Sygn. akt: KIO 201/20

WYROK

z dnia 17 lutego 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2020 roku przez wykonawcę: MAX STREICHER S.P.A. z siedzibą w Parmie, Włochy

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., w imieniu którego postępowanie prowadzi Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ - SYSTEM S.A. Oddział w Rembelszczyźnie, z siedzibą w Rembelszczyźnie

przy udziale wykonawców:

1) wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum (1) BUDIMEX S.A. (Lider), (2) Mostostal Kraków S.A. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Warszawie, zgłaszających przystąpienie po stronie Odwołującego;

2) IDS-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 22a ust. 1, 2 i 4 Pzp oraz art. 7 Pzp w zakresie oceny zobowiązań udostępniających zasoby złożonych przez Przystępującego IDS - BUD i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I zamówienia, a także nakazuje powtórzenie procesu badania i oceny ofert, z zastosowaniem procedury przewidzianej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w tym wezwanie Przystępującego IDS do wyjaśnienia dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego ZRUG do użyczenia zasobów celem precyzyjnego określenia sposobu korzystania z udostępnianych zasobów wiedzy i doświadczenia.

2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Operatora Gazociągów

Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., w imieniu którego postępowanie prowadzi Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ - SYSTEM S.A. Oddział w Rembelszczyźnie, z siedzibą w Rembelszczyźnie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego MAX STREICHER S.P.A. z siedzibą w Parmie, Włochy tytułem wpisu od

odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego - Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., w imieniu którego postępowanie prowadzi Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ - SYSTEM S.A. Oddział w Rembelszczyźnie, z siedzibą w Rembelszczyźnie na rzecz Odwołującego - MAX STREICHER S.P.A. z siedzibą w Parmie, Włochy kwotę w wysokości 23 600 zł 00 gr (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Warszawie, Warszawa-Praga.

Przewodniczący:

sygn. akt KIO 201/20

UZASADNIENIE

W dniu 31 stycznia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1834 ze zmianami) (dalej jako „Pzp") odwołanie złożył wykonawca MAX STREICHER S.P.A. z siedzibą w Parmie, Włochy (dalej jako „Odwołujący").

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów przesyłowych Rzeczpospolitej Polskiej i Republiki Litewskiej wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województwa mazowieckiego, podlaskiego i warmińsko- mazurskiego, tj. gazociąg Polska-Litwa odcinek północny", cześć I, prowadzi Zamawiający: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., w imieniu którego postępowanie prowadzi Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ - SYSTEM S.A. Oddział w Rembelszczyźnie, z siedzibą w Nieporęcie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 171-418536.

Odwołanie wniesiono wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez IDS - BUD S.A. (dalej jako „IDS") w zakresie części I,

- zaniechaniu wykluczenia IDS z postępowania, mimo iż wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, względnie na zaniechaniu odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z SIWZ,

o czym Odwołujący dowiedział się dnia 21 stycznia 2020 r., z pisma Zamawiającego przesłanego za pośrednictwem platformy elektronicznej.

Zaskarżonym czynności Zamawiającego zarzucono naruszenie:

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22a ust. 1, 2 i 4 Pzp oraz art. 7 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia IDS z postępowania mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału dotyczącego posiadania wymaganych przez Zamawiającego zdolności technicznych i zawodowych, wobec niewykazania realności udostępnienia tych zasobów przez podmioty, na zasobach którego IDS polega, ubiegając się o przedmiotowe zamówienie,

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty IDS jako niezgodnej z SIWZ w sytuacji, gdy z treści zobowiązania podmiotu trzeciego załączonego do oferty IDS wynika, że Wykonawca nie zamierza zrealizować całości zamówienia z udziałem

członków personelu wymaganego zapisami OPZ.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez IDS;

- przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazanie Zamawiającemu wykluczenia IDS z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Obecnie oferta Odwołującego, z wynikiem 93,75 punktu, jest sklasyfikowana na drugiej pozycji listy rankingowej, za ofertą IDS, która otrzymała, mimo wyższej ceny ofertowej, 94,00 punktu. Skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego jest więc pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji zamówienia, gdy Odwołujący złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy, i która będzie stanowiła dla Zamawiającego „ofertę najkorzystniejszą". W razie uwzględnienia odwołania Odwołujący mógłby uzyskać zamówienie. Szkoda obejmuje co najmniej utratę planowanych do uzyskania przez Odwołującego w wyniku realizacji zamówienia zysków.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest budowa międzysystemowego gazociągu stanowiącego połączenie systemów przesyłowych Rzeczpospolitej Polskiej i Republiki Litewskiej wraz z infrastrukturą niezbędną do jego obsługi na terenie województwa mazowieckiego, podlaskiego i warmińsko-mazurskiego, tj. gazociąg Polska-Litwa odcinek północny (pkt III. 1. SIWZ). Zadanie nr 1 obejmuje odcinek od ZZU Rudka Skroda do ZZUP Konopki o długości 60,643 km (od km 0 do km 60,643). Połączenie rur składających się na budowany gazociąg ma nastąpić - w przeważającej mierze - metodą spawania automatycznego. Uwzględniając tę okoliczność, Zamawiający wprowadził następujące warunki udziału w postępowaniu:

„Wiedza i doświadczenie — pkt IX.5 SIWZ:

W okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizowali co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych o następujących parametrach spełnionych łącznie:

a) o długości co najmniej: 12 km dla Części nr 1 (...),

b) o maksymalnym ciśnieniu roboczym MOP, w rozumieniu rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 26 kwietnia 2013 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe i ich usytuowanie (Dz. U. z 2013 r., poz. 640), co najmniej 6,3

MPa,

c) o średnicy co najmniej DN 500,

d) z rur stalowych w gatunku co najmniej L485 zgodnie z wymaganiami normy PN-EN ISO 3183 (lub EN10208-2) lub X70 zgodnie z wymaganiami normy API5L,

e) którego cześć liniowa była spawana w sposób zmechanizowany.

Technologia - pkt IX.6 SIWZ:

Posiadają zatwierdzoną technologię spawania zmechanizowanego i montażowego, zgodnie z wymaganiami normy PN-EN ISO 15614-1. Technologia spawania zmechanizowanego i montażowego winna dotyczyć wykonania złącza doczołowego rur ze stali w gatunku co najmniej L485 zgodnie z wymaganiami normy PN-EN ISO 3183 (lub EN10208-2) lub X70 zgodnie z wymaganiami normy API5L. Złącza próbne (egzaminacyjne) winny być wykonane na rurach o średnicy co najmniej DN 700 o grubości ścianki 17,5 mm.

Zamawiający dopuszcza normy równoważne do wskazanych powyżej.

Zamawiający „spawanie w sposób zmechanizowany" definiuje jako realizację spawania obwodowego z zastosowaniem centrownika wewnętrznego, w której głowica automatu spawalniczego, spawającego złącze doczołowe rur rurociągu porusza się po prowadnicy zamontowanej na spawanej rurze.

Zamawiający „spawanie w sposób montażowy" definiuje jako realizację spawania obwodowego z zastosowaniem centrownika zewnętrznego, w której złącze jest wykonywane ręcznie.

Sprzęt — pkt IX.7 SIWZ:

Dysponują lub będą dysponować następującymi urządzeniami w celu realizacji zamówienia:
1) czołówkami spawalniczymi do zmechanizowanego spawania obwodowego rur o średnicy DN 700, w ilości co najmniej: 2 szt. dla Części nr 1; (...)

2) zespołami układkowymi w ilości co najmniej: 2 szt. dl Części nr 1".

Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Okoliczność, iż Zamawiający stawia wskazane warunki, z których każdy związany jest z wiedzą, doświadczeniem, technologią lub sprzętem koniecznymi do wykonania automatycznego spawania, potwierdza, że to właśnie posiadanie tych zasobów - zasobów związanych z tym zakresem robót opisanym OPZ - przesądza o zdolności wykonawcy do

należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający w pkt IX. 10 SIWZ wymagał dodatkowo, by wykonawcy wykazali, że:

„Dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadającymi niezbędne do jego wykonania kwalifikacje zawodowe i doświadczenie, w tym: (...)".

IDS w złożonej ofercie wskazał, że powołane powyżej warunki spełni, w oparciu o zasoby tzw. podmiotów trzecich, tj. „ZRUG" sp. z o.o. (ZRUG) oraz ROMGOS G. Sp. z o.o. (ROMGOS). Z treści zobowiązań (uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) tych podmiotów do udostępnienia IDS zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia wynika, że:

ZRUG

a) ZRUG udostępnił IDS swoją zdolność zawodową - wiedzę i doświadczenie zdobyte podczas realizacji zamówienia pn.: Budowa Gazociągu DN700 Szczecin - Lwówek, Etap I Gazociąg DN 700 Szczecin - Gorzów Wielkopolski, Etap II Gazociąg DN 700 Gorzów Wielkopolski - Lwówek.

ZRUG dodatkowo oświadczył także, iż:

b) sposób wykorzystania naszych zasobów przy wykonywaniu przedmiotowego Zamówienia: udział w realizacji zamówienia poprzez wykonanie części robót budowlano-montażowych w zakresie budowy gazociągu DN 700 Polska-Litwa odcinek północny - Część nr 1 - Zadanie nr 1 od ZZU Rudka Skrada do ZZUP Konopki o długości 60,643 km (od km 0 do km 60,643);

c) zakres i okres udziału nas przy wykonywaniu przedmiotowego Zamówienia:

wykonanie części robót budowlano-montażowych w zakresie budowy gazociągu (...), które będą realizowane od początku do końca terminu realizacji zamówienia, na podstawie umowy o podwykonawstwo.

Jednocześnie oświadczono, iż w odniesieniu do udostępnianych zdolności, na których polega Wykonawca w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu (dotyczy wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i/lub doświadczenia), zrealizowane będą roboty budowlane w następującym zakresie: budowa gazociągu (...), których wskazane zdolności dotyczą.

Zdaniem Odwołującego z oświadczenia ZRUG wynika wprawdzie, że wskazany podmiot ma zostać podwykonawcą IDS i ma wykonać „część" robót budowlano-montażowych w zakresie budowy gazociągu, jednak zobowiązanie ZRUG nie precyzuje, o jaką dokładnie część robót chodzi. Oświadczenie to, poza kilkukrotnym powieleniem stwierdzenia o wykonaniu części robót i powtórzeniem nazwy zamówienia - powiela jedynie treść przepisu art. 22a ust. 4 Pzp. Brak informacji w zobowiązaniu odnośnie do zakresu robót, jakie wykonać ma ZRUG, uniemożliwia Zamawiającemu ocenę, czy ZRUG istotnie wykona wszystkie te roboty, do realizacji których wiedza i doświadczenie opisane warunkiem udziału w postępowaniu są wymagane. Brak możliwości dokonania przez Zamawiającego takiej oceny, wyklucza możliwość przyjęcia, że IDS w sposób prawidłowy wykazało, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Wniosek ten jest tym bardziej zasady w ocenie Odwołującego, jeśli uwzględni się

treść zobowiązania ROMGOS.

ROMGOS

Po pierwsze, ROMGOS udostępnił IDS „kwalifikacje techniczne nabyte podczas wykonywania spawania zmechanizowanego oraz montażowego potwierdzone posiadaniem odpowiednich technologii spawania (WPQR) zgodnie z wymaganiami normy PN-EN ISO 15614-1, spełniających warunek w przedmiotowym postępowaniu". Znamienne pozostaje, że ROMGOS w zobowiązaniu podkreśla, że przedmiotem udostępnienia nie jest „technologia spawania" jako taka, lecz kwalifikacje techniczne, a więc umiejętności zdobyte przy wykonywaniu spawania, których fakt posiadania potwierdza właśnie „zatwierdzona technologia".

ROMGOS oświadczył dodatkowo, że:

„sposób wykorzystania naszych zasobów przy wykonywaniu przedmiotowego Zamówienia - udział w realizacji części zamówienia budowy gazociągu Polska-Litwa odcinek północny, Część 1 - Zadanie nr 1 od ZZU Rudka Skroda do ZZUP Konopki o długości 60,643 km (od km 0 do km 60,643) w szczególności przy wykonywaniu prac spawalniczych.
zakres i okres udziału nas przy wykonywaniu przedmiotowego Zamówienia - wykonanie części zamówienia budowy gazociągu Polska-Litwa odcinek północny, (...) przy wykorzystaniu zatwierdzonej technologii spawania przy pracach spawalniczych w okresie od początku do końca terminu realizacji zamówienia".

Zwłaszcza ostatnie z przywołanych oświadczeń potwierdza, że ROMGOS będzie wykonywał część zamówienia przy wykorzystaniu zatwierdzonej technologii spawania przy pracach spawalniczych, co należy rozumieć jako zobowiązanie do wykonania tej części prac, która wymaga posiadania zatwierdzonej technologii spawania. OPZ wymaga, by całość prac spawalniczych opisanych dokumentacją techniczną była wykonywana zatwierdzoną technologią (pkt 6.18 OPZ).

Już to oświadczenie wskazuje na istnienie sprzeczności pomiędzy zobowiązaniami ZRUG i ROMGOS. ROMGOS ma wykonać w świetle swojego oświadczenia całość prac związanych ze spawaniem gazociągu (prace wymagające wykorzystania zatwierdzonej technologii), gdy tymczasem wymagane do wykonania tych prac przez Zamawiającego zdolności w postaci wiedzy i doświadczenia ma ZRUG.

Po drugie, ROMGOS udostępnia IDS również sprzęt niezbędny do wykonania

spawania automatycznego gazociągu - 2 czołówki spawalnicze i 2 zespoły układkowe.

ROMGOS w obu przypadkach w zobowiązaniu podkreśla, że jego zakres udziału w realizacji zamówienia będzie polegał na „wykonanie części robót budowlano-montażowych przy pomocy udostępnionych urządzeń przez okres od początku do końca terminu realizacji zamówienia". Z tego wynika, że ROMGOS zamierza wykonywać te roboty budowlane, których wykonanie wymaga użycia sprzętu opisanego w warunku - a więc roboty polegające na spawaniu i układaniu gazociągu. Są to więc roboty wymagające posiadania wiedzy i doświadczenia, do których odnosi się warunek udziału w postępowaniu, które posiada ZRUG, nie ROMGOS.

Po trzecie, ROMGOS udostępnia IDS prawie cały personel niezbędny do realizacji zamówienia (z wyłączeniem jednej osoby), do którego odnoszą się warunki udziału w postępowaniu, w tym kierownika projektu, kierownika budowy, kierownika robót technologicznych i kierownika nadzoru robót spawalniczych. W tym przypadku ROMGOS dodatkowo oświadcza:

„sposób wykorzystania naszych zasobów przy wykonywaniu przedmiotowego Zamówienia:

udział w realizacji zmówienia poprzez wykonanie części robót budowlano-montażowych w ramach którego zostaną wykorzystane kwalifikacje i doświadczenie osób w/w

w zobowiązaniu, przy budowie gazociągu Polska-Litwa odcinek północny, Część 1 (...)."

Odnotowania wymaga, że zgodnie z OPZ:

- Wykonawca jest zobowiązany w okresie obowiązywania umowy do zapewnienia wykonywania czynności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia przez osoby wskazane w załączniku do oferty „Potencjał kadrowy" (pkt 11.1 OPZ),

- Personel przewidziany do realizacji inwestycji w osobach Kierownik Projektu, Kierownika budowy (...) nie może być zaangażowany w żadną inna działalność i będzie świadczył usługi wyłącznie na rzecz przedmiotowej inwestycji (pkt 11.2 OPZ).

Skoro ROMGOS ma - w świetle złożonego przez siebie oświadczenia - wykonywać tylko część robót budowlano - montażowych składających się na zamówienie i tylko w ramach tej części robót będą wykorzystywane kwalifikacje i doświadczenie osób objętych zobowiązaniem ROMGOS, to wykonawca IDS tym samym nie dysponuje personelem wymaganym warunkiem udziału w postępowaniu, w zakresie w jakim zgodnie z zapisami OPZ będzie wymagany ich udział w realizacji zamówienia. Osoby te, w tym w szczególności kierownik projektu i kierownik robót, muszą zgodnie z OPZ uczestniczyć w całości realizowanych robót i za całość realizowanych robót odpowiadają, nie jest więc wystarczające uczestnictwo tych osób wyłącznie w wykonywaniu robót przez jednego z podwykonawców.

Powyższa okoliczność zdaniem Odwołującego świadczy o niezgodności treści oferty złożonej przez IDS, której to elementem pozostaje zobowiązanie ROMGOS, z SIWZ (z wymogami odnoszącymi się do personelu opisanymi w pkt 11 OPZ). Niezgodność ta ma charakter nieusuwalny i jako taka winna skutkować odrzuceniem oferty IDS. Względnie, przyjąć należałoby, że także w tym przypadku IDS nie wykazał, że w sposób realny dysponuje personelem niezbędnym do realizacji zamówienia, określonym warunkami udziału w postępowaniu, tj., że „użyczony" mu przez podmiot trzeci personel faktycznie będzie wykonywał zadania, jakie nakłada na niego SIWZ, w pełnym zakresie.

Jedynie na marginesie Odwołujący dodał, że całościowa analiza zobowiązania ROMGOS może sugerować także alternatywną opcję, że treść oświadczenia dotyczącego personelu była podyktowana tym, iż mimo deklaracji o „częściowym" wykonaniu zamówienia, ROMGOS w porozumieniu z IDS zamierza wykonać całość zamówienia. Jednak w takiej sytuacji, IDS winien zostać wykluczony z postępowania, bowiem jedynie w sposób iluzoryczny wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania wiedzy i doświadczenia. „Nośnikiem" wiedzy i doświadczenia jest bowiem w świetle oświadczeń IDS ZRUG, który wobec oświadczeń ROMGOS nie będzie albo w ogóle wykonywał robót składających się na przedmiot zamówienia, albo będzie wykonywał tak małą ich „część", że trudno mówić o realnym udostępnieniu posiadanych przez ten podmiot zasobów na rzecz IDS.

Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 9 listopada 2017r., sygn. akt KIO 2245/17: „Użyte w art. 22a ust. 4 p.z.p. sformułowanie „podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi" jest pojęciem węższym od udziału tych podmiotów w realizacji zamówienia. Udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego, może realizować się w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru, uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności, etc. Natomiast wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć tako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą.

Wykorzystanie zasobów, o których mowa w art. 22a p.z.p., musi być jednoznaczne i nie może być domysłem lub domniemaniem. Wykonawca ma obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca winien dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tyko o tym, że sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, ale takie okoliczności pozwalających stwierdzić, że udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmie prawidłowego wykonania zamówienia.

Dyspozycja art. 22a ust. 4 p.z.p. wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony" (podobnie KIO w wyroku z dnia 3 września 2018 r., sygn. akt KIO 1643/18, Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 14 lipca 2016 r., sygn. akt X Ga 331/16; wyrok KIO z 10 maja 2016 r., sygn. akt KIO 661/16).

W przedmiotowej sprawie zdaniem Odwołującego nie sposób uznać, że powyższe wymogi zostały spełnione. Jeden z podmiotów trzecich ma wiedzę i doświadczenie wymagane do realizacji zamówienia, w tym wiedzę i doświadczenie w spawaniu gazociągu metodą zmechanizowaną (automatyczną), a drugi z podmiotów dysponuje technologią i sprzętem potrzebnymi do wykonania spawania metodą zmechanizowaną (automatyczną) i deklaruje, że właśnie roboty polegające na spawaniu gazociągu wykona. Tym samym podmiot, który ma wymagane wiedzę i doświadczenie nie będzie wykonywał robót wymagających tego doświadczenia (dwa podmioty nie mogą równocześnie wykonywać tych

samych robót, a przynajmniej w ich zobowiązaniach brak na to zgody). Powyższe prowadzi do wniosku, że połączenie potencjałów Wykonawcy i dwóch podmiotów trzecich jest „sztuczne", tj. ma służyć wyłącznie formalnemu spełnieniu warunków udziału w postępowaniu i nie gwarantuje realizacji przedmiotu zamówienia przez podmioty, które faktycznie dysponują zasobami niezbędnymi do jego należytego wykonania. Wniosek ten wynika z łącznej analizy obu dostarczonych przez IDS zobowiązań.

Podobnie ocenić należy kwestię dysponowania przez IDS personelem niezbędnym do realizacji zamówienia, jeśli bowiem personel ten będzie wykorzystywany do realizacji tylko części przedmiotu zamówienia, nie sposób przyjąć, że IDS spełnia wymagania narzucone zapisami SIWZ.

Odwołujący zaznaczył, że IDS już raz przedstawił nowe zobowiązania podmiotów trzecich w wykonaniu wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp, a co za tym idzie, nie może obecnie przedstawić kolejnych zobowiązań podmiotów trzecich - zobowiązań o treści odmiennej od tej, która została zawarta w zobowiązaniach dotychczas przekazanych Zamawiającemu. Skoro zaś mowa jest o zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego, to zakres tego zobowiązania nie może wynikać wyłącznie z oświadczeń wykonawcy. W związku z powyższym wezwanie IDS do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, nie wniesie nic do sprawy. W wyniku takiego wezwania Zamawiający uzyska wyłącznie oświadczenie IDS co do tego, jak wykonawca rozumie zobowiązanie podmiotu trzeciego, natomiast nadal nie będzie potwierdzenia ze strony podmiotu trzeciego, że zobowiązanie o takiej właśnie treści, jak twierdzi wykonawca, podmiot ten na siebie przyjął. Procedura z art. 26 ust. 4 Pzp nie może przy tym służyć obejściu zakazu wzywania wykonawcy do wielokrotnego uzupełnienia tego samego dokumentu.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w tym wybór oferty Przystępującego IDS jako najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu, która może podlegać odrzuceniu, a wykonawca IDS wykluczeniu, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, który złożył kolejną w rankingu ofertę. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia złożyli następujący wykonawcy:

1) Wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum (1) BUDIMEX S.A.

(Lider), (2) Mostostal Kraków S.A. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Warszawie, po stronie Odwołującego

2) IDS-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, po stronie Zamawiającego

Izba potwierdziła skuteczność obu przystąpień.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z zapisami SIWZ, wykonawca, który ubiega się o przedmiotowe zamówienie powinien wykazać, że:

(a) w określonym okresie zrealizował co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych o wskazanych parametrach spełnionych łącznie, którego część liniowa była spawana w sposób zmechanizowany (pkt IX.5 SIWZ);

(b) posiada zatwierdzoną technologię spawania zmechanizowanego i montażowego (pkt IX.6 SIWZ) oraz

(c) dysponuje lub będzie dysponował 2 sztukami czołówek spawalniczych do zmechanizowanego spawania obwodowego rur o określonych parametrach (pkt IX.7 SIWZ);

(d) dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w jego wykonywaniu (pkt IX.10 SIWZ).

IDS-BUD wykazał spełnienie powyższych warunków przez tzw. podmioty trzecie na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 PZP. Przedstawił w związku z tym:

(a) w zakresie budowy rurociągów doświadczenie i zobowiązanie ZRUG;

(b) w zakresie posiadanej technologii, sprzętu oraz osób zobowiązanie ROMGOS.

W zakresie zobowiązania ZRUG Zamawiający wskazał, że ZRUG posiada wymagane zapisami SIWZ doświadczenie w realizacji budowy rurociągu o określonych parametrach. Ponadto, z treści zobowiązania ZRUG do udostępnienia zasobów wynika jednoznacznie, że w odniesieniu do doświadczenia, na którym polega IDS-BUD w celu wykazania spełniania warunków udziału ZRUG zobowiązuje się do realizacji robót budowlanych w następującym zakresie: budowy gazociągu DN 700 Polska-Litwa odcinek północny, Cześć nr 1 — Zadanie nr 1 od ZZU Rudka Skroda do ZZUP Konopki o długości 60,643 km (od km 0 do km 60,643), których wskazane zdolności dotyczą.

W ocenie Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że wskazane zdolności dotyczą doświadczenia w realizacji budowy rurociągów w zakresie, który został postawiony w ramach warunków udziału w postępowaniu odnoszącym się do doświadczenia. Ze zobowiązania ZRUG również jednoznacznie wynika, że zaangażowanie ZRUG w realizację budowy gazociągu będzie miało miejsce w formule podwykonawstwa.

Tym samym, oczywistym jest dla Zamawiającego, że w sytuacji w której IDS-BUD (nieposiadający samodzielnie wymaganego doświadczenia) uzyskałby zamówienie, jego faktyczna realizacja odbywałby się z udziałem ZRUG jako podwykonawcy w zakresie dotyczącym budowy gazociągu, tak jak zostało to określone w ramach warunku doświadczenia.

W ocenie Zamawiającego sam fakt, że w zobowiązaniu ZRUG pojawia się zapis mówiący o tym, że ZRUG weźmie udział w realizacji zamówienia poprzez wykonanie części robót budowlano-montażowych, nie może być interpretowany w oderwaniu od całej treści zobowiązania. Nie będzie zatem tak - zdaniem Zamawiającego - że zaangażowanie ZRUG będzie miało charakter wycinkowy/ograniczony do bliżej nieokreślonej części robót budowlanych, ale obejmie całość prac w tym zakresie.

Kwestia ta będzie również uregulowana w Umowie; w jej Artykule 8. PODWYKONAWCY w pkt. 1 ma zostać wskazany zakres prac, które Wykonawca zamierza powierzyć Podwykonawcy w postaci Robót lub części Inwestycji. W sytuacji, gdyby okazało się, że zamówienie zostanie udzielone IDS-BUD, zakres ten w przypadku ZRUG obejmowałby roboty budowlane w zakresie budowy gazociągu DN 700 Polska-Litwa odcinek północny, Część nr 1 — Zadanie nr 1 od ZZU Rudka Skroda do ZZUP Konopki o długości 60,643 km (od km O do km 60,643), zgodnie z oświadczeniem tego podmiotu zawartym w zobowiązaniu.

Nie jest tak - jak stara się dowodzić Odwołujący - że Zamawiający nie wie, jaki ma być zakres prac, który będzie realizowany przez ZRUG. Tym samym udostępnienie przez ZRUG na rzecz IDS-BUD doświadczenia jest realne, rzeczywiste i potwierdza w pełni warunek udziału w postępowaniu ustalony przez Zamawiającego w zakresie posiadanego doświadczenia.

Zamawiający celowo oddzielił samo doświadczenie w realizacji robót w zakresie budowy gazociągów do przesytu paliw płynnych od zdolności technicznych w postaci posiadania odpowiedniej technologii spawania oraz czołówek spawalniczych, jak również osób o określonych kwalifikacjach.

Inaczej mówiąc, podmiot, który posiada stosowne doświadczenie w budowie rurociągów nie musi dysponować wskazaną technologią spawania, sprzętem lub osobami. Ma to na celu umożliwienie udziału w postępowaniu możliwie szerokiego kręgu wykonawców, ponieważ połączenie wszystkich wymogów, w szczególności doświadczenia w realizacji rurociągów w określonej technologii spawania (co mogło stanowić warunek w zakresie doświadczenia), byłoby - w ocenie Zamawiającego - nadmierne i nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ma przy tym przeszkód, aby warunki te spełniał jeden podmiot.

Zdaniem Zamawiającego możliwa jest prawidłowa realizacja zamówienia w modelu, w którym z jednej strony będziemy mieli podmiot dysponujący doświadczeniem w budowie rurociągów (i który będzie realizował prace w tym zakresie), z drugiej zaś inny podmiot dysponujący określoną technologią spawania, sprzętem i osobami o wymaganych kwalifikacjach, który udostępni ją wykonawcy na potrzeby realizowanych przez niego robót.

Inaczej mówiąc, ZRUG - zgodnie z zobowiązaniem - będzie realizował roboty budowlane, w następującym zakresie: budowy gazociągu DN 700 Polska-Litwa odcinek północny, Część nr 1 — Zadanie nr 1 od ZZU Rudka Skroda do ZUP Konopki o długości 60,643 km (od km O do km 60,643), które będą realizowane od początku do końca terminu realizacji zamówienia, na podstawie umowy o podwykonawstwo.

ROMGOS zaś - również zgodnie z własnym zobowiązaniem - będzie wykonywał część zamówienia budowy gazociągu Polska-Litwa odcinek północny, Część 1 — Zadanie nr 1 od ZZU Rudka Skroda do ZZUP Konopki o długości 60,643 km (od km 0 do km 60,643) przy wykorzystaniu zatwierdzonej technologii spawania przy pracach spawalniczych w okresie od początku do końca terminu realizacji zamówienia.

Co do zobowiązania ROMGOS, Zamawiający wskazał, że w treści zobowiązania ROMGOS jednoznacznie wskazano, że podmiot ten udostępnia zgodnie z pkt. IX.6. SIWZ zatwierdzoną technologię spawania zmechanizowanego i montażowego. Zdaniem Zamawiającego odpowiada to całkowicie warunkowi udziału w postępowaniu wskazanemu w pkt. IX.6 SIWZ.

Inną kwestia jest zakres i sposób udostępnienia tego zasobu.

Odwołujący zdaje się zupełnie pomijać ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający celowo oddzielił samo doświadczenie w realizacji robót w zakresie budowy gazociągów do przesyłu paliw płynnych od zdolności technicznych w postaci posiadania odpowiedniej technologii spawania oraz czołówek spawalniczych, jak również osób o określonych kwalifikacjach.

Nie ma zatem w ocenie Zamawiającego jakichkolwiek przeszkód, aby model realizacji przedmiotowego zamówienia wyglądał - w pewnym uproszeniu - tak, że jeden podmiot (tu: ZRUG) prowadzi prace dotyczące budowy rurociągu z wyłączeniem prac spawalniczych, które realizuje inny podmiot (tu: ROMGOS), wykorzystując własny sprzęt (czołówki spawalnicze). Różnica w zaangażowaniu ZRUG i ROMGOS (w kwestii dotyczącej technologii spawania i wymaganego sprzętu) sprowadza się do tego, że o ile ZRUG będzie zaangażowany w całość zadania budowy (z wyłączeniem prac spawalniczych), to ROMGOS będzie uczestniczył w realizacji tego zamówienia jedynie w ściśle określonym zakresie dotyczącym prac spawalniczych.

Zamawiający za orzecznictwem Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej podniósł, że o ile oferent musi udowodnić, że rzeczywiście dysponuje zasobami tych podmiotów, które to zasoby nie stanowią jego własności, a są niezbędne do wykonania odnośnego zamówienia, to jednak ma on swobodę wyboru, po pierwsze, charakteru prawnego powiązań, które zamierza ustanowić z innymi podmiotami, na których zdolnościach polega w celu wykonania tego zamówienia, i po drugie środka dowodowego na wykazanie istnienia tych powiązań.

Odwołujący z treści zobowiązania ROMGOS, w szczególności z informacji, że podmiot będzie brał udział w realizacji części zamówienia poprzez wykonanie robót budowlano-montażowych budowy gazociągu

(a) przy wykorzystaniu zatwierdzonej technologii spawania przy pracach spawalniczych,

(b) przy pomocy udostępnionego sprzętu tj. dwóch zespołów układkowych,

(c) w ramach którego zostaną wykorzystane kwalifikacje i doświadczenie osób

w okresie od początku do końca terminu realizacji zamówienia, wywodzi, że realizacja tych prac wymaga wiedzy i doświadczenia, a przecież w tym zakresie (szczególnie doświadczenia) warunek został spełniony przez ZRUG.

Ponownie Zamawiający podkreślił, że od początku intencją Zamawiającego było takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu, aby mógł w nim wystartować możliwie szeroki krąg podmiotów.

Tymczasem Odwołujący zdaje się w pewnym sensie wymuszać na Zamawiającym zupełnie odmienny model. Zmierza on bowiem w rzeczywistości do tego, że w sytuacji, gdy dany wykonawca wykazuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez tzw. podmioty trzecie, to jedynym dopuszczalnym sposobem ich spełnienia jest sytuacja, w której zarówno doświadczenie w budowie rurociągów, jak i określona technologia spawania, sprzęt oraz osoby o określonych kwalifikacjach pochodzą (są udostępniane) przez jeden podmiot. Właśnie takiej sytuacji Zamawiający chciał uniknąć uznając, że będzie to zbytnio ograniczało konkurencję (choć taki model również jest dopuszczalny).

W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie bierze pod uwagę tego, że organizacja prac dotyczących realizacji rurociągu należy do wykonawcy (tu: IDS-BUD). Oczywiście, w niektórych elementach ta swoboda jest ograniczona, np. w związku z udziałem w postępowaniu (i realizacji zamówienia) tzw. podmiotów trzecich. Jednak nawet w takim przypadku, to od wykonawcy będzie zależało takie ułożenie prac i obowiązków, aby wymogi wynikające z SIWZ, PZP i umowy zostały zachowane. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby prace dotyczące realizacji robót w zakresie budowy rurociągu realizował faktycznie ZRUG (jako podwykonawca IDS-BUD) w zakresie posiadanego doświadczenia. W zakresie, w którym ZRUG nie posiada odpowiednich kompetencji (lub, które to kompetencje zostały wykazane na etapie postępowania przez inny podmiot), prace te będą realizowane przez ROMGOS. W tym kontekście udział ROMGOS w realizacji zamówienia będzie ograniczony do prac spawalniczych wykonywanych w technologii, którą posiada ROMGOS.

Również w kontekście osób o określonych kwalifikacjach, ich udział w realizacji zamówienia będzie się odbywał w ramach współpracy z IDS-BUD i ZRUG poprzez ich bezpośrednie zaangażowanie zgodnie z posiadanymi kwalifikacjami na wskazane pozycje.

Podsumowując, w ocenie Zamawiającego nie jest tak jak próbuje dowodzić Odwołujący, że w ramach realizacji zamówienia miałoby dojść do swoistego podziału zakresu zamówienia na dwie (niejako niezależne) części (fragmenty) rurociągu pomiędzy dwa podmioty trzecie, tj. ZRUG i ROMGOS. Jak wynika z przedstawionej przez IDS-BUD dokumentacji, w szczególności odpowiednich zobowiązań ZRUG i ROMGOS, każdy z tych pomiotów zostanie zaangażowany do realizacji zamówienia w zakresie posiadanych i wykazanych w postępowaniu zdolności.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Uczestników postępowania oraz ustalenia własne poczynione na podstawie przekazanej dokumentacji i złożonych dowodów, Izba uznała, że odwołanie w części zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołujący i Zamawiający w złożonych pismach procesowych prawidłowo przywołali brzmienie ustalonych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu.

Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający stosując art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do zobowiązań przedstawionych przez Przystępującego IDS, w przypadku zobowiązania ZRUG wskazał, że nie wynika z niego co w rzeczywistości zostało udostępnione w ramach posiadanej zdolności zawodowej przez podmiot trzeci. Treść zobowiązania zawiera wyłącznie powieloną treść warunku. Wskazany w zobowiązaniu zakres musi być określony w sposób precyzyjny. W uzupełnieniu Przystępujący IDS miał konkretnie wskazać zakres dostępnych Wykonawcy zasobów, sposób wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia oraz czy podmiot, na zdolnościach którego Przystępujący polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą. Podobnie ukształtowano treść wezwania co do zobowiązania ROMGOS.

Odpowiadając na wezwanie Przystępujący IDS wskazał, że zobowiązanie podmiotu ZRUG odnosi się co w rzeczywistości zostało do dnia składania ofert udostępnione w ramach posiadanej zdolności zawodowej przez ZRUG, a także, że zobowiązanie ROMGOS wskazujące co w rzeczywistości zostało do dnia składania ofert udostępnione w ramach posiadanej zdolności technicznej przez ten podmiot (dotyczy technologii spawania zmechanizowanego i montażowego). IDS złożył również nowe zobowiązania. W przypadku zobowiązania ZRUG jako zakres udostępnianych zasobów wskazano na doświadczenie zdobyte podczas zadania podanego w zobowiązaniu, spełniającego wymogi co do parametrów inwestycji określonych w warunku. W przypadku sposobu wykorzystania zasobu

podano - udział w realizacji zamówienia poprzez wykonanie części robót budowlano-montażowych w zakresie budowy gazociągu będącego przedmiotem zamówienia, a odnośnie do zakresu i okres udziału przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia wskazano na wykonanie części robót budowlano-montażowych w zakresie budowy gazociągu, które będą realizowane od początku do końca terminu realizacji zamówienia, na podstawie umowy o podwykonawstwo. Jednocześnie ZRUG oświadczył, że odniesieniu do zdolności, na których polega Wykonawca w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (dotyczy wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i/lub doświadczenia), zrealizuje roboty budowlane w zakresie budowy gazociągu, których wskazane zdolności dotyczą.

Zgodnie z treścią art. 22a ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Z ust. 2 przywołanego przepisu wynika, że 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. Natomiast ust. 4 przepisu 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.

Izba podziela i przyjmuje za własne stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2017 roku (sygn. akt KIO 1299/17), w którym stwierdzono, że „Przepisy te stanowią implementację do prawa krajowego przepisu art. 63 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65). Przepis ten stanowi, że w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 4, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. W odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Z ww. przepisów wynika zatem prawo wykonawcy, do powołania się - celem wykazania warunków udziału w postępowaniu - na zasoby podmiotów trzecich. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że w przypadku m.in. zasobu wiedzy i doświadczenia - prawodawca unijny i ustawodawca krajowy wprowadzili pewne daleko idące ograniczenia. Mianowicie dopuszczalność polegania na m.in. takim zasobie została uzależniona od tego, czy podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane i usługi do realizacji których zasób jest potrzebny. Powyższe oznacza obowiązek zapewnienia podwykonawstwa podmiotu trzeciego, które powinno być nie tylko zadeklarowane ale i egzekwowane w trakcie wykonywania roboty czy usługi. Cel wprowadzenia tych regulacji był oczywisty, mianowicie ograniczenie zjawiska handlu referencjami. Przepisy te służą także zapewnieniu zamawiającemu, że udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie zostanie wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Z przepisów tych wynika ponadto, że konieczność zrealizowania przez podmiot trzeci usługi lub roboty budowlanej jako podwykonawca dotyczy tej części przedmiotu zamówienia, do realizacji której był wymagany udostępniany zasób.”

Istotą sporu w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym jest odpowiedź na pytanie, czy Przystępujący powołując się na zasoby podmiotu trzeciego ZRUG w ramach warunku wiedzy i doświadczenia, gdzie Zamawiający wymagał zrealizowania jednego

zamówienia polegającego na budowie rurociągu (...), którego część liniowa spawana była w sposób zmechanizowany, wskazawszy w zobowiązaniu, że podmiot udostępniający wykonywał będzie część robót budowlano-montażowych w zakresie budowy gazociągu będącego przedmiotem zamówienia, następnie zaś wskazawszy w zobowiązaniu innego podmiotu - ROMGOS na wykonywanie prac spawalniczych w określonej technologii, udowodnił, że udostępnienie zasobów nosi cechy realności, a ZRUG będzie uczestniczył w wykonywaniu prac w takim zakresie, jak udostępniono zasób potwierdzający posiadanie

wymaganego doświadczenia.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że Zamawiający oddzielił ustalając warunki udziału w postępowaniu samo doświadczenie w realizacji robót w zakresie budowy gazociągów do przesyłu paliw płynnych od zdolności technicznych w postaci posiadania odpowiedniej technologii spawania oraz czołówek spawalniczych, jak również osób o określonych kwalifikacjach i możliwe było spełnienie tych warunków w sposób rozłączny. Okoliczności tej nie kwestionował również sam Odwołujący (vide: protokół z rozprawy). Z odwołania nie można także wyczytać, że Odwołujący wiąże ze sobą warunki posiadania doświadczenia i dysponowania określoną technologią.

Dostrzeżenia wymaga, że w przypadku jednak korzystania z zasobów podmiotów trzecich przy wykonywaniu robót budowlanych, podmioty te muszą realizować w toku wykonywania zamówienia roboty budowlane, do realizacji których ich zdolności są wymagane.

Izba zgadza się z Odwołującym, że łączna analiza złożonych zobowiązań podmiotów udostępniających IDS zasoby (choć udostępnienie to następuje w zakresie dwóch różnych warunków udziału) może budzić wątpliwości co do sposobu wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia przy udziale ZRUG.

Tym niemniej Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że okoliczność ta nie może podlegać dalszym wyjaśnieniom przez Zamawiającego przy zastosowaniu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Żądanie wykluczenia Przystępującego IDS z powodu braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy uznać za przedwczesne. W tym przypadku Izba podkreśla, że nie jest związana żądaniami zawartymi w treści odwołania a jedynie zarzutami zawartymi w odwołaniu, co wynika z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że Zamawiający wzywając IDS do uzupełnienia zobowiązań jednoznacznie w wezwaniu podkreślał, że zakres udostępnienia wskazany w zobowiązaniu budzi jego wątpliwości. Zamawiający nie odnosił się w wezwaniu w żadnej mierze do sposobu wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia. W ocenie składu nie można również na tym etapie jednoznacznie przesądzić, że w sposobie wykonywania przyszłego zamówienia określonym w zobowiązaniu przez podmiot trzeci jako „wykonanie robót budowlano-montażowych" nie ujęto prac związanych ze spawaniem, w takim zakresie jak wymagał tego warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania odpowiedniego doświadczenia zawodowego. Sformułowanie „roboty budowlano-montażowe" jest pojęciem szerokim, w ramach robót o takim charakterze może być wykonywany szereg różnych czynności. Co jednocześnie nie wyklucza, że roboty spawalnicze w określonej technologii w ramach udostępnienia zdolności technicznej wymaganej w innym warunku udziału w postępowaniu może wykonywać inny podmiot udostępniający odrębnie własne zasoby, to jest firma ROMGOS. W zobowiązaniu ROMGOS jednoznacznie bowiem powiązano wykonywanie prac spawalniczych z wykorzystaniem zatwierdzonej technologii spawania w okresie od początku do końca terminu realizacji zamówienia. Sam Odwołujący nie przeczył, że możliwe jest takie przekazanie zdolności technicznych.

Izba uważa, że kwestia określenia sposobu wykorzystania zasobów w toku realizacji zamówienia przez ZRUG może zostać dodatkowo przez Zamawiającego wyjaśniona. Niewątpliwie bowiem warunkiem udziału było między innymi posiadanie doświadczenia w zakresie spawania w sposób zmechanizowany. Odwołujący nie kwestionował, że ZRUG takiego doświadczenia nie posiada, że wskazane zadanie referencyjne nie odpowiada zakresowo treści ustalonego warunku. Wielokrotnie podczas rozprawy Odwołujący podkreślił, że kwestionuje on sam sposób wykorzystania zasobów w toku realizacji zamówienia wynikający z treści zobowiązania. Ponownie skład orzekający podkreśla, że jeżeli Wykonawca - IDS polega na zasobach podmiotu trzeciego, ponieważ sam wymaganego doświadczenia zawodowego i wiedzy nie posiada, to podmiot taki musi w przypadku zamówień na roboty budowlane uczestniczyć w realizacji zamówienia w taki zakresie, jak zasoby udostępnił. W przedmiotowym przypadku winny to być również elementy związane z spawaniem w sposób zmechanizowany części liniowej rurociągu, bez względu na zastosowaną technologię, bowiem do tej ta część warunku udziału się nie odnosiła. Tylko bowiem wówczas można byłoby uznać, iż udostępnienie zasobów jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a nie miało jedynie wymiar czysto formalny.

W zobowiązaniu ZRUG określono natomiast, że podmiot ten będzie realizował roboty budowlane w zakresie budowy gazociągu, których udostępniane zasoby dotyczą, od początku do końca terminu realizacji zamówienia, na podstawie umowy o podwykonawstwo. W tym elemencie zobowiązania określono więc czasookres korzystania z zasobów ZRUG, natomiast jak słusznie wskazał na rozprawie Przystępujący, wybór sposobu w jaki Wykonawca korzystał będzie z udostępnionych mu zasobów w toku realizacji zamówienia, należy do sfery decyzji Wykonawcy, stosownie od potrzeb inwestycji i możliwości

Wykonawcy. Tym samym Przystępujący w tej części zobowiązania sprostał wymaganiom wykazania, że podmiot trzeci będzie realizował usługi w zakresie, w jakim udostępnił swoje zasoby IDS co do czasu i przedmiotu warunku. Zabrakło jednak w treści zobowiązania odniesienia się do wszystkich elementów wymaganego poziomu doświadczenia w realizacji inwestycji o podanych w warunku parametrach i cechach, co powinno przełożyć się na udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji prac o określonym charakterze na danym kontrakcie.

Reasumując, Izba uznała, że zastosowanie dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp miałoby charakter przedwczesny i nie uwzględniła zarzutu naruszenia wskazanego przepisu. Możliwe jest zastosowanie procedury wyjaśniającej co do treści zobowiązania ZRUG, w szczególności w zakresie sposobu wykorzystania udostępnianych zasobów i ponowienie procesu badania i oceny ofert przy uwzględnieniu treści uzyskanych wyjaśnień.

Izba uznała za niezasadny i nieudowodniony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp co do braku dysponowania personelem wymaganym zapisami SIWZ - OPZ, gdzie był wymagany udział w realizacji zamówienia. Zamawiający wymagał również, by w okresie obowiązywania umowy delegowany personel wykonywał czynności związane z realizacją przedmiotu zamówienia na zasadzie wyłączności (dotyczy Kierownika Projektu, Kierownika budowy).

Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że warunek dysponowania odpowiednim personelem był odrębnym wymaganiem ustalonym zapisami SIWZ.

Przystępujący IDS powołał się przy spełnieniu opisanych wymagań na potencjał podmiotu trzeciego - zobowiązanie ROMGOS. Wskazano osoby do pełnienia następujących funkcji: Kierownik Projektu, Kierownik Budowy, Kierownik Robót Technologicznych, Kierownik Nadzoru Robót Spawalniczych, Specjalista ds. BHP, Specjalista ds. systemu zapewnienia jakości.

Z zobowiązania ROMGOS wynika, że osoby te będą uczestniczyć w wykonaniu „Zamówienia", posiadają niezbędne do jego wykonania kwalifikacje zawodowe i doświadczenie. Zaznaczono w zobowiązaniu, że sposobem wykorzystania zasobu będzie udział w realizacji zmówienia poprzez wykonanie części robót budowlano-montażowych w ramach którego zostaną wykorzystane kwalifikacje i doświadczenie osób w/w w zobowiązaniu, przy budowie gazociągu przez okres od początku do końca terminu realizacji zamówienia tj. budowy gazociągu.

Poddając analizie treść przedstawionego zobowiązania Izba nie dopatrzyła się w jego treści niezgodności z zapisami SIWZ. Odwołujący doświadczenia wskazanych osób nie kwestionował. W zobowiązaniu oświadczono, że osoby będą dostępne od początku do końca terminu realizacji zamówienia, dodatkowo określając ten moment jako „budowa gazociągu". Wskazano, że osoby będą brały udział przy wykonywaniu „Zamówienia", stosowanie do posiadanych kwalifikacji i doświadczenia. Izbie trudno wyobrazić sobie jak bardziej szczegółowo można było określić zakres, sposób i czas dysponowania wymaganym zasobem.

W ocenie składu wszelkie wymagane SIWZ przesłanki zostały w przedłożonym zobowiązaniu ujęte i przedstawione. Co więcej zauważenia wymaga, że potencjał kadrowy odnosi się do pełnienia głównych, kluczowych roli w procesie budowlanym, a udział takich osób siłą rzeczy odnosić się musi do całego okresu realizacji zamówienia. Odwołujący nie wskazał z czego wywodzi, w znaczeniu z których punktów zobowiązania, że udział personelu kluczowego będzie ograniczony do pewnych tylko robót. Wyrażenie użyte w zobowiązaniu „wykonanie części robót budowlano-montażowych" odnosi się do charakteru wykonywanych robót budowlanych, nie zaś do sposobu udziału wskazanego personelu w realizacji zamówienia i wykonywania przez te osoby czynności - robót budowlano-montażowych. Przecież udział wskazanych osób nie będzie ograniczał się do wykonania robót budowlano-montażowych, ponieważ nie taka jest rola przypisana dla kierownika budowy i kierowników robót w procesie budowlanym.

Stanowisko Odwołującego jest tym bym bardziej niezrozumiałe, że sam Odwołujący twierdził, że poszczególne warunki nie muszą być spełnione łącznie, w sensie przez jeden podmiot. Izba nie widzi problemu, że roboty budowlane wykonywał będzie podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie, natomiast personel kluczowy - nadzorujący przebieg prac pochodził będzie od innego wykonawcy, w tym przypadku ROMGOS.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z ust. 2 Pzp orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 4 oraz § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący: