podmioty udzielające wiedzy i doświadczenia muszą bezwzględnie uczestniczyć w realizacji zadania jako podwykonawcy ogranicza możliwy stosunek prawny ich łączący z podmiotem któremu tej wiedzy i doświadczenia udzielają do jednej możliwości tj. umowy podwykonawstwa. Podnosił, że wydaje się to być zbyt daleko idącą ingerencją w przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i wykładnią zawężającą możliwości dowolnego stosunku prawnego, który ten przepis umożliwia. Podnosił, że z literalnego brzmienia cytowanego przepisu wnioskować należy, że każdy Wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonego w art. 22 ust. 1 pzp może „podeprzeć” się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego i nie jest tu ważny stosunek prawny łączący strony.

Podkreślał, że złożona przez przystępującego oferta zawiera dokument w postaci zobowiązania Firmy FAMBUD do oddania przystępującemu niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia na okres niezbędny do korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Podnosił, że argumentacja odwołującego się wydaje się być sprzeczna z normami zawartymi w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, gdyż ustawodawca nie przewidział w tym zakresie żadnych ograniczeń. Dlatego też Zamawiający w specyfikacji nie wymagał bezpośredniego uczestnictwa jako

podwykonawcy podmiotu użyczającego wiedzę i doświadczenie. Takie ograniczenie, jego zdaniem, może bowiem zostać uznane nie tylko za naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ale i dyrektyw wspólnotowych - 26 ust. 2b Pzp stanowi transpozycję do prawa krajowego postanowień m.in. art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r., ze zm.).

Zamawiający nie podzielał także stanowiska Odwołującego się, że wymogi dotyczące obowiązku wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków określonych w SIWZ, stanowią przesłanki bezwzględne udziału w postępowaniu, a ich brak skutkować winien na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp wykluczeniem. Zwracał uwagę, że wykluczenie wykonawcy na zasadzie określonej w art. 24 ust. 2 pkt. 4 pzp, a w konsekwencji odrzucenie oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 5 pzp, nastąpić może tylko i wyłącznie po uprzednim wezwaniu wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, które potwierdzą spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W oparciu o powyższą argumentację zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia a przede wszystkim oferty złożone przez wykonawców jak również biorąc pod uwagę dokumenty, oświadczenia i stanowiska Stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, uprawniający go do złożenia odwołania.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, wynosi 12.442.031,30 EURO, podczas gdy wartość zamówienia, od której uzależniony został obowiązek

przekazywania przez Zamawiającego - jednostkę samorządu terytorialnego ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich wynosi 4.845.000 EURO.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że spór pomiędzy Stronami dotyczy interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym przede wszystkim sposobu wykazania przez wykonawcę zamierzającego polegać na zasobach należących do innego podmiotu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje, że 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, przy czym 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 wykonywaniu zamówienia.

W świetle powyższego przepisu, dopuszczalne jest udzielenie przez inny podmiot wymienionych w nim zasobów w pełnym jak i określonym zakresie – zarówno wszystkich wymienionych w przepisie art. 26 ust. 1 b ustawy (wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych) jak i niektórych spośród tych zasobów.

Nie ulega także wątpliwości, że dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu oraz czy podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście je posiada. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny przez zamawiającego dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego. Omawiany przepis wymaga udowodnienia przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu, że będzie nimi dysponował, wskazując jako przykładowy sposób tego udowodnienia przedłożenie pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania

do dyspozycji tych zasobów. Udowodnienie dysponowania wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 2) – 4) ustawy Prawo zamówień publicznych zasobami może mieć różną postać oraz treść – stosownie do rodzaju tego zasobu a także stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu jak i charakteru i zakresu porozumienia pomiędzy tymi podmiotami. Udowodnienie to powinno obejmować nie tylko wykazanie faktu udostępnienia wykonawcy zasobów przez uprawnionego ich dysponenta (podmiot trzeci udzielający odpowiednich zasobów), ale także wykazanie, że podmiot udzielający zasobu wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie rzeczywiście nim dysponuje.

Ponadto, zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych (bądź inne, odpowiednie oświadczenie w tym zakresie) winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu – wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia a także inne istotne okoliczności, w tym, wynikające ze specyfiki tego zasobu. W sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako podwykonawca, doradca czy na innej podstawie) musi jednak zostać wykazane przez wykonawcę, bowiem nie można przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym bowiem wypadku zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem.

Na uwagę zasługuje fakt, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie możliwości powoływania się na doświadczenie podmiotów trzecich wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty. Innymi słowy, zamawiający musi upewnić się, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji

zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia. „Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zeweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia.”. „Przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia.” (orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 *Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari*). Trybunał w orzeczeniu tym wskazywał ponadto, że ciężar wykazania, że wykonawca faktycznie może korzystać przy wykonywaniu zamówienia z udostępnionych mu zasobów obciąża wykonawcę, który na takie udostępnienie się powołuje. „Jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia.”.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu by wykonawcy legitymowali się *wykonaniem (zakończeniem) w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie/rozbudowie/przebudowie sieci kanalizacyjnej (kanalizacja grawitacyjna, tłoczna) o długości co najmniej 15 km (liczonej bez długości przyłączy) i wartości robót budowlanych co najmniej 5.000.000,00 PLN brutto oraz co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie/rozbudowie/przebudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości min. 420 m<sup>3</sup>/dobę i wartości robót budowlanych co najmniej 5.000.000 PLN brutto*”. Na potwierdzenie tak opisanego warunku zamawiający wymagał przedstawienia wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w



tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone - wg załącznika nr 4 do SIWZ. W punkcie 6. A) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający zawarł postanowienie, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego 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 wykonywaniu zamówienia.

