

Sygn. akt: KIO 544/12

WYROK
z dnia 28 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Członkowie Magdalena Grabarczyk
Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2012 r. przez wykonawcę **CTE CARBOTECH ENGINEERING S.A, 70 – 477 Szczecin, ul. Wojska Polskiego 62** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Liszki, 32 – 060 Liszki, Liszki 230**

przy udziale wykonawcy **PWP Katowice Sp. z o.o., 41 – 400 Mysłowice, ul. Katowicka 60** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża **CTE CARBOTECH ENGINEERING S.A, 70 – 477 Szczecin, ul. Wojska Polskiego 62** i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **CTE CARBOTECH ENGINEERING S.A, 70 – 477 Szczecin, ul. Wojska Polskiego 62** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

KIO 544/12

UZASADNIENIE

Gmina Liszki zwana dalej „Zamawiającym” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na na zadanie pn. *rozbudowa modernizacja oczyszczalni ścieków w Piekarach realizowane w ramach inwestycji „Zapewnienie prawidłowej gospodarki ściekowej na obszarze dorzecza Sanki w Gminie Liszki”*

W dniu 9 marca 2012 roku Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta wykonawcy PWP Sp. z o.o. w Katowicach, który to wykonawca skutecznie przystąpił do przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Od takiej decyzji Zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca CTE CARBOTECH ENGINEERING SA w Szczecinie ul. Wojska Polskiego 62, 70-477 Szczecin.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, przez uznanie przez Zamawiającego, że oferta wybranego wykonawcy zawiera prawidłowe dokumenty dotyczące spełnienia warunków

udziału w postępowaniu, podczas gdy przedstawione dokumenty i złożone do nich dodatkowe wyjaśnienia, nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę tych warunków, na dzień składania ofert

- naruszenie art. 26 ust. 1 i 2 b ustawy Pzp, przez uznanie przez Zamawiającego, że wybrany wykonawca potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności, iż udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu wyłącznie poprzez złożenie przez taki podmiot pisemnego oświadczenia, bez wskazania w tym oświadczeniu sposobu przekazania wiedzy i doświadczenia oraz bez wskazania w tym oświadczeniu okresu korzystania z zasobów osoby trzeciej.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty i powtórzenie czynności oceny ofert oraz wykluczenie wykonawcy PWP Sp. z o.o. w Katowicach i odrzucenie jego oferty.

W uzasadnieniu wskazał, że Zamawiający w dniu 09.03.2012 r. dokonał ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy PWP Katowice Sp. z o.o., która to oferta powinna zostać odrzucona (art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy PZP) ze względu na konieczność wykluczenia wykonawcy, z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy PZP), w szczególności warunku dotyczącego posiadanej wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP), a także dysponowania

odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 Ustawy PZP).

Odwołujący podniósł, że Wykonawca PWP Katowice nie posiada wymaganego doświadczenia i posiłkował się będzie doświadczeniem podmiotu trzeciego, który w dodatku nie będzie brał udziału w realizacji zadania. Nie ma takiej możliwości by nie posiadając wymaganego doświadczenia, zaplecza technicznego i bez udziału podwykonawców PWP Katowice zrealizowało zadanie w terminie i zgodnie ze sztuką budowlaną.

Wykonawca celem wykazania się doświadczeniem koniecznym dla uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przedłożył oświadczenia osoby trzeciej o zobowiązaniu się do przekazania wiedzy i doświadczenia.

W oświadczeniu tym osoba trzecia nie wskazała ani sposobu przekazania wiedzy i doświadczenia ani także czasu na jaki owo przekazanie wiedzy i doświadczenia nastąpiło. Dlatego też nie można mówić o realnym przekazaniu wiedzy i doświadczenia niezbędnego do prawidłowego wykonania zamówienia, w formie do jakiej zobowiązał się podmiot udostępniający swoich zasobów.

Tym samym takie udostępnienie wiedzy i doświadczenia nie pozwala na uznanie iż wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący podniósł, zarzut braku wykazania, że wybrany wykonawca dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia już na dzień otwarcia ofert. W tym zakresie wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 20.01.2012 r. zwrócił się do Wykonawcy PWP Katowice, na podstawie art. 26 ust. 3 o uzupełnienie wykazu osób załączonego do oferty. Z wykazu tego nie wynikało spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą zdolną do wykonania zamówienia, która posiadać będzie uprawnienia określone w rozdz. IV ust. 1 pkt 3 SIWZ. W odpowiedzi PWP Katowice w dniu 23.01.2012 r. przedłożył skorygowany wykaz osób (datowany na 23.01.2012 r.) - zmieniając dedykowaną dotychczas osobę Pana Mariusza K na osobę Pana Ludwika J, która to osoba posiada wymagane przez Zamawiającego uprawnienia. Wraz z wykazem wykonawca złączył oświadczenie podmiotu udostępniającego firmy INTRON - datowane na dzień składania ofert tj. 17.01.2012 r. lecz podpisane przez P. Prezesa Zarządu - mgr inż. Piotra J, w dniu 20.01.2012 r. oraz oświadczenie samej osoby tj. Pana Ludwika J z dnia 20.01.2012 r. Odwołujący zauważa, że o ile dopuszczalne jest złożenie takich dokumentów po dniu składania ofert, to jednak z ich treści wynikać musi spełnianie warunków udziału w postępowaniu - na dzień składania ofert - a co absolutnie w tych oświadczeniach nie zostało wskazane. Odwołujący podniósł, że biorąc pod uwagę datę złożenia oświadczenia, która została w nagłówku wskazana na 17 stycznia 2012r. należy posługując się zasadami logiki i doświadczenia życiowego przyjąć, iż data jego złożenia jest data złożenia podpisu przez

prezesa zarządu Intron, oraz odpowiadająca tej dacie data złożenia oświadczenia pracownika.

Oświadczenia te zostały złożone w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 20 stycznia 2012r. a zatem pochodzą z całą pewnością najwcześniej z tej daty 20 stycznia 2012 roku. Odnosząc się do daty pisma oraz faktu, że załączone oświadczenia są dokumentami prywatnymi, to zgodnie z przepisem 78 § 1 kc iż dokument nie powstaje z datą wskazaną w jego nagłówku, lecz z datą złożenia podpisu, który jest elementem konstytutywnym dokumentu prywatnego. Podniósł, że ciężar dowodu w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu spoczywał na wykonawcy PWP Katowice (art. 26 ust 2 a), a z dokumentów przedłożonych przez niego w odpowiedzi na wezwanie wynika jednoznacznie, że moment na który zostały one wystawione - nie poświadczają iż wykonawca ten spełniał warunek udziału w postępowaniu na dzień składania ofert czyli na dzień 17.01.2012 r..

Ponadto Odwołujący podniósł kwestię, że firma INTRON udostępniając osobę do wykonywania przedmiotowego zamówienia będzie pośrednio brała udział w realizacji zamówienia w związku z powyższym wykonawca PWP Katowice te winien był przedłożyć dokumenty dotyczące tego podmiotu.

Zamawiający Gmina Liszki w złożonej odpowiedzi na odwołanie, wniosła o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko w tej sprawie podniosła, iż do oferty, wykonawca PWP Katowice Sp. z o.o., na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, załączył wykaz dwóch robót wykonanych przez Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska Eko Wodrol Sp. z o.o. z siedzibą 75-846 Koszalin, ul. Słowiańska 13, a także pisemne zobowiązanie tego podmiotu „[...] do oddania do dyspozycji firmie PWP Katowice Sp. z o.o. naszej wiedzy i doświadczenia polegających na wykonaniu inwestycji pn. Zintegrowana gospodarka wodno - ściekowa w dorzeczu Parsęty, Kontrakt NA, Zintegrowana gospodarka wodno - ściekowa w dorzeczu Parsęty, Kontrakt V, Budowa Oczyszczalni Ścieków w Rusku Gm. Darłowo, Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w Przytocznej wraz z rozbudową sieci kanalizacyjnej na terenie aglomeracji I Etap.

Niniejsze zobowiązanie jest bezterminowe ważne na cały okres realizacji zamówienia pn. „Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w Piekarach”.

W kolejnych pismach z dnia 23.01.2012 r. i z dnia 15.02.2012 r. PWP Katowice Sp. z o.o. oświadczyło iż Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska Eko Wodrol Sp. z o.o. nie będzie brało udziału w realizacji części zamówienia. Jednakże PWP Katowice Sp. z o.o. będzie dysponować wiedzą i doświadczeniem Eko Wodrol Sp. z o.o. na etapie realizacji zamówienia, poprzez organizowanie narad technicznych, telekonferencji, oraz w razie konieczności bezpośredniej pomocy merytorycznej. Udostępniający swoje zasoby przez cały okres trwania realizacji ww. zamówienia będzie współpracować z firmą PWP Katowice Sp. z o.o. w ramach konsultacji oraz doradztwa technicznego.

W ocenie Zamawiającego, dokumenty załączone do oferty PWP Katowice Sp. z o.o. potwierdzają spełnienie przez nie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w SIWZ, w przypadku polegania przez wykonawców na zasobach podmiotów trzecich, żądał przedstawienia zobowiązania podmiotu trzeciego. Do oferty PWP Katowice Sp. z o.o. zostało załączone stosowne zobowiązanie. Z treści zobowiązania wynikało na jaki okres i jakie zasoby zostają udostępnione. Z oświadczeń złożonych przez PWP Katowice Sp. z o.o. w piśmie z dnia 15.02.2012 wynika, iż PWP Katowice Sp. z o.o. będzie dysponowało niezbędnymi do realizacji zamówienia, zasobami podmiotu trzeciego - Spółki pod nazwą Eko Wodrol Sp. z o.o., a udostępnienie zasobów przez tą spółkę będzie realne.

Twierdzenie to znajduje także poparcie w oświadczeniu Przedsiębiorstwa Eko Wodrol Sp. z o.o. z dnia 1.03.2012 r., które zostało złożone na rozprawie przed KIO w dniu 5.03.br. w sprawie do sygn. KIO 363/12, w którym to ww. spółka podtrzymuje zobowiązanie o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia. W złożonym oświadczeniu stwierdziła, że deklaruje gotowość do współpracy z firmą PWP Katowice Sp. z o.o. przy realizacji zadania „Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w Piekarach” w sposób określony w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 15.02.2012 roku, którą Spółka PWP Katowice złożyła w Urzędzie Gminy Liszki."

W świetle złożonych przez PWP Katowice Sp. z o.o. oraz EkoWodrol Sp. z o.o. dokumentów i oświadczeń, zamawiający uznał, iż PWP Katowice Sp. z o.o., zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykazała spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, udowodniła bowiem, że faktycznie przy wykonywaniu zamówienia będzie dysponowała zasobem wiedzy i doświadczenia należącym do podmiotu trzeciego, a podmiot trzeci będzie uczestniczył przy wykonywaniu

zamówienia w charakterze doradcy i konsultanta.

Nadto Zamawiający wskazał, że istotnym w sprawie jest fakt, że w SIWZ nie został sprecyzowany warunek, iż podmiot trzeci, na zasobach których może polegać wykonawca, ma obowiązkowo brać udział w wykonaniu części zamówienia.

Odnosnie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Zamawiający argumentował, że podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 25 ust 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych dotyczący uzupełnionego przez PWP Katowice Sp. z o.o. na wezwanie zamawiającego wykazu osób wraz z oświadczeniem INTRON S.A., nie zasługuje również na uwzględnienie. Oświadczenie INTRON S.A. z datą „Katowice 17.01.2012 r.” zostało podpisane przez Prezesa Zarządu mgr inż. Piotra J z dopisaną ręcznie przez niego datą 20.01.2012 r. Zamawiający uznał, iż z dokumentów przedłożonych przez PWP Katowice Sp. z o.o. wynika, iż spełnia ona warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tj. na dzień

17.01.2012 r. Zamawiający w tej mierze oparł swoje uznanie na stwierdzeniu, iż na oświadczeniu została zamieszczona data 17.01.2012 r., a nadto, że skoro INTRON SA posiada 100% udziałów w Spółce PWP Katowice Sp. z o.o., tak więc w każdym czasie może udostępnić swojego pracownika do pracy w spółce PWP Katowice, której jest właścicielem. Stwierdził, że za nieuzasadniony uznać należy również zarzut braku złożenia wraz z ofertą dokumentów dot. INTRON S.A. w związku z udostępnieniem firmie PWP Katowice Sp. z o.o. pracownika P. Ludwika J, gdyż udostępnienie pracownika nie może być utożsamiane z udziałem firmy Intron w braniu udziału w realizacji zamówienia, w formie podwykonawcy.

Przystępujący do przedmiotowego postępowania wykonawca PWP Katowice Sp. z o.o, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, Jego oferta w oparciu o kryteria oceny ofert określone w siwz jest ofertą z najniższą ceną spośród złożonych ofert i tym samym w przypadku uwzględnienia odwołania może zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Również przystępujący wykazał swój interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której przystąpił – Zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana w przedmiotowym postępowaniu za najkorzystniejszą i ewentualne uwzględnienie odwołania pozbawiłoby go możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w punkcie IV.1.2 Zamawiający postawił jako warunek udziału w postępowaniu, warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, polegający na tym, aby wykonawca wykazał się w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonaniem nie mniej niż dwie robót budowlanych polegających na budowie oczyszczalni ścieków o przepustowości min. Q 3 dśr 1000m /d lub na rozbudowie, przebudowie lub

modernizacji oczyszczalni ścieków, w wyniku których uległy zwiększeniu parametry przepustowości oczyszczalni o min. Q 600 m³/d. śrd

W tym celu wymagał przedstawienia wykazu robót budowlanych, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Natomiast w rozdz. IV ust. 2 SIWZ Zamawiający zamieścił informację, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do

wykonania zamówienia i 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 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 wykonywaniu zamówienia.

Ponadto w SIWZ Zamawiający postanowił, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zobowiązany jest przedstawić dokumenty, potwierdzające brak podstaw do wykluczenia w odniesieniu do podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia.

Izba wskazuje, że sprawa przedmiotowego zamówienia była już przedmiotem orzekania przez Izbę, w sprawie o sygn. KIO 363/12. W tamtym postępowaniu gdzie Odwołującym był przystępujący do obecnego postępowania- wykonawca PWP Katowice sp. z o.o., zarzuty odwołania dotyczyły wykluczenia go z postępowania, z powodu nie niezłożenia wszystkich dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania Przedsiębiorstwa Inżynierii Środowiska Eko Wodrol Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. tj. podmiotu który udzielił mu swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W orzeczeniu tym Izba uznała, że bezspornym jest fakt, że podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie nie będzie podwykonawcą, nie będzie realizował żadnej części zamówienia, natomiast wiedzę i doświadczenie niezbędne dla realizacji zamówienia będzie przekazywał w formie doradztwa, konsultacji oraz udzielenia wsparcia wykonawcy. Tym samym Izba uznała, że wykonawca PWP Katowice sp. z o.o. nie miał obowiązku składania dokumentów dotyczących podmiotu, który będzie brał udział w realizacji części zamówienia, ale nie jako podwykonawca. Izba uwzględniając odwołanie nakazała unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy PWP Katowice sp. z o.o. oraz ponowne badanie i ocenę ofert. W wyniku tej oceny oferta wykonawcy PWP Katowice została uznana ofertą najkorzystniejszą.

Osią sporu w niniejszym postępowaniu jest zarzut, że wybrany wykonawca niepotwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu gdyż nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu w zakresie koniecznym dla zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Na wstępie rozważań co do prawidłowości przekazania zasobów pomiotu trzeciego wykonawcy PWP Katowice sp. z o.o, omówieniu wymaga uregulowanie tej kwestii w art. 26 ust 2b ustawy pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu 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 nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż 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 wykonywaniu zamówienia.

Takie sformułowanie przepisu art. 26 ust. 2b pozostawia wykonawcy swobodę co do sposobu udowodnienia faktycznego dysponowania zasobami innego podmiotu. Przepis ten nie zawiera katalogu wymaganych form uczestnictwa podmiotu udostępniającego swoje zasoby w realizacji zamówienia, tym samym nie przesądza o prawidłowym i stosownym ich udzieleniu.

Tym samym ocena czy dane udostępnienie zasobów jest rzeczywiste, należy zawsze oceniać przez pryzmat okoliczności konkretnego zamówienia, biorąc pod uwagę w szczególności indywidualny jego charakter. Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, o ile udowodni, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, co oznacza, że udostępnione zasoby mają charakter realny i będą wykorzystywane przy wykonywaniu zamówienia.

Z art. 26 ust.2b należy wywieść wniosek iż stosunek zobowiązaniowy, którego źródłem jest „pisemne zobowiązanie”, winien być wypełniony treścią wynikającą z charakteru przedmiotu zamówienia oraz rodzaju udostępnionych zasobów. Najprostszym sposobem

udostępnienia zasobów w robotach budowlanych może być udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia jako podwykonawcy, czyli przyjęcie na siebie wykonania pewnego zakresu robót, np. wybudowanie obiektu mostowego w ciągu drogi. Innym sposobem udziału w postępowaniu w zakresie przekazania wiedzy i doświadczenia będzie udział podmiotu trzeciego, np. na zasadzie konsultanta, doradcy, koordynatora robót, względnie poprzez udostępnienie know-how. Istotne jest, że te formy nie są one uznane za formę typowego podwykonawstwa. W tej sytuacji zasadne wydaje się stwierdzenie, że podwykonawstwo o jakim jest mowa w art. 647 §1 kodeksu cywilnego, nie da się wprost

zastosować do podwykonawstwa jako formy udostępnienia zasobów wykonawcy, przez podmiot trzeci.

Dlatego też w sytuacji kiedy dany wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia co do całości zamówienia, to podwykonawstwo – czyli wykonanie określonej części przedmiotu zamówienia nie spełniałoby wymogu aby tym doświadczeniem, Zamawiający dysponował przy wykonywaniu całości zamówienia. W tego rodzaju okolicznościach wystarczającym do udostępnienia wiedzy i doświadczenia jest udostępnienie na okres realizacji zamówienia pewnych elementów przedsiębiorstwa. Biorąc pod uwagę fakt, iż zasadniczym nośnikiem wiedzy i doświadczenia w podmiocie udostępniającym tego typu zasób, jest personel danego podmiotu, mający doświadczenie w kierowaniu i koordynowaniu robót wchodzących w zakres danego zamówienia Udostępnienie takiej kadry będzie często wystarczającą formą udostępnienia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia.

Zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b Pzp ma potwierdzić rzeczywistą możliwość dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia, a Zamawiający zobowiązany jest do dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zatem jego obowiązkiem jest również ocena treści zobowiązania podmiotu trzeciego, które wykonawca składa w celu wykazania spełniania tych warunków.

Istotnym w sprawie jest również fakt, że zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b, w sytuacji kiedy wykonawca wykazuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu przy pomocy zasobów podmiotu trzeciego, to winien on „udowodnić *zamawiającemu*, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia”. Dlatego też wykonawca winien przekonać Zamawiającego, a nie innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, że udostępnione zasoby są realne, stosowne do potrzeb i odpowiednie, aby ten wykonawca wykonał przedmiot zamówienia zgodnie z postanowieniami siwz i treścią złożonej oferty.

W związku z tym, że powyższy przepis ustawy nie precyzuje obligatoryjnej treści zobowiązania, które winno być składane dla wykazania posiadania zasobów podmiotu trzeciego, Izba zgodziła w tym zakresie ze stanowiskiem Izby wyrażonym w wyroku z dnia 9 lutego 2012 roku sygn. KIO 162/12, w który Izba wskazała, „*że zamawiający jest uprawniony do tego, aby opisując sposób wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonał również opisu wymagań w odniesieniu do udowodnienia dysponowania przez wykonawcę zasobami innego podmiotu, przykładowo wykazania przewidywanych zasad współpracy – sposobu wykonywania zobowiązania, zakresu zobowiązania udzielanego wsparcia. (...) nie można kwestionować uprawnienia zamawiającego do tego, aby w granicach określonych treścią art. 26 ust. 2 b Pzp opisać, kiedy uzna, że wykonawca wypełni ciążący na nim obowiązek dowodowy. Nie można odmówić zamawiającemu prawa do tego,*

by mając na względzie swoje uzasadnione potrzeby oraz w celu ochrony przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości wskazał wykonawcom, jakie elementy mają dla niego znaczenie przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jeśli wykonawca wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu przy powołaniu się na zasoby innych podmiotów”.

Przenosząc powyższe rozważania na zarzuty podniesione w niniejszym odwołaniu, Izba stwierdza, że Zamawiający w postanowieniach siwz, nie wskazał oczekiwanych przy tym zamówieniu, form udziału podmiotu trzeciego w przypadku udostępniania swoich zasobów dla wykonawcy zamówienia. Tym samym brak jest podstaw aby kwestionować stanowisko Zamawiającego, iż dokumenty załączone do oferty przez PWP Katowice Sp. z o.o. potwierdzają warunek posiadania wiedzy i doświadczenia. Do oferty PWP Katowice Sp. z o.o. zostało załączone stosowne zobowiązanie z którego treści wynika na jaki okres i jakie

zasoby zostają udostępnione. W świetle przedłożonych przez PWP Katowice Sp. z o.o. dokumentów wynika, że będzie ona dysponowała zasobami podmiotu trzeciego Spółki pod nazwą Eko Wodrol, niezbędnymi do realizacji zamówienia, a udostępnienie zasobów przez tą spółkę będzie realne. Będzie – gdyż zobowiązanie podmiotu trzeciego dotyczy zobowiązania się tego podmiotu do uczestnictwa w przyszłości tj. na etapie realizacji zamówienia

Oświadczenia te zadaniem Izby są wystarczającą podstawą, aby w świetle postawionych w SIWZ wymogów, uznać wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, a także udowodnienia, że PWP Katowice faktycznie przy wykonywaniu zamówienia będzie dysponował zasobem wiedzy i doświadczenia należącym do podmiotu trzeciego.

Dlatego też zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu braku wykazania, że wykonawca PWP Katowice dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia już na dzień otwarcia ofert tj. osobą Pana Ludwika J, Izba biorąc pod uwagę zarówno fakt, że oświadczenie udostępnienie tej osoby do prac przy realizacji zamówienia nastąpiło z dniem 17 lutego 2012 roku, a także to, że udostępnienie ma miejsce wśród podmiotów należących do jednej grupy kapitałowej-INTRON SA. posiada 100% udziałów w PWP Katowice Sp. z o.o., tak więc w każdym czasie może nastąpić udostępnienie pracownika z jednej do drugiej spółki.

Z dokumentów przedłożonych przez PWP Katowice Sp. z o.o. wynika, iż w tym zakresie spełnia ona warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tj. na dzień 17.01.2012 r. Wskazanie przy podpisie na oświadczeniu, daty jego sporządzenia innej niż termin składania ofert, nie przesądza o jego nieprawidłowości.

Izba stwierdza, że uzupełnione dokumenty muszą potwierdzać spełnienie warunku najpóźniej na dzień składania oferty. Przy czym istotna jest nie tyle data wystawienia takiego

dokumentu, ale fakt, czy z jego treści wynika spełnienie warunku właśnie na dzień składania oferty. Nadto Odwołujący oprócz wskazania swoich wątpliwości w tym zakresie, nie przedstawił żadnego dowodu, potwierdzającego podniesiony zarzut

Ponadto fakt udostępnienia osoby do wykonywania określonych czynności w realizacji zamówienia nie uzasadnia twierdzenia Odwołującego, że udostępniający osobę, firma INTRON, będzie pośrednio brała udział w realizacji zamówienia w związku z powyższym wykonawca winien był przedłożyć dokumenty dotyczące tego podmiotu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznaje stanowisko Zamawiającego, że załączone dokumenty w zakresie uzupełnienia wykazu osób dedykowanych do realizacji zamówienia są wystarczające do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a z faktu udostępnienia nie wynika, że firma INTRON będzie brała udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Tym samym zarzut ten nie może zostać uwzględniony.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący

Członkowie:

.....