

**WYROK**

z dnia 21 września 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Renata Tubisz**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2017 r. przez wykonawcę **Konsorcjum: Dynamik M.P. Usługi Remontowo-Budowlane J.R.**, ul. Warszawska 9/6, 15-062 Białystok w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** Miasto Białystok, ul. Słonimska 1, 15-950 Białystok

przy udziale **wykonawcy** Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe "MARK-BUD" Sp. z o.o., ul. Lipowa 24, 15-427 Białystok zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

**orzeka**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Dynamik M.P. Usługi Remontowo-Budowlane J.R., ul. Warszawska 9/6, 15-062 Białystok oraz:
3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Dynamik M.P., Usługi Remontowo-Budowlane J.R., ul. Warszawska 9/6, 15-062 Białystok tytułem wpisu od odwołania:

Sygn. akt KIO 1857/17

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Białymstoku.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Pismem z dnia 5 września 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący wniósł odwołanie dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych (jednolity tekst Dz.U. z 2017 r., poz. 1579) zwanej dalej „pzp” prowadzonego przez Miasto Białystok w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa Centrum Kształcenia Praktycznego przy Zespole Szkół Budowlano - Geodezyjnych w Białymstoku” nr postępowania: DIN.11.271.28.2017

Ogłoszenie o tym zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 1 czerwca 2017 r. nr 512402- N-2017.

Odwołujący wniósł odwołanie na czynności podjęte i zaniechane przez zamawiającego polegające na:

- 1) zaniechaniu wezwania Odwołującego, aby na podstawie przepisu art. 22a ust. 6 pzp w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił podmiot trzeci innym podmiotem lub podmiotami (w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych) o których mowa w art. 22a ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych,
- 2) wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12) pzp z udziału w postępowaniu Odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 pzp, pomimo że Konsorcjum nie podlega wykluczeniu, a jego oferta w świetle treści SIWZ i przepisów prawa powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Co do terminu wniesienia odwołania.

Dnia 1 września 2017 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego, iż na podstawie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2) pzp wyklucza z postępowania Konsorcjum z uwagi na treści przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp, ponieważ nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, określonej w rozdziale V pkt 1 ppkt3) lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dalej „SIWZ”, uznając jego ofertę za odrzuconą na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 pzp.

Co do terminu na wniesienie odwołania.

Odwołujący składając odwołanie w dniu 6 września 2017 r. czyni zadość wymaganiom przepisu art. 182 ust. 1 pkt 2) pzp w związku z art. 14 ust. 1 pzp, tj. wnosi odwołanie zachowując ustawowo przewidziany termin do jego wniesienia.

Odwołujący przedstawił następujące zarzuty.

1. naruszenie art. 7 ust. 1 pzp - poprzez:

1) prowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich Wykonawców, a w konsekwencji wykluczenie Konsorcjum z udziału w postępowaniu, pomimo że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu stawiane przez Zamawiającego - w szczególności w zakresie zdolności technicznej i zawodowej;

2) rozszerzającą interpretację samodzielnie sformułowanego warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. V pkt 1 ppkt 3) lit a) SIWZ w Postępowaniu, co powoduje naruszenie zasady przejrzystości.

2.art. 24 ust. 1 pkt 12) oraz art. 24 ust. 4 pzp i art. 92 ust. 1 pkt 2) pzp - poprzez wadliwą ocenę i nieuprawnione uznanie, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a następnie - odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem art. 24 ust. 4 pzp oraz udzielenie informacji w trybie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2) pzp,

3.art. 22 ust 1 pkt 1 i 2) pzp - poprzez jego niezastosowanie, polegające na uniemożliwieniu Odwołującemu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego objętego przedmiotem niniejszego odwołania i uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się doświadczeniem w wykonaniu nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu co najmniej 2 robót budowlanych o wartości min. 7 000 000 zł brutto każda, polegających na budowie i/lub przebudowie budynku (wszystkie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane), podczas gdy Konsorcjum nie tylko spełnia warunki udziału w postępowaniu stawiane przez Zamawiającego, ale ponadto i nie polega na wykluczeniu;

4.art 22a ust. 1- 4 pzp - przez nieprawidłową ocenę przez Zamawiającego, że Odwołujący nieskutecznie powołał się na zdolności techniczne i zawodowe firmy „Master” E.B.

spółka jawna z siedzibą w Wysokiem Mazowieckiem, przy pomocy których bezspornie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wykazania wykonania nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu co najmniej 2 robót budowlanych o wartości min. 7 000 000 zł brutto każda, polegających na budowie i/lub przebudowie budynku (wszystkie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane);

5.art. 22a ust. 6 pzp w zw. z art. 26 ust. 3 pzp - poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego, aby w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił podmiot trzeci („Master” E.B. spółka jawna w Wysokiem Mazowieckiem) innym podmiotem lub podmiotami (w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych), jeżeli w obiektywnej i uzasadnionej opinii Zamawiającego zdolności techniczne lub zawodowe nie potwierdzają w świetle przepisu art. 22a ust. 1 Pzp spełniania warunków udziału w postępowaniu.

#### IV. WNIOSKI

Odwołujący wnosi o:

- 1)uwzględnienie niniejszego odwołania;
- 2)unieważnienie czynności Zamawiającego wykluczenia z postępowania Odwołującego i odrzuceniu jego oferty;
- 3)powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 4)ewentualnie - nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego w trybie przepisu art. 22a ust. 6 pzp w zw. z art. 26 ust. 3 pzp aby w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił podmiot trzeci („Master” E.B. spółka jawna w Wysokiem Mazowieckiem) innym podmiotem lub podmiotami (w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych), jeżeli w obiektywnej i uzasadnionej opinii Zamawiającego zdolności techniczne lub zawodowe nie potwierdzają w świetle przepisu art. 22a ust. 1 Pzp spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 5) w konsekwencji - nakazane Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert oraz spełniającej wszystkie stawiane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący żąda:

- 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów poniesionych z tytułu uiszczzonego wpisu oraz kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika według norm przepisanych.

Wskazanie na interes prawny.

Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu odwołania. Odwołujący jest Wykonawcą biorącym udział w postępowaniu jako Konsorcjum firm w składzie: Lider konsorcjum - Dynamik M.P., ul. Warszawska 9 lok. 6,15-062 Białystok oraz Partner Konsorcjum - Usługi Remontowo Budowlane J.R., ul. Skrajna 13 lok. 42,15-663 Białystok. Konsorcjum zostało niezasadnie wykluczone z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12) pzp, a jego oferta uznana za odrzuconą (art. 24 ust. 4 pzp). W przypadku gdyby Zamawiający nie dokonał powyższych czynności w sposób naruszający wskazane przepisy pzp, oferta Odwołującego uznana została by za najkorzystniejszą w świetle stawianych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert oraz zgodnie z przesłaną w postępowaniu informacją z dnia 14 lipca 2017 r. (tj. Informacja z otwarcia ofert). Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W wyniku potencjalnie prawidłowego działania Zamawiającego, najkorzystniejszą ofertą w Postępowaniu byłaby oferta Odwołującego. Nie budzi zatem żadnych wątpliwości, iż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu, w sposób zgodny z prawem, uzyskania zamówienia. Powyższe wyczerpuje

przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy pzp w zakresie konieczności posiadania interesu prawnego przez Odwołującego.

Przedstawiono następujące uzasadnienie faktyczne.

Zamawiający udzielił informacji o otwarciu ofert w złożonym postępowaniu, zgodnie z którą najkorzystniejszą ofertę w zakresie wszystkich kryteriów oceny ofert złożył Odwołujący.

Dowód:

- Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu z dnia 14 lipca 2017 r. (kopia);
- SI W Z w Postępowaniu.

Co więcej, w zakresie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z treścią rozdziału V pkt 1 podpunkt 3) lit. a) SIWZ w Postępowaniu, Zamawiający zażądał, aby każdy z Wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia wykazał się doświadczeniem w wykonaniu nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu co najmniej 2 robót budowlanych o wartości min. 7 000 000 zł brutto każda, polegających na budowie i/lub przebudowie budynku. Jak wskazał Zamawiający w treści SIWZ, cyt.: „Użyte określenia „budowa”, „przebudowa”, „budynek” należy interpretować w rozumieniu nadanej ustawą Prawo budowlane (Dz.U. z 2016 r., poz. 290 ze zm.).

Żadnych dodatkowych zastrzeżeń do wyżej wskazanego warunku w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych Zamawiający nie sformułował przed terminem składania ofert. Niezależnie od tego w rozdziale XII SIWZ pod tytułem podwykonawcy Zamawiający w pkt 1 wskazał, iż zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. wykonania stanu surowego otwartego budynku Centrum Kształcenia Praktycznego przy Zespole Szkół Budowlano - Geodezyjnych w Białymstoku.

W pozostałym zakresie Zamawiający dopuścił możliwość powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego w trybie art. 22a pzp, bez wskazywania w tym zakresie jakichkolwiek zastrzeżeń lub włączeń.

Pismem z dnia 28 lipca 2017 r. nr DIN-II.271.28.2017 oraz pismem z dnia 1 sierpnia 2017 r. nr DIN-II 271.28.2017 Zamawiający wezwał Odwołującego w kwestiach poprawienia błędów rachunkowych oraz przede wszystkim - do przedstawienia poprawionego zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, co też Odwołujący uczynił zgodnie ze złożonym żądaniem.

Dowód:

- wezwanie Zamawiającego z dnia 28 lipca 2017 r. nr DIN-II.271.28.2017 (kopia pisma);
- wezwanie Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2017 r. nr DIN-II.271.28.2017 (kopia pisma);
- odpowiedź Odwołującego z dnia 2 sierpnia 2017 r. nr 1/08/2017 r. (kopia pisma);
- SIWZ w Postępowaniu.

W następstwie powyższego, pismem z dnia 4 sierpnia 2017 r. na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 pzp Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących treści

poprawionego zobowiązania firmy „Master7” E.B. spółka jawna z siedzibą w Wysokiem Mazowieckiem, które według oceny Zamawiającego było zbyt ogólne (pkt b) i c)) i rzekomo nie potwierdzało realnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. We wskazanym wezwaniu do złożenia wyjaśnień, Zamawiający podkreślił, iż podmioty trzecie zgodnie z treścią SIWZ są zobowiązane wykonać roboty budowlane, do wykonania których zdolności są wymagane. Zamawiający wniósł o wyjaśnienie, jaki zakres robót Odwołujący na zamiar powierzyć podmiotowi trzeciemu, na zasoby którego się powołuje.

Dowód:

-pismo z dnia 4 sierpnia 2017 r. nr DIN-II.271.28.2017;

-SIWZ w Postępowaniu.

W odpowiedzi na powyższe, Odwołujący pismem z dnia 8 sierpnia 2017 r. nr 2/08/2017 wskazał, iż Konsorcjum podtrzymuje, iż wykona roboty określone w rozdziale XII pkt 1 SIWZ samodzielnie, zaś podmiot trzeci na zasoby którego powołuje się Wykonawca zrealizuje część robót budowlanych, o których mowa w treści zobowiązania złożonego jako załącznik do pisma z dnia 2 sierpnia 2017 r. nr 1/08/2017. Dla uściślenia, Odwołujący wskazał, iż będą to przykładowo takie roboty jak: montaż parapetów wewnętrznych, ułożenie wykładziny dywanowej, roboty malarskie, wykonanie trawników siewem, montaż wyposażenia (wycieraczki, tabliczki informacyjne, odboje).

Dowód:

-pismo z dnia 8 sierpnia 2017 r. nr 2/08/2017 (kopia).

Dnia 10 sierpnia 2017 r. pismem nr DIN-II.271.28.2017 Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp. Powyższe zobowiązanie Odwołujący wypełnił zgodnie z żądaniem.

Dowód:

-pismo Zamawiającego z dnia 10 sierpnia 2017 r. nr DIN-II.271.28.2017 (kopia).

W następstwie, pismem z dnia 16 sierpnia 2017 r. nr DIN-II.271.28.2017 na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 pzp Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na przedstawienie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego we wspomnianym już wyżej rozdziale V pkt 1 ppkt 3 lit. a) SIWZ. Zamawiający wskazał, iż przedłożony wykaz robót wykonanych przez firmę „Master” E.B. spółka jawna nie może być brany pod uwagę, bowiem Zamawiający zastrzegł konieczność samodzielnego wykonania części zamówienia zgodnie z rozdziałem XII pkt 1 SIWZ, co też wyklucza możliwość powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego w trybie przepisu art. 22a ust. 1 pzp.

Zamawiający w tym zakresie nie powołał się ani na treść SIWZ ani na obowiązujące przepisy prawa.

Dowód:

-pismo Zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2017 r. nr DIN-II.271.28.2017 (kopia)

-SIWZ w Postępowaniu.

W odpowiedzi na powyższe Wykonawca niezwykle szeroko wyjaśnił, iż takie stanowisko i żądanie Zamawiającego nie znajduje żadnych podstaw faktycznych, jak i prawnych, a co więcej - nie wynika z treści SIWZ w postępowaniu.

Jak wskazał bowiem Odwołujący w treści odpowiedzi z dnia 21 sierpnia 2017 r., cyt.: „Kwestia spełniania warunków udziału w postępowaniu określona w przepisie art. 22 ww. ustawy pzp, a uszczegółowiona treścią SIWZ w postępowaniu (m.in. rozdział V pkt 1 podpunkt 3 lit. a) SIWZ) to kwestia całkowicie odmienna od zastrzeżenia Zamawiającego do samodzielnego wykonania części zamówienia (bez udziału podwykonawców). Uprawnienie to wynika z treści przepisu art. 36a ust. 2 pkt 1 ) ustawy pzp, które to następnie zostało skonkretyzowane w treści części XII pkt 1 SIWZ wydanego w postępowaniu. (...) Tym samym nie tylko z treści SIWZ, ale również odrębnych regulacji ustawy pzp, wynika, iż są to odmienne instytucje (regulacje art. 22 pzp i art. 22a pzp w stosunku do art. 36a pzp znajdują się w odmiennych rozdziałach ustawy pzp). (...) W świetle więc obowiązujących przepisów prawa i treści SIWZ Zamawiający nie może wywodzić i kreować nie znajdującego podstaw prawnych wymogu co do braku możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego przy wykazywaniu spełnianiu warunków udziału w postępowaniu opisanych w rozdziale V pkt 1 podpunkt 3 lit. a) SIWZ w postępowaniu, w przypadku złożenia zastrzeżenia Zamawiającego wynikającego z części XII pkt 1 SIWZ. (...) Czym innym jest bowiem korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego zgodnie z przepisem art. 22a ust. 1 ustawy pzp, a czym innym zastrzeżenie konieczności wykonania samodzielnie części zamówienia (zgodnie z powołaną normą art. 36a ust. 2 pkt 1) ustawy pzp). (...) Brak jest tym samym jakichkolwiek podstaw prawnych do wywodzenia takiego twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie. Odmierna interpretacja doprowadziłaby do sytuacji, w której zasadniczo brak byłoby możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego przy wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. (...) Sytuacja taka jest nie do przyjęcia w obowiązującym stanie prawnym, z uwagi na to, iż powołany przepis art. 22a ust. 1 ustawy pzp ma charakter bezwzględnie obowiązującym (niemożliwy do wyłączenia przez Zamawiającego) i stanowi uprawnienie każdego potencjalnego Wykonawcy. (...) Z drugiej zaś strony treść SIWZ w żadnym zakresie nie zastrzega lub nie wyłącza uprawnienia korzystania z zasobów podmiotu trzeciego przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wręcz przeciwnie, treść SIWZ - m.in. rozdział VIII pkt 3, rozdział XI pkt 2, rozdział XII pkt 3 SIWZ wprost dopuszcza taką możliwość i to bez stawiania żadnych dodatkowych warunków i zastrzeżeń. Dla przykładu w powołanym rozdziale XI pkt 2 SIWZ Zamawiający bezpośrednio wskazuje, cyt.: „W przypadku gdy wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków



udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotów, zobowiązany jest: (...)." Warunkami tymi są postanowienia rozdziału V SIWZ, w szczególności powołanego już wyżej rozdziału V pkt 1 podpunkt 3) lit. a) SIWZ. (...) Również zastrzeżenie do rozdziału V SIWZ nie zawiera żadnych informacji co do braku możliwości powołania się na zasoby podmiotu trzeciego przy wymogu samodzielności wykonania części zamówienia (rozdział XII pkt SIWZ). Są to bowiem dwie odrębne kwestie (tak też je rozumiał Zamawiający tworząc treść SIWZ). Tym samym, etap prowadzonego postępowania wraz z oceną zdolności Wykonawcy do wykonania zamówienia w świetle ustawy pzp należy odróżnić od etapu wykonawstwa inwestycji (w tym deklaracji Wykonawcy zgodnie z przepisem art 36a pzp).

Dowód:

- pismo Odwołującego z dnia 21 sierpnia 2017 r. nr 5/08/2017 z załącznikami (kopia);
- kopia Formularza ofertowego złożonego przez Odwołującego z załącznikami;
- SIWZ w Postępowaniu.

W konsekwencji powyższego, pismem z dnia 1 września 2017 r. nr DIN-IL271.28.2017 r. Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu z postępowania Konsorcjum z uwagi na brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, określonej w ww. rozdziale V pkt 1 ppkt 3) lit. a) SIWZ.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie udowodnił Zamawiającemu realnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji Zamówienia, z uwagi na znikomą wartość prac przeznaczonych do realizacji przez ten podmiot. W ocenie Zamawiającego, Konsorcjum nie tylko nie wpisało w formularzu ofertowym firmy „Master” E.B. spółka jawna z siedzibą w Wysokiem Mazowieckiem jako podwykonawcy, ale również pierwotna treść zobowiązania nie była na tyle precyzyjna, by gwarantować udział podmiotu trzeciego na takim poziomie, jaki gwarantuje prawidłowe wykonanie zamówienia. Dodatkowo Zamawiający stwierdził, iż cyt.: „Mając na względzie zakres i wielkość prac, jaki będzie wykonywał inny podmiot firma „Master” E.B. Spółka Jawna, nie potwierdza realności swojego udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia, co w ocenie Zamawiającego jest „obejściem wymogu podwykonawstwa zawartego w art. 22a ust. 4 pzp”.

Dowód:

- pismo Zamawiającego z dnia 1 września 2017 r. nr DIN-II.271.28.2017.

Rozstrzygnięcie w ww. zakresie, a ponadto przedstawione „uzasadnienie” rozstrzygnięcia po stronie Zamawiającego narusza szereg ww. przepisów prawa powszechnie obowiązującego, dlatego też nie może się ostać.

Uzasadnienie prawne przedstawionych zarzutów.

W niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 pzp - poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich Wykonawców, a w konsekwencji

wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu, pomimo że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu stawiane przez Zamawiającego - w szczególności w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Odwołujący upatruje również naruszenie ww. przepisu poprzez rozszerzającą interpretację samodzielnie sformułowanego warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. V pkt 1 ppkt 3) lit a) SIWZ w Postępowaniu oraz rozdziale XII pkt 1 SIWZ w postępowaniu, co powoduje naruszenie zasady przejrzystości.

Należy bowiem wskazać, iż w niniejszym postępowaniu doszło do nieuprawnionych działań zamawiającego, skutkujących wykluczeniem Konsorcjum z udziału w postępowaniu, z uwagi na rzekomy brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Działania te - jak wskazano wyżej, polegały na nieuprawnionej nadinterpretacji treści SIWZ - tylko i wyłącznie w stosunku do Odwołującego, skutkującej ww. okolicznościami. Nie da się bowiem przyznać racji Zamawiającemu, który na etapie oceny ofert dokonuje takiej interpretacji treści SIWZ, która nie tylko pozostaje w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa, ale prowadzi do oczywistego (a nie znajdującego podstaw prawnych) wykluczenia Konsorcjum z postępowania.

Jak już wskazano powyżej, w świetle więc obowiązujących przepisów prawa i treści SIWZ Zamawiający nie może wywodzić i kreować nie znajdującego podstaw prawnych wymogu co do braku możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego przy wykazywaniu spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (w niniejszym Postępowaniu opisanych w rozdziale V pkt 1 podpunkt 3 lit. a) SIWZ ), w przypadku złożenia zastrzeżenia Zamawiającego co do samodzielności wykonania zastrzeżonych części zamówienia. (...) Czym innym jest bowiem korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego zgodnie z przepisem art. 22a ust. 1 ustawy pzp, a czym innym zastrzeżenie konieczności wykonania samodzielnie części zamówienia (zgodnie z powołaną normą art. 36a ust. 2 pkt 1) ustawy pzp). (...) Brak jest tym samym jakichkolwiek podstaw prawnych do twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie. Odmienna interpretacja doprowadziłaby do sytuacji, w której zasadniczo brak byłoby możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego przy wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Co więcej bez żadnych podstaw prawnych pozostaje wywód Zamawiającego, iż podmiot trzeci wykona jedynie „znikomą część zamówienia” (jedynie według wyliczeń Zamawiającego), co pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień, a przede wszystkim treścią złożonego w niniejszym postępowaniu zobowiązania podmiotu trzeciego.

Dla poparcia powyższego stanowiska, Odwołujący pragnie wskazać, na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 644/17, cyt.: „To Zamawiający decyduje o treści warunku udziału w postępowaniu, bowiem przysługuje mu uprawnienie do jego sformułowania (oczywiście uprawnienie to podlega kontroli w trybie środków ochrony

prawnej). Uprawnienie to służy zabezpieczeniu interesów Zamawiającego, który poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu uzyskuje narzędzie do weryfikacji wykonawców pod kątem zdolności do realizacji zamówienia. Wadliwe czy też niedostateczne skorzystanie z tego instrumentu nie powoduje, że Zamawiający ma możliwość naprawienia powyższego na etapie oceny ofert poprzez odwołanie się do treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w zakresie, który nie normuje rzeczowej materii. Ustawodawca bowiem wyraźnie odróżnił "warunki udziału w postępowaniu" od innych instytucji Prawa zamówień publicznych, po to, aby wykonawca i zamawiający mieli pewność co do podstaw oceny wykonawcy i jego oferty, a w konsekwencji, żeby zapewniona była transparentność postępowania i realizacja zasad wynikających z art. 7 ust. 1 p.z.p..".

Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 626/17, cyt.: „Niedopuszczalnym jest, aby zamawiający na etapie badania i oceny ofert, zmieniał ustalone przez siebie zasady oceny spełnienia warunków, które to zasady zostały powszechnie upublicznione (ogłoszenie o zamówieniu i publikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia) i zaakceptowane przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zmiana sposobu oceny spełnienia warunków, na tym etapie postępowania, narusza albowiem zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 p.z.p., tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie jest bowiem możliwe, aby wykonawca przystępując do procedury pozyskania zamówienia publicznego, na ustalonych przez zamawiającego zasadach, następnie był zaskakiwany nowymi okolicznościami, które dodatkowo mogą negatywnie na niego oddziaływać".

Jak konsekwencję naruszenia innych wskazanych w treści niniejszego odwołania przepisów prawa, stanowi również naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12) oraz art. 24 ust 4 pzp oraz art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) pzp, skutkujące wykluczeniem Konsorcjum z udziału w postępowania poprzez wadliwą ocenę i nieuprawnione uznanie, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a następnie

-odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem art. 24 ust. 4 pzp. Informacja o wykluczeniu została przekazana przez Zamawiającego w trybie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2) pzp.

Należy bowiem podkreślić, iż Zamawiający w zupełności nie dokonał oceny czy doświadczenie przedstawione przez podmiot trzeci w niniejszym postępowaniu nie spełnia stawianych warunków. Zamawiający skupił się bowiem jedynie na kwestii rzekomej nierealności, braku gwarancji należytego wykonania Zamówienia z uwagi na potencjalnie niski procentowy udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Należy jednak zauważyć, iż jest to kwestia całkowicie odrębna od kwestii spełniania warunków udziału w postępowaniu, których Zamawiający w rzeczywistości zupełnie nie analizował.

Zamawiający bowiem w żaden sposób nie wykazał, jak też nie udzielił wyjaśnienia w zakresie kwestionowania przedstawionego przez Odwołującego doświadczenia.

Uzasadnienie wykluczenia Konsorcjum oparł na kwestii braku realności udziału w realizacji zamówienia na podstawie przepisu art. 22a ust. 4 pzp.

Są to kwestie zupełnie odrębne i powinny być rozpatrywane oddzielnie. Czym innym jest bowiem spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a czym innym - zupełnie ocenna (i tu bezpodstawną) ocena Zamawiającego, iż podmiot trzeci nie będzie realnie uczestniczył w wykonaniu zamówienia (skoro treść złożonego przez firmę „Master” E.B. spółka jawna w Wysokiem Mazowieckiem nie pozostawia w tym zakresie żadnych wątpliwości).

Dodać również należy, iż ocena zachowania i poczynionych przez Zamawiającego działań w niniejszym postępowaniu (w konsekwencji wykluczenie Odwołującego) winna być oceniana również przez pryzmat wcześniej podejmowanych czynności, m.in. treści pisma z dnia 16 sierpnia 2017 r. nr DIN-II.271.28.2017, wzywającego do przedstawienia własnego doświadczenia Konsorcjum.

Co więcej, w niniejszym postępowaniu Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 22a ust. 1-4 pzp, przez nieprawidłową ocenę przez Zamawiającego, że Odwołujący nieskutecznie powołał się na zdolności techniczne i zawodowe firmy „Master” E.B. spółka jawna z siedzibą w Wysokiem Mazowieckiem, przy pomocy których bezsprzecznie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wykazania wykonania nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu co najmniej 2 robót budowlanych o wartości min. 7 000 000 zł brutto każda, polegających na budowie i/lub przebudowie budynku (wszystkie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane).

Naruszenie ww. zarzutu siłą rzeczy wiązać należy z konsekwencją w postaci wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający dokonał bowiem całkowicie błędnego zastosowania, jak również ~ braku rozdzielania poszczególnych instytucji funkcjonujących w ustawie - Prawo zamówień publicznych.

