Sygn. akt: KIO 656/15

WYROK
z dnia 14 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2015 r. przez **wykonawcę E. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą ELES-BUD E. S., ul. Powstańców 4a/2, 05-230 Kobyłka** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Otwock, ul. Armii Krajowej 5, 05-400 Otwock**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę E. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą ELES-BUD E. S., ul. Powstańców 4a/2, 05-230 Kobyłka** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 656/15

Uzasadnienie

Miasto Otwock (dalej: „zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na konserwację oświetlenia ulicznego na terenie Miasta Otwocka. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawą Pzp". Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 lutego 2015 r. pod pozycją 26674.

W dniu 31 marca 2015 r. wykonawca E. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą ELES BUD E. S. (dalej: „odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo braku przesłanek ku temu oraz odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego z tego powodu,
- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentów, pomimo iż odwołujący wykazał spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez brak uznania, iż odwołującemu zostały skutecznie udostępnione zasoby podmiotu trzeciego.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania z uwagi na nie potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia z uwagi na to, że udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci nie było udowodnione ani rzeczywiste. Odwołujący podniósł, iż instytucja podmiotu trzeciego udostępniającego niezbędne zasoby dla wykonawcy w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest instytucją odmienną od podwykonawstwa, o którym wspomina art. 36 ustawy Pzp. Jak zauważył odwołujący, zgodnie z bogatym orzecznictwem oraz stanowiskami reprezentowanymi w doktrynie, sam fakt udostępnienia niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia dla wykonawcy przez podmiot trzeci nie świadczy o konieczności występowania tego podmiotu w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w charakterze podwykonawcy - z treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie wynika obowiązek faktycznego realizowania przedmiotu zamówienia przez podmiot

trzeci w całości lub części, natomiast przepis ten zobowiązuje wykonawcę do wykazania,

iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami koniecznymi do prawidłowego wykonania zamówienia. Odwołujący wskazał, że dysponowanie zasobami przedsiębiorstwa trzeciego może oznaczać używanie go do wykonania całości bądź części robót, ale wykonawca może korzystać także z *know how* tego przedsiębiorstwa w sposób pośredni - poprzez czuwanie w toku realizacji zamówienia przez to przedsiębiorstwo nad prawidłowością stosowanych w danym przypadku rozwiązań technologicznych, użycia określonych materiałów, przyjęcia określonego zaangażowania osobowego, czy też technicznego przedsiębiorstwa itp. Odwołujący powołując się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, że prawodawca świadomie nie użył w treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp określenia „podwykonawca" dając także z mocy prawa szerszą możliwość wykorzystania przez wykonawcę w toku realizacji zamówienia zasobów podmiotu trzeciego, w tym także odnoszących się do wiedzy i doświadczenia. Jak wskazał odwołujący, z jednej strony mamy do czynienia z określeniem, że wykonawca „będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia", a więc zasoby niezbędne w przypadku wiedzy i doświadczenia to te odpowiadające opisowi sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonemu przez zamawiającego w ogłoszeniu/specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z drugiej zaś strony ustawodawca posługuje się także określeniem: „oddanie zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia". Odwołujący wywiódł, iż nie chodzi w tym przypadku o oddanie określonych zasobów wprost do fizycznej realizacji zamówienia, a jedynie o możliwość korzystania z nich przy okazji wykonywania zamówienia. Odwołujący zauważył, iż ww. interpretacja art. 26 ust. 2b ustawy Pzp opiera się na literalnej wykładni przepisu, która to wykładnia ma pierwszeństwo w systemie prawa i daje wyraz zasadzie pewności prawa stanowionego. Odwołujący wskazał ponadto, iż w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nie zawarł żadnego postanowienia, z którego wynikałoby, iż w przedmiotowym postępowaniu korzystanie z wiedzy i doświadczenia musiałoby się wiązać z uczestnictwem w realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa. Tym samym, w ocenie odwołującego, zamawiający dał wyraz, iż w przypadku tego zamówienia nie uważa, aby jego specyfika uzasadniała konieczność obecności podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia jako podwykonawcy.

Odwołujący wyraził przekonanie, iż w przedmiotowym postępowaniu udział podmiotu trzeciego w formie podwykonawstwa nie był konieczny. Jednocześnie wskazał, że wbrew twierdzeniom zamawiającego, odwołujący nie oświadczył w swoim uzupełnieniu, iż udział podmiotu trzeciego będzie zbędny. Przeciwnie, z oświadczenia z dnia 26 marca 2015 r. wynika, iż odwołujący zadeklarował udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w formie doradztwa, konsultanta i szkoleniowca. W ocenie odwołującego, ze względu na

jego własny zasób wiedzy i doświadczeń, obecność podwykonawcy była zbędna.

Odwołujący podniósł również, iż działanie zamawiającego z dnia 25 marca 2015 r. polegające na wezwaniu odwołującego do uzupełnienia dokumentów było działaniem sprzecznym z obowiązującymi przepisami. Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów sugerował odwołującemu, aby przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego zobowiązujące do wzięcia udziału w realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa, podczas gdy uzupełnienie zgodnie z żądaniem zamawiającego doprowadziłoby do niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. niedozwolonej zmiany oferty skutkującej jej odrzuceniem. Odwołujący zamierzał bowiem wykonać zamówienie samodzielnie. Odwołujący zaznaczył, iż nie mógł skutecznie zaskarżyć czynności zamawiającego z uwagi na wartość postępowania, dlatego dokonał uzupełnienia dokumentów skarżąc ostateczną decyzję zamawiającego.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,
- ocenę oferty odwołującego,

- wybór oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W pkt 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się wykonaniem (a w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych również wykonywaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na konserwacji oświetlenia ulicznego o wielkości min. 5 000 punktów świetlnych w ramach jednego zamówienia.

Odwołujący w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia powołał się na potencjał podmiotu trzeciego JIMMY J. C. J. Z. Sp.j. W celu wykazania zamawiającemu dysponowania zasobami podmiotu trzeciego odwołujący złożył zobowiązanie JIMMY J. C. J. Z. Sp.j., w którym jako sposób udostępnienia zasobów wskazano konsultacje i doradztwo.

Pismem z dnia 23 marca 2015 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego m.in. do udowodnienia dysponowania zasobami innego

---

podmiotu do realizacji zamówienia poprzez przedstawienie w szczególności pisemnego zobowiązania tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

W dniu 26 marca 2015 r. odwołujący złożył zamawiającemu wyjaśnienia stwierdzając, iż posiada duże doświadczenie w zakresie konserwacji oświetlenia ulicznego zdobyte podczas kilkuletniej konserwacji oświetlenia na terenie takich miast jak Kobyłka, Józefów, Zielonka, Ząbki, Sulejówek czy Legionowo, ponadto, z uwagi na jednoczesną konserwację oświetlenia ulicznego na terenie kilku miast, łączna ilość punktów świetlnych konserwowana przez odwołującego wynosi ponad 10 000. Jednak z uwagi na okoliczność, iż żadna wykonywana przez odwołującego konserwacja w ramach jednego zamówienia publicznego nie obejmowała swoim zakresem aż 5 000 punktów świetlnych, odwołujący zobowiązany był w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu powołać się na zasoby wiedzy i doświadczenia udostępnione przez podmiot trzeci. Odwołujący stwierdził, że w związku z posiadanym doświadczeniem w zakresie świadczenia usług konserwacji oświetlenia ulicznego udostępnienie przez podmiot trzeci wiedzy i doświadczenia przez konsultacje i doradztwo jest wystarczające i nie wymaga udziału podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotu zamówienia, tj. konserwacji oświetlenia ulicznego na terenie Miasta Otwocka.

Pismem z dnia 26 marca 2015 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty. Uzasadniając swoją decyzję zamawiający stwierdził, iż ujęte w zobowiązaniu do udzielenia wiedzy i doświadczenia konsultacje i doradztwo są niewystarczające do wypełnienia obowiązku udowodnienia możliwości polegania na zasobie wiedzy i doświadczenia wynikającego z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Zdaniem zamawiającego, doświadczenie podmiotu trzeciego można przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia wykorzystać, ale przez udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, tj. wykonanie przez podmiot trzeci części zamówienia. Jak wskazał zamawiający, wykonawca może stwierdzić, że sam doświadczenia w określonej dziedzinie nie posiada, ale jednocześnie zagwarantuje, że w tej części zamówienie wykona firma, która posiada wymagane doświadczenie. Przyjęcie odmienne praktyki, w opinii zamawiającego, powodowałoby, że stawianie warunków udziału w postępowaniu stawałoby się bezcelowe, weryfikacja wykonawców nie miałaby żadnej wartości dla zamawiającego, a w konsekwencji, realizację zamówienia powierzałoby się podmiotom nie mającym do tego kwalifikacji. Zamawiający argumentował, że gdyby zamówienie miał realizować podmiot, który pomimo postawionego warunku posiadania doświadczenia, takie doświadczenie będzie na niniejszym zamówieniu dopiero

---

zdobywał, nie tylko byłoby to naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale także obejście przepisów i zastosowanego w specyfikacji i ogłoszeniu o zamówieniu wymogu posiadania doświadczenia. Zamawiający stwierdził, iż nie jest

możliwe oddzielenie doświadczenia od podmiotu, który je posiada i oddanie go samego do dyspozycji wykonawcy. Każdorazowo zatem udostępnienie doświadczenia powinno wiązać się z uczestnictwem udostępniającego w realizacji zamówienia, co do zasady jako podwykonawca. Zamawiający uznał również za niespójne stanowisko odwołującego, który, jak zauważył zamawiający, z jednej strony składa zobowiązanie podmiotu trzeciego, w którym podmiot ten stwierdza, że przekaże swoją wiedzę i doświadczenie przez konsultacje i doradztwo, „natomiast sam Wykonawca stwierdza, iż udział podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotu zamówienia jest dla samego wykonawcy nie wymagany".

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez odwołującego oraz pisma zamawiającego z dnia 23 marca 2015 r. i odpowiedzi odwołującego z dnia 26 marca 2015 r., jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i 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 pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że wykazując spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, który zamawiający sformułował w pkt. 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odwołujący powołał się na potencjał podmiotu trzeciego JIMMY J. C. J. Z. Sp.j. W zobowiązaniu złożonym na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów (pismo zamawiającego z dnia 23 marca 2015 r.) podmiot trzeci oświadczył, iż zobowiązuje się do oddania odwołującemu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia poprzez konsultacje i doradztwo w czasie wykonywania zamówienia, a także szkolenia pracowników w zakresie prawidłowości świadczenia usługi konserwacji oświetlenia.

Izba stwierdziła, iż odwołujący nie wykazał w sposób wystarczający, iż ww. potencjał udostępniany odwołującemu przez podmiot trzeci będzie wykorzystywany przez odwołującego w sposób realny przy wykonywaniu zamówienia. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w brzemieniu obowiązującym po dniu 19 października 2014 r., 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. Przy powoływaniu się przez wykonawcę na potencjał wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego zamawiający, zgodnie z treścią § 1 ust. 6 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. Z 2013 r., poz. 231), uprawniony jest do badania czy wykonawca będzie dysponował zasobami w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz czy stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty

dostęp do zasobów. Przepis ten wyraźnie wskazuje więc, że wykonawca powinien wykazać zamawiającemu, że będzie w stanie dysponować w trakcie realizacji zamówienia udostępnianym mu potencjałem w sposób realny. Nie może to być zatem tylko pozorne udostępnienie wykonawcy w trakcie prowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego określonych dokumentów. Izba zgodziła się z odwołującym, że art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie wymaga wprost uczestnictwa podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa, choć taka forma udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego jest z pewnością najbardziej optymalnym rozwiązaniem, wskazującym na realną możliwość

wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia. Taka forma uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia może też być w przypadku części zamówień niezbędna do wykazania zamawiającemu rzeczywistej możliwości wykorzystania udostępnionego potencjału podmiotu trzeciego.

Ocena uzupełnionego przez odwołującego w wyniku wezwania zamawiającego zobowiązania nie potwierdza, zdaniem Izby, aby odwołujący mógł realnie korzystać z potencjału wiedzy i doświadczenia firmy JIMMY J. C. J. Z. Sp.j. Potencjał wiedzy i doświadczenia ma charakter ściśle związany z podmiotem, który ma prawo się nim posługiwać. Z tego względu, mając na uwadze przedmiot niniejszego zamówienia publicznego, aby istniała realna możliwość korzystania przez wykonawcę z zasobów podmiotu trzeciego, konieczny byłby w tym konkretnym przypadku bezpośredni udział wskazanego podmiotu przy realizacji zamówienia.

W piśmie z dnia 26 marca 2015 r. odwołujący wyjaśnił zamawiającemu, iż posiada duże doświadczenie w zakresie konserwacji oświetlenia ulicznego. Jednak z uwagi na okoliczność, iż żadna wykonywana przez odwołującego konserwacja nie obejmowała swoim zakresem 5 000 punktów świetlnych, odwołujący zobowiązany był w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu powołać się na zasoby wiedzy i doświadczenia udostępnione przez podmiot trzeci. Odwołujący stwierdził, że w związku z posiadanym doświadczeniem w zakresie świadczenia usług konserwacji oświetlenia ulicznego udostępnienie przez podmiot trzeci wiedzy i doświadczenia przez konsultacje i doradztwo jest wystarczające i nie wymaga udziału podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotu zamówienia, tj. konserwacji oświetlenia ulicznego na terenie Miasta Otwocka.

Izba, mając na uwadze ww. treść pisma odwołującego, jak też treść zobowiązania podmiotu trzeciego, stwierdziła, że powołanie się przez odwołującego na potencjał podmiotu trzeciego miało wymiar wyłącznie formalny, mający na celu jedynie wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Tymczasem powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego w postaci wiedzy i doświadczenia tylko dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, bez wykazania realnej potrzeby i możliwości wykorzystania takiego potencjału w trakcie realizacji zamówienia, niwelowałoby cel wprowadzenia regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zważyć należy, iż zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wykazywanie przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego spełniania postawionych przez zamawiającego warunków samodzielnie, co uprawdopodobnia udzielenie zamówienia wykonawcy zdolnemu do jego należytej realizacji. Z uwagi na powyższe, w sytuacji korzystania przez wykonawcę z wyjątku od wskazanej normy, tj. z możliwości powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, wykonawca powinien dochować należytej staranności i udowodnić zamawiającemu,

iż dysponuje w sposób rzeczywisty określonym zasobem, który będzie w konkretny sposób wykorzystywany w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. W innym przypadku, ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu byłaby jedynie pozorna, a realizacja zamówienia powierzona zostałaby wykonawcy nie posiadającemu wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia.

Izba, biorąc powyższe pod uwagę, oceniła wskazane zobowiązanie podmiotu trzeciego jako nie gwarantujące wykonawcy pewności korzystania z potencjału podmiotu trzeciego przy realizacji przedmiotu zamówienia, złożone jedynie na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów Izba uznała za

niedopuszczalny w świetle art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……