Sygn. akt KIO 356/11

WYROK
z dnia 8 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Członkowie: Barbara Bettman
Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: IDS-BUD Sp. z o.o., FUNAM Sp. z o.o., 87-500 Rypin, ul. Bielawki 7** od czynności zamawiającego – **Miejskiego Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 32-650 Kęty, ul. Św. M. Kolbe 25a**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych ZRIB Zygmunt Seweryn, ENEKO Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe KAMO Sp. z o.o., 34-312 Międzybrodzie Bialskie, ul. Szkolna 6** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

---

2. Kosztami postępowania obciąża **Miejski Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Kętach** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: IDS-BUD Sp. z o.o., FUNAM Sp. z o.o.**

2) dokonać wpłaty przez **Miejski Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Kętach** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: IDS-BUD Sp. z o.o., FUNAM Sp. z o.o.** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych 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:
……
……

Sygn. akt KIO 356/11

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miejski Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Kętach –

prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Budowę kanalizacji sanitarnej na terenach miejscowości Bielany i Łęki oraz budowę oczyszczalni ścieków w Łękach.*

W dniu 21 lutego 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum IDS-BUD Sp. z o.o. i FUNAM Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum) wnieśli odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum: Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych ZRIB Zygmunt Seweryn, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ENEKO Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe KAMO Sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zaniechał wykluczenia Konsorcjum, które nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu (a w konsekwencji zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum, jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu) i dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia Zamawiający wymagał wykazania się m.in. wykonaniem jednego zamówienia na roboty budowlane obejmującego budowę oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 400m3/d, na potwierdzenie czego wykonawcy zobowiązani byli złożyć wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, 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.

Konsorcjum przedstawiło w ofercie dokumenty mające potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, które na skutek wezwania do złożenia wyjaśnień zastąpiło nowymi dokumentami (wykaz robót oraz listy referencyjne). W dniu 8 grudnia 2010 r. Zamawiający, w oparciu o te dokumenty, dokonał wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej. Wobec powyższych czynności Zamawiającego Odwołujący złożył odwołanie, które zostało uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą (wyrok z dnia 3 stycznia 2011 r.; sygn. akt: KIO/2723/10). Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała powtórzenie czynności badania

i oceny ofert, w tym wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. W wykonaniu wyroku KIO, Zamawiający wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. W odpowiedzi na wezwanie, Konsorcjum uzupełniło dokumenty, powołując się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu, tj. Zakładu Budowlanego Henryk Król, załączając nowy wykaz robót budowlanych, referencje oraz dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby.

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia nie może powoływać się na zasoby osób trzecich. Zgodnie bowiem z pkt 27 SIWZ Zamawiający żądał „wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom". Wskazanie takie winno nastąpić w formularzu oferty. W pkt 11 formularza oferty Konsorcjum złożyło oświadczyło, że nie zamierza powierzać do podwykonania żadnej części niniejszego zamówienia.

Odwołujący – powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej – podniósł, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia na roboty budowlane może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy udostępniający zasoby podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Wskazał, że udostępnienie zasobów nierozerwalnie związanych z podmiotem je udostępniającym nie jest możliwe bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, a zaangażowanie to w przypadku robót budowlanych musi mieć formę podwykonawstwa.

Zdaniem Odwołującego, skoro Konsorcjum oświadczyło w ofercie, iż nie zamierza, powierzyć innym podmiotom realizacji części zamówienia, to samo pozbawiło się możliwości polegania na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów. W takiej bowiem sytuacji nie istnieje możliwość zapewnienia realnego udziału tego podmiotu w wykonywaniu zamówienia, a tym

samym nie istnieje możliwość faktycznego skorzystania z jego wiedzy i doświadczenia, a zgodnie z brzmieniem przepisów art. 26 ust. 2b Pzp oraz jego celem, wykonawca winien udowodnić rzeczywistą możliwość dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, zobowiązanie Zakładu Budowlanego Henryk Król do oddania do dyspozycji Konsorcjum wiedzy i doświadczenia stanowi fikcję, mającą na celu jedynie wykazanie spełniania warunków udziału. Zamawiający jest nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany do rzetelnej oceny, czy na podstawie złożonego przez wykonawcę

zobowiązania nastąpiło udowodnienie rzeczywistego dysponowania wymienionym w tym dokumencie zasobem. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie był uprawniony do uznania, iż Konsorcjum wykazało spełnienie warunków udziału dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający wybierając ofertę Konsorcjum doprowadza do sytuacji, w której zamówienie pozyska podmiot, który sam nie dysponuje wymaganą wiedzą i doświadczeniem, a jest jedynie w stanie uzyskać od podmiotu trzeciego zgodę na posługiwanie się jego referencjami, za którą nie stoi żadne realne zobowiązanie do udziału w realizacji zamówienia. Konsekwencją takiego postępowania Zamawiającego jest powierzenie zamówienia publicznego przedsiębiorcy, który nie zapewnia należytego wykonania tegoż zamówienia.

Podnosząc, że Konsorcjum nie wykazało spełniania tegoż warunku, a zatem winno być wykluczone z Postępowania, Odwołując wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

− unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
− unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej,
− powtórzenia badania i oceny ofert i w konsekwencji wykluczenia Konsorcjum z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
− dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 23 lutego 2011 r. Konsorcjum: Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych ZRIB Zygmunt Seweryn, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ENEKO Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe KAMO Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący podniósł, że wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zdaniem Przystępującego, powołane przez Odwołującego tezy z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej odnoszą się do innego stanu faktycznego. Przystępujący wskazał, że przedmiotowe zamówienie publiczne prowadzone jest w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC, a zgodnie z klauzulą 4.4 *Podwykonawcy,* zgoda Zamawiającego jest wymagana do zawarcia przez Wykonawcę umowy o roboty budowlane z Podwykonawcą. Wykonawca z odpowiednim wyprzedzeniem winien uzyskać pisemną zgodę Zamawiającego na powierzenie wykonania części zamówienia temu Podwykonawcy. Podstawą do uzyskania takiej zgody będzie wniosek Wykonawcy przedstawiający część zamówienia, którego wykonanie zamierza powierzyć Podwykonawcy wraz z wykazem zdolności Podwykonawcy do jej wykonania oraz projektem umowy

z Podwykonawcą. Jeżeli Zamawiający, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez Wykonawcę takiego wniosku oraz projektem umowy z Podwykonawcą nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń będzie się uważało, że Zamawiający wyraził zgodę na zawarcie umowy.

Zdaniem Przystępującego, zgodnie z Warunkami Szczególnymi Kontraktu, w tym Warunkami Kontraktowymi FIDIC, możliwe jest wprowadzenie podwykonawców w trakcie trwania robót, a warunki te mają pierwszeństwo przed drukiem oferty, w którym wykonawca nie zgłosił części zamówienia, które zamierza zlecić podwykonawcom. Oświadczenie w ofercie należy traktować – w ocenie Przystępującego – jako wstępne i orientacyjne na etapie składania oferty. Nie zamyka to drogi wykonawcy do skorzystania z podwykonawców w trakcie realizacji robót, w tym w szczególności z podwykonawcy, który udostępnił mu swe zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Ponadto Przystępujący podniósł, że korzystanie z wiedzy i doświadczenia wykonawcy, który udostępnił swoje zasoby jest możliwe w różnorakiej formie, a nie wyłącznie w formie podwykonawstwa. Podmiot udostępniający swe zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia może np. świadczyć specjalistyczne usługi doradcze dotyczące przedmiotu zamówienia, w realizacji którego posiada doświadczenie, przekazanie wykwalifikowanych pracowników, którzy u wykonawcy będą zatrudnieni na umowę o pracę. Ustawa prawo zamówień publicznych nie narzuca żadnych obowiązkowych form powiązań innych podmiotów z wykonawcą wręcz przeciwnie w art. 2 b) podkreśla się, że poleganie na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów jest niezależne od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Oznacza to, że twierdzenie odwołującego się odnośnie braku możliwości powołania się na zasoby podmiotów trzecich przez Konsorcjum ZRIB jest bezpodstawne.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 9 SIWZ *Warunki udziału w postępowaniu opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków,* w odniesieniu do warunku posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia Zamawiający wymagał wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie co najmniej:
− jednego zamówienia na roboty budowlane obejmujące budowę oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 400 m3/d,

− jednego zamówienia na roboty budowlane obejmujące budowę sieci kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej lub sieci wodociągowej lub obu rodzajów sieci o łącznej długości co najmniej 20km.

W celu potwierdzenia spełniania warunku, wykonawcy zobowiązani byli (pkt 10.1.1 SIWZ) złożyć wykaz robót budowlanych sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 niniejszej IDW w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, 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.

W wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 3 stycznia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO/2723/10 Zamawiający w dniu 24 stycznia 2011 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania się niezbędną wiedzą i doświadczeniem poprzez wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie) co najmniej jednego zamówienia na roboty budowlane obejmujące budowę oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 400 m^3/d. Zamawiający wyznaczył termin złożenia dokumentów na 27 stycznia 2011 r. godz. 15.

W wyznaczonym terminie Przystępujący uzupełnił dokumenty, przedstawiając wykaz robót budowlanych, zawierający w poz. 1 zadanie dotyczące modernizacji i rozbudowy mechaniczno-biologicznej oczyszczalni ścieków dla Urzędu Gminy Wyry. Zadanie zostało zrealizowane przez konsorcjum: Zakład Budowlany inż. Henryk Król, Carboautomatyka S.A. oraz Aktyn. Do wykazu załączony został dokument referencyjny wystawiony dla Zakładu Budowlanego inż. Henryk Król przez Wójta Gminy Wyry. Przystępujący przedłożył ponadto pismo pana Henryka Króla prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlany inż. Henryk Król, zawierające oświadczenie o oddaniu do dyspozycji Przystępującego wiedzy i doświadczenia, w szczególności w zakresie budowy oczyszczalni ścieków, w celu wykorzystania przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

W dniu 11 lutego 2011 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty złożonej przez Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, który złożył drugą pod

względem ceny ofertę – spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania

ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci nieuzyskania zamówienia.

Przedmiotem sporu między stronami była m.in. kwestia, czy zawarte w ofercie Przystępującego oświadczenie o braku zamiaru powierzenia realizacji części zadania podwykonawcy było wiążące, czy też nie stanowiło przeszkody do zlecenie prac podwykonawcy na późniejszym etapie. W ocenie Izby, oświadczenie to – jako stanowiące element oferty – należy jednoznacznie uznać za wiążące. Obowiązek wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone podwykonawcom wynikał nie tylko z SIWZ, ale został nałożony wprost przepisami ustawy Pzp – zgodnie z przepisem art. 36 ust. 4, zamawiający żąda od wykonawców zamieszczenia tej informacji w ofercie. Błędna jest argumentacja Zamawiającego i Przystępującego, że możliwość późniejszego zlecenia prac podwykonawcy wynika z warunków kontraktowych FIDIC, a oświadczenie w ofercie ma charakter jedynie informacyjny. Po pierwsze, brak jest jakichkolwiek przesłanek do twierdzenia, że ww. warunki kontraktowe mogą uchylać normy określone przepisami powszechnie obowiązującymi. Po drugie, teza ta podważa sens art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, jak również innych przepisów tej ustawy, dotyczących niezmienności oferty i związania wykonawcy ofertą (które to związanie oznacza zobowiązanie do wypełnienia wszystkich zapisów wynikających z treści oferty).

W związku z powyższym należy uznać, że oświadczenie o braku zamiaru powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcy przesądza o niemożliwości uczestnictwa podmiotu udostępniającego zasoby w wykonaniu umowy poprzez podwykonawstwo. Należało zatem rozstrzygnąć, czy wobec niemożliwości uczynienia podwykonawcą podmiotu przekazującego swoją wiedzę i doświadczenie, powołanie się przez Przystępującego na te zasoby było skuteczne, a w konsekwencji, czy Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Dokonując oceny wykazania przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu Izba stanęła na stanowisku, że nieuzasadniona jest generalna teza, jakoby udostępnienie wiedzy i doświadczenia możliwe było wyłącznie poprzez uczestnictwo podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Podstaw do takiej tezy (prezentowanej przez Odwołującego) nie można wywieść – zdaniem Izby – z treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Niemniej jednak należy uznać, że udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, zwłaszcza zasobów nierozerwalnie związanych z podmiotem udostępniającym (a do takich należy wiedza i doświadczenie), musi łączyć się z określonym zaangażowaniem

podmiotu udostępniającego w realizację umowy. Co do zasady zaangażowanie to może przybrać różnorakie formy, w tym również przekazania know-how, konsultacje, doradztwo, co nie jest tożsame z udziałem w realizacji zamówienia sensu stricto. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów. Niewykluczone są więc, zdaniem Izby, sytuacje, w których realne przekazanie potencjału zostanie zagwarantowane właśnie poprzez podwykonawstwo. Izba nie podzieliła jednak stanowiska, że brak podwykonawstwa jednoznacznie przesądza o bezwzględnej niemożliwości udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot.

W przedmiotowym postępowaniu, w którym przedmiotem zamówienia są złożone roboty budowlane, za formę w najwyższym stopniu gwarantującą faktyczne udostępnienie wiedzy i doświadczenia, należałoby uznać podwykonawstwo. Nie można jednak z góry – bez analizy konkretnej formy przekazania wiedzy i doświadczenia – przesądzić, że każdy inny sposób tego przekazania jest wykluczony. Jednakże, zakładając nawet możliwość przekazania wiedzy i doświadczenia w przypadku niniejszego zamówienia, bez uczestnictwa w wykonaniu przedmiotu umowy w charakterze podwykonawcy, nie można uznać, że Przystępujący skutecznie powołał się na zasoby innego podmiotu, a tym samym wykazał

spełnienie warunków udziału w postępowaniu. O niewykazaniu spełniania tych warunków przesądziła – w ocenie Izby – nie tyle kwestia podwykonawstwa, co niewystarczającego wykazania, czy i jak to przekazanie nastąpi.

W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, warunkiem koniecznym powołania się na zasoby innych podmiotów jest wykazanie, że zostaną one udostępnione. Zgodnie z powyższym przepisem, wykonawca powołujący się na zasoby innych podmiotów, może wykazać dysponowanie nimi w szczególności poprzez złożenie zobowiązania podmiotów do oddania mu do dyspozycji tych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie przepis ten nie określa minimalnej treści takiego zobowiązania, niemniej jednak formułuje on konieczność udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Należy zatem uznać, że musi to być zobowiązanie do realnego przekazania, połączonego z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia, a forma ta winna zostać określona już w treści tego zobowiązania.

Złożone przez Przystępującego oświadczenie podmiotu trzeciego nie określa w żaden sposób formy i zakresu udostępnienia zasobów, jest więc niewystarczające w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jako dowód realnego oddania przez podmiot udostępniający swojego potencjału do dyspozycji wykonawcy. Nie wynika z niego bowiem,

do czego konkretnie zobowiązuje się podmiot, który złożył oświadczenie. Tymczasem na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Zobowiązanie o takiej treści, jak przedłożone przez Przystępującego, nie wykazuje, że zasoby zostaną udostępnione. Przystępujący dopiero podczas rozprawy próbował sprecyzować, na czym polegać będzie przekazanie zasobów, a doprecyzowanie to miało formę jedynie ustnego oświadczenia, nie popartego innymi dowodami, które potwierdzałyby, w jaki sposób podmiot udostępniający zostanie zaangażowany w wykonanie zadania. Doprecyzowanie takie należy uznać za niezbędne już przy złożeniu oferty (lub uzupełnieniu dokumentów na wezwanie zamawiającego), nie zaś dopiero na etapie postępowania odwoławczego i na jego potrzeby, skoro przepis ustawy nakłada na wykonawcę ciężar udowodnienia zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Tymczasem Zamawiający nawet podczas rozprawy nie miał wiedzy, w jaki sposób nastąpi przekazanie wiedzy i doświadczenia, nie miał więc również podstaw sądzić, że wykonawca tą wiedzą i doświadczeniem będzie dysponował wykonując przedmiot zamówienia.

Powyższego stanowiska nie zmienia fakt, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie określa treści zobowiązania podmiotu trzeciego oraz że Zamawiający w SIWZ nie zamieścił żadnych wymagań dotyczących sposobu wykazania dysponowania zasobami innego podmiotu i nie zobowiązał wykonawców do wskazania formy przekazania tych zasobów do dyspozycji. Brak szczegółowych wymagań nie oznacza bowiem całkowitej dowolności wykonawcy, oderwanej od obowiązku wykazania dysponowania potencjałem niezbędnym do realizacji zamówienia. Dopuszczenie możliwości wykazania dysponowania zasobami innego podmiotu poprzez złożenie zobowiązania niezawierającego elementów potwierdzających faktyczne przekazanie tych zasobów, prowadziłoby do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców niedysponujących zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, co byłoby oczywiście sprzeczne z celem normy określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W związku z tym, że wykonawca był już raz wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie spornego warunku udziału w postępowaniu (wykonanie jednego zamówienia na roboty budowlane obejmującego budowę oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 400 m^3/d), Izba uznała – zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa – że brak jest podstaw do ponownego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Należy zatem

stwierdzić, że niewykazanie przez Przystępującego spełniania warunków udziału w postępowaniu ma charakter ostateczny, niemożliwy do usunięcia.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……