Sygn. akt: KIO 1683/17

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

Po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 29 sierpnia 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę **M. W. S.A., ul. (…),W.** w postępowaniu prowadzonym przez **M. P., (…), P.**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "K." S.A., ul. (…), J.** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez przystępującego – Przedsiębiorstwo Budownictwa K. S.A. z siedzibą w J. i nakazuje wykluczenie tego wykonawcy z postępowania z powodu niepotwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

2. kosztami postępowania obciąża **M. P.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **M. W. S.A.** tytułem wpisu od odwołania.
2.1 Zasądza od zamawiającego - **Miasto P.** na rzecz wykonawcy **M. S.A. W z siedzibą w W.** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1683/17

Uzasadnienie

Zamawiający: M. P. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa nowej miejskiej Biblioteki Publicznej w P.”. Data, numer oraz miejsce publikacji ogłoszenia o zamówieniu: 31.01.2017r.; Dz.UE nr 2017/S058-108539

Odwołujący: M. W. S.A. wniósł odwołanie wobec następujących niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego:
(1) zaniechania wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego K. SA z siedzibą w J., zwanego dalej „K.”, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawcy polegającego na wykazaniu się wykonaniem co najmniej 3 zamówień na roboty budowlane (...), polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie lub modernizacji budynku będącego obiektem użyteczności publicznej, o wartości co najmniej 25 mln zł każda, określonych w rozdz. V pkt 3 lit. a/ Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „S/WZ", w związku z niewykazaniem w odniesieniu do wykazanych pierwotnie obiektów stanowiących potencjał podmiotu trzeciego spełnienia wymagań Zamawiającego oraz

nieudowodnieniem realnego dysponowania udostępnianymi przez podmioty trzecie zasobami w zakresie doświadczenia wykonawcy (zarówno w odniesieniu do E. S.A., jak i Z. B. A. Z.), co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu w postępowaniu i wyboru oferty w sposób niezgodny z ustawą;
(2) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez K., mimo że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, a sam podmiot podlega wykluczeniu z postępowania, co potwierdza dokonanie wyboru w sposób niezgodny z ustawą oraz z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowa ni a wykonawców w postępowa niu.
Odwołujący zarzuca Zamawiającemu w szczególności naruszenie:
(1) art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy oraz art. 22a ust. 2 - 4 i 6 ustawy Pzp w związku z § 9 ust 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zwanego dalej „Rozporządzeniem", polegające na zaniechaniu wykluczenia K. z postępowania z powodu niewykazania przezeń spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego mającego stanowić przedmiot udostępnienia zasobów wykonawcy, poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu zamówień wykazanych przez podmiot udostępniający (E. SA) oraz uznanie wadliwych zobowiązań pisemnych podmiotów trzecich za prawidłowe (zarówno w odniesieniu do E. SA

jak i Z. B. A. Z., zwany dalej „Z. B."), podczas gdy podmioty te de facto nie udostępniły w wymagany sposób zasobów niezbędnych na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający błędnie uznał, że złożone w ofercie oświadczenia i dokumenty w wystarczającym stopniu gwarantują rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów podmiotów trzecich w rozumieniu art. 22a ust. 2-4 ustawy Pzp oraz § 9 ust 1 powołanego
Rozporządzenia, jak również, że udostępniane zdolności w wystarczającym stopniu pozwalają na wykazanie przez wykonawcę potwierdzenie spełniania przezeń warunku udziału w postępowaniu (art. 22a ust. 3 ustawy Pzp), z wyłączeniem w rzeczonym przypadku możliwości wezwania tego wykonawcy w oparciu o art. 26 ust. 3 i art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w tym zakresie, z uwagi na fakt wyczerpania tego trybu z powodu dokonanego już wcześnie] uzupełnienia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29.06.2017 r. W konsekwencji - zaniechano odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu i naruszono art 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp;
(2) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, a zatem - w sposób niezgodny z ustawą oraz z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu;
(3) naruszenie innych przepisów przywołanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Mając na uwadze wyżej sformułowane zarzuty, Odwołujący wnosi o:
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez K. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu jako czynności dokonanej w sposób niezgodny z ustawą Pzp oraz w sposób naruszający zasady udzielania zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp);
- nakazanie wykluczenia K. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. w związku z art. 22 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy oraz art 22a ust. 2-4 ustawy Pzp w związku z § 9 ust 1 Rozporządzenia z powodu niepotwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i niewykazania braku podstaw do wykluczenia w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawcy, bez możliwości wezwania K. do uzupełnienia dokumentów w trybie art 26 ust 3 i art 22a ust 6 ustawy Pzp z uwagi na wyczerpanie tego trybu z powodu dokonanego już wcześniej uzupełnienia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29.06.2017 r i w konsekwencji - nakazanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu;
Zamawiający rozstrzygnął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, wybierając jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę K.

Decyzja Zamawiającego doprowadziła do wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, a tym samym do wyboru wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami ustawy oraz naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych, naruszając tym samym art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.
I. Zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy oraz art. 22a ust. 2 - 4 i 6 ustawy Pzp w związku z §9 ust. 1 Rozporządzenia w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącej doświadczenia wykonawcy (Rozdz. V pkt 3 lit. a/SIWZ)
Zgodnie z Rozdz. V pkt 3 lit. a/ SIWZ, Zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazania się wykonaniem co najmniej 3 zamówień na roboty budowlane, polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie lub modernizacji budynku będącego obiektem użyteczności publicznej, o wartości co najmniej 25 mln zł każda.
K. w złożonej przez siebie pierwotnie ofercie przedstawił trzy zamówienia, z których jedno stanowiło potencjał własny wykonawcy, a dwa pozostałe - potencjał udostępniony przez podmiot trzeci (E. 5.A.).
Odwołujący podnosi, iż oba zamówienia zrealizowane przez podmiot trzeci nie spełniają wymagań Zamawiającego i nie mogą być traktowane jako budynki użyteczności publicznej w rozumieniu § 3 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r., nr 75 poz. 690), co potwierdził Zamawiający w skierowanym do wykonawcy wezwaniu z 29 czerwca 2017 r., w trybie art. 26 ust. 3 w zw.z art. 22a ust 6 ustawy Pzp, w którym stwierdził jednoznacznie:
„Wskazane w formularzu JEDZ w Państwa ofercie 2 roboty budowlane - zasoby firmy E. w świetle § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r., nr 75 poz. 690), nie są budynkami użyteczności publicznej. Tym samym nie potwierdzili Państwo spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu.
Odwołujący zwraca uwagę, że wezwany wykonawca w odpowiedzi z 6 lipca 2017 r., choć w treści udzielanej odpowiedzi nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, usiłując wyjaśnić charakter wykazanych obiektów wojskowych jako budynków użyteczności publicznej, nie wniósł wobec wezwania Zamawiającego środka ochrony prawnej, lecz stosownie do jego żądania - dokonał uzupełnienia dokumentów, przedstawiając nowy podmiot udostępniający potencjał w tym zakresie (Z. B. A. Z.).

K. przedstawił uzupełniony formularz JEDZ, wykazując nowe dwa obiekty, oraz zobowiązanie pisemne Z. B., które - podobnie jak w przypadku zobowiązania pisemnego E. SA - nie potwierdza realności dokonanego udostępnienia zasobów w rozumieniu art. 22a ust. 2-4 ustawy Pzp oraz § 9 ust 1 Rozporządzenia.
Przedstawienie przez K. nowego podmiotu udostępniającego w odpowiedzi na wezwanie dokonywane w trybie art. 22a ust 6 ustawy Pzp, w którym Zamawiający podnosi niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, de facto potwierdza, iż wykonawca godzi się na zastąpienie wcześniej wykazanego podmiotu innym.
Warto podkreślić, że Zamawiający po otrzymaniu uzupełnienia dokonał kolejnego wezwania Wykonawcy, w którym wezwał do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do wykazanych obiektów Z. B., co jednoznacznie wskazuje, że pierwotnie wykazane w JEDZ obiekty E. w ocenie spełniania warunku konsekwentnie nie były przez Zamawiającego brane pod uwagę. Innymi słowy - gdyby Zamawiający uznał wykazane wcześniej budowy E. SA za obiekty użyteczności publicznej, to nie prowadziłby postępowania wyjaśniającego w stosunku do nowych robót wykazanych w uzupełnieniu wykonawcy z dnia 6 lipca 2017 r.
Nikt w postępowaniu nie miał wątpliwości, iż w określonym przez Zamawiającego warunku jest mowa o budynku użyteczności publicznej w rozumieniu § 3 pkt 6 Rozp. Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Wątpliwości tych nie miał też sam K., gdyż w odniesieniu do wykazywanego doświadczenia (budowy E. S.A. wykazane w JEDZ) wskazywał, że chodzi o budynki .użyteczności publicznej.
Odnosząc się do kwestii nierealności udostępniania dokonanego przez Z. B., Odwołujący

wskazuje w szczególności, że zobowiązanie Z. B. jest wadliwe w świetle § 9 ust. 1 Rozporządzenia oraz art. 22a ust. 2-4 ustawy Pzp z przyczyn wskazanych poniżej.
Zobowiązanie Z. B. nie przewiduje, że podmiot ten weźmie udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca, co jest sprzeczne z art 22a ust. 4 ustawy Pzp, który 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. W zobowiązaniu jest jedynie mowa o bieżącym nadzorze. Nie można zatem uznać, by w świetle takich sformułowań Kartel udowodnił Zamawiającemu dysponowanie niezbędnymi zasobami w zakresie wymaganym do realizacji zamówienia.
Należy też zauważyć, że w przypadku Z. B. podmiot ten nie został wskazany w JEDZ wykonawcy K. jako podwykonawca. Jako podwykonawca wskazany w dokumencie JEDZ został jedynie E. SA, w odniesieniu do którego Zamawiający wystosował w wezwaniu z 29 czerwca 2017 r. żądanie jego zastąpienia na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

Oczywiste jest zatem, że Zamawiający nie uznał zdolności technicznych i zawodowych E. S.A w rozumieniu powołanego przepisu jako potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało dalszym wezwaniem K. w dniu 18 lipca 2017 r. w odniesieniu do obiektów będących realizacjami Z. B.
Odnosząc się do pozostałych wad oświadczenia podmiotu trzeciego, Odwołujący wskazuje, że w zobowiązaniu Z. B. brakuje opisu sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia publicznego, co jest wymagane na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia.
Ponadto, w zobowiązaniu Z. B. brakuje, opisu zakresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego, co jest wymagane na podstawie § 9 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia.
Brak też informacji czy podmiot ten zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą, co jest wymagane na podstawie § 9 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia i wyżej powołanym art. 22a ust. 4 ustawy Pzp.
Powyższe wskazuje, że udostępniany przez Z. B. potencjał jako podmiotu przedstawionego w zastępstwie poprzednio wykazanego E. S.A., absolutnie nie gwarantuje jego dostępności w rozumieniu wyżej powołanych przepisów ustawy Pzp i Rozporządzenia i ma charakter iluzoryczny.
Odwołujący podnosi też, że z ową nierealnością udostępnienia potencjału, niezależnie od niespełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykazane pierwotnie obiekty wojskowe w kontekście spełnienia wymagań obiektu użyteczności publicznej, mamy do czynienia również w przypadku dysponowania zasobem E. SA.
Zobowiązanie E. S.A., jakkolwiek mówi o uczestnictwie w wykonywaniu zamówienia polegającym- na bieżącym nadzorze, de facto nie potwierdza podwykonawczego charakteru udziału w realizacji, jak też nie określa zakresu udziału w wykonywaniu zamówienia, co tym samym również nie potwierdza spełnienia wymagań z § 9 ust. 1 Rozporządzenia.
Zarówno w przypadku zobowiązania pisemnego E. S.A. jak i Z. B. podmioty te ograniczyły się wyłącznie do podania nazw zamówień zrealizowanych na rzecz inwestorów, co zdecydowanie nie stanowi opisu robót, w których podmioty te miałyby brać udział w realizacji. Nie określają one więc ani zakresu udziału, a ani konkretnych zasobów czy sposobu korzystania z nich. Nie można zatem uznać, by zobowiązania te zawierały przedmiotowo istotne postanowienia dla umowy mającej wiązać ze sobą wykonawcę z podmiotem trzecim, a tym bardziej - by potwierdzały ich podwykonawczy charakter.
W oparciu o tak sformułowane zobowiązania pisemne, które powinny dotyczyć udziału w wykonywaniu zamówienia, gdzie przedmiotem są roboty budowlane, udział polegający na tzw. bieżącym nadzorze, bez określenia rodzajów konkretnych udostępnianych zasobów

oraz robót, a także rodzaju łączącego te podmioty stosunku prawnego, nie potwierdza realnego udziału tego podmiotu w wykonywaniu zamówienia i ma charakter pozorny.
W tym kontekście warto zwrócić uwagę na wyrok akt KIO 526/16, gdzie Izba stwierdziła jednoznacznie:
„Skuteczne udostępnienie wykonawcy zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, a

nierozerwalnie związanych z podmiotem udostępniającym (wiedza i doświadczenie) musi łączyć się z zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w realizację umowy".
W tym samym wyroku Izba odniosła się również do oceny „doradztwa technicznego", które podobnie jak w przypadku określonego w zobowiązaniu Z. B. czy E. SA „bieżącego nadzoru", zdecydowanie nie stanowi wystarczającego sposobu udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia:
."Powyższe nie może być uznane za wypełnienie obowiązku udowodnienia możliwości skorzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu. Tak ogólnikowa treść zobowiązania, w szczególności w przypadku zamówienia na roboty budowlane, nie daje Zamawiającemu żadnej wiedzy o tym, jak w praktyce będzie przebiegało korzystanie z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, a co więcej - nie pozwala uznać, że będzie ono w ogóle możliwe. Wykonawca w żaden nie wykazał, że ułoży swoją współpracę z podmiotem trzecim w sposób, który zapewni realne przekazanie tak wiedzy, jak i doświadczenia. Powołanie się wyłącznie na bliżej nieokreślone doradztwo w przypadku zamówienia na roboty budowlane nie może być uznane za dowód przekazania wiedzy i doświadczenia do dyspozycji wykonawcy".
W świetle powyższego także bieżący nadzór tudzież monitorowanie prac w przypadku robót budowlanych absolutnie nie potwierdza rzeczywistej możliwości korzystania z potencjału wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich i nie daje gwarancji realizacji tych robót w niezbędnym zakresie.
Odwołujący wskazuje, iż wady zobowiązań pisemnych obu podmiotów trzecich, a w szczególności oświadczenia Z. B. przedstawionego przecież przez K. w trybie art. 22a ust 6 ustawy w związku z art. 26 ust 3 ustawy Pzp, a zatem - w celu zastąpienia pierwotnie wykazanego podmiotu niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, czego Kartel nie kwestionował w drodze środka odwoławczego - uniemożliwiają Zamawiającemu ponowne wezwanie do uzupełnienia dokumentów w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy K. Tryb z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest już możliwe. Tryb ten został już bowiem wyczerpany.
Zasada jednokrotności wezwania do uzupełnienia poparta jest licznym orzecznictwem, której wyrazem może być wyrok z 8.03.2016 r.,KI0 261/16, gdzie Izba stwierdziła jednoznacznie:

„Wezwanie w trybie art 26 ust. 3 p.z.p. ma charakter jednokrotny, i nie może być ponawiane w odniesieniu do tego samego dokumentu."
Mając na względzie wyżej opisany stan faktyczny i prawny, Zamawiający winien dokonać wykluczenia wybranego wykonawcy na podstawie art 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 1 i 2 oraz 22a ust. 2-4 ustawy Pzp i § 9 ust 1 Rozporządzenia, bez możliwości ponownego wezwania do uzupełnienia i w konsekwencji dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.
II. Zarzut naruszenia art 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp
Całokształt wyżej przywołanych okoliczności faktycznych prowadzi do konkluzji, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust 1 pkt 1 i 2 oraz art 22a ust 2-4 ustawy Pzp (i w konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) w związku z § 9 ust. 1 Rozporządzenia, doszło do wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty, bo niezgodnego z przepisami ustawy i bez zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, co stanowiło ewidentne naruszenie art 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Do uzasadnienia tego zarzutu znajdują zastosowanie wszystkie okoliczności podniesione w niniejszym odwołaniu.
Reasumując, sformułowane przez Odwołującego zarzuty zasługują na uwzględnienie w całości. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący popierając odwołanie złożył dodatkowo pismo procesowe na poparcie stanowiska. Podtrzymał stanowisko zajęte także przez Zamawiającego, co do charakteru obiektów wskazanych pierwotnie przez Przystępującego, jako realizacji o charakterze użyteczności publicznej. Stwierdził, że złożone oświadczenia projektantów nie są w tym zakresie miarodajne. W odniesieniu do wskazanych przez Przystępującego w wyniku wezwania dwóch nowych obiektów zrealizowanych przez nowy podmiot trzeci (Z. B.), stwierdził jak w odwołaniu i złożonym piśmie, iż nie wykazano realnego udostępnienia

zasobów przez ten podmiot. Podkreślił, że samo stwierdzenie o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia jest niewystraczające do uznania, że udostępnienie takie w rozumieniu ustawy i rozporządzenia nastąpiło skutecznie. Wskazał dodatkowo na orzecznictwo Izby na poparcie stanowiska. Stwierdził, że przepisy ustawy uwzględniając także nowelizację oraz postanowienie § 9 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), wskazują na potrzebę wykazania realności udostępnienia zasobów. Takie udostępnienie nie wynika z treści zobowiązania jak i załączonych dokumentów. Wskazał na opisany w specyfikacji

wymóg wykazania się określonym doświadczeniem, i w jego ocenie udostępnienie wskazanych przez Przystępującego takiego wymogu nie potwierdza i jest iluzoryczne.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów według norm przepisanych. Podtrzymał stanowisko (tożsame z oceną Odwołującego), iż dwie realizacje wskazane w ofercie Przystępującego nie są budynkami o charakterze użyteczności publicznej. Podtrzymał stanowisko, że budynki przedstawione w wyniku wezwania spełniają wymóg specyfikacji o przedstawieniu realizacji budynku o charakterze użyteczności publicznej. Zobowiązanie podmiotu trzeciego wskazanego w wyniku wezwania do oddania zasobów ocenił jako spełniające wymóg realnego udostępnienia.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że przepisy nie przewidują w jakiej formie należy wykazać udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów. Zauważył, że podmiot udostępniający zasoby zobowiązał się do uczestnictwa w wykonaniu zamówienia, jako bieżący nadzór i udział przez cały okres wykonania zamówienia. Stwierdził, że taka forma udziału w realizacji przedmiotu zamówienia ma dla Zamawiającego istotne znaczenie. Podtrzymał stanowisko co do charakteru budynków wskazanych w ofercie, jako obiekty referencyjne tj. faktu, iż stanowią one obiekty użyteczności publicznej.
Wskazał na treść wezwania Zamawiającego, który nie żądał szczegółowych informacji w tym wskazanych w § 9 rozporządzenia. Zauważył, że zobowiązanie obejmuje udostępnienie niezbędnych zasobów tj. wiedzy i doświadczenia w zakresie szeroko rozumianego nadzoru. Przywołał argumentację zawartą w treści przystąpienia.
Stwierdził, że zamawiający nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów.
Wskazał, że zamawiając wezwał go dnia 29 czerwca 2017 r. do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wskazanie wykonania 2 zamówień na roboty budowlane spełniające warunki określone w r. V pkt 3a siwz, gdyż zdaniem zamawiającego wskazane w formularzu JEDZ załączonym do oferty K. SA – 2 roboty budowlane stanowiące zasoby firmy E. SA nie są budynkami użyteczności publicznej w świetle Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. (Dz. U. z dnia 15 czerwca 2002 r.)
W odpowiedzi przystępujący wyjaśnił zamawiającemu, że roboty – zasoby E. są obiektami użyteczności publicznej, co znalazło potwierdzenie w oświadczeniach projektantów przekazanych zamawiającemu. Ponieważ przystępujący na dzień składania ofert dysponował dwoma innymi budynkami użyteczności publicznej, spełniającymi warunki siwz,

udostępnione przez podmiot trzeci tj. Z. B. z siedzibą w W. W związku z powyższym przesłał zamawiającemu uzupełniony formularz JEDZ o obiekty udostępnione przez Z. B. wraz z zobowiązaniem tego podmiotu do udostępnienia jego wiedzy i doświadczenia oraz wymaganymi dokumentami tj. formularz JEDZ i odpis z właściwego rejestru zgodnie z wezwaniem.
W związku z powyższym wykazał spełnienie spornego warunku udziału opisanego w siwz.
Przystępujący kwestionuje także zarzuty dotyczące treści złożonych zobowiązań do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia – złożonych przez podmioty trzecie tj. E. SA i firmę Z. B.
Wskazał, że zamawiający w R. V siwz wskazał na dopuszczalność polegania na zdolnościach innych podmiotów.
Firma E. w swoim zobowiązaniu udostępniła zasoby tj. potencjał techniczny i osoby zdolne do wykonania zamówienia – 4 osoby wymienione do korzystania z nich na okres

wykonywania zamówienia, a nadto zobowiązała się do bieżącego nadzoru i udziału przez cały okres wykonywania zamówienia. Podmiot ten został także wpisany w JEDZ jako podwykonawca robót elektrycznych i teletechnicznych, jako znany na tym etapie podwykonawca.
Ponadto zobowiązanie firmy Z. B. dotyczy udostępnienia niezbędnych zasobów tj. wiedzy i doświadczenia w zakresie wybudowania 2 obiektów wskazanych w zobowiązaniu, w którym podmiot trzeci stwierdza, że przedmiotem udzielenia są zasoby nierozerwanie związane z podmiotem ich udzielających w związku z czym zobowiązują się do uczestniczenia w wykonaniu zamówienia jako bieżący nadzór i udział przez cały okres wykonania zamówienia. Ustawa pzp nie określa formy i treści takiego zobowiązania podmiotu trzeciego. Orzeczenia KIO wskazują na brak konieczności zapewnienia podwykonawstwa części zamówienia przez podmiot trzeci udostępniający wiedzę i doświadczenie. Oddanie do dyspozycji wykonawcy określonych zasobów w celu realizacji zamówienia nie musi oznaczać konieczności fizycznego wykonywania części lub całości zamówienia przez ten podmiot trzeci (podwykonawstwo). Stanowisko to wywodzi się z literalnego brzmienia przepisu (poleganie na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków) zatem gdyby ustawodawca chciał ograniczyć tę możliwość, wskazałby na to w dyspozycji przepisu. Korzystanie z potencjału innego podmiotu możliwe jest, oprócz faktycznego podwykonawstwa, także poprzez doradztwo, konsultacje, podzielenie się z wykonawcą określoną wiedzą co do określonych technologii i sposobów wykonania zamówienia, nadzór itp. Wskazano na przykłady orzeczeń KIO.
Zatem zobowiązanie firmy Z. B. w pełni gwarantuje udział tego podmiotu w realizacji przedmiotu zamówienia, a szczegółowe zasady tej współpracy (bieżący nadzór i udział przez

cały okres wykonywania zamówienia) zostaną przez strony określone na etapie realizacji zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się treść złożonej przez przystępującego oferty oraz wyjaśnienia tego podmiotu i uzupełnienia dokumentów na wezwanie zamawiającego, jak również stanowiska stron i przystępującego do postępowania odwoławczego, przedstawione na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.
Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na interes w ubieganiu się o udzielenie mu zamówienia i ewentualnie jego realizacji.

Zgodnie z Rozdz. V pkt 3 lit. a/ SIWZ, Zamawiający na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wykazania się wykonaniem co najmniej 3 zamówień na roboty budowlane, polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie lub modernizacji budynku będącego obiektem użyteczności publicznej, o wartości co najmniej 25 mln zł każda. K. w złożonej przez siebie pierwotnie ofercie przedstawił trzy zamówienia, z których jedno stanowiło potencjał własny wykonawcy, a dwa pozostałe - potencjał udostępniony przez podmiot trzeci (E. S.A.).
Zamawiający uznał, że oba zamówienia zrealizowane przez podmiot trzeci nie spełniają jego wymagań i nie mogą być traktowane jako budynki użyteczności publicznej w rozumieniu § 3 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r., nr 75 poz. 690), wskutek czego skierował do wykonawcy wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust 6 ustawy Pzp do wykazania spełniania warunku siwz.
Wezwany wykonawca (przystępujący) nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego co do oceny charakteru budowli referencyjnych, lecz stosownie do żądania - dokonał uzupełnienia dokumentów, przedstawiając nowy podmiot udostępniający potencjał w tym zakresie (Z. B. A. Z.) oraz zobowiązanie pisemne Z. B.
Odnosząc się do kwestii nierealności udostępniania dokonanego przez Z. B. Izba wskazuje w szczególności, że zobowiązanie Z. B. jest niewystarczające i wadliwe w świetle art. 22a

ust. 2-4 ustawy Pzp, a w szczególności ustępu 4 tego przepisu. 12

Zobowiązanie Z. B. nie przewiduje, że podmiot ten weźmie udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca, co jest sprzeczne z art 22a ust. 4 ustawy Pzp, który 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. W zobowiązaniu jest jedynie mowa o bieżącym nadzorze. Nie można zatem uznać, by w świetle takich sformułowań K. udowodnił Zamawiającemu dysponowanie niezbędnymi zasobami w zakresie wymaganym do realizacji zamówienia.
Ponadto w zobowiązaniu Z. B. brakuje opisu sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia publicznego.
Brak też informacji czy podmiot ten zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą, co jest wymagane na podstawie art. 22a ust. 4 ustawy Pzp.
Powyższe wskazuje, że udostępniany przez Z. B. potencjał jako podmiotu przedstawionego w zastępstwie poprzednio wykazanego E. S.A. nie gwarantuje jego dostępności w rozumieniu wyżej powołanych przepisów ustawy Pzp.
Biorąc pod uwagę, że pierwotnie wskazane budowle referencyjne (E.) nie spełniają warunku przedmiotowego co do ich rodzaju, bezprzedmiotowe jest ocenianie poprawności udostępnienia przez ten podmiot swoich zasobów wykonawcy – przystępującemu.
Biorąc pod uwagę, że uzupełnione zobowiązania pisemne, które powinno dotyczyć udziału w wykonywaniu zamówienia, gdzie przedmiotem są roboty budowlane, udział polegający na tzw. bieżącym nadzorze, bez określenia rodzajów konkretnych udostępnianych zasobów oraz robót, a także rodzaju łączącego te podmioty stosunku prawnego, nie potwierdza realnego udziału podmiotu w wykonywaniu zamówienia i ma znamiona pozorności.
Należy także podzielić stanowisko odwołującego wskazujące, iż oświadczenia Z. B. przedstawione zostały w trybie art. 22a ust 6 ustawy w związku z art. 26 ust 3 ustawy Pzp, a zatem - w celu zastąpienia pierwotnie wykazanego podmiotu niespełniającego warunku udziału w postępowaniu - uniemożliwiają Zamawiającemu ponowne wezwanie do uzupełnienia dokumentów w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy K. Tryb z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest już możliwy do powtórzenia wobec przyjętej zasady jednokrotności uzupełniania dokumentów opartej na zasadzie równości wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy pzp).

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w

---

sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: ……