

Sygn. akt: KIO 526/16

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2016 r. przez **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Białystok,**

przy udziale wykonawcy **UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności oceny spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, z zastosowaniem procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża Miasto Białystok i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Miasta Białystok na rzecz Strabag Sp. z o.o. kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Białystok – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Budowa przedłużenia ul. Sitarskiej w Białymstoku (drogi powiatowej) na odcinku od skrzyżowania z ul. Kozłową do skrzyżowania z ul. Świętokrzyską z dwupoziomowym skrzyżowaniem z torami kolejowymi w kierunku Kuźnicy.*

W dniu 11 kwietnia 2016 r. wykonawca Strabag Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Unibep S.A. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 2 i art. 26 ust 2b ustawy Pzp. Jako zarzut ewentualny Odwołujący podniósł naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Unibep jako niezgodnej z SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w punkcie VII SIWZ (Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków), pkt I b Zamawiający postanowił, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się (...) *zrealizowaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:*

- *co najmniej 2 robót w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulic (dróg) o nawierzchni z mas asfaltowych wraz z uzbrojeniem, klasy co najmniej „Z”, o wartości min. 20 mln zł brutto każda oraz co najmniej 1 robotą w zakresie budowy lub przebudowy min. 1 obiektu inżynierskiego o wartości min. 8 mln zł brutto albo*
 - *co najmniej 1 roboty o wartości min. 28 mln zł brutto obejmującą swoim zakresem: budowę lub przebudowę lub remont ulic (dróg) o nawierzchni z mas asfaltowych wraz z uzbrojeniem, klasy co najmniej „Z”, o wartości min. 20 mln zł brutto i budowę lub przebudowę min. 1 obiektu inżynierskiego o wartości min. 8 mln zł brutto oraz co najmniej 1 robotą w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulic (dróg) o nawierzchni z mas asfaltowych wraz z uzbrojeniem, klasy co najmniej „Z” o wartości min. 20 mln zł brutto,*
- wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów określających czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający żądał złożenia wykazu*

robót budowlanych oraz załączenia dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (pkt VIII ppkt 1.2 SIWZ). W pkt IX pkt 2 SIWZ Zamawiający poinformował, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów (przedstawione w formie oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii) do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Jednocześnie Zamawiający załączył do SIWZ wzór zobowiązania podmiotu trzeciego (Załącznik nr 5a), którym mogli się posłużyć wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie. W pkt VI. 1 SIWZ, po uwzględnieniu zmian dokonanych w wyniku odpowiedzi na pytania wykonawców z 27 lipca 2015 r., Zamawiający:

- zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. wykonanie robót drogowych w zakresie podbudowy i nawierzchni
- zażądał wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy oraz podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VII SIWZ.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Unibep, w celu wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia powołał się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 26 ust 2 b ustawy Pzp, tj. Energopolu-Szczecin S.A., jako wykonawcy zadania pn. Budowa trasy przemysłowej aktywizującej tereny przemysłowe miasta Brodnicy na potwierdzenie spełnienia warunku o w zakresie robót mostowych oraz zadań Obwodnica Śródmieścia Szczecina – Etap V – budowa ulic od ul. Duńskiej-Krasińskiego do ul. Arkońskiej i Budowa ul. Niemierzyńskiej, Arkońskiej do al. Wojska Polskiego w Szczecinie - Etap I i II, Przebudowa ul. Niemierzyńskiej, Arkońskiej od al. Wojska Polskiego w Szczecinie – Etap I i II – zadanie 2 – Budowa drogi publicznej od skrzyżowania z ul. Niemierzyńską na potwierdzenie spełnienia warunku o w zakresie robót drogowych. Do oferty Unibep załączone zostało zobowiązanie Energopolu przygotowane na wypełnionym przez Energopol wzorze załączonym do SIWZ przez Zamawiającego. Zgodnie

z treścią zobowiązania Energopol zobowiązał się do oddania Unibep swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia w postaci wykonania następujących robót budowlanych:

- Budowa ul. Niemierzyńskiej, Arkońskiej do al. Wojska Polskiego w Szczecinie – Etap I i II, Przebudowa ul. Niemierzyńskiej, Arkońskiej od al. Wojska Polskiego w Szczecinie – Etap I i II – zadanie 2 – Budowa drogi publicznej od skrzyżowania z ul. Niemierzyńską,
- Obwodnica Śródmieścia Szczecina – Etap V – budowa ulic od ul. Duńskiej-Kraśińskiego do ul. Arkońskiej,
- Budowa trasy przemysłowej aktywizującej tereny przemysłowe miasta Brodnicy.

Jak wynika z treści zobowiązania, udostępnienie ww. zasobów polegać ma na *doradztwie technicznym w zakresie wykonania robót drogowych oraz robót mostowych (...)*. Tak został w opisany w zobowiązaniu sposób wykorzystania udostępnionych przez Energopol zasobów. Udostępnienie dokonane ma być na podstawie *Umowy na usługi doradcze* – tak w zobowiązaniu został określony charakter stosunku prawnego jaki łączyć ma Energopol z wykonawcą. Zakres udziału Energopolu przy wykonaniu zamówienia polegać ma *doradztwie technicznym w zakresie robót branży mostowej oraz branży drogowej*. Jednocześnie w pkt 8. 2 Formularza oferty Unibep oświadczył, że prace objęte przedmiotem zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom w części dotyczącej: branży sanitarnej, branży elektrycznej i elektroenergetycznej, branży telekomunikacyjnej. W pozostałym zakresie prace objęte przedmiotem zamówienia Unibep zobowiązał wykonać się sam, bez udziału podwykonawców. W pkt 8.2 Formularza oferty Unibep, mimo wyraźnego żądania zamawiającego podania w formularzu oferty części zamówienia, której wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy oraz żądania podania nazw firm podwykonawców, na których zasoby powołuje się wykonawca na zasadach art. 26 ust 2b ustawy Pzp, Unibep nie wskazał robót mostowych jako robót, które zamierza powierzyć podwykonawcy. Nie wskazał również Energopolu jako podwykonawcy, na zasobach którego polega na zasadach art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego powyższe oznacza, Energopol udostępniając doświadczenie w zakresie realizacji robót budowlanych w branży mostowej i drogowej zobowiązał się do udostępnienia tego zasobu na zasadzie świadczenia usługi na doradztwo techniczne, zaś treść oferty potwierdza, że firma ta nie będzie podwykonawcą prac objętych przedmiotem zamówienia, przedmiot zaś jej świadczenia nie będzie stanowił części zamówienia – co jest elementem definiującym pojęcie podwykonawcy na gruncie ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że taka forma udostępnienia przez Energopol zasobów w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia nie jest wystarczająca dla uznania, że Unibep wykazał spełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia w realizacji robót mostowych. Zobowiązanie nie potwierdza

bowiem rzeczywistego i realnego charakteru dysponowania doświadczeniem podmiotu trzeciego co jest konieczne do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z powołaniem się na potencjał podmiotu trzeciego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w brzemieniu obowiązującym po dniu 19 października 2014 r., wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Przy powoływaniu się przez wykonawcę na potencjał wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego zamawiający, zgodnie z treścią § 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), uprawniony jest do badania czy wykonawca będzie dysponował zasobami w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz czy stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów. Przepis ten wyraźnie wskazuje więc, że wykonawca powinien wykazać zamawiającemu, że będzie w stanie dysponować w trakcie realizacji zamówienia udostępnianym mu potencjałem w sposób realny. Nie może to być zatem tylko pozorne udostępnienie wykonawcy w trakcie prowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznych określonych dokumentów. Wprowadzie treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie wymaga wprost uczestnictwa podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa, to taka forma uczestnictwa podmiotu trzeciego w przypadku udostępniania doświadczenia jest niezbędna do wykazania zamawiającemu rzeczywistej możliwości wykorzystania udostępnionego potencjału podmiotu trzeciego. Ponieważ art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dotyczy udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego nie tylko w zakresie wiedzy czy doświadczenia, ale również m.in. udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, potencjału technicznego, zdolności finansowej czy ekonomicznej określenie właściwej formy „udostępnienia takiego potencjału” wymaga analizy w kontekście tego co jest udostępniane i jaki rezultat z punktu widzenia postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu ta forma udostępnienia zapewni.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z orzecznictwem przez "doświadczenie" należy rozumieć zasób umiejętności praktycznych, warunkujących zdolność do należytego wykonania określonych czynności (niezawodność) oraz doświadczenie z samej swojej istoty nie może być teoretyczne, w związku z czym bez udziału podmiotu posiadającego

doświadczenie w żaden sposób nie można uznać, że zamówienie będzie realizował wykonawca doświadczony. Wskazał że zgodnie z opinią Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, nie jest dopuszczalne powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego, jeżeli zasoby te nie będą wykorzystane przy wykonaniu zamówienia oraz że konieczny jest będzie udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia (co do zasady w charakterze podwykonawca). Doświadczenie stanowi bowiem składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 551 i art. 552 k.c.). Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Odwołujący powołał się na kierunek przyjęty w obecnie procedowanym projekcie nowelizacji ustawy Pzp, w którym projektowane jest następujące brzmienie art. 22 a ust. 4: *W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, gdy podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.*

Zdaniem Odwołującego, zobowiązanie przedstawione przez Unibep nie zapewnia rzeczywistego udziału podmiotu trzeciego w zakresie udostępnionego potencjału. Czym innym jest bowiem wykonanie robót budowlanych (objęte udostępnieniem), czym innym zaś świadczenie doradzana technicznego, do którego zobowiązał się Energopol. Potwierdza to treść formularza oferty złożonej przez Unibep, gdzie w pkt 8, wbrew wyraźnie sformułowanym wymaganiom SIWZ, zakres robót mostowych nie został wskazany jako część zamówienia, której wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy. Niewymienienie robót mostowych w pkt 8 oferty oznacza, że wykonawca oświadczył, że wykona je osobiście, mimo że nie kwalifikuje go do tego jego własne doświadczenie. Potwierdza to również, że zobowiązanie złożone przez Energopol nie zapewnia udziału tego podmiotu w realizacji robót.

Odwołujący podniósł, że o ile wykonanie robót budowlanych oznacza osiągnięcie pewnego rezultatu (wykonanie obiektu budowlanego w rozumieniu prawa budowlanego) o tyle doradztwo techniczne – skalsyfikowane przez samego zobowiązanego do jego spełnienia jako usługa, realizowane jest w oparciu o umowę starannego działania, dla której prawidłowego wykonania oceniany jest sposób działa nie osiągnięty rezultat w postaci obiektu budowlanego. Zamawiający stawiając w przedmiotowym postępowaniu warunek posiadania określonego doświadczenia, wymagał aby zamówienie było wykonywane przez podmiot posiadający odpowiednie doświadczenie, nie zaś aby jedynie doradztwo techniczne w zakresie jego realizacji sprawowała firma z takim doświadczeniem. Różnica jest szczególnie widoczna w odniesieniu do zakresu odpowiedzialności takiego podmiotu na gruncie art. 26 ust 2c ustawy Pzp. Przepis ten mówi bowiem o solidarnej odpowiedzialności

za szkodę powstałą w wyniku nieudostępnienia zasobów tj. szkodę powstałą w wyniku braku dostępu do zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia, a zadeklarowanych jako udostępnione przez podmiot trzeci. Jeżeli więc szkoda nie pozostaje w związku z dostępem do takich zasobów, zamawiający nie będzie uprawniony do żądania jej naprawienia bezpośrednio przez podmiot trzeci lub przez wykonawcę. Oznacza to, że w przypadku gdy podmiot udostępniający referencje zobowiązuje się do doradztwa technicznego, nie będzie odpowiadał za szkodę powstałą w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania robót budowlanych dla których przedstawił referencje legitymujące wykonawcę jako podmiot uprawniony do udziału w postępowaniu – bo nie zobowiązał się do ich wykonania. Odpowiadał będzie, oczywiście spełniając pozostałe przesłanki odpowiedzialności z art. 26 ust 2c, ale za szkodę powstałą w wyniku braku doradztwa technicznego, którego zakres jest niejasny (bo przecież Zamawiający wymagał w postępowaniu również zapewnienie udziału osób o odpowiednich kwalifikacjach) i jest węższy od odpowiedzialności za szkodę powstałą w wyniku braku realizacji robót. Przyjęta w ofercie Unibep konstrukcja udostępnienia referencji na roboty budowlane poprzez zobowiązanie podmiotu trzeciego do świadczenia usługi konsultacji technicznych nie zapewnia więc tego, że zamówienie będzie realizowane przed podmiot posiadający wymagane doświadczenie, jak również ogranicza przyjętą w ustawie zasadę odpowiedzialności podmiotu udostępniającego zasoby w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący, powołując się na orzecznictwo Izby podniósł, że o ile przyjąć można, że w drodze konsultacji można nabyć wiedzę teoretyczną potrzebną do wykonania zamówienia, o tyle niemożliwym jest w ten sposób nabycie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych, pojęcie doświadczenia bowiem, zwłaszcza w odniesieniu do robót budowlanych, odnosi się nie tylko do znajomości praktycznej danego zagadnienia, ale także wynikającą z niej umiejętność reakcji w warunkach zmieniających się okoliczności, której nie da się uzyskać w sposób inny, aniżeli wcześniej osobiście wykonując takie roboty budowlane. Proces zdobywania praktycznych umiejętności kształtowany jest przez czynnik czasu, czego efektem jest biegłość i wprawa przy wykonywaniu określonych czynności wynikająca z uprzedniego wykonywania analogicznych prac, zatem przekazywanie wiedzy przez doświadczonych specjalistów podmiotu trzeciego nie spowoduje nabycia wymaganego doświadczenia. Oznaczać to będzie, że przystępując do realizacji zamówienia wykonawca będzie dysponował wiedzą, ale doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych nabywać będzie dopiero w trakcie realizacji zamówienia.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, przywołane przez Unibep doświadczenie podmiotu trzeciego w związku z faktem, że podmiot ten nie będzie

podwykonawcą a jedynie doradcą, nie stanowi dowodu, że tym zasobem Unibep dysponował a w konsekwencji wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Ewentualne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w ten sposób, że doradca zostałby podwykonawcą, doprowadziłoby do zmiany treści oferty poprzez zmianę wykazu podwykonawców, co jest niedopuszczalne.

Na wypadek uznania, że zobowiązanie złożone przez Energopol jest wystarczające do uznania, że firma ta udostępniła swoje doświadczenie w branży mostowej w sposób wystarczający, tj. zapewniający jej rzeczywisty udział w realizacji zamówienia, Odwołujący podniósł naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia oferty Unibep jako niezgodnej z SIWZ. Odwołujący podniósł, że zgodnie z punktem V1.2. SIWZ Zamawiający wymagał podania w ofercie części zamówienia, jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy oraz podania nazw podwykonawców na których zasobach polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Niewskazanie w punkcie 8 formularza oferty robót branży mostowej w ocenie Odwołującego stanowi o niezgodności oferty z SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny ofert, wykluczenia wykonawcy Unibep z postępowania oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Unibep S.A. wnosząc o oddalenie odwołania.

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

Zgodnie z punktem VII SIWZ (Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków), ppkt 1.b, w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia *wykonawca winien wykazać się zrealizowaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:*

- *co najmniej 2 robót w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulic (dróg) o nawierzchni z mas asfaltowych wraz z uzbrojeniem, klasy co najmniej „Z”, o wartości min. 20 mln zł brutto każda oraz co najmniej 1 robotą w zakresie budowy lub przebudowy min. 1 obiektu inżynierskiego o wartości min. 8 mln zł brutto albo*

– co najmniej 1 roboty o wartości min. 28 mln zł brutto obejmującą swoim zakresem: budowę lub przebudowę lub remont ulic (dróg) o nawierzchni z mas asfaltowych wraz z uzbrojeniem, klasy co najmniej „Z”, o wartości min. 20 mln zł brutto i budowę lub przebudowę min. 1 obiektu inżynierskiego o wartości min. 8 mln zł brutto oraz co najmniej 1 robotą w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulic (dróg) o nawierzchni z mas asfaltowych wraz z uzbrojeniem, klasy co najmniej „Z” o wartości min. 20 mln zł brutto, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów określających czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W punkcie IX.3 SIWZ Zamawiający podał, że udostępnienie potencjału dotyczącego wiedzy i doświadczenia wiąże się z udziałem podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia, np. w formie podwykonawstwa, konsultacji, doradztwa.

Przystępujący załączył do oferty wykaz robót budowlanych, w którym:

– w odniesieniu do warunku wykonania co najmniej dwóch robót w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulic (dróg) o nawierzchni z mas asfaltowych wraz z uzbrojeniem, klasy co najmniej „Z”, o wartości min. 20 mln zł każda Przystępujący wskazał następujące roboty:

- 1) Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 685 na odcinku Hajnówka-Jelonka o wartości 54.719.474,31 zł – wykonane przez Przystępującego,
- 2) Zadanie 1 – Roboty budowlane. 1.A Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 678 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą na odcinku Białystok-Kleosin; 1B. Budowa ul. K. Ciołkowskiego, wiaduktów nad torami PKO, ul. Wiadukt w Białymstoku wraz z budową i rozbudową niezbędnej infrastruktury – Zadanie 3 – ul. Wiadukt wraz z kanalizacją deszczową w drodze na Juchnowiec o wartości 43.003.818,49 z, w tym zadanie 1A 28.647.287,03 zł, zadanie 1B 14.356.531.,46 zł – wykonane przez Przystępującego,
- 3) Rozbudowa i budowa dróg wojewódzkich wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą na odcinkach drogi wojewódzkiej nr 685 Nowosady-Hajnówka oraz drogi wojewódzkiej nr 687 Zwodzieckie-Nowosady o wartości 26.670.472,87 zł – wykonane przez Przystępującego,
- 4) Obwodnica Śródmieścia Szczecina – Etap V – budowa ulic od ul. Duńskiej-Krasińskiego do ul. Arkońskiej o wartości 68.733.496,90 zł – roboty wykonane przez Energopol-Szczecin S.A.,

- 5) Przebudowa ulic Niemierzyńskiej, Arkońskiej do al. Wojska Polskiego w Szczecinie - Etap I i II, Przebudowa ul. Niemierzyńskiej, Arkońskiej od al. Wojska Polskiego w Szczecinie – Etap I i II – zadanie 2 – Budowa drogi publicznej od skrzyżowania z ul. Niemierzyńską o wartości 58.804.733,08 zł – roboty wykonane przez Energopol-Szczecin S.A.

– w odniesieniu do warunku wykonania co najmniej 1 roboty w zakresie budowy lub przebudowy min. 1 obiektu inżynierskiego o wartości min. 8 mln zł brutto:

- 6) Budowa trasy przemysłowej aktywującej tereny przemysłowe miasta Brodnicy o wartości 45.024.633,76 zł – roboty wykonane przez Energopol-Szczecin S.A.

Przystępujący załączył do wykazu zobowiązanie Energopol-Szczecin S.A. (str. 30-31 oferty) do oddania do dyspozycji wykonawcy wiedzy i doświadczenia. Energopol oświadczył, że udostępnia wykonawcy zasoby w następującym zakresie: *Wiedza i doświadczenie Podmiotu trzeciego w ramach spełnienia warunku wymienionego w pkt. 1 ppkt. B Rozdziału VII SIWZ „Posiadania wiedzy i doświadczenia”, w ww. przetargu nieograniczonym. Dwie roboty w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu ulic (dróg) o nawierzchni z mas asfaltowych wraz z uzbrojeniem, klasy co najmniej „Z”, o wartości 20 mln zł brutto każda:*

- 1) *Obwodnica Śródmieścia Szczecina – Etap V – budowa ulic od ul. Duńskiej – Krasieńskiego do ul. Arkońskiej,*
- 2) *Przebudowa ulic Niemierzyńskiej, Arkońskiej do al. Wojska Polskiego w Szczecinie – Etap I i II, „Przebudowa ul. Niemierzyńskiej, Arkońskiej od al. Wojska Polskiego w Szczecinie – Etap I i II – zadanie 2 – Budowa drogi publicznej od skrzyżowania z ul. Niemierzyńską”,*

oraz jedną robotę w zakresie budowy lub przebudowy min. 1 obiektu inżynierskiego o wartości min. 8 mln zł brutto

- 1) *Budowa trasy przemysłowej aktywizującej tereny przemysłowe miasta Brodnicy.*

Jako sposób wykorzystania udostępnionych zasobów wskazano doradztwo techniczne w zakresie robót drogowych oraz robót mostowych, a jako charakter stosunku łączącego podmiot udostępniający z wykonawcą – umowę na usługi doradcze. Jako zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia wskazano doradztwo techniczne w zakresie robót branży mostowej oraz branży drogowej.

Zamawiający uznał, że przedłożone przez Przystępującego dokumenty potwierdzają spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia i w dniu 31 marca 2015 r. dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta w przypadku uwzględnienia odwołania może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w 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 nieuzyskaniu zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający bezzasadnie uznał, że Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Po pierwsze Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że roboty wykonane przez Przystępującego były wystarczające do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, w związku z czym skuteczność powołania się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Przystępujący podniósł, że w ramach warunku dotyczącego budowy lub przebudowy min. 1 obiektu inżynierskiego o wartości min. 8 mln zł wskazał roboty wykonane przez Energopol, jednak bez tej roboty warunek jest również spełniony robotą wykonaną przez Przystępującego, a wskazaną poz. 2 wykazu, bowiem w ramach tej pozycji przystępujący wykonał trzy obiekty inżynierskie (wiadukt WD1 o wartości 6.505.986 zł, most na rzece Horodnianka o wartości 1.547.056 zł i kładkę na rzece Horodnianka o wartości 299,916 zł), których łączna wartość przekracza wymagane 8 mln zł. W ocenie Izby brzmienie punktu VII.1.b SIWZ nie daje podstaw do sumowania wartości poszczególnych obiektów inżynierskich. Przeciwnie, treść ww. postanowienia SIWZ wyraźnie wskazuje, że Zamawiający wymagał legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej jednego obiektu inżynierskiego, a minimalną wartość tego obiektu określił na 8 mln zł brutto. Nie można – zdaniem Izby – uznać, że doświadczenie w wykonaniu kilku obiektów inżynierskich o łącznej wartości 8 mln zł jest tożsame z doświadczeniem w wykonaniu jednego obiektu o takiej wartości, inna jest bowiem skala i złożoność takich robót. Gdyby z punktu widzenia Zamawiającego wystarczające było doświadczenie w budowie kilku obiektów inżynierskich o mniejszej wartości, to dałby temu wyraz w treści SIWZ. W związku z powyższym nie można uznać, że Przystępujący wykazał spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu doświadczeniem własnym.

Wobec powyższego należało ocenić skuteczność powołania się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego – Energopol-Szczecin S.A.

Odnosząc się do powyższej kwestii należy wskazać, że zasadą jest, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie tacy wykonawcy, którzy posiadają stosowną wiedzę

i doświadczenie (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). O tym, jaka wiedza i doświadczenie, jest w okolicznościach danego zamówienia niezbędna aby dawać rękojmię należytego wykonania zamówienia decyduje zamawiający dokonując opisu warunku udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 3 ustawy Pzp). W art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ustawodawca przesądził, że na zasadzie wyjątku od powołanej zasady samodzielnego spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wykonawca może polegać m.in. na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

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 (Dz.U. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114). W myśl ww. przepisów prawa unijnego, wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Jak wynika z przywołanych przepisów, możliwość powołania się wykonawcy na zasoby podmiotu trzeciego nie jest nieograniczona, dopuszczalna jest w *stosownych sytuacjach* i w *przypadku konkretnego zamówienia*. Wykładni ww. pojęć dokonał zaś Trybunał Sprawiedliwości UE. Z orzecznictwa Trybunału wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty i możliwe jest w stosownych sytuacjach. Innymi słowy, zamawiający musi upewnić się, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia i czy w konsekwencji jest to *stosowna sytuacja*, o której mowa w przepisach dyrektywy. *Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania 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 wskazał ponadto, że ciężar wykazania, że wykonawca faktycznie może korzystać przy wykonywaniu zamówienia z udostępnionych mu zasobów obciąża wykonawcę, który na takie udostępnienie się powołuje: (...) 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.

Dokonując oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba wzięła pod uwagę wynikającą tak z przepisów krajowych, jak i unijnych, konieczność zapewnienia realnego przekazania zasobów innego podmiotu oraz spoczywający na wykonawcy obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że rzeczywiście zasoby te znajdują się w jego dyspozycji. Skutecznie udostępnienie wykonawcy zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, a nierozzerwalnie związanych z podmiotem udostępniającym (wiedza i doświadczenie) musi łączyć się z zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w realizację umowy. Co do zasady zaangażowanie to może przybrać różnorakie formy, nie zawsze tożsame z podwykonawstwem *sensu stricto*, należy bowiem mieć na względzie rodzaj i specyfikę zamówienia, przy wykonywaniu którego zasoby innego podmiotu mają być wykorzystywane. Zawsze jednak warunkiem powołania się na taki sposób przekazania zasobów jest wykazanie zamawiającemu, że przekazanie to rzeczywiście nastąpi. 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.

W przedmiotowym postępowaniu, w którym przedmiotem zamówienia są roboty budowlane (budowa drogi), za formę w najwyższym stopniu gwarantującą faktyczne udostępnienie wiedzy i doświadczenia, należy uznać podwykonawstwo, które poprzez włączenie innego podmiotu w proces budowlany i jego czynny udział w realizacji robót nie tylko pozwoli wykonawcy skorzystać z teoretycznej wiedzy tego podmiotu, ale również wykorzystać jego doświadczenie rozumiane jako biegłość w wykonywaniu określonych robót i umiejętność korzystania z niej w praktyce. Niezależnie jednak od tego, biorąc pod uwagę postanowienie punktu IX.3 SIWZ, w którym Zamawiający wskazał jako dopuszczalne formy przekazania wiedzy i doświadczenia również konsultacje i doradztwo, nie można uznać, że powołanie się na potencjał spółki Energopol-Szczecin było skuteczne. Powyższe postanowienie SIWZ nie może być uznane za uchylające ustawowe warunki dotyczące posłużenia się wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu i znoszące obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że udostępnienie tych zasobów będzie realne.

W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, warunkiem koniecznym powołania się na zasoby innych podmiotów jest wykazanie, że zostaną one udostępnione. Może to nastąpić poprzez złożenie zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy określonych 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. Musi to być zobowiązanie do realnego przekazania zasobów i wskazujące sposób zaangażowania podmiotu udostępniającego w wykonanie zamówienia, a wykonawca ma obowiązek wykazać zamawiającemu, że udostępnienie zasobów w tej formie rzeczywiście będzie możliwe. Zobowiązanie, aby mogło być uznane za dowód udostępnienia zasobów, musi być w praktyce wykonalne oraz na tyle precyzyjne i szczegółowe, aby dawało zamawiającemu pewność co do tego, że zamówienie zostanie udzielone wykonawcy rzeczywiście, a nie jedynie formalnie, spełniającemu warunki udziału w postępowaniu. W przeciwnym wypadku poleganie na zasobach innego podmiotu mogłoby prowadzić do fikcji, służącej jedynie formalnemu wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, a polegającej na *udostępnianiu referencji*, zamiast rzeczywistego przekazywania wiedzy i doświadczenia.

Jedynym dowodem, jaki Przystępujący złożył Zamawiającemu, a który jego zdaniem miał świadczyć o realności polegania na zasobie podmiotu trzeciego, było zobowiązanie spółki Energopol-Szczecin, w którym jako sposób udostępnienia zasobów wskazano doradztwo techniczne. Powyższe nie może być uznane za wypełnienie obowiązku udowodnienia możliwości skorzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu. Tak ogólnikowa treść zobowiązania, w szczególności w przypadku zamówienia na roboty budowlane, nie daje Zamawiającemu żadnej wiedzy o tym, jak w praktyce będzie przebiegało korzystanie z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, a co więcej – nie pozwala uznać, że będzie ono w ogóle możliwe. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że ułoży swoją współpracę z podmiotem trzecim w sposób, który zapewni realne przekazanie tak wiedzy, jak i doświadczenia. Powołanie się wyłącznie na bliżej nieokreślone doradztwo techniczne w przypadku zamówienia dotyczącego robót budowlanych nie może być uznane za dowód przekazania wiedzy i doświadczenia do dyspozycji wykonawcy. W związku z powyższym Izba stanęła na stanowisku, że zobowiązanie złożone przez Odwołującego nie dowodzi, że wiedza i doświadczenie zostaną Odwołującemu realnie przekazane.

Powyższej oceny nie może zmienić złożone przez Przystępującego podczas rozprawy porozumienie w sprawie doradztwa i konsultacji z 25 maja 2015 r. zawarte z Energopol-Szczecin S.A. Odnosząc się do tego dowodu podkreślić należy, że to

Zamawiający, a nie Izba, ocenia spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Izba natomiast ocenia prawidłowość czynności Zamawiającego, podjętych w oparciu o dokumenty złożone przez wykonawcę w postępowaniu przetargowym. Zgodnie z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp to wobec Zamawiającego wykonawca ma obowiązek udowodnić realność udostępnienia potencjału. W ocenie Izby, na podstawie dokumentów załączonych do oferty Zamawiający bezpodstawnie uznał, że Przystępujący skutecznie powołał się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu i w konsekwencji – że wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Tym niemniej Izba uznała, że sformułowane w odwołaniu żądanie wykluczenia Przystępującego z postępowania było przedwczesne i nie mogło zostać uwzględnione. Podkreślić należy, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp musi być poprzedzone wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymaga, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, na co wskazuje użyte w tym przepisie sformułowanie *wzywa*. Wobec powyższego Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału z zastosowaniem procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła przedstawionej przez Odwołującego tezy, jakoby wezwanie do uzupełnienia dokumentów było niezasadne, ponieważ prowadziłyby do zmiany treści oferty Przystępującego w zakresie zamiaru powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego podkreślić należy, że obowiązek określony w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest uzależniony od przewidywań co do tego, w jaki sposób wykonawca zareaguje na wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz czy i jakie dokumenty uzupełni. Izba nie ma podstaw, aby w niniejszym postępowaniu odwoławczym ocenić zakładany przez Przystępującego sposób zareagowania na wezwanie, który w dacie orzekania w niniejszej sprawie nie miał jeszcze miejsca.

Izba nie rozpoznała zarzutu ewentualnego dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Unibep jako niezgodnej z SIWZ, z uwagi na fakt, że zarzut ten nie został przez Odwołującego podtrzymany podczas rozprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 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: