

WYROK
z dnia 24 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Dawid Wypych

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IDS-BUD S.A. (lider konsorcjum), ul. Grzybowska 87; 00-844 Warszawa, BLEJKAN S.A., ul. Transportowa 1; 70-715 Szczecin**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5; 02-015 Warszawa**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromie, ul. Piłsudskiego 57 A; 32-340 Wolbrom (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „METRO” sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Budowlana 5G; 40-301 Katowice, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Modlińska 310/312; 03-152 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. (lider konsorcjum), ul. Grzybowska 87; 00-844 Warszawa, BLEJKAN S.A., ul. Transportowa 1; 70-715 Szczecin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. (lider**

konsorcjum), ul. Grzybowska 87; 00-844 Warszawa, BLEJKAN S.A., ul. Transportowa 1; 70-715 Szczecin, tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od odwołującego - **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. (lider konsorcjum), ul. Grzybowska 87; 00-844 Warszawa, BLEJKAN S.A., ul. Transportowa 1; 70-715 Szczecin** na rzecz zamawiającego - **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5; 02-015 Warszawa, kwotę 3 567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5; 02-015 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizacja na jej podstawie robót dotyczących modernizacji kolektora ogólnospławnego o przekroju 2,10 x 1,60 m, Lca = 2725,50 mb, usytuowanego w ul. Kolektorskiej na wysokości Parku Kaskada oraz Lasku Bielańskiego w Warszawie”*.

Dnia 3 listopada 2015 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 13 listopada 2015 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. (lider konsorcjum), ul. Grzybowska 87; 00-844 Warszawa, BLEJKAN S.A., ul. Transportowa 1; 70-715 Szczecin (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, iż konsorcjum Linter udowodniło, że będzie dysponowało zasobami udostępnionymi przez UAB „Inżynieriniai tinklai” z siedzibą w Kaunas, ewentualnie poprzez błędne uznanie, iż konsorcjum Linter będzie realnie dysponowało zasobami udostępnionymi przez UAB „Inżynieriniai tinklai” z siedzibą w Kaunas,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Linter jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i tym samym zaniechanie uznania oferty konsorcjum Linter za odrzuconą,
- 3) art. 186 ust. 2 zd. ostatnie ustawy Pzp oraz art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykonania, powtórzenia oraz unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym przez odwołującego w dniu 16.10.2015 r., co do którego zamawiający, w dniu 23.10.2015 r., uwzględnił wszystkie zarzuty wskazane w w/w odwołaniu,

oraz innych przepisów wymienionych w treści odwołania, w wyniku czego zamawiający bezzasadnie wybrał ofertę konsorcjum Linter jako najkorzystniejszą.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Linter, przeprowadzenia ponownego

badania i oceny ofert, wykluczenia konsorcjum Linter jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i uznania oferty wspomnianego wykonawcy za odrzuconą.

Odwołujący wskazał, iż załączone do uzupełnień zobowiązanie podmiotu UAB „Inžinerinai tinklai” różni się od przedłożonego pierwotnie do oferty zapisem punktu II., w którym obecnie wskazano nie tylko na pod wykonawstwo, ale również na udzielenie wykonawcy wsparcia technicznego (konsultacji) poprzez: oddelegowanie własnego personelu do zespołu Wykonawcy w celu bezpośredniego wsparcia technicznego, konsultacji i nadzoru nad pozostałymi pracami, które nie będą wykonywane w ramach podwykonawstwa. Należy zwrócić uwagę na to, iż dokument tego zobowiązania datowany jest na 12.08.2015r.

W piśmie z dnia 24.09.2015r. UAB „Inžinerinai tinklai” wyjaśnił, iż wskazany w treści pierwotnego zobowiązania, datowanego na dzień 11.08.2015r. potencjał będzie, niezależnie od realizacji przez udostępniającego zasoby części zamówienia w charakterze podwykonawcy, przekazany poprzez świadczenie w toku realizacji zamówienia wsparcia technicznego (konsultacji), przy robotach polegających na wprowadzeniu samonośnych paneli rurowych do modernizowanego kolektora, a także poprzez oddelegowanie własnego personelu do zespołu wykonawcy w celu bezpośredniego wsparcia technicznego, konsultacji a także nadzoru nad wszystkimi pozostałymi pracami, wchodzącymi w skład przedmiotowego zamówienia. W wyjaśnieniach zostało również wskazane, iż zdaniem udostępniającego dla stron oczywistym było, że wskazanie w treści zobowiązania na wykonanie części zamówienia jako podwykonawca bez wskazania ograniczenia w ilości prac rozciąga się również na bezpośrednie wsparcie techniczne, konsultacje oraz nadzór nad pozostałymi pracami, których udostępniający nie będzie bezpośrednio wykonywać.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż zamawiający uwzględnił w całości zarzuty wskazane przez odwołującego w odwołaniu z dnia 16.10.2015 r. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji legalnej zarzutu odwołania, jednakże Krajowa Izba Odwoławcza wypracowała w orzeczeniach własną definicję tego terminu, według której zarzut odwołania to *„zespół okoliczności faktycznych i prawnych, tj. czynność lub zaniechanie Zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne.”* Zdaniem odwołującego, zamawiający uwzględniając zarzuty wskazane przez odwołującego w odwołaniu z dnia 16.10.2015 r., uznał również za zasadne twierdzenia odwołującego, iż nie ma możliwości przekazania wiedzy i doświadczenia w inny sposób, niż udział podmiotu udostępniającego zasoby w charakterze podwykonawcy prac polegających na wprowadzeniu samonośnych paneli rurowych do modernizowanego kolektora. Dlatego też zamawiający winien, wyjaśnienia konsorcjum Linter z dnia 02.11.2015 r., oraz załączone do nich dokumenty (które potwierdzają, iż podmiot UAB „Inžinerinai tinklai” przekaże niezbędną wiedzę i doświadczenie poprzez konsultacje i doradztwo) uznać za niewystarczające do skutecznego przekazania wiedzy

i doświadczenia, niepotwierdzające realności udostępnienia zasobów, a co za tym idzie niepotwierdzające spełniania przez konsorcjum Linter warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 5.1.2. SIWZ, w konsekwencji czego zamawiający powinien był wykluczyć konsorcjum Linter z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem „w świetle art. 186 ust. 2 i 3 p.z.p. uwzględnienie zarzutu w całości przez zamawiającego musi prowadzić do wykonania czynności, której domaga się odwołujący.” (KIO 675/15).

Działanie zamawiającego, polegające na uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 16.10.2015 r. było, zdaniem odwołującego, uzasadnione i logiczne, chociażby z uwagi na doświadczenie zamawiającego w podobnych sprawach. Krajowa Izba Odwoławcza, w sprawie o sygnaturze KIO 1359/15, rozpatrywała odwołanie wniesione przez odwołującego, w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonym przez zamawiającego, w tożsamym z obecnym stanie faktycznym, bowiem w w/w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza badała również możliwość przeniesienia wiedzy i doświadczenia na zasadzie konsultacji i doradztwa (przy czym należy podkreślić, iż w tamtym przypadku sposób udzielania konsultacji oraz doradztwa został określonych znacznie szerzej, niż w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, złożonym przez UAB „Inżynierinai tinklai” w dniu 12.08.2015 r.)

Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem odwołującego, zamawiający posiadał wiedzę w zakresie braku możliwości przekazania wiedzy i doświadczenia w wykonaniu robót, będących przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego, w drodze konsultacji i doradztwa.

Odwołujący wskazał, iż może tylko domniemać, że działania konsorcjum Linter wynikają z faktu uświadomienia sobie - już po złożeniu oferty przez tego wykonawcę - iż przedłożone przez niego w przedmiotowym postępowaniu dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 5.1.2 SIWZ. Wskazują na to również działania i dokumenty przedłożone przez tego wykonawcę w ramach wyjaśnień z dnia 02.11.2015 r. Załączone pierwotnie do oferty zobowiązanie UAB „Inżynierinai tinklai” do udostępnienia zasobów, z dnia 11.08.2015 r., przewidywało wyłącznie podwykonawstwo, jako sposób wykorzystania zasobów. Z kolei załączone do wyjaśnień z dnia 02.11.2015 r., datowane na dzień 12.08.2015 r., wskazuje już na odmienny sposób przekazania wiedzy i doświadczenia, a mianowicie częściowo na podwykonawstwo, ale też na konsulting i doradztwo. Już pobieżna analiza wskazanych wyżej dokumentów oraz pisma UAB „Inżynierinai tinklai”, dat ich wystawienia oraz dat rzeczywistego złożenia zamawiającemu, powinna budzić uzasadnione obawy zamawiającego, iż działania konsorcjum Linter zmierzają wyłącznie do sztucznego wykazania, iż wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu, określony w punkcie 5.2.1. SIWZ. Wykonawca ten bowiem

- do czego przyznał się w wyjaśnieniach z dnia 25.09.2015 r. - we własnym zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia nie posiada. Nie jest również w stanie realnie skorzystać z wiedzy i doświadczenia, które posiada UAB „Inžinerinai tinklai”, gdyż zgodnie z oświadczeniem złożonym w punkcie 9 oferty, zakres prac, których wykonanie przez UAB „Inžinerinai tinklai” w charakterze podwykonawcy pozwoliłoby na uznanie, iż doszło do realnego przekazania wiedzy i doświadczenia, konsorcjum Linter przewidziało do osobistego wykonania.

Odwołujący podkreślił, iż podział wskazany przez konsorcjum Linter, jest sztuczny. Głównymi robotami budowlano-montażowymi, które będą wykonywane w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego, są właśnie roboty polegające na modernizacji kolektora (reling). Pozostałe roboty, które miałyby zostać wykonane przez UAB „Inžinerinai tinklai” to prace przygotowawcze i towarzyszące. Rozwiązanie wskazane przez konsorcjum Linter polega więc na tym, że podmiot, który ma wiedzę i doświadczenie w zakresie modernizacji kolektora metoda relingu, jest podwykonawcą wszelkich prac towarzyszących, jednakże nie wykonuje żadnych prac związanych *stricte* z robotami budowlano-montażowymi polegającymi na wprowadzeniu samonośnych paneli rurowych do modernizowanego kolektora. Co istotne, prace te wymagają odpowiednio wykwalifikowanego personelu oraz wiążą się z tak wysokim ryzykiem, że trudno uznać, iż sam nadzór i konsultacje, bez rzeczywistego udziału w charakterze podwykonawcy, pozwolą na realne przekazanie wiedzy i doświadczenia. Dlatego też, zdaniem odwołującego, jedyną realną możliwością udostępnienia zasobów jest właśnie - wskazane pierwotnie przez samego udostępniającego - podwykonawstwo.

Odwołujący wskazał, że zdaje sobie sprawę z faktu, iż istnieją orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, które dopuszczają udostępnienie wiedzy i doświadczenia w formie innej niż podwykonawstwo, tzn. na zasadzie konsultingu czy też doradztwa, ale podkreślenia wymaga fakt, że dotyczą one robót/prac znacznie mniej skomplikowanych, przy których rzeczywiście udział w formie podwykonawstwa może wydawać się zbędny (jak chociażby oczyszczanie letnie dróg, które było przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy przytoczone przez konsorcjum Linter orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej KIO 1007/15). Jednakże wiedza i doświadczenie w zakresie wykonania robót budowlanych o wyższym stopniu skomplikowania, powinna zostać przekazana poprzez udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji części zamówienia publicznego w charakterze podwykonawcy, co potwierdza szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, chociażby wskazane wyroki: KIO 675/15 oraz KIO 2685/15. Nie chodzi o to, by udostępniający zasoby był podwykonawcą jakichkolwiek prac, lecz tych, których wykonanie wiąże się z warunkiem udziału w postępowaniu, na potwierdzenie spełniania którego wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu.

Odwołujący podkreślił, iż w przypadkach, w których Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła możliwość udostępnienia zasobów tylko poprzez doradztwo czy konsulting, sposób przekazania wiedzy i doświadczenia, zostało podkreślone, iż sposób przekazania wiedzy i doświadczenia powinien zostać określony precyzyjnie, a nie ograniczać się tylko do ogólników czy, jak w przypadku udostępniającego UAB „Inžinerinai tinklai”, do stwierdzenia, iż przekazanie wiedzy i doświadczenia nastąpi poprzez oddelegowanie własnego personelu do zespołu Konsorcjum Linter w celu bezpośredniego wsparcia technicznego, konsultacji i nadzoru nad pozostałymi pracami, które nie będą wykonywane w ramach podwykonawstwa.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż zamawiający niesłusznie dokonał wyboru oferty konsorcjum Linter. Oferta odwołującego jest drugą w kolejności ofertą - niepodlegającą odrzuceniu, w związku z powyższym, w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta odwołującego będzie najkorzystniejsza w świetle kryteriów określonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromie, ul. Piłsudskiego 57 A; 32-340 Wolbrom (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „METRO” sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Budowlana 5G; 40-301 Katowice, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Modlińska 310/312; 03-152 Warszawa (dalej „przystępujący”).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z punktem 5.1.2. SIWZ o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego ubiegać się mogą wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, w szczególności wykonawcy, którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonali co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane polegające na modernizacji lub renowacji lub remoncie lub usunięciu awarii, sieci kanalizacyjnej przy użyciu samonośnych paneli rurowych (relining), z zastosowaniem iniektu do wypełnienia przestrzeni międzyrurowej, o wartości każdej z robót równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 2.000.000,00 zł bez podatku VAT.

Punkt 6.1.6 a) SIWZ wskazuje, iż zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

W punkcie 9 formularza oferty wykonawcy zobowiązani byli określić część zamówienia, którą mają zamiar powierzyć podwykonawcom oraz wskazać nazwę (firmę) podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca się powołuje.

Przystępujący, w punkcie 9 formularza oferty, wskazał, iż zamierza powierzyć następujące części przedmiotowego zamówienia podwykonawcom:

- opracowanie dokumentacji projektowej
- część robót budowlano-inżynierskich z wyłączeniem robót polegających na wprowadzeniu samonośnych paneli rurowych do modernizowanego kolektora
- roboty teletechniczne
- obsługa geodezyjna

oraz wskazało, iż UAB „Inżynieriniai tinklai” z siedzibą w Kaunas będzie podwykonawcą, na którego zasoby wykonawca się powołuje.

Przystępujący przedłożył wraz z ofertą zobowiązanie UAB „Inżynieriniai tinklai” z siedzibą w Kaunas (zwaną dalej „Udostępniającym”) do udostępnienia zasobów, z dnia 11.08.2015 r., w którym udostępniający, jako podmiot, który będzie realizował część zadania jako

podwykonawca, zobowiązał się na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp do oddania do dyspozycji Przedsiębiorstwu Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o. zasobów, określonych w następujący sposób:

Zakres udostępnianych zasobów:

Wiedzy i doświadczenia w zakresie referencji wystawionych na podstawie zrealizowanych przez udostępniającego umów, tj.

- 1) „Rozbudowa wodociągu i kanalizacji w Olicie, Część 7 - renowacja sieci kanalizacji i pompowni w centralnej części miasta”,
- 2) „Rozwój sieci wodociągowej i kanalizacyjnej w Olicie, Część V - rozwój i renowacja sieci wodociągowej i kanalizacyjnej do odprowadzania ścieków bytowo - gospodarczych w Olicie I i w dzielnicy Stare Miasto w Olicie”.

Sposób wykorzystania zasobów przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia:

- udostępnienie zasobów w celu bezpośredniej realizacji części zamówienia jako podwykonawca.

Charakter stosunku jaki będzie łączył udostępniającego z konsorcjum Linter:

- umowa cywilno-prawna

Okres udziału:

- korzystanie z nich przy wykonaniu zamówienia będącego wynikiem rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania i obejmuje, niezależnie od okresu wykonania zamówienia, okres składania oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz wykonywanie przez zamawiającego uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji.

Zakres i okres przedmiotowego zobowiązania jest tożsamy z opisanymi w art. 26 ust. 2b Pzp.

W dniu 23 września 2015 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień.

W odpowiedzi na powyższe, przystępujący przedłożył wyjaśnienia, w ramach którego w punkcie 3 oświadczył, że z uwagi na fakt, iż partnerzy konsorcjum nie posiadają referencji o wskazanych w SIWZ parametrach, powołali się w ofercie na zasoby innego podmiotu w tym zakresie. Dodatkowo przystępujący wskazał, iż podmiot, który udostępnił referencje spełniające wymagania zamawiającego będzie uczestniczył w realizacji przedmiotowego zamówienia jako podwykonawca części robót budowlano-montażowych. Udostępniający bowiem będzie wykonywać roboty jako podwykonawca w zakresie m.in. przygotowania i wyposażenia stanowisko roboczych, z których będą wprowadzane do istniejącego kanału panele rurowe oraz będzie doradzać w zakresie technik instalacji rurociągu. W zakresie robót polegających na wprowadzeniu samonośnych paneli rurowych do modernizowanego kolektora, przystępujący oświadczył, iż zamierza wykonać te prace samodzielnie, pod nadzorem doświadczonego podwykonawcy, tj. udostępniającego.

W dniu 6 października 2015 roku, zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Linter.

W dniu 16 października 2015 r. odwołujący wniósł odwołanie na czynność zamawiającego, polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum Linter, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 2b Pzp (poprzez błędne uznanie, iż konsorcjum Linter udowodniło, że będzie dysponowało zasobami udostępnionymi przez UAB „Inžineriniai tinklai” z siedzibą w Kaunas, ewentualnie poprzez błędne uznanie, iż konsorcjum Linter będzie realnie dysponowało zasobami udostępnionymi przez UAB „Inžineriniai tinklai” z siedzibą w Kaunas) oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Linter jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i tym samym zaniechanie uznania oferty konsorcjum Linter za odrzuconą). Jednocześnie, z ostrożności, odwołujący zarzucił zamawiającemu również naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Linter do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 5.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W związku z powyższym, odwołujący wniósł o unieważnienie czynności polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Linter, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, wykluczenia konsorcjum Linter jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu; ewentualnie o nakazanie wezwania konsorcjum Linter w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 5.1.2. SIWZ.

W dniu 23 października 2015 r., zamawiający, w ramach odpowiedzi na odwołanie, poinformował o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołującego przedstawionych w odwołaniu. W związku z brakiem sprzeciwu konsorcjum Linter wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, Krajowa Izba Odwoławcza, postanowieniem z dnia 28 października 2015 roku (KIO 2264/15), umorzyła postępowanie odwoławcze.

W dniu 28 października 2015 r., zamawiający, wezwał konsorcjum Linter, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 5.1.2 IDW.

W dniu 2 listopada 2015 r. konsorcjum Linter udzieliło odpowiedzi na w/w wezwanie zamawiającego. Przystępujący przedłożył ponownie wykaz robót budowlanych załączony do oferty oraz uzupełnił zobowiązanie podmiotu trzeciego - firmy UAB „Inžineriniai tinklai”, datowane na dzień 12 sierpnia 2015 r. oraz wyjaśnienia UAB „Inžineriniai tinklai” z dnia 24 września 2015 r., które dotyczą zobowiązania pierwotnie załączonego do oferty przystępującego.

W piśmie przewodnim, konsorcjum Linter wskazało, iż „załączone zobowiązanie podmiotu trzeciego wskazuje literalnie na wykonanie części zamówienia, jako podwykonawca oraz udzielenie Wykonawcy wsparcia technicznego (konsultacji) poprzez: oddelegowanie własnego personelu do zespołu Wykonawcy w celu bezpośredniego wsparcia technicznego, konsultacji i nadzoru nad pozostałymi pracami, które nie będą wykonywane w ramach podwykonawstwa.”

Odnosząc się do zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 186 ust. 2 zd. ostatnie ustawy Pzp oraz art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykonania, powtórzenia oraz unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym przez odwołującego w dniu 16.10.2015 r., co do którego zamawiający, w dniu 23.10.2015 r., uwzględnił wszystkie zarzuty wskazane w w/w odwołaniu, Izba wskazuje, co następuje.

Przepis art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp, stanowi, iż „(...) W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.”

Natomiast art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi, że „Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.”

Zdaniem Izby, zamawiający w sposób prawidłowy wykonał dyspozycję wskazywanych wyżej przepisów. Odwołujący w odwołaniu z dnia 16 października 2015 roku postawił szereg zarzutów, jednocześnie żądając: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenia przez zamawiającego ponownego badania i oceny ofert, wykluczenia konsorcjum Linter z postępowania, ewentualnie wezwania konsorcjum Linter w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów, przyznania odwołującemu prawidłowej liczby punktów.

Zamawiający uwzględniając przedmiotowe odwołanie (KIO 2264/15), unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonał wezwania konsorcjum Linter, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów oraz dokonał ponownego badania i oceny ofert.

Tym samym czynności zamawiającego wypełniają żądania odwołującego. Okoliczność, iż wynik tych czynności nie odpowiada oczekiwaniom odwołującego nie może negatywnie wpływać na ocenę czynności zamawiającego. Nie jest bowiem dopuszczalne, przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych, automatyczne wykluczenie wykonawcy, który nie był

wzywany do uzupełnienia dokumentów, gdyż sprzeciwia się temu brzmienie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że *„Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.”.*

Z okoliczności przedmiotowej sprawy wynika zatem, że zachowanie zamawiającego, charakteryzowało się profesjonalizmem i zgodnością z dyspozycją przepisu art. 186 ust. 2 oraz art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż wskazać należy, że zgodnie z ww. przepisami zamawiający związany jest żądaniami odwołującego i w tym zakresie zamawiający wykonuje i/lub powtarza czynności w postępowaniu, co znalazło swoje odzwierciedlenie w przedmiotowym stanie faktycznym sprawy.

Tym samym stwierdzić należało, że zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Odnosnie zarzutów odwołującego dotyczących naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie, iż konsorcjum Linter udowodniło, że będzie dysponowało zasobami udostępnionymi przez UAB „Inżynieriniai tinklai” z siedzibą w Kaunas, ewentualnie poprzez błędne uznanie, iż konsorcjum Linter będzie realnie dysponowało zasobami udostępnionymi przez UAB „Inżynieriniai tinklai” z siedzibą w Kaunas oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Linter jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i tym samym zaniechanie uznania oferty konsorcjum Linter za odrzuconą, Izba wskazuje, co następuje.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi, że *„Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych*

podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.”.

Przepis powyższy ma charakter szczególny i nie może być nadużywany przez wykonawców, co wynika bezpośrednio z treści implementowanych przepisów art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L 134 z 30.4.2004). W myśl przywołanych przepisów prawa unijnego wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając mu w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący:

- załączył do oferty „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów” z dnia 11 sierpnia 2015 roku,

- pismem z dnia 25 września 2015 roku (na wezwanie zamawiającego z dnia 23 września 2015 roku), przystępujący złożył zamawiającemu wyjaśnienia, w jaki sposób zostaną udostępnione zasoby podmiotu użyczającego swoje zasoby,

- pismem z dnia 2 listopada 2015 roku (na wezwanie zamawiającego z dnia 28 października 2015 roku), przystępujący ponownie złożył wyjaśnienia w zakresie udostępnionego potencjału, złożył również wyjaśnienia (oświadczenie) podmiotu udostępniającego swoje zasoby przystępującemu oraz załączył nowe „Zobowiązanie do udostępnienia zasobów” z dnia 12 sierpnia 2015 roku.

W ocenie Izby, biorąc pod ocenę wszystkie dokumenty i oświadczenia złożone przez przystępującego, jak i przez podmiot udostępniający swoje zasoby, przedkładając powyższe na okoliczności przedmiotowej sprawy, w sposób bezpośredni możliwy jest do ustalenia zarówno zakres udostępnianych zasobów, czas ich udostępnienia oraz, co najważniejsze realność tego udostępnienia.

Nie sposób bowiem stwierdzić, przyjmując domniemanie odwołującego, że przystępujący jedynie w sposób blankietowy, pozbawiony realności – jedynie dla pozorów, posłużył się zasobami podmiotu trzeciego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W powyższym zakresie odwołujący nie powołał żadnego dowodu mogącego potwierdzać wskazywane w odwołaniu okoliczności.

Z treści oświadczeń złożonych przez przystępującego oraz podmiotu zobowiązanego, w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że udostępnienie użyczonych zasobów będzie miało miejsce przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia w dwojaki sposób:

- bezpośrednio w celu realizacji części zamówienia, jako podwykonawca,

oraz

- poprzez wsparcie techniczne (konsultacje) poprzez: oddelegowanie własnego personelu do zespołu wykonawcy (przystępującego) w celu bezpośredniego wsparcia technicznego, konsultacji i nadzoru nad pozostałymi pracami, które należy wykonać w toku realizacji całego zamówienia.

Izba wskazuje, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nie precyzuje udostępniania zasobów, uzależniając jego sposób, treść czy zakres od przedmiotu zamówienia. Każde zobowiązanie do udostępnienia zasobów musi podlegać indywidualnemu badaniu, w danym, konkretnym postępowaniu, przy prawidłowo ustalonym stanie faktycznym sprawy. Wskazany przepis wyznacza jedynie formalne ramy takiego zobowiązania, precyzując w zakresie jakich warunków udziału w postępowaniu może zostać wykorzystane to udostępnienie oraz wskazując na pisemność takiego zobowiązania. Przepis nakłada również przymus na podmiot, który zamierza skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego, polegający na udowodnieniu zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia. Nie jest, zdaniem Izby, uzasadnione odnoszenie sytuacji występujących w innych postępowaniach do danego, badanego postępowania, gdyż każde z nich realizuje się w odmiennych stanach faktycznych, przy różnych okolicznościach, nieznajdujących możliwości identyfikacji ze sobą.

Zdaniem Izby, w przedmiotowej sprawie przystępujący w sposób dostateczny udowodnił zamawiającemu realność udostępnionych mu zasobów, które będą wykorzystane w realizacji przedmiotowego zamówienia.

Istotną okolicznością przemawiającą za słusznością stanowiska Izby, wydają się być również fakt, iż przystępujący w swoim *portfolio* posiada doświadczenie w realizacji przedmiotu zamówienia analogicznego do przedmiotu zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem przetargowym. Jednakże ze względu na rozmiar posiadanego doświadczenia nie mógł wykazać się referencyjną robotą, gdyż nie odpowiadała ona parametrom postawionym przez zamawiającego w przedmiotowym zamówieniu. Powyższą okoliczność potwierdził zamawiający, gdyż rzeczona robota była wykonana na jego rzecz. Tym samym za zasadne należało uznać stanowisko przystępującego, który będzie się posiłkował doświadczeniem podmiotu trzeciego przy realizacji bieżącego projektu, polegającym na wsparciu technicznym, konsultacjach i nadzorze nad wykonywanymi samodzielnie pracami. Brak jest bowiem podstaw do żądania od przystępującego, by całość prac została wykonana przez podmiot udostępniający, skoro sam wykonawca posiada odpowiednie ku temu doświadczenie, ale z ostrożności, z uwagi na rozmiar projektu, gdyż sam tak wielkiego zamówienia nie realizował, zakazać mu posługiwania się wsparciem od innego podmiotu. Tym bardziej, że wsparcie to polegało będzie na bezpośrednim oddelegowaniu własnego personelu podmiotu udostępniającego. Powyższe gwarantuje

bowiem udział doświadczonego wykonawcy w wykonywanych przez przystępującego robotach.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego są niezasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: