

**WYROK**

**z dnia 23 sierpnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie: przewodniczący Anna Packo  
protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2010 r. w Warszawie  
odwołania wniesionego przez

**Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe M+ Sp. z o.o.**

**ul. Strzelecka 13b, 47-230 Kędzierzyn Koźle**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

**Województwo Opolskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu**

**ul. Oleska 127, 45-231 Opole**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

**DROG – BUD Sp. z o.o. ul. Prosta 88/90, 42-209 Częstochowa oraz**

**Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A. ul. 24 Kwietnia 4,  
47-200 Kędzierzyn Koźle**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Usługowo –  
– Handlowe M+ Sp. z o.o. ul. Strzelecka 13b, 47-230 Kędzierzyn  
Koźle i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych  
koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych  
zero groszy) z kwoty uiszczzonego przez niego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Opolu.

**Przewodniczący:**

.....

## **UZASADNIENIE**

### **do wyroku KIO 1741/10 z 23 sierpnia 2010 r.**

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 426 na odcinku od Strzelec Opolskich do węzła autostradowego Olszowa od km 18+612,00 do km 22+188,40” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 9 lipca 2010 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wartość zamówienia (wraz z zamówieniami uzupełniającymi) wynosi 12.011.627,78 zł, tj. 3.128.842,87 euro, jest więc mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający postawił m.in. następujący warunek udziału w postępowaniu: wykonawca miał wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert: a) co najmniej 1 zadanie w zakresie robót drogowych o wartości co najmniej 10.000.000,00 zł brutto obejmujące budowę, przebudowę, rozbudowę, modernizację i odnowę dróg, chodników i parkingów z lub bez kanalizacji deszczowej na drogach krajowych lub wojewódzkich z wyłączeniem kanalizacji sanitarnej i remontów dróg, b) nawierzchnie warstwy ścieralnej z SMA o powierzchni min. 24.000 m<sup>2</sup>, c) stabilizację MCE o powierzchni min. 40.000 m<sup>2</sup>, d) nawierzchnię z kompozytu (mieszanka mineralno-asfaltowa drenażowa 0/4 mm i 8/11 mm na bazie asfaltu D50/70 – płynna zaprawa cementowo-wapienna) o powierzchni min. 3.000 m<sup>2</sup>, przy czym roboty wskazane w punkcie b) i d) winny być wykonane w maksymalnie trzech zadaniach, a w punkcie c) w maksymalnie pięciu zadaniach.

Składając ofertę Odwołujący wskazał dwie roboty: wzmocnienie nawierzchni drogi krajowej nr 5 od Ronda Fordońskiego do granicy miasta Bydgoszczy o wartości brutto 30.969.286,65 zł oraz przebudowę drogi powiatowej nr 1615 O relacji Prudnik Krzyżkowice – granica Państwa o wartości

6.278.124,54 zł, przy czym z referencji wynika, że roboty dotyczące drogi 1615 O wykonywał Odwołujący, nie posiadają one jednak wymaganej wartości, natomiast roboty dotyczące drogi krajowej nr 5 wykonywało PBDiM Sp. z o.o. w Świeciu. Do wykazu Odwołujący dołączył zobowiązanie PBDiM Sp. z o.o. w Świeciu dotyczące niniejszego przetargu, w którym spółka ta oświadcza, iż „udostępnia zgodnie z art. 26 pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych celem złożenia oferty przetargowej wiedzę i doświadczenie”. Z dalszych załączników – „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” wraz z załączonym zobowiązaniem wynika, że kierownik budowy i jego zastępca kierownika budowy oraz jeden z kierowników robót będą potencjałem własnym Odwołującego, trzech pozostałych kierowników robót zostaną oddani do dyspozycji przez p. Waldemara Borutę (Wielobranżowy Zakład Elektryczno – Budowlany ELBOR). Z wykazu potencjału technicznego wynika, że jest on potencjałem własnym Odwołującego.

Na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania się dysponowaniem doświadczeniem podmiotu trzeciego nie wskazał, w jaki sposób będzie tym doświadczeniem dysponował. Załączył też oświadczenie Eurovia CS a.s. z 26 lipca 2010 r., w którym zobowiązała się ona do przekazania wiedzy i doświadczenia dla postępowania i realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego.

11 sierpnia 2010 r. Odwołujący – Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe M+ Sp. z o.o. otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DROG – BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie oraz PRDiM S.A. z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ została ona złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 – nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie odnoszącym się do wiedzy i doświadczenia. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że

w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia zobowiązania PBDiM Sp. z o.o. w Świeciu, z którego wynikałoby, w jakiej części zamówienia firma ta będzie realizowała roboty budowlane w niniejszym zadaniu, Zamawiający został poinformowany, że podmiot przekazujący zasób nie musi być podwykonawcą części zamówienia w rozumieniu art. 36 ust. 4, lecz tylko winien brać udział w realizacji zamówienia objętej jego zasobem. To, jakie podmioty będą wykonywać prace na tym etapie postępowania, zależy od wykonawcy, a nie zamawiającego, jakkolwiek w ofercie zostały wskazane zakresy robót, jakie Odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcom, spełniając tym samym wymogi udziału podmiotu trzeciego w wykonywaniu części udzielonego zamówienia przy korzystaniu z jego wiedzy i doświadczenia. Dalej Zamawiający zauważył, że Odwołujący w ofercie wskazał następujący zakres podwykonawstwa: roboty elektryczne, teletechniczne, oznakowanie poziome i pionowe, wykonanie stabilizacji MCE, wykonanie nawierzchni z kompozytu, jednak nie jest to zakres robót wart co najmniej 10 mln zł brutto, wobec czego nie wiadomo, które prace mają potwierdzić spełnianie warunku wykonania w ciągu ostatnich 5 lat co najmniej jednego zadania o wartości co najmniej 10 mln zł. Odwołujący w celu spełnienia warunku w ofercie przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego w realizacji zadania na ponad 30 mln zł i twierdzi, że podmiot ten nie musi brać udziału w realizacji zamówienia, o które wykonawca się ubiega, ale też nie wykazuje się swoim doświadczeniem w realizacji wymaganych robót. Ponadto Zamawiający nie wie, kto naprawdę będzie wykonywać stabilizację MCE, bo podmiot przekazujący wiedzę i doświadczenie nie określił zakresu i rodzaju prac, w których będzie uczestniczył. Zamawiający powołał się też na Informator UZP nr 1 z 2010 r., z którego wynika, że przy powoływaniu się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, konieczne jest jego uczestnictwo przy realizacji części zamówienia. Wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa, które nie mogą być przedmiotem obrotu w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego, doświadczenia nie można samodzielnie zbyć ani w inny sposób zadysponować przenosząc go na określony podmiot.

13 sierpnia 2010 r. Odwołujący złożył odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art.24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b, art. 89 ust. 1 pkt 3-5, art. 90, art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego wadliwe czynności badania i oceny ofert – poprzez przyjęcie, że Odwołujący podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu, a oferta wskazana jako najkorzystniejsza nie podlega odrzuceniu z postępowania, oraz że oferta Odwołującego nie podlega punktacji (ocenie), a oferta wskazana jako najkorzystniejsza podlega ocenie, przez to wskazania wyniku postępowania na ofertę nie najkorzystniejszą w tym postępowaniu. W związku z tym wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: powtórzenia czynności badania ofert, w następstwie której nastąpi przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania i odrzucenie oferty Przystępującego, powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) i przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu tylko do oferty Odwołującego, wskazanie wyniku postępowania na ofertę Odwołującego, równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Na wezwanie Zamawiającego w wymaganym terminie wyjaśnił i uzupełnił dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zarzut Zamawiającego, że podmiot przekazujący zasób nie wskazał, w jakiej części i w jaki sposób będzie brał udział w postępowaniu jest bezzasadny, ponieważ tego nie wymusza ustawa, jak również nie było to określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Zamawiający nie ustanowił warunku wejścia do przedmiotowego postępowania polegającego na tym, że podwykonawcy muszą wykonać w tym zadaniu roboty za wartość min. 10 mln zł, a z nieprecyzyjnych postanowień specyfikacji Zamawiający nie ma praw wywodzić ujemnych skutków dla wykonawców. Wobec braku uzasadnienia przez Zamawiającego rzekomego niespełniania warunku doświadczenia należy domniemywać, iż wymogi określone w specyfikacji w przedmiotowym zakresie były niejasne i mogły mieć więcej niż jedną poprawną interpretację.

Zamawiający przekreślił słowa Odwołującego, który w swoim wyjaśnieniu stwierdził, że podmiot przekazujący zasób musi brać udział w realizacji zamówienia i wskazaliśmy go w swojej ofercie, lecz nie jest to zasada wynikająca z art. 36 ust. 4 ustawy.

W badaniu oferty konkurencji Zamawiający nie był tak rygorystyczny i drobiazgowy, w kosztorysie Przystępującego Odwołujący zauważył pozycje, w których podano ceny jednostkowe i których wartość stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i wpływa na rażąco niską cenę: 1) pozycja 30, 31 d.1.1.5 i 61 d. 1.3.1.1 – cena jednostkowa to 0,10 zł/m<sup>3</sup> jest nierealną ceną, która nie pokrywa nawet kosztów składowania, załadunku i transportu, 2) pozycja 66.d. 1.3.1.3 – cena jednostkowa to 1,00 zł/m<sup>2</sup>, geowłóknina o parametrach podanych w SWTiORB kosztuje 2,7 zł/m<sup>2</sup> przy cenie promocyjnej tylko za sam materiał, z pozycji wynika niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia SIWZ, 3) pozycja 82.d.1.3.1.14 – cena jednostkowa to 38,00 zł/m<sup>2</sup>, ujęty tylko koszt materiału wraz z kosztami produkcji, brak kosztów transportu, ułożenia i wbudowania masy, 4) pozycja 83.d.1.3.1.15 – cena jednostkowa to 45,60 zł/m<sup>2</sup>, ujęty tylko koszt materiału wraz z kosztami produkcji, brak kosztów transportu, ułożenia i wbudowania masy, 5) pozycja 87 d.1.3.2.2 – cena jednostkowa to 27,60 zł/m<sup>2</sup>, cena nierealna, rażąco niska, warstwa wiążąca zgodnie ze STWiORB ma być wykonana na bazie asfaltu modyfikowanego, do wyliczenia podanej ceny zastosowano cenę asfaltu zwykłego, 6) pozycja 101 d.1.3.2.9 – cena jednostkowa to 2,00 zł/m<sup>2</sup>, georuszt o parametrach podanych w STWiORB kosztuje ok. 9 zł/m<sup>2</sup> przy cenie promocyjnej tylko za sam materiał. Zamawiający nie wykonał obowiązku z art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższe pozycje kosztorysowe zostały zaoferowane poniżej kosztów wytworzenia, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wskazany w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz rzutuje na rażąco niską cenę zgodnie z opinią prawną UZP w tym zakresie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia DROG –

– BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie oraz PRDiM S.A. z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu.

Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał i rozwinął swoje stanowisko.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy oraz w przedłożonych pismach Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że zarzuty dotyczące Przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DROG – – BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie oraz PRDiM S.A. z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu nie mogą być rozpatrzone, zgodnie bowiem z dyspozycją art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w postępowaniach, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje tylko w zakresie tam wskazanym, który to zakres nie obejmuje negocjowania ofert innych wykonawców.

Jednocześnie Izba uznała, że pomimo niedopuszczalności zarzutów względem oferty Przystępującego, która nawet po przywróceniu oferty Odwołującego byłaby pierwsza w rankingu, Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem ma prawo do obrony swojej oferty przed jej nieuprawnionym odrzuceniem.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia Izba stwierdziła, co następuje.

Art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; posiadania wiedzy i doświadczenia; dysponowania odpowiednim potencjałem



technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Jakkolwiek brzmienie nadane ustawą 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) nie oddaje idei tak dobrze, jak sformułowania sprzed wskazanej nowelizacji, sama zasada odnosząca się do wykonawców jest taka sama – muszą oni posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie, dysponować potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz znajdować się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Są to podstawowe wymogi ekonomiczno – techniczne, które mają zapewnić (albo przynajmniej uprawdopodobnić) realizację zamówienia w sposób co najmniej poprawny, jasne jest bowiem, że aby wykonać dane zadanie, podmiot musi spełniać cztery elementarne wymogi: mieć środki finansowe na zakup materiałów, wynajem, pomieszczeń, sprzętu, opłacenie pracowników itd.; przy tym prawdopodobieństwo doprowadzenia zadania do pomyślnego rezultatu wzrasta, gdy wykonawcy nie grozi upadłość i likwidacja, 2) posiadać takowych pracowników, dzięki którym to zadanie wykona oraz potrzebny im sprzęt, 3) posiadać wymagane koncesje licencje, zezwolenia lub inne stosowne pozwolenia, dzięki którym będzie mógł powierzone sobie czynności wykonać zgodnie z prawem oraz 4) posiadać chociaż minimalne pojęcie o tym, co ma zrobić, czyli tzw. wiedzę i doświadczenie.

Sama wiedza i doświadczenie może być dwojakiego rodzaju, dla których zazwyczaj stawiane są dwa odrębne rodzaje warunków – odnosić się do samego wykonawcy (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) wykazywana tradycyjnie w wykazach zrealizowanych dostaw, usług i robót budowlanych albo „osób zdolnych do wykonania zamówienia”, którymi dysponuje wykonawca (art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych), których kwalifikacje podawane są w „wykazach osób.”

Jakkolwiek nie zostało to zawarte *expressis verbis* w przepisach ustawy jasne i bezsporne jest, iż celem stawianych przez zamawiających warunków jest

wybranie spośród potencjalnych wykonawców takich, którzy zapewnią prawidłową realizację zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu „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”.

Wskazana nowelizacja z 5 listopada 2009 r. rozszerzyła zatem istniejącą dotychczas możliwość korzystania z potencjału innych podmiotów, nie oznacza jednak odejścia od samej wskazanej powyżej zasady realizacji zamówienia przez podmiot gwarantujący jego prawidłowe wykonanie, gdyż nie zmieniła się konieczność dążenia do pomyślnej realizacji zamówienia, a tym samym wybrania odpowiedniego wykonawcy.

Porównując zakres wynikający z art. 22 ust. 1 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych można wyróżnić dwa rodzaje potencjału: 1) wiedzę – doświadczenie, uprawnienia i sytuację ekonomiczną podmiotu oraz 2) pozostały potencjał. Pierwsza grupa jest nieodłączalna od podmiotu – przedsiębiorstwo może odpowiednio wynająć, pożyczyć, użyzyć, sprzedać, skierować do pracy itd. swój sprzęt, pracowników, pieniądze, ale „nie zapakuje i nie wyśle” swojego doświadczenia i osiągnięć, uprawnień ani dobrej kondycji finansowej, nie pożyczy swojego „bilansu”, żeby inna firma mogła się nim wykazywać (dlatego „sytuacji ekonomicznej” nie wymieniono w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych).

Oczywiście doświadczenie podmiotu trzeciego można przy wykonywaniu danych prac wykorzystać, ale poprzez jego udział w realizacji zamówienia, czyli wykonanie przez niego części zamówienia. Wykonawca może więc stwierdzić, że sam doświadczenia w danej dziedzinie nie posiada, ale

jednocześnie zagwarantuje, że tę część zamówienia wykona firma wymagane doświadczenie posiadająca.

Przykładowo – przedmiotem postępowania była przebudowa z rozbudową strzelnicy bojowej czołgów i transporterów opancerzonych, a w postępowaniu tym zamawiający postawił warunek, aby wykonawcy wykazali wykonanie 1) minimum jednych robót budowlanych o podanej wartości na obiektach strzelnic wozów bojowych, czołgowych lub garnizonowych oraz 2) prac związanych z dostawą, montażem i uruchomieniem systemów sterowania strzelań o parametrach porównywalnych do przedmiotu zamówienia i wskazanej wartości. Z zakresu przedmiotu zamówienia wynika, że jego znaczną częścią są typowe roboty budowlane powszechnie wykonywane przez firmy budowlane, natomiast wykonywaniem systemów sterowania strzelań zajmują się wyłącznie firmy w tej dziedzinie wyspecjalizowane. Art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych daje możliwość firmom budowlanym realizacji zamówienia w zakresie budowlanym, a w zakresie systemów sterowania strzelań posłużyć się ową wyspecjalizowaną firmą. Nie oznacza to jednak, że wykonawca w ofercie może zadeklarować, że „dysponuje doświadczeniem” owej wyspecjalizowanej firmy, a w trakcie realizacji sam takie systemy będzie montował lub też użyje całkiem innego podmiotu taką wyspecjalizowaną i doświadczoną firmą nie będącego. Podobne przykłady można wskazywać również w stosunku do usług i dostaw.

Przyjęcie takiej praktyki powodowałoby, że stawianie warunków udziału w postępowaniu stawałoby się w ogóle bezcelowe, weryfikacja wykonawców nie miałaby żadnej wartości dla zamawiającego, a w konsekwencji realizację zamówień powierzałoby się podmiotom nie mającym do tego kwalifikacji. Poza tym byłoby nieuczciwe w stosunku do innych startujących w postępowaniu wykonawców, bowiem warunki dostępności zamówienia dla wykonawcy, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu nie mogą być lepsze niż dla wykonawcy, który jest od niego „lepszy” o tyle, że sam posiada wiedzę – doświadczenie, ma własny potencjał techniczny i osobowy, własne środki finansowe itd., byłoby to naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, już i tak możliwość wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego stawia go

w wyjątkowo korzystnej sytuacji. Gdyby jeszcze do tego dodać możliwość, aby zamówienie, pomimo postawionego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, wykonywał podmiot, który takie doświadczenie będzie na niniejszym zamówieniu dopiero zdobywał, nie tylko byłoby to naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale także obejście przepisów i postawionego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu wymogu posiadania doświadczenia.

Warto zwrócić też uwagę, iż w przypadku robót budowlanych, role uczestników procesu budowlanego są ściśle określone: inwestor, wykonawca, kierownik budowy i kierownicy robót, inspektorzy nadzoru, podwykonawca, czyli „firma lub osoba wykonująca pracę na zlecenie głównego wykonawcy” (wg [www.sjp.pwn.pl](http://www.sjp.pwn.pl)). Poza tym trudno sobie wyobrazić inny „udział takiego podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia” niż polegający na wykonaniu przez niego części zamówienia, jak choćby wskazywane czasem „doradztwo” – czy np. operatorowi walca miałby towarzyszyć doradca, który wskazywałby mu, czy asfalt został dostatecznie wyrównany.

Ponadto przytoczone powyżej określenie „udział w realizacji części zamówienia” użyte w § 1 ust. 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* dotyczy możliwości żądania przez zamawiającego dokumentów od wykazanych podmiotów trzecich i wskazuje, że dokumentów od podmiotów trzecich nie żąda się, gdy oni jedynie udostępniają osoby, sprzęt lub środki finansowe.

Z kolei użyte w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych sformułowanie „niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków” zostało zaczerpnięte z dyrektyw unijnych dotyczących zamówień publicznych, w których zostało użyte dla odróżnienia od wykazywania się potencjałem podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. Podkreśla poza tym, że nie musi to być konkretny rodzaj umowy, stała współpraca, autoryzowane przedstawicielstwo itd., ale nie oznacza, że pomiędzy wykonawcą, a podmiotem trzecim, który on wykazuje, ma nie być

w ogóle żadnego stosunku, czyli że dany podmiot w ogóle nie będzie miał związku z realizacją zamówienia.

Odwołujący powołując się na doświadczenie podmiotu trzeciego, nie udowodnił, że będzie takim zasobem dysponował, a nawet nie wskazał, w jakim zakresie zamierza go wykorzystać. Samo oświadczenie PDBiM Sp. z o.o. w Świeciu odnosi się wyłącznie do złożenia oferty, a jego literalne brzmienie jest jednoznaczne. Wbrew twierdzeniu pełnomocnika Odwołującego, interpretując to oświadczenie w sposób wskazany w art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, nie można go rozszerzyć na realizację zamówienia, również dlatego, że obecnie nie ukształtowało się jeszcze jednolite rozumienie możliwości i sposobu posługiwania się doświadczeniem podmiotu trzeciego i podejmowane są próby „użyczania” sobie „referencji” tylko na same potrzeby postępowania, zwłaszcza przy postępowaniach dwuetapowych, gdzie doświadczenie wykonawcy jest punktowane. Należy też zwrócić uwagę, iż Odwołujący nie określił Zamawiającemu nawet zakresu, z jakiego będzie korzystał ze wskazanego podmiotu trzeciego, nawet podczas rozprawy pełnomocnik wskazywał, iż być może poprzez korzystanie z pracowników, co na gruncie art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się do innego zakresu korzystania z potencjału, a poza tym wskazuje, że prawdopodobnie zamierza jednak sam dane prace realizować, pomimo że nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia, co stanowi obejście postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu i przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym słuszne wydają się obawy Zamawiającego, iż nie wiadomo, jaki podmiot i o jakich kwalifikacjach będzie zamówienie realizował. Należy też zwrócić uwagę, że art. 26 ust. 2a i 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie wskazuje i podkreśla w stosunku do poprzednio obowiązujących przepisów czynną rolę wykonawcy w wykazaniu spełnieniu zarówno warunków udziału w postępowaniu, jak i dysponowaniu zasobami podmiotów trzecich.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 i § 3 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**

.....