

Sygn. akt KIO 1333/10

WYROK
z dnia 14 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 czerwca 2010 r. przez **SKB Sp. z o.o. Sp. k., ul. Sucharskiego 49, 97-500 Radomsko** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Miasto Radomsko, ul. Tysiąclecia 5, 97-500 Radomsko**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża SKB Sp. z o.o. Sp. k., ul. Sucharskiego 49, 97-500 Radomsko i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **SKB Sp. z o.o. Sp. k., ul. Sucharskiego 49, 97-500 Radomsko** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **SKB Sp. z o.o. Sp. k., ul. Sucharskiego 49, 97-500 Radomsko** na rzecz **Miasto Radomsko, ul. Tysiąclecia 5, 97-500 Radomsko** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Radomsko prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa kanalizacji deszczowej w ul. Bohomolca i ul. Wymysłowskiej w Radomsku.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21 maja 2010 roku po poz. 131515.

Pismem z dnia 28 czerwca 2010 roku odwołujący – SKB Sp. z o.o. Sp. k. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynności zamawiającego polegające na:

1. wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
2. odrzuceniu oferty odwołującego,
3. dokonania wyboru oferty wykonawcy PHU Rad - Bud Zimoch Włodzimierz,
4. wezwania pismem z dnia 15 czerwca 2010 roku do złożenia wykazu robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone,

Odwołujący wskazał także na zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych na wezwanie z dnia 15 czerwca 2010 roku oraz zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazującego zamawiającemu równe traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
2. art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przez jego zastosowanie i wykluczenie, pomimo braku podstaw do wykluczenia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przez jego zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującej, pomimo iż złożona oferta nie podlegała odrzuceniu,
4. art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 25 ust 2 i § 1 ust 1 pkt 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 te dokumenty mogą być składane, poprzez wezwanie odwołującej do złożenia wykazu robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, pomimo że wykonawca złożył przedmiotowe dokumenty wraz z ofertą i dokumenty te nie zawierały błędów,
5. art. 26 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania

odwołującej do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych przez Spółkę na wezwanie z dnia 15.06.2010r.,

6. art. 87 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Spółki do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty,
7. art. 26 ust 2b w związku z art. 26 ust 3 i ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania odwołującej do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych przez odwołującego na wezwanie z dnia 15.06.2010r. lub złożenia dokumentów w przypadku uznania złożonych za błędne, 8. art. 26 ust 2b w zw. z art. 36 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że złożone przez odwołującą zobowiązanie Przedsiębiorstwa Instalacyjno - budowlanego „EKO - SERWIS” Sp. z o.o. nie odpowiada wymaganiom stawianym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i konieczne jest uczestnictwo tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, a odwołująca takiego uczestnictwa nie wykazała.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że załączony w ofercie wykaz wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat robót budowlanych, w sposób jednoznaczny wskazuje, że odwołujący wykazał wykonanie robót, w skład których wchodziło wykonanie budowy sieci kanalizacji deszczowej lub budowy kanalizacji sanitarnej o łącznej wartości znacznie przekraczającej 300 000 zł. SIWZ nie zabraniał wskazania w wykazie robót złożonych, to jest polegających na kompleksowym wykonaniu zadania inwestycyjnego. Wykonawca dołączył do oferty referencje, z których jednoznacznie wynika, że wykazane przez niego roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie miał w przedmiotowym postępowaniu podstaw do tego, aby wzywać wykonawcę do złożenia wykazu robót budowlanych wraz z dokumentami, z powołaniem się na argument, że „załączone przez wykonawcę referencje nie uwzględniają zakresu robót wymaganych w siwz”. Za nieuzasadnione odwołujący uznał żądanie, aby w dokumentach referencji zawarto informacje co do zakresu, wartości wykonanego zamówienia. Zatem czynność zamawiającego z dnia 15 czerwca 2010 roku, wzywającą do uzupełnienia dokumentów, odwołujący uznał za zbędne. Wskazał, że odwołujący wobec enumeratywnego wyliczenia zawartego w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie mógł na wadliwą czynność zamawiającego wnieść odwołania, co powoduje że wadliwość ta może podnieść dopiero na obecnym etapie postępowania. Uzupełniony, w wyniku wezwania

wykaz robót o roboty wykonane przez Przedsiębiorstwo Instalacyjno - Budowlane Eko - Serwis Sp. z o.o. potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Z załączonego Z załączonego zobowiązania w sposób jednoznaczny wynika, że firma ta zobowiązuje się zgodnie z art. 26 ust 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. do udostępnienia SKB Sp. z o.o. Sp. k. wiedzy i doświadczenia w postaci wskazanych w tym dokumencie dwóch robót, na potrzeby przetargu nieograniczonego pod nazwą „Budowa kanalizacji deszczowej w ul. Bohomolca i ul. Wymysłowskiej w Radomsku”.

W ocenie odwołującego, jeśli zamawiający uznał, że okoliczności dotyczące zobowiązania firmy Przedsiębiorstwo Instalacyjno - Budowlane „EKO - SERWIS” Sp. z o.o. budzą wątpliwości, powinien był zastosować art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych. Tym samym skuteczny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust 2b w związku z art. 26 ust 3 i ust 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych przez Spółkę na wezwanie z dnia 15.06.2010r. lub złożenia dokumentów w przypadku uznania złożonych za błędne. Odwołujący podniósł również, że Zamawiający mógł skorzystać z uprawnienia jakie daje mu art. 87 ust 1 Pzp.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, że w sytuacji, w której wykonawca powołuje się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego konieczne jest uczestnictwo tego podmiotu przy realizacji zamówienia, odwołujący uważa je za nie oparte w przepisach prawa. Należy zauważyć, że ustawodawca dodając do art. 26 ust. 2b (dodany przez art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r.) nie dokonał jednocześnie zmiany redakcyjnej art. 36 ust 4 ustawy Pzp. Przyjął zatem należy, iż racjonalny ustawodawca celowo pominął dokonanie zmiany art. 36 ust 4 przedmiotowej ustawy nie wiążąc wprowadzonej nowej instytucji korzystania z cudzego potencjału z obowiązkiem podwykonawstwa. Skoro tak, to jak wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej samo niewypełnienie, nawet zgodnych z art. 36 ust. 4 Prawa zamówień publicznych żądań zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych dla wykonawcy wyrażonych w ustawie, tj. nie jest sytuacją opisaną w dyspozycjach art. 24 lub 89 (wyrok KIO z dnia 12.01.2010r., III CZP 119/09). że przepis art. 26 ust 2b Prawa zamówień publicznych nie budzi wątpliwości interpretacyjnych. Nawet jeśli wątpliwości takie by się nasuwały, to jak wskazał to Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 12 stycznia 2010r. w ramach dyrektyw preferencji metod wykładni na czoło wysuwa się powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej i jedynie subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej.

Odwołujący wskazał, że w samym formularzu ofertowym wyraźnie podał, że z podwykonawcy zamierza korzystać zlecając mu wykonanie kanalizacji deszczowej w ulicy Bohomolca za kwotę 33.649,94zł (punkt 10 formularza ofertowego). Po pierwsze, formularz

ofertowy - jako załącznik do SIWZ - wyraźnie nakazywał jedynie wskazanie jakie części zamówienia będą powierzone podwykonawcy. Nie zawierał obowiązku wskazania, o jakiego podwykonawcę zaś chodzi. Po drugie Zamawiający powinien w takim przypadku skorzystać z art. 87 ust 1 Prawa zamówień publicznych i przed wykluczeniem odwołującej się Spółki wyjaśnić, czy ulicę Bohomolca będzie wykonywała firma Przedsiębiorstwo Instalacyjno - Budowlane „EKO - SERWIS” Sp. z o.o.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy: specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty odwołującego i uzupełniania oferty z dnia 18 czerwca 2010 roku a także biorąc pod uwagę zgłoszone do protokołu rozprawy stanowiska stron postępowania, Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 5.1 rozdziału 5 zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia. Warunek zostanie uznany za spełniony na podstawie wykazania wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej 2 robót budowlanych o łącznej wartości nie mniejszej niż 300 000 zł brutto w zakresie budowy sieci kanalizacji deszczowej lub budowy sieci kanalizacji sanitarnej, a także na podstawie złożonego przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w pkt 6.1.2 ppkt 1 siwz. W pkt 5.2 siwz, zamawiający podał, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego 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 wykonywaniu zamówienia.

W pkt 6.1.2 siwz, „Uwaga”, zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 6.1.3 siwz oraz udowodnienia, 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 wykonywaniu zamówienia, o którym mowa w pkt 5.2 siwz.

Celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, odwołujący załączył wykaz wykonanych robót budowlanych (strona 16 oferty), gdzie ujął 4 realizacje:

1. wykonanie dla Gminy Skarżysko - Kamienna budynku wielorodzinnego, z komunikacją wewnętrzną z instalacjami: wodociągową, kanalizacji sanitarnej, centralnego ogrzewania i elektryczną, sieci i przyłącza wodociągowe, kanalizacji deszczowej oraz drogą wewnętrzną na działkach o wartości 1 434 549, 14 zł brutto.
2. wykonanie dla PPHU Kobud budynku komunalnego z przeznaczeniem na komisariat policji oraz 7 szt garaży. Zakres robót obejmował: roboty ogólnobudowlane : roboty ziemne i drogowe, roboty rozbiórkowe, murowe, ciesielskie i dekarские dachu, wykończeniowe, wykonanie elewacji oraz roboty elektryczne, instalacja wod- kan. i c.o., instalacja gazowa, kotłownia z automatyką, sieci sanitarne zewnętrzne o wartości 2 443 000 zł.
3. wykonanie dla Powiatu Bełchatowskiego inwestycji polegającej na wykonaniu dróg wewnętrznych i instalacji kanalizacji w Zespole Szkół Ponadgimnazjalnych w Zelowie, gdzie w zakres wchodziło wykonanie ok. 744m kanalizacji, drenażu ok. 130 m , dróg wewnętrznych, placów i chodników z kostki brukowej o wartości 419.369,14 zł.
4. wykonanie dla LEITZ POLSKA Sp. z o.o. budowy budynku biurowego i przemysłowego , gdzie w skład zadania wchodziło wykonanie: robót budowlanych: ziemnych, murowych, żelbetowych, konstrukcji stalowej, robót wykończeniowych, stolarki okiennej i drzwiowej oraz robót instalacji zewnętrznej tj. elektrycznej, monitoringu, deszczowej, kanalizacji sanitarnej, wodociągowej, gazowej, wody studziennej a także robót instalacji wewnętrznych: elektrycznej, alarmowej, komputerowo – telefonicznej, kanalizacyjnej, wodociągowej, chłodniczej, wentylacyjnej, ogrzewczej układu kotłowego, ogrzewczej układu pompy ciepła, gazowej oraz budowa dróg wewnętrznych i parkingów, zagospodarowanie terenu i ogrodzenia terenu działki .

Ne potwierdzenie należytego wykonania robót, odwołujący załączył stosowne referencje.

W pkt 10 formularza ofertowego odwołujący wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcy wykonanie kanalizacji deszczowej w ul. Bohomolca na kwotę 33 649, 94 zł.

Jednocześnie na stronach 30 i nast., oferty odwołujący załączył dokumenty podmiotowe dotyczące Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego Dobosz Sławomir (oświadczenie o braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, wpis do ewidencji działalności gospodarczej, zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach, zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne). Na stronie 15 oferty, odwołujący zamieścił oświadczenie z dnia 7 maja 2010 roku Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego Dobosz Sławomir, w którym wykonawca ten zobowiązuje się do udostępnienia SKB sp. z o.o. wiedzy i doświadczenia w postaci 1 roboty budowlanej - „budowa budynku

biurowego i przemysłowego mieszącego się w Radmosku przy ul. Duńska 4” na potrzeby przetargu nieograniczonego p.n. ”budowa kanalizacji deszczowej w ul. Bohomolca i ul. Wymysłowskiej w Radomsku”.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 15 czerwca 2010 roku odwołujący przedstawił uzupełniony wykaz robót budowlanych wraz z referencjami, dokumenty dotyczące podwykonawcy firmy Eko- Serwis Sp. z o.o. oraz zobowiązanie Eko - Serwis Sp. z o.o. do udostępnienia potencjału w przedmiotowym zamówieniu.

W uzupełnionym wykazie, odwołujący przedstawił dwie dodatkowe roboty budowlane potwierdzone stosownymi referencjami, zrealizowane przez Eko - Serwis Sp. z o.o.:

1. budowa kanalizacji sanitarnej, pompowni, kanalizacji deszczowej dla lewobrzeżnej części Miasta Sieradz – Osiedle Chabie, zrealizowana na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. o wartości 5 986 027 zł,
2. budowa kanalizacji sanitarnej we wsi Czechy etap I (zadanie A i B), wieś Czechy, gmina Zduńska Wola na rzecz Gminy Zduńska wola o wartości 2 295 230, 47 zł.

Odwołujący załączył także „Zobowiązanie” z dnia 7 czerwca 2010 roku, w którym „Przedsiębiorstwo Instalacyjno Budowlane Eko – Serwis sp. z o.o. zobowiązuje się zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku (tj, Dz. U. z 2007, nr 223, poz. 1655) do udostępnienia SKB sp. z o .o. Sp. k. wiedzy i doświadczenia w postaci dwóch robót budowlanych dotyczących budowy sieci kanalizacji deszczowej lub budowy sieci kanalizacji sanitarnej o łącznej wartości nie mniejszej niż 300 000 zł brutto:

1. budowa kanalizacji sanitarnej, pompowni, kanalizacji deszczowej dla lewobrzeżnej części Miasta Sieradz – Osiedle Chabie,
2. budowa kanalizacji sanitarnej we wsi Czechy etap I (zadanie A i B).

na potrzeby przetargu nieograniczonego p.n. ”budowa kanalizacji deszczowej w ul. Bohomolca i ul. Wymysłowskiej w Radomsku”.

Odwołujący załączył również dokumenty podmiotowe dla Przedsiębiorstwa Instalacyjno – Budowlanego „Eko – Serwis” sp. z o.o. (KRS, zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach, zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne oraz oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i oświadczenie o braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Z uwagi na to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało opublikowane w dniu 21 maja 2010, to jest po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) - tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) - tzw. „dużej nowelizacji”, zatem w oparciu o art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych ustawy nowelizującej do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdują zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem wskazanych nowelizacji.

Izba stwierdziła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujące koniecznością odrzucenia odwołania a odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba podziela stanowisko zamawiającego co do oceny doświadczenia zawodowego przedstawionego w ofercie odwołującego z dnia 7 czerwca 2010 roku. Zdaniem Izby, ujęte w wykazie doświadczenia roboty budowlane nie odpowiadają pod względem zakresu przedmiotu zamówienia, wymaganym przez zamawiającego w warunku doświadczenia zawodowego robotom w zakresie budowy kanalizacji deszczowej i sanitarnej. Wykazane w ofercie odwołującego realizacje dotyczą kompleksowych inwestycji budowlanych, obejmujących budowy budynków komunalnych, wielorodzinnych czy biurowych wraz z ich instalacjami i robotami towarzyszącymi a nie dotyczą budowy sieci kanalizacji deszczowej lub sieci kanalizacji sanitarnej. Powołując się na definicję zawartą w art. 2 pkt 7 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 roku o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków należy wskazać, że (Dz.U. z 2006 roku nr 123, poz. 858 ze zm.) sieć to przewody wodociągowe lub kanalizacyjne wraz z uzbrojeniem i urządzeniami, którymi dostarczana jest woda lub którymi odprowadzane są ścieki, będące w posiadaniu przedsiębiorstwa wodociągowo- kanalizacyjnego. W świetle powyższego nie można uznać, że roboty w zakresie instalacji kanalizacji sanitarnej, instalacji wodociągowej czy instalacji kanalizacji deszczowej, jakkolwiek wchodzące w zakres robót wykazanych przez odwołującego w ofercie, są realizacjami o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia. W ramach realizacji zamówień ujętych w ofercie odwołujący wykonał co najwyżej przyłącza budynków

do sieci i mógł w tym zakresie wykonać jedynie odcinek przewodu łączącego wewnętrzną instalację kanalizacyjną czy sanitarną budynku z siecią kanalizacyjną.

Podsumowując, stanowisko zamawiającego co do niespełnienia przez odwołującego warunku wymaganego doświadczenia na podstawie wykazu i referencji załączonych do oferty należy uznać za zasadne, w konsekwencji konieczne było wezwanie odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co zamawiający uczynił.

Odnosząc się do uzupełnionego wykazu robót, Izba stwierdza, że roboty zrealizowane przez Przedsiębiorstwo Instalacyjno - Budowlane „Eko – Serwis” sp. z o.o. nie mogą być zaliczone dla spełnienia wymogu doświadczenia zawodowego. Niezależnie od kwestii będącej sporną między stronami, czy podmiot udzielający wiedzy i doświadczenia musi brać udział w realizacji tego zamówienia, Izba zauważa, że wskazując w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów innego (nowego) podwykonawcę, odwołujący dopuścił się istotnej zmiany treści oferty dotyczącej sposobu realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. Analiza treści oferty, oświadczenia złożonego w pkt 10 formularza oferty o zakresie prac powierzonych podwykonawcy oraz załączone w ofercie dokumenty i oświadczenia Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego Dobosz Sławomir, wskazują jednoznacznie, że wolą i intencją odwołującego było wskazanie jako podwykonawcy właśnie tego podmiotu jako realizującego roboty na ul. Bohomolca. W wyniku uzupełnienia dokumentów w dniu 18 czerwca 2010 roku, w celu wykazania spełnienia warunku wymaganego doświadczenia odwołujący wskazał na nowego podwykonawcę, nie ujętego wcześniej w ofercie, zmieniając w ten sposób treść oferty w sposób niedopuszczalny .

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopuszcza uzupełnienie oświadczeń i dokumentów, ale wyłącznie w zakresie określonym w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wprowadzenie nowego podwykonawcy, nie wskazanego wcześniej w treści oferty stanowi, w ocenie Izby, niedopuszczalne przepisami ustawy Pzp, uzupełnienie treści oferty i zmianę określonego w ofercie sposobu spełnienia świadczenia. Twierdzenia odwołującego, że podmiot wykazany w wyniku uzupełnienia dokumentów jest podwykonawcą wskazanym wcześniej w ofercie, pozostały bez dowodu i są twierdzeniami na użytek przedmiotowego sporu.

Biorąc po uwagę treść przepisu art.26 ust. 2 b ustawy Pzp, który przewiduje, że 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, przy czym 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 wykonywaniu zamówienia, Izba zważyła, że dysponowanie

wskazanymi w przepisie zasobami (wiedza, doświadczenie, potencjał techniczny, zdolności finansowe czy osoby zdolne do realizacji zamówienia) musi być jednoznaczne i nie może być przedmiotem domniemania zamawiającego. Cytowany przepis wymaga zatem udowodnienia przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu, że będzie nimi dysponował, wskazując jako przykładowy sposób tego udowodnienia przedłożenie pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji tych zasobów. Udowodnienie faktu dysponowania zasobami może mieć różną postać oraz treść – stosownie do rodzaju tego zasobu a także stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu jak i charakteru i zakresu porozumienia pomiędzy tymi podmiotami.

W sytuacji gdy przedmiotem udostępnienia przez podmiot trzeci są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym (jak np. doświadczenie), niemożliwe do samodzielnego obrotu i konieczne jest wykazanie zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia (uczestnictwo podmiotu w wykonaniu zamówienia). Izba podkreśla, że uczestnictwo to może przybrać dowolną formę, niekoniecznie musi to być forma podwykonawstwa. Podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie może być związany z wykonawcą w postaci np. współpracy, doradztwa, konsultacji czy choćby umowy lojalnościowej. Natomiast, w sytuacji, gdy brak w ogóle informacji o zaangażowaniu podmiotu udzielającego doświadczenie w realizację zamówienia, zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem.

Rozważając zaistniały stan faktyczny sprawy, niezależnie do wskazanej wyżej niedopuszczalnej istotnej zmiany treści oferty, polegającej na rozszerzeniu, w wyniku uzupełniania dokumentów zakresu robót powierzonych podwykonawcy, Izba stwierdza, że zobowiązanie podmiotu trzeciego z dnia 7 czerwca 2010 roku do udostępnienia wyłącznie wiedzy i doświadczenia bez jednoczesnego wskazania sposobu korzystania w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia z udostępnionych zasobów jest niewystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odmienne stanowisko i zgoda na brak udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, może prowadzić do tzw. „handlu referencjami” oraz stwarzać sytuacje, w której zamawiający dokona wyboru wykonawcy, który nie będzie zdolny w sposób należyty zrealizować zamówienie publiczne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Pzp a także w oparciu o przepisy 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 wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600 zł, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Przewodniczący:

.....