Sygn. akt: KIO 1162/19

WYROK

z dnia 10 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2019 r. przez wykonawcę Betonbud Sp. z o.o. w Jarosławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej im. prof. Antoniego Kępińskiego w Jarosławiu przy udziale wykonawcy INFORES POBO Sp. z o.o. Sp. k. w Przemyślu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy INFORES POBO Sp. z o.o. Sp. k. w Przemyślu jako oferty najkorzystniejszej,

1.2. unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Betonbud Sp. z o.o. w Jarosławiu,

1.3. dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty wykonawcy Betonbud Sp. z o.o. w Jarosławiu oraz wybór oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Specjalistyczny

Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej im. prof. Antoniego Kępińskiego w Jarosławiu i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

wykonawcę Betonbud Sp. z o.o. w Jarosławiu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy Betonbud Sp. z o.o. w Jarosławiu kwotę w wysokości 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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 Przemyślu.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

do wyroku z dnia 10 lipca 2019 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1162/19

Zamawiający - Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej im. prof. Antoniego Kępińskiego w Jarosławiu, ul. Kościuszki 18, 37-500 Jarosław, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Modernizacja i rozbudowa Budynku Nr 1 połączona z modernizacją energetyczną budynku w ramach RPO WP na lata 2014-2020", o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 marca 2019 r. pod numerem 529147-N-2019, zwane dalej jako „postępowanie".

Izba ustaliła, że postępowanie na roboty budowlane prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej jako „p.z.p."

W dniu 19 czerwca 2019 r. zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, w tym o wykluczeniu wykonawcy Betonbud Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 49, 37-500 Jarosław (dalej zwanego jako „odwołujący"). W dniu 21 czerwca 2019 r. odwołujący wniósł środek zaskarżenia na wyżej wskazaną czynność zamawiającego.

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie czynności wyboru oferty

Wykonawcy - Infores POBO Sp. z o.o. podczas gdy oferta tego Wykonawcy nie jest najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie może być ważnie wybrana zgodnie z przepisami ustawy;

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp poprzez dokonanie czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego się, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym w zakresie warunku posiadania zdolności technicznych i zawodowych, wiedzy i doświadczenia;

3. art. 22a ust. 1 Pzp w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp poprzez niezgodne z prawem uznanie, że podmiot trzeci, na którego zdolności w zakresie doświadczenia powołał się Odwołujący, musi być podwykonawcą Odwołującego;

4. art. 26 ust. 4 Pzp poprzez jego niezastosowanie, w to miejsce dokonanie czynności wykluczenia Odwołującego się bez uprzedniego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia zobowiązania podmiotu trzeciego - R. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U „REMBUD" - R. S., co do charakteru stosunku prawnego łączącego Odwołującego z R. S. (podstawie prawnej dysponowania);

5. zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikających

express/s verbis z art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp, wynikiem czego Zamawiający dopuścił się wobec Odwołującego naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania w prowadzonym postępowaniu, wynikiem czego wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu bez wszechstronnego wyjaśnienia jego oferty, w to miejsce dokonał wyboru oferty Wykonawcy - Infores POBO Sp. z o.o., co prowadzi do rażącego naruszenia ww. przepisów ustawy.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy INFORES POBO Sp. z o.o. Sp. k. w Przemyślu, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach której zamawiający winien dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego. Wniesiono także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego wg. norm prawem przepisanych.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje.

Odwołujący podniósł, iż zawiadomieniem z 19.06.2019 r. został poinformowany przez zamawiającego o dokonaniu wyboru oferty wykonawcy INFORES POBO Sp. z o.o. Sp. k. w Przemyślu, jako oferty najkorzystniejszej wg. ustalonego w SIWZ kryterium oceny ofert, w postaci cena brutto oferty 60% i okres gwarancji 40%. Wskazanym pismem zamawiający powiadomił również o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu - w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz nie wykazania, że odwołujący posiada odpowiednie doświadczenie do zrealizowania zamówienia. Zamawiający uznał, że odwołujący nie spełnił postawionego warunku, albowiem nie wskazał w ofercie, jako podwykonawcy, podmiotu trzeciego, na którego zdolności w zakresie doświadczenia się powołał się, do czego zdaniem zamawiającego obliguje dyspozycja przepisu art. 22a ust. 4 p.z.p. W ocenie odwołującego zamawiający uznał ponadto, że wskazana w zobowiązaniu podmiotu trzeciego (R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU „REMBUD") forma zaangażowania w wykonaniu zamówienia, stanowi jedynie udział w nadzorowaniu prac oraz doradztwo techniczne na każdym etapie inwestycji, co nie stanowi jednoznacznego potwierdzenia formy udostępnienia zasobów odnośnie zakresu udziału w realizacji zamówienia.

Odwołujący podkreślił, iż w toku badania ofert zamawiający nie wezwał go do udzielenia wyjaśnień, odnośnie zobowiązania podmiotu trzeciego, w zakresie „formy zaangażowania w wykonaniu zamówienia" tego podmiotu, na którego zdolnościach polega odwołujący. Zamawiający wezwał odwołującego wyłącznie do wyjaśnienia dokumentu referencji i wykazu robót budowlanych. W tym stanie faktycznym wykluczenie odwołującego z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. w zw. z art. 22a ust. 4 p.z.p., jest nieuzasadnione, jako oparte na wadliwych przesłankach faktycznych oraz prawnych.

Według odwołującego zamawiający dokonał błędnej wykładni art. 22a ust. 4 p.z.p., sprowadzającej wymóg zrealizowania robót przez podmiot trzeci, na którego doświadczeniu wykonawca polega, wyłącznie do formy podwykonawstwa (argument z akapitu pierwszego uzasadnienia zawiadomienia zamawiającego). Kiedy, zdaniem odwołującego, w świetle utrwalonej linii orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, nieuprawnionym jest twierdzenie, że dla spełnienia normy art. 22a ust. 4 p.z.p., koniecznym jest, aby podmiot udostępniający zasoby występował w charakterze podwykonawcy. Po pierwsze, taki wymóg jest niezgodny z ogólną zasadą wynikającą z art. 22a ust. 1 p.z.p., że dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu można powołać się na zasoby podmiotu trzeciego, niezależnie od charakteru stosunków prawnych łączących wykonawcę z tym podmiotem. Po drugie, wbrew twierdzeniom zamawiającego, według odwołującego, Izba w swoim orzecznictwie również takiego wymogu nie formułuje (patrz np. przywołane przez zamawiającego wyroki o sygn. akt KIO 211/18, KIO 2245/17, w których Izba wyraźnie stwierdza, iż „wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą."). Orzecznictwo Izby akcentuje zatem konieczność zapewnienia realnej realizacji zamówienia przez podmiot trzeci, jednakże realizacja ta nie musi oznaczać podwykonawstwa.

Następnie odwołujący zaznaczył, że w powołanym przez zamawiającego wyroku z dnia 20.02.2018 r., sygn. akt KIO 211/18 Izba wskazała, że wymóg z art. 22a ust. 4 p.z.p. należy

rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia - w charakterze podwykonawcy, lub wspólnie z wykonawcą. Do możliwości wspólnego z podmiotem trzecim wykonywania zamówienia, w kontekście realizacji ww. wymogu KIO odniosła się również w innym wymienionym przez zamawiającego wyroku Izby z 04.09.2017 r. (sygn. akt KIO 1755/17), w którym uznano, że obowiązek zrealizowania robót budowlanych przez podmiot udostępniający zasoby, wynikający z art. 22a ust. 4 p.z.p., oznacza, że wykonawca powołujący się obce zasoby, obowiązany jest do zaangażowania, w sposób bezpośredni, podmiotu trzeciego w realizację przedmiotu zamówienia tak, aby poleganie na potencjale podmiotu trzeciego było realne. Z wymienionych przez zamawiającego wyroków Izby tylko jeden stanowi, iż wobec dyspozycji art. 22a ust. 4 p.z.p., podmiot trzeci realizujący roboty budowlane powinien być podwykonawcą, tj. wyrok z 09.11.2017 r., sygn. akt KIO 2245/17. Jednakże,

twierdzenia Izby należy odczytywać w kontekście pełnej treści wyroku, w którym dopuszczono również realizację zamówienia wspólnie z wykonawcą - przy wykazaniu przez wykonawcę, że stosunek łączący go z podmiotem trzecim gwarantuje rzeczywisty dostęp do udostępnianych przez ten podmiot zasobów. Reasumując, w ocenie odwołującego, dla udostępnienia zasobu doświadczenia przez podmiot trzeci, zgodnie z art. 22a ust. 4 p.z.p. i orzecznictwem w tym zakresie, wymaga się wykazania rzeczywistego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego i realizacja robót przez ten podmiot samodzielnie, lub wspólnie z wykonawcą. Należy zatem uznać, że dopuszczalne jest udzielenie zasobu doświadczenia, w sytuacji realizacji robót przez podmiot, niezależnie od tego, w jakim charakterze podmiot będzie roboty realizował, o ile nie uczyni to udostępnienia zasobów pozornym (tak też wyrok KIO z dnia 20.07.2018, sygn. akt KIO 1336/18).

Dalej odwołujący podniósł, iż w niniejszej sprawie zachodzi właśnie przypadek wykorzystania zdolności innego podmiotu, który jest dopuszczalny, wobec braku ustawowego ograniczenia charakteru udziału podmiotów udostępniających zasoby, wyłącznie do podwykonawstwa. Mianowicie, pan R. S., prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą pod nazwą PHU REMBUD-R. S., zobowiązał się do udzielenia zasobu doświadczenia w formie „nadzorowania prac oraz doradztwa technicznego", którym wykonawca będzie dysponował na każdym etapie inwestycji. Ponadto, we wzorze przedmiotowego zobowiązania, stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ, zamawiający nie wymagał wskazania podstawy prawnej zaangażowania podmiotu trzeciego w zrealizowanie zamówienia. Tymczasem, zamawiający wykluczył odwołującego z tego powodu, że wykonawca nie określił jednoznacznie formy zaangażowania podmiotu trzeciego w zrealizowanie zamówienia. W tej sytuacji, jeżeli realne zaangażowanie podmiotu trzeciego w wykonanie zamówienia budziło wątpliwości zamawiającego, powinien na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p., wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści tego dokumentu. Dokonanie przez zamawiającego czynności wezwania do wyjaśnienia treści dokumentu, przed dokonaniem czynności wykluczenia lub odrzucenia oferty, należy do katalogu czynności obligatoryjnych zamawiającego. Z tego też powodu, odwołujący postawił zamawiającemu zarzut zaniechania zastosowania art. 26 ust. 4 p.z.p., w postaci wezwania do złożenia stosownych wyjaśnień, w przedmiocie podstawy prawnej dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, celem wykazania bezpośredniego i realnego udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł również, że przedsiębiorca R. S., prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą, został zatrudniony przez odwołującego na podstawie przedwstępnej umowy o pracę, na stanowisku managera projektu. Umowa o pracę wejdzie w życie, pod warunkiem zawarcia przez odwołującego umowy w sprawie zamówienia publicznego, objętego odwołaniem. W zakresie powyższych okoliczności odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentu, w postaci umowy o pracę - umowa o pracę z R. S., w załączeniu. Odwołujący dodał, że w niniejszej sprawie nadzór prac i doradztwo techniczne mają być prowadzone przez osobę R. S., który w przypadku zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego zostanie zatrudniony jako manager projektu, odpowiedzialny m.in. za koordynację poszczególnych robót budowlano-instalacyjnych, nadzór nad realizacją robót budowlano-instalacyjnych, podejmowanie decyzji związanych z rozwiązaniami technicznymi na każdym etapie inwestycji, odbiory robót, przygotowanie dokumentacji powykonawczej. Do zadań managera będzie należała również bezpośrednia organizacja pracy i koordynacja podległych mu pracowników wykonujących roboty budowlane oraz koordynowanie i ustalanie robót z kierownikami w poszczególnych branżach. W ocenie odwołującego, zakres obowiązków wynikających z umowy o pracę i ich charakter stanowi o realnej formie udostępnienia doświadczenia, zapewniając tym samym rzetelne wykonanie robót. Jednocześnie nadzór i doradztwo przybiorą realny charakter stosunku pracy, w oparciu o przepisy kodeksu pracy.

Na potwierdzenie swojego stanowiska odwołujący przywołał fragment wyroku Izby z 20.07.2018 r., sygn. akt KIO 1336/18 i podsumował, że w rozpoznawanej sprawie znajduje się analogiczny stan prawny, mianowicie pan R. S., jako przedsiębiorca prowadzący działalność pod firmą PHU „REMBUD"-R. S., posiada wszystkie składniki niematerialne składające się na „niezbędną wiedzę i doświadczenie", zgodnie z zacytowanym w wyroku Izby postanowieniem Sądu Najwyższego. Ponadto, należy mieć na uwadze, że podmiot udostępniający zasób niewątpliwie posiada wymagane w SIWZ doświadczenie, co potwierdzają przedłożone referencje. Referencje zostały wystawione dla PHU REMBUD - R. S., ale zakład ten stanowi jednoosobową działalność gospodarczą prowadzoną przez R. S., dlatego przy nim, jako przedsiębiorcy, zgodnie z ww. orzeczeniem, zostają wiedza i doświadczenie w przypadku zbycia przedsiębiorstwa. Na okoliczność prowadzenia przez R. S. jednoosobowej działalności gospodarczej, odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentu - wydruk z CEiDG dot. R. S. P.H.U REMBUD - R. S., w załączeniu.

Reasumując, według odwołującego, doświadczenie uzyskane przez R. S., w ramach prowadzonej przez niego jednoosobowo działalności gospodarczej, zostało udostępnione odwołującemu na cały okres realizacji zamówienia, co pozwala na przyjęcie, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, zdaniem odwołującego, zamawiający podjął niezgodną z prawem decyzję wykluczenia go z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, a także dokonał wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył przepisy art.

24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., art. 22a ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 4 p.z.p., art. 91 ust. 1 p.z.p., art. 7 ust. 1 i ust. 3 p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie, w formie pisemnej, wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający przytoczył podniesione zarzuty i stwierdził, iż wybrał ofertę INFORES POBO Sp. z o. o. Sp. k. w Przemyślu, jako ofertę najkorzystniejszą, zgodnie z art. 91 ust.

1 p.z.p., spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, złożonych w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p, ponieważ w toku badania oferty - na podstawie przedłożeniach dokumentów - uznał, że odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz nie wykazał, iż posiada odpowiednie doświadczenie do zrealizowania zamówienia. Zamawiający wskazał, że odwołujący nie udowodnił, aby podmiot trzeci udostępniający zasoby w postaci roboty budowlanej, której wykonaniem należało się wykazać, spełnił warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt 5 z rozdziału III SIWZ, który zacytowano.

W ocenie zamawiającego podnoszone w odwołaniu zarzuty nie znajdują potwierdzenia w dokumentach złożonych przez odwołującego w postępowaniu. Zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19.06.2019 r. przedstawił stan faktyczny, znajdujący się w złożonych przez odwołującego dokumentach, a nie stwierdził, że wymaga zrealizowania robót przez podmiot trzeci, na którego doświadczeniu wykonawca polega, w tym wyłącznie jako podwykonawca.

W dalszej części uzasadnienia odpowiedzi na odwołanie zamawiający przytoczył fragment informacji o wykluczeniu i podniósł, że podnoszone w odwołaniu stwierdzenie, że odwołujący wspólnie zrealizuje zamówienie nie znajduje potwierdzenia w złożonych przez odwołującego dokumentach. W zobowiązaniu podmiotu trzeciego z 15.04.2019 r., załącznik nr 8 do SIWZ, odwołujący nie wykazał formy zaangażowania, tylko określił: „Przekazanie doświadczenia i wiedzy związanej z wykonaniem roboty budowlanej o wartości min.

2 500 000,00 złotych. Firma będzie uczestniczyć w realizacji zadania poprzez udział w nadzorowaniu prac oraz doradztwie technicznym na każdym etapie inwestycji, tj. do dnia 15.11.2020 r.”.

Z powyższego wynika dla zamawiającego, że firma Rembud R. S. będzie uczestniczyła w realizacji zamówienia jedynie poprzez udział w nadzorowaniu i doradztwie technicznym, a nie w faktycznym zrealizowaniu zamówienia. Zamawiający zauważył, że odwołujący nie dołączył do zobowiązania podmiotu trzeciego, ani na dalszym etapie postępowania, żadnych innych dokumentów, potwierdzających oddanie do dyspozycji niezbędnych zasobów podmiotu trzeciego, na potrzeby realizacji zamówienia. Przedwstępna umowa z panem R. S. dołączona została dopiero do odwołania, mimo że została podpisana w tym samym dniu co zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. 15.04.2019 r. Zamawiający dodał, że z treści dołączonej do odwołania umowy przedwstępnej wynika, iż zakres czynności wykonywanych przez podmiot trzeci jest tożsamy z dołączonym do oferty zobowiązaniem podmiotu trzeciego. Zamawiający podkreślił również, iż to na podstawie dokumentów, złożonych przez odwołującego w postępowaniu, uznał, że odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz nie wykazał, iż posiada, odpowiednie doświadczenie do zrealizowania zamówienia.

W ocenie zamawiającego, ustawodawca, w myśl przepisu art. 22a ust. 4 p.z.p. przesądził budzące w praktyce wątpliwości, odnoszące się do realności zobowiązań podmiotów trzecich. W świetle tego przepisu podmiot trzeci zobowiązany jest do zrealizowania robót budowlanych, do których te zdolności są wymagane. Potwierdzają to następujący wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 20.02.2018 r. sygn. akt KIO 211/18, z 16.01.2018 r. sygn. akt KIO 2725/17, z 27.11.2017 r. sygn. akt KIO 2390/17 i z 09.11.2017 r. sygn. akt KIO 2245/17, których fragmenty zacytowano.

Zamawiający wyjaśnił również, że w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 p.z.p., należy mieć na uwadze, iż nastąpiła omyłka pisarska w podstawie prawnej wezwania z dnia 26.04.2019 r. (wskazano art. 26 ust. 3 p.z.p., w miejsce art. 26 ust. 4 p.z.p.). Z treści wezwania wynika, że dotyczy ono złożenia wyjaśnień i przedłożenia stosownych dokumentów. Ponadto, według zamawiającego podkreślenia wymaga, że na rzeczone wezwanie odwołujący powinien załączyć wszystkie dokumenty, potwierdzające formy zaangażowania podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, wobec spełnienia przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p.

dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę INFORES POBO Sp. z o.o. Sp. k., ul. Mickiewicza 4, 37-700 Przemyśl (zwanego dalej jako „przystępujący"), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w uwierzytelnionej kopii przez zamawiającego - w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ i złożonymi ofertami - a także po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący podtrzymał stanowisko złożone pisemnie, zaś zamawiający przedstawił odpowiedź na odwołanie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający ustalił, iż odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 6 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba ustaliła również, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych, wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., które warunkują możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak wskazał odwołujący kwestionowane czynności i podnoszone zaniechania zamawiającego naruszają interes odwołującego w ubieganiu się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i złożył ważną ofertę, odpowiadającą treści SIWZ, w zgodzie z przepisami prawa, dlatego jego oferta powinna podlegać ocenie i zostać uznana za najkorzystniejszą, według przyjętych kryteriów oceny ofert. Prawidłowo dokonana przez zamawiającego ocena ofert prowadzi bowiem do wniosku, że to oferta odwołującego powinna otrzymać największą liczbę punktów i jest najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów p.z.p. ma istotny wpływ, w rozumieniu art. 192 ust. 2 p.z.p., na wynik postępowania, ponieważ nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia odwołania.

W oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia - okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami postępowania.

I. Zamawiający, zgodnie z rozdziałem III SIWZ:

1) w pkt 3 określił warunki udziału w postępowaniu, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, w postaci legitymowania się doświadczeniem, w ostatnich 5 latach, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną (zakończoną i odebraną) o wartości nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł brutto, w zakres której wchodziły roboty branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej, w tym m.in. ocieplenia budynków i wymiana stolarki drzwiowej,

2) w pkt 4 wskazał: „wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie

dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia",

3) w pkt 5 przytoczono treść § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz.1126, ze zm.), dalej zwanego jako „rozporządzenie w sprawie dokumentów", zaś w dalszych punktach treść art. 22a p.z.p.

Ponadto w załączniku nr 8 do SIWZ zamawiający określił zobowiązanie „do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów".

II. Postępowanie wyjaśniające:

1) w dniu 26.04.2019 r. zamawiający wezwał odwołującego do „złożenia wyjaśnień dotyczących informacji zawartych w następujących dokumentach: 1. wykaz robót budowlanych - załącznik nr 6 do SIWZ, 2. referencje dla PHU Rembud R. S. . Do wyjaśnień należy dołączyć dokumenty potwierdzające wykonanie przez firmę PHU Rembud R. S. robót budowlanych (...) umowę o podwykonawstwo, faktury",

2) w odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z 30.04.2019 r., odwołujący przedłożył wyjaśnienia i kopie umowy i faktur.

III. W dniu 19.06.2019 r. zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania i dokonał wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawidłowości wykluczenia przez zamawiającego odwołującego z postępowania. Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do dwóch osi sporu:

- do oceny czy zamawiający prawidłowo wykluczył odwołującego z postępowania, ponieważ wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w postaci zdolności technicznej lub zawodowej, wymagającej wykazania się doświadczeniem wskazanym w SIWZ, związanym z udziałem podmiotu trzeciego, na którego potencjał powoływał się odwołujący (art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a p.z.p.), w tym do weryfikacji czy zamawiający nie zaniechał przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w tym przedmiocie (art. 26 ust. 4 p.z.p.),

- w konsekwencji powyższego, do oceny czy zamawiający wybrał ofertę przystępującego jako ofertę najkorzystniejszą w sposób zgodny z prawem (art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p.), a także do sprawdzenia czy nie doszło do naruszenia w postępowaniu zasad naczelnych p.z.p., uregulowanych w art. 7 p.z.p.;

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie, mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia".

Skład orzekający - uwzględniając materiał dowodowy, zgromadzony w sprawie, w szczególności po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu - stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Natomiast twierdzenia zamawiającego, mające świadczyć o prawidłowości jego czynności w postępowaniu, Izba uznała za zmierzające wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej strony, nie mogące uchylić obiektywnej wadliwości zakwestionowanych przez odwołującego czynności i zaniechać zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości, ponieważ zamawiający w sposób bezpodstawny wykluczył odwołującego z postępowania, wywiódł ze zobowiązania podmiotu udostępniającego odwołującemu zasoby, pana R. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. "REMBUD" - R. S., ul. Podwalna 14a, 37-630 Oleszyce, okoliczności, które z nich nie wynikały oraz bezpodstawnie zaniechał przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie rzeczonych zdolności, które udostępniono odwołującemu. Ponadto, powyższe naruszenia prawa miały wpływ na wadliwy wybór oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej oraz wskazują, że zamawiający w toku postępowania naruszył zasady generalne zamówień publicznych.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, że odwołanie posiada uzasadnione podstawy, ponieważ potwierdziło się, iż zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 1 i 4 p.z.p., art. 26 ust. 4 p.z.p., art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 p.z.p. Zatem Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, a także dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

Skład rozpoznający spór wskazuje, że w informacji o wykluczeniu (vide pkt III okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) zamawiający przytoczył stan faktyczny i wskazał, że „Wykonawca nie udowodnił, aby podmiot trzeci udostępniający zasoby w postaci roboty

budowlanej, której wykonaniem należało się wykazać, spełnił warunki udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale III pkt 5 SIWZ. Określona w Zobowiązaniu z dnia 15.04.2019 r. forma zaangażowania w wykonaniu zamówienia przez podmiot trzeci stanowi jedynie udział w nadzorowaniu prac oraz doradztwie technicznym na każdym etapie inwestycji, co nie stanowi jednoznacznego potwierdzenia formy udostępnienia zasobów odnośnie zakresu udziału w realizacji zamówienia".

W tym miejscu należy zwrócić uwagę zamawiającemu, że wskazana przez odwołującego „forma zaangażowania" w postaci nadzoru i doradztwa technicznego, wprost odpowiada na treść wymogu zawartego w załączniku nr 8 do SIWZ, w postaci zobowiązania, na podstawie którego badano realność udostępnienia zasobu i którą to treść określił sam zamawiający. Odwołujący wypełniając wymogi, wynikające z brzmienia zobowiązania, opisał wymaganą formę - zgodnie ze słownikiem języka polskiego, rozumianą jako przejaw czegoś, w tym kontekście, jako przejaw zaangażowania zasobów - tak jak wymagał zamawiający.

Zatem trudno uznać, że zobowiązanie odwołującego „nie stanowi jednoznacznego potwierdzenia formy udostępnienia zasobów", skoro zamawiający w dokumentacji postępowania nie uszczegółowił co rozumie przez formę i jakiego rodzaju oraz o jakim stopniu szczegółowości informacji oczekuje od wykonawcy. Już na tym etapie należało stwierdzić, że odwołanie posiada uzasadnione podstawy, bowiem treść zobowiązania jest zgodna z SIWZ i zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Trudno jest na podstawie zobowiązania, które zgodnie z art. 22a ust. 2 p.z.p. w zw. z § 9 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, stanowi środek dowodowy na potwierdzenie dysponowaniem zdolnościami innych podmiotów, ustalić to, co stwierdził zamawiający w dalszej części informacji o wykluczeniu. Innymi słowy, zamawiający nie określił w wymaganym zobowiązaniu konieczności podania konkretnych i szczegółowych informacji dotyczących np. stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem oddającym zasoby, a wymagał jedynie „formy zaangażowania" i z tych informacji wywiódł daleko idące wnioski w jaki sposób, w ramach jakiego stosunku prawnego i w jakiej szczegółowej postaci odwołujący posiada udostępnione zasoby, a raczej, że ich nie posiada. Problem w tym, że dane takie ze zobowiązania nie wynikają, dlatego, że zamawiający w przyjętym oświadczeniu, takich szczegółowych informacji nie wymagał. Żądano podania „formy zaangażowania" oraz „opisania faktycznego zaangażowania innego podmiotu w realizacji zamówienia" i odwołujący, w sposób rzetelny, zgodnie z treścią dokumentacji postępowania, wymagane informacje podał. Odwołujący wskazał również, na zakres udostępnianych zasobów (wiedza i doświadczenie, robota budowlana o podanej specyfice), sposób, zakres i okres wykorzystania zasobów (uczestnictwo w realizacji, poprzez udział w nadzorowaniu prac i doradztwie technicznym na każdym etapie inwestycji do dnia 15.11.2020 r.). Nadto z treści tej wynika, że podmiot udostępniający zrealizuje roboty budowlane - wskazano wprost na „uczestnictwo w realizacji". Zatem podano wszystkie dane wymagane w zobowiązaniu, odpowiadające również art. 22a ust. 2 p.z.p. w zw. z § 9 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i odwołujący miał uzasadnione podstawy do stwierdzenia, że są one wystarczające, skoro są zgodne z wymaganiami treści załącznika nr 8 do SIWZ i powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

Zamawiający natomiast powziął wątpliwości, na kanwie otrzymanych od odwołującego informacji i zamiast dopytać wykonawcę o szczegółowe dane, to doszedł do wniosku, że zinterpretuje oświadczenie wbrew jego treści i wywiedzie z niego informacje, które w obiektywny sposób z tego zobowiązania nie wynikały. Zamawiający, w sposób następczy, próbował konwalidować swój brak, w postaci sporządzenia wadliwej, niepełnej dokumentacji postępowania i przyjął, iż skoro ze zobowiązania nie wynikają dane, których - w ocenie zamawiającego - potrzeba do weryfikacji, czy udostępnienie zasobu jest realne i bezpośrednie, to należy odwołującego wykluczyć z postępowania.

Nie można tymczasem pominąć, że jeżeli zamawiający chce otrzymać konkretne informacje, to przede wszystkim musi zawrzeć taki wymóg w dokumentacji postępowania, a nie próbować oceniać potencjał, na podstawie niewyartykułowanych w SIWZ wymagań, których nie wskazano. W ocenie Izby trudno zatem podzielić pogląd, iż wykonawca winien być wykluczony z postępowania, z racji, że nie wykazał okoliczności, których - jak wynika z dokumentacji postępowania - zamawiający nie wymagał w zakresie, jaki później usiłował wyegzekwować. Jest to aktualne tym bardziej, że zamawiający również nie zdecydował się o nie po prostu zapytać, a w to miejsce, w sposób zupełnie bezpodstawny, zamawiający przyjął, że to wykonawca powinien być obarczony niejasną i niepełną - w ocenie zamawiającego - treścią zobowiązania do udostępnienia zasobów, ponieważ zamawiający nie jest w stanie wywieść z niej „jednoznacznego potwierdzenia".

Należy mieć na uwadze, że to wykonawca winien wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a tutaj w szczególności prawidłowe dysponowanie udostępnianym zasobem podmiotu trzeciego (art. 22a ust. 2 p.z.p.), tylko, że oceny prawidłowości czynność wykluczenia należy dokonywać w realiach danego stanu faktycznego i w ustalonym stanie rzeczy rozpoznawanego sporu odwołującemu nie można zarzucić, iż nie wykazał posiadania zasobu w sposób rzetelny, skoro odwołujący w sposób należyty wypełnił zobowiązanie, zgodnie z jego brzmieniem, które ustanowił zamawiający.

W ocenie Izby zupełnie niezrozumiałym pozostało jak zamawiający wywiódł, że udostępnienie spornych zasobów nie zostanie dokonane w sposób rzeczywisty i bezpośredni, treść informacji o wykluczeniu również nie odpowiada wprost na to pytanie. Wydaje się, że zamawiający w sposób nieuprawniony doszedł do wniosku, że ciężar wykazania spełnienia warunków jest tak absolutny, że treść dokumentacji postępowania jest nieważna, ponieważ to obowiązek wykonawcy, a brzmienie zobowiązania jest w tym momencie wtórne.

Skład orzekający, w oparciu o materiał procesowy, stwierdził, że należycie działający zamawiający uruchomiłby ustawową procedurę, nakazującą wyjaśnienie oświadczenia odwołującego, zgodnie z art. 26 ust. 4 p.z.p. i dopytałby wykonawcę o stwierdzone wątpliwości, a nie czynił nieuprawnione założenia. Obowiązkiem zamawiającego jest ocena, czy wykonawca, polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, będzie dysponował niezbędnymi zasobami, w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów - tylko nie można pominąć, że aby przejść do dokonania oceny, najpierw zamawiający musi posiadać pełne dane do weryfikacji i jeżeli jakiś element jest dla zamawiającego niejasny, czy niejednoznaczny, należy go wpierw wyjaśnić. Inaczej nie będzie to sprawdzenie i ocena sytuacji wykonawcy, a w sposób w zasadzie losowy, przyjęcie przez zamawiającego dowolnego wniosku spośród tych, które wydają mu się w jakiś sposób prawdopodobne.

Jak wykazało postępowanie dowodowe, przeprowadzone przed Izbą, gdyby zamawiający w sposób prawidłowy wykonywał obowiązki, które nałożył na niego ustawodawca i wyjaśnił okoliczności, których podania nie żądał w zobowiązaniu, to dowiedziałby się, że uczestnictwo w realizacji zamówienia, będzie oparte na podstawie stosunku pracy, z panem R. S., zgodnie z zakresem obowiązków, będącym załącznikiem nr 1 do umowy - które to dowody przedłożył odwołujący. Izba nie podzieliła twierdzeń zamawiającego i przystępującego, że dowody te są spóźnione. Po pierwsze są one spójne i stanowią dopełnienie zobowiązania z 15.04.2019 r., po wtóre zamawiający o złożenie dowodów, czy chociażby wskazanie informacji z nich wynikających, nie pytał odwołującego.

Odwołujący, na podstawie wymagań SIWZ, złożył środek dowodowy w postaci zobowiązania, zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ, zatem wypełnił wymagania dokumentacji postępowania. Ustawa p.z.p. nie nakłada na wykonawcę obowiązku składania dowodów „na przyszłość" lub „z daleko posuniętej ostrożności", w przypadku, kiedy zobowiązanie będzie dla zamawiającego niewystarczające, czy niejasne (tu z powodu jego treści, wytworzonej przez zamawiającego w sposób następczy). Zatem budzi poważne wątpliwości argumentacja zamawiającego, że przecież umowę zawarto w tym samym dniu co zobowiązanie, to można było ją przedłożyć, a teraz jest za późno. Wprost przeciwnie - to nie wykonawca ma obowiązek składać każdy dokument, jaki posiada, nie wymagany treścią SIWZ, ani wezwaniem zamawiającego - a zamawiający ma obowiązek wykonać ciążące na nim ustawowe obowiązki, rzetelnego zbadania złożonych ofert i wyjaśnienia pojawiających się wątpliwości.

W obowiązki jednostek zamawiających ustawodawca, na kanwie brzmienia art. 26 ust. 4 p.z.p., włączył konieczność wezwania, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. Co do zasady należy zgodzić się, że omawiana norma nie zawiera stanowczych postanowień nakazujących zamawiającemu przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego. Jednakże Izba, dokonując badania czy doszło do naruszenia art. 26 ust. 4 p.z.p., ustala model prawidłowego postępowania zamawiającego, odtwarzając na tej podstawie czy czynności lub zaniechania zamawiającego, w ustalonych okolicznościach sprawy, naruszyły prawo.

Z powodu działania zamawiającego, który zaniechał przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego i oparł decyzję o wykluczeniu odwołującego na podstawie nieuprawnionych założeń, na rozprawie przed Izbą doszło do przeprowadzenia quasi postępowania wyjaśniającego. Nie można było zatem, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, przyjąć innego wniosku niż ten, że doszło do naruszenia prawa, mającego istotny wpływ na wynik postępowania - gdyby bowiem zamawiający prawa nie naruszył, wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mógłby być zgoła odmienny, w szczególności z uwagi na fakt, iż w postępowaniu dalej obecny byłby odwołujący, który został z niego wyeliminowany, bez żadnego realnego uzasadnienia - które ponadto mogło, w prosty sposób, zostać zweryfikowane przez zamawiającego w postępowaniu wyjaśniającym.

Zamawiający zaś, w sposób nieuprawniony, zaniechał dopytania odwołującego, skutkiem czego wykluczył go z postępowania na podstawie oceny, która jest dowolna, arbitralna i oderwana od rzeczywistych okoliczności, związanych z zaangażowaniem zasobów podmiotu trzeciego. W takim przypadku, gdy zamawiający przekracza granice swobody oceny, potwierdziło się naruszenie omawianego przepisu, gdyż brak wyjaśnienia treści zobowiązania, spowodował bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania.

Mając na uwadze restrykcyjny charakter decyzji o wykluczeniu, a także i to, że zamawiający, nie mający pełnej wiedzy na temat okoliczności związanych z udostępnionym zasobem zadziałał uznaniowo, co kłóci się z zasadami naczelnymi p.z.p., Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 p.z.p.

Ponadto, w ocenie Izby, nie ma żadnego wpływu na dokonane zaniechanie fakt, że zamawiający prowadził postępowanie wyjaśniające i wezwał odwołującego do wyjaśnienia informacji zawartych w wykazie robót budowlanych i referencjach dla podmiotu trzeciego (vide pkt II okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia). Zamawiający wyjaśniał już zrealizowane roboty, kiedy spór dotyczy udostępnienia zasobów do wykonania robót przyszłych, tych które będą wykonywane dla zamawiającego, zatem są to zupełnie różne okoliczności. Innymi słowy, do naruszenia art. 26 ust. 4 p.z.p. doszło z powodu niewyjaśnienia konkretnych okoliczności, dotyczących oświadczenia pana R. S. do udostępnienia zasobów i samo wystosowanie wezwania na kanwie tej normy, w zakresie innych dokumentów i oświadczeń, nie może konwalidować naruszenia prawa.

Dalej Izba stwierdziła, że zamawiający nie udowodnił, że wyłącznie uczestnictwo w realizacji zamówienia, jako podwykonawca, powoduje, że wykonawca w sposób realny i bezpośredni będzie uczestniczył w wykonywaniu robót i dopiero wówczas udostępniona wiedza i doświadczenie znajdzie odzwierciedlenie w realizacji zamówienia.

Zdaniem składu orzekającego takie wymaganie byłoby sprzeczne z brzmieniem art. 22a ust. 1 p.z.p. i w tym zakresie Izba podzieliła trafne stanowisko odwołującego, iż dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu można powołać się na zasoby podmiotu trzeciego, niezależnie od charakteru stosunków prawnych łączących wykonawcę z tym podmiotem. Odwoływanie się do zasobów innych podmiotów jest ustawowym uprawnieniem wykonawcy i nie można tego uprawnienia ograniczać, poza przypadkami wynikającymi z samej ustawy.

Zaznaczyć również wypada, że art. 22a ust. 4 p.z.p. stanowi o warunku realizacji robót budowlanych, przez podmioty udostępniające zdolności, zaś zamawiający - w sposób nieuprawniony - zawęził obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia do umowy podwykonawczej, kiedy brzmienie omawianej normy wymaga jedynie, aby podmiot udostępniający zdolności w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizował roboty budowlane lub usługi, do realizacji których zdolności te były wymagane. W praktyce taka realizacja może oznaczać występowanie innego podmiotu jako podwykonawcy zamówienia publicznego. Tym niemniej, uregulowania p.z.p. nie wskazują na konkretny stosunek prawny, czy też formę koniecznego udziału w realizacji umowy, nie przesądzając, że ma to być wyłącznie podwykonawstwo. Każdy przypadek należy analizować ad casum, kiedy realność udostępnienia wykonawcy potencjału podmiotu trzeciego, należy oceniać w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego.

W ocenie składu orzekającego badanie prawidłowości udostępnienia zasobów odbywa się w realiach danej sprawy, w korelacji z przedmiotem zamówienia, poprzez ocenę, czy stosunek łączący wykonawcę z podmiotem trzecim gwarantuje realny dostęp do rzeczonych zasobów. Nie ma również podstaw prawnych, aby skuteczność wykazania rzeczywistego charakteru przekazania potencjału, w zakresie wiedzy i doświadczenia, uzależniać od tego, czy podmiot udostępniający będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca. Decydujące jest wykazanie, że przekazanie zasobu rzeczywiście nastąpi, a to, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczny udział podmiotu udostępniającego w realizacji umowy, powinno być oceniane indywidualnie, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności związanych z udostępnieniem zasobu, w powiązaniu z wymaganiami przedmiotu zamówienia.

Dalej Izba wskazuje, że podziela stanowisko Sądu Okręgowego w Gdańsku, z wyroku z 10.05.2018 r., sygn. akt XII Ga 178/17: „Udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego. Może realizować się w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru, uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności itp. (...) Obecny wymóg zrealizowania części zamówienia, z którym wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania przez podmiot trzeci tej części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników do bezpośredniej realizacji zamówienia."

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, że konieczność zapewnienia rzeczywistej realizacji zamówienia nie może być utożsamiana wyłącznie ze stosunkiem podwykonawczym, zaś jak udowodnił odwołujący w postępowaniu rozpoznawanym sporem, podmiot trzeci, w oparciu o stosunek pracy, będzie w sposób realny i bezpośredni brał udział w wykonaniu robót budowlanych. Izba stwierdziła, że przedłożona przez odwołującego umowa o pracę wskazuje, iż nadzorowanie inwestycji i doradztwo techniczne, będzie wykonywane przez pana R. S., prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą, na stanowisku manager projektu, w pełnym wymiarze czasu pracy, na czas określony do dnia 15.12.2020 r. (termin wykonania robót budowlanych ustalony przez zamawiającego). Zgodnie z zakresem obowiązków osoba ta: sporządza harmonogramy rzeczowo-finansowe, nadzoruje realizację robot budowlano-instalacyjnych, koordynuje poszczególne roboty budowlano-instalacyjne, dokonuje odbiorów wykonanych robót budowlano-instalacyjnych, przygotowuje dokumentację powykonawczą, organizuje pracę i koordynuje podległych mu pracowników, wykonujących roboty budowlano-inwestycyjne, etc. Izba stwierdziła, że dowód ten jest spójny z zobowiązaniem odwołującego i potwierdza, że udostępnienie zasobu następuje w sposób rzeczywisty. Izba nie znalazła żadnych podstaw do podważenia wiarygodności dowodu, nie

uczynił tego również zamawiający i przystępujący, ograniczający się do podnoszenia, że jest on spóźniony, czego skład orzekający nie podzielił.

Powyższe jednoznacznie potwierdza faktyczny udział podmiotu udostępniającego odwołującemu zasób w postaci doświadczenia, poprzez zrealizowanie przez podmiot trzeci zamówienia wspólnie z wykonawcą. W ocenie składu orzekającego udostępnienie to jest rzeczywiste, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej i zawodowej oraz gwarantuje realny dostęp do udostępnianego potencjału, co wypełnia wymagania art. 22a ust. 1 i 4 p.z.p.

Skład orzekający wskazuje ponadto, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu, mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wymaganiami zamawiającego wyartykułowanymi w dokumentacji postępowania, zaś zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych i prawidłowe wydatkowanie środków publicznych.

Wskazana w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie ustawodawca nakłada na zamawiającego, w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia, w tym dokonania starannej oceny złożonych ofert. Zamawiający, w postępowaniu rozpoznawanym sporem, nie dochował należytej staranności i nie podołał ciążącym na nim obowiązkom, czym naruszył zasady naczelne zamówień publicznych.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła wniesiony środek zaskarżenia w całości, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. doszło do przedwczesnego wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, z bezpodstawnym pominięciem oferty odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 1 i 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. z 2018 r. poz. 972), obciążając zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego - w postaci wpisu od odwołania, uiszczonego przez odwołującego oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Przewodniczący: