Sygn. akt KIO 2642/14

WYROK

z dnia 29 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 grudnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 12 grudnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: **„Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR" sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu**
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa obiektów inżynierskich w ciągu ul. Krzywoustego (DK11) nad ul. Inflancką i ul. Chartowo w Poznaniu* (nr postępowania PIM/08/14/ZP6/XIX)
prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Poznań, w imieniu i na rzecz którego działają Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**
przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Most sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, POLBUD Pomorze sp. z o.o. z siedzibą w Łącku** – zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w ten sposób, że **nakazuje zamawiającemu – Miastu Poznań, w imieniu i na rzecz którego działają Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a także powtórzenie czynności w prowadzonym postępowaniu, począwszy od oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Most sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, POLBUD Pomorze sp. z o.o. z siedzibą w Łącku do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania**

warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, którego opis sposobu oceny spełniania został zawarty w pkt 9.1.2 lit. b pkt I ppkt 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **– Miasto Poznań, w imieniu i na rzecz którego działają Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR" sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego – Miasta Poznań, w imieniu i na rzecz którego działają Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** na rzecz **odwołującego – „Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR" sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu** kwotę **23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci 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, 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 **Poznaniu.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2642/14

Uzasadnienie

Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu prowadzą w imieniu i na rzecz Miasta Poznań w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; zwana również dalej „ustawą pzp" lub „pzp"}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Przebudowa obiektów inżynierskich w ciągu ul. Krzywoustego (DK11) nad ul. Inflancką i ul. Chartowo w Poznaniu* (nr postępowania PIM/08/14/ZP6/XIX).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 sierpnia 2014 r. pod nr 2014/S_19/08/2014, z tym że 14 sierpnia 2014 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń, a także na swojej stronie internetowej {www.pozim.pl}, na której udostępnił również od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „specyfikacją", „SIWZ" lub „s.i.w.z."}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 243.000.000,00 zł co stanowi równowartość 57.516.154,23 (w tym wartość zamówień uzupełniających na kwotę 81.000.000,00 zł, czyli 19.172.051,41 euro).

3 grudnia 2014 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – „Przedsiębiorstwu Usług Technicznych INTERCOR" sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu {zwanemu również dalej w skrócie „Intercor"} zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Most sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, POLBUD Pomorze sp. z o.o. z siedzibą w Łącku {zwanych również dalej w skrócie „Konsorcjum Most".

12 grudnia 2014 r. Odwołujący wniósł – w formie pisemnej – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, a także od zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum Most z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 – przez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum Most oraz odrzucenia jego oferty, z uwagi na to, że nie wykazało ono spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Sygn. akt KIO 2642/14

2. Art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez jego błędne zastosowanie i w konsekwencji powtórne wezwanie Konsorcjum Most pismem z 25 listopada 2014 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu z pkt 9.1.2. b) I.1 SIWZ, pomimo tego, że Zamawiający już raz wzywał tego Wykonawcę do uzupełnienia tych dokumentów pismem z 17 listopada 2014 r.
3. Art. 26 ust. 2b w zw. z art 353 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 2013 r. Kodeks cywilny {dalej zwany również w skrócie „kc"} – przez ich błędną interpretację, a w konsekwencji:
   a) nieuprawnione przyjęcie, że oświadczenia Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim {spółki zwanej również dalej w skrócie „PBDiM"} pn. *Zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy/Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia* kreują po stronie tego podmiotu zobowiązanie, podczas gdy treść tych oświadczeń nie zawiera dostatecznego oznaczenia świadczenia, a więc nie stanowią one zobowiązań, z uwagi na brak istotnego elementu stosunku zobowiązaniowego;
   b) nieuprawnione przyjęcie, że treść oświadczeń PBDiM udowadnia realne

dysponowanie przez Konsorcjum Most wiedzą i doświadczeniem tego podmiotu;
c) zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Most z postępowania oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy pzp, z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

4. Art. 91 ust. 1 – przez jego niezastosowanie i bezprawny wybór oferty Konsorcjum Most jako najkorzystniejszej, mimo że Zamawiający winien był wykluczyć z postępowania Konsorcjum Most oraz odrzucić jego ofertę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Most jako najkorzystniejszej.
2. Unieważnienie czynności powtórnego wezwania Konsorcjum Most pismem z 25 listopada 2014 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału z pkt 9.1.2. b) I.1) SIWZ.
3. Wykluczenie Konsorcjum Most oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 pzp.
4. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert z pominięciem oferty Konsorcjum Most.

Odwołujący ponadto sprecyzował zarzut przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad zarzutów nr 1 i 2}

Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 9.1.2. b) I.1) SIWZ (s. 5) o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki

dotyczące: *b) posiadania wiedzy i doświadczenia: Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku:*
I. Wykonawca musi wykazać, że wykonał (dotyczy tylko obiektów zakończonych) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie:
1) obiektu inżynierskiego (wiadukt, most, estakada) przeznaczonego do przeprowadzenia drogi lub ulicy o wartości bez podatku VAT co najmniej 30 000 000,00 pln – roboty wykonane w ramach tego samego obiektu,
– roboty budowlane wykonane w ramach tego samego obiektu, o wartości nie mniejszej niż 30 000 000,00 pln netto – każda z robót, polegające na budowie lub przebudowie obiektu inżynierskiego (wiadukt, most, estakada) przeznaczonego do przeprowadzenia drogi lub ulicy (wykaz musi obejmować min. jedna taka robotę budowlaną);
W tym celu, zgodnie z pkt. 9.2.1 b) SIWZ wymagano, aby przedłożyć wraz z ofertą:
b) wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem 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. Za roboty budowlane, których dotyczy obowiązek wskazania w przedmiotowym wykazie oraz załączenia dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie (najważniejsze roboty budowlane) uznaje się zgodnie z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (opis zawarty w pkt 9.1.2. lit b niniejszej specyfikacji);

{pierwotny wykaz robót Konsorcjum Most}

Odwołujący zrelacjonował w pierwszej kolejności, że na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Konsorcjum Most wskazało w wykazie robót załączonym do oferty (s. 2) w poz. 1 następująco opisane roboty budowlane: *budowa nowej przeprawy składającej się z 3-ch 11-przęsłowych niezależnych obiektów mostowych o konstrukcji zespolonej, w tym dwa dla ruchu samochodowego i jeden dla ruchu tramwajowego wraz z rozbiórką istniejących wiaduktów nad ulicą Słomińskiego oraz nad torami PKP,* o wartości 64.815.203,41 zł, zakończonych 15 grudnia 2011 r. w ciągu ul. Andersa w Warszawie. Na s. 3-6 oferty Konsorcjum Most załączyło poświadczenie wydane 22 sierpnia 2014 r. przez Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych w Warszawie, z którego wynika, że wykonawcami tych robót budowlanych było konsorcjum wykonawców w składzie: Odwołujący, PBL

sp. z o.o. Następnie na s. 92 oferty Konsorcjum Most wskazało, że PBDiM będzie jego podwykonawcą, a zakres zasobów udostępnianych wykonawcy to: *wiedza i doświadczenie w zakresie budowy lub przebudowy obiektu inżynierskiego (wiadukt, most, estakada) przeznaczonego do przeprowadzania drogi lub ulicy o wartości bez podatku VAT co najmniej 30.000.000,0 zł – realizacja zadania „Przebudowa ul. Andersa – etap I – budowa (przebudowa) wiaduktu nad torami PKP i ul. Słomińskiego.* Wreszcie na s. 93 oferty Konsorcjum Most załączyło oświadczenie PBDiM dotyczące udostępnienia zasobów.

Następnie odwołujący opisał, że 17 listopada 2014 r. Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Most w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp o udzielenie wyjaśnień w następującym zakresie: *Biorąc pod uwagę, iż z opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, który Zamawiający zawarł w pkt 9.1.2. lit b) I. ppkt. 1) SIWZ, wynika, że roboty polegające na budowie lub przebudowie obiektu inżynierskiego (wiadukt, most, estakada) przeznaczonego do przeprowadzenia drogi lub ulicy o wartości nie mniejszej niż 30 000 000,00 pln netto miały być wykonane w ramach tego samego obiektu, a ze złożonych przez Państwa dokumentów wynika, iż zadanie inwestycyjne w Warszawie obejmowało wykonanie „trzech niezależnych obiektów: dwóch do przeniesienia ruchu samochodowego, jeden dla ruchu tramwajowego" konieczne jest wskazanie wartości netto zrealizowanych robót dla poszczególnych obiektów (wiaduktów) – tj. Wiaduktu Zachodniego – samochodowego; Wiaduktu* Środkowego *– samochodowego oraz Wiaduktu Wschodniego – tramwajowego). Uzyskanie informacji o wartościach poszczególnych obiektów pozwoli Zamawiającemu na weryfikacje spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia związanego z wykonaniem robót polegających na budowie lub przebudowie obiektu inżynierskiego (wiadukt, most, estakada) przeznaczonego do przeprowadzenia drogi lub ulicy,*

Odwołujący zrelacjonował dalej, że odpowiadając na powyższe wątpliwości Zamawiającego Konsorcjum Most w piśmie z 20 listopada 2014 r. wyjaśniło, że: (…) *Kierując się informacjami otrzymanymi od podmiotu udostępniającego, w szczególności zapewnieniem, iż przedmiotem zadania pn.: „Przebudowa ul. Andersa – etap I – budowa (przebudowa) wiaduktów nad torami PKP i ul. Słomińskiego" była budowa (przebudowa) jednego obiektu inżynierskiego, składające się z zespołu trzech równoległych wiaduktów, które były rozliczone przez inwestora tego zadania (Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych w Warszawie) jako całość – jeden obiekt – na kwotę 64.815.203,41 PLN, wskazaliśmy to zadanie w Załączniku nr 7 do SIWZ – Wykazie robót, który przedstawiliśmy Państwu na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 9.1.2 lit. b ppkt I.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Mając na uwadze Państwa wezwanie z dnia 17 listopada 2014 r. zwróciliśmy się do Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z/s w Mińsku*

Mazowieckim z prośbą o wskazanie wartości poszczególnych wiaduktów zrealizowanych w ramach zadania pn.: (…) *W odpowiedzi otrzymaliśmy od Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z/s w Mińsku Mazowieckim oświadczenie, w którym podmiot ten poinformował nas, iż brak jest możliwości wyszczególnienia wartości netto zrealizowanych robót dla poszczególnych obiektów (wiaduktów) wchodzących w skład zadania pn.:* (…) *w zakreślonym przez Państwa terminie, gdyż roboty wchodzące w skład tego zadania zostały podzielone przez inwestora tego zadania (Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych w Warszawie) wg poszczególnych branż i elementów robót, a nie wg poszczególnych wiaduktów. Tym samym wskazanie wartości netto dla każdego z wiaduktów na podstawie dokumentów posiadanych aktualnie przez Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z/s w Mińsku Mazowieckim jest niemożliwe, a uzyskanie takich informacji wymagałoby dokonania szczegółowej analizy dokumentacji powykonawczej i sporządzenia odrębnego wyliczenia. Na potwierdzenie przekazanych nam informacji składający oświadczenie dołączył zbiorcze zestawienie kosztów dla zadania pn.* (…). *W załączeniu do niniejszego pisma*

przekazujemy kopię otrzymanego oświadczenia, poświadczoną za zgodność z oryginałem przez nasze Konsorcjum, wraz z dołączonym załącznikiem – zestawieniem. W świetle *wyjaśnień przesłanych przez Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z/s w Mińsku Mazowieckim pragniemy podnieść, iż w ocenie naszego Konsorcjum, udostępnione nam zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia nabytego przy realizacji zadania pn.:* (…) *potwierdzają legitymowanie się przez nasze Konsorcjum wiedzą i doświadczeniem wymaganym zgodnie z pkt 9.1.2 lit. b ppkt I.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.*

Odwołujący podniósł, że powyższe stanowisko Konsorcjum Most jest nieuprawnione, gdyż Zamawiający wskazał w sposób wystarczająco precyzyjny i niebudzący wątpliwości, że przez „obiekt inżynierski" rozumie „wiadukt, most, estakadę", wymagając jednocześnie, aby wartość takiego obiektu wynosiła co najmniej 30 mln zł bez podatku VAT. Tymczasem wykazane przez Konsorcjum Most trzy obiekty inżynierskie o łącznej wartości blisko 65 mln zł był niezależne, a ponadto Konsorcjum Most nie było w stanie wskazać wartości poszczególnych obiektów inżynierskich (wiaduktów). Odwołujący potwierdził – jako jeden z uczestników konsorcjum realizującego powyżej opisane zadanie – że tak jak poświadczył inwestor, dotyczyło ono wykonania trzech niezależnych obiektów inżynierskich (wiaduktów), a nie jednego obiektu składającego się z trzech równoległych wiaduktów. Tym samym według Odwołującego Konsorcjum Most nie było w stanie wykazać spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 9.1.2. b) I.1 SIWZ.

{uzupełniony wykaz robót Konsorcjum Most}

Odwołujący zrelacjonował następnie, że Konsorcjum Most uzupełniło ofertę o nowy wykaz robót, w którym – w celu wykazania spełniania warunku określonego w 9.1.2. b) I.1 SIWZ – wskazano dodatkowo wykonanie do 21 sierpnia 2013 r. dwóch zadań *w ciągu drogi ekspresowej S-3 na odcinku od węzła „Międzyrzecz Południe" do węzła „Sulechów" odcinek 1* {poz. 2 i 3 w uzupełnionym wykazie}: (1) *Budowa wieloprzęsłowego wiaduktu drogowego WS-02a – 17-sto przęsłowy wiadukt o konstrukcji* żelbetowej *(kablobeton) kl. obciążeń A;* o wartości 53.251.337,22 zł; wykonane do 21.08.2013 r.; (2) *Budowa wieloprzęsłowego wiaduktu drogowego WS-09 – 10-cio przęsłowy ciągły wiadukt* żelbetowy, *sprężony kl. obciążeń A,* o wartości 43.358.347,61 zł. Z kolei w załączonym poświadczenia Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad („GDDKiA") wskazano, że wykonawcą tych zadań było konsorcjum w składzie: Mota-Engil Central Europę S.A., Mota-Engil, Engenharia e Construcao S.A., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. i PBDiM. Ponadto Konsorcjum Most załączyło także oświadczenie PBDiM o udostępnieniu mu wiedzy i doświadczenia wynikających z wykonania powyżej wskazanych obiektów inżynierskich, które nie zawierało daty.

Odwołujący opisał także, że w związku z powyższym Zamawiający pismem z 25 listopada 2014 r. zwrócił się do Konsorcjum Most o wyjaśnienie uzupełnionego oświadczenia PBDiM w zakresie daty jego sporządzenia. W odpowiedzi z 27 listopada 2014 r. Konsorcjum Most wyjaśniło, że brak daty na uzupełnionym oświadczeniu wynika z faktu sporządzenia go na formularzu SIWZ.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wskazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. W przypadku braku wykazania spełniania tych warunków lub braku podstaw do wykluczenia, podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. Natomiast zgodnie z art. 26 ust. 2b w zw. z art. 26 ust. 2a pzp wykonawca jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w dacie składania ofert.

Odwołujący zarzucił, że o ile brak daty w oświadczeniu PBDiM znajdującym się w ofercie nie ma większego znaczenia, gdyż z samego faktu złożenia oferty w terminie składania ofert wynika, że zostało ono sporządzone przed tą datą, o tyle w przypadku uzupełnionego oświadczenia PBDiM brak daty na oświadczeniu powoduje, że Konsorcjum MOST nie wykazało, że oświadczenie to zostało sporządzone przed upływem terminu

składania ofert. Z samego zaś faktu, że zostało ono uzupełnione dopiero po terminie składania ofert oraz wobec pierwotnego wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia przez

Konsorcjum Most spełniania warunków udziału w postępowaniu – wynika domniemanie, że uzupełnione oświadczenie PBDiM zostało sporządzone już po upływie terminu składania ofert.

{wielokrotne uzupełnianie dokumentów przez Konsorcjum Most}

Ponadto Odwołujący zarzucił, że, co prawda, Zamawiający wzywał Konsorcjum Most do wyjaśnienia treści dokumentów formalnie w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy pzp, w rzeczywistości zarówno pisma Zamawiającego z dnia 17 listopada 2014 r., jak i z 25 listopada 2014 r. prowadziły do wielokrotnego uzupełnienia przez Konsorcjum Most dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 pzp. Odwołujący podniósł, że instytucja z art. 26 ust. 4 pzp nie może prowadzić do zmiany treści przedłożonych dokumentów, gdyż służy wyjaśnianiu niejasnej treści dokumentów, które po ich prawidłowym zrozumieniu w sposób wyraźny potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Natomiast w tym przypadku treść dokumentów zarówno załączonych do oferty, jak i uzupełnionych, nie potwierdza spełniania przez Konsorcjum Most warunku z pkt 9.1.2 b) I.1 SIWZ w dacie składania ofert.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 65 § 1 kc {w zw. z art. 14 ustawy pzp} oświadczenie woli (wezwanie Zamawiającego) należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego. Jak wskazuje Sąd Najwyższy w wyroku z 21 marca 2014 r. (sygn. akt IV CSK 407/13): *Podstawę wykładni oświadczeń woli mających formę pisemną stanowi tekst dokumentu, w którym ujęto oświadczenie woli, lecz uwzględnieniu podlegają także okoliczności, w jakich oświadczenie woli zostało złożone, oraz cel oświadczenia woli wskazany w tekście bądź możliwy do ustalenia na podstawie postanowień umowy*. Celem i zamiarem zaś Zamawiającego było poinformowanie Wykonawcy o tym, że złożona oferta, a następnie jej uzupełnienia, nie potwierdzają spełniania przez Konsorcjum Most warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający oczekiwał bowiem najpierw uzupełnienia wykazu robót (o wpisanie wartości poszczególnych 3 obiektów inżynierskich albo innych zadań), a następnie – uzupełnienia daty uzupełnionego oświadczenia PBDiM.

Odwołujący przeanalizował, że w piśmie z 17 listopada 2014 r. Zamawiający wyraźnie wskazał Konsorcjum Most, że przedłożony wraz z ofertą wykaz robót nie potwierdza spełniania warunku udziału z pkt 9.1.2. b) I.1 SIWZ, gdyż nie wynika z niego, jaką wartość mają poszczególne obiekty inżynierskie wskazane w poz. 1 wykazu. Według Odwołującego Konsorcjum Most słusznie odczytało intencje Zamawiającego i uzupełniło swoją ofertę o zmodyfikowany wykaz robót. Z kolei w piśmie z 25 listopada 2014 r. Zamawiający ponownie wskazał Konsorcjum Most, że po uzupełnieniu dokumentów nadal nie zostało udowodnione spełnianie warunku z pkt 9.1.2. b) 1.1 SIWZ w dacie składania ofert, gdyż

z oświadczenia PBDiM nie wynika data, w której nastąpiło udostępnienie wiedzy i doświadczenia. Zdaniem Odwołującego mając świadomość, że nie można uzupełnić tego oświadczenia PBDiM o datę, gdyż byłoby to przerobienie dokumentu – Konsorcjum Most podjęło próbę uzupełnienia oferty w drodze wyjaśnień.

Odwołujący podsumował, że z okoliczności i treści wezwań Zamawiającego wynika, że skierowane do Konsorcjum Most pisma stanowiły wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp, i taki był zresztą ich skutek. W konsekwencji pismo z 25 listopada 2014 r. stanowiło nieuprawnione powtórne wezwanie Konsorcjum Most do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku z pkt 9.1.2. b) I.1 SIWZ, a więc złożone w odpowiedzi przez Konsorcjum Most uzupełnienie z 27 listopada 2014 r. nie powinno być brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący dodał, że składane wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 pzp nie mogą prowadzić do wielokrotnego uzupełniania oferty w zakresie niewykazania przez Konsorcjum Most spełniania powyższego

warunku.
{ad zarzutu nr 3}

Odwołujący zarzucił, że zadania wskazane przez Konsorcjum Most w pkt 1, 2 i 3 nowego wykazu robót na potrzeby spełnienia warunku udziału, o którym mowa w pkt 9.1.2 b) I.1 SIWZ, zostały mu rzekomo udostępnione w trybie art. 26 ust. 2b ustawy pzp przez PBDiM.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy pzp wykonawca, który polega na wiedzy i doświadczeniu czy osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Powyższy przepis implementuje unijne dyrektywy z zakresu zamówień publicznych, w tym art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Zgodnie z tymi regulacjami wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań, przy czym musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Art. 26 ust. 2b pzp powinien być interpretowany zgodnie z dyrektywą, z uwzględnieniem interpretacji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, gdyż zgodnie z art. 19 Traktatu o Unii Europejskiej, Trybunał zapewnia poszanowanie prawa w wykładni i stosowaniu Traktatów. Natomiast zgodnie z art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii

Europejskiej, Trybunał uprawniony jest do wiążącej wykładni prawa unijnego w ramach procedury pytań i orzeczeń prejudycjalnych. Wykładnia prawa unijnego dokonana przez Trybunał w jednej sprawie wywiera skutki we wszystkich innych postępowaniach, jakie toczą się przed sądami państw członkowskich na podstawie tych samych przepisów prawa unijnego. W rezultacie wyroki Trybunału mają walor precedensu i faktycznie są skuteczne *erga omnes*.

Odwołujący zrelacjonował, że Trybunał niejednokrotnie wypowiadał się w kwestii interpretacji powyższych przepisów. I tak w orzeczeniu w sprawie C-176/98 Holst Italia przeciwko Comune di Caligari, stwierdził, że: *Usługodawca, który nie spełnia sam minimalnych warunków stawianych uczestnikom postępowania o zamówienie publiczne na usługi może więc się opierać, w stosunkach z podmiotem zamawiającym, na stanie (kondycji) podmiotów trzecich, z których zasobów proponuje korzystać w razie udzielenia mu zamówienia. Takie odwołanie się do zewnętrznych* środków *podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się,* że *zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia. Tak więc, jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od prawnego charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać,* że *faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia (patrz podobnie w odniesieniu do dyrektyw 71/304 i 71/305, Ballast Nedam Groep I, pkt 17).*

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z tym stanowiskiem wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przy poleganiu na zasobach podmiotów trzecich może nastąpić jedynie wówczas, gdy podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia udowodni (a nie tylko uprawdopodobni) w sposób niebudzący wątpliwości, że podczas wykonywania zamówienia będzie realnie i faktycznie mógł korzystać z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu. W tym celu musi wykazać, jakie konkretnie zasoby i na jakich konkretnych zasadach będą mu udostępnione. Nie jest wystarczające przedłożenie *zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów,* jeżeli z takiego dokumentu nie wynika

jakiekolwiek konkretne zobowiązanie. Takie też stanowisko zajmuje Krajowa Izba odwoławcza w swoich orzeczeniach, stwierdzając, że: *Z uwagi na różny charakter stosunków, które mogą łączyć wykonawcę z podmiotem trzecim, a także zróżnicowany charakter zasobów podlegających udostępnieniu, przepis art. 26 ust 2b nie może precyzyjnie*

określać uniwersalnej treści takiego zobowiązania, która niezależnie od okoliczności gwarantowałaby skuteczne wykazanie przez wykonawcę możliwości polegania na zasobach innego podmiotu niezbędnych do wykonania zamówienia. Izba podziela stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, który w uzasadnieniu wyroku z 25 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 315/11) zwrócił uwagę na to, że przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Wobec tego złożenie ogólnego oświadczenia, bez wykazania, w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, jest z całą pewnością niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnienie warunków zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego na ma jednak podstaw prawnych aby skuteczność wykazania rzeczywistego charakteru przekazania potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia uzależniać od tego, czy podmiot trzeci będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca czy też w innym charakterze. {por. wyrok o sygn. akt KIO 179/13, a wyrok o sygn. akt KIO 1439/13, wyrok o sygn. akt KIO 953/13, wyrok o sygn. akt KIO 1670/14, wyrok o sygn. akt KIO 1390/14}.

Odwołujący wywiódł, że aby Konsorcjum Most mogło wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu musiałoby udowodnić Zamawiającemu, że PBDiM zobowiązało się na jego rzecz do określonego świadczenia, które pozwoli na realne i rzeczywiste korzystanie przez Konsorcjum Most z wiedzy i doświadczenia PBDiM.

{treść zobowiązania wynikająca z oznaczenia świadczenia}

Odwołujący stwierdził, że wskazane w art. 26 ust. 2b ustawy pzp pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów jest tylko przykładowym środkiem dowodowym w zakresie udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia. Jest to pisemny (własnoręcznie podpisany) dokument, z którego winno wynikać zobowiązanie podmiotu udostępniającego swój potencjał, określające w szczególności treść zaciągniętego zobowiązania.

Odwołujący wskazał, że podstawowe cechy zobowiązaniowego stosunku prawnego zostały określone w art. 353 § 1 kc, zgodnie z którym zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić. Istotnym elementem zobowiązania jest określenie świadczenia, czyli zgodnego z zobowiązaniem zachowania dłużnika. Treść świadczenia stanowi przedmiot zobowiązania i spoczywającego na dłużniku długu, określając zachowanie lub zespół zachowań, które dłużnik jest zobowiązany podjąć w interesie wierzyciela. W przypadku świadczeń złożonych, każde z poszczególnych składających się na nie zachowań jest przedmiotem odrębnego obowiązku dłużnika, któremu odpowiada roszczenie wierzyciela i którego realizacja może

być wymuszona w drodze postępowania sądowego i egzekucyjnego {por. P. Machnikowski, komentarz do art. 353 kc w: E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Komentarz,* wydanie 5, Legalis 2013}. Świadczenie stanowi konstrukcyjny element stosunku zobowiązaniowego, bez którego zobowiązanie w ogóle nie powstaje. Według art. 353 § 2 kc świadczenie może polegać na działaniu albo zaniechaniu. Tak więc świadczenie (obowiązek dłużnika) może polegać na pozytywnym lub negatywnym działaniu tj. podjęciu stosownych czynności lub powstrzymaniu się od nich. W ramach świadczeń polegających na działaniu można na podstawie dalszych przepisów wyróżnić świadczenia polegające na zapłacie sumy pieniężnej (zob. art. 358 kc), daniu rzeczy (zob. art. 357 i 479 kc) oraz wykonywaniu innych niż zapłata czy danie rzeczy czynności (zob. art. 480 kc) {por. P. Machnikowski, komentarz do art. 353 k.c. w: E. Gniewek, *Kodeks Cywilny. Komentarz,* wydanie 5, Legalis 2013}. Świadczenie

może przybierać postać czynności prawnej (obciążenie rzeczy prawem rzeczowym, przeniesienie prawa majątkowego, złożenie oświadczenia woli), faktycznej (wykonanie usługi medycznej, naprawa przedmiotu) bądź też składać się z szeregu zachowań dłużnika przybierających postać zarówno czynności prawnej, jak i faktycznej (por. M. Safjan, komentarz do art. 353 k.c., w: red. K. Pietrzykowski, M, Safjan, *Kodeks cywilny. Komentarz,* Tom I, wyd. 6, Warszawa 2011 r., Legalis 2013). Ponadto *określenie* świadczenia *powinno nastąpić wraz z powstaniem zobowiązania, przez zdarzenie kreujące zobowiązanie. Będzie to czynność prawna, orzeczenie sądu, decyzja administracyjna albo przepisy prawne, które wiążą z określonym zdarzeniem skutek w postaci zobowiązania. Dopuszczalne jest także, aby w momencie powstania zobowiązania wskazany był tylko sposób, za pomocą którego będzie można określić* świadczenie *w przyszłości, ale nie później, niż w chwili wykonania zobowiązania. Wątpliwości nie budzi odwołanie się do określonych zdarzeń, pozwalających ustalić* świadczenie, *a niewymagających dokonania ocen (np. odwołanie się do ceny obowiązującej na określonym rynku). W granicach swobody umów (art. 353 1 k.c.) strony mogą powierzyć oznaczenie* świadczenia *osobie trzeciej, a nawet jednej ze stron. Jednak w obu przypadkach podmiot ten nie może uzyskać kompetencji do oznaczenia* świadczenia *zupełnie arbitralnie, do pełnej dowolności, gdyż takie postanowienie należałoby uznać za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.* { A. Olejniczak, komentarz do art. 353 k.c. w: red. A. Kidyba, *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna,* Lex 2013). Podobnie wypowiada się pozostała część doktryny. Stwierdza się także w doktrynie, że Świadczenie *musi być oznaczone, w przeciwnym razie nie można mówić o istnieniu zobowiązania ze względu na brak istotnego elementu stosunku zobowiązaniowego. Brak oznaczenia* świadczenia *uniemożliwia ustalenie treści tego zobowiązania, bez oznaczenia bowiem* świadczenia *niemożliwe jest określenie praw i obowiązków dłużnika, a w konsekwencji nie wiadomo, czego może się domagać wierzyciel i co powinien czynić*

dłużnik. {red. E. Łętowska, *System prawa prywatnego. Tom 5. Prawo zobowiązań – część ogólna,* Warszawa 2006 r., C.H. Beck, s. 186-187}

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 1 kwietnia 2011 r. (sygn. akt lll CSK 206/10) *do istotnych elementów stosunku zobowiązaniowego należy obowiązek* świadczenia, *natomiast samo* świadczenie *jest jedynie realizacją tego obowiązku.* Świadczenie *musi być oznaczone, gdyż oznaczenie* świadczenia *w połączeniu z oznaczeniem sposobu zachowania się dłużnika pozwala na ustalenie treści stosunku zobowiązaniowego. Jeżeli* świadczenie *nie zostanie oznaczone, nie można mówić o istnieniu zobowiązania ze względu na brak istotnego elementu stosunku zobowiązaniowego.*

{nieokreślenie treści świadczenia w oświadczeniach PBDiM}

Według Odwołującego doświadczenie, jako zjawisko niematerialne, nie może stanowić przedmiotu udostępnienia, bez uczestniczenia podmiotu, który to doświadczenie pragnie udostępnić, w pewnym zdarzeniu. Zgodnie z definicją słownikową „doświadczenie" oznacza: *ogół wiadomości i umiejętności zdobytych na podstawie obserwacji i własnych przeżyć*. {Słownik języka polskiego Wydawnictwa Naukowego PWN S.A., www.sjp.pwn.pl} Udostępnienie wiedzy i doświadczenia może zatem nastąpić jedynie w drodze świadczenia przez podmiot udostępniający tę wiedzę i doświadczenie na rzecz odbiorcy np. udział dłużnika w wykonywaniu części zamówienia, oddelegowanie pracowników posiadających taką wiedzę i doświadczenie, przeniesienie zorganizowanej części przedsiębiorstwa albo jego dzierżawę itp. Udostępnienie wiedzy i doświadczenia zawsze będzie wiązać się z udziałem podmiotu, który tę wiedzę i doświadczenie posiada, w wykonaniu określonych czynności w ramach świadczenia lub świadczeń, które muszą zostać skonkretyzowane.

Zdaniem Odwołującego oświadczenia PBDiM (s. 93 oferty Konsorcjum Most oraz ostatnia s. pisma Konsorcjum Most z 20 listopada 2014 r.) nie zawierają wystarczającego oznaczenia świadczenia, tj. wskazania zachowania się lub zaniechania dłużnika, które określałoby obowiązki PBDiM (dłużnika), a których spełnienia mogłoby domagać się Konsorcjum Most (wierzyciel). Oświadczenia nie wskazują także sposobu, w jaki treść świadczenia mogłaby zostać oznaczona na etapie późniejszym lub wskazania osoby, która byłaby uprawniona do takiego wskazania. Wskazanie w Oświadczeniach, że: (a) *zobowiązuję/zobowiązujemy się jako podmiot (firma) udostępniający zasoby*

Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Kolejowej 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki do oddania do dyspozycji ww. Wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia na czas realizacji niniejszego zamówienia niezbędnych zasobów na zasadach określonych w art. 26 ust 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, których opis sposobu dokonania oceny spełnienia zawarto w pkt. 9.1.2. lit b)-d) SIWZ; (b) *Sposób wykorzystania zasobów*

innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia: W ramach świadczenia *usług dla Wykonawcy* – nie wskazuje w jakimkolwiek stopniu świadczenia (zespołu zachowań), do którego zobowiązane byłoby PBDiM, a którego mogłoby żądać Konsorcjum Most. Nie zawiera wskazania jakiejkolwiek czynności prawnej lub faktycznej której PDBIM byłby zobowiązany wykonać. Oświadczenia PBDiM sprowadzają się w rzeczywistości do wskazania, że udostępnienie rzekomych zasobów następuje celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy winno nastąpić w celu umożliwienia Konsorcjum Most realizację zamówienia. Nie wiadomo także, jakie usługi miałoby PBDiM wykonywać na rzecz Konsorcjum Most, i jakich usług Konsorcjum Most jako wierzyciel mogłoby się domagać i ich egzekwować.

Także odwołanie się w Oświadczeniach do *zasad określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych* nie wskazuje jakiegokolwiek sposobu świadczenia i nie jest wystarczające. Jak słusznie wskazuje Izba *przedsiębiorstwo może odpowiednio wynająć, pożyczyć, użyczyć, sprzedać, skierować do pracy itd. swój sprzęt, pracowników, pieniądze, ale „nie zapakuje i nie wyśle" swojego doświadczenia i osiągnięć, uprawnień ani dobrej kondycji finansowej.* {por. wyrok o sygn. akt 1741/10} Udostępnienie wiedzy i doświadczenia nie stanowi bowiem samo w sobie czynności prawnej ani faktycznej, ale może być zrealizowane poprzez określone świadczenie, które musi być jednak na tyle skonkretyzowane, aby rodziło zobowiązanie po stronie dłużnika, które wierzyciel może wyegzekwować.

Odwołujący podsumował, że skoro oświadczenia PBDiM nie stanowią zobowiązania w rozumieniu art. 353 § 1 i 2 kc oraz art. 26 ust. 2b ustawy pzp, tym samym Konsorcjum Most nie udowodniło Zamawiającemu, że będzie dysponować wiedzą i doświadczeniem PBDiM w trakcie realizacji zamówienia, a zatem nie może powoływać się na tę wiedzę i doświadczenie w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. A ponieważ Konsorcjum Most nie wykazało własnej wiedzy i doświadczenia potwierdzającej spełnianie warunku z pkt 9.1.2 b) I.1 SIWZ, Zamawiający winien wykluczyć tego Wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 2b pzp.

{brak wymaganych w SIWZ elementów oświadczeń PBDiM}

Odwołujący przytoczył, że 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 te dokumenty mogą być składane {dalej zwanego również „rozporządzeniem o dokumentach"), jeżeli wykonawca, wskazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach podmiotów trzecich, zamawiający może żądać dokumentów dotyczących w szczególności zakresu wskazanego w lit a) do d) tego przepisu.

Odwołujący podał, że w pkt 9.2.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że: Jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o którym mowa w pkt 9.1.2. iit. b), c) i d) niniejszej specyfikacji, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda dokumentów – zobowiązań – dotyczących w szczególności: *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".

Odwołujący zarzucił, że w oświadczeniach PBDiM nie wskazano: po pierwsze – sposobu wykorzystania jego zasobów przez Konsorcjum Most, gdyż stwierdzenie *w ramach* świadczenia *usług dla Wykonawcy* nie wskazuje, w jaki sposób rzeczywiście Konsorcjum Most będzie mogło korzystać z wiedzy i doświadczenia PBDiM; po drugie – zakresu udziału PBDiM przy wykonywaniu Zamówienia, gdyż nie wiadomo jakie miałoby być świadczenie PBDiM, a takim wskazaniem z pewnością nie jest stwierdzenie *zgodnie z zakresem opisanym w pkt 1.*

{brak możliwości uzupełnienia przez Konsorcjum Most wykazu robót}

Odwołujący stwierdził, że ponieważ Konsorcjum Most już jednokrotnie uzupełniło wykaz robót w odniesieniu do warunku, o którym mowa w pkt 9.1.2 b) I.1 SIWZ, z uwagi na zasadę jednokrotnego uzupełniania dokumentów wynikającą z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp, Zamawiający nie może w chwili obecnej wezwać Konsorcjum Most do ponownego uzupełnienia wykazu robót.

18 grudnia 2014 r. Zamawiający przesłał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający oświadczył, że w trakcie badania złożonej przez Konsorcjum Most oferty stwierdził konieczność uzyskania w trybie art. 26 ust. 4 pzp wyjaśnień dotyczących pierwszej pozycji złożonego wykazu robót (potwierdzenie doświadczenia w zakresie wykonania obiektu inżynierskiego) – podania informacji o wartościach poszczególnych obiektów wykonanych w ramach realizacji zadania pn. *Przebudowa ul. Andersa – etap 1 – budowa (przebudowa) wiaduktów mad torami PKP i ul. Słonimskiego.* Ponieważ ustalony warunek dotyczył robót budowlanych wykonanych w ramach tego samego obiektu, o wartości co najmniej 30 mln zł, polegających na budowie lub przebudowie obiektu inżynierskiego (wiadukt, most, estakada) przeznaczonego do przeprowadzenia drogi lub

ulicy, a przedstawione w wykazie zadanie dotyczyło trzech niezależnych wiaduktów (dwóch do przeniesienia ruchu samochodowego, jednego dla ruchu tramwajowego), konieczne stało się ustalenie wartości netto zrealizowanych robót dla poszczególnych obiektów. Zamawiający wyjaśnił, że podana w wykazie robót łączna wartość powyższego zadania (64.815.203,41 zł netto) w wysokim stopniu uprawdopodobniała możliwość spełnienia warunku udziału w postępowaniu – przez wskazanie jednego z wiaduktów, który mógł osiągnąć minimalną wartość określoną w treści opisu sposobu oceny spełniania warunku.

Zamawiający potwierdził, że w odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum Most wyjaśniło, że powyższe zadanie na rzecz Zarządu Miejskich Inwestycji Drogowych w Warszawie zostało rozliczone jako jeden obiekt (składający się z trzech równoległych wiaduktów), czego potwierdzeniem miało być przedstawione zbiorcze zestawienie kosztów dla tego zadania.

Zamawiający podał ponadto, że Konsorcjum Most dodatkowo (w ramach tzw. *samouzupełnienia* – bez wezwania ze strony Zamawiającego) wskazało dwie kolejne realizacje na potwierdzenie spełnienia warunku udziału związanego z wykonaniem obiektu inżynierskiego (przedłożono rozszerzony wykaz robót, poświadczenie wydane przez GDDKiA, zaktualizowane zestawienie podwykonawców, na których zasobach polegają wykonawcy wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz nowe zobowiązanie do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia).

fragment złożonych (…) Zamawiający zacytował następujący wyjaśnień:

Jednocześnie uprzejmie informujemy, iż Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z/s w Mińsku Mazowieckim oddało nam do dyspozycji wiedzę i doświadczenie nabyte również przy realizacji innych zadań inwestycyjnych. Nasze Konsorcjum, kierując się zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, z pośród przedstawionego potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazało jeden z zasobów spełniających wymagania zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Mając na uwadze zaistniałą sytuację w postaci wezwania przez Państwa naszego Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazanej wiedzy i doświadczenia, jak i biorąc pod uwagę brak możliwości wykazania wartości poszczególnych wiaduktów wchodzących w skład zadania

pn.: „Przebudowa ul. Andersa - etap I - budowa (przebudowa) wiaduktów nad torami PKP i ul. Słonimskiego", w załączeniu do niniejszego pisma przedstawiamy dokumenty dotyczące udostępnionych nam również przez Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z/s w Mińsku Mazowieckim zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia związanych z realizacją zadania pn.: „Budowa drogi ekspresowej S-3 na odcinku od węzła „Międzyrzecz Południe" do węzła „Sulechów" odcinek 1" w okresie od 18.08.2010 r. do 21.08.2013 r. za łączną kwotę netto 322.120.921,22 zł, realizowanego na zlecenie Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Zielonej Górze, działającej w imieniu Generalnego

Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad. Zadanie to obejmowało m. in. budowę wiaduktu WS-02a (17-sto przęsłowy ciągły wiadukt żelbetowy, *kl. obciążeń A) o wartości netto 53.251.337,22 PLN oraz wiaduktu WS-09 (10-cio przęsłowy ciągły wiadukt* żelbetowy, *sprężony, kl. obciążeń A) o wartości netto 43.358.347,61 PLN, tj. wykonanie robót budowlanych w zakresie budowy dwóch obiektów inżynierskich spełniających wymagania określone w pkt 9.1.2 lit. b ppkt 1.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.*

Zdaniem Zamawiającego z powyższych wyjaśnień można wywieść wniosek, że udostępnienie zasobów w postaci doświadczenia w wykonaniu innych obiektów inżynierskich (niewskazanych wcześniej w złożonej ofercie) nastąpiło przed wyznaczonym przez Zamawiającego terminem składania ofert (na co wskazuje informacja o wybieraniu do wskazania w ofercie spośród przedstawionego potencjału).

Jednakże w celu rozwiania wszelkich wątpliwości Zamawiający wezwał 25 listopada 2014 r. Konsorcjum Most w trybie art. 26 ust. 4 pzp do jednoznacznego potwierdzenia, że udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia przez PBDiM nastąpiło przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu (31 października 2014 r.). Według Zamawiającego stosowne wyjaśnienia w tym zakresie (odwołujące się wprost do wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na pierwsze wezwanie i wskazujące na prawidłowość działań Wykonawców MOST Sp. z o.o. - POLBUD Pomorze Sp. z o.o.) zostały złożone w zakreślonym terminie.

W ocenie Zamawiającego powyższe okoliczności nie potwierdzają stanowiska Odwołującego, które jest oparte jedynie na domniemaniu. Natomiast Zamawiający opiera się na treści dokumentów złożonych przez Konsorcjum Most w trakcie postępowania. Zamawiający dodał, że nie miał podstaw do stwierdzenia nieprawdziwości informacji przekazywanych przez Konsorcjum Most.

Zamawiający podkreślił, że w prowadzonym postępowaniu ani razu nie wystosował do Konsorcjum Most wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 pzp. Pierwsze z wezwań miało pomóc Zamawiającemu w ustaleniu stanu faktycznego, a dopiero po ewentualnej negatywnej weryfikacji wartości poszczególnych obiektów zrealizowanych w ramach przebudowy ul. Andresa w Warszawie, skutkować mogło wystosowaniem wezwania do uzupełnienia dokumentów wskazujących na spełnienie warunku udziału w postępowaniu związanego z realizacją obiektu inżynierskiego. W wezwaniu nie zawarto, wbrew twierdzeniom Odwołującego, informacji o tym, że Konsorcjum Most nie wykazało spełnienia warunku, a wskazano jedynie, że konieczne jest ustalenie wartości poszczególnych obiektów, co dopiero pozwoli na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z kolei drugie z wezwań zmierzało już wyłącznie do jednoznacznego potwierdzenia informacji zawartej już w pierwszych ze składanych wyjaśnień (wyraźnego przesądzenia o możliwości

dysponowania udostępnionymi zasobami przed terminem składania ofert). Zdaniem Zamawiającego przesądza to o niesłuszności stanowiska Odwołującego co do wielokrotnego uzupełniania na podstawie art. 26 ust. 3 pzp dokumentów przez Konsorcjum Most

Zamawiający nie podzielił także zastrzeżeń Odwołującego odnośnie przedstawionych przez Konsorcjum Most zobowiązań do udostępnienia zasobów. Zamawiający podniósł, że: zostały one przygotowane w oparciu o udostępniony przez niego na potrzeby prowadzonego

postępowania wzór; treść opracowanego formularza koresponduje z zapisami § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia o dokumentach. sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U z 2013, poz. 231); jego wykorzystanie przez Konsorcjum Most nie wzbudziło wątpliwości Zamawiającego, skutkujących uznaniem, że udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia nastąpiło nieprawidłowo, a Konsorcjum nie będzie mogło korzystać z tych zasobów na etapie realizacji zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że zarówno złożony wraz z ofertą, jak i przedłożony wraz z pierwszymi wyjaśnieniami wykaz przyszłych podwykonawców, w oparciu o których zasoby wykazano spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jednoznacznie wskazuje na udział Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z Mińska Mazowieckiego w przyszłej realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Zdaniem Zamawiającego trudno o bardziej rzeczywiste wykorzystanie wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający stanął na stanowisku, że Konsorcjum nie podlegało wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 pzp, w związku z czym złożona przez nich oferta (wobec braku podstaw do odrzucenia) została prawidłowo uznana za najkorzystniejszą.

16 grudnia 2014 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 12 grudnia 2014 r. przesłał faksem kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

15 grudnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło – w formie pisemnej – zgłoszenie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Most sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, POLBUD Pomorze sp. z o.o. z siedzibą w Łącku przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Dla Przystępującego argumentacja Odwołującego zmierzająca do zdyskredytowania doświadczenia, którym dysponuje Przystępujący celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest chybiona.

Przystępujący zaprzeczył jakoby Zamawiający ponownie wzywał go do złożenia dokumentów. Według Przystępującego twierdzenia Odwołującego stanowią dowolną interpretację zaistniałego stanu faktycznego.

Zdaniem Przystępującego doświadczenie podmiotu trzeciego zostało mu udostępnione w sposób gwarantujący rzeczywisty dostęp do użyczanych zasobów, z zachowaniem wszelkich formalnych wymagań wynikających z przepisów prawa i SIWZ.

Z tych względów zarzuty dotyczące braku wykazania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu, a także pozostałe zarzuty, w ocenie Przystępującego są całkowicie bezzasadne.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Izba nie miała podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego, gdyż zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp jest możliwe wyłącznie w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

W ostatnim akapicie pkt 9.2.1 s.i.w.z. – działając na podstawie § 6 pkt 2

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – Zamawiający zamieścił następujące postanowienie: *Jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, o którym mowa w pkt 9.1.2. lit. b), c) i d) niniejszej specyfikacji, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów,* żąda *dokumentów – zobowiązań – dotyczących w szczególności: 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.*

{s.i.w.z.– w aktach postępowania}

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Most sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, POLBUD Pomorze sp. z o.o. z siedzibą w Łącku – na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, który zgodnie z pkt 9.1.2. lit. b pkt I ppkt 1) wymagał wykazania, że wykonawca *wykonał (dotyczy tylko obiektów zakończonych) w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie obiektu inżynierskiego (wiadukt, most, estakada) przeznaczonego do przeprowadzenia drogi lub ulicy o wartości bez podatku VAT co najmniej 30 000 000, 00 pln – roboty wykonane w ramach tego samego obiektu* – powołali się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego – Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim.

{dokumenty załączone do oferty Konsorcjum Most oraz pisma z 20 listopada 2014 r.}

PBDiM posiada wiedzę i doświadczenie odpowiadające powyższemu opisowi sposobu oceny spełniania warunku, gdyż do 21 sierpnia 2013 r. zrealizował budowę wieloprzęsłowego wiaduktu drogowego w ciągu drogi ekspresowej S-3 na odcinku od węzła Międzyrzecz Południe do węzła Sulechów odcinek 1 o odpowiedniej wartości, a nawet dwa takie wiadukty.

PBDiM posiada również wiedzę i doświadczenie wynikające z budowy nowej przeprawy składającej się z trzech 11-przęsłowych niezależnych wiaduktów o konstrukcji zespolonej, w tym dwóch dla ruchu samochodowego i jednego dla ruchu tramwajowego nad ulicą Słomińskiego oraz nad torami PKP w Warszawie, które to zadanie zostało pierwotnie wskazane przez Konsorcjum Most w dokumentach załączonych do oferty na potwierdzenie

warunku opisanego w pkt 9.1.2. lit. b pkt I ppkt 1) SIWZ.

{okoliczności bezsporne}

Konsorcjum Most w załączeniu do pisma z 20 listopada 2014 r. dodatkowo przedstawiło dla wykazania spełniania warunku opisanego w pkt 9.1.2. lit. b pkt I ppkt 1) SIWZ – oprócz wykazu robót obejmującego powyżej opisane zadania oraz dowodów

potwierdzających, że zostały one wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone – niedatowany dokument sporządzony na druku przygotowanym przez Zamawiającego {załącznik nr 7 do s.i.w.z. pn. *Zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy/Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia o nazwie:…},* w którym PBDIM zobowiązało się do oddania Konsorcjum Most do dyspozycji *na czas realizacji niniejszego zamówienia niezbędnych zasobów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, których opis sposobu dokonania oceny spełniania zawarto w pkt. 9.1.2. lot b)-d) SIWZ* {gotowa treść druku załączonego do s.i.w.z.}, gdzie w zakresie poszczególnych wymagań Zamawiającego odnośnie wykazania dysponowania zasobami w niezbędnym stopniu dla należytego wykonania zamówienia oraz istnienia relacji gwarantującej rzeczywisty dostęp do tych zasobów – wpisano:
– jako *zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu* {cd. gotowej treści druku załączonego do s.i.w.z.}: *wiedza i doświadczenie w zakresie realizacji:* {po czym wpisano, zarówno zadanie, które wzbudziło wątpliwości Zamawiającego (dotyczące wiaduktów nad ul. Słomińskiego w Warszawie), a dodatkowo również powyżej opisane zadania dotyczące wiaduktów na drodze ekspresowej S-3};
– jako *sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia* {cd. gotowej treści druku załączonego do s.i.w.z.}: *W ramach* świadczenia *usług dla Wykonawcy;*
– jako *charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem* {cd. gotowej treści druku załączonego do s.i.w.z.}: *Umowa o współpracy;*
– jako *zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia* {cd. gotowej treści druku załączonego do s.i.w.z.}: *Zakres – zgodnie z zakresem opisanym w pkt. 1. Okres – czas realizacji zamówienia.*

W załączonym również do pisma Konsorcjum Most z 20 listopada 2014 r. *Zestawieniu (firm) podwykonawców* w rubryce *Zakres zasobów udostępnionych wykonawcy* w odniesieniu do PBDiM wpisano, po przepisaniu treści opisu z pkt 9.1.2 lit. b pkt I ppkt 1) SIWZ – *realizacja zadania „Przebudowa ul. Andersa – etap I – budowa (przebudowa) wiaduktów nad torami PKP i ul. Słomińskiego" oraz zadania „Budowa drogi ekspresowej S-3*

na odcinku od węzła „Międzyrzecz Południe" do węzła „Sulechów" odcinek 1 od km 0+000 do km 17+100 w ramach którego wykonano obiekty mostowe – wieloprzęsłowe wiadukty drogowe WS-02a i WS-09.

{dokumenty załączone do oferty oraz pisma Konsorcjum Most z 20 listopada 2014 r.}

Ponadto wobec zażądania przez Zamawiającego – na podstawie § 1 ust. 6 rozporządzenia o dokumentach – w pkt 9.3 s.i.w.z. {w *przypadku, gdy wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w pkt 9.1.2. SIWZ polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wykonawca przedstawia dokumenty określone w pkt. 9.2.2. – 9.2.3. SIWZ w odniesieniu do tych podmiotów}* – już do oferty załączone były dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia PBDiM.

{okoliczność bezsporna}

Z oświadczeń własnych Konsorcjum Most wynika, że PBDIM – jako podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie w zakresie opisanym w sposobie oceny warunku udziału w postępowaniu z pkt 9.1.2 lit. b pkt I ppkt 1) – ma być podwykonawcą {pkt 1 wypełnionego załącznika nr 7 do s.i.w.z. pn. *Zestawienia (firm) podwykonawców na zasobach, których polega wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu},* z tym że nie w zakresie, w którym Konsorcjum Most zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia opisanej jako *wykonanie i montaż konstrukcji stalowych ustrojów niosących wiaduktów* {lit. c z formularza oferty; lit. e pkt I pisma Konsorcjum Most z 27 listopada 2014 r.}.

W przypadku załączonych do pisma Konsorcjum Most z 20 listopada 2014 r. wykazu robót, zestawienia podwykonawców i zobowiązania innego podmiotu uzupełnienie tych

dokumentów polegało wyłącznie na dopisaniu dodatkowo dwóch powyżej opisanych zadań dotyczących wiaduktów na drodze ekspresowej S-3.

{dokumenty załączone do oferty oraz pisma Konsorcjum Most z 20 listopada 2014 r.}

Zamawiający nie zaliczył na poczet wykazania przez Konsorcjum Most spełniania warunku opisanego w pkt 9.1.2 lit. b pkt I ppkt 1) SIWZ zadania dotyczącego wiaduktów nad ul. Słomińskiego {poz. 1 wykazu robót}.

{odpowiedź na odwołanie; oświadczenie złożone na rozprawie}

W zakresie przebiegu badania oceny spełniania przez Konsorcjum Most warunku opisanego w pkt 9.1.2 lit. b pkt I ppkt 1) SIWZ, w tym treści pism Zamawiającego z 17 listopada i 25 listopada 2014 r. oraz pism Konsorcjum Most z 20 listopada i 27 listopada 2014 r., okoliczności faktyczne zostały adekwatnie odzwierciedlone w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a zatem nie ma potrzeby ich powtarzania, ani uzupełniania.

W tak ustalonym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty zawarte w odwołaniu znalazły potwierdzenie.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu. Jednocześnie wobec zakwestionowania wyboru oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż uniemożliwia mu to uzyskania przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; 2) posiadania wiedzy i doświadczenia; 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi dom wykonania zamówienia; 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej. Z art. 22 ust. 3 pzp wynika, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu. W art. 22 ust. 5 zd. 1 pzp zastrzeżono, że warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

Według art. 26 ust. 2a ustawy pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać, nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp.

Z kolei zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy pzp {w brzmieniu obowiązującym dla tego postępowania, które zostało wszczęte 14 sierpnia 2014 r.} wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Na podstawie § 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. poz. 231; zwane również dalej „rozporządzeniem o dokumentach”} jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o którym mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp, polega na zasobach innych podmiotów na

zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy pzp, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności: 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.

Z art. 26 ust. 3 pzp wynika, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności konieczne jest zaznaczenie, że poza zakresem kognicji Izby w tej sprawie jest kwestia, czy zadanie obejmujące budowę trzech wiaduktów na ul. Andersa (a nad ul. Słomińskiego) w Warszawie {poz. 1 wykazu robót Konsorcjum Most} odpowiada opisowi sposobu oceny spełniania warunku zawartemu w pkt 9.1.2 lit. b pkt I ppkt 1) SIWZ. Z okoliczności dotyczących przebiegu badania tej pozycji wykazu {opisanych powyżej za odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie} wynika, że Zamawiający nie uznał tego zadania, gdyż Konsorcjum Most nie było w stanie wykazać, że co najmniej w przypadku jednego z wiaduktów wartość netto robót budowlanych wynosiła 30 mln zł. Zamawiający jednoznacznie potwierdził to na rozprawie. Ponieważ w tym zakresie sporu pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym, nie podlega rozpoznaniu Izby podnoszona przez Przystępującego okoliczność, że trzy wiadukty *stanowiły jeden obiekt inżynierski (powiązaną ze sobą funkcjonalnie całość)* {jak to określono w piśmie z 22 grudnia 2014 r.}. Z uwagi

na stronę postępowania odwoławczego, do której przystąpiło Konsorcjum Most, jego czynności i oświadczenia nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami Zamawiającego.

Natomiast niesporne było pomiędzy Odwołującym, Zamawiającym i Przystępującym, że Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim posiada wiedzę i doświadczenie odpowiadające opisowi sposobu oceny spełniania warunku wynikającemu z pkt 9.1.2 lit. b pkt I ppkt 1) SIWZ , a to z racji zrealizowania budowy dwóch wieloprzęsłowych wiaduktów drogowych na drodze ekspresowej S-3.

Natomiast zastrzeżenia Odwołującego dotyczyły dwóch kwestii. Po pierwsze – pojawienia się tych inwestycji dopiero w dokumentach uzupełnionych przez Konsorcjum Most. Po drugie – braku wykazania przez Konsorcjum Most, że realnie będzie dysponowało wiedzą i doświadczeniem posiadaną przez PBDiM.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut niewykazania przez Konsorcjum Most, że będzie mogło polegać na wiedzy i doświadczeniu Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, a w konsekwencji Zamawiający błędnie uznał, że Konsorcjum Most wykazało spełnienie warunku udziału dotyczącego wiedzy i oświadczenia, którego opis sposobu oceny został zawarty w pkt 9.1.2 lit. b pkt I ppkt 1) SIWZ. Przedwczesny jest jednak zarzut zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Konsorcjum Most na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadą jest, że o udzielenie

zamówienia publicznego mogą ubiegać się wyłącznie tacy wykonawcy, którzy posiadają stosowną wiedzę i doświadczenie (art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp). O tym, jaka wiedza i doświadczenie jest w okolicznościach danego zamówienia niezbędna, aby dawać rękojmię należytego wykonania zamówienia decyduje zamawiający dokonując opisu warunku udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 3 i 5 pzp). W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał takiego opisu w pkt 9.1.2 lit. b pkt I ppkt 1) SIWZ {a także w ogłoszeniu o zamówieniu}.

W art. 26 ust. 2b pzp ustawodawca przesądził, że na zasadzie wyjątku od przywołanej powyżej zasady samodzielnego spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wykonawca może polegać m.in. na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu

pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Dopełnieniem tej regulacji jest wynikająca § 6 pkt 2 rozporządzenia o dokumentach możliwość żądania przez Zamawiającego – dla oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów – dokumentów dotyczących w szczególności: 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.

Na uwagę zasługuje fakt, że art. 26 ust. 2b ustawy pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi {Dz.U. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114, zwanej również dalej „dyrektywą klasyczną" lub „dyrektywą 2004/18/WE"}. W myśl przywołanych przepisów prawa unijnego wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązane takich podmiotów.

W ocenie Izby z przywołanych przepisów dyrektywy klasycznej wynika, że prawodawca unijny przewidział dalej idące obostrzenia, aniżeli wynikające li tylko z literalnej wykładni art. 26 ust. 2 b ustawy pzp, dla możliwości powołania się wykonawcy na zasoby podmiotów trzecich. Zgodnie z prawem unijnym możliwość powołania się wykonawcy na zasoby podmiotu trzeciego nie jest nieograniczona dla każdego postępowania i każdego wykonawcy, gdyż dopuszczalna jest w „stosownych sytuacjach" i „w przypadku konkretnego zamówienia". Wykładni rozumienia tych terminów dokonał Trybunał Sprawiedliwości UE. Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE w zakresie możliwości powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty i możliwe jest w stosownych sytuacjach. Innymi słowy, zamawiający musi upewnić się, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia, a w konsekwencji, czy jest to „stosowna sytuacja", o której mowa w przepisach dyrektywy. *Takie odwołanie się do zewnętrznych* środków *podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot*

zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi

zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia. (…) *Przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia.* {orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari} Zgodnie ze stanowiskiem zajętym przez Trybunał w tym orzeczeniu ciężar wykazania, że wykonawca faktycznie może korzystać przy wykonywaniu zamówienia z udostępnionych mu zasobów obciąża wykonawcę, który na takie udostępnienie się powołuje: *Jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia.*

Reasumując, z uwagi na charakter instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 2b, która stanowi odzwierciedlenie w krajowym porządku prawnym instytucji uregulowanej w dyrektywie 2004/18/WE, szczególnie istotne jest, aby wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego wykazał, że takie udostępnienie ma rzeczywisty charakter, a nie służy tylko do formalnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, działając na podstawie przywołanego § 6 pkt 2 rozporządzenia o dokumentach, zastrzegł, że w razie polegania przez wykonawcę ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie na zasobach innych podmiotów na zasadzie art. 26 ust. 2b pzp, żąda dla umożliwienia oceny, po pierwsze – czy wykonawca będzie dysponował zasobami innego podmiotu w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, po drugie – czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, czyli w celu umożliwienia sobie oceny realności udostępnienia zasobów, zobowiązań obejmujących co najmniej następujące aspekty: a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposobu wykorzystania przez wykonawcę zasobów innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia, c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, d) zakresu i okresu udziału innego

podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Zamawiający oczekiwał zawarcia tych informacji w treści samego zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b pzp, na co wskazuje również załączony do s.i.w.z. druk, którego wypełnienie w tych aspektach konkretną treścią należało do podmiotu udostępniającego zasoby.

Izba zważyła, że pomimo tak jednoznacznie wyrażonego żądania, Zamawiający zaniechał wyegzekwowania od Konsorcjum Most przedstawienia zobowiązania PBDiM, które konkretyzowałoby sposób wykorzystania jego zasobów przez Konsorcjum Most przy realizacji przedmiotowego zamówienia, a także wykazywałoby, że podmioty te będzie łączył stosunek gwarantujący Konsorcjum Most rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Zgodzić się należy z Odwołującym, że treść dokumentu zobowiązania jest w tym zakresie na tyle lakoniczna i enigmatyczna, że w konsekwencji nie pozwalała Zamawiającemu na stwierdzenie wykazania przez Konsorcjum Most spełnienia warunku udziału w sposób opisany w pkt 9.1.2. lit. b pkt I ppkt 1) s.i.w.z.

Umknęło Zamawiającemu, że zakres udziału PBDiM przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia nie został w ogóle określony, gdyż w treści dokumentu zobowiązania błędnie został on utożsamiony z zakresem dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego {w pkt IV. odesłano do pkt I. dokumentu zobowiązania}. W ten sposób zamiast sprecyzować w jakim zakresie będzie brało udział przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, PBDiM niejako ponownie oświadczyło, że posiada wiedzę i doświadczenie objęte treścią opisu z pkt 9.1.2. lit. b pkt I ppkt 1) s.i.w.z.

Przede wszystkim poważne wątpliwości Zamawiającego powinien wzbudzić fakt, że o ile według własnych oświadczeń Konsorcjum Most PBDiM będzie jego podwykonawcą,

o tyle nie znalazło to odzwierciedlenia w dokumencie sporządzonym przez PBDiM. Informację o tym, ograniczającą się *de facto do* podania firmy i adresu tej spółki {pozostałe informacje stanowią powielenie pkt I dokumentu zobowiązania}, można znaleźć bowiem wyłącznie w podpisanym przez Konsorcjum Most zestawieniu podwykonawców. Natomiast uczestnictwo w charakterze podwykonawcy nie wynika – jak już powyżej wskazano – ani z pkt IV. dokumentu zobowiązania, ani z pozostałych dwóch punktów, w których odpowiednio PBDiM podało jedynie, że będzie świadczyć, bliżej niesprecyzowane, usługi na rzecz Konsorcjum Most {pkt III}, w ramach, również bliżej niesprecyzowanej „umowy o współpracy" {pkt IV}. Z jednej strony nie stanowi ustalonego zwyczaju określanie podwykonawstwa robót budowlanych mianem świadczenia usług, ani nazywanie umowy o roboty budowlane z podwykonawcą, o których mowa w art. 647 [1] kc „umowami o współpracy". Z drugiej strony jest to niewiele znacząca nazwa, gdyż nie jest to żadna z tzw. umów nazwanych uregulowana wprost w kc, pod którą mogą kryć się bardzo różne stosunki zobowiązaniowe. Przypomnieć należy, że o ile, co do zasady udostępnienie zasobów jest możliwe

w przypadku różnych stosunków prawnych łączących wykonawcę z podmiotem trzecim, o tyle, aby Zamawiający mógł ocenić, czy udostępnienie w tym postępowaniu przez PBDiM wiedzy i doświadczenia Konsorcjum Most stanowi „stosowną sytuację", konieczne było odpowiednie sprecyzowanie charakteru stosunku prawnego, jaki będzie je łączył, sposobu wykorzystania tego zasobu, a także zakresu udziału PBDiM przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia.

Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, że konkretyzacji ogólnikowej treści dokumentu zobowiązania sporządzonego przez PBDiM należy upatrywać w całokształcie dokumentów oferty, czyli w informacji zamieszczonej przez Konsorcjum Most w druku wykazu podwykonawców udostępniających zasoby, a także w fakcie załączenia do oferty przez Konsorcjum Most dokumentów dotyczących braku podstaw do wykluczenia PBDiM w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pzp. Umknęło Przystępującemu, że w tym postępowaniu Zamawiający doprecyzował w s.i.w.z., że oczekuje konkretyzacji informacji, o których mowa w § 1 ust. 6 pkt 2 lit. od a do d rozporządzenia o dokumentach, w treści samego dokumentu zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, którego wzór do wypełnienia załączył do s.i.w.z. Oczywiście dla prawidłowego wykazania udostępnienia zasobów nie ma znaczenia ile fizycznie dokumentów zostało złożonych. Natomiast istotne jest przez kogo dokumenty te zostały sporządzone. Z art. 26 ust. 2b pzp wynika, że zobowiązanie ma pochodzić od podmiotu udostępniającego zasoby, a zatem nie można zastąpić go oświadczeniem wykonawcy – beneficjenta udostępnianej wiedzy i doświadczenia. W ocenie Izby w nie sposób również wywodzić treść zobowiązania, która nie została wprost wyrażona przez podmiot składający oświadczenie woli, pomimo wyraźnego oczekiwania ze strony Zamawiającego, z faktu załączenia do oferty dokumentów dla PBDiM.

O ile za oczywiste, gdyż wynikające wprost z treści art. 65 § 1 kc należy uznać stanowisko, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Należy mieć na uwadze specyficzną sytuację i konstrukcję wynikającą z tego, że stronami stosunku, co do którego ustawa pzp nie nakłada żadnych wymogów formalnych, jest wykonawca oraz podmiot trzeci dysponujący określonym potencjałem, natomiast z mocy art. 26 ust. 2b pzp. ocena, czy wykonawca udowodnił możliwość dysponowania potencjałem osoby trzeciej, została powierzona zamawiającemu niebędącemu ani stroną tego stosunku, ani uczestnikiem jakichkolwiek porozumień w tej kwestii. Dlatego też wykonawca winien na ogólnych zasadach udowodnić zamawiającemu możliwość dysponowania opisanym w przepisie potencjałem umożliwiającym mu zrealizowanie zamówienia w sytuacji, gdy to on zostanie wybrany do jego wykonania. W takiej sytuacji bardzo rzadko zastosowanie będzie

znajdował subiektywny wzorzec wykładni, z tej prostej przyczyny, że oświadczenie woli jest składane przez podmiot trzeci wykonawcy, a nie zamawiającemu, który ocenia powstałe w jego wyniku uprawnienia wykonawcy do dysponowania potencjałem składającego to oświadczenie. Prowadzi to do wniosku, że zamawiający winien mieć możliwość obiektywnej oceny oświadczenia osoby trzeciej deklarującej wykonawcy korzystanie z własnego potencjału. Konsekwencją powyższego jest również możliwość dokonania takiej oceny oświadczenia podmiotu trzeciego przez Izbę {por. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 24 marca 2011 r. (sygn. akt XIX Ga 92/11); LEX nr 1089019}.

Tymczasem dopiero na rozprawie zostało przedstawione oświadczenie PBDiM z 16 grudnia 2014 r., jakoby przed terminem składania ofert, 10 października 2014 r., Konsorcjum Most i PBDiM uzgodnili, że *udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi poprzez udział PBDIM w realizacji części zamówienia w charakterze podwykonawcy oraz stałego konsultanta i doradcy technicznego, wobec czego został ustalony zakres usług* świadczonych *przez PBDIM na rzecz Wykonawców w trakcie realizacji zamówienia* {pkt 2 oświadczenia}. Wobec braku dowodów przeciwnych, nie ma podstaw, aby podważać, że taka była rzeczywiście treść ustnych uzgodnień i intencja towarzysząca sporządzaniu dokumentu zobowiązania. Ponieważ okoliczności te nie zostały jednak uzewnętrznione przez PBDiM w treści dokumentu zobowiązania przedstawionego Zamawiającemu przez Konsorcjum Most, obiektywnie nie mogły być wzięte pod uwagę przy ocenie prawidłowości udostępnienia przez PBDiM wiedzy i doświadczenia Konsorcjum Most. Świadczy również o tym okoliczność, że Zamawiający, opierając się na oświadczeniu Konsorcjum Most zawartym w wykazie podwykonawców udostępniających zasoby, błędnie domniemywał, że PBDiM będzie podwykonawcą w całym zakresie robót związanych z czterema wiaduktami objętych zakresem przedmiotowego zamówienia, ewentualnie z wyjątkiem wykonania i montażu konstrukcji stalowych ustrojów niosących wiaduktów {a to wobec treści wyjaśnień Konsorcjum Most zamieszczonych w lit. e pisma z 27 listopada 2014 r.}. Tymczasem z treści pisemnego oświadczenia PBDiM , a także stanowiska Przystępującego przedstawionych na rozprawie, wynika, że Konsorcjum Most jedynie w pewnym zakresie wykonywanie obiektu inżynierskiego zamierza powierzyć PBDiM, a w pozostałym zakresie zamierza korzystać z jego stałego doradztwa oraz konsultacji. Okazuje się zatem, że Zamawiający wyznając zasadę, że „podwykonawstwo jest królową dowodów rzeczywistego udostępnienia wiedzy i doświadczenia", nie mógł znać zakresu podwykonawstwa, do którego zobowiązał się PBDiM, ani wiedzieć, że w pozostałym zakresie PBDiM zamierza przekazywać swoją wiedzę i doświadczenie przez tzw. konsultacje i doradztwo. Nie sposób nie zauważyć, że nawet z oświadczeń przedstawionych przez Przystępującego na rozprawie nie wynika jak będzie się kształtowała proporcja podwykonawstwa PBDiM w stosunku do konsultowania

i doradzania.

Tym niemniej okazuje się, że najwyraźniej PBDiM dla przekazania wiedzy i doświadczenia objętej treścią warunku z pkt 9.1.2 lit. b pkt I ppkt 1) s.i.w.z. uznaje za konieczne, przynajmniej w pewnym zakresie, uczestniczenie w wykonywaniu przedmiotowego zamówienia w charakterze podwykonawcy. W tym kontekście podnoszenie przez Odwołującego na rozprawie, że w świetle orzecznictwa Izby wykazanie realności udostępnienia wiedzy i doświadczenia nie musi sprowadzać się do podwykonawstwa podmiotu trzeciego, należy uznać za bezprzedmiotowe, a co najmniej za przedwczesne. Skoro Konsorcjum Most ustaliło z PBDiM, że w pewnym zakresie będzie miało miejsce podwykonawstwo, a w pozostałym – konsultacje i doradztwo techniczne, a w konsekwencji co oznacza, że co najmniej w pewnym, na razie nieznanym, zakresie dojdzie do zawarcia umowy o podwykonawstwo robót budowlanych. W konsekwencji dopiero po ewentualnym odzwierciedleniu takiego sposobu wykorzystania zasobów i zakresu udziału PBDiM przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia w treści dokumentu zobowiązania, będzie można ocenić, czy Konsorcjum Most będzie dysponowało wiedzą i doświadczeniem PBDiM w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, a także, czy stosunek łączący Konsorcjum Most z PBDiM gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów.

Za nieuzasadnione treścią art. 26 ust. 2b pzp, również przy uwzględnieniu jego prounijnej wykładani, należy uznać wynikające z odwołania oczekiwanie, aby wykazanie

możliwości polegania na zasobach podmiotu trzeciego wymagało przedstawienia jego oświadczenia woli, które rodziłoby skutek zobowiązaniowy w rozumieniu odpowiednich regulacji kodeksu cywilnego. Gdyby taka była intencja ustawodawcy, zapewne znalazło by to swoje odzwierciedlenie w odpowiedniej redakcji normy art. 26 ust. 2b pzp {por. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 13 marca 2012 r. (sygn. akt XII Ga 73/12); niepubl.}. Wymaganie takie nie wynika również z przywołanych regulacji rozporządzenia o dokumentach, która ma na celu ułatwienie zamawiającemu oceny, czy w konkretnym przypadku wykonawca udowodnił, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia.

Drugi zarzut odwołania, sprowadzający się do naruszenia art. 26 ust. 3 pzp, gdyż Zamawiający jakoby dwukrotne wezwał do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt 9.1.2 lit. b pkt I ppkt 1) s.i.w.z., należało uznać za niezasadny. Po pierwsze – żadne z wezwań, o których mowa w odwołaniu nie dotyczyło uzupełnienia dokumentów, gdyż były one kierowane w trybie art. 26 ust. 4 pzp w celu wyjaśnienia złożonych przez Konsorcjum Most dokumentów. Natomiast faktem jest, że na skutek pierwszego z tych wezwań Konsorcjum Most złożyło nie tylko wyjaśnienia,

ale również komplet dokumentów (wykaz robót, potwierdzenie ich należytego wykonania, dokument zobowiązania, wykaz podwykonawców udostępniających zasoby) uzupełnionych o dwie nowe {powyżej przywołane} roboty budowlane. Faktem jest również, że to na podstawie tych uzupełnionych z własnej inicjatywy przez Konsorcjum Most Zamawiający zwerzfikowa pozytywnie spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Z kolei przedmiotem drugiego wezwania była okoliczność braku daty na uzupełnionym dokumencie zobowiązania.

Powyższe okoliczności nie świadczą jednak o tym, że doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 pzp. Wywodzona powszechnie w doktrynie i orzecznictwie, z uwagi na respektowanie wyrażonych w art. 7 ust. 1 pzp zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasada jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów, odnosi się nie tyle do tych samych dokumentów, ale do tych samych okoliczności. Za niedopuszczalne uznaje się zatem ponowne wzywanie do uzupełnienia tych samych braków, które były już uprzednio podstawą wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Skorelowane jest to z również wywodzoną powszechnie w doktrynie i orzecznictwie regułą, że zamawiający ma obowiązek w wezwaniu precyzyjnie określić jaki brak stwierdził w dokumentach złożonych pierwotnie, co z kolei ma zapewnić wykonawcy rzeczywistą możliwość jego uzupełnienia.

Tymczasem w rozpoznawanej sprawie poza wszelkim sporem jest okoliczność, że Zamawiający nie stwierdził braków objętych powyżej rozstrzygniętym zarzutem odwołania, a zatem oczywiste jest, że nie wzywał w tym zakresie Konsorcjum Most do uzupełnienia dokumentów. Przedmiotem uzupełnienia był natomiast brak w wykazie robót zadania, które odpowiadałoby treści pkt 9.1.2 lit. b pkt I ppkt 1) s.i.w.z., a konkretnie niewykazanie, że wartość robót dla jednego wiaduktu wynosiła co najmniej 30 mln zł. Zamawiający prawidłowo uznał, że wykaz w tym zakresie podlega wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 pzp, które miało polegać na wyodrębnieniu z wartości zbiorczo podanej dla trzech wiaduktów, kwot odpowiadających poszczególnym wiaduktom. Z kolei Konsorcjum Most nie będąc w stanie uczynić zadość wezwaniu Zamawiającego, antycypowało, nieuchronne w tych okolicznościach, wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, które mogło polegać jedynie na uzupełnieniu wykazu robót, a także pozostałych dokumentów, o inne zadanie spełniające kryteria opisane w pkt 9.1.2 lit. b pkt I ppkt 1) s.i.w.z.

W tych okolicznościach błędne jest stanowisko Odwołującego, że ponieważ Konsorcjum Most już jednokrotnie uzupełniło wykaz robót na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt 9.1.2 lit. b pkt I ppkt 1) s.i.w.z., nie może być w tym zakresie wzywane do uzupełnienia dokumentów. Warto zauważyć, że uzupełniony wykaz robót nie wymaga uzupełnienia, gdyż niesporne jest, że nowo wskazane zadania odpowiadają kryteriom z pkt 9.1.2 lit. b pkt I ppkt 1) s.i.w.z. Natomiast brakiem dotknięte jest wykazanie możliwości polegania przez Konsorcjum Most na wiedzy i doświadczeniu wykonawcy tych

robót. W konsekwencji należy stwierdzić, że Zamawiający z naruszeniem art. 26 ust. 2b w zw. art. 26 ust. 3 pzp zaniechał w tym zakresie wezwania Konsorcjum Most do uzupełnienia dokumentów.

Dalszą konsekwencją powyżej opisanego stanu rzeczy jest bezprzedmiotowość zarzutu opartego na braku opatrzenia datą uzupełnionego o zadania dopisane w wykazie robót dokumentu zobowiązania, gdyż dokument ten podlega uzupełnieniu z powodu braków jakimi dotknięta jest jego treść. Na marginesie skład orzekający Izby wskazuje, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie swojej hipotezy, że uzupełniony dokument zobowiązania został sporządzony po terminie składania ofert.

Przede wszystkim należy zauważyć, że to nie data sporządzenia uzupełnionego dokumentu ma znaczenie, ale czy potwierdza on istnienie określonego stanu rzeczy nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert. Wobec konieczności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp Konsorcjum Most do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania możliwości polegania na wiedzy i doświadczeniu PBDiM, ocena w tym zakresie będzie mogła być dokonana dopiero na podstawie rezultatów tej czynności.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 2b w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych miało istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 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) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które uwzględniono w kwocie 3600 zł, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: ……