

Sygn. akt: KIO 891/12

WYROK
z dnia 17 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek
Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2012 r. przez wykonawcę **"OZ-BUD" Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe Sp. z o.o., 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Niskich Temperatur i Badań Strukturalnych Polskiej Akademii Nauk im. W. Trzebiatowskiego, 50-950 Wrocław, ul. Okólna 2,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **"OZ-BUD" Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe Sp. z o.o., 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **"OZ-BUD" Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe Sp. z o.o., 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **"OZ-BUD" Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe Sp. z o.o., 53-609 Wrocław, ul. Fabryczna 20** na rzecz **Instytutu Niskich Temperatur i Badań Strukturalnych Polskiej Akademii Nauk im. W. Trzebiatowskiego, 50-950 Wrocław, ul. Okólna 2,** kwotę 3 600 zł 00gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 891/12

Uzasadnienie

Zamawiający - Instytut Niskich Temperatur i Badań Strukturalnych Polskiej Akademii Nauk im. W. Trzebiatowskiego we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest termomodernizacja budynków Instytutu Niskich Temperatur i Badań Strukturalnych PAN.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 marca 2012 roku, pod poz. 68769 - 2012.

W dniu 2 maja 2012 roku, odwołujący - „OZ - BUD” Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu, że wykluczenie go z udziału w postępowaniu stanowi naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ponieważ zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu i tym samym odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego, pomimo iż wykazał on, że spełnia wszelkie warunki

udziału w postępowaniu, tak więc złożona przez odwołującego oferta nie powinna zostać odrzucona

2. art. 26 ust. 2b w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez przyjęcie przez zamawiającego, iż odwołujący nie wykazał się doświadczeniem w zakresie wymaganym przez SIWZ, tj. zaprojektowania i wykonania co najmniej jednej termomodernizacji na powierzchni min. 10.000 m² obiektu budowlanego w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania, podczas gdy z przedłożonej przez odwołującego dokumentacji wynika, iż odwołujący spełnia powyższy warunek, gdyż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w oparciu o wiedzę i doświadczenie Pana Artura M
3. art. 24 w zw. z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp przez przyjęcie przez zamawiającego, iż odwołujący ubiega się o przedmiotowe zamówienie wspólnie z Panem Arturem M oraz w konsekwencji przyjęcie przez zamawiającego, iż Pan Artur M nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy z oferty złożonej w niniejszym postępowaniu przez odwołującego w żaden sposób nie wynika, jakoby odwołujący ubiegał się o zamówienie wspólnie z Panem Arturem M.
4. art. 26 ust. 3 i 87 ust. 1 i w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez to, że zamawiający, wzywając odwołującego do złożenia brakujących dokumentów oraz wyjaśnień odnośnie treści oferty, nie wskazał wystarczająco precyzyjnie, o jakie dokumenty chodzi i jakie elementy oferty wymagają wyjaśnienia. Powyższe

naruszenie faktycznie uniemożliwiło odwołującemu złożenie pełnych wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty i stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

5. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż z treści uzasadnienia pisma dotyczącego wykluczenia odwołującego z przetargu można wnioskować, że zamawiający miał uzasadnione wątpliwości, odnośnie treści złożonych w sprawie dokumentów (w szczególności referencji Pana Artura M) oraz charakteru w jakim Pan Artur M występuje w niniejszym postępowaniu; w konsekwencji zamawiający obowiązany był wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czego nie uczynił.

W konsekwencji odwołujący wniósł o unieważnienie czynności zamawiającego w zakresie oceny ofert (w szczególności co do oceny spełniania przez wykonawców warunków wskazanych przez zamawiającego) i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności w zakresie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, iż odnośnie wiedzy i doświadczenia w zakresie projektowania, która jest niezbędna do realizacji przedmiotu zamówienia, odwołujący polegać będzie - w myśl przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp na wiedzy i doświadczeniu Pana Artura M. W związku z tym Odwołujący załączył do oferty list referencyjny wystawiony na Pana Artura M (Pracownię Projektową ARCHAD) oraz zobowiązanie Pana Artura M do udostępnienia Odwołującemu swojej wiedzy i doświadczenia w zakresie projektowania w celu realizacji przedmiotu zamówienia (treść oferty złożonej przez Odwołującego - w aktach sprawy).

Podniósł, że w myśl art. 26 ust. 2b ustawy Pzp 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 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. Wskazać należy, iż w zakresie określonym w art. 26 ust. 2b prawo przyznane wykonawcy w tym przepisie jest w zasadzie niczym nieograniczone. Podmiot, z którego zasobów skorzysta wykonawca, nie musi być w trakcie wykonywania zamówienia nawet podwykonawcą, ani konsorcjantem (a więc nie musi wspólnie ubiegać się o zamówienie). Wskazany przepis nie stawia nawet wymagania, aby dana osoba - udostępniająca swoją wiedzę i doświadczenie - w ogóle uczestniczyła w wykonaniu zamówienia. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tej materii zdecydowanie wskazuje na brak konieczności

korzystania z podwykonawstwa w przypadku posługiwania się w ofercie doświadczeniem podmiotu trzeciego. W wielu wyrokach KIO podkreśla, że doświadczenie podmiotu trzeciego na etapie wykonywania zamówienia może być udostępniane w formie doradztwa czy konsultacji.

W odpowiedzi na wezwanie skierowane przez zamawiającego do odwołującego się w dniu 23 kwietnia 2012r., odwołujący złożył obszernie wyjaśnienia odnośnie zasad współpracy z Panem Arturem M oraz odnośnie treści załączonych do oferty dokumentów potwierdzających spełnianie wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia (Odwołujący przesłał również ponownie wykaz wykonanych robót oraz dokumenty, tj. referencje potwierdzające wykonanie tych robót). W treści wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2012r. Odwołujący wyraźnie stwierdził, iż użyczenie osoby Pana Artura M w ofercie Odwołującego nie ma formy konsorcjum, lecz formę udostępnienia osoby - jej wiedzy i doświadczenia, a współpraca będzie przebiegać na podstawie umowy o pracę (pkt 1 wyjaśnień).

Odnosząc się do zarzutu zamawiającego, iż odwołujący nie spełnia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. że z treści referencji przedłożonych przez Pana Artura M nie wynika, jakoby posiadał on wiedzę i doświadczenie w wymaganym zakresie wskazał, że firma Pracownia Projektowa ARCHAD jest jednoosobową działalnością gospodarczą prowadzoną osobiście przez Pana Artura M, na dowód czego załączył wydruk dotyczący Pana Artura M z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Faktem jest, iż w treści listu referencyjnego z dnia 2 czerwca 2008r. wystawionego przez DOZAMEL sp. z o.o. wskazano, iż jest on wystawiony na „Pracownię Projektową ARCHAD, reprezentowaną przez mgr inż. Artura M”, jednakże należy stwierdzić, że jest to jedynie niewłaściwe, niefortunne sformułowanie. Projekt wskazany w treści referencji wykonał osobiście Pan Artur M. Stosowne wyjaśnienia odwołujący zawarł w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wskazując, iż „obecnie Pan Artur M nie prowadzi już działalności pod tym szyldem (tj. Pracownia Projektowa ARCHAD), jednakże referencje, których użyczył mają charakter autorski i spełniają wymagania w zakresie doświadczenia”. Jednocześnie należy stwierdzić, iż treść wezwania skierowanego przez Zamawiającego do Odwołującego odnośnie treści oferty była ogólna i nie wynikało z niej, jakich konkretnie wyjaśnień oczekuje Zamawiający i jakiej treści oferty mają one dotyczyć, stąd Odwołujący nie przedłożył wcześniej wskazanego powyżej wydruku z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, co czyni w chwili obecnej. Wskazane referencje należy uznać więc za wystawione na Pana Artura M, tak więc Odwołujący uprawniony był do załączenia ich do oferty i spełniają one wymogi określone w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Odnosząc się do treści merytorycznej ww. referencji stwierdzić należy, iż jednoznacznie wynika z nich, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Referencje nie wskazują dokładnie, jaki projekt został wykonany w

ramach danej budowy - wynika to z wykazu wykonanych robót, przedłożonego wraz z ofertą. W orzecznictwie KIO wielokrotnie podkreślano, iż to z dokumentów przedłożonych wraz z ofertą (wykaz wykonanych robót budowlanych), jak również z uzupełnionych na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp lub ze złożonych wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. winno wynikać, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Takiego potwierdzenia nie należy wywodzić z treści referencji.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, iż w treści pisma zamawiającego dotyczącego wykluczenia odwołującego z postępowania przetargowego, zamawiający zarzuca, iż Pan Artur M nie posiada uprawnień do projektowania w kilku branżach. W związku z powyższym zarzutem odwołujący wskazał, iż z treści SIWZ nie wynika wymóg, aby osoba projektująca przedmiot przetargu posiadała uprawnienie do projektowania w kilku branżach. W związku z powyższym, nie można w chwili obecnej dokonywać oceny oferty odwołującego pod tym kątem. Oferta musi bowiem odpowiadać treści SIWZ i zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania oceny ofert pod kątem innych warunków niż wskazane w SIWZ. Mając powyższe na uwadze odwołujący stwierdził, iż dokumenty przedłożone we wskazanym powyżej zakresie (wykaz wykonanych robót i referencje) oraz treść oświadczenia Pana Artura M o udostępnieniu posiadanych zasobów wiedzy i doświadczenia, w pełni spełniają warunek udokumentowania posiadania wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia. Wobec powyższego, wszelkie twierdzenia zamawiającego w tym zakresie są całkowicie nieuprawnione, a wykluczenie odwołującego oraz odrzucenie jego oferty było w pełni nieuzasadnione i sprzeczne z treścią obowiązujących przepisów ustawy Pzp. Zamawiający w sposób całkowicie dowolny i nieuzasadniony przyjął, iż odwołujący ubiega się

o zamówienie wspólnie z Panem Arturem M. Z treści oferty złożonej w niniejszym postępowaniu przez odwołującego, a tym bardziej z treści wyjaśnień złożonych przez odwołującego w dniu 25 kwietnia 2012r. nie wynika, jakoby odwołujący ubiegał się o zamówienie wspólnie z Panem Arturem M. Wręcz przeciwnie, w treści wyjaśnień z dnia 25 kwietnia 2012r. odwołujący wielokrotnie podkreślał, że współpraca z Panem Arturem M nie będzie miała ani formy podwykonawstwa, ani konsorcjum, a Pan Artur M zatrudniony będzie przez odwołującego na umowę o pracę.

Nieuprawnione jest stanowisko zamawiającego zawarte w uzasadnieniu skarżonej czynności, iż udostępnienie wiedzy i doświadczenia oznacza wspólne ubieganie się o zamówienie, a więc ocena posiadania wiedzy i doświadczenia dotyczy obu podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie (w przypadku niniejszego postępowania - osobno Pana Artura M i osobno Odwołującego). Podmiot udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie na podstawie art. 26 ust. 2b nie ubiega się wspólnie z wykonawcą o zamówienie, tak więc brak jest podstaw do żądania spełnienia przez niego warunków określonych w art. 22 i 24 ustawy Pzp oraz dokonywania oceny oferty, jako złożonej łącznie przez dwa podmioty. Regulacja

zawarta w art. 26 ust.2b ma na celu ułatwienie wykonawcą spełnienia warunków postępowania i w zamiarze ustawodawcy było właśnie uniknięcie sytuacji, w której wykonawcy musieli wspólnie ubiegać się o zamówienie, aby spełnić wymagania zamawiającego.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej odwołujący zarzucił, że skoro zamawiający uznał - na podstawie treści oferty i złożonych przez odwołującego wyjaśnień - że odwołujący i Pan Artur M wspólnie ubiegają się o przedmiotowe zamówienie, Zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ustawy Pzp. wezwać Pana Artura M do uzupełnienia brakujących dokumentów, czego nie uczynił. W razie przyjęcia wskazanego stanowiska Zamawiającego za prawidłowe, brak wezwania Pana Artura M do uzupełnienia dokumentów stanowi rażące naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący podniósł także, iż treść wezwania skierowanego przez Zamawiającego z dnia 23 kwietnia 2012r. była bardzo nieprecyzyjna i właściwie uniemożliwiła odwołującemu złożenie pełnego i konkretnego wyjaśnienia. W pkt 1 przedmiotowego wezwania zamawiający wezwał odwołującego do złożenia „wykazu wykonanych robót budowlanych wraz z dokumentami (...)”, co stanowi faktycznie powtórzenie zapisów SIWZ. Zamawiający nie uszczegółowił, o jakie dokumenty chodzi ani jaka okoliczność ma być za ich pośrednictwem wykazana.

Ponadto w pkt 2 wezwania zamawiający wezwał ogólnikowo odwołującego do wyjaśnienia pkt 10 formularza ofertowego, nie precyzując po raz kolejny, o wyjaśnienie jakiego konkretnie zapisu czy jakiej okoliczności chodzi zamawiającemu.

Wskazał, że mając na uwadze ugruntowane stanowisko KIO w zakresie wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 i art. 87 ust. 1 stwierdzić należy, iż treść ww. wezwania skierowanego do odwołującego była nieprawidłowa i uniemożliwiła odwołującemu złożenie precyzyjnych wyjaśnień i uzupełnień i dokumentów, co w konsekwencji można uznać za przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. Nie dając odwołującemu możliwości pełnego wyjaśnienia treści złożonej oferty uznać należy, iż zamawiający przeprowadził postępowanie z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. Nie można bowiem obarczać negatywnymi skutkami wykonawcy, który zastosował się do niejednoznacznego w swej treści wezwania zamawiającego.. Zgodnie z powszechnie panującym poglądem doktryny i orzecznictwa, przepis art. 26 ust. 3 i 4 nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia oświadczeń, dokumentów lub wyjaśnień; jest to niewątpliwie zaleta przepisu, gdyż eliminuje uznaniowość i dowolność, co zapobiega naruszaniu zasady równego traktowania. Jednocześnie należy podkreślić, iż wątpliwości zamawiającego co do treści dokumentów powinny być wykonawcy zakomunikowane, w sposób dający możliwość stwierdzenia przez niego źródła zastrzeżeń, czy też zakresu dostrzeżonych niedoskonałości

Wezwanie powinno precyzować wszystkie braki w dokumentach, zarówno merytoryczne, jak i formalne, a nie jedynie ogólnikowo wzywać do ich złożenia. Zamawiający, wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp., winien szczegółowo określić, jakie są podstawy prawne i faktyczne wezwania wskazując jednocześnie, o jakie informacje ma zostać uzupełniona oferta. Tymczasem zamawiający,

formułując jedynie ogólne wezwanie do odwołującego, postąpił wbrew przyjętej powszechnie interpretacji wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp., uniemożliwiając tym samym odwołującemu prawidłowe i pełne wyjaśnienie zaistniałych wątpliwości. Zamawiający, mając wątpliwości co do referencji przedłożonych przez Pana Artura M lub formy prowadzenia przez niego działalności gospodarczej, uprawniony był zwrócić się nawet bezpośrednio do Pana Artura M w celu wyjaśnienia wszelkich wątpliwości, czego nie uczynił. Żądanie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wcale nie musi być jednokrotne. Zamawiający może je ponawiać, jeżeli jego wątpliwości nie zostały usunięte. Kopia odwołania została przesłana zamawiającemu za pomocą faksu w dniu 30 kwietnia 2012r.

Zamawiający w dniu 15 maja 2012 roku, wniósł odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał stanowisko co do braku spełnienia przez odwołującego warunku wiedzy i doświadczenia.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt 8.1. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) zamawiający wskazał, iż wykonawca spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zaprojektował i wykonał co najmniej jedną termomodernizację na powierzchni min. 10 000,00 m² obiektu budowlanego. Ocena spełniania w/w warunku udziału w postępowaniu dokonana zostanie według reguły „spełnia/nie spełnia”, na podstawie złożonego oświadczenia i dokumentów, według zapisów punktu 9.1. Informacji dla wykonawców, stanowiącej część SIWZ (dalej: IDW). W myśl punktu 9.1. ppkt 2 IDW w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wykonawca zobowiązany jest przedłożyć wykaz wykonanych robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia 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 załączenie dokumentu

potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, sporządzony według Załącznika nr 5 do IDW.

W odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców, w dniu 16 kwietnia 2012 roku, zamawiający zamieścił na stronie internetowej informację, że „Zamawiający nie uzna spełnienia warunku, jeżeli jeden z członków konsorcjum wykonał dokumentację dotyczącą termomodernizacji, a drugi wykonał termomodernizację budynku o powierzchni docieplenia ścian tego budynku min. 10 000 m².”

Celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia odwołujący złożył w ofercie wykaz wykonanych robót budowlanych, sporządzony według załącznika nr 5 do IDW, w którym wymienił zamówienie polegające na wykonaniu termomodernizacji budynku A2, znajdującego się na „Obszarze B” Wrocławskiego Parku Przemysłowego przy ul. Fabrycznej 10, podając 2 pozycje: 1. wykonanie termomodernizacji dachu o powierzchni 15 000m², wymianę świetlików na dachu o pow. 5 100 m², remont elewacji o powierzchni 5 000 m², termoizolację ściany o pow. 1000m², wymianę stolarki okiennej o pow. 1 800 m², 2. wykonanie projektu wielobranżowego, uzyskanie wszystkich wymaganych uzgodnień formalno – prawnych, obiekt o powierzchni 22 900 m², podlegającej termomodernizacji. Na potwierdzenie należytego wykonania zamówień, odwołujący załączył na stronie 9 oferty referencje wystawione przez Dozamel Sp. z o.o. dnia 22 lipca 2008 roku potwierdzającą, że „Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe OZ - BUD Sp. z o.o. wykonywało termomodernizację elewacji i dachu budynku hali A2, znajdującego się na „Obszarze B” Wrocławskiego Parku Przemysłowego”. Na stronie 10 oferty załączył list referencyjny z dnia 2 czerwca 2012 roku, w którym Dozamel Sp. z o.o. informuje, że „Pracownia Projektowa ARCHAD, reprezentowana przez mgr inż. Arch. Artura M, z siedzibą we Wrocławiu (...) na nasze zlecenie opracowała w drugiej połowie 2007 r. projekt budowlano – wykonawczy wraz z projektem zamiennym termomodernizacji budynku hali A2 firmy DOZAMEL Sp. z o.o., zlokalizowany na terenie Wrocławskiego Parku Przemysłowego we Wrocławiu (...)”. Na stronie 11 oferty odwołujący załączył „zobowiązanie o udostępnieniu zasobów wiedzy i doświadczenia” z dnia 19 kwietnia 2012 roku, w treści

którego mgr inż. architekt Artur M zobowiązuje się do udostępnienia firmie OZ – BUD Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe Sp. z o.o. zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Zobowiązanie obejmuje oddanie do dyspozycji wiedzy i doświadczenia - t.j. referencji w zakresie prac projektowych oraz mojej osoby do wykonania projektu będącego przedmiotem przetargu. Udostępnienie nastąpi w oparciu o zawartą umowę z firmą OZ - BUD Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe Sp. z o.o. ustalającą warunki współpracy.

Pismem z dnia 23 kwietnia 2012 roku, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do m.in. złożenia wykazu wykonanych robót budowlanych wraz z

dokumentami potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W odpowiedzi odwołujący załączył ponownie wykaz wykonanych robót budowlanych, wskazując, że zamawiający nie podał o uzupełnienie jakich konkretnie informacji czy dodatkowych załączników. Odwołujący wyjaśnił także m.in., że „Autorem projektu termomodernizacji budynku A2 był Pan Artur M działający wówczas jako Pracownia Projektowa ARCHAD. Obecnie Pan Artur M nie prowadzi działalności pod tym szyldem, jednak referencje jakich użył mają charakter autorski i spełniają wymagania zamawiającego w zakresie doświadczenia. W dalszej części wyjaśnień z dnia 25 kwietnia, odwołujący podał, że użyczenie osoby Pana Artura M nie ma formy konsorcjum, lecz formę udostępnienia osoby jej wiedzy i doświadczenia (stosowne zobowiązanie zostało załączone do oferty), a współpraca będzie przebiegać na podstawie umowy o pracę.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący, którego oferta została odrzucona z udziału w postępowaniu, legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie budzi wątpliwości Izby, że wykonawcą składającym ofertę jest „OZ - BUD” Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe Sp. z o.o., które korzysta na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp z zasobów wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sprawy są zatem rozważania zamawiającego odnośnie formy prawnej, w jakiej wykonawca ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Nieuzasadnione są także przypuszczenia zamawiającego jakoby wykonawca „OZ – BUD” Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe Sp. z o.o. złożył ofertę wspólnie z innym wykonawcą.

Z treści referencji z dnia 2 czerwca 2008 roku wynika, że Pracownia Projektowa Archad, reprezentowana przez mgr inż. arch. Artura M opracowała wielobranżowy projekt budowlano - wykonawczy na rzecz Dozamel Sp. z o.o.. W treści referencji stwierdza się, że „powierzone zadanie Pracownia Projektowa ARCHAD wykonała w sposób profesjonalny, odpowiedzialny i terminowy (...)”. Tymczasem podmiotem udostępniającym w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia jest pan Artur M osobiście, który zgodnie z wyjaśnieniem z dnia 25 kwietnia 2012 roku (pismo w aktach sprawy) oraz oświadczeniem

odwołującego złożonym w toku rozprawy ma być zatrudniony przy realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę.

W ocenie Izby, w rozpatrywanym stanie faktycznym, w sytuacji zatrudnienia osoby fizycznej na umowę o pracę, może dojść do przekazania (udostępnienia) wiedzy i doświadczenia wyłącznie w zakresie doświadczenia zdobytego samodzielnie przez tę osobę a nie doświadczenia nabytego w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, nawet jeśli byłaby to działalność prowadzona jednoosobowo. Zdobyte doświadczenie polegające na opracowaniu wielobranżowego projektu na rzecz Dozamel Sp. z o.o. jest doświadczeniem przedsiębiorcy - Artura M, prowadzącego działalność gospodarczą p.n. ARCHAD a nie doświadczeniem samego Artura M, który udostępnił zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia. Wykonawcą projektu wielobranżowego termomodernizacji budynku A-2 znajdującego się na „obszarze B” Wrocławskiego Parku Przemysłowego była Pracownia

Projektowa ARCHAD, jak wynika z karty tytułowej projektu złożonej do akt sprawy przez zamawiającego projekt powstał przy udziale kilku projektantów, odpowiedzialnych za każdą branżę (architektura, konstrukcja, instalacje sanitarne, instalacje elektryczne). Pan Artur M był jedynym ze współtwórców tego projektu, odpowiedzialnym za branżę architektoniczną i wyłącznie w tym zakresie może udostępnić swoje doświadczenie w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Zakres ten jest niewystarczający dla potwierdzenia spełnienia warunku wymaganego doświadczenia, opisanego w pkt 8.1.2 IDW, ponieważ zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu projektu wielobranżowego termomodernizacji budynku.

Ponadto Izba wskazuje, że zgodnie z ustawą z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tj. Dz. U. 2006 rok, nr 90, poz. 631 ze zm.) okoliczność, iż utwór (w tym przypadku projekt) jest rezultatem działalności twórczej kilku osób i stanowi połączenie ich wkładów twórczych, sprawia, że prawo autorskie przysługuje tym osobom wspólnie. Do wykonywania prawa autorskiego do całości utworu potrzeba jest zgoda wszystkich współtwórców (art. 9 ust. 1 i ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych).

Izba uznała, że wezwanie z dnia 23 kwietnia 2012 roku do uzupełnienia dokumentów w zakresie złożenia wykazu wykonanych robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt. 8.1.2 było jasne i precyzyjne, zatem brak podstaw aby zastosować w zaistniałych okolicznościach dyspozycje art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba wielokrotnie

podkreślała w orzeczeniach, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma zastosowanie jednokrotne w odniesieniu do danej okoliczności. W wyniku wezwania z dnia 23 kwietnia 2012 roku, odwołujący przedstawił ponownie ten sam wykaz robót, który załączył wcześniej do oferty i udzielił wyjaśnień odnośnie formy prawnej w jakiej składa ofertę oraz zasad współpracy z panem Arturem M.

Niezależnie od powyższego, Izba nie podzieliła stanowiska zaprezentowanego przez zamawiającego, że w sytuacji udostępnienia przez podmiot trzeci wiedzy i doświadczenia na podstawie art. 26 ust 2b ustawy Pzp, wykonawca ten, celem potwierdzenia spełnienia warunku opisanego przez zamawiającego, winien wykazać się doświadczeniem zarówno w zaprojektowaniu jak i wykonaniu termomodernizacji budynku. Zastrzeżenie zamawiającego co do konieczności zaprojektowania i wykonania robót budowlanych przez jednego wykonawcę dotyczyło wyłącznie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (odpowiedź na pytanie jednego z wykonawców z dnia 16 kwietnia 2012 roku). Zatem wymóg ten, w sytuacji udostępnienia przez podmiot trzeci wiedzy i doświadczenia jako nie wynikający z treści specyfikacji i udzielonych wyjaśnień jest nieuprawniony.

Z uwagi na brak potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, mimo wyczerpania procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała, że czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu była prawidłowa.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego – w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....