

**WYROK  
z dnia 17 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe PROPECTUS Sp. z o. o., A..... K..... Zakład Ogólnobudowlany, ul. Wiejska 8, 47-143 Niezdrowice, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Urząd Miasta Sławków, ul. Rynek 1, 41-260 Sławków.

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia przedmiotowego przetargu, nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i czynności odrzucenia jego oferty, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny oferty,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Urząd Miasta Sławków, ul. Rynek 1, 41-260 Sławków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe PROPECTUS Sp. z o. o., A..... K..... Zakład Ogólnobudowlany, ul. Wiejska 8, 47-143 Niezdrowice tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego – Urząd Miasta Sławków, ul. Rynek 1, 41-260 Sławków na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe PROPECTUS Sp. z o. o., A..... K..... Zakład Ogólnobudowlany, ul. Wiejska 8, 47-143 Niezdrowice kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Katowicach.

**Przewodniczący:.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Gmina Sławków - Burmistrz Miasta Sławkowa, Urząd Miasta Sławków, Rynek 1, 41-260 Sławków wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Kompleksowa przebudowa ulic: Mały Rynek, Staropocztowa, Kościelna w Sławkowie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 lutego 2014 r. pod numerem 68100-2014.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do godz. 10:00, dnia 17 marca 2014 r., w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta - oferta Odwołującego - Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe PROPECTUS Sp. z o. o., A..... K..... Zakład Ogólnobudowlany, ul. Wiejska 8, 47-143 Niezdrowice.

W dniu 17 marca 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu m.in. w zakresie pkt. 5.2. SIWZ, tj. wykonania „co najmniej 1 roboty budowlanej (...) polegającej budowie lub przebudowie dróg /ulic/ placów lub odtworzeniu nawierzchni dróg /ulic/ placów publicznych wraz z przebudową infrastruktury technicznej polegającej na budowie lub przebudowie kanalizacji sanitarnej oraz kanalizacji deszczowej oraz budowie lub przebudowie sieć wodociągowej, na kwotę co najmniej 4.000.000,00 zł brutto, a zrealizowanej pod nadzorem konserwatora zabytków, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert.”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył w dniu 19 marca 2014 r. uzupełnienie wraz z wykazem robót budowlanych, listem referencyjnym potwierdzającym wykonanie robót zgodnie z sztuką budowlaną oraz zobowiązaniem DROG-BUD Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia.

W dniu 24 marca 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp, w zakresie wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, podkreślając jednocześnie, iż w przypadku, gdy wykonawca

polega na wiedzy i doświadczeniu lub zdolnościach finansowych innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków 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. Wobec powyższego Zamawiający zażądał dokumentów „potwierdzenia warunku posiadania wiedzy/doświadczenia oraz warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej: b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia”.

W dniu 27 marca 2014 r. w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień Odwołujący przekazał stosowne wyjaśnienia, załączając do nich zobowiązanie DROG-BUD Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów zawierające informacje dotyczące sposobu wykorzystania jego zasobów, przez Odwołującego, przy wykonywaniu zamówienia oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. W jego treści wskazane zostało, iż DROG-BUD Sp. z o.o.: (a) będą wspierał w/w firmy, jako konsultant i doradca przy realizacji robót w zakresie wykonywania robót pod nadzorem konserwatora zabytków, Będę służył naszą wieloletnią wiedzą i doświadczeniem przez cały okres wykonywania przedmiotu zamówienia, (b) charakter stosunku łączącego Podmiot udostępniający z Wykonawcą zamówienia: porozumienie oraz (c) czas realizacji zawartej umowy tj, od daty jej zawarcia do 31.05.2015 r.

W dniu 28 marca 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o jego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp.

W treści powyższego pisma Zamawiający uzasadnił czynność wykluczenia z postępowania tym, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku określonego w pkt. 5.2. SIWZ, stwierdzając jednocześnie, że Odwołujący samoistnie nie posiada wymaganej w SIWZ wiedzy i doświadczenia, powołuje się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu tj. DROG-BUD Spółka z o.o.

Zamawiający zauważył, iż pkt. 10.1.7. SIWZ wymaga się, aby wykonawca wskazał części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom i wpisał je w załącznik nr 8 SIWZ - „Wykaz części zamówienia, której wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom”: (1) części zamówienia, jakie Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy i (2) części zamówienia oraz nazwy firm podwykonawców, którym Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawstwo, a na których zasoby powołuje się na

zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Nadto Zamawiający uzasadniając wykluczenie Odwołującego z postępowania stwierdził, że skoro Odwołujący w swojej ofercie nie przewidział realizacji zamówienia przez podwykonawców, to powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie stanowi skutecznego spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zatem wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PROTECTUS Sp. z o.o. (lider) ul. Wiejska 8, 47-143 Niezdrowice oraz A..... K..... Zakład Ogólnobudowlany, ul. Wiejska 8, 47-143 Niezdrowice powziął z przekazanej faksem w dniu 28 marca 2014 r. przez Zamawiającego informacji o wykluczeniu go z przedmiotowego przetargu.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 2 kwietnia 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na następującą czynność Zamawiającego:

1. badanie i ocenę oferty Odwołującego,
2. wykluczenia Odwołującego, odrzucenie jego oferty, a w konsekwencji unieważnienie postępowania.

Powyższymi czynnościami Zamawiającego zarzucił:

1. naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że podmiot udostępniający Odwołującemu swoje zasoby będzie brał udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy oraz kwestionowanie Porozumienia, jako dopuszczalnej na gruncie ustawy Pzp formy relacji pomiędzy Odwołującym a podmiotem udostępniającym zasoby,
2. naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie do wyjaśnienia treści dokumentów i oświadczeń złożonych przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne uznanie, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wykluczenie Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji naruszenie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne unieważnienie.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienie czynności badania i ceny oferty Odwołującego,

3. powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego,
4. uznanie, iż Odwołujący należycie wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
5. dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego z treści uzasadnienia czynności wykluczenia go z przetargu można wywnioskować dwie rzeczy:

1. Zamawiający utożsamiał udostępnienie zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp z koniecznością uczestniczenia podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt. 9b ustawy Pzp,
2. W ocenie Zamawiającego sposób udostępnienia zasobów oraz charakter prawny łączący Odwołującego z podmiotem udostępniającym swoje zasoby nie znajduje uznania, jako prawidłowy.

Odnosnie pierwszego zarzutu Odwołujący oświadczył, że nie zamierza powierzyć realizacji części przedmiotowego zamówienia podwykonawcom i zamierza zrealizować przedmiotowe zamówienie samodzielnie, w związku z tym w złożonej ofercie Odwołujący wykreślił zarówno poz. 1 jak i poz. 2 ww. załącznika nr 8 do SIWZ.

Zwrócił uwagę, że z treści art. 2 pkt. 9b definicji umowy o podwykonawstwo, wywieść można, iż podwykonawcą jest podmiot inny niż wybrany przez zamawiającego wykonawca, z którym zawarto umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego.

W powyższym zakresie odwołał się do przepisów Kodeksu cywilnego i do zawartych w nim regulacji - Tytuł XVI - Umowa o roboty budowlane w art. 647<sup>1</sup> oraz art. 649<sup>5</sup> wskazując, że podwykonawca to dalszy wykonawca, z którym wykonawca (generalny wykonawca) zawarł umowę o wykonanie części robót, których nie będzie wykonywał samodzielnie.

Podkreślił przy tym, iż Odwołujący zamierza wykonać przedmiotowe zamówienie samodzielnie, bez udziału podwykonawców w rozumieniu art. 2 ust. 9b ustawy Pzp oraz art. 647<sup>1</sup> Kc oraz art. 649<sup>5</sup> Kc.

Natomiast wskazał, że zasoby udostępnione przez DROG-BUD Sp. z o.o. wykonywać będą nadzór nad prawidłowością realizacji zamówienia przez Odwołującego, świadczyć będą konsultacje i doradztwo na rzecz Odwołującego.

Według Odwołującego z powyższych względów nie istnieje przesłanka uzasadniająca twierdzenia, że Odwołujący zawrze z DROG-BUD Sp. z o.o. umowę o wykonanie części robót, których nie będzie wykonywał samodzielnie.

W kontekście powyższego podkreślił, że utrwalona linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, jak również orzeczenia Sądów Okręgowych pozwala na twierdzenie, iż udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia nie jest warunkiem koniecznym skutecznego udostępnienia zasobów i wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie drugiego zarzutu podniósł, że w przypadku wątpliwości, co do treści złożonych dokumentów Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 do złożenia stosownych wyjaśnień dotyczących treści dokumentów i oświadczeń złożonych na potwierdzenie spełniania warunków w postępowaniu i ocenić ich treść z uwzględnieniem postanowień art. 65 Kc, który wskazuje, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje i raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się jej dosłownym brzmieniu.

Stwierdził przy tym, że w przypadku oświadczenia DROG-BUD Sp. z o.o. zawierającego zobowiązanie do udostępnienia zasobów dla Odwołującego zgodną wolą porozumiewających się stron było uzyskanie przez Odwołującego zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, zaś po stronie DROG-BUD Sp. z o.o. udostępnienie tych zasobów dla Odwołującego w sposób gwarantujący należyte wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również realizację zamówienia zgodnie z wszystkimi wymogami wynikającymi z treści SIWZ oraz obowiązujących przepisów prawa.

W ocenie Odwołującego, wobec wyżej przedstawionych argumentów nie istnieją przesłanki uzasadniające wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tym samym odrzucenie oferty Odwołującego, a w konsekwencji unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego, pisma Odwołującego z dnia 17 marca 2014r. wraz z wykazem –

załącznik nr 3, listem referencyjnym, a także zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, pisma Odwołującego z dnia 27 marca 2014r. wraz ze zobowiązaniem podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, zawiadomienia Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z dnia 28 marca 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołać uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.24 ust.2 pkt. 4, art.26 ust.2b i ust.4, art.93 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu nie wykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt. 5.2. SIWZ ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, gdzie oświadczył, że ocena spełniania w/w warunku zostanie dokonana na podstawie:

- Oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu określonych w art.22 ust.1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- potwierdzenia wykonania, co najmniej 1 roboty budowlanej w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia tj. polegającej na budowie lub przebudowie dróg /ulic/ placów lub odtworzeniu nawierzchni dróg /ulic/ placów publicznych wraz z przebudową infrastruktury technicznej polegającej na budowie lub przebudowie kanalizacji sanitarnej oraz kanalizacji deszczowej oraz budowie lub przebudowie sieci wodociągowej, na kwotę, co najmniej 4.000.000,00 zł brutto, a zrealizowanej pod nadzorem konserwatora zabytków, w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert.

Poza tym wymaga wskazania, że Zamawiający w pkt.5.4 zd.2 i 3 SIWZ pouczył uczestników przetargu, 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.



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.

Następnie Izba stwierdziła, że w pkt.6.1.2 Zamawiający określił wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazując na wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem 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 – załącznik nr 3 do SIWZ.

Dodatkowo w powyższym postanowieniu SIWZ Zamawiający wskazał, że w przypadku, gdy wykonawca polega 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 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.

Ponadto, Zamawiający poinformował wykonawców, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda dokumentów dotyczących w szczególności:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Poza tym w pkt.6.2.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art.24 ust.1 ustawy Pzp w przypadku, gdy wykonawca polega 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, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wówczas inne podmioty zobowiązane są do złożenia oświadczenia o braku podstaw do ich wykluczenia(załącznik nr 6 SIWZ).

W aspekcie powyższych postanowień SIWZ Izba stanęła na stanowisku, że wykonawca złożył wszelkie dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w przedmiotowym przetargu.

Zgodnie z 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.

Jednocześnie w myśl przepisu § 1 ust.6 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.), jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:

- 2) dokumentów dotyczących w szczególności:
  - a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
  - b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
  - c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
  - d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Izba stwierdziła, że Odwołujący takie zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia przedłożył, w ramach, którego na podstawie art.26 ust.2b ustawy Pzp wykonawca Drog-Bud sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie oświadczył, że udostępnia Odwołującemu swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia przewidzianych do realizacji zadania odpowiadającego przedmiotowi zamówienia.

Jednocześnie wykonawca Drog-Bud sp. z o.o. oświadczył w tym zobowiązaniu, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi w postaci: udziału w formie konsultacji, nadzoru i doradztwa.

Nadto wykonawca ten oświadczył, że jego zasoby wiedzy i doświadczenia zostaną udostępnione Odwołującemu na poniższych zasadach:

a. Sposób wykorzystywania zasobów: będę wspierał Odwołującego, jako konsultant i doradca przy realizacji robót w zakresie wykonania robót pod nadzorem konserwatora zabytków. Będę służył naszą wieloletnią wiedzą i doświadczeniem przez cały okres wykonywania przedmiotu zamówienia.

b. Charakter stosunku łączącego podmiot udostępniający z wykonawcą zamówienia: porozumienie.

c. Czas realizacji zawartej umowy tj. od daty jej zawarcia do 31.05.2015r.

Na dowód udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia zostały przedłożone również przez Odwołującego referencje z dnia 8.02.2012r. Oddziału GDDKiA w Katowicach.

Na rozprawie przed Izłą pełnomocnik Zamawiającego oświadczył, że nie kwestionuje przesłanek spełnienia warunku przez podmiot trzeci w zakresie warunku doświadczenia i wiedzy, lecz podważa jedynie kwestię możliwości udostępnienia zasobów tego podmiotu na rzecz Odwołującego.

Według zapatrywania Izby powyższe zobowiązanie w całej rozciągłości potwierdza występowanie przesłanek z przepisu art.26 ust.2b ustawy Pzp, a także § 1 ust.6 pkt.2 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.) i stanowi dostateczny dowód na potwierdzenie rzeczywistego dostępu przez Odwołującego do zasobów z zakresu wiedzy i doświadczenia.

Należy wyraźnie podkreślić, że ustawodawca nie przewidział ścisłej formuły i treści dokumentów na potwierdzenie rzeczywistego dostępu do zasobów.

Powyższe skłania Izbę do przyjęcia zapatrywania, że wykazywanie powyższych okoliczności należy badać in concreto.

Zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie istnieje realna możliwość skorzystania przez Odwołującego z wiedzy i doświadczenia wykonawcy Drog-Bud sp. z o.o., skoro ten podjął się udziału w przedmiotowym przetargu, jako konsultant, doradca i podmiot nadzorujący prace.

Sytuacji tej nie zmienia oświadczenie Odwołującego zawarte w ofercie o zamiarze wykonania zamówienia bez podwykonawców – załącznik nr 8 do SIWZ.

Według Izby Odwołujący może realnie korzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, bez konieczności zlecenia temu podmiotowi realizacji podwykonawstwa.

W tym kontekście należy zauważyć, że ustawodawca nie narzucił wykonawcom formuły prawnej polegania na zasobach osoby trzeciej w zakresie wiedzy i doświadczenia, co wynika wyraźnie z dyspozycji przepisu art.26 ust.2b ustawy Pzp.

Jeżeli Zamawiający dysponował przeciwdowodem potwierdzającym brak możliwości realnego przekazania przedmiotowego zasobu, to powinien z niego skorzystać, czego jednak nie uczynił.

Wobec powyższego należy przyjąć, że Odwołujący sporny warunek podmiotowy spełnia, a zatem brak było podstaw do wykluczenia go z przedmiotowego przetargu.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, 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).

**Przewodniczący:.....**