Sygn. akt: KIO 1755/17

WYROK
z dnia 4 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2017 r. przez **wykonawcę CZ. P. B. P. P. S. A. z siedzibą w C.** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Gminę Miasto C. z siedzibą w C.**

przy udziale **wykonawcy R. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.-B. R. T. z siedzibą w C.,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawcy R. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.-B. R. T. z siedzibą w C. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie w zakresie warunku opisanego w pkt 5.2 SIWZ zgodnie z oświadczeniem przyjętym w złożonej ofercie,**
2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego: Gminę Miasto C. z siedzibą w C.** i:

---

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę CZ.P.B.P. P. S. A. z siedzibą w C.** tytułem wpisu od odwołania,
2) zasądza od **Zamawiającego: Gminy Miasto C. z siedzibą w C.** kwotę **13 600 zł 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy CZ. P. B. P. P. S. A. z siedzibą w C.** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 1755/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto C. z siedzibą w C. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą *Pzp”),* postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Rewitalizacja Parku L. w C. – I etap – Budowa Strefy Wypoczynku Adriatyk w Parku L. w C..*

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca CZ.P.B.P. P. S. A. z siedzibą w C. (zwany dalej: „Odwołującym") w dniu 22 sierpnia 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy R. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.-B. Radosław T. z siedzibą w C., uznając że wykonawcy nie przysługuje uprawnienie do zmiany sposobu udostępnienia zasobu doświadczenia na inny niż pierwotnie wskazano w zobowiązaniu podmiotu trzeciego, zaś złożone zobowiązanie potwierdza, że współpraca pomiędzy podmiotem trzecim a wykonawcą będzie polegała na doradztwie i konsultacjach, nie zaś na wykonaniu części zamówienia polegającego na realizacji robót budowlanych. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22a ust. 6, art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 26 ust. 3, art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 84 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy R. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.-B. R. T. z siedzibą w C. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert oraz wezwania wykonawcy Radosława Telengi prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.-B. R. T. z siedzibą w Częstochowie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy R. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.-B. R. T. z siedzibą w C. jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz

---

uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 22 sierpnia 2017 r.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie

T. Zamawiającego w dniu 25

sierpnia 2017 r. zgłosił przystąpienie wykonawca R.
prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T.-B. R. T. z siedzibą w C..

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy R. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.-B. R. T. z siedzibą w C. (zwanego dalej: „Przystępującym").

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „Rewitalizacja *Parku L. w C. – I etap – Budowa Strefy Wypoczynku Adriatyk w Parku L. w C.".*
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/33/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ") zawierała m. in. następujące postanowienia:

Pkt 5 Warunki udziału w postępowaniu:
Ppkt 5.2. Posiadanie wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia, t.j. udokumentowanie wykonania, t.j. zakończenia w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

a) co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie, przebudowie lub remoncie budynku o wartości min. 1.000.000,00 zł brutto;
b) co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na zagospodarowaniu przestrzeni publicznej i wyposażeniu terenu w infrastrukturę rekreacyjno-wypocznkową (np. wykonanie obiektów sportowych jak: boiska, skate parki, place rekreacji, itp.) bądź wykonanie zagospodarowanie skwerów, placów, parkingów o wartości min. 300.000,00 zł

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 3/33/.

W niniejszym postępowaniu oferty złożyli m. in. następujący wykonawcy:
1. R. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. -B. R. T. z siedzibą w C. – łączna punktacja: 500,00 pkt;
2. CZ.P.B.P. P. S. A. z siedzibą w C. – łączna punktacja: 461,70 pkt.

/dokumentacja postępowania: Ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17 sierpnia 2017 r./.

Wykonawca R. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T.L-B. R. T. z siedzibą w C. wraz z ofertą złożył zobowiązanie innego podmiotu – W. Sp. z o.o. z siedzibą w S. - do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w trybie art. 22a ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie zakres zobowiązania miał obejmować wiedzę i doświadczenie, zaś sposób udostępnienia miał nastąpić przez doradztwo techniczne i organizacyjne. Dodatkowo zobowiązanie to zawierało wzmiankę, że podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia, nie zrealizuje robót budowlanych, których wskazane zdolności dotyczą. Ponadto wykonawca w ofercie oświadczył, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom wykonania części zamówienia.
/dokumentacja postępowania: oferta wykonawcy R. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.-B. R. T. z siedzibą w C. /.

Zamawiający pismem z dnia 3 lipca 2017 r. na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał wykonawcę R. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.-B. R. T. z siedzibą w C. m. in. do złożenia oryginału zobowiązania firmy W. Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w trybie art. 22a ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający zauważył, że w złożonej ofercie wskazano, że warunek określony w pkt 5.2 SIWZ spełnia za wykonawcę firma W. Sp. z o.o., a jednocześnie z pkt 12 złożonej oferty (druk OFERTA) wynika, że wykonawca nie zamierza powierzyć podwykonawcom wykonania żadnych części zamówienia.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie wykonawcy R. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T. -B. R. T. z siedzibą w C. z dnia 3 lipca 2017 r. do uzupełnienia dokumentów/.

Wykonawca R. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T.L-B. R. T. z siedzibą w C. złożył m. in. oryginał zobowiązania firmy W. Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Ponadto wykonawca wyjaśnił, że w pkt 12 złożonej oferty (druk OFERTA) omyłkowo nie wpisano podwykonawcy. Firma „T.-B.” R. T. zamierza powierzyć podwykonawcy, t.j. firmie W. Sp. z o.o. zadanie polegające na budowie usługowego pawilonu plażowego z zapleczem gastronomicznym, pomieszczeniami higieniczno-sanitarnymi oraz pomieszczeniami dla ratowników. Wartość brutto części zamówienia powierzonego podwykonawcy stanowi 25% wartości całego zamówienia.

/dokumentacja postępowania: Wyjaśnienia oraz uzupełnienie dokumentów wykonawcy R. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.-B. R. T. z siedzibą w C. z dnia 5 lipca 2017 r. /.

Pismem z dnia 17 sierpnia 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Radosława T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.-B. R. T. z siedzibą w C.
/dokumentacja postępowania: Ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17 sierpnia 2017 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca – CZ.P.B.P. P. S. A. z siedzibą w C. – wniósł odwołanie w dniu 22 sierpnia 2017 r.
/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy: CZ.P.B.P. P. S. A. z siedzibą w C. z dnia 22 sierpnia 2017 r. /.
Izba ustaliła również że Zamawiający pismem z dnia 29 sierpnia 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.
/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie z dnia 29 sierpnia 2017 r./.

Ponadto Odwołujący pismem z dnia 31 sierpnia 2017 r. złożył pismo procesowe, podtrzymując swoje stanowisko co do uwzględnienia odwołania w całości.
/dokumentacja postępowania: Pismo Odwołującego z dnia 31 sierpnia 2017 r./.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzuty dotyczący bezpodstawnego uznania wyjaśnień Przystępującego oraz złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

Bezspornym jest, że przedmiotem niniejszego postępowania są roboty budowlane. Nie stanowi również sporu pomiędzy stronami to, że Przystępujący w złożonej ofercie wykazał spełnienie warunku określonego w pkt 5.2 SIWZ poprzez powołanie się na doświadczenie firmy Wiecha Sp. z o.o., jednocześnie Przystępujący w pkt 12 oferty wyraźnie oświadczył, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom wykonania żadnej części zamówienia. Dodatkowo Przystępujący w piśmie z dnia 5 lipca 2017 r. oświadczył Zamawiającemu, że w złożonej ofercie omyłkowo nie wpisał podwykonawcy, a firma W. Sp. z o.o. będzie realizowała 25% tego zamówienia.

Istotnym dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu jest przywołanie przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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 wprowadzonym - nowelizacją ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) - przepisem art. 22a ust. 4 ustawy Pzp przesądził, budzące dotychczas w praktyce oraz orzecznictwie wątpliwości wynikające z interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a odnoszące się do realności zobowiązań podmiotów trzecich. W świetle przywołanego przepisu podmiot trzeci zobowiązany jest – w szczegółowo określonych sytuacjach – do zrealizowania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w sytuacjach określonych niniejszym przepisem zobowiązany jest do zaangażowania podmiotu trzeciego - w sposób bezpośredni - w realizację tego przedmiotu zamówienia. Tylko i wyłącznie wtedy wiedza i doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiekolwiek przełożenie na realizację zamówienia – co zostało dostrzeżone przez Ustawodawcę - zwłaszcza w przypadku zamówień na roboty budowlane, w których podmiot trzeci musi czynnie uczestniczyć przy realizacji zamówienia. Zatem przywołany przepis

dopuszcza możliwość polegania na potencjale podmiotów trzecich – z zastrzeżeniem jednak, że w robotach budowlanych i usługach – poleganie na potencjale podmiotów trzecich musi

być realne, a wykonawca nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału – wyłącznie formalnie na potrzeby konkretnego postępowania – powoływać się na potencjał podmiotów trzecich, bez rzeczywistego zaangażowanie tego podmiotu w realizację zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że zobowiązanie - złożone przez Przystępującego wraz z ofertą – do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów nie było zobowiązaniem realnym, gdyż z jego treści wynikało, że podmiot udostępniający doświadczenie nie zrealizuje przedmiotowych robót budowlanych. Ponadto niniejsze udostępnienie miało nastąpić poprzez doradztwo techniczne i organizacyjne. Wykonawca w ofercie oświadczył, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom wykonania żadnej części zamówienia. Powyższe potwierdzało również złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego - firmy W. Sp. z o.o. Zatem wykonawca w sposób kategoryczny zadeklarował, że nie będzie posiłkował się żadnym podmiotem przy realizacji tego zamówienia, deklarując że wykona opisane roboty budowlane samodzielnie.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że pierwotnie złożonego oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie – a odnoszącego się do samodzielnej realizacji zamówienia – w tym stanie faktycznym nie można było uznać za omyłkę pisarską. Zamiar wykonawcy – odnoszący się do niezaangażowania firmy W. Sp. z o.o. w realizację tego zamówienia – w sposób wyraźny znalazł swoje odzwierciedlenie w złożonej przez wykonawcę ofercie. Nie budziło żadnych wątpliwości, że o zawarciu umowy o podwykonawstwo (i jego zakresie) Zamawiający nie mógł w żaden sposób dowiedzieć się z oferty Przystępującego. Nie istniały żadne wątpliwości, co do intencji samodzielnego wykonania przez Przystępującego zamówienia, co potwierdza jego oświadczenie złożone w pkt 12 oferty, jak również złożone zobowiązanie. Nie można zgodzić się z Przystępującym, że składając oświadczenie woli w ofercie popełnił oczywistą omyłkę pisarską – oświadczając, że nie zamierza zrealizować tego zamówienia przy udziale podwykonawców.

Zgodzić należało się również z Odwołującym, że działania Przystępującego wskazywały na świadome jego działanie – co do samodzielnej realizacji tego zamówienia - a zaakceptowanie zmiany oświadczenia woli wykonawcy dokonane pismem z dnia 5 lipca 2017 r. należało uznać jako zmianę oferty wykonawcy (istotną jej modyfikację), co w świetle przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać jako niedopuszczalne negocjacje wykonawcy z Zamawiającym. Zatem modyfikacja oświadczenia woli Przystępującego niewątpliwie w tym stanie faktycznym miała miejsce, wykonawca pismem z dnia 5 lipca 2017 r., zmieniając swoje poprzednie oświadczenie woli – wskazał, że firma W. Sp. z o.o.

zrealizuje 25% wartości zamówienia, zatem po terminie składania ofert w sposób istotny dokonał zmiany pierwotnie złożonego wraz z ofertą oświadczenia woli.

Zasadnym w tym miejscu jest powołanie się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE - posiłkowo celem dokonania właściwej wykładni przepisów ustawy Pzp. Należy pamiętać – co zostało potwierdzone orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE - że zasadą w postępowaniu jest zakaz modyfikowania oferty po terminie składania ofert. Zatem zasadnym w tym miejscu wydaje się przywołanie wyroku w sprawie o sygn. akt C - 387/14 (Esaprojekt przeciwko W. Ł.), w którym to Trybunał wyraził pogląd, że *artykuł 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do*

dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków *niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia. (wyrok dostępny na stronie internetowej UZP https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0020/34652/Orzeczenie_C-387_14.pdf).*

Ponadto jak wskazano w wyroku w sprawie o sygn. akt C -324/14 (Partner A. D.) *o ile oferent ma swobodę wyboru w zakresie ustanowienia i charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z podmiotami, na których zdolnościach polega, to jest on jednak zobowiązany przedstawić dowód, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania zamówienia (zob. podobnie wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r. Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo). Zgodnie zatem z art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 oferent nie może polegać na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia wymaganych przez instytucję zamawiającą warunków w czysto formalny sposób (…). Instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, że* żądanie *wyjaśnienia oferty nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (zob. podobnie wyrok z dnia 10 października 2013 r. Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 36). (wyrok dostępny na stronie internetowej Uzp,* https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0009/31320/Orzeczenie_C_324_14.pdf).

Wobec powyższego zgodzić należało się z Odwołującym, że zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacjom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy Zamawiającego, ani oferenta – co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym. Wykonawca dokonał istotnej zmiany (modyfikacji) swego oświadczenia woli - w stosunku do oświadczenia złożonego w ofercie - poprzez wyjaśnienie w piśmie z dnia 5 lipca 2017 r., że firma W. Sp. z o.o. będzie brała jednak udział w realizacji niniejszego zamówienia w ramach podwykonawstwa.

Zgodzić należało się również z Odwołującym, że w tym stanie faktycznym nie znajduje zastosowanie przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w postaci ponownego powołania się przez Przystępującego na potencjał innego podmiotu trzeciego – niż wskazanego w ofercie – gdyż nie zostały spełnione przesłanki wynikające z tego przepisu.

Zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o której mowa w ust. 1.

Zatem wskazany przepis zezwala na jego zastosowanie tylko w sytuacji, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia. Zgodzić należało się z Odwołującym, że podmiot udostępniający zasoby – firma W. Sp. z o.o. – co do istoty potwierdził spełnienie warunku udziału, jednak złożone zobowiązanie oraz oświadczenie woli wykonawcy złożone w pkt 12 oferty wskazywało, że wykonawca będzie realizował niniejsze zamówienia samodzielnie - bez udziału podwykonawców - zatem nie można zgodzić się z Zamawiającym, - wobec jasnej deklaracji wykonawcy, co do samodzielnego realizowania zamówienia, bez udziału jakiegokolwiek podmiotu – że możliwe było w tym stanie faktycznym zastosowanie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

Niemniej jednak – skoro ze złożonej oferty wynikała wola wykonawcy zrealizowania

zamówienia samodzielnie – co wykonawca potwierdził na rozprawie, wskazując, że jest w stanie sam zrealizować to zamówienie bez konieczności posiłkowania się potencjałem podmiotu trzeciego – to wykonawca jako podmiot zamierzający samodzielnie wykonać niniejsze zamówienie nie wykazał spełnienia warunku opisanego w pkt 5.2 SIWZ poprzez wykazanie własnej wiedzy i doświadczenia (nie wykazał zasobu, stanowiącego jego własność). Wobec tego w ocenie Izby zasadnym w tym stanie faktycznym jest nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawcy R. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T. -B. R. T. z siedzibą w C. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających samodzielne spełnienie przez ww. wykonawcę warunku udziału opisanego w pkt 5.2 SIWZ, z uwagi na jasną deklarację wykonawcy – co do realizacji niniejszego zamówienia bez udziału podwykonawców. Zatem kierowane przez Zamawiającego wezwanie o uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp swym zakresem powinno odnosić się wyłącznie do uzupełnienia przez wykonawcę własnego doświadczenia celem wykazania spełnienia warunku z pkt 5.2. SIWZ.

Na marginesie – odnosząc się do stanowiska Zamawiającego prezentowanego na rozprawie – należy wskazać, że wezwanie Zamawiającego z dnia 3 lipca 2017 r. skierowane do Przystępującego – w spornym zakresie, odnoszącym się do sposobu realizacji tego zamówienia - nie można potraktować jako wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Niniejsze wezwanie Zamawiającego było wezwaniem kierowanym w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, zatem koniecznym jest wobec tak zaistniałego stanu faktycznego wezwanie wykonawcy R. T. i prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T. -B. R. T. z siedzibą w C. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie w zakresie warunku opisanego w pkt 5.2 SIWZ zgodnie z oświadczeniem przyjętym w złożonej ofercie.

Wobec powyższego Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawcy R. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.-B. R. T. z siedzibą w C. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie w zakresie warunku opisanego w pkt 5.2 SIWZ zgodnie z oświadczeniem przyjętym w złożonej ofercie (t.j. uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie własnego zasobu).

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do

jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 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. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 13.600 zł.

Przewodniczący:

……