Sygn. akt KIO 1082/19

WYROK

z dnia 2 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Proj-Przem-Projekt Sp. z o. o. Sp. k. w Bydgoszczy, Skala Sp. z o. o. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Murcki Sp. z o. o. w Katowicach

przy udziale wykonawcy MERITUM Grupa Budowlana Sp. z o. o. Sp. k. w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców Proj-Przem-Projekt Sp. z o. o. Sp. k. w Bydgoszczy, Skala Sp. z o. o. w Poznaniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Proj-Przem-Projekt Sp. z o. o. Sp. k. w Bydgoszczy, Skala Sp. z o. o. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Proj-Przem-Projekt Sp. z o. o. Sp. k. w Bydgoszczy, Skala Sp. z o. o. w Poznaniu na rzecz MERITUM Grupa Budowlana Sp. z o. o. Sp. k. 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 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1082/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Murcki Sp. z o. o. w Katowicach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest opracowanie koncepcji oraz dokumentacji budowlanej, w tym wykonawczej, zgodnie z założeniami planu naprawczo-rozwojowego Szpitala Murcki sp. z o. o. w Katowicach. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 203-463694. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania

wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Proj-Przem-Projekt Sp. z o. o.

Sp. k. w Bydgoszczy, Skala Sp. z o. o. w Poznaniu wnieśli odwołanie 13 czerwca 2019 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 87 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt. 12, art. 89 ust. 1 pkt. 4, art. 90 ust. 3, art. 91, art. 140 ust. 1 Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 3 czerwca 2019 r., powtórzenie czynności badania ofert - w następstwie której nastąpi odrzucenie oferty Meritum Grupa Budowlana, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, uznanie oferty odwołującego za ofertę najwyżej ocenioną, a następnie ofertę najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołujący powołał następujące okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające zarzuty dotyczące:

„1. badania ofert - poprzez przyjęcie, że podnoszona oferta nie podlega odrzuceniu a wykonawca MERITUM Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością s.k. nie

podlega wykluczeniu. W swojej ofercie podnoszony Wykonawca w miejscu wymaganym do określenia się w zakresie podwykonawstwa nie wpisał niczego (ani zakresu podwykonawstwa ani nazw firm podwykonawcy), nie złożył również JEDZ na podwykonawcę. Na wezwanie Zamawiającego z art. 87 ust. 1 Pzp podnoszony Wykonawca

nadal nie zaznacza zakresu podwykonawstwa w swojej ofercie. Na wezwanie

Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny i wyjaśniania dokumentów z art. 26 ust. 3-4 ustawy podnoszony Wykonawca wprowadza do oferty podwykonawcę w zakresie branży projektowej architektoniczno- konstrukcyjnej za cenę 486 000,00 zł oraz załącza na niego JEDZ - Pracowni projektowej M.C. z Chrzanowa. Tym samym, po terminie składania ofert doszło do jej nieuprawnionej zmiany w zakresie podwykonawstwa. Poprzez Instytucję wyjaśnienia treści oferty z art. 87 ust. 1 Pzp doszło do niedopuszczalnej jej zmiany w zakresie oświadczenia woli dotyczącego podwykonawstwa. Czynności te są niezgodne z przepisami prawa oraz utrwaloną linią orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i naruszają przepis art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp. Ponadto, podnoszona oferta podlega odrzuceniu z art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp jako zawierająca rażąco niską cenę. Wyrokiem KIO 480/19 w danym postępowaniu ustalono, że cena wykonawcy GORGON Biuro Architektoniczne K.G. ul. Kopernika 7/6 40-064 Katowice z ceną 1.346.850,00 zł brutto (zawierającą koszty nadzoru autorskiego w wysokości 47565,00 zł) jest rażąco niska i Jego oferta podlega odrzuceniu. Tym bardziej cena podnoszonej oferty 1.325.079,00 zł (po odjęciu zysku ale bez kosztów nadzoru autorskiego) jest również rażąco niska. Oferta ta również podlega odrzuceniu z art. 90 ust. 3 ustawy. Podnoszony Wykonawca w żaden sposób w przedstawionych wyjaśnieniach z dnia 17 stycznia 2019 roku (dowód w aktach postępowania) nie udowodnił realności swojej ceny i nie załączył w tym celu żadnego dowodu a pominął szereg kosztów składowych wykonania usługi jak: koszty nadzoru, koszty dojazdu do Zamawiającego, kosztów uzgodnień i pozwoleń administracyjnych. Izba w danej sprawie KIO 480/19 nie wydała orzeczenia w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawcy MERITUM Grupa Budowlana ponieważ nie było to przedmiotem odwołania, co nie oznacza że cena podnoszonego Wykonawcy nie jest rażąco niska. Wykonawca MERITUM Grupa Budowlana podlega wykluczeniu z art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp. Zamawiający w warunku wejścia do postępowania w zakresie doświadczenia wymagał: wykonania 2 usług polegających na wykonaniu dokumentacji projektowej budowy, przebudowy, rozbudowy lub remontu obiektu służby zdrowia o minimalnej powierzchni użytkowej 3.000 m^2 zawierającego Blok Operacyjny i Oddział Intensywnej Opieki Medycznej Podnoszony Wykonawca na wezwanie

Zamawiającego wskazał 2 realizacje w tym jedną w ramach konsorcjum a jego część była realizowana przez podwykonawcę. W wezwaniu do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień z dnia 23 maja 2019 r. (dowód w aktach postępowania) w tym względzie Zamawiający wskazał, że: Wykonawca załączył do wykazu usług - załącznika nr 4 do SIWZ referencję wydaną przez Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny im. prof. Kornela Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach ul. Medyków 14 potwierdzającą, że w okresie od 21.05.2015 r. do 30.08.2015 r. opracował w ramach Konsorcjum wraz z Pracownią Projektową Meritum M.C. z siedzibą w Chrzanowie ul. Oświęcimska 90B dokumentację projektową dla inwestycji pn. Przebudowa Oddziału

Chirurgii Przewodu Pokarmowego, Oddziału Neurochirurgii, Oddziału Gastroenterologii i Hepatologii oraz Bloku Operacyjnego Chirurgii Przewodu Pokarmowego i Bloku Operacyjnego Neurochirurgii oraz przebudowa Oddziału Ginekologii, Położnictwa i Ginekologii Onkologicznej, Oddziału Perinatologii i Ginekologii, Oddziału Neonatologii, Oddziału Endokrynologii Ginekologicznej, Oddziału Pneumologii oraz Bloku Operacyjnego Ginekologicznego i Bloku Porodowego". Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. C 387/14) „wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału" - stanowisko to również potwierdza aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tej kwestii. W myśl powyższego wyroku zwracamy się o przedstawienie zakresu prac projektowych wykonanych przez Wykonawcę osobiście w ramach konsorcjum z Pracownią Projektową Meritum M.C. z Chrzanowa. To, że Wykonawca samodzielnie nie wykonał dokumentacji projektowej dla Samodzielnego Publicznego Centralnego Szpitala Klinicznego im. prof. Kornela Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach ul. Medyków 14, jednoznacznie wynika z wyroku KIO 2037/18 z dnia 19 października 2018r w którym Wykonawca oświadczył cyt. „iż udział osób zaangażowanych w wykonanie dokumentacji projektowej nie powoduje zakłócenia konkurencji, o czym świadczy dokument stanowiący załącznik do niniejszego odwołania pn. Dokumentacja cen transferowych dla transakcji podmiotu powiązanego Pracownia Meritum M.C oraz umowa o współpracy z Pracownią Meritum M.C - z dokumentów wynika, że to ww. podmiot wykonał dokumentację projektową na zlecenie Meritum Grupa Budowlana", oraz cyt. „Odwołujący wskazał, iż podzlecał wykonanie dokumentacji również innym podmiotom (50%), co dodatkowo potwierdza, że udział Odwołującego w realizację zamówienia nie stanowi naruszenia konkurencji, gdyż de facto autorami dokumentacji są inne podmioty". Z przytoczonego powyżej wyroku wynika, że wykonawca samodzielnie nie opracował dokumentacji dla inwestycji wskazanej powyżej w referencji. Podnoszony Wykonawca w piśmie z dnia 27 maja 2019 roku nie udzielił jednoznacznych odpowiedzi w zakresie jego udziału w realizacji wskazanego referencją zadania jak i również nie załączył innej dodatkowej realizacji wraz z referencją dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, (dowód w aktach postępowania) tym samym winien być wykluczony z danego postępowania. Podnoszona oferta oraz złożone do niej wyjaśnienia naruszają również art. 140 ust. 1 Pzp. Jak wyżej wskazaliśmy, Meritum Grupa Budowlana cześć projektową architektoniczno-konstrukcyjną zamierza powierzyć do podwykonania Pracowni Projektowej M.C. z Chrzanowa. Natomiast w wykazie osób, które mają realizować zamówienie (zgodnie z warunkiem potencjału osobowego wskazanego w wykazie osób) jest wskazany w danej

branży architekt Pan J.P., który oświadczył w przedstawionych przez podnoszonego Wykonawcę wyjaśnieniach, że będzie brał udział w realizacji danego zadania w sposób bezpośredni dla Meritum Grupa Budowlana. Czyli nie będzie podwykonawcą Pracownia Projektowej M.C., która ma realizować wskazany zakres projektowy. Z powyższego wynika jednoznacznie, że wskazany do warunku udziału w postępowaniu Projektant nie będzie realizował żądanej części zamówienia, a będzie to realizowała Pracownia Projektowa, która nie wykazała się wymaganym potencjałem osobowym w tym zakresie. Dojdzie do realizacji danego zamówienia ze złamaniem przepisu art. 140 ust. 1 ustawy. 2. oceny ofert - poprzez przyjęcie, że oferta Meritum Grupa Budowlana podlega ocenie zamiast być odrzucona z postępowania, zgodnie z argumentacją wskazaną w pkt. 1.3. wskazania wyniku postępowania na ofertę, która jest nieważna. Jak wykazano w pkt. 1-2 to oferta Odwołującego winna otrzymać 100 pkt. i winna być wskazana do wyniku postępowania. Wskazane wyżej czynności Zamawiającego naruszyły interes Odwołującego - Zamawiający w toku postępowania tego zamówienia publicznego zaniechaniem i swoimi wadliwymi czynnościami, naruszył artykuły Pzp co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania stron postępowania. Powyższe naraża Odwołującego na utratę sporych korzyści. To oferta Odwołującego jest ważna i najkorzystniejsza w tym postępowaniu. Narusza to zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, mogących zrealizować dane zamówienie publiczne zgodnie z prawymi wymogami Zamawiającego oraz narusza zasadę obiektywizmu i bezstronności. Mając na względzie powyższe, nie ulega wątpliwości, że Zamawiający naruszył wskazane w petitum odwołania przepisy Pzp , naruszając jednocześnie zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 Pzp, a co za tym idzie koniecznym stało się wniesienie niniejszego odwołania."

Wykonawca MERITUM Grupa Budowlana Sp. z o. o. Sp. k. w Krakowie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający oświadczeniem złożonym na posiedzeniu z udziałem stron uwzględnił w całości zarzuty odwołania. W odpowiedzi przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający wniósł o uwzględnienie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Nie podzielono wniosku przystępującego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp. Przystępujący argumentował, że badanie jego oferty w zakresie ceny miało miejsce przed pierwszym wyborem najkorzystniejszej oferty, a zamawiający po unieważnieniu tego wyboru w związku z wykonaniem wyroku Izby w sprawie KIO 480/19, nie wykonał nowych czynności związanych z badaniem ceny jego oferty. Izba zważyła jednak, że zarzut dotyczący ceny oferty jest nierozerwalnie związany z udziałem podwykonawców w ewentualnym wykonaniu umowy przez przystępującego. Uzasadnia to rozpoznanie co do istoty obu zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty. Wycena oferty w oparciu o deklaracje podwykonawcy może być uznana za dopuszczalną wyłącznie w przypadku przyjęcia, że wykonawca może wskazać tożsamość podwykonawcy oraz skonkretyzować powierzony mu zakres umowy już po złożeniu oferty. W przeciwnym razie oferta przystępującego powinna zostać uznana za wycenioną nieprawidłowo a limine.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołujący domagał się odrzucenia oferty przystępującego z powodu niedopuszczalności wskazania podwykonawcy i zakresu jego prac po terminie składania ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz z powodu rażącego zaniżenia ceny oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp. Żądał również wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z powodu braku wymaganego doświadczenia oraz z powodu nie posiadania przez podwykonawcę wymaganego potencjału osobowego. Żadne z tych żądań nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający na stronie 4 Formularza Ofertowego, którego wzór stanowi załącznik nr 1 do SIWZ, stosownie do możliwości wynikającej z art. 36b ust. 1a Pzp, wymagał wskazania części zamówienia, która ma zostać powierzona podwykonawcom oraz firm podwykonawców, o ile są znane wykonawcy. Przystępujący nie wypełnił formularza w tym miejscu, w dokumencie JEDZ w sekcji D oświadczył, że zamierza zlecić wykonanie części zamówienia podwykonawcom. W wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na jej cenę z 19 stycznia 2019 r. przystępujący wskazał, że zamówienie zamierza wykonać przy udziale podwykonawcy Pracowni Projektowej Meritum M.C. w Chrzanowie w części dotyczącej projektu architektonicznego i konstrukcyjnego. Natomiast w wyjaśnieniach treści oferty przystępujący wskazał łącznie trzech podwykonawców oraz ceny złożonych przez nich ofert.

Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Trafnie zauważył przystępujący, że zarzut naruszenia tego przepisu nie został skonkretyzowany przez odwołującego, jednak analiza jego stanowiska bez trudu pozwala na ustalenie, że odwołujący referuje do przepisów art. 36a, art. 36b oraz art. 36ba Pzp. Ta konstatacja jest wystarczająca do uznania zarzutu za chybiony. Przepisy te nie statuują bezwzględnego obowiązku podania w ofercie nazw podwykonawców oraz zakresu powierzonych im prac i to pod rygorem odrzucenia oferty. Przeciwnie, ich brzmienie literalne jasno wskazuje, że zamawiający jest uprawniony jedynie do ustalenia w SIWZ obowiązku podania w ofercie nazw podwykonawców, którzy nie udostępniają wykonawcy swych zasobów, jedynie w sytuacji, gdy podwykonawcy ci są znani wykonawcy w dniu przygotowania i składania ofert. Również ustalenie zakresu prac przewidzianych do wykonania przez podwykonawcę w sytuacji braku szczególnych

wymagań zamawiającego, w tym zastrzeżenia części prac do osobistego wykonania przez podwykonawcę zgodnie z art. 36a ust. 2 Pzp, ma charakter informacyjny. Skoro bowiem - jak wynika z art. 36b ust. 1 oraz art. 36a ust. 1a Pzp - decyzja o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy oraz wskazanie podwykonawcy mogą nastąpić przed przystąpieniem do wykonania umowy, a nawet w trakcie wykonywania umowy, to tym bardziej wykonawca nie jest zobowiązany ustawą do tego, aby wskazanie takie nastąpiło już w ofercie i miało charakter wiążący. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter służebny wobec umowy w sprawie zamówienia publicznego i zmiany w zakresie sposobu wykonania zobowiązania przez wykonawcę dopuszczalne na etapie realizacji kontraktu tym bardziej są dozwolone na etapie badania ofert w sytuacji braku odmiennych wymagań zamawiającego wynikających wprost z ustawy (arg. a maiori ad minus).

Wykładnia przepisów art. 36a, art. 36b oraz art. 36ba Pzp jest dobrze ugruntowana w orzecznictwie Izby (vide m.in. orzeczenia w sprawach KIO 192/17, KIO 534/17 i 540/17, KIO 1528/17, KIO 1756/17, KIO 2320/17, KIO 2336/17).

Oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 90 ust. 1 Pzp.

Przede wszystkim dostrzec trzeba, że zarzut odwołującego oparty jest przede wszystkim na arytmetycznym porównaniu ceny oferty przystępującego do ceny ofert, które zamawiający odrzucił w wykonaniu wyroku Izby wydanego w sprawie KIO 480/19.

Tymczasem samo porównanie cen ofert jest niewystarczające do uznania, że cena danej oferty nie została obliczona rzetelnie i nie jest możliwe prawidłowe wykonanie umowy za tę cenę. Pogląd ten został wyrażony w orzeczeniu TSUE C-599/10 SAG ELV SLOVENSKO i jest utrwalony w orzecznictwie Izby.

Nie podzielono również poglądu, że przystępujący nie wskazał w wyjaśnieniach ceny wszystkich istotnych elementów kosztotwórczych. Z wyjaśnień tych, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępującego, za wyjątkiem cen poszczególnych elementów zamówienia, nie sposób wywieść podstaw do tego twierdzenia. Odwołujący nie zarzucił również, ani nie wykazał, by cena całej oferty lub jej istotnych elementów była zaniżona, nierealna, skalkulowana poniżej kosztów.

Jeśli zdaniem zamawiającego powołane wyjaśnienia nie były dość szczegółowe mógł i powinien był wystąpić do przystępującego o dodatkowe informacje precyzujące poszczególne grupy kosztów. Gotowość do złożenia takich wyjaśnień przystępujący deklarował.

Nie znalazł również potwierdzenia zarzut dotyczący braku wymaganego doświadczenia, budowany na dwóch tezach. Po pierwsze: przystępujący nie może powołać się na doświadczenie uzyskane przy wykonywaniu umowy, gdyż umowa ta była realizowana przez konsorcjum przystępującego i Pracowni Projektowej M.C.. Z orzeczenia w sprawie C-387/14 ESAPROJEKT wynika dopuszczalność powołania się na doświadczenie wyłącznie w zakresie prac realnie wykonanych przez dany podmiot. Po drugie: część zamówienia referencyjnego było wykonana przez podwykonawcę, co oznacza, że również w tym zakresie przystępujący nie uzyskał doświadczenia, gdyż sam zamówienia tej części nie wykonał.

Izba nie podziela tej argumentacji. W pkt 64 orzeczenia C-387/14 Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że wykonawca nie może polegać na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Ze stanowiska TS nie wynika zatem, jak chciałby odwołujący, możliwość powołania doświadczenia wyłącznie w zakresie prac osobiście wykonanych przez członka konsorcjum. Wymagany jest natomiast osobisty i bezpośredni udział w wykonaniu co najmniej części zamówienia (vide pkt 62 i 63 orzeczenia C- 387/14). Oznacza to, że możliwość powołania się przez wykonawcę na doświadczenie uzyskane w ramach konsorcjum należy oceniać indywidualnie, mając na względzie indywidualne okoliczności danego przypadku.

W okolicznościach sprawy Izba nie dopatrzyła się podstaw do odmowy powołania się przez przystępującego na doświadczenie uzyskane przy wykonywaniu umowy wspólnie z Pracownią Projektową M.C.. Dostrzec trzeba, że Pani M.C. jest udziałowcem i prokurentem przystępującego, a oba podmioty są ściśle powiązane również organizacyjnie i sprzętowo.

Izba uznała wyjaśnienia przystępującego w tym zakresie za godne wiary. Uwzględniono również to, że przedmiot umowy referencyjnej miał charakter pewnej całości i jego podział, której to możliwości i sposobu jej realizacji nota bene odwołujący nie wskazał, miałby charakter formalny. W tym stanie rzeczy brak jest uzasadnionych podstaw do przyjęcia, że doświadczenie Pani M.C. nie może być uznane za własne doświadczenie przystępującego. Izba uznała, że przez osobę Pani M.C. realne doświadczenie w odniesieniu do całości prac jest związane z przystępującym.

Również ustalenie, że część zamówienia była wykonana przez podwykonawcę, nie skutkuje odmową powołania się przez przystępującego na doświadczenie wynikające z umowy wykonanej w części przez podwykonawcę. Żaden przepis ustawy nie daje ku temu stosownej podstawy. Co więcej, nie można tracić z pola widzenia, że szerokie dopuszczenie podwykonawstwa w zamówieniach publicznych ma na celu rozszerzenie liczby uczestników tego rynku i coraz szersze otwieranie go na konkurencję. Podwykonawstwo jest instytucją, która sprzyja osiągnięciu tego celu. Podwykonawca nabywa doświadczenie w zakresie prac wykonanych na rzecz wykonawcy i pod jego nadzorem, natomiast wykonawca odpowiadający za działania i zaniechania podwykonawcy jak za własne, uzyskuje doświadczenie w odniesieniu do całości prac wynikających z umowy zawartej z zamawiającym. Do wniosku przeciwnego nie skłaniają również tezy wynikające z orzeczenia w sprawie C-387/14, które dotyczyło warunków powołania się na doświadczenie uzyskane w ramach wykonania umowy wspólnie z innymi podmiotami, nie zaś relacji wykonawca-podwykonawca.

W konsekwencji przystępujący posiada doświadczenie wymagane przez zamawiającego i w związku z tym nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Przystępujący nie podlega wykluczeniu na podstawie powołanego przepisu również w związku z dysponowaniem osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia. Zarzut w tym zakresie zasadza się na przyjęciu, że wykonania umowy w części projektowej architektoniczno-konstrukcyjnej przystępujący zamierza powierzyć Pracowni Projektowej M.C. z Chrzanowa, a w wykazie osób, które mają realizować zamówienie w tej branży został wskazany Pan J.P., który będzie brał udział w realizacji danego zadania w sposób bezpośredni, w związku z czym przystępujący nie posiada wymaganego potencjału osobowego.

W ocenie składu orzekającego wyrażona ocena co do informacyjnego charakteru deklaracji wykonania części zamówienia przy pomocy podwykonawców jest wystarczająca do oddalenia zarzutu, gdyż deklaracja o skorzystaniu z podwykonawcy nie ma charakteru wiążącego i w ramach obowiązującego porządku prawnego wykonawca może sam wykonać część zamówienia przewidzianego dla podwykonawcy, albo skorzystać z innego podwykonawcy. Nie było kwestionowane, że Pan P. spełnia wymagania zamawiającego, zatem przystępujący dysponuje osobami o odpowiednich kwalifikacjach. Natomiast sposób organizacji zespołu wykonującego umowę nie jest ustalony przez zamawiającego, co oznacza, że wykonawcy mają całkowitą dowolność co do ustaleniu składu tego zespołu i podziału czynności w jego ramach.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b oraz obciążając tą kwotą odwołującego na podstawie § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący: