Sygn. akt: KIO 2478/15

WYROK
z dnia 25 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Zilenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 listopada 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 listopada 2015 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „ELKO"s.c., T. S., M. S., ul. Staszica 68, 96-500 Sochaczew** w postępowaniu prowadzonym przez **SINEVIA Sp. z o.o., ul. Chałubińskiego 3A, 02-004 Warszawa; adres dla doręczeń: ul. Paderewskiego 6, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z 06.11.2015 r., unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą z 06.11.2015 r. oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego w ramach której nakazuje Zamawiającemu wezwanie do wyjaśnień Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, które ma charakter obligatoryjny, znaczenia sformułowania zawartego w zobowiązaniu będącym efektem uzupełnienia z 16.10.2015 r., tj. współpracy przy realizacji zadania w kontekście deklaracji zawartej w ofercie odnoszącej się do podwykonawstwa.

---

2. kosztami postępowania obciąża **SINEVIA Sp. z o.o., ul. Chałubińskiego 3A, 02-004 Warszawa; adres dla doręczeń: ul. Paderewskiego 6, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „ELKO"s.c., T. S., M. S., ul. Staszica 68, 96-500 Sochaczew** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **SINEVIA Sp. z o.o., ul. Chałubińskiego 3A, 02-004 Warszawa; adres dla doręczeń: ul. Paderewskiego 6, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki** na rzecz **Przedsiębiorstwa Usługowo - Handlowego „ELKO"s.c., T. S., M. S., ul. Staszica 68, 96-500 Sochaczew** kwotę w wysokości **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 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 Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 2478/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„NDM/83 Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego (z 18 lokalami mieszkalnymi) z miejscami parkingowymi w części podziemnej na terenie ul. Górniczej w Gdyni - zad. GD Q36",* zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 257438 - 2015, data zamieszczenia 30.09.2015 r., przez *SINEVIA Sp. z o.o., ul. Chałubińskiego 3A, 02-004 Warszawa; adres dla doręczeń: ul. Paderewskiego 6, 05-100 Nowy Dwór Mazowiecki* zwaną dalej: *„Zamawiającym".*

W dniu 06.11.2015 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp"* oraz m.in. o wykluczeniu z udziału w postępowaniu *Przedsiębiorstwa Usługowo - Handlowego „ELKO"s.c., T. S., M. S., ul. Staszica 68, 96-500 Sochaczew zwanej dalej:* „Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „ELKO"s.c., T. S., M. S." *albo* „Odwołującym" *na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust.4 Pzp.* Zamawiający stwierdził, że: *„Uzupełnione przez Wykonawcę zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy wiedzy i doświadczenia firmy BUDROX nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia przekazanego na podstawie art. 26 ust.2 b Pzp, ponieważ nie będzie wykonawca powierzonej mu części zadania tylko doradca i konsultantem".*

W dniu 12.11.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) *Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „ELKO"s.c., T. S., M. S.* wniosło odwołanie na w/w czynności dotyczące jego oferty. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 12.11.2015 r. (e-mailem i faxem). Zarzucił naruszenie:

a) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskutek przyjęcia, że podmiot udostępniający Odwołującemu wiedzę i doświadczenie nie będzie wykonawcą powierzonej mu części zadania tylko doradcą i konsultantem podczas gdy z oferty Odwołującego jednoznacznie wynika, że podmiot udostępniający będzie brał udział w realizacji zamówienia - uczestniczył przy wykonaniu całości zamówienia, wykonującym szczególnie te elementy, które będą sprawiały problemy na etapie realizacji umowy;

---

b) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy w postępowaniu złożono ofertę niepodlegającą odrzuceniu, tj. ofertę Odwołującego;

c) ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,

b) unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego,

c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

d) dokonanie wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W przedmiotowym postępowaniu pismem z 16.10.2015 r., wobec wskazania przez Odwołującego w załączonym do oferty *Oświadczeniu dotyczącym podwykonawców* (zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 8 do SIWZ) firmy Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Zagospodarowania Terenów Zielonych BUDROX Sp. z o.o., ul. Płocka 44 A, 09-500 Gostynin, dalej również jako *„firma BUDROX",* jako *podwykonawcy,* do którego stosuje się art. 26 ust. 2 b Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia zobowiązania wskazanej firmy do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W odpowiedzi Odwołujący złożył zobowiązanie, w którym szczegółowo określił zakres udostępnianych zasobów, sposób ich wykorzystania przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył podmiot udostępniający z Odwołującym oraz zakres i okres udziału przy wykonywaniu zamówienia. W szczególności w zobowiązaniu wskazano *na formy realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający*.

Pismem z 06.11.2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, ponieważ, jak wskazał Zamawiający

„uzupełnione przez Wykonawcę zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy wiedzy i doświadczenia firmy BUDROX nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia przekazanego na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp, ponieważ nie „będzie wykonawcą powierzonej mu części zadania tylko doradcą i konsultantem".

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp.

Na wstępie przywołał normę art. 26 ust. 2b Pzp, zgodnie z którą Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami

w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. W orzecznictwie KIO podkreśla się, że udostępnienie zasobów, w tym w szczególności wiedzy i doświadczenia, musi mieć charakter realny. Jednocześnie ową realność przekazania należy oceniać indywidualnie i odrębnie dla każdego stanu faktycznego. Wskazał na orzecznictwo, tj. wyrok KIO z 20.07.2015 r., sygn. akt: 1439/15, wyrok KIO z 11.03.2015 r., sygn. akt: KIO 360/15 oraz wyrok KIO z 16.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1308/14.

W przedmiotowym stanie faktycznym zobowiązanie firmy BUDROX w pełni gwarantuje realność udostępnienia wiedzy i doświadczenia. W zobowiązaniu szczegółowo odniesiono się do każdego z elementów, o których mowa w § 1 ust. 6 pkt. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 r. poz. 231), to jest:

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. W szczególności dokładnie określono w tym zakresie sposób wykorzystania zasobów podmiotu udostępniającego wskazując formy bezpośredniej realizacji zamówienia przez firmę BUDROX.

Wskazał, że zobowiązanie, należy łącznie z ofertą które odczytywać Odwołującego, w tym w szczególności załącznikiem do oferty pn. *„Oświadczenie o podwykonawcach"* (oświadczenie zgodne z wzorem załącznika nr 8 do SIWZ), wskazuje, że firma BUDROX BĘDZIE WYKONYWAĆ ZAMÓWIENIE, to jest *będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca,* a nie jak twierdzi Zamawiający - jedynie jako doradca i konsultant. Świadczą o tym następujące okoliczności:

a) Firma BUDROX została wskazana jako podwykonawca w ofercie Odwołującego, to jest w załączniku do oferty pn. „Oświadczenie o podwykonawcach" (oświadczenie zgodne z wzorem załącznika nr 8 do SIWZ). W załączniku tym użyto sformułowań:

na podstawie art. 36a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - (w którym mowa jest o możliwości powierzenia prac podwykonawcom)

- *powierzę podwykonawcom*
- *zakres prac powierzonych Podwykonawcom do których Wykonawca stosuje art. 26 ust. 2b Pzp: „BUDROX" Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego*

i Zagospodarowania Terenów Zielonych Sp. z o.o.: (....) umowa o współpracy przy realizacji zadania (...) rozwiązywanie ewentualnych problemów (nazwa i adres podwykonawcy w przypadku, gdy Wykonawca zastosuje art. 26 ust. 2b Pzp

b) Natomiast w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów opisano sposób uczestnictwa firmy BUDROX w realizacji zamówienia, który również wskazuje na podwykonawstwo tej firmy przy niniejszym zadaniu. W dokumencie wskazano, że firma BUDROX zobowiązuje się do:

- współpracy przy *realizacji* zadania;
- *rozwiązywania* ewentualnych problemów;

- dbania o terminowe realizowanie harmonogramu wykonania prac;
- wszelkiego merytorycznego wsparcia niezbędnego do prawidłowego wykonania obiektu stanowiącego przedmiot zamówienia publicznego.

Wyżej wymienione czynności oznaczają, że firma BUDROX będzie wykonywała określone czynności w ramach realizacji zamówienia BEZPOŚREDNIO na rzecz Zamawiającego. Nie będzie natomiast wyłącznie doradzać *„wewnętrznie"* Odwołującemu. W szczególności z zobowiązania wynika, że firma BUDROX będzie podwykonywać te elementy, które będą sprawiały problemy Odwołującemu. Co istotne - w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się,

że podwykonawstwo stanowi najpełniejszą formę przekazania wiedzy i doświadczenia w oparciu o art. 26 ust. 2b Pzp, m.in. wyrok KIO z 24.02.2015 r., sygn. akt: KIO 247/15, wyrok KIO z 04.11.2014 r., sygn. akt: KIO 2182/14 oraz wyrok KIO z 14.04.2014 r., sygn. akt: KIO 564/14.

Wskazał, że sposób *określenia udziału w realizacji zamówienia przez BUDROX w przedmiotowym stanie faktycznym jest prawidłowy.* Należy mieć bowiem na względzie, że firma BUDROX będzie podwykonawcą udostępniającym swą wiedzę i doświadczenie nabyte w wyniku wykonania *całości* robót na rzecz Rypińskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. w Rypinie oraz Urzędu Miasta Włocławek. Oddaje więc ona Odwołującemu wiedzę i doświadczenie obejmujące całość dwóch analogicznych do przedmiotowego zamówienia robót. *Dlatego też prawidłowe i zasadne było określenie w zobowiązaniu zakresu podwykonawstwa jako współpraca przy realizacji całości zadania. Firma BUDROX dysponując całościową wiedzą i doświadczeniem przy analogicznych inwestycjach będzie również współrealizowała całość zadania. W szczególności natomiast będzie pod wykony wała elementy, które sprawią Odwołującemu problemy na etapie realizacji.* Natomiast inna jest sytuacja „mniejszych" podwykonawców wskazanych w ofercie Odwołującego, na których zasoby Odwołujący nie powołuje się na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp. Mają oni do zrealizowania jedynie określony zakres zamówienia, to zgodnie z ofertą Odwołującego instalacje sanitarne, elektryczne i część robót budowlanych.

W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający niezwykle pobieżnie przeanalizował złożone mu zobowiązanie firmy BUDROX. Zasugerował się jedynie wybranymi sformułowaniami, a całkowicie zignorował stwierdzenia wskazujące na BEZPOŚREDNIE wykonywanie zamówienia przez firmę BUDROX, w tym w szczególności tych elementów, które będą sprawiały Odwołującemu problemy. W konsekwencji całkowicie błędnie uznał, że *firma BUDROX będzie jedynie doradcą i konsultantem, a nie podwykonawcą na etapie wykonania niniejszego zamówienia.*

Odnośnie zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zarzut jest konsekwencją zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Gdyby Zamawiający nie wykluczył bezpodstawnie Odwołującego z postępowania - w postępowaniu zostałaby złożona oferta niepodlegająca odrzuceniu, tj. oferta Odwołującego.

Reasumując, Zamawiający dokonał fragmentarycznej analizy zobowiązania i nie uwzględnił treści oświadczenia zawartego w ofercie. W wyniku powyższego założył, że Budrox będzie wyłącznie „doradcą i konsultantem" - tymczasem Budrox będzie brało udział w realizacji zamówienia bezpośrednio, w odniesieniu do jego całości a nie tylko wybranej jednej części. Będzie rozwiązywał problemy przez bezpośredni udział w realizacji zamówienia.

Zamawiający w dniu 12.11.2015 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 24.11.2015 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu. Wykonawca w formularzu ofertowym oświadczył, że powierzy część robót podwykonawcom załączając jednocześnie oświadczenie o podwykonawstwie (zał. nr 8 do SIWZ) nie załączając jednak zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, tym samym powodując niezgodność oferty z zapisami SIWZ. Zamawiający wezwał Wykonawcę o uzupełnienie dokumentów (zaświadczeń i oświadczeń firmy wskazanej przez Wykonawcę tj. Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Zagospodarowania Terenów

Zielonych BUDROX Sp. z o.o., ul. Płocka nr 44A, 09-500 Gostynin. Firma BUDROX w swoim zobowiązaniu, jako podmiotu trzeciego, na okoliczność udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, wskazała dokładny zakres udostępnienia zasobów oraz sposób ich wykorzystania w tym zadaniu. Zakres ten obejmuje współpracę przy realizacji zadania, udzielaniu porad, rozwiązywaniu problemów, doradztwie i konsultacjach, organizacji etapów robót, dbanie o harmonogram, ocenie metod wykonania, udostępnienie wiedzy w zakresie technologii robót, i inne merytoryczne wsparcie.

W swoim odwołaniu Wykonawca pisze, że firma BUDROX złożyła zobowiązanie w którym szczegółowo określiła zakres oraz sposób jego wykorzystania. Istotnie, takie zobowiązanie, bardzo szczegółowe, zostało uzupełnione na wezwanie Zamawiającego, który dokonał bardzo wnikliwej analizy tego dokumentu oraz dokumentów pozostałych złożonych w ofercie, w tym dokumentów uzupełnionych z art. 24 ust 1. Złożone dokumenty w ofercie, w ocenie Zamawiającego, zobrazowały wprost, że firma Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „F.F.KO" sc T. S., M. S. samodzielnie nic spełnia warunku podstawowego wynikającego z art. 22 ust. 1 Pzp, czyli nie posiada wiedzy i doświadczenia w robotach, opisanych przez Zamawiającego w części V ust. 2 pkt 2 SIWZ. Na potwierdzenie braku wiedzy i doświadczenia załączono wykaz robót budowlanych stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ, w którym wykazano wiedze i doświadczenie firmy BUDROX. Dalej w załączniku nr 8 do SIWZ, wskazano roboty elektryczne, sanitarne i budowlane, które zostaną powierzone podwykonawcom bez zastosowania art. 26 ust. 2b. Rodzi się zatem pytanie, jaki zakres robót będzie wykonywał Wykonawca oraz firma BUDROX. Odwołujący uzasadniając swoje zarzuty, przywołuje kilka wyroków KIO. Zamawiający w całej rozciągłości zgadza się z Wykonawcą, że przedstawione w tych wyrokach sentencje są absolutnie słuszne i zasadne. I tak, w wyroku KIO z 20.07.2015r., sygn. akt: KIO 1439/15 czytamy, że powołując się na potencjał podmiotu trzeciego należy oceniać dokumenty Wykonawcy w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia. Również w wyroku KIO z 11.03.2015r., sygn. akt: KIO 360/15, czytamy, że zakres wsparcia udzielonego na podstawie art. 26 ust. 2b zależy od specyfiki konkretnego zmówienia. Natomiast wyrok KIO *z* 16.07.2014r., sygn. akt: KIO 1308/14, który w swoim odwołaniu cytuje Wykonawca, dobitnie potwierdza słuszność oceny jego oferty przez Zamawiającego i jego wykluczenie. Wyrok ten stanowi, że Zamawiający jak i Izba wobec treści art. 26 ust. 2b, musi oceniać realność i rzeczywistość wskazanego udostępniającego zasobu, poprzez pryzmat relacji między stronami wynikającymi z udostępnienia zasobów oraz. indywidualnych cech tego zamówienia, gdyż tylko realność udostępnienia potencjału w wystarczającym zakresie, umożliwia wykonawcy wykonanie zamówienia. Również za trafny należy uznać przywołany przez Odwołującego wyrok KIO z 24.02.2015r., sygn. akt: KIO 247/15, że nie ulega wątpliwości, iż podwykonawstwo jest najpełniejszą formą udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Do pełnego obrazu dotyczącego problemu art. 26 ust. 2b można również przytoczyć uchwałę KIO z 16.02.2015 r., sygn. akt: KIO/KD 6/15: *„Poleganie na zdolnościach, w ocenie Izby, doświadczenia, w przeciwieństwie do teoretycznej wiedzy, nie można nabyć (oraz przekazać) w trakcie szkolenia, konsultacji lub doradztwa".* Orzecznictwo KIO zdaje się być ugruntowane w zastosowaniu art. 26 ust 2b, które wskazuje, że w przypadku udostępniania potencjału (w zakresie wiedzy i

doświadczenia) podmiot trzeci musi brać udział w wykonywaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy, w szczególności jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

Wyrok KIO z 26.06.2015 r., sygn. akt: KIO 1275/15 w którym Izba stwierdziła, że doradztwo, konsultacje czy szkolenia nie przenoszą doświadczenia, a jedynie co najwyżej wiedzę (jeżeli wykonawca z owych porad skorzysta). Podobne stanowisko zajęło KIO w wyroku z 05.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2685/14. Wyrok KIO z 18.03.2015 r., sygn. akt: KIO 451/15 stwierdza, że warunek, udziału w postępowaniu składa się - nie bez powodu - z dwóch elementów, tj. wiedzy i doświadczenia. I o ile jeszcze wiedza może być wiedzą teoretyczną - wynikającą z informacji, które można, zdobyć z książek, innych opracowań, informacji o cudzych doświadczeniach czy szkoleń, jak i wiedzą nabytą w sposób praktyczny, o tyle doświadczenie z samej swojej istoty nic może być teoretyczne. Zatem bez

udziału podmiotu posiadającego doświadczenie w żaden sposób nie można uznać, że zamówienie będzie realizował wykonawca doświadczony. Zgodnie z art. 63 dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26.02.2014r. w przypadku kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych lub dotyczących doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów tylko wtedy, gdy te podmioty będą realizować roboty budowlane lub usługi, do których ich zdolności są potrzebne. W przytoczonych powyżej przez Zamawiającego argumentach w żaden sposób nie można zgodzić się z zarzutem, że Zamawiający niezwykle pobieżnie przeanalizował złożone mu zobowiązanie filmy BUDROX oraz pozostałe dokumenty tej firmy i, że zasugerował się tylko wybranymi, sformułowaniami. Nie można również przyjąć argumentów strony Odwołującej, dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu w części dotyczącej wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie Zamawiający stwierdza, iż w żaden sposób nie podważa ani wiedzy, ani doświadczenia firmy BUDROX.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z po oświadczeń, jak przedstawionymi poniżej dowodami, wysłuchaniu i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta uznana za odrzuconą, w wypadku uwzględnienia odwołania, ma szanse na uzyskanie zamówienia, albowiem jego oferta zostanie jedyną ważną ofertą w postępowaniu.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, oferta Odwołującego – oświadczenia (zał. nr 8 do SIWZ), „Wykaz robót budowlanych – wraz z referencjami" str. 28-30, wezwanie do uzupełnienia z 15.10.2015 r. wraz uzupełnieniem stanowiącym odpowiedź na niniejsze wezwanie, wezwanie do uzupełnienia z 16.10.2015 r. wraz uzupełnieniem stanowiącym odpowiedź na niniejsze wezwanie oraz treść informacji o unieważnieniu postępowania oraz wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i uznaniu jego oferty za odrzuconą z 06.11.2015 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, odpowiedź na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu. Wyciąg z dokumentacji projektowej złożony przez Odwołującego na rozprawie, Izba uznała jedynie za przedłożony w celach podglądowych.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie okoliczności, w tym treść załącznika nr 8 do SIWZ dołączonego od oferty, wezwania z 15.10.2015 r. i uzyskanych w jego wyniku dokumentów oraz treść wezwania z 16.10.2015 r. i uzyskanego w jego wyniku zobowiązania podmiotu trzeciego. Nadto, Izba wskazuje na treść informacji o unieważnieniu postępowania oraz wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i uznaniu jego oferty za odrzuconą przytoczoną na wstępie uzasadnienia w całości. W pozostałym zakresie, ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownego zarzutu w dalszej części.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskutek przyjęcia, że podmiot udostępniający Odwołującemu wiedzę i doświadczenie nie będzie

wykonawcą powierzonej mu części zadania tylko doradcą i konsultantem podczas gdy z oferty Odwołującego jednoznacznie wynika, że podmiot udostępniający będzie brał udział

w realizacji zamówienia - uczestniczył przy wykonaniu całości zamówienia, wykonującym szczególnie te elementy, które będą sprawiały problemy na etapie realizacji umowy – Izba uwzględnia – uzasadniając poniżej.

W przedmiotowym stanie faktycznym Izba zmuszona była wziąć pod uwagę zaistniałe okoliczności w sprawie i nasuwającą się sprzeczność wewnętrzną oferty w zakresie informacji i oświadczeń oraz dokumentów zawartych w ofercie, jak i będących przedmiotem uzupełnienia na wezwanie z 15.10.2015 r. (dokumenty podmiotowe dotyczące podmiotu trzeciego – biorącego udział w realizacji zamówienia - § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 19 lutego 2013 r., poz. 231) zwanego dalej: *„rozporządzeniem w sprawie dokumentów”),* a zobowiązaniem będącym efektem uzupełnienia na wezwanie z 16.10.2015 r. Zamawiający ową sprzeczność, a ściślej wątpliwości rozstrzygnął na niekorzyść Odwołującego.

Jednakże, w ocenie Izby, wobec uznania, że ze zobowiązania będącego efektem uzupełnienia na wezwanie z 16.10.2015 r. nie wynika, iż nie mamy do czynienia z podwykonawstwem (zawiera bowiem elementy mogące na to wskazywać) - winno być podstawą do wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Izba podkreśla, że takie wezwanie jest konieczne (a nie automatyczne wykluczenie) z uwagi przede wszystkim na treść oferty, tj. oświadczenia stanowiącego zał. nr 8 do SIWZ (str. 44 oferty), gdzie wprost z nazwy został wskazany podmiot trzeci firma BUDROX, jako podwykonawca. Zgodnie bowiem, z art. 36 b ust.1 Pzp Zamawiający może żądać podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b Pzp. Skoro, zaś miało to miejsce (m.in. wskazano przywołaną podstawę prawną w załączniku nr 8 do SIWZ) i wyraźne zadeklarowano podmiot trzeci z nazwy, jako podwykonawcę, wezwanie winno odnosić się do znaczenia sformułowania zawartego w zobowiązaniu będącym efektem uzupełnienia na wezwanie z 16.10.2015 r., tj. współpracy przy realizacji zadania w kontekście deklaracji zawartej w ofercie odnoszącej się do podwykonawstwa.

Należy dodatkowo zauważyć, że z treści wskazanego zobowiązania wynika zarówno: doradztwo i konsultacje, jak i dbanie o terminowe realizowanie harmonogramu wykonania prac, czyli nadzór nad robotami budowlanymi, który wiąże się z bezpośrednim udziałem w realizacji zamówienia. Nie można także wykluczyć, że rozwiązywanie ewentualnych problemów będzie sprowadzało się do czegoś więcej niż porad i konsultacji, skoro podmiot trzeci ma nadzorować harmonogram wykonania prac. Zobowiązanie stwierdza także jednoznacznie, że współpraca przy realizacji zadania będzie miała miejsce – na cały okres realizacji zadania, tj. od dnia podpisania umowy do dnia 19.11.2015 r.

Izba również wskazuje, że Zamawiający wyraźnie na rozprawie oświadczył, że do momentu otrzymania zobowiązania będącego efektem uzupełnienia na wezwanie z 16.10.2015 r., nie miał wątpliwości, że podmiot trzeci BUDROX będzie podwykonawcą, czemu też dał wyraz wprost - w ostatnim zdaniu wezwania z 15.10.2015 r. Skoro, tak to tym bardziej winien wezwać Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, zważywszy, iż takie wezwanie nie ma charakteru fakultatywnego, ale obligatoryjny i warunkuje ewentualne wykluczenie z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp.

Z tych powodów, celem rozwiania wątpliwości i sprzeczności względem jednoznacznej deklaracji wynikającej z oferty konieczne są wyjaśnienia, które winny przykładowo potwierdzać, że współpraca przy realizacji zadania będzie przebiegała w formie podwykonawstwa zgodnie z deklaracją wynikającą z oferty i nie będzie się ograniczać wyłącznie do doradztwa i konsultacji.

Izba podkreśla, że zapoznała się z wyrokiem KIO z 10.11.2015 r., sygn. akt: KIO 2355/15 i zgadza się z zawartą tam oceną zaistniałego stanu faktycznego oraz dokumentacji. Jednakże w przedmiocie będącym elementem odwołania mamy do czynienia ze zobowiązaniem, które zawiera w sobie elementy budzące wątpliwości, które zostały

ocenione na niekorzyść Odwołującego przez Zamawiającego, stąd konieczność wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. We wskazanym wyroku przytacza się treść zobowiązania, które nie zawierało w sobie elementów rodzących wątpliwości, czy też stojących w sprzeczności z deklaracją podwykonawstwa zawartą w ofercie (str. 16 uzasadnienia). Izba podkreśla, że: *„(…) aby można było mówić w realiach przedmiotowego postępowania o rzeczywistym dostępie do zasobów podmiotu trzeciego, udział w realizacji zamówienia musiałby się sprowadzać do jego faktycznego uczestnictwa w wykonaniu zamówienia, np. w formie podwykonawstwa, a nie wyłącznie do doradztwa, konsultacji czy wsparcia merytorycznego.„* (za wyrokiem KIO z 10.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1327/14). Konkludując, na obecnym etapie nie można definitywnie przesądzić, że mamy do czynienia wyłącznie z doradztwem, konsultacją i wsparciem merytorycznym, czy także podwykonawstwem zadeklarowanym w ofercie, a wynikającym również z pewnych fragmentów zobowiązania będącego efektem uzupełnienia na wezwanie z 16.10.2015 r. Izba nie zamierza wyjaśniać za Odwołującego zawartych przez niego sformułowań w zobowiązaniu, ani czynić wykładni jego oświadczenia woli, skoro istnieje inny sposób rozstrzygnięcia spornej kwestii.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Z uwagi na uwzględnienie pierwszego zarzutu, Izba uwzględniła także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

……