Sygn. akt: KIO 3545/20

WYROK
z dnia 1 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jan Kuzawiński

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2020 r. przez wykonawcę ZRD sp. z o.o. sp. k., ul. Sikorskiego 5A, 41-922 Radzionków postępowaniu prowadzonym przez Gmina Miasteczko Śląskie, ul. Rynek 8, 42-610 Miasteczko Śląskie przy udziale:

orzeka:

1.oddala odwołanie;
2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę ZRD sp. z o.o. sp. k., ul. Sikorskiego 5A, 41-922 Radzionków i**:**
2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego, tytułem wpisu od odwołania,
2.2zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Odwołującego – wykonawcy ZRD sp. z o.o. sp. k., ul. Sikorskiego 5A, 41-922 Radzionków, na rzecz Zamawiającego - Gmina Miasteczko Śląskie, ul. Rynek 8, 42-610 Miasteczko Śląskię stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……..

Sygn. akt KIO 3545/20

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

Zamawiający - Gmina Miasteczko Śląskie, ul. Rynek 8, 42-610 Miasteczko Śląskie prowadzi
w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę miejsc parkingowych dla samochodów osobowych w rejonie ulicy Harcerskiej". Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5.11.2020 r. pod nr 604417-N-2020.

Zamawiający w dniu 28.12.2020 r. przekazał wykonawcy ZRD sp. z o.o. sp. k., ul. Sikorskiego 5A, 41-922 Radzionków (dalej również jako Odwołujący) informację o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty. Odwołujący w dniu 31.12.2020 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od ww. czynności Zamawiającego, w którym zarzucił mu naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu, pomimo że odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu i wykazał dysponowanie zasobem podmiotu trzeciego, na który powoływał się w ramach wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - dalej „SIWZ";

2) art. 24 ust. 4 i art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez ich niewłaściwe zastosowanie
i odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że nie podlegał on wykluczeniu z postępowania.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wykluczenia i unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego;

2) wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący informuje, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w rozdziale XV pkt 3..3.1, zmienionym w dniu 18.11.2020 r., w trybie art. 38 ust 4 ustawy, określił warunek dotyczący wymaganej od Wykonawcy wiedzy i doświadczenia w następujący sposób :

„Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda obejmowała budowę co najmniej 30 stanowisk postojowych dla samochodów wraz z odwodnieniem i oświetleniem o powierzchni utwardzonej tych stanowisk postojowych minimum 500,00 m^2

Uwaga:

A) Za wykonanie roboty budowlanej Zamawiający uzna doprowadzenie do wystawienia przez inwestora protokołu odbioru końcowego lub innego równoważnego dokumentu;

B) W przypadku wyrażenia danej kwoty w walcie innej niż PLN Zamawiający uwzględni jej wartość w PLN obliczona zgodnie z kursem NBP danej waluty z dnia wszczęcia postępowania."

Odwołujący wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dopuścił możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcy (rozdział XIII SIWZ), dopuścił również korzystanie z zasobów innych podmiotów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (rozdział XVI SIWZ) określając, że :

„1. W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 3 rozdziału XV SIWZ Wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do tego zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

2. 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 - dokument ten (np. zobowiązanie) należy dołączyć do oferty. Z dokumentu tego musi wynikać w szczególności:

- zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,

- sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia publicznego,

- zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego,

- czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane Wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 ustawy Pzp (wybrane przez Zamawiającego podstawy wykluczenia wskazane w pkt 2.2. rozdziału XV SIWZ).

4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia (pkt 3.3.1. i 3.3.2. rozdziału XV SIWZ) Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (podmiot ten musi wykonywać roboty budowlane lub usługi w charakterze podwykonawcy)".

Odwołujący podnosi, że Zamawiający przewidział także możliwość ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców działających wspólnie, niemniej nie przewidział żadnych szczególnych wymagań dotyczących sposoby wykazywania warunków udziału w postępowaniu. Mimo iż warunek wiedzy i doświadczenia przewidywał wykonanie dwóch robót budowlanych o analogicznych zakresach, Zamawiający w SIWZ nie określił szczególnych wymagań dotyczących sposobu spełniania warunku, mimo, że uprawnia go do tego art. 23 ust. 5 ustawy Pzp. Odwołujący wywodzi z tego, że Zamawiający dopuścił łączenie, sumowanie potencjału podmiotów działających wspólnie również dla wykazania doświadczenia w wykonanych robotach.

Odwołujący podnosi, że skoro Zamawiający dopuścił taką sytuacje wobec podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, brak podstaw aby twierdzić, że w analogiczny sposób nie należy traktować sytuacji w której wykonawca posługuje się zasobem podmiotu trzeciego. Inne podejście do tego zagadnienia godziłoby w podstawową

zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wywodzi, że Zamawiający dopuścił wykazanie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w taki sposób, że jeden podmiot - Wykonawca lub członek konsorcjum legitymuje się wykonaniem jednej roboty budowlanej, a drugi podmiot - inny członek konsorcjum lub podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby legitymuje się wykonaniem drugiej roboty budowlanej.

W swojej ofercie Odwołujący wskazał, że będzie powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego oraz przedłożył zobowiązanie tego podmiotu. Pismem z dnia 15.12.2020r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do przedłożenia oświadczeń
i dokumentów, a na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia prawidłowego oświadczenia podmiotu trzeciego, ze wskazaniem prawidłowej firmy tego podmiotu, prawidłowej firmy wykonawcy oraz wskazaniem sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia publicznego.

Na wezwanie Odwołujący w dniu 21.12.2020 r. złożył żądane dokumenty oraz uzupełnił zobowiązanie podmiotu trzeciego: Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego Hydrobud Sp. z o.o. określając, że

- podmiot ten oddaje do dyspozycji zdobyte wiedzę i doświadczenie podczas realizacji zadania „Modernizacja i renowacja zabytkowego osiedla kolonii robotniczej Kaufhaus w Rudzie śląskiej - zagospodarowanie terenu przy ul. Gwardii Ludowej"

- udostępniający będzie brał czynny, bezpośredni udział w realizacji zadania w ramach podwykonawstwa,

-będzie realizował część robót objętych zamówieniem - prace w zakresie odwodnienia z rur
i kształtek PVC-U (SN8) SDR34 tj. wykonanie zewnętrznej instalacji kanalizacji deszczowej
z włączeniem do istniejącej sieci kanalizacji deszczowej zlokalizowanej w pasie drogowym ul. Harcerskiej,

- oddający do dyspozycji udostępnia wykonawcy potencjał wiedzy i doświadczenia na cały okres i na potrzeby realizacji zamówienia.

- wobec powyższego oświadcza, że będzie brał udział w wykonywaniu wskazanego zamówienia.

W dniu 28.12.2020 r. Odwołujący otrzymał informację o wykluczeniu z postępowania. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, że Odwołujący *„nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej ze względu na fakt, iż w złożonym zobowiązaniu podmiotu trzeciego udostępniającego zasób...) podmiot ten zobowiązał się wyłącznie do wykonania zewnętrznej instalacji kanalizacji deszczowej
z włączeniem do istniejącej sieci kanalizacji deszczowej zlokalizowanej w pasie drogowym ul. Harcerskiej, podczas gdy udostępnił on zasób doświadczenia uzyskanego podczas budowy co najmniej 30 stanowisk postojowych dla samochodów wraz z odwodnieniem i oświetleniem powierzchni utwardzonej tych stanowisk postojowych minimum 500m2, zatem zgodnie z art. 22a ust 4 ustawy Pzp powinien wykonać roboty budowlane do realizacji których zdolności te są wymagane, a zatem w pełnym zakresie rzeczowym.*

W konsekwencji Zamawiający również odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że kategorycznie nie zgadza się z decyzją Zamawiającego
#x200ei kwestionuje dokonaną ocenę w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału
#x200ew postępowaniu. Odwołujący podnosi, że nie kwestionuje brzmienia przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, ani orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazującego, że podmiot udostępniający zasoby winien realnie uczestniczyć w wykonywaniu części zamówienia i co do zasady realizować tą jego część, którą obejmowało udostępnienie zasobów. Odwołujący wskazuje na cel wskazanych przepisów oraz okoliczności konkretnej sprawy. Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że Odwołujący zgodnie z zapisami SIWZ przedkładając wykaz wykonanych robót budowlanych wykazał, że dwie roboty budowlane, potwierdzające spełnienie warunku postawionego przez Zamawiającego, przy czym pierwsza robota
#x200ew wykazie (Modernizacja i renowacja zabytkowego osiedla kolonii robotniczej Kaufhaus
#x200ew Rudzie śląskiej - zagospodarowanie terenu przy ul. Gwardii Ludowej) realizowana na rzecz Urzędu Miasta w Rudzie Śląskiej stanowi doświadczenie podmiotu udostępniającego, natomiast druga robota w wykazie - zamówienia „Parkuj w Parku - budowa Eko parkingu dla pacjentów oraz pracowników przy GCR Repty”, realizowana na rzecz SPZOZ Repty Górnośląskie Centrum Rehabilitacji - stanowi doświadczenie własne Odwołującego. Do obu wyszczególnionych, wykonanych wcześniej robót, zostały dołączone referencje potwierdzające ich należyte, terminowe i zgodne z zasadami sztuki budowlanej wykonanie
#x200ei ukończenie. Zmawiający wymagał wykazania dwóch robót, przy czym dopuścił w tym zakresie sumowanie potencjałów.

Obie roboty zawarte w wykazie obejmowały swoim zakresem budowę co najmniej 30 miejsc parkingowych o nawierzchni utwardzonej dla samochodów wraz z odwodnieniem
i oświetleniem na wymaganej powierzchni. Zdaniem Odwołującego błędne jest zatem twierdzenie, że Odwołujący nie

wykazał spełnienia postawionego warunku udziału
w postępowaniu, co stanowi przesłankę wykluczenia z postępowania.

Odwołujący podkreśla, że posiada niewątpliwie samodzielnie, własne doświadczenie
w budowie miejsc parkingowych o nawierzchni utwardzonej dla samochodów wraz
z odwodnieniem i oświetleniem, jedynie nie mógł wykazać wymaganej ilości robót obejmujących określone przez Zamawiającego elementy. Wyłącznie wymóg realizacji dwóch takich robót spowodował konieczność posłużenia się zasobem podmiotu trzeciego. Odwołujący wywodzi, że mając bowiem na względzie rodzaj wymaganych robót, nie można twierdzić, że Odwołujący nie posiada wiedzy, umiejętności i doświadczenia do ich należytego wykonania. W tym stanie rzeczy Odwołujący i podmiot udostępniający zasób uznali, iż rzeczywisty faktyczny udział w realizacji części zamówienia wskazany w oświadczeniu będzie wystarczający i adekwatny do osiągnięcia celu, którym jest wykonanie zamówienia, przez podmiot gwarantujący jego należyte wykonanie.

Odwołujący podnosi, że ocena Zamawiającego iż podmiot udostępniający powinien wykonać roboty budowlane w pełnym zakresie, w okolicznościach przedmiotowej sprawy sprowadzałaby się do wyłączenia wykonania zamówienia przez Odwołującego, co jest
z założenia nieuprawnione. Z faktu rzekomego niewystarczającego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia Zamawiający wywiódł błędną tezę o braku rzeczywistego udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci, a tym samym braku spełnienia postawionego warunku.

Odwołujący wywodzi, że obowiązek określony przepisem art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, wymóg realizacji usług, przez podmioty na zasobach, których polega wykonawca w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę. Innymi słowy ustawa wymaga bezpośredniego uczestnictwa w realizacji usługi przez podmiot, na którego zdolnościach polega dany wykonawca (por. wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2018 r. sygn. akt: KIO 2480/18, wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 2677/17). Odwołujący wskazuje, ż ocena przez zamawiającego realności udostępnienia wykonawcy niezbędnych zasobów następuje, w szczególności poprzez przedstawienie zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Powyższy przepis stanowi wyraz walki z „papierowymi referencjami",
a jego celem było skuteczne przeciwdziałanie handlowi referencjami. Odwołujący podnosi, że z treści przedstawionego zobowiązania jednoznacznie wynika, że udostępniający będzie brał czynny i bezpośredni udział w realizacji zadania w ramach podwykonawstwa. Określenie zakresu realizowanych robót w sposób węższy przy jednoczesnym posiadaniu własnego doświadczenia i umiejętności przez samego wykonawcę, stanowi jedynie przejaw ekonomicznej umowy stron obrotu gospodarczego, dozwolonej w ramach swobody umów i nie może być interpretowane jako pozorne udostępnienie zasobu skutkujące wykluczeniem wykonawcy. Przepisy, doktryna i orzecznictwo potwierdzają, że wykorzystanie zasobów,
o których mowa w art. 22a ustawy Pzp, musi być jednoznaczne, a wykonawca winien wykazać iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, ale także iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału
w postępowaniu i gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w sytuacjach określonych niniejszym przepisem zobowiązany jest zatem do zaangażowania podmiotu trzeciego w sposób rzeczywisty
i bezpośredni w realizację tego przedmiotu zamówienia. Tylko i wyłącznie wtedy wiedza
i doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiekolwiek przełożenie na realizację zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt KIO 1755/17).

Odwołujący podnosi, że treść złożonego oświadczenia/zobowiązania podmiotu trzeciego nie daje podstaw do przyjęcia, że udostępnienie zasobów jest jedynie formalne i nie zapewnia rzeczywistego udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia.

Niemniej przepisy nie precyzują kwestii związanych z zakresem i adekwatności udziału udostępniającego, pozostawiając tą kwestię ocenie okoliczności każdego konkretnego przypadku. Zdaniem Odwołującego okoliczności przedmiotowej sprawy nakazują dużą rozwagę w ocenie - określony przepisem art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wymóg realizacji usług przez podmioty, na zasobach których polega wykonawca w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę, na co KIO również wskazuje w swoich orzeczeniach (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2020 r. KIO 2163/20; czy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2018 r. KIO 2480/18).

Zdaniem Odwołującego wskazany w oświadczeniu podmiotu trzeciego sposób wykorzystania jego zasobu niewątpliwie potwierdza rzeczywisty jego udział w realizacji zamówienia, wspólnie z Odwołującym, na cały okres i na potrzeby realizacji zamówienia. Z powyższego wywodzi, że wobec braku podstawy do wykluczenia, w ocenie odwołującego nie było również podstawy do odrzucenia jego bowiem nie zaistniała sytuacja aby Odwołujący nie spełnił warunku udziału
w postępowaniu.

awiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu
się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym
w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencją Zamawiającego z Odwołującym, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie, jak też stanowiskiem stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Izba ustaliła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy pozostawał bezsporny, postanowienia SIWZ (w szczególności warunek udziału w postępowaniu w ostatecznym brzmieniu – str. 3 i 4 niniejszego uzasadnienia)
i okoliczności faktyczne przytoczone w odwołaniu znajdują odzwierciedlenie w dokumentacji postepowania i nie były kwestionowane – strony różniły się ich oceną prawną – dlatego nie będą powtarzane.

Izba ponadto zwraca uwagę na treść następujących okoliczności.

Wraz z ofertą Odwołujący dla wykazania dysponowania wymaganym doświadczeniem powołał się na dwie roboty budowlane w złożonym wykazie robót:

1. Modernizacja i renowacja zabytkowego osiedla kolonii robotniczej Kaufhaus w Rudzie Śląskiej – zagospodarowanie terenu przy ul. Gwardii Ludowej,

2. Parkuj w Parku – budowa Eko parkingu dla pacjentów oraz pracowników przy GCR Repty,

W przypadku obu ww. robót wskazał *„w tym budowa co najmniej 30 stanowisk o nawierzchni utwardzonej dla samochodów na powierzchni 742,81 m^2 wraz z odwodnieniem i oświetleniem”.*

Ze złożonych wraz wykazem referencji wynika, że pierwszą z ww. robót wykonał PPUH Hydrobud Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, zaś drugą Odwołujący.

Wraz z ofertą Odwołujący złożył oświadczenie podmiotu trzeciego – Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo – Handlowe Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie, w którym wskazano, że udostępnia Odwołującemu zasoby:

„-wiedza i doświadczenie Oddającego do dyspozycji zdobyte podczas realizacji zadań wskazanych w nw. Referencjach i poświadczeniach:

Referencje Urzędu Miasta Ruda Śląska (…)

Udostępniający swoje zasoby, posiadając wieloletnie doświadczenie w realizacji zamówień tego typu, będzie przekazywał wiedzę i wnioski płynące z doświadczeń wynikających
z wykonania wykazanych jako rekomendowane projektów (referencje). Realizacja tego nastąpi w formie doradczej, nadzoru, bieżących konsultacji, przekazania know-how oraz szkoleń dla pracowników i kadry Wykonawcy.

Oddający do dyspozycji udostępnia Wykonawcy potencjał wierszy i doświadczenia na cały okres i na potrzeby realizacji zamówienia.

Wobec powyższego oświadczam również, że:

- nie będę brał udziału wykonaniu zamówienia” (zaznaczona odpowiedź).

Zamawiający pismem z dnia 15.12.2020 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia m.in. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia:

„A) oświadczenia podmiotu trzeciego udostępniającego swe zasoby, w którego treści:

(…)

- zostanie wskazany sposób wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia publicznego oraz zakres jego udziału przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia publicznego (w tym czy podmiot ten zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą) zgodnie z art. 22a ust 4 ustawy Pzp, w myśl którego w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi do realizacji których te zdolności są wymagane”.

W odpowiedzi na powyższe wezwania Odwołujący złożył nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego, w którym wskazano:

„Udostępniający będzie brał czynny, bezpośredni udział w realizacji zadania w ramach podwykonawstwa.

Podmiot będzie realizował część robót objętych zamówieniem – prace w zakresie odwodnienia z rur i kształtek PVC-U (SN8) SDR34, tj. wykonanie zewnętrznej instalacji kanalizacji deszczowej z włączeniem do istniejącej sieci kanalizacji deszczowej zlokalizowanej w pasie drogowym ul. Harcerskiej.

Oddający do dyspozycji udostępnia Wykonawcy potencjał wiedzy i doświadczenia na cały okres na potrzeby realizacji zamówienia.

Wobec powyższego oświadczam również, że:

(…)

- będę brał udział w wykonywaniu wskazanego zamówienia w zakresie” (zaznaczona odpowiedź).

W dniu 28.12.2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go
z postępowania, wskazując:

„nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej ze względu na fakt, iż w złożonym zobowiązaniu podmiotu trzeciego udostępniającego zasób (...) podmiot ten zobowiązał się wyłącznie do wykonania zewnętrznej instalacji kanalizacji deszczowej z włączeniem do istniejącej sieci kanalizacji deszczowej zlokalizowanej w pasie drogowym ul. Harcerskiej, podczas gdy udostępnił on zasób doświadczenia uzyskanego podczas budowy co najmniej 30 stanowisk postojowych dla samochodów wraz z odwodnieniem i oświetleniem powierzchni utwardzonej tych stanowisk postojowych minimum 500m2, zatem zgodnie z art. 22a ust 4 ustawy Pzp powinien wykonać roboty budowlane do realizacji których zdolności te są wymagane, a zatem w pełnym zakresie rzeczowym".

Izba zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 1 i 4 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 24 ust. 4 i art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp opierał na twierdzeniu, że wbrew ocenie Zamawiającego spełnił on warunki udziału w postępowaniu i wykazał dysponowanie zasobem podmiotu trzeciego w niezbędnym zakresie. Odwołujący wywodził, że posiada on doświadczenie dużo szersze niż wymagane, a powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego było wymuszone treścią warunku. Odwołujący podkreślał przy tym, że udostępnienie zasobu podmiotu trzeciego jest w pełni realne i wystarczające dla uznania spełnienia warunku udziału w postepowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego. Jakkolwiek bezsporną i potwierdzoną również złożonymi w toku rozprawy referencjami była okoliczność bogatego i wieloletniego doświadczenia Odwołującego, to pozostaje ona bez wpływu na ocenę jego oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie z SIWZ wykonawca winien wykazać dysponowanie doświadczeniem w wykonaniu dwóch parkingów na 30 miejsc postojowych, każdy po 500 m^2 z oświetleniem i odwodnieniem. Odwołujący wskazał, że samodzielnie wykonał jedną taką robotę budowlaną oraz powołał się na drugą, wykonaną przez podmiot trzeci. Podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia i wskazał, że w ramach przedmiotowego zamówienia wykona roboty dotyczące instalacji odwodnienia, stanowiące, jak wskazano w toku rozprawy, do 30% wartości całego zamówienia. Artykuł 22a ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Ustawodawca zastrzegł zatem, że powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego jest dopuszczalne, jeżeli podmiot ten wykona roboty budowlane, do których wymagane są zdolności na które się powołał wykonawca. Ustawa nie stanowi, że podmiot trzeci ma „wziąć udział" czy „wykonać znaczącą część". W tej sytuacji należy uznać, że realne udostępnienie potencjału dotyczyło części którą podmiot trzeci zobowiązał się wykonać – tj. odwodnienia. Oznacza to, że Odwołujący wykazał posiadanie doświadczenia w wykonaniu jednej roboty budowlanej polegającej na budowie parkingu o powierzchni min. 500 m^2 na 30 miejsc postojowych z oświetleniem i odwodnieniem oraz drugą robotą budowlaną – odwodnieniem parkingu. Zobowiązanie do wykonania jedynie części zamówienia, gdy wykonawca powoływał się na doświadczenie w zakresie całości nie może być bowiem uznane za wystarczające. Ocena taka znajduje potwierdzenie w ugruntowanej linii orzeczniczej KIO – por. np. wyrok KIO 211/18, KIO 2245/14, KIO 1755/17, KIO 1857/17. W niniejszej sprawie udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci w takiej formie jakiej miało to miejsce można byłoby uznać za wystarczające, gdyby Odwołujący wykazał się wykonaniem dwóch parkingów, każdy po 30 miejsc i 500 m^2 z oświetleniem, przy czym tylko jeden z odwodnieniem. Wówczas udział podmiotu trzeciego polegający na wykonaniu samego odwodnienia – gdy posiada on doświadczenie w wykonaniu odwodnienia odpowiedniego parkingu – stanowiłby prawidłowe uzupełnienie doświadczenia Odwołującego.

Warunek udziału w postępowaniu został sformułowany jednoznacznie, a Odwołujący nie zabiegał o jego zmianę poprzez dopuszczenie o uznanie doświadczenia w wykonaniu innych robót, które potwierdzałyby posiadanie wystarczającego doświadczenia dla zagwarantowania prawidłowej realizacji zamówienia. Nie jest dopuszczalnym stwierdzenie, że skoro Odwołujący wykonał jedną z dwóch wymaganych robót, to posiada odpowiednią wiedzę. Wymaganie wykazania się prawidłowym wykonaniem dwóch robót ma na celu zapewnienie, że zamówienie zostanie udzielone podmiotowi posiadającemu wymagane doświadczenie w konkretnym rodzaju robót – nie budzi wątpliwości, że dwukrotne prawidłowe wykonanie jakiegoś typu pracy daje większą rękojmię wiedzy i doświadczenia niż jednokrotne. Zawarta w warunku udziału w postępowaniu „powtarzalność" nie może być traktowana jako zbędna formalność, a winna być respektowana przez wykonawców i weryfikowana przez Zamawiającego.

Za błędny należy uznać argument Odwołującego, że stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców inne traktowanie wykonawców występujących jako konsorcjum a inne wykonawców korzystających z zasobów podmiotu trzeciego. Wskazać należy, że zgodnie art. 23 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Ustawodawca zatem pozostawia kwestię uregulowania sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców w konsorcjum do decyzji zamawiającego. Natomiast przepis art. 22a ust. 4 ustawy Pzp nie pozostawia zamawiającemu „luzu" decyzyjnego, określając, że udostepnienie potencjału jest dopuszczalne, jeżeli podmiot udostępniający zrealizuje zamówienie w zakresie w jakim udostępnia swe zasoby. Dyspozycja art. 22a ust. 4 ustawy Pzp znalazła zresztą odbicie w SIWZ, gdzie Zamawiający zawarł postanowienie XVI. 4, zgodnie z którym,*W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia (pkt 3.3.1. i 3.3.2. rozdziału XV SIWZ) Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (podmiot ten musi wykonywać roboty budowlane lub usługi w charakterze podwykonawcy)".* Mając na uwadze tak sformułowane przepisy ustawy oraz SIWZ to właśnie dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie wykazał posiadania doświadczenia w ramach 2 robót określonych w warunku udziału w postępowaniu, stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Należy również zwrócić uwagę, że pominięcie tej kwestii (wykazania się wykonaniem jednego parkingu zamiast dwóch) z uwagi na bogate doświadczenie wykonawcy, stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości postepowania oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Izby Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia i dokonał wykluczenia go z postępowania oraz odrzucenia oferty, wobec czego zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:……..……..……..……..……..