

WYROK

z dnia 25 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2015 r. przez wykonawcę

J. F.-M. oraz K. M. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą FUR-BUD J. F.-M. i K. M. s.c.

ul. Górki 5B, 63-210 Żerków

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę i Miasto Kleczew pl. Kościuszki 5, 62-540 Kleczew

przy udziale wykonawcy **T. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo-Budowlany DANBUD T. B. ul. Leśna 61, 62-540 Kleczew** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę J. F.-M. oraz K. M. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą FUR-BUD J. F.-M. i K. M. s.c. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J. F.-M. oraz K. M. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą FUR-BUD J. F.-M. i K. M. s.c. tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, 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 Koninie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1275/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto i Gmina Kleczew prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej w miejscowości Sławoszczek, gm. Kleczew” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 117766. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – J. F.-M. i K. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą FUR-BUD J. F.-M., K. M. s.c. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania ze względu na nieudowodnienie możliwości polegania na zasobach podmiotu trzeciego (a tym samym nieuznanie spełniania warunku udziału w postępowaniu) w sytuacji, gdy zobowiązanie przedłożone przez odwołującego było zgodne z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
2. art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą,
3. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza – gdyby zamawiający prawidłowo uznał, że odwołujący nie podlega wykluczeniu, wówczas jego oferta byłaby najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego oraz uznania jego oferty za odrzuconą ze względu na fakt, iż zamawiający powinien był uznać, że podmiot trzeci dysponuje odpowiednim potencjałem, a zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału załączone przez odwołującego spełnia warunki określone w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym potwierdza realność udostępnienia zasobów przez inny podmiot,
3. nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego oraz uznania jego oferty za odrzuconą ze względu na fakt, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego załączone przez

odwołującego referencje (dotyczące podmiotu udostępniającego potencjał) potwierdzają spełnianie przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu,

4. nakazanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,

5. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania,

a w przypadku stwierdzenia braku podstaw do nakazania czynności określonej w punkcie 4.:

1. nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego oraz uznania jego oferty za odrzuconą ze względu na fakt, iż zamawiający powinien był uznać, że podmiot trzeci dysponuje odpowiednim potencjałem, a zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału załączone przez odwołującego spełnia warunki określone w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym potwierdza realność udostępnienia zasobów przez inny podmiot,

3. nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego oraz uznania jego oferty za odrzuconą, ze względu na fakt, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego załączone przez odwołującego referencje (dotyczące podmiotu udostępniającego potencjał) potwierdzają spełnianie przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu,

4. nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (zamawiający mimo wątpliwości w zakresie wartości robót, na które wskazał w treści pisma o wykluczeniu odwołującego z postępowania, nie wezwał odwołującego do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych),

5. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący podniósł, iż zamawiający jako podstawę wykluczenia odwołującego wskazał, iż w ocenie zamawiającego za wypełnienie obowiązku udowodnienia możliwości polegania na zasobie doświadczenia wynikającego z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych nie może być uznane powołanie się na dostęp do usługi konsultacji czy doradztwa, a zamówienie może realizować tylko taki podmiot, który doświadczenie już posiada, bądź oprze się na doświadczonym podmiocie, jednakże w tym podmiot ten musi realizować zamówienie jako podwykonawca.

Zamawiający uznał także, że odwołujący (powołując się na zasoby podmiotu trzeciego) przedłożył referencje wystawione przez dwóch zamawiających, a w treści dokumentu dotyczącego zobowiązania do udostępnienia potencjału podmiot ten powołał się tylko na doświadczenie zdobyte przy realizacji jednego zamówienia. Ponadto jedno z referencji (wystawione przez CNT S.A.) potwierdza fakt wykonania robót o wymaganej przez zamawiającego wartości, lecz ta wartość jest łączną sumą czterech odrębnych zadań.

Odwołujący nie zgodził się z argumentacją zamawiającego.

Orzecznictwo i piśmiennictwo dopuszcza różne formy udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci, w tym poprzez doradztwo i konsultacje. Jedyne wątpliwości dotyczą tego, czy doradztwo i konsultacje oznaczają, że podmiot trzeci bierze udział w realizacji zamówienia, a przekazanie wiedzy czy to jako *know-how*, czy jako autorskiego rozwiązania, zastrzeżonej technologii nie musi być udziałem w realizacji zamówienia, a zasób ten można przenieść np. przez wykształcenie kadry, udostępnienie dokumentacji technicznej, udzielenie licencji do prawa patentowego. Treść zobowiązań podmiotów wskazująca zakres udostępnianych zasobów – posiadana wiedza i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia w trakcie całego okresu trwania zamówienia, sposób wykorzystania zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia – udział w realizacji zamówienia przez konsultacje i doradztwo, a przede wszystkim podwykonawstwo robót budowlanych i technologicznych, odpowiada treści przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wskazuje sąd okręgowy w wyroku z 10 maja 2013 r. (sygn. akt V Ca 243/13) „nie budzi wątpliwości, że wykonawcę i podmiot trzeci może łączyć stosunek o dowolnym charakterze prawnym, a zatem może to być taki stosunek, z którego nie wynika dla podmiotu udostępniającego obowiązek udziału w realizacji zamówienia. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przestawienia ich do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą do udostępnienia potencjału jest stosunek prawny pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem, przy czym ustawa nie stawia żadnych ograniczeń czy wymogów wobec tego stosunku. Podmiot taki może więc być podwykonawcą wykonawcy, mogą wiązać go stosunki korporacyjne (np. spółka matka udostępnia swój potencjał finansowy spółce córce) lub umowy cywilnoprawne (np. najem sprzętu)”.

Zamawiający twierdzi, że przekazanie wiedzy przez specjalistów podmiotu udostępniającego potencjał nie spowoduje nabycia wymaganego doświadczenia, a nie taka jest idea udostępnienia potencjału, żeby w trakcie realizacji zamówienia wykonawca nabył doświadczenie, którego użyczył od podmiotu trzeciego. Wykonawca w trakcie postępowania po to posługuje się wiedzą i doświadczeniem podmiotu udostępniającego potencjał, żeby po pierwsze wykazać za jego pomocą spełnianie warunku (którego samodzielnie nie spełnia), a po drugie, żeby zrealizować zamówienie w sposób prawidłowy, wykorzystując właśnie te zasoby. Nie jest celem instytucji udostępnienia potencjału nabywanie doświadczenia przez wykonawcę, chociaż faktycznie, niejako przy okazji wykonawca ten takie doświadczenie nabywa. Dlatego też pozbawiony doniosłości prawnej jest zarzut zamawiającego, że odwołujący przystępując do realizacji zamówienia, nie będzie dysponował doświadczeniem. W wyroku z 18 marca 2015 r. (sygn. KIO 451/15) Izba zwraca uwagę, że warunek udziału w postępowaniu składa się – nie bez powodu – z dwóch elementów, tj. wiedzy

i doświadczenia i o ile jeszcze wiedza może być wiedzą teoretyczną, wynikającą z informacji, które można zdobyć z książek, innych opracowań, informacji o cudzych doświadczeniach czy szkoleń, jak i wiedzą nabytą w sposób praktyczny, to doświadczenie z samej swojej istoty nie może być teoretyczne. Tym samym więc doświadczenia nie można przenieść jedynie w teorii, bez praktycznego udziału owego podmiotu doświadczonego w realizacji zamówienia. Izba wskazała, że „pomijając kwestię, czy dla realizacji niniejszego przedmiotu zamówienia dla przeniesienia wiedzy i doświadczenia wystarczające by były konsultacje i doradztwo (gdyż nie stanowi to przedmiotu sporu w niniejszym postępowaniu) Izba wskazuje, że nawet przy deklarowaniu takiego udziału podmiotu trzeciego uznaje się, że owe konsultacje i doradztwo stanowią udział w realizacji zamówienia. Tym samym podmiot taki musi przedstawić wymagane dokumenty świadczące o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, jeśli zamawiający ich wymagał.”

Odwołujący przedłożył zobowiązanie do udostępnienia potencjału przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „MELIOREX” Sp. z o.o., z którego wynika, że udostępnia swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia i będzie brał udział w realizacji zamówienia na wykonanie prac w zakresie określonym przez zamawiającego przez cały okres realizacji umowy zawartej w wyniku niniejszego postępowania. Udostępniający wyraźnie wskazuje, że udostępniane przez niego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia będą wykorzystywane przez wykonawcę bez ograniczeń przy realizacji zamówienia poprzez przebywanie przy prowadzonych pracach pracownika podmiotu udostępniającego potencjał, jak również poprzez udzielanie bezpośredniego doradztwa i konsultacji. Podmiot trzeci wskazuje też, że łączyć go będzie z odwołującym stosunek oparty na umowie cywilnoprawnej. Zobowiązanie w sposób jednoznaczny wskazuje, że udostępniony potencjał ma charakter realny i sygnalizuje bezwzględny udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, w całym okresie obowiązywania umowy, gdyż podmiot zagwarantował odwołującemu możliwość korzystania z jego doradztwa i konsultacji na każdym etapie realizacji kontraktu.

Zamawiający nie zadał sobie trudu, aby faktycznie zbadać, czy udostępnienie potencjału ma charakter realny. Nie odniósł się do tego, jaka jest rzeczywista treść zobowiązania podmiotu trzeciego. A przecież o realności udostępnienia potencjału świadczy m.in. fakt, że wykonawca przez cały okres realizacji zamówienia będzie rzeczywiście dysponował udostępnionymi zasobami i rzeczywiście będzie mógł z nich korzystać przy wykonywaniu zamówienia.

Co ważne, odwołujący nie jest podmiotem nie mającym doświadczenia w zakresie prowadzenia robót odpowiadających swoim zakresem przedmiotowi zamówienia. Odwołujący w załączonym wykazie robót wskazał, że realizował dwie inwestycje w zakresie budowy kanalizacji i przepompowni, jedna o wartości 2.409.476,95 zł brutto (czyli zakresem odpowiadająca wymaganiom zamawiającego, ale o niższej niż wymagana wartości) oraz

druga o wartości 6.211.590,12 zł brutto (zakres i wartość odpowiada wymaganiom zamawiającego).

Zamawiający uznał, że odwołujący, powołując się na zasoby podmiotu trzeciego, przedłożył referencje wystawione przez dwóch zamawiających, a w treści dokumentu dotyczącego zobowiązania do udostępnienia potencjału podmiot ten powołał się tylko na doświadczenie zdobyte przy realizacji jednego zamówienia.

Zobowiązanie podmiotu trzeciego nie jest dokumentem o ustalonej treści. Wykonawca zatem może za pomocą różnych dowodów i dokumentów wykazywać fakt udostępnienia mu potencjału. Odwołujący wraz z ofertą przedłożył zobowiązanie, z którego wynikało, że podmiot trzeci udziela odwołującemu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, „tj.: udziela doradztwa na podstawie załączonych referencji” oraz referencje wystawione przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych INKOP Sp. z o.o. (dotyczące zamówienia na kwotę 15.374.816,11 zł brutto) oraz referencje wystawione przez CNT S.A. (dotyczące zamówienia na kwotę 21.944.526,73 zł brutto).

W dokumencie złożonym w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia odwołujący jedynie poglądowo wskazał, że wiedzę i doświadczenie zdobył podczas realizacji zamówienia „Budowa kanalizacji oraz przepompowni ścieków o wydajności 38 l/s wraz z przewodami tłocznymi”. W ocenie odwołującego, w świetle wcześniej złożonych referencji, bezspornie podmiot trzeci realizował dwa różne zamówienia odpowiadające zakresem i wartością wymaganiom zamawiającego i w ten sposób zdobył niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz fakt ten wykazał.

Zamawiający zarzucił też odwołującemu, że jedno z referencji (wystawione przez CNT S.A.) potwierdza fakt wykonania robót o wymaganej przez zamawiającego wartości, lecz ta wartość jest łączną sumą czterech odrębnych zadań.

Zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia był spełniony, jeżeli wykonawca wykazał, że wykonał co najmniej trzy roboty budowlane polegające na budowie kanalizacji sanitarnej (grawitacyjnej i tłocznej), oczyszczalni ścieków, przepompowni ścieków, w tym co najmniej jedną robotę o wartości minimum 10 mln zł brutto i co najmniej dwie o wartości min. 5 mln zł brutto każda. Przez wykonane roboty budowlane zamawiający rozumie takie roboty, które zostały zrealizowane w ramach danej umowy i odebrana przez zamawiającego/odbiorcę, jako wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W wyjaśnieniach zamawiający wskazał, że dla spełnienia warunku wykonawca może przedstawić wykonywane roboty, w których poszczególne elementy, tj. kanalizacja sanitarna, przepompownia ścieków, oczyszczalnia ścieków mogą występować razem lub oddzielnie.

Odwołujący wskazał, iż warunek ten spełnia poprzez wykonanie (przez siebie i podmiot udostępniający potencjał) następujących robót:

1. budowa kanalizacji w gminie Jarczewo – o wartości min. 5.000.000 zł,
2. budowa kanalizacji oraz przepompowni ścieków o wydajności 38 l/s wraz z przewodami tłocznymi – o wartości min. 10.000.000 zł,
3. rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzanie ścieków w Lublinie – o wartości min. 5.000.000 zł.

Wartość kwestionowanego zadania łącznie wynosiła 21.944.526,73 zł brutto. Całe zadanie dotyczyło rozbudowy i modernizacji systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzanie ścieków w Lublinie. Z kolei wartość robót w zakresie budowy kanalizacji sanitarnej przekraczała kwotę 5.000.000 zł. Wszystkie zadania wskazane w treści referencji wykonywane były w ramach jednego przedsięwzięcia inwestycyjnego (dotyczącego rozbudowy i modernizacji systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzanie ścieków w Lublinie) i stanowią funkcjonalną całość. Nawet jeżeli zamawiający miał wątpliwości, czy wartość zamówienia w zakresie budowy kanalizacji odpowiada wymaganej przez niego wartości, to w pierwszej kolejności powinien był wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego nie uczynił. Zamawiający mógł również rozwiązać wątpliwości na podstawie informacji dostępnych na stronach internetowych inwestora czy generalnego wykonawcy.

Zamawiający skupił się na treści referencji, chociaż dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu jest wykaz robót, a referencje mają za zadanie jedynie potwierdzić, że roboty budowlane zostały wykonane należycie.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał swoją decyzję i wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z punktem 5.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej trzy roboty budowlane polegające na budowie kanalizacji sanitarnej (grawitacyjnej i tłocznej), oczyszczalni ścieków, przepompowni ścieków, w tym co najmniej jedno roboty o wartości minimum 10 mln zł brutto i co najmniej dwie o wartości min. 5 mln zł brutto każda. Przez wykonane roboty budowlane zamawiający rozumie takie roboty, które zostały zrealizowane w ramach danej umowy i odebrana przez zamawiającego/odbiorcę, jako wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do ewentualnego sprawdzenia prawidłowości przedstawianych danych, które będą wyszczególnione w ofercie. W przypadku składania oferty wspólnej

warunek zostanie uznany przez zamawiającego za spełniony, jeżeli wykonawcy składający ofertę wspólną będą spełniać go łącznie; Zamawiający dokona oceny tego warunku na podstawie wykazu, o którym mowa w pkt 6.1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie.

W myśl punktu 5.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca mógł 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 był 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.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 1, 4, 8 oraz 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 26 maja 2015 r. wskazane elementy – rodzaje robót budowlanych nie musiały znajdować się w każdym zadaniu, czyli wykonawcy mogli przedstawić wykonywane roboty, w których poszczególne elementy, tj. kanalizacja sanitarna, przepompownia ścieków, oczyszczalnia ścieków mogą występować razem lub oddzielnie. Uznawane miały być roboty o wymaganych wartościach, polegające na budowie samej tylko kanalizacji sanitarnej (grawitacyjnej i tłocznej) wraz z przepompowniami, lub samej oczyszczalni ścieków, gdzie pomimo większej złożoności, występują też elementy kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej, tłocznej i przepompowni ścieków.

Odwołujący złożył w ofercie następujące dokumenty mające świadczyć o posiadaniu wymaganej wiedzy i doświadczenia w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego:

1. wykaz wykonanych robót budowlanych obejmujący:

- a) budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowości Chrzan o wartości 2.409.476,95 zł brutto,
- b) budowę kanalizacji w gminie Jaraczewo i Wojciechowo o wartości 6.211.590,12 zł brutto,
- c) budowę kanalizacji oraz przepompowni ścieków o wydajności 38 l/s na Bielanych-Młocinach o wartości 15.374.816,11 zł brutto,
- d) rozbudowę i modernizację systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków w Lublinie o wartości 21.944.526,73 zł brutto,

2. referencje dla odwołującego od Gminy Żerków dotyczące zadania z podpunktu a),

3. referencje dla odwołującego od Gminy Jaraczewo dotyczące zadania z podpunktu b),

4. zobowiązanie Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego „Meliorex” Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji odwołującego „wiedzy i doświadczenia, tj.: udzielania doradztwa na podstawie załączonych referencji”,

5. referencje dla Meliorex Sp. z o.o. od Inkop Sp. z o.o. dotyczące zadania z podpunktu c),

6. referencje od CNT S.A. dotyczące zadania z punktu d).

Pismem z 3 czerwca 2015 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie oraz dowodów określających, czy roboty wykazane w wykazie zostały wykonane w sposób należyty oraz czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący złożył:

1. zobowiązanie Meliorex Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji odwołującego zasobu wiedzy i doświadczenia zdobytego podczas realizacji zadania z podpunktu c),
2. poświadczenie od Gminy Jaraczewo, z którego wynika, że roboty zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone,
3. referencje od Gminy Żerków, z których wynika, że roboty zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Nie jest sporna okoliczność, że zadanie z podpunktu a) ze względu na wartość nie odpowiada wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie zamawiającego odwołujący nie udowodnił, że w oparciu o zobowiązanie Meliorex Sp. z o.o. i załączone referencje dla tego podmiotu odwołujący będzie posiadał zasób „doświadczenia” w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego.

Ze zobowiązania spółki Meliorex (pierwszego) nie wynika, w jaki sposób doświadczenie miałyby zostać przekazane odwołującemu w ramach „doradztwa na podstawie załączonych referencji”, zwłaszcza, że przedmiot zamówienia obejmuje roboty budowlane, w których cały proces budowlany jest podzielony pomiędzy konkretnych specjalistów odpowiedzialnych za dane roboty. Ponadto odwołujący nie wskazał konkretnej osoby, która miałyby być udostępniona w charakterze doradcy, jak również nie wskazał, jakie konkretne doświadczenie doradca by posiadał.

Zgodnie z wyrokiem KIO z 8 maja 2013 r., KIO 953/13 skoro poleganie na zasobach podmiotu trzeciego ma zostać udowodnione zamawiającemu, to żadne istotne okoliczności w tym zakresie nie mogą być pozostawione domysłom, a doświadczenia, w przeciwieństwie do teoretycznej wiedzy, nie można nabyć (oraz przekazać) w trakcie szkolenia, konsultacji lub doradztwa. Pojęcie „doświadczenie” wiąże się bowiem jednoznacznie ze stroną praktyczną posiadanych umiejętności. Wykonawca musi udowodnić zamawiającemu, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada, oraz że jego udostępnienie nastąpi w sposób realny na rzecz wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, co powinno zostać wyrażone w zobowiązaniu do udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot udostępniający. Skoro poleganie na zasobach podmiotu trzeciego ma zostać udowodnione zamawiającemu, to żadne istotne okoliczności w tym zakresie nie mogą być pozostawione domysłom.

W wyroku KIO z 19 października 2010 r., sygn. KIO 2172/10, wskazano, że przez „doświadczenie” należy rozumieć „zasób umiejętności praktycznych, warunkujących zdolność do należytego wykonania określonych czynności (niezawodność)”, a w wyroku z 18 marca 2015 r., sygn. KIO 451/15, że warunek udziału w postępowaniu składa się – nie bez powodu – z dwóch elementów, tj. wiedzy i doświadczenia. I o ile jeszcze wiedza może być wiedzą teoretyczną – wynikającą z informacji, które można zdobyć z książek, innych opracowań, informacji o cudzych doświadczeniach czy szkoleń, jak i wiedzą nabytą w sposób praktyczny, o tyle doświadczenie z samej swojej istoty nie może być teoretyczne. Zatem bez udziału podmiotu posiadającego doświadczenie w żaden sposób nie można uznać, że zamówienie będzie realizował wykonawca doświadczony.

W ocenie zamawiającego odwołujący nie udowodnił posiadania zasobu „doświadczenia” w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego poprzez powołanie się na dostęp do doradztwa spółki Meliorex. Zgodnie z punktem 5.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia z treści dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż wykonawca spełnił wymagane warunki.

Zgodnie z uzupełnionym zobowiązaniem spółki Meliorex odda on wykonawcy „zasób w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie branży sanitarnej. Niniejszy zasób zdobyliśmy podczas realizacji zamówienia pn. „Budowa kanalizacji oraz przepompowni ścieków o wydajności 38 l/s wraz z przewodami tłocznymi Bielany-Młociny.” Wobec tego, że w zobowiązaniu Meliorex Sp. z o.o. powołuje się na posiadanie wiedzy i doświadczenia zdobytego przy realizacji wyłącznie jednych robót budowlanych odwołujący nie udowodnił posiadania wymaganych zasobów „wiedzy i doświadczenia” w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego.

Jednocześnie z referencji wystawionych przez Inkop Sp. z o.o. wynika, że „wysoko wykwalifikowana kadra kierownicza posiada duży zasób wiedzy z branży budowy obiektów wodno-kanalizacyjnych, co umożliwi sprawny i bezkonfliktowy przebieg pracy.” Oznacza to, że referencje Inkop Sp. z o.o. stanowią potwierdzenie zdobycia na zadaniu objętym referencjami, wymaganej „wiedzy”, ale nie stanowią potwierdzenia zdobycia wymaganego „doświadczenia”.

Także referencje wystawione przez CNT S.A., choć potwierdzają wymaganą wartość, nie wynika z nich, że obejmują przynajmniej jedne roboty budowlane w rozumieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia o wartości minimum 5 mln zł brutto polegającą na budowie kanalizacji sanitarnej, oczyszczalni ścieków, przepompowni ścieków zrealizowaną w ramach danej umowy i odebraną przez zamawiającego/odbiorcę, jako wykonaną zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończoną.

Z referencji CNT S.A. wynika jedynie, że Meliorex Sp. z o.o. wykonywał dla CNT S.A., w ramach jednej, dwóch, trzech albo wszystkich czterech wymienionych robót, kanalizację sanitarną. Nie wynika z nich jednak, że Meliorex Sp. z o.o. wykonywał dla CNT S.A.,

w ramach którejkolwiek z czterech robót, przepompownię lub oczyszczalnię ścieków. Wobec tego, że CNT S.A. nie wskazała, która z wymienionych robót polegała na budowie kanalizacji sanitarnej o wartości minimum 5 mln zł brutto i ograniczyła się do ogólnej informacji o wykonaniu „w tym okresie” kanalizacji sanitarnej, Meliorex nie dowiódł, że będzie posiadał zasób „wiedzy i doświadczenia” w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego. Zgodnie z punktem 5.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z treści dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż wykonawca spełnił wymagane warunki.