Przystępujący - Bożena Tchórz, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Binstal, Bożena Tchórz, ul. Spalska 26/28, 97-200 Tomaszów Maz. zamieściła w ofercie informację, że całość przedmiotu zamówienia wykona siłami własnymi, bez powierzenia wykonania żadnej części zamówienia podwykonawcom. Do oferty załączono wykaz robót budowlanych, w którym w pkt 4-5 wskazano na roboty budowlane wykonane przez Fambud, Jerzy Pietrzak sp. z o.o. z siedzibą w Skierniewicach a także pisemne zobowiązanie tego podmiotu, że „zobowiązuje się oddać do dyspozycji niezbędne zasoby wiedzy i doświadczenia *na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia tj. doświadczenie zawodowe zdobyte przy wykonaniu:*

- *rozbudowa oczyszczalni ścieków w Wólce Kozodawskiej oraz pompowni wodociągowej „Raszyńska”, budowa magistrali wodociągowej, budowa kanalizacji sanitarnej w m. Żabiniec i Siedliska – etap I, Zalesie Górne – etap –etap Vii IV – część 2 oczyszczalnia ścieków w Wólce Kozodawskiej*
- *rozbudowa biologiczno – chemiczna oczyszczalni ścieków dla zakładu produkcyjnego O/ZPOW w Skierniewicach dla Polski Ogród sp. z o.o. ...”.*

Ponadto na rozprawie w dniu 9 lipca 2010 r. przystępujący złożył umowy lojalnościowe o wzajemnej współpracy z dnia 2 lipca 2001 roku oraz 2 stycznia 2006 zawarte pomiędzy udostępniającym zasób wiedzy i doświadczenia a przystępującym.

W świetle tak sformułowanego zobowiązania oraz treści umów o współpracy z dnia 02 lipca 2001 roku oraz 2 stycznia 2006 roku uznać należało, że przystępujący udowodnił, że będzie faktycznie dysponował zasobami, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2) – 4) ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym w szczególności wymaganą przez zamawiającego wiedzą i doświadczeniem w zakresie budowy, przebudowy oczyszczalni ścieków. W przedmiotowym „Zobowiązaniu” znalazła się deklaracja oddania niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia koniecznych do wykonaniu przedmiotowego zamówienia przez czas jego trwania. Zobowiązanie

to zostało poparte dowodem w postaci przedłożonych na rozprawie umów lojalnościowych o wzajemnej współpracy pomiędzy udostępniającym zasoby a przystępującym. Z treści „Zobowiązania” wynika, że zasoby wiedzy i doświadczenia zostaną faktycznie wykorzystane przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia, zaś z treści umów lojalnościowych wynika, że korzystanie z tego zasobu przybierze charakter doradztwa. Przedmiotem przedłożonych przez przystępującego umów jest bowiem współpraca polegająca na pomocy technicznej, doradczej i konsultingowej, wzajemnych informacjach technologicznych, rozwiązywaniu problemów podczas realizacji robót przez strony umowy. Ponadto w paragrafie 1 ust. 2 tej umowy zastrzeżono, że specyfika robót firmy Fambud Jerzy Pietrzak sp. z o.o. polega na kompleksowym wykonywaniu oczyszczalni ścieków, tj. robót budowlanych co wykonania których swoją wiedzę i doświadczenie udostępnił Fambud Jerzy Pietrzak sp. z o.o.

W analizowanej sprawie, w świetle złożonych przez przystępującego w postępowaniu dokumentów, w tym min. zobowiązania podmiotu trzeciego do udzielenia zasobów (wiedzy i doświadczenia) oraz umów lojalnościowych o wzajemnej współpracy, należało uznać, że przystępujący, zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, udowodnił bowiem, że faktycznie przy wykonywaniu zamówienia będzie dysponował zasobem wiedzy i doświadczenia należącym do podmiotu trzeciego, a podmiot trzeci będzie osobiście uczestniczył przy wykonywaniu zamówienia w charakterze doradcy. W konsekwencji decyzję zamawiającego w przedmiocie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego, należało uznać za prawidłową. Nie potwierdził się zatem zarzut błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy również należało uznać za niezasadny, albowiem przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że konsekwencją nie wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest konieczność uprzedniego wezwania go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dopiero po wykonaniu tej czynności Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, który nie wykaże spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba wskazuje w tym miejscu, że konsekwencją nie wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie jest odrzucenie jego oferty z uwagi na jej niezgodność z SIWZ, lecz

konieczność wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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:**

.....