

Sygn. akt: KIO/1265/10

WYROK
z dnia 9 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2010 r. przez **Marcina Flisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: FLIS Marcin Flis, ul. Ochotników Węgierskich 1A/123, 23-300 Janów Lubelski** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej, ul. Kościuszki 1, 37-400 Nisko**

przy udziale **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego**

2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej, ul. Kościuszki 1, 37-400 Nisko** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Marcina Flisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: FLIS Marcin Flis, ul. Ochotników Węgierskich 1A/123, 23-300 Janów Lubelski** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej, ul. Kościuszki 1, 37-400 Nisko** na rzecz **Marcina Flisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: FLIS Marcin Flis, ul. Ochotników Węgierskich 1A/123, 23-300 Janów Lubelski**, która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu uiszczanego od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Nisku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Rozbudowę Szpitala im. PCK w Nisku w ramach projektu RPO Województwa Podkarpackiego na lata 2007-2013 pn. Poprawa dostępności deficytowych usług medycznych na obszarach wiejskich poprzez dostosowanie Szpitala Powiatowego im. PCK w Nisku”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 marca 2010 r., pod nr: 61502.

W postępowaniu tym wykonawca Marcin Flis, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: FLIS Marcin Flis z siedzibą w Janowie Lubelskim (dalej: „Odwołujący”) w dniu 23 czerwca 2010 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego w dniu 28 czerwca 2010 r., na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 25 czerwca 2010 r., złożył wykonawca firma Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie. Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego (Zamawiającemu i Odwołującemu).

Podstawą złożonego przez Odwołującego odwołania była czynność Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty, o czym zawiadomienie Zamawiający wysłał drogą faksową do Odwołującego w dniu 18 czerwca 2010 r.

Odwołujący wnosząc odwołanie zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu złożonego odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Wiedza i doświadczenie trzech firm, które zobowiązały się udostępnić swoje zasoby jest wystarczająca z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ. Możliwość powoływania się na potencjał podmiotów trzecich wynika z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem wystarczające dla wykazania dysponowania potencjałem tego podmiotu jest w szczególności pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu w SIWZ nie wprowadził żadnych zapisów dotyczących posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego, w szczególności nie sprecyzował jakich oczekuje oświadczeń, czy zobowiązań od tych podmiotów trzecich. Odwołujący z dyspozycji art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp wywodził, że potwierdzeniem dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego jest pisemne zobowiązanie tego podmiotu, jednak nie jest to wyłączny sposób udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca korzysta z potencjału tego podmiotu trzeciego.

Podkreślił, że w wyniku uzupełnienia dokumentów na wezwanie zamawiającego przedstawił trzy zobowiązania, w których firmy zadeklarowały udostępnienie Odwołującemu swoich zasobów na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia. Jest to – jego zdaniem – najszersze z możliwych zobowiązanie, które wyposaża Odwołującego w roszczenie w stosunku do osób, które je złożyły o świadczenie wszelkiej pomocy podczas wykonywania umowy, czyli zarówno doradztwo, konsultacje, jak i w drodze bezpośredniego zaangażowania – podwykonawstwo, jeżeli okaże się to niezbędne. Oczekiwania Zamawiającego, aby w treści zobowiązania podmiotu trzeciego znalazło się wyraźne oświadczenie, że firma zobowiązuje się do uczestnictwa w realizacji zamówienia, nie mają żadnych podstaw prawnych, a jeśli tego właśnie Zamawiający oczekiwał powinien był w tym zakresie zawrzeć określone wymogi w SIWZ.

Bezpodstawne są również – zdaniem Odwołującego – twierdzenia Zamawiającego, że zobowiązania PBM FLISBUD jak i PRS WSCHÓD Sp. z o.o. (zobowiązania podmiotów trzecich przekazane przez Odwołującego Zamawiającemu w wyniku uzupełniania dokumentów, które są kwestionowane przez Zamawiającego) nie obejmowały uczestnictwa w realizacji zamówienia. Podniósł, że takie zachowanie Zamawiającego jest sprzeczne z jego wcześniejszym zachowaniem i twierdzeniem. Na wcześniejszym etapie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający kwestionował bowiem ofertę Odwołującego z powodu rzekomej zmywy przetargowej Odwołującego i firmy FLISBUD, wskazując, że firma FLISBUD będzie partycypować w realizacji zamówienia

wspólnie z Odwołującym. Powyższe było także podnoszone w toku postępowania odwoławczego toczącego się w tym przedmiocie pod sygn. akt: KIO/867/10. Zamawiający zatem dotychczas nie miał wątpliwości, a wręcz kategorycznie obstawał przy tym, że firma FLISBUD, będzie podwykonawcą Odwołującego i partycypuje w całym przedsięwzięciu, które firmuje Odwołujący. .

Odwołujący podkreślił także, że wykluczenie go z udziału w postępowaniu nastąpiło z naruszeniem art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Podniósł, że skoro zobowiązania podmiotów trzecich budziły jakieś wątpliwości Zamawiającego powinien był przed zastosowaniem sankcji wykluczenia z udziału w postępowaniu wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących niejasnych sformułowań. Podkreślił także, że art. 87 ust. 2 ustawy Pzp mógł być również podstawą takiego działania ze strony Zamawiającego.

W toku rozprawy Zamawiający, wnosząc pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 6 lipca 2010 r.) zaprezentował swoje stanowisko w sprawie, wskazując na bezzasadność zarzutów i żądań Odwołującego, a tym samym na to, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W piśmie tym wniósł wskazał na następujące okoliczności.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz opinią Urzędu Zamówień Publicznych to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, iż potencjałem podmiotu trzeciego, na który się powołuje, będzie dysponował, i szczególne wyrażanie woli w tym przedmiocie przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ jest bezprzedmiotowe. Zamawiający nie jest zobowiązany ani uprawniony do dedukcji, czy domysłów co do tego, że wykonawca, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a jeśli tak, to w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu. Powołując się na orzeczenie KIO oraz opinie UZP Zamawiający wskazał na konieczność podania w dokumencie wyraźnego wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonywaniu zamówienia w razie uwzględnienia zasobów, które są nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielających. Zamawiający wskazywał, że w przypadku wykazania się dysponowania odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia niezbędne może być powoływanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu części udzielanego zamówienia.

Zamawiający powołał się na § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) oraz orzecznictwo KIO, wskazując, że ustawodawca użył zwrotu „uczestniczyć w realizacji”, a nie być „podwykonawcą przy realizacji”. Zamawiający powołując się na opinie UZP wskazywał na nierozzerwalność *know-how* przedsiębiorstwa z tym przedsiębiorstwem.

Zamawiający wskazywał na zróżnicowaną sytuację prawną obydwu podmiotów: „*podwykonawcy*” i „*podmiotu biorącego udział w realizacji*”, wskazując, że to drugie pojęcie jest szersze i ma nadrzędne znaczenie w stosunku do pojęcia „*podwykonawca*”. Wskazując z jednej strony na to, że ustawodawca nie przewidział wprost w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, iż w przypadku udostępniania wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci będzie on musiał brać udział w realizacji zamówienia, podniósł jednocześnie, że wykładnia gramatyczna, systemowa i funkcjonalna art. 26 ust. 2b, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz § 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów wskazują na konieczność badania przez zamawiającego, czy podmiot trzeci zobowiązał się, że będzie brał udział w realizacji zamówienia.

Podniósł, że złożony przez Odwołującego wykaz podwykonawców w żaden sposób nie potwierdza, że wskazane podmioty trzecie, z których doświadczenia Odwołujący korzysta będą brały udział w relacji zamówienia jako podwykonawcy. Argumentując to twierdzenie podniósł, że art. 36 ust. 4 ustawy Pzp nie uprawnia zamawiającego do żądania wskazania przez wykonawców konkretnych podwykonawców, którym zostanie powierzona realizacja zamówienia. Stąd też uzupełnienie wykazu podwykonawców ze wskazaniem konkretnych firm należy – w ocenie Zamawiającego – uznać za dokument nie wywołujący żadnych skutków prawnych. Co najwyżej informacja o podwykonawcach może być traktowana jako plany Odwołującego dotyczące podjęcia współpracy z określonym podmiotem, nie mogą natomiast zastępować zobowiązania podmiotu trzeciego do brania udziału w realizacji zamówienia. W tym zakresie Zamawiający powoływał się także na stanowisko doktryny. Zamawiający wskazał również na orzecznictwo KIO co do braku możliwości uzupełniania wykazu podwykonawców w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podkreślił też, że jedynym dokumentem, na podstawie którego ocenia się fakt, czy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia jest własne oświadczenie podmiotu trzeciego.

Zamawiający wskazał na szereg elementów jakie – w jego ocenie - powinno zawierać zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu swojej wiedzy i doświadczenia, wskazując na: podmiot udostępniający, określenie wykonawcy, którego dotyczy zobowiązanie, potwierdzenie, że podmiot udostępniający posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie, potwierdzenie, że podmiot udostępniający zobowiązuje się ich udostępnienia, tj., że oddaje do dyspozycji wykonawcy niezbędną przy wykonywaniu zamówienia wiedzę i doświadczenie, potwierdzenie, że udostępnienie dokonywane jest na okres niezbędny do wykonania zamówienia, potwierdzenie, że podmiot udostępniający będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, oświadczenie powinno być złożone w formie oryginału bądź kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, zostać wystawione przed terminem składania ofert lub powinno zawierać treść potwierdzającą, że zobowiązanie to potwierdza udostępnienie zasobów na dzień składania ofert, powinno zostać opatrzone własnoręcznym podpisem,

zgodnie z obowiązującymi podmiot udostępniający zasadami reprezentacji. Zamawiający podkreślił, że brak któregośkolwiek z ww. elementów obliguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania pod rygorem wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający uznał, że zobowiązania podmiotów trzecich przedłożone przez Odwołującego w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów nie zawierają takiego zobowiązania podmiotu udostępniającego o wzięciu udziału w realizacji zamówienia, wykonawcę należało wykluczyć z udziału w postępowaniu.

Zamawiający podkreślił również, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału należy składać w określonych terminach. Ewentualne późniejsze złożenie takiego dokumentu jest pozbawione skutków prawnych. Powołując się na orzecznictwo KIO, stwierdził, że korzystanie ze środków ochrony prawnej nie może stanowić kontynuacji procedury uzupełniania dokumentów, w przeciwnym bowiem razie doprowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Co do zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień dokumentów przez Odwołującego Zamawiający podniósł, że obowiązek skierowania wezwania do wyjaśnień powstaje w chwili obiektywnie stwierdzalnych niejasności, czego w przedmiotowej sprawie nie można było stwierdzić. Treść przedłożonych przez Odwołującego zobowiązań podmiotów trzecich jest klarowna i racjonalny odbiorca nie może mieć wątpliwości, w jaki sposób należy je rozumieć, stąd też brak było podstaw do skierowania w tym zakresie wezwania do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wszystkie trzy zobowiązania oparte są na takim samym wzorze - a jedyną różnicą jest nazwa podmiotu udostępniającego i wprowadzenie do jednego ze zobowiązań zapewnienia o wzięciu udziału w realizacji zamówienia. Co do skierowania wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zdaniem Zamawiającego, w niniejszym przypadku takie działanie Zamawiającego prowadziłoby do nieuprawnionych negocjacji z wykonawcą, a *de facto* nastąpiłoby w tym przypadku niedozwolone uzupełnienie oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania oraz jego uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący został bowiem wykluczony z udziału w postępowaniu i jego oferta została odrzucona, a powyższe stanowi przedmiot podnoszonych w odwołaniu zarzutów. Gdyby nie ta czynność Zamawiającego z racji przyjętego przez Zamawiającego kryterium cenowego oceny ofert w postępowaniu i najniższą zaoferowaną przez tego wykonawcę cenę ofertową, oferta Odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą. Tym samym zatem interes tego wykonawcy w uzyskaniu niniejszego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku (szkoda) w sferze praw wykonawcy oraz jego interesu gospodarczego, objawiającego się w możliwości utraty dostępu do zamówienia i przewidywanych z tytułu jego realizacji zysków.

Izba, rozpoznając przedmiotowe odwołanie dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

1. treści SIWZ,
2. oferty Odwołującego,
3. wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z 31.03.2010 r.,
4. uzupełnienie dokumentów przez Odwołującego z dnia 2.04.2010 r.,
5. protokół postępowania ZP-2,
6. treść ogłoszenia o zamówieniu z BZP,
7. pismo Zamawiającego o wynikach postępowania z 18.06.2010 r.
8. oświadczenie Stanisława Flisa z dnia 21.05.2010 r.
9. ustne i pisemne stanowiska stron postępowania oraz jego uczestnika.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione w odwołaniu potwierdziły się i odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego ustaliła, że Zamawiający w pkt 6.3 SIWZ określił warunek udziału w postępowaniu i opis sposobu oceny jego spełniania, wskazując na wymóg wykonania co najmniej dwóch określonych inwestycji. Odwołujący w związku z brakami w tym zakresie w treści oferty został wezwany przez Zamawiającego pismem z dnia 31 marca 2010 r. do uzupełniania braków w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazane wezwanie dotyczyło także przedłożenia dokumentu Wykaz podwykonawców przez Odwołującego. Odwołujący w piśmie z dnia 2 kwietnia 2010 r., złożonym do Zamawiającego w dniu 6 kwietnia 2010 r. uzupełnił wymagane przez Zamawiającego dokumenty, w tym w szczególności:

- 1) wykaz doświadczenia zawodowego, gdzie wskazano trzy inwestycje wykonane przez firmy: FLIBUD, PRS WSCHOD Sp. z o.o. i PBP PUŁAWY-DOMBUD Sp. z o.o.;
- 2) trzy zobowiązania podmiotów trzecich, każde z dnia 29 marca 2010 r., na których doświadczenie powoływał się Odwołujący oraz listy referencyjne dotyczące udostępnianego doświadczenia;
- 3) załącznik nr 5 do SIWZ, tj. wykaz podwykonawców uczestniczących w realizacji przedmiotu zamówienia, wśród których wskazano także trzy firmy, na których doświadczenie Odwołujący powoływał się, ze wskazaniem powierzenia każdej z tych firm części robot budowlanych o wartości po ok. 1 000 000 zł;

W przedłożonych zobowiązaniach podmiotów trzecich znalazły się następujące treści oświadczeń tych podmiotów:

- w przypadku zobowiązania FLISBUD oraz PRS WSCHÓD:

„zobowiązuje się że (...) udostępnię Marcinowi Flis całą posiadaną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny poprzez oddanie do dyspozycji wszystkich moich zasobów na okres korzystania z nich przez Marcina Flisa przy wykonywaniu ww. zamówienia”

- w przypadku zobowiązania PUŁAWY-DOMBUD:

„zobowiązuje się że (...) udostępnię Marcinowi Flis całą posiadaną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny poprzez oddanie do dyspozycji wszystkich moich zasobów na okres korzystania z nich przez Marcina Flisa przy wykonywaniu ww. zamówienia, na warunkach określonych w umowie o podwykonawstwo”.

Zamawiający kwestionuje jedynie dwa pierwsze zobowiązania podmiotów trzecich, uznając jednocześnie, że zobowiązanie PUŁAWY – DOMBUD jest wystarczające.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że Odwołujący w dostateczny sposób wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przy uwzględnieniu doświadczenia podmiotów trzecich.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi wprost o możliwości wykorzystania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie mu zamówienia m.in. wiedzy i doświadczenia innych podmiotów i to niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca powinien udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Wykładania literalna tego przepisu ustawy Pzp nie pozostawia żadnych wątpliwości, że ustawodawca dopuścił także możliwość powoływania się w postępowaniu przez wykonawcę - w ramach spełniania warunków udziału w tym postępowaniu - na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego. Pomimo tej okoliczności, iż faktycznie wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa i nie powinny być przedmiotem samodzielnego obrotu niezależnie od przedsiębiorstwa, ustawodawca dał wykonawcom prawo powoływania się w postępowaniu o zamówienie publiczne na *know-how* tych trzecich podmiotów, czyli ich wiedzę i doświadczenie. Przepis art. 26 ust. 2b zdanie pierwsze ustawy Pzp wyraźnie też uniezależnia prawo powoływania się na tę wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego od rodzaju stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim, („*niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków*”). Podstawę powoływania się na doświadczenie podmiotów trzecich stanowi konieczność udowodnienia zamawiającemu możliwości dysponowania przez wykonawcę tymi zasobami, które są niezbędne do realizacji zamówienia. Jako szczególny przykład takiego dowodu ustawa Pzp wskazuje na pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego. Istotne w tym zakresie jest zatem to, aby podmiot trzeci złożył pisemne oświadczenie, zawierające określone zobowiązanie tego podmiotu.

Problem stanowiący przedmiot rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie odnosi się do zakresu tego zobowiązania. Art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy Pzp wskazuje jedynie, że zobowiązanie to odnosi się do oddania przez podmiot trzeci wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Stanowiąc o zasobach i wskazując na możliwość posługiwania się na równych zasadach wiedzą i doświadczeniem, potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, czy zdolnością finansową podmiotu trzeciego, ustawodawca dopuścił również możliwość posługiwania się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego nabytą przy wykonywaniu pewnych zleceń. Tak więc zasoby te w postaci *know-how* jakiegoś przedsiębiorstwa mogą być wykorzystane przez wykonawcę w ramach potwierdzenia spełniania podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, jeśli w okresie realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie, konieczne okaże się korzystanie z tego doświadczenia przy wykonywaniu zamówienia. Oznacza to zatem, że wykonawca powołując się na doświadczenie podmiotu trzeciego będzie korzystał z *know-how* tego podmiotu w okresie realizacji zamówienia.

Dyspozycja wskazanego przepisu ustawy Pzp w żaden sposób nie uprawnia do twierdzenia, że podmiot trzeci będzie miał obowiązek w takiej sytuacji faktycznie osobiście wykonywać całość bądź jakąś część zamówienia na rzecz generalnego wykonawcy w charakterze podwykonawcy. Takie stanowisko nie znajduje żadnego uzasadnienia w dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Ustawodawca we wskazanym przepisie nie dokonał

zróznicowania na zasoby, które mogą być wykazywane w ramach spełniania warunków podmiotowych przez podmioty trzecie z koniecznością występowania w toku realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy oraz na zasoby, których wykorzystanie nie wiąże się z wymogiem podwykonawstwa. W sposób jednakowy zostały przez ustawodawcę potraktowane zasoby podmiotów trzecich, z których wykonawcy w postępowaniu mogą korzystać na etapie spełniania warunków podmiotowych. Bez jakiegokolwiek rozróżnienia w dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zostały potraktowane tak zasoby wiedzy i doświadczenia, jak i inne zasoby odnoszące się do potencjału technicznego, osobowego, czy też zasoby finansowe podmiotów trzecich, niezależnie od charakteru tych zasobów, a więc czy mają one charakter przenoszalny fizycznie np. oddanie do dyspozycji sprzętu, ludzi, czy też zasobów finansowych, czy też nieprzenoszalny fizycznie (wprost) – oddanie do dyspozycji swojej wiedzy i doświadczenia. Oddanie wiedzy i doświadczenia w tym zakresie może odbywać się zatem tak poprzez faktyczne podwykonawstwo, jak też oddanie nabytego przez przedsiębiorstwo doświadczenia poprzez możliwość korzystania z tej wiedzy przy realizacji zamówienia poprzez konsultacje, czy doradztwo, bowiem w taki sposób także istnieje praktyczna możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu przy wykonywaniu danego zamówienia. Ustawodawca w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp nie posłużył się bowiem wprost określeniem „*podwykonawca przy realizacji zamówienia*”, a jedynie „*uczestniczyć przy realizacji zamówienia*”, co jest pojęciem szerszym obejmującym także uczestnictwo przy realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy, ale nie wyłącznie w tym charakterze.

Zwrócić należy również uwagę na to, że ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie posługuje się wprost określeniem „*podwykonawca*”. Przepis ten stanowi o „*podmiotach trzecich*” oraz o oddaniu niezbędnych zasobów „*na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia*”. Jednocześnie też ustawodawca w innym przepisie ustawy Pzp – art. 36 ust. 4 – wyraźnie używa określenia „*podwykonawca*”. Wykładnia systemowa art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 4 ustawy Pzp wskazuje, że ustawodawca świadomie korzysta z różnorodnej terminologii. W art. 26 ust. 2b ustawy zatem świadomie nie użył określenia „*podwykonawca*”, dając także z mocy prawa szerszą możliwość wykorzystania przez wykonawcę w toku realizacji zamówienia zasobów podmiotu trzeciego, w tym także odnoszących się do wiedzy i doświadczenia.

Warto również zwrócić uwagę na określenia, jakimi posługuje się ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Z jednej strony mamy do czynienia z określeniem, że wykonawca „*będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia*” – a więc zasoby niezbędne w przypadku wiedzy i doświadczenia to te odpowiadające opisowi sposobu oceny

spełniania warunków udziału w postępowaniu określonymu przez Zamawiającego w SIWZ. Dysponowanie nimi to potencjalna możliwość skorzystania z przedsiębiorstwa podmiotu trzeciego na zasadzie użycia go do wykonania całości bądź części robót, jak też użycia *know-how* tego przedsiębiorstwa w sposób pośredni – poprzez czuwanie w toku realizacji zamówienia przez to przedsiębiorstwo nad prawidłowością stosowanych w danym przypadku technik budowlanych, użycia określonych materiałów, przyjęcia określonego zaangażowania osobowego, czy też technicznego przedsiębiorstwa itp.

Z drugiej zaś strony ustawodawca posługuje się także określeniem: „*oddanie zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia*”. Nie chodzi zatem w tym przypadku o oddanie określonych zasobów wprost do fizycznej realizacji zamówienia, a jedynie o możliwość korzystania z nich przy okazji wykonywania zamówienia.

Powyższa interpretacja art. 26 ust. 2b ustawy Pzp opiera się na literalnej wykładni przepisu, która to wykładnia ma pierwszeństwo w systemie prawa i daje wyraz zasadzie pewności prawa stanowionego. Izba ma świadomość ewentualnych zagrożeń wynikających z przyjęcia wprost za przepisem prawa, że wykonawcy mogą korzystać z doświadczenia i wiedzy podmiotów trzecich nawet bez konieczności faktycznego wykonywania zamówienia na zasadzie podwykonawstwa przez te podmioty. Ustawodawca zapewne również miał taką świadomość niemniej jednak uznał za optymalne i zasadne wprowadzenie w tym zakresie stosownej regulacji, pozwalającej na wykazywanie się zasobami podmiotu trzeciego w ramach spełniania warunków podmiotowych przez wykonawcę, niezależnie od łączącego te podmioty stosunku faktycznego, czy prawnego.

Uwzględniając dokonaną wykładnię przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Izba stwierdziła, że przedłożone w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego zobowiązania podmiotów trzecich, na których doświadczenie Odwołujący powoływał się w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu, są wystarczające dla potwierdzenia spełnienia tychże warunków przez Odwołującego. Odwołujący w dostateczny sposób, nawet wprost przewidziany w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, udowodnił, że wskazane podmioty trzecie oddadzą mu swoją wiedzę i doświadczenie do dyspozycji w okresie realizacji zamówienia. O powyższym świadczy treść oświadczenia woli firmy FLISBUD i PRS WSCHÓD odnośnie udostępnienia m.in. wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu ww. zamówienia. Nieistotne w tym przypadku jest to, czy z tymi firmami Odwołujący zawarze stosowne umowy o realizację robót na zasadzie podwykonawstwa, czy też będzie korzystał z ich wiedzy i doświadczenia w drodze konsultacji, czy doradztwa na etapie realizacji robót. Wskazanie, że w przypadku firmy PBP PUŁAWY-DOMBUD powyższe będzie realizowane na warunkach określonych w umowie o podwykonawstwo również stanowi wypełnienie

dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, niemniej nie może być przenoszone na pozostałe dwa zobowiązania, które w swej treści także potwierdzają uczestnictwo podmiotów trzecich przy realizacji zamówienia.

Izba stwierdziła również, że postanowienia SIWZ w niniejszym postępowaniu nie zawierały żadnych szczególnych wymogów odnoszących się do posługiwania się wiedzą i doświadczeniem podmiotów trzecich w postępowaniu przez wykonawców. Tym samym również na etapie badania i oceny ofert Zamawiający w tym zakresie nie może określać żadnych innych wymogów wykraczających poza postanowienia SIWZ, jak i obowiązujące przepisy ustawy Pzp.

Dodatkowo Izba zauważa, że Odwołujący na żądanie Zamawiającego uzupełnił dokument odnoszący się do podwykonawców, gdzie wskazano wprost jako podwykonawców wszystkie trzy podmioty, na których doświadczenia Odwołujący się powoływał. Zdaniem Izby niedopuszczalne było działanie Zamawiającego polegające – z jednej strony na żądaniu od wykonawców określenia w wykazie podwykonawców konkretnych firm (takiej dyspozycji nie zawiera art. 36 ust. 4 ustawy Pzp) - z drugiej zaś strony działanie polegające na żądaniu uzupełniania od wykonawcy dokumentu odnoszącego się do podwykonawców, który to dokument nie stanowi w świetle przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Niezależnie jednak od powyższego Zamawiający – przekraczając swoje przepisami prawa określone uprawnienia – uzyskał w tym przypadku dodatkowe potwierdzenie, że wszystkie trzy firmy, na których doświadczenie wykonawca powoływał się będą uczestniczyć w realizacji zamówienia wprost jako podwykonawcy, wykonując część robót budowlanych. Nieuprawnione jest jednak twierdzenie, że w oświadczeniach tych podmiotów trzecich firmy te mają obowiązek wskazywania konkretnego zakresu robót jakich podejmują się na zasadzie podwykonawca, bo jak wskazano powyżej, uczestnictwo przy wykonywaniu zamówienia oznacza nie tylko faktyczny – fizyczny udział w realizacji części zamówienia na zasadzie podwykonawca lecz również udział przy realizacji zamówienia na innych zasadach.

Na marginesie rozważań Izba zauważa jednak, że ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę posługującego się zasobami podmiotu trzeciego w oparciu o wykaz podwykonawców nie znajduje żadnego uzasadnienia. Oświadczenie o powierzeniu realizacji części zamówienia podwykonawcy składane w trybie rat, 36 ust. 4 ustawy Pzp, składane jest bowiem w ofercie jako jej część i odnosi się do realizacji

zamówienia. Oświadczenie składane na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu przez podmiot trzeci dotyczy spełniania tych warunków na zasadzie potencjalnych możliwości wykonawcy ubiegającego się o zamówienie realizacji zamówienia. Ponadto weryfikacja tych potencjalnych możliwości realizacji zamówienia (warunków udziału) może następować przed złożeniem oferty w postępowaniu, a więc również oświadczenia składanego w trybie art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, tj. na etapie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (zamówienie udzielane w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego). Tym samym nieuprawnione byłoby ocenianie spełniania warunków udziału w postępowaniu odmiennie, jeśli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia, czy zapytania o cenę (z uwzględnieniem oświadczenia wykonawcy składanego w trybie art. 36 ust. 4 ustawy Pzp) od oceny dokonywanej w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnym (bez uwzględnienia oświadczenia składanego w trybie art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ na tym etapie postępowania takiego oświadczenia obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie przewidują).

Uwzględniając powyższe Izba w tym przypadku przyjęła wyłącznie dodatkowo oświadczenie Odwołującego dotyczące podwykonawców złożone na wezwanie Zamawiającego. W ocenie Izby treść samych zobowiązań trzech podmiotów, na których wiedzę i doświadczenie Odwołujący się powołuje, jest wystarczająca dla uznania, że podmioty te będą uczestniczyć przy wykonywaniu zamówienia poprzez oddanie do dyspozycji Odwołującego przywołanych zasobów w dwóch przypadkach, a w trzecim przypadku dodatkowo w charakterze podmiotu trzeciego występującego na prawach podwykonawcy. Tym samym Odwołujący w wystarczający sposób udowodnił Zamawiającemu możliwość dysponowania wiedzą i doświadczeniem podmiotów trzecich przy realizacji zamówienia, składając wymagane oświadczenia potwierdzające te okoliczności na dzień składania ofert w postępowaniu.

Izba stwierdziła w niniejszej sprawie naruszenie w postępowaniu przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Izba nie stwierdziła naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp uznając, że przepis ten, w związku z odrębną dyspozycją zawartą w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, nie ma odniesienia do dokumentów przedkładanych w postępowaniu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W tym zakresie – jak wskazano – zastosowanie znajduje dyspozycja art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, o ile powstaną obiektywne wątpliwości co do określonych treści, czy formy dokumentu przedłożonego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba odnosząc się do orzeczeń KIO oraz opinii Urzędu Zamówień Publicznych przywoływanych przez Zamawiającego na potwierdzenie swojego stanowiska, stwierdziła, że przywołane orzeczenia KIO zostały wydane przedmiotnie innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego Izba zatem nie jest nimi związana, a ponadto dotyczą odmiennych stanów faktycznych. Opinie wydawane przez Urząd Zamówień Publicznych zaś w świetle obowiązujących przepisów prawa nie mają charakteru źródła prawa i Izba także nie jest nimi związana, wydając orzeczenie jedynie w oparciu o obowiązujące przepisy prawa i przeprowadzoną według własnego przekonania ocenę wiarygodności i mocy materiału dowodowego zebranego w sprawie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba uznała, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp ma wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, tym samym w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp postanowiła odwołanie uwzględnić.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....