

**WYROK**

**z dnia 5 stycznia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Marta Polkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2014 r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych Insbud Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wieliczkę w Wieliczce**

przy udziale wykonawcy **Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niewykazania warunków wiedzy i doświadczenia**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych Insbud Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od **wykonawcy Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** na rzecz **wykonawcy Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych Insbud Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie** kwotę **23 600 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu oraz 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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wieliczka w Wieliczce prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Budowa kanalizacji w Gminie Wieliczka, Kontrakt nr 3 – roboty budowlane na zadanie: Zadanie Z15 budowa kolektora „Złocień”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych Insbud Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (zwany dalej „Odwołującym”) w dniu 18 grudnia 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na zaniechanie wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1, 26 ust. 2 b i 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Instalbud sp. z o.o., który nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, a na wezwanie Zamawiającego Wykonawca nie przedłożył prawidłowych dokumentów, o które był wzywany;

2) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy Instalbud sp. z o.o. w sytuacji, gdy złożone przez niego wyjaśnienia – w ocenie Odwołującego - nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny wynikającego z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że oferta wykonawcy, do którego kierowane jest zapytanie zawiera rażąco niską cenę;

3) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami prawa;

4) art. 7 ust. 1 poprzez wybór wykonawcy, którego oferta winna zostać odrzućona, - a sam oferent powinien zostać wykluczony;

5) art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez złożenie oferty niezgodnej z treścią SIWZ tj. 6.1.7 2 SIWZ, zgodnie, z którym wykonawca miał złożyć zobowiązanie, co do podwykonawstwa, a złożone przez wykonawcę Instalbud Sp. z o.o. zobowiązanie nie uwzględniało podwykonawstwa w pełnym zakresie.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Instalbud sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej i nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Odwołującego, odrzucenie oferty Instalbud sp. z o.o.;
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania;
- 3) dopuszczenie dowodu z akt postępowania i dowodów przedłożonych do odwołania oraz na rozprawie na wykazanie okoliczności wskazanych w odwołaniu.

Zaniechanie wykluczenia wykonawcy Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie z postępowania oraz w konsekwencji odrzucenie jego oferty stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych Insbud Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie.

Pismem z dnia 23 grudnia 2014 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając w całości zarzuty odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 17 grudnia 2014 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2014 r.) wykonawcy Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (zwanego dalej również: „Przystępującym Instalbud”).

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest: *Budowa kanalizacji w Gminie Wieliczka, Kontrakt nr 3 – roboty budowlane na zadanie: Zadanie Z15 budowa kolektora „Złocień”./dokumentacja postępowania: pkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia/.*

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt 5 SIWZ – „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków:

5.1. Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne muszą spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu:

5.1.1. spełniać zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp warunki, dotyczące:

b) posiadania wiedzy i doświadczenia:

O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie minimum jedną robotę budowlaną polegającą na budowie i (lub) przebudowie i (lub) modernizacji kanalizacji sanitarnej tłocznej i grawitacyjnej w technologii przewiertu sterowanego z rur PE DN minimum 200 mm oraz z rur kamionkowych przewiertowych DN minimum 300 mm o łącznej długości minimum 3000 mb wraz z budową i (lub) przebudową i (lub) modernizacją minimum jednej przepompowni ścieków o mocy przyłączeniowej nie mniejszej niż 30 kW lub jedną robotę budowlaną polegającą na budowie i (lub) przebudowie i (lub) modernizacji kanalizacji sanitarnej tłocznej i grawitacyjnej w technologii przewiertu sterowanego z rur PE DN minimum 200 mm oraz z rur kamionkowych przewiertowych DN minimum 300 mm o łącznej długości minimum 3000 mb i jedną robotę budowlaną polegającą na budowie i (lub) przebudowie i (lub) modernizacji przepompowni ścieków o mocy przyłączeniowej nie mniejszej niż 30 kW.

*/dokumentacja postępowania: pkt 5.1.1. lit b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia/.*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że m. in. Odwołujący jak i Przystępujący Instalbud złożyli oferty w niniejszym postępowaniu:

1. Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie – z ceną 9.833.850,00 zł brutto;
2. Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych Insbud Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie – z ceną 12.122.067,00 zł brutto.

*/dokumentacja postępowania: pkt 3 Protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, str. 6 protokołu/.*

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 21 listopada 2014 r. wezwał Przystępującego Instalbud do wyjaśnień oraz do uzupełnienia dokumentów. W pierwszej kolejności na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Przystępującego Instalbud do udzielenia wyjaśnień dotyczących załączonego do oferty wykazu wykonanych robót, czy w wierszu 3 rodzaj robót „Wykonanie kanalizacji w Gminie Czosnów metodą przewiertów sterowanych o łącznej długości 25 844 mb” zakres prac obejmował kanalizację sanitarną o łącznej długości 25 844,10 mb w tym m.in. w technologii przewiertu sterowanego z rur PE w zakresie średnic 200-225 mm wykonano łącznie 3 304,0 mb - czy robota ta polegała na budowie kanalizacji **sanitarnej tłocznej i grawitacyjnej** w technologii przewiertu sterowanego z rur PE DN minimum 200 mm o długości minimum 3000 mb. Z załączonego wykazu wykonanych robót oraz dowodów dotyczących najważniejszych robót określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone nie wynika jednoznacznie, że w/w robota polegała na budowie kanalizacji **sanitarnej tłocznej i grawitacyjnej** w technologii przewiertu sterowanego z rur PE DN minimum 200 mm o długości minimum 3000 mb.

Ponadto Zamawiający w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego Instalbud do złożenia wyjaśnienia wszystkich czynników mających wpływ na cenę zaoferowaną w niniejszym postępowaniu.

Dodatkowo z uwagi na fakt, iż Przystępujący Instalbud polegał na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu (PPHU BUDREN Władysław Kwapisz) w takim przypadku zgodnie z treścią art. 26 ust.2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu

zamówienia. Zatem zgodnie z art. 26 ust.2b ustawy Pzp na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował udostępnionymi mu przez podmiot trzeci zasobami. Przy czym zawsze, niezależnie od tego, w jaki sposób oraz iloma dokumentami wykonawca będzie udowadniał okoliczności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, treść ich powinna bezspornie i jednoznacznie wskazywać na zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy.

W tym celu Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do złożenia dowodów, iż będzie dysponował on zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W sytuacji, gdy przedmiotem udostępnienia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego ich udzielania bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia - a do takich zasobów należy wiedza i doświadczenie -taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia tj. wskazać jakie zasoby te podmioty udostępniają i na jakich zasadach. Wykonawca załączył do oferty pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego (PPHU BUDREN W. K.) który jednakże nie zawiera wszystkich informacji wymaganych w punkcie 6.1.7.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

*/dokumentacja postępowania: Wezwanie do wyjaśnień z dnia 21 listopada 2014 r./.*

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 21 listopada 2014 r. do udzielenia wyjaśnień i uzupełnienia oferty złożonej w w/w postępowaniu Przystępujący Instalbud wyjaśnił: W załączonym do oferty wykazie wykonanych robót, w wierszu 3 Wykonawca - Instalbud Sp. z o. o. wykazał robotę pn. "Wykonanie kanalizacji w Gminie Czosnów metodą przewiertów sterowanych o łącznej długości 25 844,10 mb" na podstawie zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia przez firmę PPHU Budren W. K. . W niniejszym przetargu przedmiotem zamówienia było wykonanie kanalizacji sanitarnej tłocznej metodą przewiertów sterowanych o łącznej długości 25 844,10 mb niemniej jednak zakres obejmował także podłączenie kanalizacji tłocznej do istniejącej kanalizacji grawitacyjnej. W związku jednak z wątpliwościami Zamawiającego dot. w/w zamówienia Instalbud Sp. z o. o. w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. posiadania wiedzy i doświadczenia dot. budowy kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej w technologii przewiertu sterowanego z rur PE DN min. 200 mm o długości min. 3000 mb, przedstawiła uzupełniony wykaz wykonanych robót wraz z załączeniem dowodu, że przedstawione roboty

zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Ponadto załączono pisemne zobowiązanie do oddania do dyspozycji wiedzy i doświadczenia w postaci powyższej referencji przez podmiot: Zakład Instalacyjno - Budowlany E. K. .

Ponadto Przystępujący Instalbud złożył wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

*/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia Przystępującego Instalbud z dnia 27 listopada 2014 r./.*

Zamawiający w dniu 9 grudnia 2014 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie.

*/dokumentacja postępowania: Wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie z dnia 9 grudnia 2014 r./.*

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca - Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych Insbud Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie – wniósł odwołanie w dniu 18 grudnia 2014 r.

*/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwa Instalacji Sanitarnych Insbud Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie z dnia 18 grudnia 2014 r. /.*

Pismem z dnia 23 grudnia 2014 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając w całości zarzuty odwołania.

*/dokumentacja postępowania: Pismo Zamawiającego z dnia 23 grudnia 2014 r. /.*

Wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego Przystępujący Instalbud korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp wniósł sprzeciw od tej czynności, nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającym.

*/dokumentacja postępowania: Protokół z posiedzenia i rozprawy z dnia 30 grudnia 2014 r. str. 2 i 4 /.*

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty odwołania zasługiwały na uwzględnienie.



Izba oceniając zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Przystępującego Instalbud z ww. postępowania - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

Izba rozpoznając zarzut dotyczący nie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, uznała że zarzut ten częściowo potwierdził się w zebranych materiałach dowodowych.

Po pierwsze w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut dotyczący części postawionego warunku, a dokładnie wymaganej długości t.j. wymagań dotyczących wykazania się „minimum jedną robotą budowlaną polegającą na budowie i (lub) przebudowie i (lub) modernizacji kanalizacji sanitarnej tłocznej i grawitacyjnej w technologii przewiertu sterowanego z rur PE DN minimum 200 mm (...)”.

W ocenie Izby niejasność tak postawionego warunku, sprowadza się do tego, że nie jest wiadomym do której części tak postawionego warunku i jego opisu odnosi wymaganie dotyczące długości „minimum 200 mm”. Zatem bezzasadne jest w tym zakresie składanie jakichkolwiek dowodów, gdyż wobec utrwalonego poglądu wyrażanego niejednokrotnie w orzecznictwie, że jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące znaczenia postawionego warunku powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy. W konsekwencji Izba – wobec tak zaistniałego stanu faktycznego – uznała, że powyższy zarzut nie potwierdził się.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący wymagań „z rur kamionkowych przewiertowych DN minimum 300 mm o łącznej długości minimum 3000 mb”. Izba nie dała wiary złożonym dowodom, uznając że treść referencji złożonych przez wykonawcę jednoznacznie potwierdza spełnienie postawionego warunku w tej części.

Potwierdził się zarzut dotyczący niespełnienia części warunku a dotyczący „kanalizacji sanitarnej tłocznej i grawitacyjnej (...)” z złożonych wyjaśnień – wobec wezwania Zamawiającego z dnia 21 listopada 2014 r. – wynika, że wykazał robotę pn. "Wykonanie kanalizacji w Gminie Czosnów metodą przewiertów sterowanych o łącznej długości 25 844,10 mb" na podstawie zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia przez firmę PPHU Budren W. K. . Jednocześnie sam przyznał, że w niniejszym przetargu przedmiotem zamówienia było wykonanie kanalizacji sanitarnej tłocznej metodą przewiertów sterowanych o łącznej długości 25 844,10 mb niemniej jednak zakres obejmował podłączenie kanalizacji tłocznej do istniejącej kanalizacji grawitacyjnej. Zatem w ocenie Izby nie można mówić o spełnieniu postawionego warunku, gdyż nie mamy do czynienia z robotą budowlaną polegającą na budowie i (lub) przebudowie i (lub) modernizacji kanalizacji. W ocenie Izby Przystępujący Instalbud przyznał w swych wyjaśnieniach, że było

to jedynie podłączenie kanalizacji tłocznej do istniejącej, nie zaś wykonanie czy też przebudowanie. Podłączenie nie można zaliczyć do żadnej z wymienionych kategorii, nie jest praca o takiej doniosłości i skomplikowanym charakterze jak wymagał tego Zamawiający w postawionym warunku udziału dotyczącym posiadania wiedzy i doświadczenia. Powyższe nie wynika z załączonego wykazu oraz złożonej referencji. Przystępujący Instalbud złożył ponownie wykaz o niezmienionej treści w tym zakresie – wskazując ponownie robotę pn. *"Wykonanie kanalizacji w Gminie Czosnów metodą przewiertów sterowanych o łącznej długości 25 844,10 mb"*.

Nie zostało również wykazane w sposób dostateczny spełnienie warunku przez Przystępującego Instalbud w zakresie dotyczącym wymagań warunku, z uwagi na złożenie zobowiązań podmiotów trzecich.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo ocenił, że Przystępujący Instalbud nie zapewnił sobie możliwości realnego polegania na zasobach wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich. Krajowa Izba Odwoławcza w całej rozciągłości popiera stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 20 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2846/13. Za wypełnienie obowiązku udowodnienia możliwości polegania za zasobie doświadczenia wynikającego z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie może być uznane powołanie się na dostęp do usługi konsultacji (...). W ocenie Izby, o ile przyjąć można, że w drodze konsultacji można nabyć wiedzę teoretyczną potrzebną do wykonania zamówienia, o tyle niemożliwym jest w ten sposób nabycie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych. O ile w efekcie konsultacji można przekazać teorię, którą można utożsamić z pojęciem „wiedza”, to jednak pojęcie „doświadczenia”, zwłaszcza w odniesieniu do robót budowlanych, odnosi się nie tylko do znajomości praktycznej danego zagadnienia, ale także wynikającą z niej umiejętność reakcji w warunkach zmieniających się okoliczności, której nie da się uzyskać w sposób inny, aniżeli wcześniej osobiście wykonując takie roboty budowlane. Doświadczenie to zbiór niewyuczonych, automatycznych reakcji wynikających z już nabytych praktycznych umiejętności. Proces zdobywania praktycznych umiejętności kształtowany jest przez czynnik czasu czego efektem jest biegłość i wprawa przy wykonywaniu określonych czynności wynikająca z uprzedniego wykonywania analogicznych prac. Z pewnością więc przekazywanie wiedzy przez doświadczonych specjalistów podmiotu trzeciego nie spowoduje nabycia wymaganego doświadczenia przez Przystępującego Instalbud. Oznaczać to będzie, że przystępując do realizacji zamówienia wykonawca będzie dysponował wiedzą, ale doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych nabywać będzie dopiero w trakcie realizacji zamówienia. Tymczasem w myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp realizować zamówienie może tylko taki podmiot, który doświadczenie już posiada, bądź w

myśl art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oprze się na doświadczonym podmiocie, który wymagane doświadczenie posiada. Jednakże w tym ostatnim przypadku podmiot ten, zwłaszcza w przypadku zamówień na roboty budowlane, musi realizować zamówienie jako podwykonawca. Tylko i wyłącznie wtedy doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiegokolwiek przełożenie na realizację zamówienia. Stanowisko takie znalazło również odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. m.in. wyrok z dnia 18 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2407/10, wyrok z dnia 9 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2359/10, z 17 maja 2010r., KIO 790/10, z dnia 23 lipca 2010r. KIO 1439/10), czy też doktrynie (por. Janusz Dolecki, Korzystanie z doświadczenia innych podmiotów, Zamówienia publiczne Doradca Nr 3/2012, s. 55-63) (...).Odnosząc się do treści referencji należy również wskazać, że podwykonawstwo nie może mieć charakteru hipotetycznego i ewentualnego, prowadząc do stanu niepewności po stronie Zamawiającego co do faktycznej realizacji zamówienia. A hipotetyczny charakter takiego zobowiązania nie może być jednocześnie utożsamiane z wykazaniem spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

Wobec powyższego Izba podzieliła stanowisko Odwołującego oraz Zamawiającego, że Przystępujący Instalbud, skutek nieudowodnienia polegania za doświadczeniu podmiotu trzeciego, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Wobec wezwania do uzupełnienia z dnia 21 listopada 2014 r. – wobec tak zaistniałego stanu faktycznego – należało wykonawcę wykluczyć na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp za niespełnienie warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 5.1.1. b) SIWZ.

Ponadto w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej – odnosząc się do niniejszego stanu faktycznego – i złożonych wyjaśnień Przystępującego Instalbud w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, należało stwierdzić – po analizie złożonych wyjaśnień – że Przystępujący Instalbud wykazał, t.j. udzielił wyczerpujących wyjaśnień, odnoszących się do czynników, które pozwoliły mu na zaferowanie ceny 9.833.850,00 zł brutto za wykonanie tego przedmiotu zamówienia. Zatem nie istniały podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego Instalbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Konkludując, - wobec potwierdzenia się niektórych zarzutów odwołania - Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności oceny ofert a także powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niewykazania warunków wiedzy i doświadczenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 b) w zw. z § 5 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....