

WYROK
z dnia 15 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Justyna Tomkowska
Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **H. T. , prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Ogólnobudowlany TACZBUD H. T. , Skurgwy 17, 86-318 Rogoźno (lider), M. T. , prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: TACZBUD-BIS M. T. , W. P. , prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: PERFEKTA Przedsiębiorstwo Budowlano-Inżynieryjne W. P.** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Komendę Wojewódzką Policji** w **Bydgoszczy, ul. Powstańców Wielkopolskich 7, 85-090 Bydgoszcz**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Przemysłu Betonów „PREFABET” – BIAŁE BŁOTA” S.A., ul. Betonowa 1, 86-005 Białe Błota,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia – konsorcjum w składzie: **H. T. , prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Ogólnobudowlany TACZBUD H. T. , Skurgwy 17, 86-318 Rogoźno (lider), M. T. , prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: TACZBUD-BIS M. T. , W. P. , prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: PERFEKTA Przedsiębiorstwo Budowlano-Inżynieryjne W. P. 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 – konsorcjum w składzie: **H. T. , prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Ogólnobudowlany TACZBUD H. T. , Skurgwy 17, 86-318 Rogoźno (lider), M. T. , prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: TACZBUD-BIS M. T. , W. P. , prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: PERFEKTA Przedsiębiorstwo Budowlano-Inżynieryjne W. P.** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **H. T. , prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Ogólnobudowlany TACZBUD H. T. , Skurgwy 17, 86-318 Rogoźno (lider), M. T. , prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: TACZBUD-BIS M. T. , W. P. , prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: PERFEKTA Przedsiębiorstwo Budowlano-Inżynieryjne W. P.** Skarbu Państwa – Komendy Wojewódzkiej Policji w Bydgoszczy, ul. Powstańców Wielkopolskich 7, 85-090 Bydgoszcz na rzecz Skarbu Państwa – Komendy Wojewódzkiej Policji w Bydgoszczy, ul. Powstańców Wielkopolskich 7, 85-090 Bydgoszcz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Bydgoszczy.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę nowej siedziby Komendy Powiatowej Policji w Tucholi” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Komendę Wojewódzką Policji w Bydgoszczy (dalej „zamawiający”) wykonawca - konsorcjum w składzie: H. T. , prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Ogólnobudowlany TACZBUD H. T. , Skurgwy 17, 86-318 Rogoźno (lider), M. T. , prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: TACZBUD-BIS M. T. , W. P. , prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: PERFEKTA Przedsiębiorstwo Budowlano-Inżynieryjne W. P. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, co spowodowało wskazanie wadliwego wyniku postępowania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 26 ust. 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt. 5, art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej ustawa Pzp] oraz art. 17 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Odwołujący wskazał, że wadliwe czynności zamawiającego dotyczą :

1. wykonania zbędnego wezwania o uzupełnienie oferty odwołującego,
2. wykonania czynności badania oferty odwołującego i uznania jej za nieważną,
3. wskazania wadliwego wyniku postępowania.

Odwołujący podał, że podczas badania jego oferty zamawiający bezpodstawnie wezwał odwołującego do jej uzupełnienia w zakresie dokumentów potwierdzenia warunków wiedzy i doświadczenia określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), tj. iż wykonawca musi wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - max. dwie roboty budowlane, odpowiadające swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, przy czym za robotę budowlaną odpowiadającą wartością i rodzajem robocie stanowiącej przedmiot zamówienia zamawiający uznał robotę ogólnobudowlaną – wielobranżową, obejmującą przede wszystkim roboty z branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej dla budynku użyteczności publicznej, której wartość brutto była większa lub równa 5 mln zł. Odwołujący podał także, że zamawiający zażądał Wykazu, który musi zawierać: wartość, rodzaj, data wykonania (dzień, miesiąc, rok) roboty budowlane, miejsce wykonania (odbiorcę) wg wzoru stanowiącego załącznik nr 11 do SIWZ.

Odwołujący oświadczył, że w Wykazie ujął 3 zadania o wymaganych parametrach: jedno zadanie własne oraz dwa zadania wykonane przez podmiot trzeci wraz z dowodami o ich wykonaniu zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowym ukończeniu.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający względem złożonego Wykazu i treści dokumentów niczego mu nie zarzucił.

Podał, że w zakresie korzystania z zasobów innych podmiotów zamawiający ani w treści

ogłoszenia, ani SIWZ nie ustanowił żadnych zapisów i nie żądał żadnych dokumentów, a mimo tego, że rozporządzenie wykonawcze o dokumentach daje zamawiającemu możliwość żądania dodatkowych dokumentów dotyczących „podmiotu zasobu i udzielanych przez niego zasobów zamawiający nie ustanowił żadnych wymagań”.

Odwołujący oświadczył, że zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego do przekazania zasobu wiedzy i doświadczenia wraz z dowodami potwierdzającymi spełnienie warunku udziału w postępowaniu dopełniającymi własne doświadczenie w zakresie jednego zadania, dlatego też, w sytuacji, gdy zamawiający w procesie badania ofert wystąpił do odwołującego, nie mając mu temu podstawy prawnej, z wezwaniem o uzupełnienie treści oferty o dokumenty: 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, uznał, że jest to żądanie przekraczające przepisy art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i wyjaśnił, na zasadzie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, że zamawiający w zapisach SIWZ nie ustanowił w tym względzie żadnych szczególnych warunków o sposobie korzystania z podmiotu zasobu, a ich ustanowienie po złożeniu ofert jest niedopuszczalne.

Dodatkowo odwołujący wyjaśnił zamawiającemu, że podmiot będzie świadczyć pomoc konsultingowa-techniczną, analityczną, fachową doprowadzającą do wykonania danego zadania zgodnie z dokumentacją projektową i sztuką budowlaną bez udziału w tym zadaniu jako podwykonawca.

Odwołujący oświadczył, że nie uzupełnił oferty o dodatkowe dokumenty z obawy przed tym, aby zamawiający nie uznał tego jako zmianę oświadczenia woli w treści oferty po jej złożeniu i nie dokonał odrzucenia oferty.

Odwołujący stwierdził, że wiedza i doświadczenie samego lidera odwołującego się konsorcjum jest wystarczająca do wykonania zadania, na potwierdzenie czego wskazał wiele realizowanych przez lidera robót. Odwołujący podał, że zamawiający wskazał jako najkorzystniejszą ofertę, która jest droższa od oferty odwołującego o niemal 1 mln zł.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania i oceny (punktacji ofert), tj. przywrócenie do postępowania oferty odwołującego,
2. wskazania jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego,
3. cofnięcia wyniku postępowania,
4. wskazania terminu zawarcia umowy,
5. równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie – pismo z dnia 14 lipca 2014 r., stanowiska przystępującego zawartego w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego – pismo z dnia 4 lipca 2014 r., a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”), oferty odwołującego oraz pisma zamawiającego z dnia 26 czerwca 2014 r. informującego o wynikach postępowania skład orzekający Izby ustalił, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej była cena (Rozdział XIII SIWZ) ofertę z najniższą ceną złożył odwołujący (cena oferty odwołującego – 11 538 652,25 zł , druga w kolejności najniższa cena to cena oferty uznanej za najkorzystniejszą, tj. cena oferty przystępującego w wysokości 12 488 201,23 zł). Zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego (w następstwie wykluczenia z postępowania) co oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, przywrócenie jej do postępowania oraz poddania badaniu i ocenie, a zatem dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. Ogłoszenie o zamówieniu Nr 142358 – 2014.
2. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia.
3. Oferta odwołującego.
4. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 18 czerwca 2014 r. skierowane przez zamawiającego do odwołującego.
5. Odpowiedź odwołującego z dnia 20 czerwca 2014 r. na ww. wezwanie („Wyjaśnienie”).
6. Informacja o wynikach postępowania – pismo zamawiającego z dnia 26 czerwca 2014 r.

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia, w następstwie wykluczenia, oferty odwołującego, co spowodowało wskazanie wadliwego wyniku postępowania, czym zamawiający naruszył art. 7, art. 26 ust. 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja III, pkt III.6 ppkt 1) oraz w SIWZ (Rozdział VI pkt 14) zamawiający zażądał, aby w przypadku, gdy wykonawca przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu powołuje się na potencjał innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca taki udowodnił zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał także tytułem przykładu (użyto: „w szczególności”), że udowodnienie to może nastąpić, poprzez przedstawienie pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wśród 13 załączników do SIWZ, stanowiących m.in. opracowane przez zamawiającego wzory, z których mieli skorzystać wykonawcy, przygotowując ofertę nie znalazł się wzór zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący wraz z ofertą złożył zobowiązanie podmiotu „BEM-BUD” Sp. z o.o. z Wrocławia (str. 99), w którym podmiot ten oświadczył: „Niniejszym, działając na zasadzie art. 26 ust. 2b (...) zobowiązujemy się do przekazania wiedzy i doświadczenia w/w wykonawcy dla postępowania i realizacji zamówienia publicznego pn. *„Budowa nowej siedziby Komendy Powiatowej Policji w Tucholi”*.

Pismem z dnia 18 czerwca 2014 r. zamawiający, powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego m.in. do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający określił, iż z treści zobowiązania winny wynikać następujące informacje:

- „a) Dane podmiotu trzeciego, który udostępni zasoby,
- b) Zakres udostępnianych zasobów w odniesieniu do warunku określonego w rozdz. V ust. 1 lit. b) SIWZ (posiadanie wiedzy i doświadczenia),
- c) Informacja o formie uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia wraz ze wskazaniem zakresu realizowanych czynności”.

Odpowiadając na wezwanie zamawiającego, w piśmie z dnia 20 czerwca 2014 r. odwołujący stwierdził: „(...) w Naszej ofercie znajduje się zobowiązanie podmiotu zasobu do przekazania stosownych zasobów wraz z referencjami tego podmiotu, co wypełnia wymogi przepisu ustawy w zakresie zapisów ustawy art. 26 ust. 2b”. Nadto odwołujący stwierdził: „Zamawiający w zapisach siwz nie ustanowił w tym względzie żadnych szczególnych warunków o sposobie korzystania z podmiotu zasobu i po złożeniu ofert ustanawianie dodatkowych warunków jest niedopuszczalne. (...)”

wyjaśniamy Zamawiającemu, że podmiot (...) przy realizacji danego zamówienia będzie świadczyć pomoc konsultingowo-techniczną, analityczną, fachową doprowadzającą do wykonania danego zadania zgodnie z dokumentacją projektową i sztuką budowlaną bez udziału w tym zadaniu jako podwykonawca”.

Pismem z dnia 26 czerwca 2014 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu i odrzuceniu złożonej oferty, podając w uzasadnieniu iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że złożone przez odwołującego zobowiązanie jest „prostym powtórzeniem treści art. 26 ust. 2b, a ogólna formuła nie została w żaden sposób uszczegółowiona”, a nadto, że odwołujący nie uzupełnił zobowiązania, a tym samym nie udowodnił zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, tj. wiedzą i doświadczeniem. Zamawiający podał także, że odrzucił ofertę odwołującego, gdyż została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący zakwestionował, uznając brak w treści ogłoszenia i SIWZ jakichkolwiek zapisów w zakresie korzystania z zasobów innych podmiotów oraz uznając brak żądania przez zamawiającego jakichkolwiek dokumentów w tym zakresie, aby czynność wykluczenia go z udziału w postępowaniu mogła być następstwem faktu, że odwołujący nie uzupełnił – na wezwanie zamawiającego – zobowiązania podmiotu trzeciego. Zdaniem odwołującego, żądając uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego zamawiający przekroczył przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SIWZ opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie dają podstaw do wniosku, iż nie zawierały one żadnych zapisów w zakresie korzystania przez wykonawcę z zasobów innych podmiotów, ponieważ kwestia ta została ujęta przez zamawiającego w ww. Sekcji III, pkt III.6 ppkt 1 ogłoszenia oraz w Rozdziale VI pkt 14 SIWZ.

Brzmienie pkt 14 Rozdziału VI SIWZ (tak też w ogłoszeniu o zamówieniu) jednoznacznie nakłada na wykonawcę obowiązek udowodnienia zamawiającemu (ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy), iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, pozostawiając wykonawcy wybór co do samego sposobu udowodnienia dysponowania. Przykładowo jedynie wskazano, że udowodnienie to może nastąpić, poprzez dokument w postaci pisemnego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasób.

Podkreślenia wymaga, że niezależnie od tego, czy dokumentem, na którego złożenie zdecyduje się wykonawca będzie zobowiązanie podmiotu trzeciego, czy inny dokument (lub wiele dokumentów), to dokument taki „ma” jedno zadanie: udowodnienie zamawiającemu dysponowania przez wykonawcę zasobami podmiotu trzeciego.

Obowiązek udowodnienia zamawiającemu dysponowania przez wykonawcę zasobami

podmiotu trzeciego został przez zamawiającego wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ i jest to obowiązek wynikający wprost z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W sytuacji, gdy wykonawca, powołując się przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na potencjał wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, decyduje się na udowodnienie, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia tego podmiotu, poprzez złożenie zobowiązania takiego podmiotu (jak w przedmiotowej sprawie), oczywistym jest, że treść zobowiązania ma przesądzać o możliwości uznania przez zamawiającego, że rzeczywiście wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu składającego zobowiązania. Dostrzeżenia wymaga, co również oczywiste wobec wielości możliwych rozwiązań, że zamawiający nie uczynił częścią SIWZ wzoru zobowiązania podmiotu trzeciego, co mógłby uczynić gdyby opracowanie takiego wzoru – wzorcowej – uniwersalnej treści zobowiązania było w ogóle możliwe.

Odwołujący argumentował, że zamawiający mógł w ogłoszeniu i SIWZ wskazać, zgodnie z § 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 dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) [dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”], że żąda dokumentów dotyczących:

- 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, czego jednak nie uczynił.

Podkreślenia wymaga, że obowiązek udowodnienia, iż wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia innego podmiotu wynika wprost z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i fakt, że zamawiający nie ustanowił w ogłoszeniu i SIWZ wymagań dalej idących niż wynikające z samego przepisu nie zwalnia wykonawcy z tego obowiązku, a jedynie pozostawia wykonawcy swobodę co do sposobu dowodzenia.

Podnieść także należy, że zamawiający w wezwaniu z dnia 18 czerwca 2014 r. nie żądał od odwołującego żadnych nowych dokumentów, ale zażądał złożenie dokumentu tego samego rodzaju, jaki sam wykonawca zdecydował się złożyć wraz z ofertą (zobowiązanie podmiotu trzeciego) poszerzonego o informacje niezbędne do oceny realności udostępnienia, przy czym w ocenie składu orzekającego Izby zakres tych informacji stanowił dla odwołującego jedynie wskazówki, ułatwiające odwołującemu wywiązanie się z obowiązku udowodnienia, iż będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego. Dostrzeżenia wymaga, że informacje, które zamawiający wskazał w wezwaniu nie stanowią powielenia informacji, o których mowa w § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Nie sposób zatem i z tego względu uznać, że zamawiający zażądał dokumentów, do żądania których byłby

uprawniony jedynie wówczas, gdyby wskazał je w ogłoszeniu i SIWZ.

Bez wątpienia – wynika to wprost z brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dokument – zobowiązanie innego podmiotu jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania w sytuacji, gdy wykonawca, który powołuje się przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na potencjał innego podmiotu za pomocą tego dokumentu (zobowiązania) chce udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami przy realizacji zamówienia. Dokument taki mieści się tym samym w katalogu dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Podnieść nadto należy, że odwołujący, utrzymując, że treść złożonego wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego jest wystarczająca nie wskazał żadnych argumentów pozwalających stanowisko to podzielić. Za argument taki w żadnym razie skład orzekający Izby nie mógł uznać twierdzenia z rozprawy, iż odwołujący złożył zobowiązanie o treści, jaka do końca 2012 roku była przez zamawiających przyjmowana .

Skład orzekający Izby nie mógł uwzględnić wskazanych przez odwołującego w odwołaniu, wykonanych przez niego robót budowlanych w latach 2011-2013 („Wykaz Wszystkich Zrealizowanych Kontraktów w latach 2011-2013” oraz „Wykaz Aktualnie Wykonywanych Kontraktów”) , ponieważ nie były one znane zamawiającemu na etapie badania i oceny oferty odwołującego, a to prawidłowość (zgodność z przepisami ustawy Pzp) dokonanych już przez zamawiającego w toku postępowania czynności jest poddawana ocenie Izby.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że zamawiający zasadnie uznał, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i zasadnie wykluczył go z udziału w postępowaniu, a złożoną przez odwołującego ofertę odrzucił. Skład orzekający Izby zwraca jednak uwagę, że wskazana przez zamawiającego podstawa prawna odrzucenia, tj. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie była prawidłowa (oferty nie złożył podmiot, który został uprzednio przez zamawiającego wykluczony jak mogłoby to mieć miejsce np. w trybie przetargu ograniczonego). Podstawą odrzucenia oferty w takim przypadku stanowi przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Pozostaje to jednak bez wpływu na ocenę, że sama czynność odrzucenia oferty odwołującego była prawidłowa.

Dodatkowo jedynie skład orzekający Izby wskazuje – wobec wniosku przystępującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego, że w świetle obowiązujących przepisów nie jest to możliwe. Jak bowiem wynika z § 5 ust. 3 pkt 1 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 przypadku oddalenia odwołania Izba zasądza koszty od odwołującego wyłącznie na rzecz zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a oraz § 3 pkt 2 lit. b 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:

Członkowie:

.....