Sygn. akt: KIO 1368/14

WYROK
z dnia 18 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams
Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska – Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 lipca 2014 r.** przez wykonawcę: **Konsorcjum Diringer & Scheidel Polska Sp. z o.o. (Lider) oraz Preuss Pipe Rehabilitation Polska Sp. z o.o.** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie renowacji magistral metodą bezwykopową w m.st. Warszawie z podziałem na 5 zadań"

prowadzonym przez **zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji dla m.st. Warszawy Spółka Akcyjna**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Budowalnego ABM Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji dla m.st. Warszawy Spółka Akcyjna – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, po uprzednim wezwaniu Przystępującego - Przedsiębiorstwa Budowalnego ABM Sp. z o.o. - na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku**

---

udziału w postępowaniu określonego w punkcie 5.1.2 b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

2. kosztami postępowania obciąża **Przystępującego - Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Konsorcjum Diringer & Scheidel Polska Sp. z o.o. (Lider) oraz Preuss Pipe Rehabilitation Polska Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Przystępującego** na rzecz Odwołującego **Konsorcjum Diringer & Scheidel Polska Sp. z o.o. (Lider) oraz Preuss Pipe Rehabilitation Polska Sp. z o.o.** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia sześć tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.3. zasądza od **Przystępującego** na rzecz **Zamawiającego – Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji dla m.st. Warszawy Spółka Akcja** kwotę **3 567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) 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: ……

Członkowie: ……

……

Sygn. akt KIO 1368/14

UZASADNIENIE

W dniu 4 lipca 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy: Konsorcjum „DIRINGER & SCHEIDEL POLSKA Sp. z o.o. PREUSS PIPE REHABILITATION POLSKA Sp. z o.o. DIRINGER & SCHEIDEL POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji dla m.st. Warszawy Spółka Akcyjna (dalej „Zamawiający") w zakresie zadanie nr 4 oraz zadania nr 5 naruszenie przepisów ustawy Pzp polegające na:

1. Wyborze oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu;

2. Zaniechania przez Zamawiającego czynności polegającej na wykluczeniu wykonawcy - Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, pomimo że złożona przez niego oferta nie spełniała warunków Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

3. Zaniechania przez Zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty Wykonawcy - Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu pomimo zaistnienia przesłanek do wykluczenia tego wykonawcy gdyż złożona przez niego oferta nie spełniała warunków Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia a w konsekwencji odrzucenia złożonej przez niego oferty; ewentualnie;

4. Zaniechanie przez Zamawiającego czynności polegającej na wezwaniu Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu do udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na ustalenie czy wykonawca ten posiada wiedzę i doświadczenie umożliwiające wykonanie przedmiotowego zamówienia, do której Zamawiający był zobowiązania na podstawie ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;

2. Art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, poprzez uznanie, iż Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o wykazało, iż posiada wiedzę i doświadczenie;

3. Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przedsiębiorstwa Budowlanego ABM Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;

4. Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o., pomimo, iż złożona ona została przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowania;

5. Art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu

niezgodnie z przepisami ustawy Pzp; ewentualnie, działając z ostrożności:

6. naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przedsiębiorstwa Budowlanego ABM Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami Odwołujący wniósł o: (i) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, ewentualnie (iii) nakazanie Zamawiającemu zwrócenia się do wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego ABM Sp. z o. o. o uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia; (iv) zwrot kosztów postępowania, według udokumentowanego wniosku złożonego na rozprawie.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia na wykonanie zadania „Wykonanie renowacji magistral metodą bezwykopową w m.st. Warszawie z podziałem na 5 zadań. (postępowanie nr 00691/WS/PW/PWS- DZA/B/2014)" w punkcie 5.1.2 b) Informacji dla wykonawców wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy którzy spełniają warunek posiadania wiedzy i doświadczenia tj. wykonawcy którzy w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali co najmniej dwie roboty polegające na cementyzacji powierzchni wewnętrznej przewodu wodociągowego o wartości każdej z nich (tj. roboty) równiej lub większej od wartości stanowiącej równowartość dla zadania 4 i 6 – 500.000,00 zł bez podatku VAT dla każdego z zadań.

Wykonawca - Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wskazał w złożonej ofercie, że spółka INFRA S.A. z siedzibą w Wysogotowie zobowiązała się do oddania spółce Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. wszelkich niezbędnych zasobów w tym wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W celu wykazania posiadania przez INFRA S.A. wiedzy i doświadczenia Wykonawca - Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przedłożył do oferty: (i) załącznik nr 5 - wykaz robót budowlanych; (ii) oświadczenie INFRA S.A. z siedzibą w Wysogotowie w którym ta zobowiązała się do oddania spółce Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. wszelkich niezbędnych zasobów w tym wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia; (iii) referencje z wykonania robót na rzecz Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Opolu; (iv) referencje z wykonania robót na rzecz spółki Łódzka Spółka Infrastrukturalna Sp. z o.o. w Łodzi.

W ocenie Odwołującego powołanie się w treści oferty na korzystanie przez wykonawcę - Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. z wiedzy i doświadczenia spółki INFRA S.A. i wskazanie posiadanych przez tę spółkę referencji w celu wykazania wiedzy i doświadczenia jest niezgodne z treścią SIWZ dla wykonania zadania „Wykonanie renowacji magistral metodą bezwykopową w m.st. Warszawie z podziałem na 5 zadań, (postępowanie nr 00691/WS/PW/PWS-DZA/B/2014)" z następujących powodów:

(a) niezgodności przedłożonych referencji z treścią SIWZ

Odwołujący wskazał, że załączona przez wykonawcę referencja udzielona przez spółkę Łódzka Spółka Infrastrukturalna Sp. z o.o. nie odpowiada żądaniu przedstawienia przez

---

wykonawcę dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Załączony do oferty „List referencyjny" z dnia 1 marca 2010 roku zawiera jedynie informację, że „Powyższe prace zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną oraz obowiązującymi przepisami BHP." W ocenie Odwołującego nie jest możliwym uznanie, że takie sformułowanie wskazuje, aby roboty zostały prawidłowo ukończone. Tym samym uznać należy, że załączony do oferty

wykonawcy - Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. - list referencyjny wystawiony przez spółkę Łódzka Spółka Infrastrukturalna Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi nie spełnia warunku jakie winien spełniać dokument stanowiący dowód, że roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujący, że zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

(b) dołączona do oferty referencja nie obejmuje robót wykonanych przez osobę trzecią udzielającą wykonawcy - Przedsiębiorstwu Budowlanemu ABM Sp. z o.o. tj INFRA S.A. lecz wykonanych przez podwykonawcę tej firmy oraz prace nie zostały wykonane w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert (6.1.2 lit. a) SIWZ

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dokumentacji przetargowej dla zamówienia pn. „Wykonanie renowacji magistral metodą bezwykopową w m.st. Warszawie z podziałem na 5 zadań, (postępowanie nr 00691/WS/PW/PWS-DZA/B/2014)" wskazał, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia uzna za spełniony w przypadku, gdy: (i) wykonawca (lub na podstawie art. 26 ust 2b ustawy Pzp osoba na której wiedzy lub doświadczeniu wykonawca polega); (ii) w okresie 5 lat przez upływem terminu składania ofert, wykonał co najmniej dwie roboty polegające na cementyzacji powierzchni wewnętrznej przewodu wodociągowego o wartości każdej z nich równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 500.000,00 zł bez podatku VAT (zarówno dla zadania 4 jak i dla zadania 5).

Odwołujący wskazał, że roboty polegające na „Renowacji bezwykopowej wodociągu w technologii cementowania DN 750 L=4 100 mb" po pierwsze nie zostały wykonane ani przez wykonawcę - Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu ani przez osobę trzecią na której wiedzy lub doświadczeniu wykonawca polega - INFRA S.A. z siedzibą w Wysogotowie, po drugie zaś nie zostały wykonane w okresie krótszym niż pięć lat przed terminem składania ofert w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że powyższe roboty zostały wykonane przez podwykonawcę INFRA S.A. którą w tym zakresie była spółka Zakład

---

Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Łodzi przy ulicy Wierzbowej 52. Ponadto Odwołujący wskazał, że roboty w ramach powyższego zadania nie były wykonywane w okresie krótszym niż pięć lat przed dniem składania ofert to jest przed dniem 3 czerwca 2014 roku. Jak bowiem wynika z treści informacji znajdującej się na stronie internetowej zamawiającego - Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi z dniu 3 lipca 2014 roku - Kontrakt nr 02C - Wodociąg Dąbrowa - modernizacja rurociągu wody uzdatnionej realizowany był w okresie czerwiec 2008 - kwiecień 2009, co w konsekwencji musi prowadzić do wniosku, że List Referencyjny z dnia 1 marca 2010 roku nie obejmuje robót w zakresie cementyzacji wykonanych w okresie krótszym niż 5 lat przed terminem składania ofert tj. w okresie od 2 czerwca 2009 roku do 1 czerwca 2014 roku, a tym samym nie można uznać, że wymagane przez Zamawiającego posiadanie wiedzy i doświadczenia zostało spełnione przez wykonawcę - Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

(c) brak możliwości skorzystania przez wykonawcę - Przedsiębiorstwa Budowlanego ABM Sp. z o.o. z doświadczenia INFRA S.A., gdyż ta wymusza podwykonawstwo, a to jest niedopuszczalne na podstawie pkt 3.5 SIWZ w zw. z §12 ust. 2 umowy

Odwołujący wskazał, że wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. nie wykazało, że spółka INFRA S.A. umożliwi wykorzystanie posiadanej przez niej wiedzy i doświadczenia poprzez jedyny możliwy w przypadku umowy o roboty budowlane udział w realizacji robót polegających na cementyzacji w charakterze podwykonawcy. Z drugiej strony zaś wskazanie INFRA S.A. jako podwykonawcy dla robót polegających na cementyzacji było niedopuszczalne z uwagi na postanowienia § 12 ust. 2 wzoru umowy na wykonanie zadania 4 oraz § 12 ust. 2 wzoru umowy na wykonanie zadania 5 w których Zamawiający zastrzegł „do osobistego wykonania przez Wykonawcę robót technologicznych tj. czyszczenia, cementowania magistrali i wykonywania rękawa".

Tym samym, w ocenie Odwołującego, wykonawca - Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu po pierwsze nie wykazał, że będzie uprawniony do korzystania z wiedzy i doświadczenia w zakresie cementyzacji rurociągów posiadanego przez INFRA

S.A., które w przypadku przedmiotowego zamówienia mogłoby być realizowane co do zasady wyłącznie w ramach podwykonawstwa robót. Po drugie, wskazanie takiego właśnie, realizowanego w formie podwykonawstwa robót polegających na cementyzacji, sposobu korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego nie było dopuszczalne z uwagi na postanowienia SIWZ w zakresie niezgodnego z umowami stanowiącymi Część II SIWZ wykonywania robót technologicznych przez podwykonawcę. W konsekwencji podnieść

---

należy, że oferta wykonawcy - Przedsiębiorstwa Budowlanego ABM Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i winien on zostać wykluczony udziału w postępowaniu zaś jego oferta podlega odrzuceniu.