Przede wszystkim, za stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 13 marca 2017 r., sygn. akt KIO 359/17, Odwołujący pragnie podkreślić, iż cyt.: „Czym innym jest sama ocena potencjału, czy to własnego wykonawcy, czy też udostępnionego mu w trybie art. 22a p.z.p., prowadzona w oparciu o zapisy siwz i ustalone tam kryteria weryfikacji podmiotowej wykonawców. Innym natomiast badaniem jest ustalenie przez zamawiającego, czy potencjał udostępniony wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia rzeczywiście będzie mógł być

wykorzystany. Czytając ww. stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej a contrario, należy wskazać, iż kwestie udowodnienia posiadania wymaganych zdolności technicznych i zawodowych pozostają w odrębności od realności udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego (tu bez żadnych wątpliwości zostało to uwodnione), dlatego też nie mogą być rozpatrywane łącznie i być podstawą do wykluczenia danego wykonawcy z udziału w postępowaniu. Co więcej, treści złożonego w postępowaniu zobowiązania została

zinterpretowana w sposób niekorzystny dla Odwołującego, a ponadto w sposób znacznie wychodzący poza jego treść. W niniejszym postępowaniu podmiot trzeci zobowiązał się bowiem do realizacji robót budowlanych w takim zakresie, w jakim są one, cyt.: „wymagane do realizacji zamówienia”.

Z treści samego przepisu art. 22a ust 4 pzp nie wynika również, iż podmiot trzeci ma obowiązek zrealizować całość robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia (skoro sama Zamawiająca przez treści rozdziału XII pkt 1 SIWZ wyłączyła taką możliwość).

Przeciwnie stanowisko zajęła bowiem Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2082/16 (czytany a contrario), w którym wskazuje się, iż gdyby przyjmowana była odmienna interpretacja powyższego przepisu, okazałoby się, iż wykonawca biorący udział w postępowaniu nie mógł uzyskać doświadczenia w realizacji zamówienia.

W świetle powyższego realność udostępniania zasobów podmiotu trzeciego w trybie przepisu art 22a ust 1-4 pzp musi być oceniana w fakcie samego zaangażowania w realizację zamówienia na zasadzie podwykonawstwa, nie zaś przez pryzmat samodzielnej realizacji zamówienia przez taki podmiot trzeci w ściśle określonym i nieznanym oferentom na etapie składania ofert procencie (tu ustalonym przez Zamawiającego arbitralnie w treści pisma z dnia 1 września 2017 r.).

Tym samym, zakres opisany przez Konsorcjum m.in. w treści pisma z dnia 8 sierpnia 2017 r. uwzględnia konieczny udział podwykonawcy udostępniającego zasoby w całym okresie trwania inwestycji w zakresie koniecznym dla uzupełnienia wiedzy i doświadczenia samego Odwołującego w zakresie, w jakim mu jej brakuje. Powyższe nie wyklucza i nie wpływa na treść zastrzeżenia wynikającego z rozdziału XII pkt 1 SIWZ w Postępowaniu, która tak w zakresie udziału podmiotu trzeciego, jak i wykonania obowiązku wynikającego z rozdziału XII pkt 1 SIWZ będzie weryfikowana przez Zamawiającego na etapie realizacji Zamówienia.

Dodatkowo zaś, samo poleganie na zasobach podmiotów trzecich i wykazywanie ich w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału oznacza, że wykonawca potwierdza, że dysponuje potencjałem na takim poziomie, który gwarantuje wykonanie prawidłowe zamówienia i że potencjał ten zostanie przez niego wykorzystany na etapie realizacji zamówienia, a zapewnić wykonanie może jedynie potencjał, który będzie realnie wykorzystywany do realizacji zamówienia. Zakres zastrzeżony do osobistego wykonania nie uniemożliwia realnego skorzystania z wiedzy i doświadczenia lub osób od podmiotu trzeciego. W niniejszym przypadku realne skorzystanie z potencjału tego podmiotu, zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 8 sierpnia 2017 r. będzie polegało na powierzeniu podwykonawstwa w zakresie robót budowlanych, o którym mowa w treści zobowiązania podmiotu trzeciego, załączonego m.in. do pisma Konsorcjum z dnia 2 sierpnia 2017 r.

Jedynie dla przykładu Odwołujący wskazał, jakie roboty zamierza powierzyć firmie „Master” E.B. spółka jawna w Wysokiem Mazowieckiem.

Niezwykle istotne jest również w niniejszej sprawie, iż sam Zamawiający w treści SIWZ nie wyłączył możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia przez wprowadzenie obowiązku osobistego wykonania części zamówienia - robót wskazanych części SWIZ — rozdział XII pkt 1, w tym nie wskazał na niemożność powoływania się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, przeciwnie - w specyfikacji zawarł postanowienia szczegółowe w zakresie udostępniania potencjału przez podmiot trzeci w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (m.in. rozdział V pkt 1 ppkt 3) lit. a)).

Należy również podkreślić, iż sama argumentacja Zamawiającego leżąca u podstaw wykluczenia Odwołującego w niniejszej sprawie w zupełności nie odniosła się do wpływu zakazu podwykonawstwa na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przy udziale podmiotu trzeciego. Stanowisko Zamawiającego skupiło się jedynie na potencjalnym wyliczeniu wartości prac podwykonawczych, które jedynie w zamiarze miały być powierzone podmiotowi trzeciemu w niniejszym postępowaniu.

W niniejszej sprawie również nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż zarówno deklarowany zakres prac podwykonawczych powierzanych podmiotom trzecim, jak i pozostałym podwykonawcom, o ile nie pozostaje w sprzeczności z zastrzeżeniem wynikającym z treści SIWZ - jej części XII pkt 1, może być dowolnie modyfikowany zarówno na etapie prowadzonego postępowania, jak i realizacji zamówienia. Tym samym Zamawiający zupełnie bezpodstawnie przyjął złożoną w formularzu ofertowym oraz w dalszych wyjaśnieniach Odwołującego deklarację o ostatecznym podziale pomiędzy podwykonawcami zakresów robót budowlanych. To, iż w treści formularza ofertowego w pkt 4 wskazał nazwy podwykonawców i wstępny zakres, jaki zamierza im powierzyć, nie oznacza, iż podział ten nie zostanie zmieniony na rzecz jego powierzenia podmiotowi trzeciemu (firmie „Master” E.B. spółka jawna z siedzibą w Wysokiem Mazowieckiem).

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 192/17, cyt.: „Analizując znowelizowane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych można zatem dojść do kilku istotnych wniosków wyływających z tych przepisów. Przede wszystkim realizacja zamówienia przy udziale konkretnych podwykonawców wskazanych w ofercie (poprzez ich iidentyfikację) może ulec zmianie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, także na etapie realizacji zamówienia poprzez zmianę albo rezygnację z podwykonawcy (gdy jest on jednocześnie podmiotem, na którego zasobach wykonawca powołał się) bądź w przypadku gdy Zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia. W tym ostatnim przypadku - jak wskazano powyżej - ustawodawca dopuścił zmianę podwykonawcy - poprzez zastąpienie go innym

podwykonawca, dopuszczając również sytuację całkowitej rezygnacji z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, pomimo że powyższe wykonawca zadeklarował w ofercie. Zatem nie ulega wątpliwości, że pomimo wskazania podwykonawcy konkretnego z nazwy (zidentyfikowania go) może w różnych przypadkach wskazanych w ustawie dojść do zmiany tego podmiotu. Po drugie wnioskować należy, że skoro ustawodawca dopuszcza - w świetle znowelizowanych przepisów - szereg takich zmian podmiotu podwykonawcy, dopuszczając również weryfikacje podwykonawcy na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem należy uznać, że wskazanie konkretnych podwykonawców w złożonej ofercie (ich spersonalizowanie poprzez podanie konkretnych firm) nie stanowi immanentnej części złożonej przez wykonawcę oferty. Informacja dotycząca firmy wskazanego przez wykonawcę podwykonawcy, nie jest elementem oferty, który nie może ulec zmianie. Istotnym zatem - stanowiącym treść oferty - jest opis i zakres zobowiązania, które wykonawca na siebie przyjmuje i które zaciąga składając ofertę w postępowaniu, zaś wskazane przez niego firmy, nazwy podwykonawców są jedynie informacją wtórna, gdyż - jak wskazano powyżej - również na etapie realizacji zamówienia może dojść do zmiany takiego podmiotu. Wobec powyższego należy uznać, że informacje dotyczące firm podwykonawców nie mogą - w świetle znowelizowanych przepisów - stanowić treści oferty w rozumieniu przepisów m. in. art. 87 oraz 89 ustawy Prawo zamówień publicznych. W następnej

kolejności, należy dokonać szczegółowej analizy przepisu art. 36b ust. 1 pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. W ocenie Izby przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp skierowany jest do Zamawiającego. To Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców, co w niniejszym stanie faktycznym miało miejsce. Co do wykonawców zauważyć należy, że - w przepisie tym ustawodawca posługuje się pojęciem „zamiaru”, co wskazywałoby, że wykonawca ma podać na etapie składania oferty - w przypadkach gdy część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom, co zamawiający dopuścił - firmy, nazwy proponowanych podwykonawców, które są mu na daną chwilę znane. Na poparcie swojego stanowiska - Izba dokonując analizy przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp - Izba wzięła pod uwagę - posiłkowo celem dokonania właściwej wykładni przepisów ustawy - treść art. 71 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE zgodnie z którym w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualna, część zamówienia której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach

podwykonawstwa, a także aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców. W ocenie Izby interpretacja przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp wskazana przez Odwołującego - dokonana przez pryzmat przepisów wspólnotowych - jest jak najbardziej właściwa, gdyż przepis ten odnosi się w swej treści do „podania ewentualnych proponowanych podwykonawców”, zatem niewątpliwie „zamiar” o którym mowa w przepisie art. 36b ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do projektu, pewnego zarysu listy podwykonawców proponowanych przez wykonawcę”.

Z tego też względu nie da się przyjąć, jak to wskazał Zamawiający z treści pisma z dnia 1 września 2017 r., iż udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego jest nierealne z uwagi na niewielką wartość procentową wstępnego zakresu robót, jak ma być powierzony temu podwykonawcy, nie może znaleźć uznania. Uprawnieniem i obowiązkiem Odwołującego jest bowiem prawidłowa realizacja zamówienia, również w zgodzie z zastrzeżeniem rozdziału XII pkt 1 SIWZ, co nie oznacza, iż zakresie robót budowlanych powierzonych „Master” E.B. spółka jawna z siedzibą w Wysokiem Mazowieckiem nie może i nie będzie szerszy (również z uwagi i w świetle złożonego zobowiązania tego podmiotu).

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż w niniejszym postępowaniu doszło również do naruszenia przepisu art. 22a ust. 6 pzp w zw. z art. 26 ust. 3 pzp - poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego, aby w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił podmiot trzeci („Master” E.B. spółka jawna w Wysokiem Mazowieckiem) innym podmiotem lub podmiotami (w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych), jeżeli w obiektywnej i uzasadnionej opinii Zamawiającego zdolności techniczne lub zawodowe nie potwierdzają w świetle przepisu art. 22a ust. 1 Pzp spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający poprzez czynności podejmowane w postępowaniu (całkowicie sprzeczne) próbował wykazać Odwołującemu, iż udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia na zasadzie podwykonawstwa jest nierealny i nie daje rękojmi należytego jego wykonania m.in. z uwagi na znikomą wartość robót, jakie mogłyby być powierzone temu podmiotowi oraz z uwagi na zastrzeżenie wynikające z rozdziału XII pkt 1 SIWZ.

Gdyby więc Zamawiający w sposób całkowicie potencjalny zakwestionował deklarowany udział podmiotu trzeciego wskazanego przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu, zobowiązany byłoby do zastosowania przepisu art. 22a ust. 6 pzp (przepis o charakterze obligatoryjnym), dając Konsorcjum szansę odpowiedniego zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem.

Takie też stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 189/17, cyt.: „Wykonawca ma prawo do zmiany formy wsparcia, jeżeli Zamawiający uzna, iż potencjał podmiotu trzeciego nie potwierdza spełnienia warunku. Powyższe oznacza zatem, że nawet stwierdzenie przez Zamawiającego, że udostępnienie



potencjału podmiotu trzeciego miało wyłącznie na celu formalne potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie realne wsparcie, nie może kończyć oceny kwalifikacji wykonawcy, który może powołać się na własne zdolności techniczne lub zawodowe lub doświadczenie innego podmiotu".

Powyższe stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie wydanego ostatnio wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. C-387/14 i opinii Urzędu Zamówień Publicznych, pozostaje całkowicie aktualne w niniejszym stanie sprawy.

Całkowicie na marginesie należy dodać, iż Zamawiający błędnie powołuje się na treść orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1222/17 i 1224/17 oraz na wyrok z dnia 25 kwietnia 2016 r. sygn. akt: KIO 526/16.

W odniesieniu do pierwszego z wyżej wskazanych wyroków, należy pokreślić, iż kwestia realności udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego nie była przedmiotem rozważań Izby. Główną podstawą wydanego wyroku i jego uzasadnienia była wadliwość dokumentu wadium dostarczonego przez jednego z oferentów.

W świetle powyższego niniejszej odwołanie zasługuje na pełne uwzględnienie. Tym samym Odwołujący wnosi jak wyżej.

Na podstawie przepisu art. 180 ust. 5 pzp przesyła się do Zamawiającego (dowód przekazania Zamawiającemu stanowi załącznik do niniejszego odwołania):

Dowody wskazane w treści odwołania, to jest:

- a) Informacja z otwarcia ofert w postępowaniu z dnia 14 lipca 2017 r. (kopia)
- b) SIWZ w Postępowaniu
- c) wezwanie Zamawiającego z dnia 28 lipca 2017 r. nr D1N-1L2 71.28.2017 (kopia pisma)
- d) wezwanie Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2017 r. nr DIN-II.271.28.2017 (kopia pisma)
- e) odpowiedź Odwołującego z dnia 2 sierpnia 2017 r. nr 1/08/2017 r. (kopia pisma)
- f) pismo Zamawiającego z dnia 4 sierpnia 2017 r. DIN-II.271.28.2017 (kopia pisma)
- g) pismo - odpowiedź Odwołującego z dnia 8 sierpnia 2017 r. nr 2/08/2017 (kopia pisma)
- h) pismo Zamawiającego z dnia 10 sierpnia 2017 r. nr DIN-II.2 71.28.2017 (kopia pisma)
- i) pismo Zamawiającego z dnia 16 sierpnia 2017 r. nr DIN-II.271.28.2017 (kopia pisma) j) pismo Odwołującego z dnia 21 sierpnia 2017 r. nr 5/08/2017 (kopia pisma)
- k) Formularz ofertowy wraz z załącznikami m.in. załącznikiem nr 3 do SIWZ (kopia)
- l) pismo Zamawiającego z dnia 1 września 2017 r. nr DIN-II.271.28.2017 (kopia).

Zamawiający

Działając na podstawie art. 186 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), dalej zwanej ustawą Pzp, Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie z dnia 06.09.2017 r. na czynności podjęte i zaniechane przez Zamawiającego polegające na:

1) zaniechaniu wezwania Odwołującego, aby na podstawie przepisu art. 22a ust. 6 Pzp w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił podmiot trzeci innym podmiotem lub podmiotami (w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych), o których mowa w art. 22a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych,

2) wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp z udziału w postępowaniu Odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, pomimo, że Konsorcjum nie podlega wykluczeniu, a jego oferta w świetle treści SIWZ i przepisów prawa powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Wykonawca Konsorcjum zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

-prowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich Wykonawców, a w konsekwencji wykluczenie Konsorcjum z udziału w postępowaniu, pomimo że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu stawiane przez Zamawiającego-w szczególności w zakresie zdolności technicznej i zawodowej;

-rozszerzającą interpretację samodzielnie sformułowanego warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. V pkt 1 ppkt 3) lit. a) SIWZ w postępowaniu, co powoduje naruszenie zasady przejrzystości;

2) w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) oraz art. 24 ust. 4 Pzp i art. 92 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez wadliwą ocenę i nieuprawnione uznanie, iż odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a w następstwie - odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem art. 24 ust. 4 Pzp oraz udzielenie informacji w trybie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2) Pzp;

3) w zakresie zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) Pzp - poprzez jego niezastosowanie, polegające na uniemożliwieniu Odwołującemu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego objętego przedmiotem niniejszego odwołania i uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się doświadczeniem w wykonaniu nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu co najmniej 2 robót budowlanych o wartości min. 7 000 000 zł brutto każda, polegających na budowie i/lub przebudowie budynku (wszystkie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane), podczas, gdy Konsorcjum nie tylko spełnia warunki udziału w postępowaniu stawiane przez Zamawiającego, ale ponadto i nie podlega wykluczeniu;

4) w zakresie zarzutu naruszenia art. 22a ust. 1- 4 Pzp - poprzez nieprawidłową ocenę Przez Zamawiającego, że Odwołujący nieskutecznie powołał się na zdolności techniczne i zawodowe firmy „MASTER” E.B. spółka jawna, przy pomocy, których bezsprzecznie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wykazania wykonania nie

wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu co najmniej 2 robót budowlanych o wartości min. 7 000 000 zł brutto każda, polegających na budowie i/lub przebudowie budynku (wszystkie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane);

5) w zakresie zarzutu naruszenia art. 22a ust. 6 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp -poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego, aby w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił podmiot trzeci („Master” E.B. spółka jawna) innym podmiotem lub podmiotami (w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych), jeżeli w obiektywnej i uzasadnionej opinii Zamawiającego zdolności techniczne lub zawodowe nie potwierdzają w świetle przepisu art. 22a ust. 1 Pzp spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający po zapoznaniu się z wniesionymi zarzutami podniesionymi w odwołaniu wnosi o oddalenie odwołania w zakresie wszystkich zarzutów sformułowanych w odwołaniu.

Tym samym Zamawiający wniósł o uznanie za niezasadne wnioski Odwołującego w zakresie:

- 1) uwzględnienia odwołania,
- 2) unieważnienia czynności Zamawiającego wykluczenia z postępowania Odwołującego i odrzucenia jego oferty,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) nakazania Zamawiającemu wezwania Odwołującego, w trybie przepisu art 22a ust. 6 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3, aby w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił podmiot trzeci „Master,, E.B. s.j. innym podmiotem lub podmiotami w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli w obiektywnej i uzasadnionej opinii Zamawiającego zdolności techniczne lub zawodowe nie potwierdzają w świetle przepisu art. 22a ust. 1 Pzp spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 5) w konsekwencji - nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert oraz spełniającej wszystkie stawiane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie zamawiający przedstawił następujące stanowisko w sprawie.

Zamawiający w rozdz. V pkt 1, ppkt 3) lit. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazał, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca winien wykazać się wykonaniem nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem

terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 robót budowlanych o wartości min. 7 000 000,00 zł brutto każda, polegających na budowie i/iub przebudowie budynku. Jednocześnie, w rozdz. XII pkt 1 SIWZ, Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. wykonanie stanu surowego otwartego budynku Centrum Kształcenia Praktycznego przy równoczesnym braku zapisów w zakresie zastrzeżenia lub wyłączenia uprawnienia korzystania z zasobów podmiotu trzeciego przy wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W oświadczeniu wstępnym Odwołującego, złożonym wraz z ofertą przez lidera konsorcjum tj. firmę Dynamik M.P. z Białegostoku, wskazano, iż w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawca polega na zasobach innego podmiotu, tj. firmy „Master” E.B. Spółka Jawna. Do oferty dołączono Zobowiązanie firmy „Master” E.B. Spółka Jawna do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia w zakresie „zdolności techniczne lub zawodowe w zakresie spełnienia warunku określonego w Rozdziale V, pkt 3) a) w SIWZ”. Proponowany sposób wykorzystania udostępnionych zasobów to „doradztwo i konsultacje przy realizacji Zamówienia” a deklarowany zakres i okres udziału podmiotu przy wykonywaniu zamówienia określono w następujący sposób „zasoby będą wykorzystane poprzez bieżące doradztwo i konsultacje pracowników firmy Dynamik M.P. z podmiotem Udostępniającym przy realizacji Zamówienia. Zasoby będą wykorzystywane przez cały okres realizacji Zamówienia oraz późniejszy okres obowiązywania gwarancji jakości i rękojmi dla Zamówienia”.

Zamawiający uznał, iż z powyższego zobowiązania nie wynika, że podmiot udostępniający swój potencjał zrealizuje roboty budowlane i usługi, do realizacji których udostępniane zdolności są wymagane. Ponadto w formularzu ofertowym Odwołującego brak było wskazania podmiotu udostępniającego jako podwykonawcy robót budowlanych, natomiast inni podwykonawcy zostali wskazani z nazwy wraz z określeniem zakresu robót, które będą realizować.

Na wezwanie Zamawiającego, wniesione na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Wykonawca przedłożył zobowiązanie firmy „Master” E.B. Spółka Jawna, w którym podmiot ten zadeklarował, jako sposób wykorzystania udostępnionych zasobów „doradztwo i konsultacje oraz bezpośredni udział przy realizacji Zamówienia” bez wskazania formy udziału, a w zakresie prac jaki będzie realizował „zasoby będą wykorzystane poprzez bieżące doradztwo i konsultacje pracowników firmy Dynamik M.P. oraz bezpośredni mój udział w realizacji Zamówienia w zakresie robót budowlanych. Zasoby będą wykorzystywane przez cały okres realizacji Zamówienia oraz późniejszy okres obowiązywania gwarancji jakości i rękojmi dla Zamówienia”. Z uwagi na zbyt ogólne zapisy w przedłożonym

zobowiązaniu, Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących realnego udziału podmiotu udostępniającego w realizacji robót budowlanych objętych zamówieniem. Dopiero w odpowiedzi Odwołujący określił firmę „Master” E.B. Spółka Jawna jako podwykonawcę, informując, że wykona on: montaż parapetów wewnętrznych, ułożenie wykładziny dywanowej, roboty malarskie, trawniki siewem, montaż wyposażenia (wycieraczki, tabliczki informacyjne, odboje).

Pomimo wątpliwości Zamawiającego co do realności udostępnionych zasobów Zamawiający dokonał oceny ofert, zgodnie z kryteriami oceny wskazanymi w SIWZ, i za najwyższą ocenioną uznał ofertę Odwołującego. W trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych, na dzień złożenia, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo, iż zostały już one złożone w ofercie, gdyż stosując procedurę odwróconą Zamawiający traktował je tak jakby nie były złożone w ofercie zgodnie z SIWZ.

W wyznaczonym terminie, w zakresie warunku określonego w rozdz. V, pkt 1, ppkt 3) lit. a) SIWZ, Odwołujący przedłożył Zamawiającemu dokumenty tożsame z tymi, które przedstawił w ofercie, tj. ten sam wykaz robót wykonanych przez firmę „Master” E.B. Spółka Jawna.

Mając na uwadze przedłożone dokumenty oraz treść zastrzeżenia określonego w rozdz. XII pkt 1 SIWZ dotyczącą osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia tj. stanu surowego otwartego budynku, Zamawiający ponownie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu robót budowlanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia posiadanego przez samego Odwołującego. W odpowiedzi przedłożył on ponownie wykaz robót budowlanych wykonanych przez firmę „Master” E.B. s.j., wraz ze swoją opinią o bezpodstawności żądań Zamawiającego.

Po zapoznaniu się z treścią pisma Odwołującego z dnia 21 sierpnia 2017 r. Zamawiający w zaistniałym stanie faktycznym podzielił jedynie stanowisko Odwołującego w kwestii braku jednoznacznych zapisów SIWZ dotyczących ograniczenia prawa powołania się wykonawcy na zasoby podmiotu trzeciego przy wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. V pkt 1 ppkt 3 lit. a) SIWZ, przy wymogu samodzielności wykonania części zamówienia określonego w rozdz. XII pkt 1 SIWZ, mając na względzie stanowisko utrwalone w orzecznictwie Izby, iż niejasne postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść Wykonawcy.

W istniejącym stanie faktycznym Zamawiający dokonał oceny spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej odwołującego w oparciu o posiadane dokumenty i stwierdził, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego w SIWZ doświadczenia, ponieważ deklarowany zakres i wielkość prac jaki miał

wykonywać podmiot trzeci, firma „Master” E.B. Spółka Jawna, nie potwierdza realności jego udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia, co stanowi obejście wymogu podwykonawstwa zawartego w art. 22 a ust. 4 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe Odwołujący podlegał wykluczeniu na podst. art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp, a jego ofertę, na mocy art. 24 ust. 4 Pzp uznaje się za odrzuconą.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu i ich uzasadnienia:

Odwołujący w treści odwołania podnosi, iż w świetle obowiązującego prawa i treści SIWZ Zamawiający nie może wywodzić i kreować nie znajdującego podstaw prawnych wymogu co do braku możliwości powołania się Odwołującego na zasoby podmiotu trzeciego przy wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. V pkt 1 ppkt 3 lit. a) SIWZ, przy obowiązku samodzielności wykonania części zamówienia określonego w rozdz. XII pkt 1 SIWZ. Stwierdza, że czym innym jest norma prawna określona w art. 22a ustawy Pzp, a czym innym art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, co doprowadziłoby w Jego ocenie do sytuacji, w której zasadniczo brak byłoby możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego przy wykazaniu spełnienia warunku udziału.

Co do zasady Zamawiający nie podziela powyższego stanowiska Odwołującego. Jednakże z uwagi na zapisy SIWZ, które nie określały jednoznacznie ograniczenia uprawnienia powołania się na zasoby podmiotu trzeciego, przy zastrzeżeniu samodzielności wykonania kluczowych części zamówienia, powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego nie było podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania. Podstawą wykluczenia było niewykazanie realności (skuteczności) udostępnienia Odwołującemu zasobów firmy „Master” E.B. Spółka Jawna. W związku z powyższym przedstawione w odwołaniu argumenty Odwołującego w tym zakresie są nieuzasadnione.

Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego w kwestii braku dokonania oceny czy doświadczenie przedstawione przez podmiot trzeci w niniejszym postępowaniu nie spełnia stawianych warunków udziału oraz stanowiska, iż etap prowadzenia postępowania wraz z oceną zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia w świetle przepisów ustawy Pzp należy odróżnić od etapu wykonawstwa inwestycji (w tym deklaracji wykonawcy zgodnie z przepisem art. 36a Pzp).

Z przepisów art. 22a ust. 1 Pzp wynika prawo wykonawcy do powołania się, celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na zasoby podmiotów trzecich. Mając na uwadze postanowienia art. 22a ust. 4 Pzp, ustawodawca krajowy wprowadził ograniczenie tego prawa w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, ponieważ poleganie na tych zasobach zostało uzależnione od tego czy podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane i usługi do realizacji, których te

zdolności (zasoby) są wymagane. Oznacza to obowiązek zapewnienia podwykonawstwa podmiotów trzecich w zakresie tej części przedmiotu zamówienia, do realizacji której był wymagany udostępniony zasób, nie tylko jako deklaracja składana w ofercie ale i faktyczna oraz realna realizacja roboty czy usługi.

Odwołujący złożył zobowiązanie, z którego nie wynika, iż firma „Master” E.B. s.j. będzie podwykonawcą robót budowlanych. Podmiot udostępniający w zobowiązaniu nie określił formy swojego udziału w wykonywaniu zamówienia oraz nie wskazał jaki konkretny zakres robót będzie realizował. Dopiero na skutek wezwania na podst. art. 26 ust. 4 Pzp to Odwołujący wskazał, iż firma „Master” E.B. s.j. zrealizuje część robót budowlanych tj. wykona: montaż parapetów wewnętrznych, ułożenie wykładziny dywanowej, roboty malarskie, trawniki siewem, montaż wyposażenia (wycieraczki, tabliczki informacyjne, odboje). Ciężar udowodnienia „realności” udostępnionych zasobów spoczywał na Odwołującym, który powinien przekazać Zamawiającemu dokumenty nie budzące żadnych wątpliwości co do ich treści. Treść dokumentów przekazanych Zamawiającemu musi być jednoznaczna a możliwość posługiwania się cudzym potencjałem nie może pozostawać w sferze domysłów i bliżej niesprecyzowanych zasad udostępnienia. Zaznaczyć także należy, iż przytoczone wyjaśnienie Odwołującego nie ma waloru oświadczenia własnego podmiotu trzeciego i de facto doprowadziło do powstania nowej treści nie wynikającej z posiadanych zobowiązań podmiotu trzeciego. Zamawiający nie ma pewności czy podmiot udostępniający będzie faktycznie podwykonawcą robót budowlanych i w jakim zakresie.

Wartość prac planowanych do powierzenia podmiotowi trzeciemu, których zakres wbrew twierdzeniu Odwołującego nie stanowił katalogu otwartego lecz zamknięty, wynosi 160 tys. zł brutto, podczas gdy:

- wartość robót budowlanych wskazanych przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu to min. 7 000 000,00 zł brutto każda robota,
- w wartość oferty Odwołującego to 12.129.681,20 zł.

Z niniejszego wynika, iż wartość robót deklarowanych przez Odwołującego do powierzenia do realizacji podmiotowi trzeciemu, na zasoby którego Odwołujący powołał się w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to zaledwie: odpowiednio 2,3% minimalnej wartości robót budowlanych, których realizacją miał się wykazać wykonawca i 1,3% wartości całkowitej oferty. Dodatkowo, zakres prac, który wskazał Odwołujący do powierzenia podmiotowi trzeciemu nie mieści się w pojęciu „budowa” lub „przebudowa” w rozumieniu prawa budowlanego (Dz.U. z 2016r., poz. 290 ze zm.), do których odwoływał się warunek Zamawiającego, a ponadto niektóre z tych prac należy zakwalifikować jako usługę, a nie robotę budowlaną (trawniki siewem, montaż wyposażenia). Jednocześnie, zgodnie z deklaracją podmiotu trzeciego, zobowiązał się on do udostępnienia swoich zasobów „przez cały okres realizacji Zamówienia”, co stoi w sprzeczności ze wskazanym rodzajem prac i

terminem ich realizacji, bowiem byłyby wykonywane wyłącznie w końcowej fazie realizacji zamówienia. Dlatego też twierdzenie Odwołującego, iż „dysponuje potencjałem na takim poziomie, który gwarantuje wykonanie prawidłowe zamówienia (...) Zakres zastrzeżony do osobistego wykonania nie uniemożliwia realnego skorzystania z wiedzy i doświadczenia lub osób od podmiotu trzeciego.” nie znajduje potwierdzenia w istniejącym stanie faktycznym.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający dokonał oceny otrzymanych dokumentów i uznał, że ich treść wskazuje na „pozorność” udostępniania przez inny podmiot własnych zasobów, wyłącznie w celu ubiegania się o zamówienie podmiotu, który sam z siebie podlegałby wykluczeniu z postępowania. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2017r. sygn. akt: KIO 1222/17 KIO 1224/17 „(...) nieadekwatne powołanie się na podwykonawstwo w stosunku do prac, do których odnosi się warunek (powołanie się w zbyt niewielkim zakresie) świadczy o braku realnego powołania się na zasoby podmiotu trzeciego - będzie to obejście wymogu podwykonawstwa zawartego w art. 22a ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. ”Powyższe stanowisko znajduje także potwierdzenie:

- w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2017r. sygn. akt: KIO 1299/17. „Zgodnie z art. 22 a ust. 1 Pzp, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Stosownie do art. 22 a ust. 4 Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Przepisy te stanowią implementacje do prawa krajowego przepisu 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 (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65). Przepis ten stanowi, że w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust 4, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. W odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. W przypadku gdy wykonawca chce polegać



na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

Z ww. przepisów wynika zatem prawo wykonawcy, do powołania się - celem wykazania warunków udziału w postępowaniu - na zasoby podmiotów trzecich, Dostrzeżenia przy tym wymaga, że w przypadku m.in. zasobu wiedzy i doświadczenia - prawodawca unijny i ustawodawca krajowy wprowadzili pewne daleko idące ograniczenia. Mianowicie dopuszczalność polegania na m.in. takim zasobie została uzależniona od tego, czy podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane i usługi do realizacji których zasób jest potrzebny. Powyższe oznacza obowiązek zapewnienia podwykonawstwa podmiotu trzeciego, które powinno być nie tylko zadeklarowane ale i egzekwowane w trakcie wykonywania roboty czy usługi. Cel wprowadzenia tych regulacji był oczywisty, mianowicie ograniczenie zjawiska handlu referencjami. Przepisy te służą także zapewnieniu zamawiającemu, że udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie zostanie wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Z przepisów tych wynika ponadto, że konieczność zrealizowania przez podmiot trzeci usługi lub roboty budowlanej jako podwykonawca dotyczy tej części przedmiotu zamówienia, do realizacji której był wymagany udostępniany zasób." - w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 359/17, na którego fragment powołał się Odwołujący, nie prezentując jednak całokształtu stanowiska Izby, z którego wynika bowiem, w sposób jednoznaczny, konieczność sprawdzenia przez Zamawiającego realności zasobów podmiotu trzeciego w realizacji prac. Otóż Izba zauważyła, iż „(...)Jbadan/e podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania może odbywać się na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze oceny tej dokonuje się w kontekście spełnienia wymagań ustalonych dla tego konkretnego zamówienia, tj. przykładowo - czy doświadczenie, jakie zostało zamawiającemu wykazane jest odpowiednie pod kątem ustalonego warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo koniecznym może być sprawdzenie, w sytuacji korzystania z potencjału innego podmiotu, czy zasoby udostępnione wykonawcy aby mogły być przez zamawiającego uwzględnione, będą rzeczywiście wykorzystane przy realizacji zamówienia. Czym innym jest zatem sama ocena potencjału, czy to własnego wykonawcy, czy też udostępnionego mu w trybie art. 22a Ustawy, prowadzona w oparciu o zapisy siwz i ustalone tam kryteria weryfikacji podmiotowej wykonawców. Innym natomiast badaniem, jest ustalenie przez zamawiającego, czy potencjał udostępniony wykonawcy, na potrzeby realizacji zamówienia, rzeczywiście będzie mógł być wykorzystany." W dalszej części ustaleń Izba zauważyła, iż „Nie można zatem zrównywać obu wymienionych powyżej zakresów czynności zamawiającego do jednej tezy, iż wystarczającym dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia jest samo przedłożenie

zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zdolności. Nie można bowiem pomijać, iż potencjał podmiotu trzeciego, dopuszczony do wykorzystania w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ma znaczenia dla dalszych czynności związanych z realizacją zamówienia. Ustawodawca obecnie wyraźnie wskazuje na potrzebę badania przez zamawiającego, czy potencjał podmiotu trzeciego dotyczący, tak jak w niniejszej sprawie, doświadczenia koniecznego do uznania, iż wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, będzie mógł być wykorzystany poprzez udział podmiotu trzeciego w realizacji części prac, do których zdolności te są wymagane."

W ocenie Zamawiającego, w świetle przedłożonych wielokrotnie dokumentów, Odwołujący nie wykazał, że będzie dysponował, na etapie realizacji zamówienia, zasobami podmiotu trzeciego w stopniu uzasadniającym powołanie się na nie jako wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Intencją Zamawiającego żądającego określonego doświadczenia jest oczekiwanie na wykonawcę, który posiada odpowiednie zaplecze techniczne i praktykę niezbędną nie tylko do udźwignięcia realizacji zamówienia ale do wykonania robót budowlanych należycie. Stąd też podmiot trzeci, posiadający doświadczenie w realizacji robót spełniających warunek Zamawiającego, powinien realnie swoje zasoby udostępnić. Niniejsze potwierdza Izba w ww. wyroku stwierdzając, iż „Skoro Zamawiający wymagał doświadczenia ustalonego pod potrzeby konkretnego zamówienia i wymagań jakie ono stawia przed mającym je zrealizować podmiotem, to aby spełnić warunek przy braku własnego doświadczenia, wykonawca korzystający z potencjału podmiotu trzeciego jedynie na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie może być zweryfikowany jako dający rękojmię należytej realizacji usługi. Taka formalna tylko weryfikacja udostępnienia potencjału, bez sprawdzenia, czy podmiot trzeci będzie realizował zamówienie, prowadziłaby do nierównego traktowania wykonawców i stwarzania obszaru do nadużyć."

Jednocześnie Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego, iż deklarowany zakres prac podwykonawczych powierzanych podmiotom trzecim może być dowolnie modyfikowany zarówno na etapie prowadzonego postępowania jak i realizacji zamówienia. Swobodę tą, w trakcie prowadzonego postępowania, ogranicza powołanie się Wykonawcy na zasoby podmiotu trzeciego w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, ponieważ podmiot ten musi zrealizować roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 Pzp). De facto przepis ten obliguje do udziału podmiotu trzeciego jako podwykonawcy robót lub usług. Dla oceny spełnienia powyższego, Zamawiający bada zatem dokumenty wskazanego, konkretnego podwykonawcy. Natomiast na etapie realizacji zamówienia powyższa swoboda została ograniczona w art. 36b ust. 2 Pzp oraz zapisami SIWZ;

- w rozdz. XII pkt. 3 o treści:

„Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby Wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VSIWZ, Wykonawca jest obowiązany wykazać Zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.”

- w projekcie umowy § 10 ust.5, stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ o treści:

„W przypadku, gdy zmiana lub rezygnacja z Podwykonawcy, dotyczy podmiotu, na którego zasoby Wykonawca powoływał się na zasadach określonych w art. 22a Pzp, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, Wykonawca jest zobowiązany wykazać Zamawiającemu, iż proponowany inny Podwykonawca lub Wykonawca samodzielnie spełniają je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w SIWZ. Zmiana, o której mowa w zdaniu poprzednim wymaga sporządzenia aneksu do umowy.”

Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, iż Zamawiający miał podstawy uznać, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu i nie doszło zatem do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp.

Zamawiający nie podziela także stanowiska Odwołującego w kwestii zaniechania wezwania Odwołującego, aby zastąpił podmiot trzeci innym podmiotem lub podmiotami, w trybie art. 22a ust. 6 Pzp w związku z art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający w trakcie oceny wykonawcy, w zakresie spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej dwukrotnie wzywał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów. Najpierw wezwał do uzupełnienia zobowiązania przedłożonego przez firmę „Master” E.B. s.j. wskazując w wezwaniu w sposób jednoznaczny i precyzyjny braki tego dokumentu, a następnie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Następnie, wezwał w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu robót budowlanych wykonanych przez Odwołującego. Odwołujący ponownie złożył ten sam wykaz robót budowlanych.

Mając na uwadze zasadę jednokrotności wzywania do uzupełniania dokumentów, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, w ocenie Zamawiającego, w zaistniałym stanie faktycznym, wyczerpany został obowiązek zastosowania przepisu art. 22a ust. 6 Pzp. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 kwietnia 2017 r. sygn. akt: KIO 583/17. „Odnosząc się jeszcze do argumentacji Odwołującego, że w niniejszej sprawie Zamawiający zobowiązany był do zastosowania treści art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, zgodzić należało się z Zamawiającym, że treść art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie

ustanawia odrębnej procedury wzywania wobec art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Przepis art. 22a ust 6 ustawy Pzp -jak słusznie zauważył Zamawiający - daje wykonawcy możliwość zmiany podmiotu trzeciego w trakcie zastosowania procedury wynikającej z art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Zatem - jak słusznie zauważono - art. 22a ust. 6 ustawy Pzp daje wykonawcy prawo do zastąpienia potencjału przez siebie wskazanego - innym podmiotem, a obowiązkiem Zamawiającego jest przyjęcie w tym zakresie decyzji wykonawcy w świetle art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Zgodzić należało się również z Zamawiającym, że art. 22a ust 6 ustawy Pzp skierowany jest do wykonawcy i pozostawia mu możliwość zastąpienia potencjału podmiotem trzecim - ale niewątpliwie nie jest to jego obowiązek - i powyższego Zamawiający nie musi domyślać się w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisu art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, a wystosowanie dodatkowego wezwania przez Zamawiającego (wobec precyzyjnego wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) - którego domagał się Odwołujący - prowadziłyby do złamania - wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp - zasady równości i uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu.", a także w dostępnej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych opinii „Relacja art. 22a ust. 6 do art.26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych" o treści „(...) W kontekście regulacji z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, analizowany 22a ust. 6 ustawy Pzp może zatem jedynie określać sposób wykonania obowiązku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wobec wykonawców, którzy wykazują spełnianie warunków przy pomocy zasobów podmiotów trzecich. Przepis art. 22a ust 6 ustawy Pzp wskazuje na możliwość zmiany podmiotu trzeciego zgłoszonego na etapie składania oferty, w trakcie procedury weryfikującej posiadanie stosownych dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu podmiotu trzeciego, może, albo, dokonać stosownego uzupełnienia dokumentu dotyczącego podmiotu trzeciego zgłoszonego pierwotnie, albo, skorzystać z dyspozycji art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, tj. na okoliczność wezwania zmienić podmiot trzeci na inny lub samodzielnie spełnić warunek w zakresie udostępnianego zasobu. Nie jest to jednak instytucja nowa w systemie zamówień publicznych - możliwość zmiany podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci lub samodzielne wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunku w zakresie objętym zasobem podmiotu trzeciego istniała także przed nowelizacją ustawy Pzp. Przepis art. 22a ust 6 ustawy Pzp nie dubluje zatem zasady dotyczącej uzupełniania dokumentów z art, 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie ingeruje w nią i nie stanowi odrębnej regulacji względem tej zasady. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp - nie stanowi zatem także o możliwości dalszego badania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia ponad to na co przyzwala art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (reguła jednokrotnego wezwania o dany dokument)." W dalszej części opinii Urząd Zamówień Publicznych zauważył „Wykładnia systemowa nie pozwala bowiem na przyjęcie, że art. 22a ust 6 ustawy Pzp stanowi nową przesłankę uzupełniania

dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób inny niż przewidziany w art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Art. 22a ustawy Pzp dotyczy udziału podmiotów trzecich w postępowaniu, a nie uzupełniania dokumentów. (...) przepis art. 22a ust 6 ustawy Pzp jedynie doprecyzowuje możliwe działania wykonawcy w sytuacjach określonych w art. 26 ust 3 ustawy Pzp przy powoływaniu się na potencjał podmiotu trzeciego. Przepis art. 22a ust 6 ustawy Pzp dotyczy zatem okoliczności, gdy zgłoszony przez wykonawcę na etapie składania ofert (wniosków) podmiot trzeci nie będzie potwierdzał, że dysponuje wymaganym przez zamawiającego zasobem lub, gdy w odniesieniu do podmiotu trzeciego nie zostanie potwierdzony brak podstaw do wykluczenia. W każdym z powyższych przypadków - reguła jednokrotnego wezwania o ten sam konkretny dokument na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp - nie ulega zmianie."

W świetle powyższego podniesione w odwołaniu zarzuty należy uznać za bezzasadne, tym samym Zamawiający wnosi jak w sentencji.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

#### **Izba ustaliła**

W powyższej części uzasadnienia wyroku zostały zaprezentowane stanowiska stron w odwołaniu oraz w odpowiedzi na odwołanie.

Izba na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentów na wniosek stron, w związku z załączonymi do odwołania dokumentami, przekazaną dokumentacją postępowania oraz z dokumentów przedstawionych przez strony, dokonała w sprawie ustaleń jak poniżej.

Miasto Białystok prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Budowa Centrum Kształcenia Praktycznego przy Zespole Szkół Budowlano - Geodezyjnych w Białymstoku" nr postępowania: DIN.11.271.28.2017

Ogłoszenie o tym zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 1 czerwca 2017 r. pod nr 512402- N-2017.

W wyniku wykluczenia z postępowania odwołującego to jest konsorcjum wykonawców: M.P. i J.R. zostało przez to konsorcjum wniesione odwołanie w dniu 6 września 2017 roku do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej za pismem datowanym na 5 września 2017 roku, które objęło zarówno czynności podjęte jak i zaniechane przez zamawiającego polegające na:

1) zaniechaniu wezwania odwołującego, aby na podstawie przepisu art. 22a ust. 6 Pzp w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił podmiot trzeci innym podmiotem lub podmiotami (w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych), o których mowa w art. 22a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych,

2) wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp z udziału w postępowaniu odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, pomimo, że Konsorcjum nie podlega wykluczeniu, a jego oferta w świetle treści SIWZ i przepisów prawa powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Tak więc wykonawca Konsorcjum zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) w zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

-prowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich Wykonawców, a w konsekwencji wykluczenie Konsorcjum z udziału w postępowaniu, pomimo że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu stawiane przez zamawiającego-w szczególności w zakresie zdolności technicznej i zawodowej;

-rozszerzającą interpretację samodzielnie sformułowanego warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. V pkt 1 ppkt 3) lit. a) SIWZ w postępowaniu, co powoduje naruszenie zasady przejrzystości;

2) w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) oraz art. 24 ust. 4 Pzp i art. 92 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez wadliwą ocenę i nieuprawnione uznanie, iż odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a w następstwie - odrzucenie oferty odwołującego z naruszeniem art. 24 ust. 4 Pzp oraz udzielenie informacji w trybie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2) Pzp;

3) w zakresie zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) Pzp - poprzez jego niezastosowanie, polegające na uniemożliwieniu odwołującemu ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego objętego przedmiotem niniejszego odwołania i uznanie przez zamawiającego, że odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się doświadczeniem w wykonaniu nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu co najmniej 2 robót budowlanych o wartości min. 7 000 000 zł brutto każda, polegających na budowie i/lub przebudowie budynku (wszystkie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane), podczas, gdy Konsorcjum nie tylko spełnia warunki udziału w postępowaniu stawiane przez zamawiającego, ale ponadto i nie podlega wykluczeniu;

4) w zakresie zarzutu naruszenia art. 22a ust. 1- 4 Pzp - poprzez nieprawidłową ocenę przez zamawiającego, że odwołujący nieskutecznie powołał się na zdolności techniczne i

zawodowe firmy „MASTER” E.B. spółka jawna, przy pomocy, których bezspornie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wykazania wykonania nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu co najmniej 2 robót budowlanych o wartości min. 7 000 000 zł brutto każda, polegających na budowie i/lub przebudowie budynku (wszystkie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane);

5) w zakresie zarzutu naruszenia art. 22a ust. 6 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp -poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wezwania odwołującego, aby w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił podmiot trzeci („Master” E.B. spółka jawna) innym podmiotem lub podmiotami (w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych), jeżeli w obiektywnej i uzasadnionej opinii Zamawiającego zdolności techniczne lub zawodowe nie potwierdzają w świetle przepisu art. 22a ust. 1 Pzp spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł w związku ze wskazanymi powyżej zarzutami następujące żądania:

- 1) uwzględnienia odwołania,
- 2) unieważnienia czynności zamawiającego wykluczenia z postępowania odwołującego i odrzucenia jego oferty,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) nakazania zamawiającemu wezwania odwołującego, w trybie przepisu art 22a ust. 6 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3, aby w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił podmiot trzeci „Master,, E.B. s.j. innym podmiotem lub podmiotami w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli w obiektywnej i uzasadnionej opinii zamawiającego zdolności techniczne lub zawodowe nie potwierdzają w świetle przepisu art. 22a ust. 1 Pzp spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 5) w konsekwencji - nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów oceny ofert oraz spełniającej wszystkie stawiane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający w Rozdz. V pkt 1 ppkt 3) lit. a) SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego wykonawcy wskazując, że wymaga dwóch budów budynku lub przebudów budynku w rozumieniu ustawy prawo budowlane w okresie ostatnich siedmiu lat każda z budów o wartości minimum 7 milionów złotych.

Z kolei w rozdz. XII pkt 1 SIWZ zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia, tj. wykonanie stanu surowego otwartego budynku Centrum Kształcenia Praktycznego i jak podkreślił w odpowiedzi na odwołanie zamawiający „przy równoczesnym braku zapisów w zakresie zastrzeżenia lub wyłączenia uprawnienia korzystania z zasobów podmiotu trzeciego przy wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu”.

Odwołujący w oświadczeniu wstępnym złożonym wraz z ofertą to jest lider konsorcjum Dynamik M.P. z Białegostoku wskazał, że w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polega na zasobach firmy „Master” E.B. Spółka Jawna dalej Master. Załączając do oferty zobowiązanie firmy „Master” E.B. Spółka Jawna do oddania w dyspozycję odwołującego niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia w zakresie „zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie spełnienia warunku doświadczenia zawodowego (Rozdziale V, pkt 3) a) w SIWZ).

W złożonym oświadczeniu Master proponuje następujący sposób wykorzystania jego zasobów „doradztwo i konsultacje przy realizacji Zamówienia” a deklarowany zakres i okres udziału przy wykonywaniu zamówienia następujący „zasoby będą wykorzystane poprzez bieżące doradztwo i konsultacje pracowników firmy Dynamik M.P. z podmiotem Udostępniającym przy realizacji Zamówienia. Zasoby będą wykorzystywane przez cały okres realizacji Zamówienia oraz późniejszy okres obowiązywania gwarancji jakości i rękojmi dla Zamówienia”.

Reasumując oferowany sposób to doradztwo i konsultacje pracowników odwołującego z podmiotem udostępniającym.

Zamawiający uznał, że z tak przedstawionego sposobu udostępnienia odwołującemu zasobów firmy Master nie wynika, że udostępniający zrealizuje roboty budowlane i usługi, do realizacji których udostępniane zdolności są wymagane. Oprócz takiego zobowiązania Master również w formularzu ofertowym odwołującego nie znalazła się firma Master jako podwykonawca robót budowlanych a znaleźli się inni podwykonawcy wskazani z nazwy wraz z określeniem zakresu robót, które będą im powierzone.

W tym stanie rzeczy zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 pzp wezwał odwołującego, który przedłożył zobowiązanie Master, o treści „doradztwo i konsultacje oraz bezpośredni udział przy realizacji Zamówienia” bez wskazania formy udziału a w zakresie prac jaki będzie realizował „zasoby będą wykorzystane poprzez bieżące doradztwo i konsultacje pracowników firmy Dynamik M.P. oraz bezpośredni mój udział w realizacji Zamówienia w zakresie robót budowlanych. Zasoby będą wykorzystywane przez cały okres realizacji Zamówienia oraz późniejszy okres obowiązywania gwarancji jakości i rękojmi dla Zamówienia”.

Zamawiający po tak otrzymanym uzupełnieniu zobowiązania stwierdził, że jest ono nadal zbyt ogólne i wezwał odwołującego tym razem w trybie art. 26 ust. 4 pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących jak to nazwał zamawiający „realnego udziału podmiotu udostępniającego w realizacji robót budowlanych objętych zamówieniem”.

Na to wezwanie odwołujący poinformował, że podmiot trzeci wykona montaż parapetów wewnętrznych, ułożenie wykładziny dywanowej, roboty malarskie, trawniki siewem, montaż wyposażenia (wycieraczki, tabliczki informacyjne, odboje).



Pomimo wątpliwości co do realnego udostępnienia zasobów zamawiający ocenił oferty według kryteriów SIWZ i najwyżej ocenił ofertę odwołującego. Po czym w trybie art. 26 ust. 2 pzp, wezwał odwołującego do złożenia aktualnych, na dzień złożenia, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, realizując tzw. procedurę odwróconą.

Odwołujący, na wezwanie zamawiającego, wykazując doświadczenie z Rozdz. V pkt 1 ppkt 3) lit. a) SIWZ, przedłożył zamawiającemu dokumenty identyczne z tymi, które złożył wraz z ofertą czyli ten sam Wykaz robót zrealizowanych przez Master wraz z wystawionymi na jego rzecz referencjami.

Zamawiający uwzględniając złożone na wezwanie dokumenty oraz postanowienie o zakresie robót kluczowych obejmujące stan surowy budynku (Rozdział XII pkt 1 SIWZ) czyli o osobistym wykonaniu przez wykonawcę kluczowych części zamówienia ponownie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał odwołującego. Zamawiający wezwał do uzupełnienia wykazu robót budowlanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia posiadanego przez samego odwołującego. Odwołujący w odpowiedzi przedłożył ponownie wykaz robót budowlanych wykonanych przez Master wraz ze swoją opinią o bezpodstawności żądań zamawiającego.

Jak twierdzi zamawiający na podstawie pisma odwołującego z dnia 21 sierpnia 2017 r. podzielił jedynie stanowisko odwołującego w kwestii braku jednoznacznych zapisów SIWZ dotyczących ograniczenia prawa powołania się wykonawcy na zasoby podmiotu trzeciego. Co w niniejszym postępowaniu odnosi się do spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdz. V pkt 1 ppkt 3 lit. a) SIWZ przy jednoczesnym wymogu samodzielności wykonania części zamówienia określonego w rozdz. XII pkt 1 SIWZ to jest stanu surowego budynku. Jednocześnie zamawiający jak twierdzi w tym postępowaniu ma na względzie stanowisko utrwalone w orzecznictwie Izby, iż niejasne postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść Wykonawcy.

Zamawiający podsumowując stan rzeczy stwierdził, że w istniejącym stanie faktycznym dokonał oceny spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej odwołującego w oparciu o posiadane dokumenty i stwierdził, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego w SIWZ doświadczenia, ponieważ deklarowany zakres i wielkość prac jaki miał wykonywać podmiot trzeci, firma Master nie potwierdza realności jego udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia, co stanowi obejście wymogu podwykonawstwa zawartego w art. 22 a ust. 4 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe odwołujący podlegał wykluczeniu na podst. art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp, a jego ofertę, na mocy art. 24 ust. 4 Pzp uznaje się za odrzuconą.

Na rozprawie strony złożyły następujące oświadczenia w sprawie i przywołały następujące dowody.

Odwołujący w związku z powzięciem wątpliwości przez zamawiającego co do realnego udziału podmiotu trzeciego podmiot ten poprawił zobowiązanie na wezwanie zamawiającego z dnia 28.07.2017 r. i 02.08.2017 r. Podmiot trzeci przedstawiając nowe zobowiązanie opatrzone data 01.08.2017 r. gdzie w treści zobowiązania użył szczególności formuły, że będzie brał udział bezpośredni udział w realizacji robót budowlanych.

W dniu 04.08.2017 r. zamawiający ponownie do nas się zwrócił w trybie art. 26 ust 4 z zapytaniem jakie fizycznie roboty podmiot trzeci będzie wykonywał. Udzielając odpowiedzi 8.08.2017 r. przywołaliśmy, że odwołujący wykona roboty tzw. kluczowe opisane w rozdz. 12 ust 1 które musi sam wykonać, a podmiot trzeci będzie wykonywał inne roboty budowlane zgodnie z poprawionym zobowiązaniem i tutaj dalej wyszczególniliśmy szczegółowo jakie to będą roboty, nazwałabym je generalnie wykończeniowymi. Kolejno zamawiający odezwał się do nas 10.08.2017 r. na podstawie art. 26 ust 2 pzp zamawiający zażyczył dokumentów zgodnie z art. 25 dot. warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie stwierdzam, że pismo to nie dot. podmiotu trzeciego. 16.08.2017 r. zamawiający w trybie art. 26 ust 3 wezwał do uzupełnienia dokumentów potwierdzających doświadczenie zawodowe uważając, że wskazany w naszych dokumentach pan E.B. nie jest odpowiednim dowodem na doświadczenia jakiego wymaga się bezpośrednio od wykonawcy. Główny motyw tego wezwania był, że wykonawca nie może powoływać się na doświadczone podmiotu trzeciego w związku z treścią rozdz. 12 ust 1 SIWZ powinno to być doświadczenie własne wykonawcy. Ja uważam, że w treści SIWZ nie ma ograniczeń, że doświadczenie w związku z określeniem prac kluczowych musi posiadać sam wykonawca i nie może w tym zakresie posiłkować się doświadczeniem podmiotu trzeciego w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przywołuje pismo odwołującego z 21.08.2017 r. jako odpowiedź na wezwanie z 16.08.2017 r. My udzielając odpowiedzi stwierdziliśmy, że nie ma takiego warunku, że w związku z zakresem robót kluczowych wynikających z rozdz. 12 ust 1 wykonawca nie może posłużyć się podmiotem trzecim wykazując wymagane doświadczenie. My przywołujemy rozdz. 8 pkt 3, rozdz. 11 pkt 2, rozdz. 12 pkt 3 gdzie wręcz można dla wykazania doświadczenia posłużyć się podmiotem trzecim. Wnoszę o uwzględnienie naszej odpowiedzi przy rozstrzygnięciu sprawy, gdzie stwierdzamy, że jest to nadinterpretacja SIWZ przez zamawiającego. W konsekwencji po naszym piśmie zamawiający 01.09.2017 r. zamawiający wykluczył nas na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 pzp konkluzja czynności zamawiającego sprowadza się do tego, że podmiot trzeci E.B. nie będzie praktycznie

realizował zamówienia. Przywołuję w poczt dowodu ofertę przez nas złożoną, a w szczególności formularz oferty i podwykonawców z określeniem zakresu.

Pan M.P. oświadcza, nasza firma tj. lidera wykonuje generalnie roboty budowlane przy czym ich wartość na poziomie 3-4 mln, współpracujemy z firmami zagranicznymi Anglia i Chiny. Natomiast mój partner w konsorcjum wykonuje roboty żelbetowe. Moja firma istnieje od 3 lat, a partnera od kilkunastu lat. Wykonywałem roboty w zamówieniach publicznych na Podlasiu oraz w kraju. Od początku swojej działalności współpracuje z moim partnerem. Mój partner wykonuje roboty budowlane w tym stany surowe wymagające betonu i robót żelbetowych w budynkach mieszkalnych i użyteczności publicznej. Jeżeli to był inwestor publiczny to z reguły jako podwykonawca, a jeżeli inwestor prywatny to jako wykonawca. Wg moich obliczeń roboty żelbetowe wynoszą około 42% tj. stan surowy. Ja uważam, że przez to należy rozumieć stan surowy, który obejmuje roboty żelbetowe. Ja oceniam całość robót jeżeli chodzi o roboty kluczowe czyli stan surowy obejmujący roboty żelbetowe wyceniliśmy na poziomie 42% całości robót i to będę wykonywał z moim partnerem. Natomiast roboty instalatorskie tzw. branżowe wynoszą około 30% i będą je wykonywały firmy wpisane w formularz jako podwykonawcy, natomiast pozostałe około 30% całości robót to są roboty wykończeniowe i polegać będą na robotach budowlanych wykończeniowych i związanych z zagospodarowaniem terenu. Uważam, że prace stanu surowego są najtrudniejsze bowiem wynika to z dokumentacji projektowej, która jest nietypowa i zawarte w niej rozwiązania konstrukcyjne, izolacyjne nie są standardowe ponieważ występuje wysoki poziom wody gruntowej konieczność wymiany gruntu, wykonanie izolacji fundamentów typu szczelna wanna, a w szczególności aby zabezpieczyć jedna podziemną kondygnację przewidziane są tam laboratoria. Przewidziano konstrukcje mieszaną nietypową bowiem występują stropy monolityczne, kanałowe i strunobetonowe. Natomiast w budownictwie najczęściej stosuje się stropy monolityczne. Trudność polega na pasowaniu tego i łączeniu co nie ma takich trudności w stropach monolitycznych. Dlatego też założyliśmy konsorcjum z firmą mającą doświadczenie specjalizującą się w robotach żelbetowych.

W tym miejscu radca prawny kontynuuje nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, że udział w realizacji zamówienia podmiotu trzeciego jest pozorny bowiem jak oświadczył lider konsorcjum w tej chwili około 25%. Ja uważam, że skoro zamawiający wyznaczył roboty kluczowe do stanu surowego to nie ma prawa twierdzić, że udział podmiotu trzeciego będzie nierealny skoro dopuścił udział podmiotu trzeciego. Ja przywołuję § 10 ust 3, 4, 5 umowy. ja uważam, że może nastąpić zmiana w zakresie realizacji poszczególnych części robót bo dopuszcza to umowa przewidując zmiany w zakresie podwykonawców oraz podmiotu trzeciego. W tym miejscu lider konsorcjum oświadcza, że w ofercie w formularzu ofertowym nie wymienił podmiotu trzeciego. Radca porwany potwierdza, że on z mocy prawa jest on

podwykonawcą. Też zwracam uwagę, że w umowie przewidział kary umowne za brak udziału innego podmioty § 7 ust 1 pkt 9.

Zamawiający dyrektor ds. zamówień publicznych oświadcza, że podtrzymuje w odniesieniu się do wypowiedzi odwołującego na rozprawie, że w całym zakresie podtrzymuje swoje stanowisko jako zamawiający, które przedstawiliśmy w odpowiedzi na odwołanie. Chciałabym podkreślić, że cały czas w procedurze naszych wezwań chcieliśmy uzyskać jednoznaczne stwierdzenie od podmiotu trzeciego, że będzie wykonywał roboty w zakresie w jakim był postawiony warunek doświadczenia zawodowego, jest to bardzo istotne dla nas. Ja uważam, że postawiliśmy bardzo konkurencyjne warunki w zakresie doświadczenia przedłużając okres w do wykazania doświadczenia z 5 do 7 lat. Natomiast podmiot trzeci w żadnym z oświadczeń nie stwierdził, iż będzie podwykonawcą. Jedynie lider konsorcjum wskutek naszych kolejnych wezwań w piśmie z 08.08.2017 r. stwierdził, że podmiot trzeci będzie wykonywał roboty będzie podwykonawcą. Przywołuje fragment pisma, które przywoływał odwołujący wymieniając w naszej ocenie zamknięty katalog robót przypisanych podmiotowi trzeciemu. My podkreślając pozornosc udziału podmiotu trzeciego w wykonania robót zwracam uwagę na katalog prac które odwołujący przepisał podmiotowi trzeciemu w piśmie 08.08.2017 r. m.in. trawniki, montaż wyposażenia. Klóci się zakres robót które ma wykonywać wg wiedzy odwołującego podmiot trzeci z jego oświadczeniem tj., że będzie brał udział cały czas w realizacji zamówienia, bo wymienione przez odwołującego prace mają miejsce na samym końcu realizacji robót budowlanych m.in. trawniki i odboje. Pani M.P. zrozumiała z wypowiedzi lidera konsorcjum na rozprawie, że lider będzie realizował roboty ogólnobudowlane w tym wykończeniowe przewidziane także dla podwykonawcy wymienionego w formularzu oferty jak i po wyjaśnieniach przez podmiot trzeci. Czyli reasumując roboty wykończeniowe będzie realizował 3 wykonawców. Ja zrozumiałam, że lider konsorcjum nie będzie brał udziału w realizacji stanu surowego.

W tym miejscu lider konsorcjum oświadcza, że stan surowy będzie realizował z partnerem tj. J.R.. Radca prawny stwierdza, że wypowiedzi lidera nie można interpretować w inny sposób. Dyrektor ds. zamówień publicznych oświadcza, że w jej ocenie § 10 ust 5 dot. możliwości po stronie zamawiającego zmiany w trakcie realizacji robót podwykonawców. My wykluczyliśmy odwołującego z postępowania za pozornosc udziału podmiotu trzeciego w tym postępowaniu. Ja zwracam uwagę, że zmiana podmiotu trzeciego, który jest podwykonawcą w § 10 ust 5 jest obwarowana warunkami co do wymogów SIWZ w zakresie wymagań doświadczenia zawodowego.

Przystępujący wiceprezes ja chciałabym dodać uzupełnić, że należy wziąć pod uwagę oświadczenie podmiotu trzeciego oraz wyliczenia zamawiającego z których wynika, że podmiot trzeci nie będzie, jak twierdzi odwołujący, wykonywał około 25% robót z całości

zamówienia bo należy wziąć pod uwagę jego oświadczenie. Ja zapoznając się z treścią oświadczenia podmiotu trzeciego stwierdzam, że wynika z niego, że będzie wykonywał śladowe ilości robót w stosunku do całości zadania. Ja widzę sprzeczność między oświadczeniem podmiotu trzeciego pana B. z tym co dziś oświadczył na rozprawie lider konsorcjum. Prezes zarządu podkreśla, że z przebiegu rozprawy wynika, że nie ma sprzeczności co do twierdzenia, że konsorcjum tj. lider i partner żaden z nich nie posiada wymaganego doświadczenia zawodowego w SIWZ. Ja chciałbym podkreślać, że faktycznie prace z uwagi na poziom wód gruntowych wymagają szczególnej technologii w zakresie konstrukcji tzw. wodoszczelnej wanny ale to jest wymóg w zakresie samego żelbetu jego konstrukcji, konstrukcja ma być szczelna. Reasumując udział pana B. jest pozorny bo jak sam stwierdza w swoich oświadczeniach ma konsultować. Nie może tego realizować stanu surowego bo wyklucza to SIWZ, a konsorcjant który tylko może to realizować nie ma doświadczenia. Wniosek taki, że nie spełnia warunków SIWZ odwołujący i słusznie został wykluczony.

Na podstawie dokonanych ustaleń w związku z przeprowadzonymi dowodami jak i wyjaśnieniami stron złożonymi na rozprawie Izba zważyła jak poniżej.

### **Izba zważyła**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba podziela stanowisko zamawiającego w zakresie, że „Treść dokumentów przekazanych zamawiającemu musi być jednoznaczna a możliwość posługiwania się cudzym potencjałem nie może pozostawać w sferze domysłów i bliżej niesprecyzowanych zasad udostępnienia. Zaznaczyć także należy, iż przytoczone wyjaśnienie odwołującego nie ma waloru oświadczenia własnego podmiotu trzeciego i de facto doprowadziło do powstania nowej treści nie wynikającej z posiadanych zobowiązań podmiotu trzeciego”.

O tym, że podmiot udostępniający zasoby nie będzie realizował zamówienia świadczy następujący rozkład podziału zadań w ramach przedmiotu zamówienia przedstawiający się następująco, który przedstawił w odpowiedzi na odwołanie zamawiający.

„Wartość prac planowanych do powierzenia podmiotowi trzeciemu, których zakres wbrew twierdzeniu odwołującego nie stanowił katalogu otwartego lecz zamknięty, wynosi 160 tys. zł brutto, podczas gdy:

-wartość robót budowlanych wskazanych przez zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu to min. 7 000 000,00 zł brutto każda robota,

- w wartość oferty odwołującego to 12.129.681,20 zł.

Z niniejszego wynika, iż wartość robót deklарowanych przez odwołującego do powierzenia do realizacji podmiotowi trzeciemu, na zasoby którego odwołujący powołał się w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to zaledwie: odpowiednio 2,3% minimalnej wartości robót budowlanych, których realizacją miał się wykazać wykonawca i 1,3% wartości całkowitej oferty. Dodatkowo, zakres prac, który wskazał odwołujący do powierzenia podmiotowi trzeciemu nie mieści się w pojęciu „budowa” lub „przebudowa” w rozumieniu prawa budowlanego (Dz.U. z 2016r., poz. 290 ze zm.), do których odwoływał się warunek zamawiającego, a ponadto niektóre z tych prac należy zakwalifikować jako usługę, a nie robotę budowlaną (trawniki siewem, montaż wyposażenia). Jednocześnie, zgodnie z deklaracją podmiotu trzeciego, zobowiązał się on do udostępnienia swoich zasobów „przez cały okres realizacji Zamówienia”, co stoi w sprzeczności ze wskazanym rodzajem prac i terminem ich realizacji, bowiem byłyby wykonywane wyłącznie w końcowej fazie realizacji zamówienia. Dlatego też twierdzenie odwołującego, iż „dysponuje potencjałem na takim poziomie, który gwarantuje wykonanie prawidłowe zamówienia (...) Zakres zastrzeżony do osobistego wykonania nie uniemożliwia realnego skorzystania z wiedzy i doświadczenia lub osób od podmiotu trzeciego.” nie znajduje potwierdzenia w istniejącym stanie faktycznym.”

Słusznie więc zamawiający stwierdza ”Mając powyższe na uwadze Zamawiający dokonał oceny otrzymanych dokumentów i uznał, że ich treść wskazuje na „pozorność” udostępniania przez inny podmiot własnych zasobów, wyłącznie w celu ubiegania się o zamówienie podmiotu, który sam z siebie podlegałby wykluczeniu z postępowania.

Przepisy te stanowią implementację do prawa krajowego przepisu 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 (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65). Przepis ten stanowi, że w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust 4, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. W odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

Co do braku zasadności żądania przez odwołującego aby zamawiający skorzystał z dyspozycji z art.22a ust.6 pzp to zamawiający słusznie zauważył składając odpowiedź na odwołanie: „Zamawiający nie podziela także stanowiska odwołującego w kwestii zaniechania wezwania odwołującego, aby zastąpił podmiot trzeci innym podmiotem lub podmiotami, w trybie art. 22a ust. 6 Pzp w związku z art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający w trakcie oceny wykonawcy, w zakresie spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej dwukrotnie wzywał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów. Najpierw wezwał do uzupełnienia zobowiązania przedłożonego przez firmę „Master” E.B. s.j. wskazując w wezwaniu w sposób jednoznaczny i precyzyjny braki tego dokumentu, a następnie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Następnie, wezwał w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu robót budowlanych wykonanych przez Odwołującego. Odwołujący ponownie złożył ten sam wykaz robót budowlanych.

Reasumując żądania odwołującego są nieuprawnione w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym to jest:

- 1) co do zaniechania wezwania odwołującego, aby na podstawie przepisu art. 22a ust. 6 Pzp w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił podmiot trzeci innym podmiotem lub podmiotami (w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych), o których mowa w art. 22a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych. Jak przedstawiono powyżej odwołujący był wzywany wielokrotnie przez zamawiającego w trybie zarówno art.26 ust.3 i 4 pzp w związku z powołaniem się na zasób podmiotu trzeciego i wątpliwościami zamawiającego, w ocenie Izby uzasadnionymi, co do udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia. Przywoływany przepis art.22a ust.6 pzp jako podstawa żądania jest w przedmiotowej sprawie niewłaściwy, ponieważ nie stwierdzono w toku postępowania odwoławczego, aby podmiot trzeci nie spełniał warunku udziału w zakresie doświadczenia zawodowego. W takim to tylko przypadku zamawiający żąda zastąpienia podmiotu innym podmiotem lub osobistego wykonania przez wykonawcę. Zaistniała przesłanka merytoryczna opisana w art.22 a ust.6 pzp po stronie wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego nie zaistniała. Natomiast wezwania zamawiającego (art.26 ust.3 i ust.4 pzp) obejmowały wątpliwy udział w realizacji zamówienia przez podmiot trzeci, który wskazano w ofercie odwołującego. W związku z powyższym, że zamawiający nie stwierdził nie spełnienia warunku doświadczenia zawodowego przez podmiot trzeci, powoływanie się przez odwołującego na naruszenie art.22 a ust.6 pzp jest nieuprawnione.

2) w konsekwencji dokonanych czynności zamawiający miał prawo wykluczyć na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp z udziału w postępowaniu odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, ponieważ odwołujące konsorcjum nie wykazało mimo wezwań zamawiającego udziału w realizacji robót budowlanych dla realizacji których zdolności zostały udostępnione. Słusznie zamawiający ocenił, że udział we wskazanych przez odwołującego pracach wykończeniowych czy to wewnątrz budynku (montaż parapetów wewnętrznych, ułożenie wykładziny dywanowej, roboty malarskie, montaż wyposażenia, wycieraczki, tabliczki informacyjne, odboje), czy to na zewnątrz budynku (wykonanie trawników siewem) a wskazanych w piśmie odwołującego z dnia 08.08.2017 roku nie spełnia wymogu art.22a ust.4 pzp w kontekście uzupełnionego zobowiązania w dniu 01.08.2017 roku E. B.. Należy też mieć na uwadze, że odwołujący w złożonej ofercie wskazał na doświadczenie zawodowe podmiotu trzeciego to jest E. B.. Z dokumentacji postępowania wynika (oferta odwołującego i zobowiązanie podmiotu trzeciego to jest E. B., wykaz robót i załączonych referencji), że odwołujący nie posiada w przedmiotowym zakresie zamówienia żadnego doświadczenia zawodowego. Owszem na rozprawie działający w imieniu konsorcjum Lider w osobie Mariusza Pawłowskiego powoływał się na doświadczenie w tego rodzaju robotach budowlanych wskazując jednak, że nie ma Konsorcjum doświadczenia pod względem wartości wymaganych robót (oświadczenie na rozprawie przywołane powyżej w ustaleniach Izby). Niemniej taka okoliczność nie wynika z wniosków dowodowych odwołującego z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na okoliczność jego oferty. W powyższym stanie rzeczy skoro odwołujący składając ofertę czy też uzupełniając dokumenty na wezwanie zamawiającego nie wykazał jakiegokolwiek doświadczenia to roboty wskazane jako stan surowy powinien wykonać podmiot trzeci jako wykonawca a nie odwołujący. Natomiast jak wskazano powyżej podmiot trzeci ma wykonać tylko roboty tzw. wykończeniowe. W tym miejscu należy wskazać, że interpretacja zamawiającego, że wskazane w SIWZ roboty stanu surowego musi wykonać sam wykonawca to jest odwołujący, w ocenie Izby, jest nieuprawniona. Bowiem po to istnieje instytucja podmiotu trzeciego, udostępniającego zasoby aby wykonawca mógł się tymi zasobami posłużyć przy realizacji zamówienia. W tym wypadku wykonawca/ odwołujący ma prawo a nawet obowiązek posłużyć się przy wykonaniu stanu surowego podmiotem trzecim skoro nie wykazał żadnego własnego doświadczenia uprawniającego go do wykonywania robót stanu surowego budynku. W błędzie jest zamawiający, który interpretuje ustalony przez siebie SIWZ jakoby to w każdym przypadku wykonawca miał obowiązek wykonywać osobiście roboty kluczowe sam



bez udziału podmiotu trzeciego, który udostępnia jemu zasoby. Owszem zamawiający wprowadził w błąd odwołującego kierując do niego pisma, z których wynikało, że to odwołujący a nie podmiot trzeci ma wykonać roboty kluczowe czyli stan surowy budynku. Po to odwołujący posłużył się podmiotem trzecim, który przedstawił stosowne do SIWZ doświadczenie aby ten podmiot trzeci zrealizował roboty budowlane do których zdolności przedstawił. Zamawiający w piśmie z dnia 4 sierpnia 2017 roku L.dz. DIN-II.271.28.2017 dosłownie napisał, „a Wykonawca (Konsorcjum) musi wywiązać się z obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, tj, stanu surowego otwartego budynku Centrum Kształcenia Praktycznego, zastrzeżonego przez zamawiającego w rodz. XII pkt 1 SIWZ”. W ocenie Izby zamawiający nie miał prawa tak interpretować w obowiązującym stanie prawnym postanowień SIWZ. Po to są użyczane zasoby podmiotów trzecich aby wykonawcy, którym te zasoby są udostępniane mieli prawo angażowania podmiotu trzeciego do całości robót w tym również robót kluczowych. Użyty w SIWZ (Rozdz. XII pkt1) i art. 36 a pzp w kontekście art. 22 a pzp zwrot „osobiste wykonanie przez wykonawcę” należy odnosić jako zakaz do zlecenia podwykonawcy a nie do powierzania podmiotowi trzeciemu "zrealizowania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane”. W przeciwnym wypadku zamawiający mogliby skutecznie ograniczać udostępnianie zasobów przez podmioty trzecie do określonych w SIWZ kluczowych części zamówienia na roboty budowlane a takie prawo do ograniczania powoływania się na cudze zasoby nie wynika z ustawy. Z kolei w przedmiotowym postępowaniu wykonawca Konsorcjum nie wykazał żadnego doświadczenia w związku z tym nie ma prawa wykonywać stanu surowego budynku zwłaszcza jak na rozprawie wykazał sam między innymi ze względu na specyfikę kondygnacji podziemnej, która charakteryzuje się wysokimi wodami gruntowymi co wymaga tzw. technologii szczelnej wanny czyli technologii nieprzepuszczającej wody. Niemniej interpretacji przez zamawiającego pojęcia „podmiotu wykonującego kluczową część zamówienia” jako tylko i wyłącznie wykonawca/odwołujący (w.w. wezwanie z dnia 04.08.2017r.), nie zakwestionował odwołujący. Wręcz przeciwnie ją zaakceptował, ponieważ wykonując wezwanie wskazał podmiot E. B. jak wykonującego roboty wykończeniowe a siebie jako wykonawcę zasadniczych robót to jest stanu surowego budynku (w.w. pismo odwołującego z dnia 08.08.2017 roku).

Podsumowując powyższe zamawiający wobec sprzecznych oświadczeń podmiotu trzeciego to jest E. B. z dnia 01.08.2017 r. (fragment oświadczenia „oraz bezpośredni mój udział w realizacji Zamówienia w zakresie robót budowlanych. Zasoby będą wykorzystywane przez cały okres realizacji Zamówienia oraz późniejszy okres obowiązywania gwarancji jakości i rękojmi dla Zamówienia”) i odwołującego z dnia

08.08.2017 roku o udziale E. B. tylko w pracach wykończeniowych (montaż parapetów wewnętrznych, ułożenie wykładziny dywanowej, roboty malarskie, montaż wyposażenia, wycieraczki, tabliczki informacyjne, odboje, wykonanie trawników siewem), zasadnie wykluczył odwołującego z postępowania.

W zaistniałym stanie Izba oddaliła odwołanie z uwagi na nie wykazanie przez odwołującego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

Izba pomija kwestię nieuprawnionego żądania zamawiającego wykonania stanu surowego przez odwołującego w sytuacji posłużenia się podmiotem trzecim (udział w realizacji Zamówienia w zakresie robót budowlanych). Z uwagi na to, że przedmiot zaskarżenia nie obejmuje naruszenia w tym zakresie to jest art.36 a ust.1 i ust.2 pkt 1 w zw. z art.22a ust.4 pzp w kontekście oświadczenia podmiotu trzeciego z dnia 01.08.2017 roku ( w aktach sprawy). Niemniej na marginesie sprawy, w ocenie Izby, nie są tożsamymi pojęciami „zrealizowanie robót budowlanych przez podmiot trzeci do realizacji których te zdolności są wymagane” wynikający z art.22a z pojęciem „powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy z zastrzeżeniem osobistego wykonania przez wykonawcę np. kluczowych części zamówienia na roboty budowlane” wynikający z art. 36a pzp.

Reasumując w zaistniałym stanie rzeczy E.B. jako podmiot trzeci udostępniający zasoby wiedzy miał nie tylko prawo ale obowiązek wykonania stanu surowego budynku określonego w SIWZ jako kluczowej części zamówienia (Rozdz. XII pkt 1 SIWZ).

Bez względu na okoliczność przyczynienia się przez zamawiającego do nie wykazania udziału w realizacji robót budowlanych przez E. B., odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Bowiem zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy to jest art.22 a ust.6 ; art.22 a ust.1 i art.24 ust.1 pkt 12 pzp, ponieważ przy udziale podmiotu trzeciego jest nie tylko wymóg spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego ale również zobowiązanie tego podmiotu do realizacji robót budowlanych w myśl art.22a ust.4 pzp.

Natomiast jak powyżej Izba stwierdziła brak jest naruszenia po stronie zamawiającego art.22 a ust.6 w związku z art. 22a ust.1 pzp podnoszonego w odwołaniu. W konsekwencji również Izba nie stwierdziła naruszenia podstawy wykluczenia odwołującego to jest art.24 ust.1pkt 12 i konsekwentnie art.24 ust.4 pzp. a w konsekwencji naruszenia przywołanych w odwołaniu: art.7 ust.1; 24 ust.1 pkt 12; 24 ust.4; 92 ust.1 pkt2; 22ust.1 pkt 1 i 2; 22a ust.1-4; 22a ust.6; 26 ust3; 22an ust.1pzp.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji wyroku nie znajdując podstaw do uwzględnienia odwołania w związku z brakiem potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 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. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.poz. 47) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 10.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego. Wniosku o zasądzenie kosztów postępowania po stronie zamawiającego nie zgłoszono.

Przewodniczący: .....

