

**Wyrok**

**z dnia 6 grudnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 3 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2013 r. przez wykonawcę **Krzysztofa Machnika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: K..... M..... Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego "MACHNIK", Mochnaczka Wyżna 59, 33-380 Krynica-Zdrój** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodno-Kanalizacyjne Eko-Skawa Sp. z o.o., ul. 3 Maja 40a, 34-220 Maków Podhalański,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Aqua-System Sp. z o.o., Ekoinstal Sp. z o.o., ul. W. Witosa 118, 43-300 Bielsko-Biała** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy K..... M..... Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego "MACHNIK", Mochnaczka Wyżna 59 oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wodno-Kanalizacyjne „Eko-Skawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Podhalańskim i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez K..... M..... Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego ”MACHNIK”, Mochnaczka Wyżna 59 tytułem wpisu od odwołania,

2.1 Zasądza od Przedsiębiorstwa Wodno-Kanalizacyjne „Eko-Skawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Podhalańskim na rzecz K..... M..... Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego ”MACHNIK”, Mochnaczka Wyżna 59 kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych 00 gr) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (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 we Wrocławiu.

**Przewodniczący:**

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Przedsiębiorstwo Wodno-Kanalizacyjne „Eko-Skawa” Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Podhalańskim prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę systemu sieci kanalizacji sanitarnej w m. Białka” znak sprawy: ES.JRP.ZP.1.B.2013.

Odwołujący: K..... M..... Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „MACHNIK”, Krynica-Zdrój wniósł odwołanie od czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Pismem z dnia 07.11.2013 r. Zamawiający poinformował go o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty wobec nie wykazania w sposób nie budzący wątpliwości że do wykonania zamówienia odwołujący będzie dysponować doświadczeniem i wiedzą podmiotów trzecich na co się powołał w ofercie. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

- art. 24 ust. 2 pkt. 4
- art. 26 ust. 2b i ust. 4
- art. 89 ust. 1 pkt. 5
- art. 7 ust. 1, 2, 3.

W ocenie odwołującego dostatecznie udowodnił on zamawiającemu na podstawie złożonych oświadczeń woli przez podmioty trzecie, że oddadzą do dyspozycji swoją wiedzę i doświadczenie przy realizacji zamówienia. Na dowód tego załączył do oferty oświadczenia tych podmiotów wg wzoru, który ustalił zamawiający. Zakwestionował twierdzenie zamawiającego w piśmie o odrzuceniu oferty że tylko „zamawiający umożliwił skorzystanie z wzoru zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zasoby, stanowiącego załącznik nr 4a do IDW, zawierający wszystkie elementy powyżej w pkt. I-IV”. W pkt. 39 SWIZ zamawiający w lp. 4 wymienia załącznik nr 4a - jako wzór zobowiązania innego podmiotu do udostępniania swoich zasobów i zastrzega że wprowadzone zmiany nie mogą zmienić treści załączników. Zatem ten dokument należało wypełnić zgodnie z jego treścią i nie jest to tzw. „możliwość skorzystania” lecz obowiązek nałożony na wykonawcę. Taki dokument w ofercie był złożony. Treść tego dokumentu jest niezgodna z treścią pkt. 10 pkt.2. ppkt. 5 SWIZ tj. zapisu w SWIZ „III charakterem stosunku, jaki będzie łączył wykonawców z innym podmiotem” a zapisem w zał. nr 4a rubryka 5 „charakter stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby”. Tym zapisem zamawiający wymaga aby już na etapie składania oferty był zawarty stosunek prawny z podmiotem udostępniającym zasoby - co jest

niezgodne z treścią Rozporządzenia o dokumentach oraz SWIZ, gdzie nie ma wymogu aby przy złożeniu oferty był zawarty stosunek prawny. W ocenie odwołującego ograniczyło to konkurencję, ponieważ podmioty - wykonawcy którzy nie mieli zawartych stosunków prawnych nie składali ofert.

Wprowadzony nowelizacją ustawy z 5.11.2009 r. art. 26 ust. 2b stanowi transpozycję do prawa krajowego postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE (tzw. klasycznej) oraz art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy 2004/17/WE (tzw. sektorowej). W myśl ww. przepisu Prawa zamówień publicznych 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 że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Za dowód tego typu, w świetle przepisu, w szczególności należy uznać pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego o oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (np. wiedzy i doświadczenia) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia - przykładowe wskazanie tego typu środka dowodowego jednoznacznie przesądza że jest to dowód dopuszczalny i uznawany przez ustawę za wystarczający.

Zamawiający bezpodstawnie wymagał aby z tzw. referencji podmiotów trzecich udzielających wiedzy i doświadczenia, wynikał rodzaj robót. Rodzaj robót podaje wykonawca w zał. nr 4, a referencje tylko potwierdzają że zostały wykonane w sposób należyty zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Na pytanie zamawiającego z dnia 15.10.2013 r. wyjaśnił to w piśmie z dnia 17.10.2013 r. pkt. la i b – zamawiający uznał wyjaśnienia.

.W piśmie tym wyjaśnił wątpliwości tylko w zakresie rodzajów robót pkt. 1 pisma zamawiającego z dnia 15.10.2013 r. i pkt 2 w/w pisma dotyczącym specjalisty ds. rozliczeń. Nie było w piśmie zamawiającego z dnia 15.10.2013 r. zapytania w zakresie art. 26 ust. 2b lecz dla nowo wskazanego podmiotu załączył załącznik nr 4a w takiej formie, jaką chciał zamawiający. W SIWZ pkt. 9.1.1) a, b, c zamawiający wymagał aby wykonane roboty miały określoną wartość natomiast w zał. nr 4 nie żądał podania tej wartości a powinien był taką rubrykę wprowadzić. Na wezwanie zamawiającego z dnia 24.10.2013r. dotyczące udzielenia informacji, czy podmioty trzecie będą brały udział w wykonywaniu zamówienia, odpowiedź udzielono w piśmie z dnia 29.10.2013 r., że podmioty trzecie udzielą swojej wiedzy i doświadczenia. Wyjaśniono także co oznaczają zapisy w załączniku nr 4a w zakresie

„Konsultant-doradca”. Załączył także dodatkowo zamawiającemu porozumienia z podmiotami trzecimi z których wynika w jaki sposób będą udostępnione zasoby wiedzy i doświadczenia i że będzie mógł nimi dysponować w trakcie realizacji zamówienia. O ile zamawiający miał wątpliwości do tych wyjaśnień „świadczenie usług konsultingowo-doradczych” czy „bieżącej współpracy z pracownikami” cytaty z pisma zamawiającego z dnia 07.11.2013 r. w oparciu o art. 26 ust. 4 mógł ponownie zwrócić się do wykonawcy o rozszerzenie wyjaśnienia tych pojęć, bo przepis PZP art. 26 ust. 4 zezwala kilkukrotnie zwracanie się o udzielenie wyjaśnień, a jak wynika z licznych wyroków KIO zamawiający oceniając wyjaśnienia gdy ma do nich wątpliwości powinien tak postępować żądać takich wyjaśnień ponownie od wykonawcy, nie raz a kilka razy, aby jego wątpliwości zostały ostatecznie wyjaśnione, a nie tak jak to uczynił zamawiający - po jednych wyjaśnieniach wykluczył z postępowania, chociaż w ocenie odwołującego oraz w oparciu o wyroki KIO były one bardzo szczegółowe i nie powinny budzić wątpliwości. Załączone do wyjaśnień porozumienia z podmiotami trzecimi są bardzo szczegółowe i wystarczające o ile zamawiający miał jeszcze wątpliwości powinien był sformułować dodatkowe pytania co jeszcze i w jakiej formie mamy mu wyjaśnić a tego nie uczynił. Przywołane przez zamawiającego wyroki KIO dotyczą innego stanu faktycznego i prawnego. O ile zamawiający ma dalej wątpliwości do użytych określeń w „porozumieniach” i zał. nr 4a wyjaśniamy to szczegółowo bo może o to chodzi zamawiającemu i gdy zapozna się z szczegółowymi wyjaśnieniami, uwzględni w całości odwołanie i nie będzie rozprawy w KIO. Zamawiający w sposób niedozwolony rozszerza wykładnie stosowania art. 26 ust. 2b.

W celu wyjaśnienia wątpliwości zamawiającego użytych słów i stwierdzeń w oparciu o słownik Poprawnej Polszczyzny wyd. naukowe PWN Warszawa 1999 r. wyjaśnił zamawiającemu znaczenie użytych słów i stwierdzeń - których jak oświadcza w piśmie z dnia 07.11.2013 r. nie rozumie, chociaż w naszej ocenie są one zrozumiałe dla każdego, kto chce je zrozumieć: „świadczenie usług konsultingowo- doradczych” - cytata z pisma Zamawiającego z dnia 07.11.2013 r.

- świadczenie - czegoś - np. usług transportowych, doradczych - a urzędowo - obowiązek wykonania, wykonywania czegoś na czyjąś rzecz - zatem jest to przejęcie przez podmiot trzeci - udzielenie na rzecz wykonawcy wiedzy i doświadczenia
- usługa - może być min. pomoc dla kogoś, ofiarować komuś swoje usługi, korzystać z czyichś usług, zwykle w lm. działalność różnych firm i zakładów służących do zaspokojenia potrzeb klientów - w tym przypadku wykonawca jest klientem podmiotu trzeciego który wykonuje usługę na jego rzecz.
- konsultować - radzić się, zasięgać opinii, omawiać ktoś konsultację coś - z kimś, oficj. udzielać fachowej porady, wydawać opinie, ktoś konsultuje coś,

- konsultować się - ktoś konsultuje się z kimś, zasięgać opinii specjalisty, ktoś konsultuje się

u kogoś

- doradca - kto udziela rad, także konsultant

- doradztwo - zwykle blm - fachowe doradztwo np. ekonomiczne, prawne, także techniczne.

Jak wynika z w/w wyjaśnień zamawiający gdyby zachował należytą staranność przy rozpatrywaniu i ocenie wyjaśnień wykonawcy powinien zrozumieć znaczenie użytych sformułowań, które są tak oczywiste.

Wyjaśnienie zarzutu „bieżącej współpracy z pracownikami” cytata z pisma Zamawiającego z dnia 07.11.2013 r. jest to zarzut nietrafny i bezzasadny, ponieważ te słowa zostały przez zamawiającego wyrwane z porozumień § 1 ust.2 pkt.1 i 2 które w całości brzmią

§1

1. Przedmiotem porozumienia jest świadczenie przez Udostępniającego usług konsultingowo-doradczych przy ewentualnej realizacji przez Korzystającego zamówienia publicznego pn. „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Białka” znak sprawy ES.JRP.ZP.1.B.2013 w okresie ewentualnego realizowania w/w zamówienia publicznego.

2. W ramach niniejszego porozumienia Udostępniający zobowiązuje się do:

1) bieżącej współpracy z pracownikami Korzystającego odpowiadającymi za realizację zamówienia publicznego Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w miejscowości Białka” znak sprawy ES.JRP.ZP.1.B.B.2013 w przedmiocie udostępniania wiedzy w zakresie odpowiadającym realizacji zamówienia, o którym mowa w preambule;

2) bieżącej współpracy z pracownikami Korzystającego odpowiadającymi za realizację zamówienia publicznego w zakresie udostępniania doświadczenia niezbędnego do realizacji zamówienia, o którym mowa w preambule;

3) Udostępniający zobowiązuje się przekazać swoją wiedzę i doświadczenie w zakresie opisanym w § 1 ust. 2 w zamian za co Korzystający wypłaci Udostępniającemu wynagrodzenie zgodnie z odrębnym porozumieniem zawartym pomiędzy stronami.

Zamawiający zrobił to celowo i nieetycznie, aby wykluczyć nas z postępowania, bo cała treść §1 ust. 2 pkt. 1, 2, 3 wyraźnie wskazuje na czym ma polegać ta współpraca tj. udostępnienia wiedzy p. 1 i doświadczenia p. 2 a forma udostępnienia jest określona § 1 ust. 1 tj. konsulting i doradztwo. Wyjaśniamy jednak znaczenie poszczególnych słów wyrwanych przez zamawiającego z kontekstów porozumień:

- bieżącej - nie ma tego wyrazu w przywołanym słowniku - bo dla każdego jest to zrozumiałe

- że na bieżąco oznacza czas teraźniejszy kiedy dana usługa jest potrzebna, bez odkładania jej

wykonania lub świadczenia i nie powinno to budzić żadnych wątpliwości zamawiającego.

- współpracy - współpraca - poprawnie: współpraca w (czyjaś) z kimś, z czymś, a między kimś, czymś - (w czymś a. przy czymś)

- współpracować - oficj. pracować wspólnie z kimś, ktoś, coś współpracuje z kimś z czymś;

(przy czymś, w czymś. np. przy realizacji zamówienia współpracujemy z podmiotem trzecim.

- pracownikami - pracownik - osoba zatrudniona w jakiejś instytucji zakładzie (tutaj zapis w oświadczeniu że korzystającego odpowiedzialnymi za realizację zamówienia publicznego).

Pracownicy umysłowi techniczni (tak jak w tej sprawie.)

Jak wynika z w/w wyjaśnień zamawiający powinien rozumieć znaczenie użytych stwierdzeń które są tak oczywiste i nie budzące wątpliwości. Przedłożone na wezwanie dokumenty i wyjaśnienia są wystarczające do oceny stwierdzenia że skutecznie wykazano spełnienie warunków udziału w postępowaniu w przypadku udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Opinia prawna UZP została negatywnie oceniana przez wykonawców oraz zamawiających a także i KIO czego dowodem jest liczne orzecznictwo KIO, które przedłożymy na rozprawie. W opinii tej UZP nie przyznaje jakie mają być oświadczenia woli na temat udostępnienia zasobów, zatem pozostawia to do oceny wykonawcy. W celu zasadności stanowiska wskazał na wyrok KIO 1541/10 ponieważ odnosi się do sprawy w sytuacji prawnej i faktycznej - jaka ma miejsce w tej sprawie. Odnosi się także do zapisów w zał. nr 4a - tabelka:

- Rzeczywisty dostęp do zasobów wiedzy i doświadczenia będzie się odbywał w formie że pracownicy podmiotu trzeciego będą udzielać zamawiającemu swojej wiedzy i doświadczenia. Jest to także rozumiane jako udział w realizacji zamówienia - pomimo że roboty nie będą wykonywane przez podmiot trzeci lecz przez wykonawcę.

lp - bez uwag

- rubryce 2 - Nazwa - zamawiający nie doprecyzował co oznacza i czego dotyczy wyraz „nazwa” - wykonawca uznał że dotyczy to wiedzy i doświadczenia które ma być udostępnione - dlatego wpisał - opinia referencyjna - która obrazuje że podmiot trzeci ma doświadczenie i wiedzę w robotach wymienionych w opiniach referencyjnych i może te zasoby przekazać wykonawcy

- rubryka 3 - Zakresem udostępniających zasobów - zamawiający nie doprecyzował tutaj o jaki zakres zasobów chodzi - wykonawca przyjął że chodzi o zakres zasobów

niezbędnych dla robót objętych zamówieniem - zatem wpisał że zakres udostępnionych zasobów będzie dotyczył robót w zakresie sieci tylko kanalizacyjnej - bez innych branż,

- rubryka 4 - Sposób wykorzystania zasobów - wyjaśniliśmy w odpowiedzi na zapytanie w piśmie z dnia 29.10.2013r. oraz w odwołaniu w wystarczającym stopniu,

rubryka 5 - zapis sprzeczny z Rozporządzenia bo powinno być jaki stosunek będzie łączył a niejaki łączy. Wyjaśniliśmy to w piśmie z 29.10.2013 r. oraz w odwołaniu.

- rubryka 6 - zapis prawidłowy bo dotyczy zakresu tj. tylko kanalizacji sanitarnej i warunków kontraktu tj. czasu wykonania umowy.

Jak wynika z powyższego zapisu w tytułach rubryk w zał. nr 4a jakich dokonał zamawiający były niespójne i nie doprecyzowane, co obciąża zamawiającego a nie wykonawcę i wykonawca z powodu niedbalstwa zamawiającego nie może za to ponosić konsekwencji, bo w zapytaniach zamawiający powinien dokładnie i precyzyjnie określić dokumenty jakie ma dostarczyć Wykonawca na potwierdzenie korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego - to wówczas nie było by niejasności i sporu czy te wymogi są spełnione czy niespełnione. Od 2011 roku linia orzeczenia KIO uznaje że do przekazania wiedzy i doświadczenia nie jest konieczne podwykonawstwo ponieważ:

- Nieuzasadniona jest teza że udostępnienie wiedzy i doświadczenia możliwe jest wyłącznie poprzez uczestnictwo podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, ale podmiot ten musi być zaangażowany w realizację umowy, a zaangażowanie takie nie jest tożsame z udziałem w realizacji zamówienia sensu stricto i może przybrać różne formy. Mamy interes we wniesieniu odwołania bo naruszenie przez zamawiającego przepisów Ustawy spowodowało że nie otrzymaliśmy zamówienia o które się ubiegamy, co oznacza dla nas stratę w podobnej działalności gospodarczej.

Formy udzielenia zasobów wiedzy i doświadczenia:

- przekazanie know-how, konsultacji, doradztwa (wyrok dnia 18 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 250/11, wyrok z dnia 8 marca 2011 r., sygn. akt KIO 356/11)

- udostępnienie dokumentacji w zakresie organizacji procesu technologicznego (wyrok z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 966/11 i KIO 973/11)

- nawiązania stosunku pracy zlecenia (sygn. akt KIO 805/11)

- opieki technicznej przy wykonywaniu zamówienia (KIO 1661/11 i KIO 1681/11)

- oddania do korzystania schematów technologicznych urządzeń, dokumentów zawierających opis procesów technologicznych, dokumentacji serwisowej, programów komputerowych, topografii układów scalonych lub systemów zarządzania jakością (wyrok z dnia 18 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1666/11 i KIO 1669/11)



- porad, uczestniczenia w rozwiązywaniu problemów związanych z realizacją zamówienia (wyrok z dnia 9 września 2011 r., sygn. akt KIO 1797/11, KIO 1801/11, KIO 1807/11, KIO 1808/11, KIO 1813/11, KIO 1817/11)

- szkoleń, wykładów, warsztatów naukowych (wyrok z dnia 18 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1666/11 i KIO 1669/11)

Ponieważ ustawodawca nie określił zakresu i formy przekazania zasobu podmiotu trzeciego, nie ma powodów, aby nie zaakceptować dowolnej, dopuszczonej prawem, formy wybranej przez wykonawcę akt KIO 2511/11.

Ponieważ naruszenie przepisów ustawy ma wpływ na wynik postępowania żąda,

a/ Unieważnienia decyzji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy Konsorcjum: „AQUA-System” Sp. z o.o. w Bielsku-Białej, „EKOINSTAL” Sp. z o.o. w Suchej Beskidzkiej za cenę 22.881.854,74 zł netto, (cena wyższa od ceny odwołującego)

b/ Nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, która spełnia wymogi SIWZ i wyborze jej jako najkorzystniejszej w kryterium oceny ofert - cena 100%

Na rozprawie odnosząc się do odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że zamawiający sformułował nowy wymóg polegający na tym, iż podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie powinien być podwykonawcą. Zauważył, że przepisy nie wskazują na taką okoliczność, podobnie jak nie regulują formy prawnej udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. Uzasadniając zarzut naruszenia art. 7 stwierdził, że zamawiający uznawał fakt udostępniania zasobów u innych wykonawców biorących udział w tym postępowaniu i wykonawcy ci w odróżnieniu od odwołującego nie zostali wykluczeni z postępowania odwoławczego. Zauważył, że zamawiający nie żądał od odwołującego wyjaśnień skoro jak wynika z jego stanowiska miał wątpliwości co do sposobu udostępnienia o osobach mających wykonywać niezbędne czynności, ewentualnie o kwalifikacjach. Wskazał ponownie na dokumenty załączone do złożonego pisma procesowego, w szczególności oświadczenia i zobowiązania oraz porozumienie z czterema podmiotami trzecimi mającymi udostępnić swoje zasoby. Zauważył, że dowody w postępowaniu można składać do zamknięcia rozprawy. Zakwestionował twierdzenie zamawiającego o wyższym stopniu skomplikowania budowy sieci PCV w porównaniu z wykonanymi rur kamionkowych. Stwierdził, że nie przewiduje korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego na odległość lecz na miejscu wykonania w zależności od zaistniałych potrzeb.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na treść Instrukcji dla wykonawców, w której określił warunki udziału w postępowaniu, które muszą spełniać wykonawcy w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia. Wskazał na

dopuszczenie możliwości powołania się na potencjał podmiotów trzecich zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy pzp oraz przewidziane w pkt 10.5 IDW wymagania złożenia przez wykonawcę polegającego na zasobach podmiotów trzecich, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, dokumentów dotyczących w szczególności zakresu zasobów, sposobu wykorzystania, charakteru stosunku wykonawcy z podmiotem trzecim, zakresu i okresu udziału innego przy wykonywaniu zamówienia stosownie do § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów /.../..

Zamawiający zauważył, że wykonawca w takiej sytuacji był zobowiązany udowodnić, iż dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zamawiający udostępnił wzór zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby stanowiący zał. Nr 4a do IDW.

Odwołujący w ofercie powołał się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego (dwa podmioty), a wskutek wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp odwołujący w piśmie z 17.10.2013 r. przedstawił uzupełniony wykaz robót, w którym powołał się na kolejne zasoby podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia (dwa podmioty).

Wymienione cztery podmioty złożyły oświadczenie na wzorze nr 4a pod nazwą „pisemne zobowiązanie innego podmiotu/innych podmiotów do udostępnienia zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia”.

Złożone zobowiązania wskazują bardzo ogólnie na udostępnienie zasobu w zakresie „Roboty w zakresie sieci kanalizacyjnej”, w sposób „konsultant-doradca” na podstawie porozumienia, w zakresie kanalizacji sanitarnej i okresie zgodnie z warunkami kontraktu.

Zamawiający pismem z 24.10.2013 r. wezwał do udzielenia wyjaśnień i złożenia dokumentów potwierdzających, czy wskazane podmioty będą brały udział w realizacji części zamówienia, w celu oceny czy wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu – wiedzą i doświadczeniem w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia i czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

W razie pozytywnej odpowiedzi zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do złożenia prawidłowo sporządzonych zobowiązań do udostępnienia zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia, z których będzie wynikało w jakim zakresie, w jaki sposób i na podstawie jakiego stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim zostanie udostępniona wiedza i doświadczenie podczas realizacji zamówienia.

Wykonawca w odpowiedzi z 29.10.2013 r. stwierdził, że podmioty udostępniają zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, co wynika z zapisu: „oświadczamy, że: zobowiązujemy się do udostępnienia wykonawcy zasobów w stopniu niezbędnym do należytego wykonania

zamówienia i gwarantuję/my rzeczywisty dostęp do tych zasobów”. To udostępnienie ma wynikać z zapisu o sposobie wykorzystania zasobów z treści „Konsultant – doradca”.

W załączonych porozumieniach pomiędzy Korzystającym a Udostępniającym przywołano przedmiot zamówienia /nazwę/ oraz potwierdzenie, że Udostępniający dysponuje odpowiednimi zasobami wiedzy i doświadczenia niezbędnymi dla prawidłowego wykonania zamówienia publicznego. W porozumieniu stwierdzono także, że jego przedmiotem jest świadczenie usług konsultingowo-doradczych przy ewentualnej realizacji przez Korzystającego zamówienia w okresie ewentualnego realizowania ww zamówienia publicznego. W ramach porozumienia Udostępniający zobowiązał się do bieżącej współpracy z pracownikami Korzystającego w przedmiocie udostępnienia zarówno wiedzy jak i doświadczenia.

W ocenie zamawiającego odwołujący nie wykazał w sposób należyty, że realizując zamówienie będzie dysponował w sposób rzeczywisty i faktyczny wiedzą i doświadczeniem podmiotów, których oświadczenia przedłożył. Również przedstawione porozumienia nie są dowodem na rzeczywiste przekazanie zasobów podmiotów trzecich w postaci wiedzy i doświadczenia. W opinii zamawiającego przekazanie potencjału przez innych podmiot musi mieć charakter rzeczywisty, faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Złożenie ogólnego oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby, jak również ogólnego porozumienia o świadczeniu usług konsultingowo-doradczych przez bliżej nieokreślone osoby (§ 1 ust. 2 pkt 1 i 2 porozumienia), o nieznanym kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym, które mają pełnić jedynie funkcję konsultanta i doradcy i nie będą bezpośrednio uczestniczyć w wykonaniu zamówieni oraz nie będą odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi podczas realizacji zamówienia jest niewystarczające do stwierdzenia, że odwołujący skutecznie wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu – zwłaszcza w przypadku udostępnienia zasobów niematerialnych i niemogących być przedmiotem samodzielnego obrotu, a do takich należy wiedza i doświadczenia.

Fakt realnego przekazania potencjału przez podmiot trzeci nie może być przez zamawiającego domniemywany na podstawie ogółu dokumentów ofertowych, ciężar dowodu jest nałożony w tym zakresie na wykonawcę, który musi udowodnić, że faktycznie będzie dysponował zasobami.

Zamawiający stwierdził, że w sytuacji udostępniania omawianych zasobów, podmiot trzeci powinien brać udział w wykonaniu (co do zasady jako podwykonawca). Wskazał, że doświadczenie nie stanowi dobra materialnego, czy też niematerialnego, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Jako składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu

przedmiotowym dzieli był prawny przedsiębiorstwa i dla udostępnienia doświadczenia niezbędne jest jednoczesne udostępnienie przedsiębiorstwa.

Zamawiający wskazał na specjalistyczny zakres robót do wykonania i ryzyko ewentualnych błędów w toku realizacji. Stwierdził, że nie jest dopuszczalna sytuacja zastąpienia wykazania postawionego warunku innym, czyli tak, jak ma to miejsce w odniesieniu do argumentacji odwołującego – zaangażowanie bliżej nieokreślonych osób miałyby być substytutem wymaganej wiedzy i doświadczenia.

Powołał orzecznictwo Izby w spornym zakresie – KIO 160/12, 790/10, 953/13.

Zauważył, że sama deklaracja udzielenia wiedzy i doświadczenia bez wykazania udziału w realizacji zamówienia jako podwykonawca lub na innej podstawie, jak również użyczenie jedynie dokumentu w postaci referencji, są niewystarczające

Zamawiający stwierdził, że tylko dokument obrazujący określone relacje między wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby pozwala na ocenę, że wykonawca znalazł się w konkretnej pozycji wobec innego podmiotu, że ten podmiot jest w określonym zakresie i czasie zobowiązany wobec wykonawcy do określonego realnego świadczenia.

Zamawiający ocenił, że przedstawione przez odwołującego porozumienia nie wskazują na realne i faktyczne udostępnienie zasobu podmiotu trzeciego.

Zauważył także, że doświadczenie można zdobyć tylko poprzez własnoręczne wykonywanie czegoś, a nawet najlepsze szkolenie, doradztwo, konsultacja, instrukcja, wykonane przez najbardziej doświadczonego człowieka, nie da koniecznego doświadczenia osobie, której te rady są przekazywane. Nie ma możliwości przekazania doświadczenia na odległość.

Zamawiający wskazał, że nie narzucił wykonawcom konkretnego stosunku prawnego (np. podwykonawstwa), w jakim powinno nastąpić udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego.

Uznał, że złożone dokumenty nie wskazują, w jaki realny sposób osoby (o nieznanym wykształceniu i doświadczeniu) z przedstawionych podmiotów przekażą odwołującemu nabyte doświadczenie, nie uczestnicząc w realizacji zamówienia i nie ponosząc odpowiedzialności za własne doradztwo. Zauważył także, że udostępnienie zasobów powinno dotyczyć sytuacji wyjątkowej (zgodnie z dyrektywą klasyczną „stosownej sytuacji”).

W ocenie zamawiającego odwołujący nie udowodnił, że będzie dysponował w sposób realny i faktyczny potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie zasobu wiedzy i doświadczenia przez czas wykonywania zamówienia.

W toku rozprawy poddał w wątpliwość realność udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci w ramach doraźnych wizyt. Ponownie uznał dokumenty podmiotów trzecich przedstawione przez odwołującego za blankietowe. Ze względu na rodzaj przedmiotu zamówienia uznał za konieczny udział podmiotu udostępniającego w realizacji części zamówienia.

Stwierdził, że cztery nowe oświadczenia złożone na rozprawie przez odwołującego są spóźnione, a zamawiający powinien był je uzyskać na etapie wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów przed dokonaniem wyboru oferty. Podtrzymał stanowisko o braku możliwości przekazania doświadczenia na odległość (str. 9 odpowiedzi na odwołanie). Stwierdził, że deklaracja wykonawcy, iż na budowie będą funkcjonować cztery firmy doradcze może spowodować chaos w procesie realizacji przedmiotu umowy.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na rozumienie pojęcia doświadczenia. Powołał wyrok Izby o sygn. KIO 1895/12 i treść przepis art. 22 oraz 26 ust. 2b) ustawy Pzp. Zauważył, że we własnej ofercie również powołał się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia tego podmiotu z tym, że zadeklarował, iż podmiot ten będzie brał udział w realizacji umowy w charakterze podwykonawcy. Podzielił w pełni stanowisko zamawiającego, w tym co do niedopuszczalności uwzględnienia dokumentów złożonych na rozprawie przez odwołującego wobec przekroczenia terminu.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu sprawy na rozprawie z udziałem stron oraz uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego ustaliła, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ wskazał na dopuszczalność posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zgodnie z postanowieniami art. 26 ust. 2b ustawy pzp przez zacytowanie tego przepisu. Ponadto w pkt 10.5 Instrukcji dla wykonawców wskazano, iż przy wykazywaniu spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp w oparciu o zasoby innych podmiotów, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów należy złożyć dokumenty dotyczące szczególności: zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Powołane powyżej postanowienia są tożsame z treścią § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów /.../ Dz. U. poz. 231.

Niesporne jest, że Odwołujący w ofercie powołał się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego (dwa podmioty), a wskutek wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp przedstawił uzupełniony wykaz robót, w którym powołał się na kolejne zasoby podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia (dwa podmioty).

Wymienione cztery podmioty złożyły oświadczenie na wzorze nr 4a siwz pod nazwą „pisemne zobowiązanie innego podmiotu/innych podmiotów do udostępnienia zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia”.

Złożone zobowiązania wskazują na udostępnienie zasobu w zakresie „Roboty w zakresie sieci kanalizacyjnej”, w sposób „konsultant-doradca” na podstawie porozumienia, w zakresie kanalizacja sanitarna i okresie zgodnie z warunkami kontraktu.

W kolejnym piśmie wykonawca stwierdził, że podmioty udostępniają zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, co wynika z zapisu: „oświadczamy, że: zobowiązuję się do udostępnienia wykonawcy zasobów w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia i gwarantuję/my rzeczywisty dostęp do tych zasobów”. To udostępnienie ma wynikać z zapisu o sposobie wykorzystania zasobów z treści „Konsultant – doradca”.

W załączonych porozumieniach pomiędzy Korzystającym a Udostępniającym przywołano przedmiot zamówienia /nazwę/ oraz potwierdzenie, że Udostępniający dysponuje odpowiednimi zasobami wiedzy i doświadczenia niezbędnymi dla prawidłowego wykonania zamówienia publicznego. W porozumieniu stwierdzono także, że jego przedmiotem jest świadczenie usług konsultingowo-doradczych przy ewentualnej realizacji przez Korzystającego zamówienia w okresie ewentualnego realizowania ww zamówienia publicznego. W ramach porozumienia Udostępniający zobowiązał się do bieżącej współpracy z pracownikami Korzystającego w przedmiocie udostępnienia zarówno wiedzy jak i doświadczenia.

Oceniając powyższe Izba stwierdza, że Odwołujący w dostateczny sposób wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przy uwzględnieniu doświadczenia podmiotu trzeciego.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi wprost o możliwości wykorzystania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie mu zamówienia m.in. wiedzy i doświadczenia innych podmiotów i to niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca powinien udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Treść przepisu wskazuje, że ustawodawca dopuścił także możliwość powoływania się w postępowaniu przez wykonawcę - w ramach spełniania warunków udziału w tym postępowaniu - na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego. Pomimo tej okoliczności, iż faktycznie wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa i nie powinny być przedmiotem samodzielnego obrotu niezależnie od przedsiębiorstwa, ustawodawca dał wykonawcom prawo powoływania się w postępowaniu o zamówienie publiczne na ich wiedzę i doświadczenie. Przepis art. 26 ust. 2b zdanie pierwsze ustawy Pzp wyraźnie też uniezależnia prawo powoływania się na tę wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego od rodzaju stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim. Podstawę powoływania się na doświadczenie podmiotów trzecich stanowi konieczność udowodnienia zamawiającemu możliwości dysponowania przez wykonawcę tymi zasobami, które są niezbędne do realizacji zamówienia. Jako szczególny przykład takiego dowodu ustawa Pzp wskazuje na pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego. Istotne w tym zakresie jest zatem to, aby podmiot trzeci złożył pisemne oświadczenie, zawierające określone zobowiązanie tego podmiotu.

Problem stanowiący przedmiot rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie odnosi się do zakresu zobowiązania zawartego w oświadczeniach i porozumieniach złożonych przez wykonawcę. Stanowiąc o zasobach i wskazując na możliwość posługiwania się wiedzą i doświadczeniem, potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, czy zdolnością finansową podmiotu trzeciego, ustawodawca dopuścił możliwość posługiwania się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego nabytą przy wykonywaniu zadań. Należy zauważyć, że jak wyżej wskazano, również w postanowieniach siwz zamawiający oczekuje potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu właśnie w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Odnosząc to ustalenie do uprawnień wykonawcy wynikających z art. 26 ust. 2b można stwierdzić, że zasoby te w postaci wiedzy i doświadczenia jakiegoś przedsiębiorstwa mogą być wykorzystane przez wykonawcę w ramach potwierdzenia spełniania podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, jeśli w okresie realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie, konieczne okaże się korzystanie z tego doświadczenia przy wykonywaniu zamówienia.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że przedłożone w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego, na którego doświadczenie Odwołujący powoływał się w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest wystarczające dla potwierdzenia spełniania tychże warunków przez Odwołującego. Odwołujący w dostateczny sposób, a nawet wprost przewidziany w art. 26 ust. 2b ustawy oraz przepisach rozporządzenia PRM w sprawie rodzajów dokumentów /.../ udowodnił, że wskazane podmioty oddadzą mu swoją wiedzę i doświadczenie do dyspozycji w okresie

realizacji zamówienia. O powyższym świadczy treść złożonych porozumień, w których podmioty udostępniające zobowiązały się do określonych świadczeń.

W świetle powyższego Izba stwierdziła w niniejszej sprawie naruszenie w postępowaniu przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy.

Izba uznała, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp ma wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, tym samym w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp postanowiła odwołanie uwzględnić.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:**

.....