(d) Ogólność i niekonkretność oświadczenia podmiotu trzeciego - INFRA S.A - o oddaniu zasobów w tym wiedzy i doświadczenia i sformułowanie treści oświadczenia wyłącznie poprzez powielenie ogólnych sformułowań z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a w konsekwencji nie wykazanie, że wykonawca będzie dysponował zasobem wiedzy i doświadczenia INFRA S.A. przy realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że na stronie 14 oferty wykonawcy - Przedsiębiorstwa Budowlanego ABM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zawarte zostało oświadczenie INFRA S.A. zawierające informację, ze spółka INFRA S.A. zobowiązuje się do oddania jej (Przedsiębiorstwu Budowlanemu ABM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu) wszelkich niezbędnych zasobów INFRA S.A., w tym wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zapis ten jest w istocie powtórzeniem przepisu art 26 ust 2b ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego takie zobowiązanie nie konkretyzuje zarówno zakresu udzielanych zasobów jak i sposobu zaangażowania się podmiotu udzielającego zasobów i może prowadzić do fikcji służącej formalnemu jedynie wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał, że z przedłożonego zobowiązania winno wynikać, że nastąpi realne przekazanie danego zasobu, połączone z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia. Forma ta winna zostać określona już w treści tego zobowiązania, a wykonawca winien być w stanie wykazać, że udostępnienie zasobów w tej formie rzeczywiście będzie możliwe. W przeciwnym razie poleganie na zasobach innego podmiotu mogłoby prowadzić do fikcji, służącej jedynie formalnemu wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, w ocenie Odwołującego uznać należy, że wykonawca - Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. o.o. z siedzibą we Wrocławiu, składając oświadczenie INFRA S.A. z siedzibą w Wysogotowie nie udowodnił, że będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem INFRA S.A. w zakresie cementyzacji rurociągów i tym samym podlegał on wykluczeniu zaś złożona przez niego oferta winna być odrzucona.

Ponadto Odwołujący wskazał, że INFRA S.A. na dzień złożenia oświadczenia o zobowiązaniu się do oddania wszelkich zasobów w tym wiedzy i doświadczenia na okres

---

korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia „Wykonanie renowacji magistral metodą bezwykopową w m.st. Warszawie z podziałem na 5 zadań (postępowanie nr 00691/WS/PW/PWS- DZA/B/2014)” to jest na dzień 19 maja 2014 roku, nie posiada zasobów, które mogłaby oddać do korzystania na rzecz Przedsiębiorstwa Budowlanego ABM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Według sprawozdania finansowego za rok 2012 spółka INFRA S.A. jest poręczycielem zobowiązań innych spółek z grupy PBG na łączną kwotę 770 000 000,00 zł (siedemset siedemdziesiąt milionów złotych). Taki stan zobowiązań spółki INFRA S.A. z całą pewnością nie umożliwia normalnego prowadzenia działalności w zakresie wykonawstwa.

Odwołujący podkreślił, że według posiadanej przez niego wiedzy, INFRA S.A. nie prowadzi żadnych kontraktów, nie pozyskuje nowych robót i nie posiada zarówno personelu jak i maszyn i urządzeń, które umożliwiałyby jej aktywny udział w wykonaniu robót polegających na cementyzacji. Brak zdolności prowadzenia robót wynika z przeniesienia do spółki BLEJKAN Sp. z o.o. w roku 2012 Działu Wykonawstwa wraz z zatrudnionymi w nim 38

pracownikami na podstawie art 231 kodeksu pracy. Spółka Blejkan Sp, z o.o. w sprawozdaniu zarządu z działalności w roku 2012 wskazuje, że na mocy zawartego z INFRA S.A. porozumienia „przekształciła się z niewielkiego przedsiębiorstwa w jednego z największych przedstawicieli branży renowacji bezwykopowych sieci na rynku polskim*

Ponadto, jak wynika z treści opinii biegłych rewidentów z badania sprawozdań finansowych tej spółki za lata 2010, 2011 i 2012 wobec tej spółki od roku 2010 zachodzą przesłanki do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości wskazane w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 23 lutego 1993 roku prawo upadłościowe i naprawcze. W nocie objaśniającej nr 1 - założenia kontynuacji działalności Zarząd INFRA S.A. stwierdza, że „dostrzega jednak istotne ryzyko (niepewność) kontynuacji działalności gospodarcze.

Dodatkowo, zarząd Spółki w sprawozdaniu z działalności spółki za okres od 1 stycznia 2012 roku do 31 grudnia 2012 roku, w części II wskazał, że „ostatecznie wprowadzono zalecenia zespołu ds. restrukturyzacji w wyniku których spółka INFRA S.A. docelowo zmienia swój główny profil działalności z przedsiębiorstwa wykonawczego na inżynierskie. Z czego wynika w sposób niezbity, że co najmniej od daty sporządzenia sprawozdania z działalności spółki INFRA za rok obrotowy 2012 to jest od maja 2013 roku spółka ta nie ma zamiaru prowadzić działalności w zakresie wykonawstwa skupiając się na działalności doradczej i konsultacyjnej.

W ocenie Odwołujące powyższe wskazuje, że wykonawca - Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. o.o. z siedzibą we Wrocławiu, nie będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem INFRA S.A. w zakresie cementyzacji rurociągów i tym samym wykonawca ten podlega wykluczeniu zaś złożona przez niego oferta winna być odrzucona.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić następujące dowody: (i) SIWZ na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego ABM Sp. o.o. z siedzibą we Wrocławiu na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) oświadczenie firmy Wiertmar Sp. z o.o. z dnia 3 lipca 2014 r. na okoliczność wykazania, że rzeczywistym wykonawcą cementowania rurociągów podczas realizacji Kontraktu O2C – „Modernizacja systemu zasilania Łodzią w wodę wodociąg Dąbrowa – modernizacja rurociągu wody uzdatnionej w ramach projektu „Wodociągi i oczyszczalnia ścieków w Łodzi II" nie był wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. o.o. z siedzibą we Wrocławiu; (iv) wniosek o ogłoszenie upadłości spółki INFRA S.A. z dnia 20 maja 2014 r. na okoliczność wykazania, że spółka INFRA S.A. nie ma doświadczenia w zakresie cementowania rurociągów; (v) wyrok Sądu Polubownego z dnia 14 kwietnia 2014 r. na okoliczność wykazania, że roboty budowlane w ramach projektu „Wodociągi i oczyszczalnia ścieków w Łodzi II" nie były wykonane należycie; (vi) postanowienie Sądu Rejonowego z dnia 8 lipca 2014 r. oraz bilans spółki INFRA S.A. sporządzony na potrzeby złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości na okoliczność wykazania, że spółka INFRA S.A. nie ma jakichkolwiek możliwości udzielenia wiedzy i doświadczenia w związku ze zmianą profilu działalności; (vii) pismo wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego ABM Sp. o.o. z siedzibą we Wrocławiu na okoliczność ustalenia skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie powyższych dokumentów, Izba ustaliła, że Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji dla m.st. Warszawy Spółka Akcyjna – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami) (dalej „Pzp" lub „ustawa **Pzp")** pn. „Wykonanie renowacji magistral metodą bezwykopową w m.st. Warszawie z podziałem na 5 zadań".

W punkcie 5.1.2 b) SIWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy którzy spełniają warunek posiadania wiedzy i doświadczenia tj. Wykonawcy którzy w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres

---

prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali co najmniej dwie roboty

polegające na cementyzacji powierzchni wewnętrznej przewodu wodociągowego o wartości każdej z nich (tj. roboty) równiej lub większej od wartości stanowiącej równowartość dla zadania 4 i 6 - 500 000,00 zł bez podatku VAT dla każdego z zadań (dowód: SIWZ).

Wykonawca - Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wskazał w złożonej ofercie, że spółka INFRA S.A. z siedzibą w Wysogotowie zobowiązała się do oddania spółce Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. wszelkich niezbędnych zasobów w tym wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (dowód: oferta wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego ABM Sp. z o.o.).

Wykonawca - Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przedłożył wraz z ofertą: (i) załącznik nr 5 - wykaz robót budowlanych; (ii) oświadczenie INFRA S.A. z siedzibą w Wysogotowie w którym ta zobowiązała się do oddania spółce Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. wszelkich niezbędnych zasobów w tym wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia; (iii) referencje z wykonania robót na rzecz Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Opolu; (iv) referencje z wykonania robót na rzecz spółki Łódzka Spółka Infrastrukturalna Sp. z o.o. w Łodzi (dowód: oferta wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego ABM Sp. z o.o.).

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 7 lipca 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane ABM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Przystępujący"). Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

W dniu 17 lipca 2014 r. Zamawiający przesłał do Izby odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wskazał, że na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Przystępujący, w trybie art. 186 ust. 5 ustawy Pzp, zgłosił podczas posiedzenia z udziałem stron oświadczenie do protokołu o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Wobec wniesienia sprzeciwu od uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz wobec stwierdzenia, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania do rozprawie.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, co oznacza, że w przypadku uznania, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może również ponieść szkodę w postaci utraty korzyści finansowych wynikających z możliwości realizacji zamówienia.
Izba uznała za niezasadne stanowisko Przystępującego o braku interesu po stronie Odwołującego we wniesieniu odwołania. Przystępujący argumentował, że cena zaproponowana przez Odwołującego za wykonanie zamówienia przekracza o ponad 20% budżet Zamawiającego na wykonanie zamówienia. W ocenie Izby, fakt złożenia oferty cenowej przekraczającej budżet Zamawiającego nie pozbawia prawa wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej. W wyniku uwzględnienia odwołania przez Izbę Zamawiający musiałby podczas ponownego badania i oceny ofert dokonywać analizy stanu faktycznego w postępowaniu i zadecydować czy możliwe jest zwiększenie kwoty do wartości oferty Odwołującego czy też zachodzi konieczność unieważnienia postępowania. Na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowania odwoławczego wyrokowanie o tej kwestii jest przedwczesne. Przystępujący wskazał również,

że w jego ocenie Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia kwoty na realizację zamówienia, bo na rynku budowlanym obserwuje się obecnie stagnację. Przystępujący powołał się na powszechnie dostępne dane Główne Urzędu Statystycznego. Ponieważ Przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń o rzekomym braku możliwości zwiększenia przez Zamawiającego budżetu na realizację zamówienia, Izba uznała tę okoliczność za nieudowodnioną i nie mającą wpływu na rozstrzygnięcie odwołania.

Zarzut dotyczący ogólności i niekonkretność oświadczenia podmiotu trzeciego - INFRA S.A - o oddaniu zasobów w tym wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia

W ocenie Izby powyższy zarzut potwierdził się. Dyspozycja art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego „udowodnił" dostępność zasobów na które się powołuje poprzez złożenie stosownych dowodów. Dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domysłów zamawiającego. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, z dokumentów przedstawionych na potwierdzenie dostępności zasobów podmiotu trzeciego zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że potencjał podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów (tak np. w wyroku KIO 715/14 oraz KIO 2292/13). Należy jednocześnie podkreślić, że ustawodawca pozostawił wykonawcy dowolność doboru środków dowodowych w celu wykazania dostępności zasobów podmiotu trzeciego. To na wykonawcy decydującym się na skorzystanie z dobrodziejstwa art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ciąży obowiązek przedstawienia takich dowodów, z których zamawiający będzie mógł ustalić w sposób jednoznaczny zakres i sposób udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. Wykonawca zatem powołujący się na art. 26 ust. 2b Pzp musi dokonać niezbędnej analizy dokumentów jakie zamierza złożyć na potwierdzenie dostępności zasobów podmiotu trzeciego mając świadomość faktu, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wysoce sformalizowany i możliwość przedkładania dodatkowych dokumentów czy też składania wyjaśnień co do treści przedłożonych zamawiającemu dokumentów na potwierdzenie określonych faktów jest ściśle regulowana przepisami ustawy Pzp. Ustawodawca w żaden sposób nie ogranicza środków dowodowych wykonawcy do przedstawienia „pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego". Ustawodawca wskazuje jedynie przykładowo na „pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania …". I nie chodzi w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp o „dokument w formie pisemnej" wystawiony przez podmiot trzeci, ale o „zobowiązanie" podmiotu trzeciego wyrażone w formie pisemnej. Zobowiązanie jest zaś rodzajem stosunku cywilnoprawnego, który powstaje w następstwie ziszczenia się określonych zdarzeń, czynności prawnych. Chodzi tu przede wszystkim o umowy, w ograniczonym zakresie o jednostronnie czynności prawne, ze względu na zasadę zamkniętego katalogu jednostronnych czynności kreujących

---

zobowiązanie. W konsekwencji, wykonawca przedstawiając dowody na dostępność zasobów podmiotu trzeciego ma obowiązek i prawo przedstawienia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających istnienie skutecznego zobowiązania podmiotu trzeciego względem wykonawcy do udostępnienia określonych zasobów.

Należy jednocześnie zauważyć, że w kontekście udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego kluczowe znaczenie ma oznaczenie świadczenia, do którego zobowiązuje się podmiot trzeci. Bez takiego określenia świadczenia nie można określić bowiem uprawnień wykonawcy i obowiązków podmiotu trzeciego, a w konsekwencji nie jest zapewniony rzeczywisty dostęp do zasobów. W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp świadczeniem podmiotu trzeciego jest oddanie do dyspozycji wykonawcy niezbędnych do realizacji zamówienia zasobów. Oznacza to, że podmiot trzeci zobowiązuje do działania tj. „oddania do dyspozycji", a przedmiotem świadczenia określonym przez ustawodawcę są „niezbędne zasoby".

Przenosząc powyższe rozważania do przedmiotowego postępowania należy wskazać, że Odwołujący nie udowodnił Zamawiającemu, że zasoby podmiotu trzeciego będą realnie pozostawać w jego dyspozycji podczas realizacji zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego. Odwołujący w celu wykazania, że będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego tj. spółki INFRA S.A. przedłożył wraz z ofertą oświadczenie spółki INFRA S.A. z dnia 19 maja 2014 r. stanowiące, że w przypadku wyboru oferty Przystępującego, INFRA S.A. zobowiązuje się do oddania Przystępującemu niezbędnych zasobów spółki INFRA S.A., w tym wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

W ocenie Izby dowód w postaci oświadczenia spółki INFRA S.A nie może stanowić wystarczającej podstawy do przyjęcia, że zasoby tego podmiotu w postaci wiedzy i doświadczenia będą pozostawać w dyspozycji Odwołującego na czas realizacji zamówienia. Brak bowiem w treści przedłożonego dokumentu informacji co do formy i sposobu jego wykorzystania przez Odwołującego.

Dopiero podczas rozprawy Odwołujący wyjaśnił, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi poprzez konsultację i doradztwo oraz poprzez wykonanie prac towarzyszących. W ocenie Izby, takie wyjaśnienia należy uznać za spóźnione. To w treści przedłożonego zobowiązania, podmiot trzeci winien był wskazać w jaki sposób będzie udostępniał posiadaną wiedzę i doświadczenie - czy to w ramach podwykonawstwa czy to w ramach

---

udostępnienia wykwalifikowanych pracowników, którzy będą wykonywać nadzór nad realizacją zamówienia. Skoro Zamawiający nie ma wiedzy ani niezbędnych informacji w jaki sposób podmiot trzeci będzie wykonywał swoje zobowiązanie, to w konsekwencji nie może ocenić czy rzeczywiście nastąpi realne udostępnienie wskazanych zasobów. Zamawiający musi znać treść łączącego podmiot trzeci i Odwołującego stosunku zobowiązaniowego, wynikających z niego praw i obowiązków, aby móc dokonać analizy czy sposób jego ukształtowania umożliwi Odwołującemu rzeczywiste korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego. W przeciwnym razie poleganie na zasobach innego podmiotu mogłoby prowadzić do fikcji, służącej jedynie formalnemu wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto należy wskazać, że wyjaśnienia Odwołującego złożone podczas rozprawy co do treści oświadczenia należy uznać za niewłaściwe z tego względu, że po pierwsze oświadczenie o udostępnieniu zasobów zostało złożone przez podmiot trzeci, nie przez Odwołującego i to podmiot trzeci mógłby ewentualnie dokonać zmiany tak złożonego zobowiązania lub uzupełnić dokument o wskazanie informacji o sposobie udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Po drugie, Przystępujący przedstawił podczas rozprawy swoje intencje i swoją interpretację złożonego zobowiązania spółki INFRA S.A. Takie intencje i przedstawiona interpretacja nie może stanowić podstawy do podjęcia decyzji przez Zamawiającego co do oceny realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający mógł w ogłoszeniu i SIWZ wskazać, zgodnie z § 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 dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) (dalej „Rozporządzenie **w sprawie dokumentów"),** że żąda dokumentów dotyczących: (a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, (b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, (c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, (d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, czego jednak nie uczynił.

Podkreślenia wymaga jednak, że obowiązek udowodnienia, iż wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia innego podmiotu wynika wprost z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i fakt, że Zamawiający nie ustanowił w ogłoszeniu i SIWZ wymagań, co do okoliczności, na które wskazuje w/w przepis rozporządzenia w sprawie dokumentów, nie zwalnia wykonawcy z tego obowiązku, a jedynie pozostawia mu

---

swobodę co do sposobu dowodzenia dysponowania w sposób realny potencjałem podmiotu trzeciego.

Izba uznała również za niezasadne twierdzenia Odwołującego jakby sam Zamawiający w odpowiedzi na zapytanie Przystępującego z dnia 7 maja 2014 r. wskazał, iż wymaga jedynie pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby powielającego brzmienie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W ocenie Izby powyższa interpretacja Przystępującego odpowiedzi na pytanie nr 16 udzielonej przez Zamawiającego w dniu 27 maja 2014 r. jest nieuprawniona. Pytanie Przystępującego obejmowało swoich zakresem dwa elementy. Po pierwsze, Przystępujący wnosił o udzielenie odpowiedzi na pytanie czy Zamawiający uzna spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2 SIWZ, jeśli wykonawca przedstawi w swojej ofercie referencje potwierdzające jego spełnienie, ale wystawione na inny podmiot wraz z pisemny zobowiązaniem tego podmiotu do oddania mu niezbędnych zasobów w tym wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia. Ponadto, Przystępujący wnosił o udzielenie odpowiedzi na pytanie czy w takim przypadku Zamawiający wymaga od wykonawcy przedstawienia w ofercie również innych dokumentów dotyczących tego podmiotu poza referencjami oraz zobowiązaniem do oddania niezbędnych zasobów, jeśli tak, to jakich?

Zamawiający udzielając odpowiedzi wskazał, że nie wymaga innych dokumentów poza wymienionymi w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W ocenie Izby z powyższej odpowiedzi Zamawiającego w żaden sposób nie wynikało, jak twierdził Przystępujący, że dla wykazania dostępności potencjału podmiotu trzeciego wystarczające jest przedłożenie zobowiązania powielającego treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Izba w pierwszej kolejności zauważa, że pytania Przystępującego dotyczyło wyłącznie konieczności przedstawienia dodatkowych dokumentów poza referencjami oraz zobowiązaniem podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów. W treści pytania nie ma żadnych informacji z których można byłoby wywieść, że pytanie Przystępującego zmierzało do uzyskania odpowiedzi na pytanie czy w celu wykazania dostępności zasobów podmiotu trzeciego wystarczające jest powielenie zapisów art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w treści zobowiązania. Po drugie, z treści udzielnej odpowiedzi w żaden sposób nie wynika, że Zamawiający potwierdził, że do wykazania dysponowania zasobowymi podmiotu trzeciego wystarczające jest przedłożenie pisemnego zobowiązania powielającego treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający bowiem wskazał jedynie, że nie wymaga innych dokumentów niż określonych w treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przystępujący pominął zupełnie fakt, że art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie zawiera zamkniętego katalogu dokumentów potwierdzających

---

udostępnienie wykonawcy konkretnego potencjału podmiotu trzeciego. Wskazuje jedynie przykładowo na pisemne zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów. Stąd też w ocenie Izby nieuprawnione jest stanowisko Przystępującego, że Zamawiający nie wymagał jakichkolwiek innych dokumentów na potwierdzenie dostępności zasobów podmiotu trzeciego.

W ocenie Izby zasadne jest wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 5.1.2 b SIWZ. Przystępujący winien przedstawić Zamawiającemu niezbędne dokumenty potwierdzające formę i sposób udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. Z dokumentów tych winno w sposób jednoznaczny wynikać jakim zasobem będzie dysponował Przystępujący, w jakiej formie i w jaki sposób. W ocenie Izby podanie takich informacji jest niezbędne do ustalenie czy zasoby podmiotu trzeciego będą realnie udostępnione Zamawiającemu podczas realizacji zamówienia. Z orzecznictwa Izby wynika również, że w takim przypadku wykonawca uprawniony jest także do wykazania innego niż wskazany w treści oferty zamówienia wraz z niezbędnymi w tym zakresie dokumentami, które potwierdzałby spełnienie przywołanego warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia.

Zarzut dotyczący terminu wykonania robót budowlanych objętych listem referencyjnym z dnia 1 marca 2010 r.

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się.

W ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił, że prace budowlane objęte treścią listu referencyjnego z dnia 1 marca 2010 r. nie obejmują robót w zakresie cementyzacji wykonanych w okresie krótszym niż 5 lat przed terminem składania ofert tj. w okresie od 2 czerwca 2009 r. do 1 czerwca 2014 r.

Na poparcie swojego zarzutu Odwołujący wskazał, że na stronie internetowej Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o.o. zamieszczona jest informacja, że prace objęte treścią listu referencyjnego wykonywane były w okresie: czerwiec 2008 do kwiecień 2009.

W ocenie Izby z treści listu referencyjnego z dnia 1 marca 2013 r. wynika, że prace zostały wykonane w terminie od 17.06.2008 r. do 08.09.2009. Fakt, iż na stronie internetowej podmiotu wystawiającego referencje wskazane są inne daty nie jest w ocenie Izby

---

wystarczającym dowodem na podważenie wiarygodności informacji zawartych w treści listu referencyjnego. Podmiot wystawiający referencje wskazał dokładne daty rozpoczęcia i zakończenia prac objętych treścią referencji. Oświadczenie to zostało podpisane przez członków zarządu Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o.o. Fakt, iż na stronie internetowej Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o.o. data zakończenia wykonania robót jest inna niż wynika z treści listu referencyjnego nie stanowi w ocenie Izby wiarygodnego dowodu na podważenie prawdziwości oświadczenia złożonego przez członków zarządu Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o.o. Informacje zamieszczone na stronie internetowej mają wyłącznie charakter informacyjny i marketingowy i nie mogą stanowić skutecznego dowodu na podważanie treści oświadczeń składanych przez odpowiednie organy spółki. Wobec braku innych dowodów, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut niezgodności listu referencyjnego z dnia 1 marca 2010 r. z treścią SIWZ

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się. Odwołujący argumentował, że skoro w treści listu referencyjnego brak jest określenia, iż roboty budowlane zostały należycie wykonanie i prawidłowo zakończone, to obowiązkiem Zamawiającego było uznanie, że załączony do treści oferty Przystępującego list referencyjny z dnia 1 marca 2010 r. nie spełniał warunku jaki winien spełniać dokument stanowiący dowód, że roboty zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujący, że zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Na potwierdzenie nienależytego wykonania robót budowlanych objętych listem referencyjnym z dnia 1 marca 2010 r. Odwołujący przedłożył Wyrok Sądu Polubownego z dnia 14 kwietnia 2014 r.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że wymaganie, aby wykonawca posiadane doświadczenie wykazał wyłącznie za pomocą referencji zawierającej literalnie zwrot „należycie wykonane” nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp ani przepisach wykonawczych do ustawy. W ocenie Izby wobec braku definicji legalnej dokumentu referencji, ustawodawca pozostawił wykonawcom dowolność co do formy jak i treści dokumentu referencji, z zastrzeżeniem, że w każdym przypadku z dokumentu tego winno wynikać, że wykonanie robót, dostaw lub usług nastąpiło należycie. Rozporządzenie w sprawie dokumentów wymaga wyłącznie załączenia dowodów potwierdzających, że wskazane roboty zostały wykonane należycie. Należy również zwrócić uwagę, że ani przepisy ustawy Pzp ani Rozporządzenia w sprawie dokumentów nie zawierają legalnej definicji pojęcia „należyte wykonanie” dostawy, usługi czy roboty budowlanej.

W przedmiotowym postępowaniu, treść listu referencyjnego z dnia 1 marca 2010 r. zawierała stwierdzenie, że roboty budowlane zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną. Izba stanęła na stanowisku, że wykonanie robót budowlanych zgodnie ze sztuką budowlaną stanowi wystarczającą podstawę dla Zamawiającego do przyjęcia, iż referencje odpowiadają wymaganiom określonym w treści SIWZ. W ocenie Izby zamieszczenie w treści listu referencyjnego zwrotu „zamówienia zostało wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną”, w sposób pośredni uprawnia Zamawiającego do przyjęcia, iż zamówienie zostało wykonane należycie.

Co do Wyroku Sądu Polubownego z dnia 14 kwietnia 2014 r. w ocenie Izby nie stanowi on potwierdzenie okoliczności, że roboty budowlane objęte treścią referencji zostały

nienależycie wykonane. Zgodnie z treścią listu referencyjnego z dnia 1 marca 2010 r. został on wystawiony w związku ze zrealizowaniem przez spółkę INFRA S.A. (jako lidera konsorcjum) zadania pn. „Kontrakt 02C-Modernizacja systemu zasilana Łodzi w wodę – Wodociąg Dąbrówka – Modernizacja rurociągu wody uzdatnionej" w ramach Projektu „Wodociągi i oczyszczalnia ścieków w Łodzi II" Nr 2004/PL/16/PE/010. Na stronie 2 Wyroku Sądu Polubownego, w pkt I Uzasadnienia jest wskazane, że spór związany jest z realizacją umowy z dnia 18 maja 2007 r. tj. Kontraktu nr 2004/PL/16/C/PE/010-03 nazwanego „Modernizacja dystrybucyjnej sieci wodociągowo – kanalizacyjnej w Łodzi", realizowanego w ramach Projektu nr 2004/PL/16/C/PE/010 zwanego „Wodociągi i Oczyszczalnie Ścieków w Łodzi II". Oznacza to, że Wyrok Sądu Polubownego dotyczy zupełnie innej części Projektu Wodociągi i Oczyszczalnie Ścieków w Łodzi II niż kontrakt z związku z realizacją którego wystawiony został list referencyjny z dnia 1 marca 2010 r. W konsekwencji, w ocenie Izby nie może stanowić on dowodu na wykazanie, że roboty objęte listem referencyjnym z dnia 1 marca 2010 r. zostały wykonane w sposób nienależyty. W konsekwencji też, Izba uznała, że powyższy zarzut nie potwierdził się.

Zarzut dołączenia do oferty referencji, które nie obejmują robót wykonanych przez osobę trzecią udzielającą zasobów wykonawcy - Przedsiębiorstwu Budowlanemu ABM Sp. z o.o. tj INFRA S.A. lecz wykonanych przez podwykonawcę tej firmy

W ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się. Słuszne jest w tym zakresie stanowisko Przystępującego, że w treści SIWZ, w szczególności pkt 5.1.2 i 6.1.2 Zamawiający nie sformułował warunku udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie

---

wykonania robót polegających na cementyzacji wnętrza przewodów wodociągowych bez udziału podwykonawców. W ocenie Izby, w kontekście powyższego zarzutu istotne znacznie ma fakt związania Zamawiającego rodzajem dokumentów wymienionych w SIWZ. Oznacza to, że Zamawiający dokonując oceny dokumentów może oceniać jedynie formę i treść złożonych dokumentów oraz ewentualnie wyjaśnień złożonych, na żądanie zamawiającego, przez wykonawcę. SIWZ określała treść dokumentów w sposób bardzo ogólny. Nie wskazywała przy tym od kogo referencje mają pochodzić, a w szczególności nie wyłączała możliwości wystawienia referencji przez głównego wykonawcę, nawet jeśli przy realizacji danej roboty stosowane było podwykonawstwo. Istotne w tym zakresie jest to, że podmiot związany na mocy umowy zawartej z określonym inwestorem zobowiązaniem do wykonania określonych prac wykonał je prawidłowo, czego potwierdzeniem jest list referencyjny wystawiony dla tego podmiotu przez inwestora. Stąd też Izba uznała za niezasadny argument Odwołującego, że Przystępujący nie ma możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego tj. spółki INFRA S.A. ze względu na to, że roboty objęte treścią listu referencyjnego z dnia 1 marca 2010 r. nie zostały wykonane przez spółkę INFRA S.A. lecz przez jej podwykonawcę.

Ponadto, w przekonaniu Izby, doświadczenie wykonawcy zdobyte i ugruntowane przy wykonywaniu robót odpowiadających swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, jest niezależne od tego czy wykonawca roboty referencyjne wykonywał w charakterze wykonawcy, podwykonawcy czy „głównego wykonawcy." Stawianie takich warunków co do sposobu nabycia doświadczenia, jest nieuprawnione i nie znajduje podstaw w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, co potwierdzone zostało także w orzecznictwie (tak np. wyrok KIO 676/09 oraz KIO 33/13, 39/13, 87/17, 90/13). W ocenie Izby fakt, że spółka INFRA S.A. wykonywała roboty budowlane w ramach kontraktu Kontrakt 02C – Modernizacja systemu zasilania Łodzi w wodę – Wodociąg Dąbrowa – Modernizacja rurociągu wody uzdatnionej" z pomocą podwykonawcy nie uniemożliwia Przystępującemu powoływanie się na zdobyte w ten sposób doświadczenie. O wykonaniu robót przez dany podmiot nie przesądza bowiem sposób ich wykonania, ale istnienie określonych relacji prawnych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, które to relacje rodzą zobowiązanie do wykonania robót budowlanych tj. umowa o roboty budowlane.

W konsekwencji, w ocenie Izby powyższy zarzut nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący braku możliwości powoływania się na zasoby spółki INFRA S.A. z powodu sytuacji finansowej tej spółki

W ocenie Izby zarzut Odwołującego jakoby sytuacja finansowa spółki INFRA S.A. świadczyć miała o tym, że nie posiada ona żadnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia jest niezasadny. Należy bowiem zauważyć, że Przystępujący nie korzysta z zasobów finansowych spółki INFRA S.A. i samodzielnie spełnił wszelkie wymagania określone w treści SIWZ w zakresie sytuacji ekonomiczno – finansowej. Przystępujący zadeklarował jedynie korzystanie z wiedzy i doświadczenia spółki INFRA S.A. W konsekwencji, dowody przedłożone przez Odwołującego mające na celu wykazanie sytuacji finansowej spółki INFRA S.A. (tj. wniosek z dnia 20 maja 2014 r. o ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu z wierzycielami wraz z aktualnym bilansem sporządzonym w celu złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości) nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania. Izba uznała za zbędne dokonywania analizy sytuacji finansowej spółki INFRA S.A. w kontekście możliwości udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Ponadto, skoro Zamawiający nie ma wystarczających informacji w jaki sposób spółka INFRA S.A. udostępni Przystępującemu wiedzę i doświadczenia, to jakakolwiek analiza sytuacji finansowej spółki INFRA S.A. w świetle możliwości realnego wykorzystania wiedzy i doświadczenia tego podmiotu w sytuacji, gdy został złożony wniosek o ogłoszenia upadłości nie ma znaczenia na tym etapie postępowania.

Zarzut braku możliwości korzystania przez Przystępującego z doświadczenia spółki INFRA S.A., gdyż ta wymusza podwykonawstwo, a to jest niedopuszczalne na podstawie pkt. 3.5. SIWZ w zw. z §12 ust. 2 umowy

W ocenie Izby na obecnym etapie postępowanie rozstrzygnięcie powyższego zarzut należy uznać za przedwczesne. Izba nakazała bowiem Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1.2 SIWZ. Przystępujący winien przedstawić Zamawiającemu niezbędne dokumenty potwierdzające formę i sposób udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. Z dokumentów tych winno w sposób jednoznaczny wynikać jakim zasobem będzie dysponował Przystępujący, w jakiej formie i w jaki sposób. Dopiero z chwilą uzyskania niezbędnych informacji Zamawiający będzie posiadał wystarczającą wiedzę pozwalającą na

---

ocenę charakteru zaangażowania zasobów podmiotu trzeciego, formy udostępnienia tych zasobów i zadecydowania czy konieczne jest zaangażowanie podmiotu trzeciego w formie podwykonawcy w celu realnego wykorzystania zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia i w konsekwencji jakie to ma znaczenie dla postanowień SIWZ oraz projektu umowy w zakresie podwykonawstwa oraz czy inna forma udostępnienia tego potencjału zapewni Zamawiającemu realny dostęp do zasobów spółki INFRA S.A. Na tym etapie postępowania, wobec braku podstawowych informacji co do sposobu wykorzystania zasobu podmiotu trzeciego, Izba uznała za przedwczesne rozstrzyganie o zarzucie co do sposobu zaangażowania spółki INFRA S.A. w realizację zamówienia.

W uwagach końcowych Izba zauważa, że Odwołujący wskazał w treści odwołania, iż Przystępujący nie ma możliwości realnego skorzystania z wiedzy i doświadczenia spółka INFRA S.A. z powodu braku zdolności tej spółki do prowadzenia jakichkolwiek robót. Wynika to z faktu, iż w 2012 r. dział wykonawstwa spółki INFRA S.A. został przeniesiony do spółki BLEJKAN Sp. z o.o. wraz z zatrudnionymi w nim 38 pracownikami. Na dowód potwierdzenia swoich twierdzeń przedłożył wniosek spółki INFRA S.A. o ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu. Izba zauważa jednak, że w treści złożonego wniosku rzeczywiście zamieszczona jest informacja o dokonanej restrukturyzacji spółki w 2012 r., jednakże wskazane jest również, że spółka INFRA S.A. zatrudnia nadal 29 osób, w tym wykwalifikowanych inżynierów. Co prawa prowadzi głównie działalność skupiającą się na doradztwie inżynieryjnym, ale wykonuje również usługi renowacji sieci wodociągowych i gazowych metodą Compact Pipe. Nie jest więc słuszne stanowisko Odwołującego, że spółka INFRA S.A. nie prowadzi jakichkolwiek robót.

O kosztach postępowania orzeczona stosowanie do wyniku postępowania – na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu

odwoławczym w sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……