

Sygn. akt: KIO 1084/16

WYROK
z dnia 5 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2016 r. przez wykonawcę: **MS Budownictwo M.S. M.S. sp.j., ul. Zakątek 14, 67-100 Nowa Sól** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Usług Mieszkaniowych sp. z o.o., ul. Wróblewskiego 7, 67-100 Nowa Sól,**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:**
 - 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;**
 - 2) unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy MS Budownictwo M.S. M.S. sp.j.;**
 - 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy MS Budownictwo M.S. M.S. sp.j. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnienia treści zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia ww. wykonawcy swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia na potrzeby realizacji zamówienia;**

- 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Zakład Usług Mieszkaniowych sp. z o.o., ul. Wróblewskiego 7, 67-100 Nowa Sól, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: MS Budownictwo M.S. M.S. sp.j., ul. Zakątek 14, 67-100 Nowa Sól tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) zasądza kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) od zamawiającego: **Zakład Usług Mieszkaniowych sp. z o.o., ul. Wróblewskiego 7, 67-100 Nowa Sól** na rzecz wykonawcy **MS Budownictwo M.S. M.S. sp.j., ul. Zakątek 14, 67-100 Nowa Sól** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.**

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Zakład Usług Mieszkaniowych sp. z o.o. w Nowej Soli prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „remont budynku biurowego Zakładu Usług Mieszkaniowych przy ul. Wróblewskiego 7 w Nowej Soli”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1/2016 w dniu 18-05-2016 r. pod numerem 125422-2016.

W dniu 15 czerwca 2016 r. wykonawca MS Budownictwo sp.j. z siedzibą w Nowej Soli otrzymał informację o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzuceniu jego oferty i w konsekwencji unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Wykonawca nie zgodził się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu przez zamawiającego i wniósł odwołanie na następujące czynności Zamawiającego:

1. badanie i ocenę oferty złożonej przez Odwołującego,
2. wykluczenie z postępowania, odrzucenie oferty, a w konsekwencji unieważnienie postępowania.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący nie udowodnił zamawiającemu, że rzeczywiście będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu Zakład Budowlany Z.S., ul. Zakątek 14; 67-100 Nowa Sól udostępniającego Odwołującemu swoje zasoby, że ww. podmiot rzeczywiście będzie brał udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy robót rozbiórkowych, oraz będzie wykonawcą wszystkich robót budowlanych i instalacyjnych objętych zamówieniem jak również, że do wykonywania robót przekaze swoją kadrę kierowniczą i wykonawczą, tj. pracowników,
2. art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez bezpodstawne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia prawidłowo złożonego zobowiązania podmiotu Zakład Budowlany Z.S. do udostępnienia swoich zasobów dotyczących wiedzy i doświadczenia,
3. art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści dokumentów i oświadczeń złożonych przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
4. art. 24 ust. 2 pkt. 4 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. 4 Pzp, poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienie czynności badania i oceny oferty Odwołującego,
3. powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego,
4. dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W postępowaniu zostały złożone 3 oferty. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą ze złożonych ofert. Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i tylko niezgodne z prawem działania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia.

W dniu 10 czerwca 2016 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego dysponowanie zasobami Z.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany, w szczególności pisemnego zobowiązania tego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia oraz dokumentów zawierających informacje dotyczące:

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia,
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia,

w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył w dniu 13 czerwca 2016 r. stosowne wyjaśnienia, załączając do nich ponownie zobowiązanie Zakładu Budowlanego Z.S. do udostępnienia zasobów zawierające informacje dotyczące sposobu wykorzystania jego zasobów, przez Odwołującego, przy wykonywaniu zamówienia oraz zakresu udziału tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. W treści zobowiązania wskazane zostało, iż:

- a) Zakład Budowlany Z.S. będzie wspierał MS Budownictwo sp.j., jako konsultant, doradca i podwykonawca przy realizacji robót rozbiórkowych oraz udostępni swoją kadrę kierowniczą i wykonawczą (pracowników fizycznych),
- b) Zakład Budowlany Z.S. będzie brał udział w realizacji wszystkich robót budowlanych i instalacyjnych przez cały okres wykonywania przedmiotu zamówienia, udostępniając w tym celu swoją kadrę kierowniczą i wykonawczą (pracowników fizycznych),
- c) w zobowiązaniu został szczegółowo wyspecyfikowany zakres robót jakie będzie realizował w tym zamówieniu podmiot udostępniający swoje zasoby - Zakład Budowlany Z.S.,
- d) w zobowiązaniu wskazano charakter stosunku łączącego podmiot udostępniający zasoby wiedzy i doświadczenia z Odwołującym, tj. umowę cywilno-prawną zawartą na cały okres

realizacji zamówienia - nie krótszy niż 5 miesięcy od daty zawarcia umowy przez Zamawiającego z Odwołującym.

W tych okolicznościach Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że Odwołujący nie udowodnił, że rzeczywiście będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu Zakład Budowlany Z.S., tj. że ww. podmiot rzeczywiście będzie brał udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy robót rozbiórkowych oraz będzie wykonawcą wszystkich robót budowlanych i instalacyjnych objętych zamówieniem jak również, że do wykonywania robót przekaze swoją kadrę kierowniczą i wykonawczą tj. pracowników.

W ocenie Odwołującego, zarówno załączone do oferty zobowiązanie podmiotu Zakład Budowlany Z.S., jak również zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia złożone w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów były zobowiązaniami prawidłowymi, zgodnymi z normą art. 26 ust. 2b Pzp oraz wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ (pkt. 6.3. części VI SIWZ).

W przypadku wątpliwości, co do treści złożonych dokumentów Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów i oświadczeń złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału 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.

W przypadku oświadczenia podmiotu Zakład Budowlany Z.S., 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 podmiotu Zakład Budowlany Z.S., 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.

Zamawiającemu znany był również zakres dostępnych zasobów podmiotu Zakład Budowlany Z.S. ponieważ do oferty został załączony wykaz robót budowlanych wykonanych przez ww. podmiot wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, czego Zamawiający w trakcie postępowania nie kwestionował.

Według Odwołującego powyższe zobowiązanie potwierdza występowanie przesłanek z przepisu art. 26 ust. 2b Pzp, a także § 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.) i stanowi dostateczny dowód na potwierdzenie rzeczywistego dostępu przez Odwołującego do zasobów z zakresu wiedzy i doświadczenia.

W przedmiotowym postępowaniu realne jest skorzystanie przez Odwołującego z wiedzy i doświadczenia podmiotu Zakład Budowlany Z.S., skoro ten podjął się udziału w przetargu, jako konsultant, doradca i podmiot nadzorujący prace, udostępniający własną kadrę kierowniczą i wykonawczą, tj. pracowników oraz jako wykonawca robót. Należy również 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 Pzp. Ponadto, Zamawiający nie dysponuje przeciwdowodem potwierdzającym brak możliwości realnego przekazania przedmiotowego zasobu.

Tym samym brak jest podstaw do twierdzenia przez Zamawiającego, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Nie istnieją zatem przesłanki uzasadniające wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a tym samym odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji - unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 Pzp.

Zamawiający potrzymał na rozprawie stanowisko przedstawione w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący w ofercie określił część zamówienia, którą będzie wykonywał przy udziale podwykonawcy - Zakład Budowlany Z.S., tj. część obejmującą roboty rozbiórkowe, natomiast w pozostałym zakresie podmiot ten przedstawił w zobowiązaniu zapisy jedynie lakoniczne, które z pewnością nie mogą być uznane za udowadniające realne udostępnienie zasobów tego podmiotu Odwołującemu, w szczególności w zakresie doświadczenia („wykonywanie prac, pełnieni nadzoru technicznego, doradztwo i konsultacje, czynny udział”). Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie udowodnił, że będzie w sposób realny dysponował wymaganym w tym postępowaniu doświadczeniem. Zdaniem Zamawiającego, w stanie faktycznym tej sprawy nie było podstaw do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów, gdyż Zamawiający nie miał wątpliwości co do ogólnikowości zapisów, które nie dawały podstaw do formułowania zapytań co do treści złożonych dokumentów. Ponadto, wyjaśnienia wykonawcy w tym przypadku musiałyby prowadzić do uzupełnienia treści zobowiązania, złożonego przez inny podmiot.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, tj. zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny w sprawie.

Odwołujący w ofercie (formularzu ofertowym) w pkt 9 i 10 złożył oświadczenie, że zamierza powierzyć podwykonawcy - Zakład Budowlany Z.S. z siedzibą w Nowej Soli - wykonanie zamówienia w części dotyczącej robót rozbiórkowych, na którego zasoby powołuje się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący złożył w ofercie wykaz robót (załącznik nr 3 do oferty), wskazując w nim dwie roboty zrealizowane przez ww. podmiot trzeci, które spełniają warunek udziału w postępowaniu opisany przez Zamawiającego w pkt 6.1 lit.b rozdziału I SIWZ. Fakt ten nie był kwestionowany przez Zamawiającego. Odwołujący załączył również do oferty zobowiązanie ww. podmiotu trzeciego z dnia 6 czerwca 2016 r. do udostępnienia Odwołującemu zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia, w którym Z.S. oświadczył, że odda do dyspozycji Odwołującego zasób w postaci wiedzy i doświadczenia w pełnym zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania całego zamówienia. Zasób ten będzie wykorzystywany przez wykonawcę przy realizacji zamówienia poprzez podwykonawstwo w zakresie robót rozbiórkowych oraz dysponowanie wykwalifikowaną kadrą, doradztwo techniczne i konsultacje przy realizacji całości zamówienia, W zobowiązaniu zawarte zostało też oświadczenie, że ww. podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego w zakresie realizacji wszystkich robót budowlanych i instalacyjnych przez cały okres realizowania umowy zawartej w wyniku tego postępowania, poprzez stałą obecność na budowie kadry kierowniczej i wykonawczej oddanej do dyspozycji wykonawcy. Oba podmioty będzie łączył stosunek oparty na umowie cywilno-prawnej.

W dniu 10 czerwca 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego dysponowanie zasobami Z.S., w szczególności zobowiązania tego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia oraz dokumenty zawierające informacje dotyczące - zakresu

dostępnych zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku łączącego podmiot trzeci z wykonawcą oraz zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia lub alternatywnie - wykazu wykonanych robót budowlanych potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 6.1 lit.b SIWZ.

Odwołujący, w odpowiedzi na ww. wezwanie, w dniu 13 czerwca 2016 r. ponownie złożył zobowiązanie Z.S. prowadzącego firmę Zakład Budowlany Z.S. (kolejne pismo z dnia 6 czerwca 2016 r.), w którym ww. przedsiębiorca oświadczył, że odda wykonawcy MS Budownictwo sp.j. zasób w postaci wiedzy i doświadczenia w pełnym zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania całego zamówienia. Zasób ten będzie wykorzystywany przy realizacji zamówienia poprzez podwykonawstwo robót rozbiórkowych oraz czynny udział firmy Zakład Budowlany Z.S. w realizacji wszystkich pozostałych elementów zamówienia poprzez stałą obecność na budowie oraz czynne zaangażowanie w wykonywane prace, udostępnienie wykwalifikowanej kadry technicznej i wykonawczej, doradztwo techniczne i konsultacje oraz nadzór techniczny przy realizacji całości zamówienia. W zobowiązaniu został szczegółowo wyspecyfikowany pełen zakres robót, jakie będzie realizował w tym zamówieniu podmiot udostępniający Odwołującemu swoje zasoby - Zakład Budowlany Z.S., w okresie trwania umowy zawartej pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym, tj. nie krótszym niż 5 miesięcy od daty zawarcia umowy.

W ustalonym stanie faktycznym w niniejszej sprawie, Izba zważyła, co następuje.

Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że Odwołujący nie udowodnił, iż realnie będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu Zakład Budowlany Z.S., udostępniającego Odwołującemu swoje zasoby. Złożone przez ten podmiot już w ofercie zobowiązanie podmiotu Zakład Budowlany Z.S. do udostępnienia Odwołującemu swoich zasobów zawiera istotne elementy wskazujące na okoliczność, iż ww. podmiot rzeczywiście będzie brał udział w realizacji zamówienia, tj. w charakterze podwykonawcy robót rozbiórkowych oraz będzie brał czynny udział w wykonywaniu wszystkich robót budowlanych i instalacyjnych objętych przedmiotem zamówienia, gdyż do wykonywania tych robót przekaże Odwołującemu swoją kadrę kierowniczą i wykonawczą, tj. pracowników. Załączone do oferty zobowiązanie podmiotu Zakład Budowlany Z.S., jak również zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia złożone w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, są zgodne z normą art. 26 ust. 2b Pzp oraz wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ (pkt. 6.3. części VI SIWZ. Zgodnie z art. 26 ust. 2b 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 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.

Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Zobowiązanie podmiotu Zakład Budowlany Z.S. potwierdza wypełnienie przez Odwołującego 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 istotny dowód na potwierdzenie rzeczywistego dostępu przez Odwołującego do zasobów z zakresu wiedzy i doświadczenia. Należy przy tym zauważyć, że w przypadku jakichkolwiek wątpliwości, co do treści złożonego zobowiązania Zamawiający może skorzystać z wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści tego dokumentu.

W przypadku zobowiązania złożonego przez Zakład Budowlany Z.S., w treści oświadczenia zostały zawarte informacje wskazujące na planowane realne

zaangażowanie tego podmiotu w wykonywanie robót, choć można się zgodzić z Zamawiającym, że oświadczenia te są raczej lakoniczne, co nie dyskwalifikuje tego dokumentu jako dowodu na realne udostępnienie zasobów w sposób gwarantujący należyte wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz realizacji zamówienia zgodnie z wymogami wynikającymi z treści SIWZ oraz obowiązujących przepisów prawa. Nie budzi wątpliwości Izby fakt, że w przedmiotowym postępowaniu realne jest skorzystanie przez Odwołującego z wiedzy i doświadczenia podmiotu Zakład Budowlany Z.S., skoro ten podjął się udziału w realizacji robót w pełnym zakresie przedmiotu zamówienia, w tym w zakresie podwykonawstwa robót rozbiórkowych oraz udziału w wykonywaniu pozostałych robót, poprzez udostępnienie Odwołującemu własnej wykwalifikowanej kadry kierowniczej i wykonawczej, tj. pracowników, a także pełnienie nadzoru technicznego nad wykonywanymi robotami wraz z doradztwem i konsultacjami. Należy przy tym 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 Pzp.

W szczególności Izba podkreśla, że doświadczenie zdobyte przez przedsiębiorstwo przy wykonywaniu określonych zadań, jak to podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie przedmiotu, łączy się nierozdzielnie z osobą/osobami, które wykonywały dane prace. Dlatego doświadczenia nie można przekazać i nabyć w sposób wyłącznie teoretyczny – poprzez szkolenie lub doradztwo. Dlatego przyjmuje się, że doświadczenie można udostępnić m.in. poprzez podwykonawstwo robót przez podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby. Nie jest to jednak jedyna forma lub sposób na udostępnienie doświadczenia danego przedsiębiorcy wykonawcy realizującemu zamówienie. Możliwe jest także udostępnienie pracowników danego podmiotu, posiadających odpowiednie doświadczenie, w taki sposób, aby wykonawca w realny sposób mógł korzystać z tego doświadczenia przy wykonywaniu zamówienia. Doświadczenie jest atrybutem osoby, która wykonywała dane prace i dlatego może być udostępnione wraz z daną osobą.

W ocenie Izby, z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Skoro podmiot Zakład Budowlany Z.S. zobowiązał się do udostępnienia Odwołującemu swojego doświadczenia, poprzez dedykowanie do wykonywania prac „wykwalifikowanej kadry technicznej i wykonawczej”, to jest to niewątpliwie sposób na realne przekazanie Odwołującemu doświadczenia niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia. Zobowiązanie takie wynika z oświadczenia złożonego w trybie art. 26 ust. 2 b Pzp w ofercie Odwołującego, a także z uzupełnionego zobowiązania na wezwanie Zamawiającego. W zakresie szczegółowych informacji dotyczących liczby, zakresu i trybu udostępnienia pracowników, Zamawiający jest zobowiązany wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. Są to okoliczności istotne z punktu widzenia możliwości dokonania pełnej oceny, czy udostępnienie Odwołującemu zasobu w postaci doświadczenia

nastąpi w sposób realny i gwarantujący prawidłową realizację zamówienia.

Tym samym, w ocenie Izby, na etapie badania i oceny oferty Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Jakikolwiek wątpliwości, wynikające z lakoniczności sformułowań użytych w zobowiązaniu dołączonym do oferty Zamawiający powinien był wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Niezastosowanie trybu wyjaśnień w tym przypadku skutkowało przedwczesnym uznaniem przez Zamawiającego, że zasadne jest uzupełnienie zobowiązania, a następnie wykluczenie Odwołującego z postępowania. Ponadto, Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu przeciwnego, który potwierdzałby w tym przypadku brak możliwości realnego przekazania przedmiotowego zasobu na rzecz Odwołującego.

Wobec powyższego Izba stwierdziła naruszenie art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez przedwczesne i nieuzasadnione tym samym przyjęcie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie udowodnił, że rzeczywiście będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu Zakład Budowlany Z.S..

Złożone w ofercie Odwołującego zobowiązanie podmiotu Zakład Budowlany Z.S. podlegało wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, jako dokument potwierdzający spełniający spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wezwanie do uzupełnienia tego dokumentu, przed wyjaśnieniem jego treści, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp. Uzupełnienie dokumentu jest możliwe bowiem jedynie wówczas, gdy zachodzi pewność, że dany dokument nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu. Lakoniczność sformułowań zawartych w dokumencie, samo w sobie, nie stanowi o błędzie i nie dyskwalifikuje dokumentu, gdyż może on podlegać wyjaśnieniu. Wyjaśnienie w takim przypadku nie stanowi zmiany treści dokumentu, jeśli wyłącznie uszczegóławia treść w nim zawartą.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, na etapie dokonanych przez Zamawiającego czynności w niniejszej sprawie nie wystąpiły przesłanki uzasadniające wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i uznanie oferty za odrzuconą, a w konsekwencji przedwczesne było także unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak na wstępie, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

.....