Zamawiający wykonał obowiązek wynikający z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie oraz dowodów określających, czy roboty wykazane w wykazie zostały wykonane w sposób należyty oraz czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W ocenie zamawiającego obowiązek wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaktualizowałby się w przypadku, gdyby zamawiający powziął wątpliwości co do zawartych w dokumentach treści. Tymczasem zamawiający nie miał wątpliwości, że dokumenty przedstawione przez odwołującego nie potwierdzają wymaganej wiedzy i doświadczenia w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego. W przypadku jednak, gdyby powziął takie wątpliwości, wezwanie do wyjaśnień, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiłoby obejście zasady jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów (jeden raz w stosunku do tych samych oświadczeń lub dokumentów, na potwierdzenie tych samych okoliczności), a w konsekwencji naruszałoby podstawowe zasady postępowania wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych służy bowiem wyłącznie wyjaśnieniu treści oświadczeń i dokumentów, nie zaś tworzeniu treści w nich uprzednio nie zawartych. Nakazanie zamawiającemu wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych byłoby *de facto* nakazaniem mu ponownego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w zakresie, w jakim dokumenty otrzymane nie potwierdzają wymaganej wiedzy i doświadczenia, co mogłoby być potraktowane jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców. To na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia, że w czasie realizacji zamówienia będzie faktycznie dysponował zasobami niezbędnymi do jego realizacji.

III Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

IV Ustalenia Izby co do zarzutów

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami. Został on obszernie przytoczony powyżej, zatem nie będzie powtarzany.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że przedmiotem sporu pomiędzy stronami jest spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przez odwołującego, który posłużył się dla potencjałem udostępnionym mu przez podmiot trzeci – Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe Meliorex Sp. z o.o., na podstawie regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Oceniając czynności zamawiającego Izba uznała, iż zamawiający – generalnie – prawidłowo dokonał oceny złożonych dokumentów oraz prawidłowo dokonał wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, co w konsekwencji automatycznie skutkowało odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba, w ogólnym założeniu tego stanowiska, w całości podziela stanowisko zamawiającego – czy też raczej stanowiska wyrażone w przywołanych przez niego uzasadnieniach wyroków.

Zgodnie z postawionym przez zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu wykonawca miał wykazać, że wykonał co najmniej trzy roboty budowlane polegające na budowie kanalizacji sanitarnej (grawitacyjnej i tłocznej), oczyszczalni ścieków, przepompowni ścieków, w tym co najmniej jedno roboty o wartości minimum 10 mln zł brutto i co najmniej dwie o wartości minimum 5 mln zł brutto każda.

Tym samym – w konsekwencji w postępowaniu skutecznie nie mógł brać udziału ani zamówienia nie mógł uzyskać żaden wykonawca (czy grupa wykonawców), który takiego doświadczenia nie posiada.

Odwołujący takiego doświadczenia nie posiada (jak również nie posiada go podmiot trzeci, na który się powołał), zatem skutecznie nie mógł wziąć udziału w postępowaniu – musiał zostać z niego wykluczony.

Z punktu widzenia warunku udziału w postępowaniu nie ma bowiem znaczenia, jakie „ogólne” doświadczenie ma wykonawca i jak ocenia swoje możliwości realizacji danego

zamówienia – jeśli nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, nie ma doświadczenia wymaganego, czyli takiego, które się liczy, a więc rzeczywiście – jak słusznie wskazał zamawiający – odwołujący przystępując do realizacji zamówienia, nie będzie dysponował (wymaganym) doświadczeniem. Nie może więc on zostać dopuszczony do udziału w postępowaniu, gdyż nie może być traktowany lepiej niż wykonawca, który rzeczywiście posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie – w ewidentny sposób naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców.

Prowadziłoby też do obejścia art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast celem art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych w żadnym wypadku nie jest obejście art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych – nie może być tak, że zamówienie może wykonywać podmiot, który nie ma wymaganego przez zamawiającego doświadczenia i dopiero będzie je zdobywał podczas wykonywania owego zamówienia (a tak się dzieje w przypadku, gdy wykonawca będzie sam wykonywał zamówienie – tylko ewentualnie korzystając z jakichś porad). Gdyby zamawiający taką możliwość dopuszczał, nie stawiałby żadnych warunków udziału w postępowaniu.

Przekazanie wykonawcy przez podmiot trzeci danego potencjału musi być realne, co podkreślał wielokrotnie w swoich orzeczeniach podkreślał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (i co jest również powtarzane w wyrokach Izby). Śladem tych orzeczeń w art. 63 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego I Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE wskazano już wprost, jak to realne udostępnienie ma wyglądać – w odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne.

Jest to słuszne, bowiem zdaniem Izby przekazywanie wiedzy i doświadczenia, a zwłaszcza doświadczenia w postaci „doradztwa i konsultacji”, czyli porad, z których nie posiadający doświadczenia wykonawca skorzysta lub nie, nie jest realnym przekazaniem doświadczenia. Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu to podmiot doświadczony ma wykonywać zamówienie, czyli i ów podmiot trzeci musi je realnie wykonywać. W nomenklaturze właściwej robotom budowlanym podmiot taki jest nazywany podwykonawcą.

Roboty budowlane cechują się specyfiką wymagającą umiejętności, które poprzez doradztwo trudno przekazać, lub w ogóle nie będzie możliwe takie przekazanie. Już w konstrukcji umowy o roboty budowlane ustawodawca zaakcentował charakter tych robót przypisując

odpowiednie role uczestnikom procesu budowlanego. Zgodnie z art. 647¹ ustawy Kodeks cywilny, roboty budowlane są realizowane osobiście przez wykonawcę lub za pomocą podwykonawców.

Odwołujący wskazał, że przekazanie wiedzy czy to jako *know-how*, czy jako autorskiego rozwiązania, zastrzeżonej technologii nie musi być udziałem w realizacji zamówienia, a zasób ten można przenieść np. przez wyszkolenie kadry, udostępnienie dokumentacji technicznej, udzielenie licencji do prawa patentowego. Jednak takie metody przeniesienia wiedzy (a nie doświadczenia – ma tu rację zamawiający i przystępujący) zupełnie nie są związane z realizacją przedmiotowego zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie typowych robót budowlanych, co do których nie przenosi się ani żadnego *know-how*, ani zastrzeżonej technologii, autorskiego rozwiązania, ani patentu. Po prostu musi je wykonać wykonawca, który ma doświadczenie w wykonywaniu tego rodzaju robót.

Należy się zgodzić z opinią przedstawioną w zacytowanym przez odwołującego fragmencie wyroku sądu, sygn. akt V Ca 243/13, jednak należy podkreślić, że są to jedynie ogólne rozważania, nie odnoszące się szczegółowo do poszczególnych rodzajów zasobów. Inna bowiem będzie rola przy wykonaniu zamówienia podmiotu udostępniającego swoje środki finansowe czy sprzęt, inna udostępniającego pracowników, a inna – swoją wiedzę (np. patent), a jeszcze inna udostępniającego swoją wiedzę i doświadczenie. Nie chodzi też o rodzaj umowy (umowa cywilnoprawna czy stosunki korporacyjne), ale o jej zakres, czyli to, do czego ów podmiot się zobowiązuje.

Rację ma zamawiający, że doradztwo, konsultacje czy szkolenia nie przenoszą doświadczenia, a jedynie co najwyżej wiedzę (choć i to jedynie, gdy wykonawca z owych porad skorzysta). Doświadczenie to przede wszystkim stan, o którym można stwierdzić – posługując się powszechnie używanymi określeniami – że ktoś „spojrzy i wie” albo „ma umiejętność w rękach”, widzi „na oko”, że coś jest dobrze/źle zrobione albo jak należy to zrobić poprawnie – nie da się tego nabyć w inny sposób, niż poprzez wielokrotne powtarzanie danej czynności, czyli właśnie nabywanie doświadczenia.

Poza tym należy zauważyć, że doświadczenie całego podmiotu (firmy), nie jest tym samym, co doświadczenie poszczególnych jego pracowników – wynika to zresztą wyraźnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wyraźnie rozróżnia wiedzę i doświadczenie wykonawcy (firmy) od wiedzy i doświadczenia jego pracowników („osoby zdolne do wykonania zamówienia”). Ma to też przełożenie na rozporządzenie wykonawcze dotyczące żądanych dokumentów – osobno żąda się wykazania doświadczenia wykonawcy

(wykaz zrealizowanych dostaw, usług czy robót budowlanych), a osobno wykazu osób, w którym opisuje się ich kwalifikacje i doświadczenie. Wiedza i doświadczenie firmy nie są bowiem tym samym, co wiedza i doświadczenie jej pracowników, są to elementy rozłączne – pojedynczy pracownicy nie posiadają wcale wiedzy i doświadczenia, które firma zdobyła w trakcie lat swojego istnienia poprzez działania całych grup pracowników, a z kolei pracownik swój potencjał udostępnia firmie tylko przez okres, w którym z nią współpracuje. Zatem konsultacje udzielane przez pracownika też są dość wątpliwym sposobem przeniesienia wiedzy firmy.

Izba zgadza się z przywołanym przez odwołującego poglądem wyrażonym w wyroku o sygn. KIO 451/15 – jednak z cytatu tego wyraźnie wynika, że przedmiotem rozstrzygnięcia nie było to, czy doradztwo i konsultacje były wystarczające (choć nawet z tego cytatu widać, że Izba nie poparła takiego wniosku, ale nie odniosła się do kwestii, której nie dotyczyło odwołanie), lecz to, że wykonawca nie przedstawił wymaganych od podmiotu trzeciego dokumentów, co Izba uznała za działanie nieprawidłowe. W niniejszej sprawie spór jest zgoła odwrotny – odwołujący, jak twierdzi, przedstawił dokumenty i nie neguje udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia, a spór dotyczy tego, czy sposób udostępnienia tego potencjału jest realny i wystarczający.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że „nie zadał sobie trudu, aby faktycznie zbadać, czy udostępnienie potencjału ma charakter realny” – jednak zakres zobowiązania wynika z jego treści i nie wymaga żadnych dodatkowych badań. Odwołujący trzykrotnie przedstawił dokumenty (dwukrotnie zobowiązanie oraz umowa z 2 czerwca 2015 r.), z których wynika, że spółka Meliorex przy wykonaniu zamówienia zamierza występować w charakterze konsultanta. Zamawiający uznał, że „doradztwo i konsultacje” nie są realnym udostępnieniem potencjału o takim charakterze, jak doświadczenie, a Izba to stanowisko uznała za prawidłowe, nie było tu zatem czego dodatkowo badać.

Na marginesie Izba zwraca uwagę, że spółka Meliorex również nie posiada doświadczenia wymaganego przez zamawiającego – zamawiający wymagał bowiem wykonania trzech robót budowlanych, o zakresie, który nie podlegał dzieleniu, a podmiot ten wskazał jedynie dwie (do tego nie wykazał prawidłowo owego doświadczenia), zatem z formalnego punktu widzenia nie ma on wystarczającej wiedzy i doświadczenia, by udzielać konsultacji wykonawcy również nie posiadającemu wymaganego doświadczenia. Z dwóch podmiotów, które „nie potrafią” nie powstanie bowiem jeden podmiot, który „potrafi”.

Izba zgadza się również z uwagami zamawiającego dotyczącymi treści przedstawionych referencji. Owszem, zakres doświadczenia (wykonanych robót) powinien wynikać przede wszystkim z treści sporządzanego przez wykonawcę wykazu robót – jednak przedstawiony przez odwołującego wykaz takiego dokładanego opisu nie zawiera, a co więcej – treść referencji wskazuje na to, że można mieć podejrzenia, że opisy zawarte w wykazie wprowadzają w błąd co do zakresu realizacji zadań w stosunku do spełnienia wymagań postawionego warunku. Opis w wykazie został bowiem sporządzony tak, iż wydaje się, że wskazane w punkcie 3. i 4. wykazu realizacje spełniają warunek udziału w postępowaniu, a cały zakres i wartość prac tam opisany był realizowany przez spółkę Meliorex (dodatkowo w punkcie 4. – w ramach jednego zadania). Natomiast treść referencji budzi podejrzenia, że nie jest to zgodne ze stanem faktycznym.

Oczywiście gdyby zamawiający z powyżej wskazanych powodów nie uznał, że odwołujący i tak podlega wykluczeniu, powinien tę kwestię wyjaśnić – nie tylko w zakresie rzeczywistego spełnienia warunku, ale także pod kątem złożenia nieprawdziwych informacji.

Co do tego, czy w danym wypadku możliwe by było jedynie uzyskanie wyjaśnień, czy też konieczne byłoby wezwanie do ponownego uzupełnienia dokumentów, rozstrzygnąć można jedynie indywidualnie po zapoznaniu się z daną sytuacją, tj. stwierdzeniu w wyniku m.in. wyjaśnień, czy konieczne by było wprowadzenie zmian w już przedstawionych dokumentach.

Co do samego wezwania do uzupełnienia dokumentów – taki zarzut nie został w odwołaniu postawiony ani nie jest objęty zakresem odwołania wskazanym w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca mógł jednak poprosić zamawiającego o uszczegółowienie wezwania (zresztą jak wyjaśnił pełnomocnik – robił to i je uzyskał, lecz telefonicznie) lub postąpić zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba uznała jednak, że w wyniku owej informacji telefonicznej (choć niepoprawnej formalnie) wykonawca uzupełnił dokumenty w zakresie wymaganym przez zamawiającego, a jedynie ich treść nie spełniała oczekiwań zamawiającego.

W związku z tym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 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).

Przewodniczący: