**Sygn. akt: KIO 2609/14**

**Wyrok**

**z dnia 17 grudnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu w na rozprawie w dniu 17 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2014 r. przez wykonawcę **KBUD K. Ł. ul. H. Probusa 18, 55-110 Prusice** w postępowaniu prowadzonym przez **Wyższa Szkoła Oficerska Wojsk Lądowych im. Gen. Tadeusza Kościuszki ul. Czajkowskiego 109, 51-150 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **Firma Usługowo-Handlowa STANBUD S. P.a ul. Głowackiego 67, 32-800 Brzesko** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

**1.** oddala odwołanie.
**2.** Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **KBUD K. Ł. ul. H. Probusa 18, 55-110 Prusice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **KBUD K. Ł. ul. H. Probusa 18, 55-110 Prusice** tytułem wpisu od odwołania;

2.1 Zasądza od wykonawcy **KBUD K. Ł. ul. H. Probusa 18, 55-110 Prusice** na rzecz **Wyższej Szkoły Oficerskiej Wojsk Lądowych im. Gen. Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu** kwotę 3 321 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące trzysta dwadzieścia jeden złotych 00 gr) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.



---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 2609/14**

**Uzasadnienie**



---

Wyższa Szkoła Oficerska Wojsk Lądowych im. Gen. T. Kościuszki we Wrocławiu prowadzi trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest :„Przebudowa i termomodernizacja budynku nr 1/2845 ul. Czajkowskiego 109 we Wrocławiu, nr sprawy 67/PN/2014”

KBUD K. Ł., 55-110 Prusice (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej nawy kluczeniu wykonawcy z postępowania.
Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, która była jedynym kryterium oceny ofert.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, 24 ust 2 pkt 4) i art. 91 ust. 1 ustawy pzp.
Wniósł o nakazanie zamawiającemu: dokonania unieważnienia czynności wyboru

unieważnienia czynności wykluczenia z najkorzystniejszej oferty; Odwołującego postępowania; dokonania ponownego badania ofert z udziałem oferty Odwołującego.
Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.
Odwołujący został zawiadomiony wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta wykonawcy - Firmy Usługowo- Handlowej STANBUD S. P., oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Pismem z dnia 1 grudnia 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, do uzupełnienia m.in. dokumentu Wykaz robót - Załącznik nr 2 do SIWZ. Za pismem z dnia 3 grudnia 2014 r. Odwołujący uzupełnił Wykaz robót wraz z innymi dokumentami towarzyszącymi Wykazowi robót, wśród tych dokumentów znajdowało się zobowiązanie innego podmiotu - Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego Sp. z o.o. z Zielonej Góry do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia. Z zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wynika, że Zamawiający uznał, iż treść zobowiązania nie wypełnia jego oczekiwań i wymogów określonych w art. 26 ust. 2b Ustawy. Zamawiający napisał: „Z treści przywołanego dokumentu wynika, że podmiot, na którego wiedzę i doświadczenie wykonawca się powołuje, będzie uczestniczył w realizacji zamówienia jedynie w ramach konsultacji i doradztwa w zakresie wykonywanych robót, organizacji, logistyki i technologii, a więc nie będzie brał bezpośredniego udziału w wykonywaniu robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia.”. Musi dziwić fakt, że, zdaniem Zamawiającego, nie wystarczającym udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia jest jego udział przy wykonywaniu zamówienia w ramach prowadzenia konsultacji, doradztwa w zakresie wykonywanych robót, organizacji, logistyki i technologii, a koniecznym jest bezpośredni udział w wykonywaniu robót budowlanych. Zamawiający w siwz nie określił, że podmiot, który będzie udostępniał wykonawcy wiedzę i doświadczenie, musi wykonywać w ramach realizacji zamówienia roboty budowlane. Wymagania dotyczące udowodnienia dysponowania zasobami innego podmiotu oraz udziału tego podmiotu przy



---

wykonywaniu zamówienia i okresu tego udziału zostały określone w Rozdziale VII pkt 4 i 5 SIWZ, ale o obowiązku uczestnictwa podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych w ww. postanowieniach SIWZ mowy nie ma. W dalszej części zawiadomienia Zamawiający pisze, że powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca). Dalej w zawiadomieniu zawarte są wywody Zamawiającego o niezbędności udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia ze względu na specyfikę zasobu wiedzy i doświadczenia. Czytamy także, że dopuszczalne jest posługiwanie się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego referencjami podmiotu trzeciego, w celu wykazania spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia, jeżeli podmiot ten będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia, a więc bezpośrednio w realizacji robót budowlanych objętych zamówieniem. Należy zauważyć niekonsekwencję Zamawiającego w ocenie udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. W podkreślonym zdaniu zawiadomienia o wykluczeniu, Zamawiający potwierdził, że PBO Sp. z o.o. będzie brała udział w realizacji zamówienia, co prawda potwierdził to z użyciem zwrotu Jedynie w ramach konsultacji i doradztwa w zakresie wykonywanych robót, organizacji, logistyki i technologii”, ale uznanie uczestnictwa PBO Sp. z o.o. jest bezsprzeczne. Jednak w dalszej części zawiadomienia, Zamawiający podważa ten udział. Interesujący jest tok myślenia Zamawiającego. Pisze, że podmiot trzeci ma brać udział w wykonywaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca), a dalej pisze, że musi wykonywać roboty budowlane. Jak w takim razie rozumieć stwierdzenie „co do zasady jako podwykonawca”. To stwierdzenie Zamawiającego dopuszcza także inną formę udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia niż podwykonawstwo. Niekonsekwencja myślenia Zamawiającego jest wyraźna. Zdaniem Zamawiającego, wyrażonym w zawiadomieniu o wykluczeniu, podmiot trzeci musi wykonywać roboty budowlane, ale jak wynika z dalszej treści zawiadomienia przytoczonego wyżej, może je wykonywać także nie będąc podwykonawcą. Tę logikę myślenia trudno zrozumieć. W Rozdziale VII pkt 5 lit. d) SIWZ Zamawiający polecił wykonawcom, w przypadku wykorzystania zasobów innych podmiotów, załączenie do oferty dokumentów dotyczących zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, co jest zgodne z § 1 ust. 6 lit. d) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Natomiast w zawiadomieniu o

wykluczeniu Zamawiający odstąpił od opisu udziału innego podmiotu zawartego w przywołanym wyżej postanowieniu SIWZ i używa zwrotu „w wykonywaniu zamówienia” doprecyzowywując go jeszcze innym zwrotem „w realizacji robót budowlanych objętych zamówieniem”. Zamawiający nie może wymiennie używać zwrotów „przy wykonywaniu



zamówienia”, „w wykonywaniu zamówienia” i „w wykonywaniu robót budowlanych objętych zamówieniem”. Każdy z tych zwrotów ma inne znaczenie, chociaż zwrot „w wykonywaniu robót budowlanych objętych zamówieniem” stanowi doprecyzowanie zwrotu „w wykonywaniu zamówienia”, natomiast zwrot „przy wykonywaniu zamówienia” znaczeniowo różni się od nich wyraźnie. Użyty w ww. rozporządzeniu i w SIWZ zwrot „przy wykonywaniu zamówienia” oznacza, że udział innego podmiotu nie musi być bezpośredni, polegający na wykonywaniu robót budowlanych. Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu, w kwestii dotyczącej udziału innego podmiotu, używa niezgodnie z SIWZ, zwrotów „w wykonywaniu zamówienia” i „w wykonywaniu robót budowlanych objętych zamówieniem”. W języku polskim występują różne przyimki o różnym znaczeniu i o różnym zastosowaniu. Inne znaczenie oraz inne zastosowanie ma przyimek „w” i inne przyimek „przy”. Użycie przyimka „w” oznacza, że coś jest wewnątrz. Użycie przyimka „przy” oznacza, że coś jest blisko, ale obok. Przenosząc powyższe rozważania na kwestię udziału podmiotu trzeciego, stwierdzić trzeba, że poprzez użycie w Rozdziale VII pkt 5 lit. d) SIWZ zwrotu „przy wykonywaniu zamówienia” Zamawiający dopuścił inną formę udziału niż bezpośredni udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu robót budowlanych w formie podwykonawstwa. Może to być np. doradztwo, konsultacje, udostępnienie rozwiązań technologicznych, pomoc w organizacji robót, logistykę, itp. Udział podmiotu trzeciego z wykorzystaniem każdej z form wymienionych w zdaniu poprzedzającym będzie udziałem tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Nie są to formy stricte wykonawcze, tylko około wykonawcze (obok wykonawcze), można by powiedzieć quasi wykonawcze. Dokładnie tak jak wynika to z przyimka „przy”. Zamawiający używając w zawiadomieniu o wykluczeniu zwrotów „w wykonywaniu zamówienia” i „w wykonywaniu robót budowlanych objętych zamówieniem” podwyższa wymagania w zakresie udziału innego podmiotu, doprowadzając je formy stricte wykonawczej, jaką jest pod wykonawstwo. Podwyższanie wymagań w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w fazie oceny ofert jest niedopuszczalne. Kwestia udziału PBO Sp. z o.o. została określona w zobowiązaniu PBO Sp. z o.o. w następujący sposób: PBO Sp. z o.o. zobowiązało się do udziału przy wykonywaniu zamówienia poprzez konsultowanie i doradzanie w zakresie wykonywanych robót, organizacji, logistyki i technologii realizowane na budowie na rzecz wykonawcy i jego pracowników przez okres realizacji zamówienia. Z tego zobowiązania wynika, że PBO Sp. z o.o. będzie przez cały okres realizacji zamówienia brać udział przy wykonywaniu. Będzie blisko wykonywanych robót, blisko wykonawcy i jego pracowników. Będzie konsultować, doradzać wykonawcy i jego pracownikom w zakresie wykonywanych robót, organizacji, logistyki i technologii, i co najważniejsze, będzie to czynić wprost na budowie. Przytoczony przez Zamawiającego wyrok KIO 228/12 potwierdza, wbrew zdaniu Zamawiającego, że udostępnienie przez PBO Sp. z o.o. swojej wiedzy i doświadczenia ma charakter rzeczywisty i konkretny. W wyroku czytamy, że udostępnienie



wiedzy i doświadczenia nie może przybrać formy udostępnienia referencji. PBO Sp. z o.o. nie udostępniła Odwołującemu wyłącznie referencji. Udostępniła swoją wiedzę i doświadczenie poprzez realny udział przy wykonywaniu zamówienia, a referencje zostały przekazane Odwołującemu w celu potwierdzenia Zamawiającemu wiedzy i doświadczenia PBO Sp. z o.o., jako podmiotu udostępniającego te zasoby. Dalej w wyroku czytamy, że podmiot trzeci ma obowiązek udostępnić zasoby na czas realizacji zadania poprzez udział jego zasobów na etapie przygotowania, organizacji, realizacji, monitoringu wykonywanego zadania. Wydaje się, że byłoby trudno wymyśleć lepszy sposób udostępnienia wiedzy i doświadczenia, aby sprostać sposobowi ujawnionemu w ww. wyroku KIO, niż określiła ten sposób w swoim zobowiązaniu PBO Sp. z o.o. Konsultowanie i doradzanie w zakresie wykonywanych robót, organizacji, logistyki i technologii realizowane na budowie na rzecz wykonawcy i jego pracowników przez okres realizacji zamówienia obejmuje etap przygotowania, organizacji, realizacji i monitoringu wykonywanego zadania, zgodnie z tym co pisze w ww. wyroku Krajowa Izba Odwoławcza. KIO nie wskazała, że udostępnienie wiedzy i

doświadczenia w trakcie poszczególnych etapów realizacji zamówienia musi dokonywać się w ramach podwykonawstwa. Z resztą byłoby to możliwe wyłącznie wtedy, gdy podwykonawca wykonywał cały zakres robót objętych zamówieniem, ale takiego żądania żaden zamawiający nie może postawić wykonawcom. Jeżeli podwykonawca wykonuje tylko część robót budowlanych objętych zamówieniem, to po zakończeniu wykonywania tych robót musi dalej przekazywać wiedzę i doświadczenie w inny sposób niż podwykonawstwo, np. poprzez konsultacje i doradztwo. Chyba, że rozciągnie czas wykonywania części robót przez cały okres realizacji zamówienia, ale nie zawsze będzie to możliwe, np. nie będzie to możliwe, jeśli podwykonawca będzie miał wykonać fundamenty. Na bezwzględną uwagę zasługuje fakt, że Odwołujący w 50% sam wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia. Jedną z dwóch wymaganych przez Zamawiającego robót wykonał sam należycie, zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończył, co wykazał Zamawiającemu, i co zostało przez Zamawiającego uznane. Zatem nie mamy do czynienia z wykonawcą bez własnej wiedzy i doświadczenia, który musi korzystać wyłącznie z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu. Z tego powodu udział PBO Sp. z o.o. nie musi być tak kategoryczny i wymagający tak wielkiego zaangażowania tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, jak opisuje to Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu. Przy ocenie spełnienia przez Odwołującego warunku, Zamawiający absolutnie nie wziął pod uwagę stanu faktycznego sprawy. Na uwagę zasługuje także to, iż Zamawiający na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia nie zażądał wykazania się wykonaniem dwu różnych rodzajowo robót budowlanych, z których np. Odwołujący wykonałby jedną sam, a drugą trzeci podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie. Wówczas mielibyśmy do czynienia z sytuacją, gdzie Odwołujący w zakresie



---

objętym robotą wykonaną przez podmiot trzeci nie miałby w ogóle doświadczenia. W przedmiotowej sprawie Zamawiający zażądał wykazania się przez wykonawców wykonaniem dwu takich samych robót, tj. dwóch robót, których przedmiotem były roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i zakresem robotom budowlanym objętych zamówieniem (wszelkie roboty budowlane prowadzone w budynkach o kubaturze pojedynczego budynku minimum 12.000 m3, w tym także budowa nowych budynków o podanej kubaturze), o wartości nie mniejszej niż 3 min każda. Odwołujący jedną z takich robót wykonał sam, co potwierdził odpowiednimi dokumentami. Zatem Odwołujący posiada własną wiedzę i doświadczenie w pełnym rodzajowo zakresie wymaganym przez Zamawiającego i określonym w postanowieniu Rozdziału VII pkt 3.2 SIWZ.
Reasumując, Zamawiający ocenił ofertę Odwołującego w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ, naruszył tym samym zasady prowadzenia postępowania wyrażone w art. 7 ust. 1 Ustawy, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy Odwołujący wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4) Ustawy. Zaś dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty, która zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ nie powinna być wybrana, naruszył także art. 91 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący wskazał na część orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (fragmenty wyroków KIO) dotyczącego prezentowanej w uzasadnieniu odwołania problematyki. Wyrok KIO 2823/12 z dnia 3 stycznia 2013 r. Zamawiający nie narzucił, jako jedynej dopuszczalnej formy współpracy wykonawcy i podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie na etapie realizacji zamówienia, podwykonawstwa. Nie mógł zatem, oceniać spełnienia warunku udziału w postępowaniu pod tym kątem. Wyrok KIO 710/13 z dnia 11 kwietnia 2013 r. Izba reprezentuje pogląd, że powyższy przepis należy w pierwszej kolejności odczytywać stosując metodę wykładni literalnej, której zastosowanie nie prowadzi wszakże do wniosku, że wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu osoby trzeciej jest zobowiązany do zlecenia podwykonawstwa tej osobie wykonania części przedmiotu zamówienia. Podobne stanowisko zaprezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 lipca 2010 r., sygn. Akt 1186/10 przyjmując zapatrywanie, że "oddanie wiedzy i doświadczenia w tym zakresie może odbywać się zatem tak poprzez faktyczne podwykonawstwo, jak też oddanie nabytego przez przedsiębiorstwo doświadczenia poprzez możliwość korzystania z tej wiedzy przy realizacji zamówienia poprzez konsultacje, czy doradztwo, bowiem w taki sposób także istnieje praktyczna możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu przy wykonywaniu danego zamówienia. Ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. nie posłużył

się bowiem wprost określeniem "podwykonawca przy realizacji zamówienia", a jedynie "uczestniczyć przy realizacji zamówienia", co jest pojęciem szerszym obejmującym także



---

uczestnictwo przy realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy, ale nie wyłącznie w tym charakterze". Wyrok KIO 952/13 z dnia 8 maja 2013 r. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że jedynie udział podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy zapewnia realność wykorzystania wiedzy i doświadczenia udostępniającego przez wykonawcę. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż w okolicznościach niniejszej sprawy potrzeba skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego w tym przedmiocie w istocie wynika z konieczności wylegitymowania się określonym doświadczeniem ze względu na wartość. W tych okolicznościach trudno sobie wyobrazić, aby wykonawca, który dysponuje określonym potencjałem technicznym, osobowym, finansowym i ekonomicznym, jedynie z tej przyczyny, że nie zrealizował zamówień o wartości wymaganej przez Zamawiającego jest zobowiązany zapewnić udział podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy. W ocenie Izby, również charakter potencjału, jakim jest wiedza i doświadczenie nie uzasadnia, w okolicznościach niniejszej sprawy, udziału podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy. Wiedza i doświadczenie może być przekazana również w innej formie. Co do argumentu, iż doświadczenie nie może być przedmiotem samodzielnego obrotu ze względu na ograniczenia, wynikające z k.c., zauważyć należy, iż k.c. znajduje zastosowanie, jeśli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Z powyższych względów powołany przez Zamawiającego argument należy uznać za nietrafny. Wyrok KIO 1201/13 z dnia 6 czerwca 2013 r. Niezależenie od powyższego Izba podziela stanowisko odwołującego, że oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia musi łączyć się z koniecznością udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, przy czym udział ten może przybrać dowolną formę: nie tylko podwykonawstwa, ale także doradztwa, konsultacji czy innej formy merytorycznego wsparcia. Wyrok KIO 2070/13; KIO 2074/13 z dnia 13 września 2013 r. Jeśli wykonawca w tym celu przedstawia zamawiającemu jedynie pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego, to treść tego zobowiązania powinna wykazywać, że dysponowanie wiedzą i doświadczeniem będzie mieć realny charakter. W przypadku wiedzy i doświadczenia oznacza to określenie, w jaki sposób podmiot udostępniający doświadczenie będzie to czynił (czy weźmie udział w realizacji zamówienia, jako podwykonawca, czy będzie szkolił lub nadzorował personel wykonawcy, czy zapewni mu wsparcie odpowiednio wykwalifikowanego personelu, dostęp do bazy wiedzy itp.). z dnia 9 października 2013 r. Wyrok KIO 2292/13 Podkreślenia wymaga natomiast okoliczność, iż ani przepisy ustawy P.z.p., ani też przepisy przywołanego rozporządzenia w sprawie dokumentów nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, czy choćby jego części, również w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału, choć niewątpliwie ta forma wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w sposób najbardziej pełny wskazuje na faktyczne użycie potencjału podmiotu



---

trzeciego (podobnie Izba w wyroku: KIO 2182/13) Wyrok KIO 2302/13; KIO 2314/13. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, z treści powyższego oświadczenia - zobowiązania - wynika, że podmiot udostępniający swoją wiedzę i doświadczenie pozyskaną w realizacji zadania określonego w referencji firmy F., udostępnia ją konsorcjum R. i że w przypadku realizacji tego zadania (pozyskania zamówienia przez konsorcjum R.) będzie brał udział w jego realizacji w charakterze konsultacyjno- doradczym. Zdaniem Izby, samodzielne wykonanie prac nie różni się znacznie od charakteru przekazanej wiedzy w charakterze konsultacyjno-doradczym, albowiem i tak decydujące znaczenie dla prawidłowego wykonania inwestycji będzie miała opinia specjalistów, konsultacje z gronem ekspertów. Samo wykonanie prac budowlanych, jak to wskazał przystępujący konsorcjum R. nie stanowi przeszkody w prawidłowej realizacji zamówienia, gdyż takie doświadczenie przystępujący posiada, gdyż realizował zadanie określone w poz. 3 wykazu. Wyrok KIO 2420/13 W rozpoznawanym przypadku zamawiający w piśmie informującym odwołującą o jej wykluczeniu z postępowania wskazał, że powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy P,z.p. musi wiązać się z jednoczesnym powierzeniem podmiotowi trzeciemu uczestnictwa w realizacji części zamówienia w charakterze

podwykonawcy. Taka interpretacja nie znajduje umocowania w przepisach prawa. Po pierwsze, ustawodawca nie narzucił podwykonawstwa, jako formy współpracy pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim: przepis wyraźnie wskazuje na to, że powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich może mieć miejsce bez względu na charakter stosunków łączących strony. Współpraca może, lecz nie musi, mieć charakter podwykonawstwa, zaś strony zgodnie z zasadą swobody umów mogą ułożyć swój stosunek prawny wedle własnego uznania, byle nie byłby on sprzeczny z ustawą, naturą stosunku prawnego czy też zasadami współżycia społecznego. Wyrok KIO 2819/13. Izba ustaliła, że Grupa L. sp. z o.o. zobowiązała się do udostępnienia L. sp. z o.o. posiadanej wiedzy i doświadczenia w zakresie świadczenia usług utrzymania porządku i czystości przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Przy czym sprecyzowano, że będzie to polegało na stałym doradztwie oraz konsultacjach, w szczególności dotyczących szkolenia pracowników, technologii wykonywania prac i ogólnie pojętej wiedzy przez cały okres wykonywania zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający miał zatem podstawy, aby uznać, że Przystępujący będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem Grupy L. Wyrok KIO 212/14. Nie ma jednak podstaw prawnych, aby skuteczność wykazania rzeczywistego charakteru przekazania potencjału podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia uzależniać od tego, czy podmiot ten będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca. Wyrok KIO 1203/14 Następnie w dniu 10 czerwca 2014 r. Zamawiający uznał, że Odwołujący na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych podlega wykluczeniu. Było to, zdaniem Zamawiającego, wynikiem tego, że dokumenty złożone przez Odwołującego nie



potwierdzają realnego przekazania zasobu podmiotu trzeciego. Zamawiający wskazywał, że "powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje jest dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia, (co do zasady, jako podwykonawca)". Wobec powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że można zrozumieć obawy Zamawiającego, iż wobec treści przepisu art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych, może się zdarzyć, że przedmiot zamówienia będzie realizował podmiot nieposiadający żadnego doświadczenia, a wsparcie podmiotu trzeciego będzie jedynie iluzoryczne. Z drugiej strony, na podstawie obowiązujących przepisów Odwołujący, sam nie posiadając odpowiedniego doświadczenia, może ubiegać się o udzielenie zamówienia, posługując się potencjałem podmiotu trzeciego. Wykształcił się w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia powinien być realny - niemniej trudno sprecyzować, na czym ta "realność" ma polegać. Odwołujący słusznie wskazywał na rozprawie, że gdyby wiedział, jakie dokładnie zapisy w zobowiązaniu podmiotu trzeciego usatysfakcjonują Zamawiającego, to zostałyby one wprowadzone. Wobec braku wskazówek w tym zakresie, czy to w ustawie, czy w SIWZ, trudno czynić na obecnym etapie zarzut Odwołującemu, że zobowiązanie podmiotu trzeciego jest zbyt mało szczegółowe. Ustawa wskazuje na okoliczność, że rodzaj powiązań (charakter prawny stosunków) między wykonawcą składającym ofertę a podmiotem trzecim nie może mieć wpływu na ocenę oferty (spełnienia warunków udziału w postępowaniu). Odwołujący składa niniejsze odwołanie, bowiem czuje się poszkodowany działaniami Zamawiającego bezpodstawnie pozbawiającymi go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący pozostaje w przekonaniu, że dzięki wyrokowi Krajowej Izby Odwoławczej nakazującemu Zamawiającemu unieważnienie niezgodnych z Ustawą czynności i dokonania czynności, do których jest zobowiązany, ochroniona zostanie najkorzystniejsza oferta, jaką jest oferta Odwołującego. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i wydanie wyroku zgodnego z jego oczekiwaniami.

Zamawiający uzasadniając decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania wskazał jako podstawę prawną art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp tj. niewykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Zamawiający wskazał, że w wyniku wezwania do uzupełnienia m.in. wykazu wykonanych robót budowlanych obrazujących doświadczenie, wykonawca złożył uzupełnienie z wykazem robót odpowiadających wymaganiom siwz, uzupełniając dokument należytego wykonania roboty budowlanej wykonanej osobiście oraz wykazując realizację podmiotu trzeciego, na którego wiedzy i doświadczeniu będzie polegał przy realizacji zamówienia zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Z treści przedłożonego dokumentu jako dowodu dysponowania niezbędnymi zasobami wynika, że podmiot, na którego wiedzę i

doświadczenie wykonawca się powołuje będzie uczestniczył w realizacji zamówienia jedynie w ramach konsultacji i doradztwa w zakresie wykonywanych robót, organizacji, logistyki i technologii, a więc nie będzie brał bezpośredniego udziału w wykonywaniu robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia.
Zamawiający zauważył, że odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby będą wykorzystywane przy wykonywaniu zamówienia, co wynika z treści przepisu art. 26 ust. 2 b. Zamawiający przedstawił następnie argumentację na poparcie swojego stanowiska, w znaczącej części powołaną przez wykonawcę w uzasadnieniu odwołania. Zamawiający w szczególności podkreślił, iż powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca). Stwierdził, że doświadczenie, jako nie stanowiące dobra materialnego lub niematerialnego nie może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Stanowi składnik przedsiębiorstwa i dzieli byt prawny przedsiębiorstwa zdefiniowanego przepisami kodeksu cywilnego.
W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podtrzymał stanowisko i wskazał, że istotą sporu jest kwestia, czy dysponowanie zasobami innego podmiotu, na którego wiedzy i doświadczeniu wykonawca będzie polegał oznacza, że podmiot ten jest zobowiązany uczestniczyć w realizacji zamówienia, czy też może udostępniać swoją wiedzę i doświadczenie w formie doradztwa i konsultacji w bliżej nieokreślony sposób i przez bliżej nieokreślone osoby. Wskazał na obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że udostępnienie zasobu nastąpi w sposób realny.

W toku rozprawy strony i uczestnik podtrzymali stanowiska.
Odwołujący wskazał na warunek udziału opisany w punkcie VII.3.2. SIWZ. Zauważył, że zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp nie ma podstaw do nakazania wykonawcy rodzaju stosunku, jaki miałby go wiązać z podmiotem trzecim, w tym np. podwykonawstwo. Takie sformułowania też nie zostały ujęte w SIWZ. Zauważył, że ewentualne podwykonawstwo podmiotu trzeciego, tj. prace w zakresie realizacji części zamówienia nie oznaczałoby, iż nastąpiło udostępnienie wiedzy i doświadczenia na potrzeby całego zamówienia. Przypomniał, iż jedna z dwóch wymaganych robót została wykonana przez niego jako własna, co potwierdza posiadanie własnej wiedzy i doświadczenia. Wobec wymogu przedstawienia dwóch takich realizacji posłużył się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego. Przypomniał, że zgodnie z treścią zobowiązania tego podmiotu określił on rodzaje prac jakie będzie wykonywać w tym zobowiązał się do wykonywania czynności na budowie. Zamawiający wskazał na argumentację zawartą w pisemnej odpowiedzi. Przypomniał warunki udziału w postępowaniu określone w rozdziale VII 3. 2., a także punktach 4 i 5



opartych na art. 26 ust. 2b i § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, które uległo nowelizacji. Podtrzymał tezę, że odwołujący nie wykazał realnego udostępnienia mu zasobów przez podmiot trzeci. Wskazał także, że oprócz ceny, kryterium oceny ofert jest także termin realizacji zamówienia. Wskazał na aktualnie obowiązujące przepisy dotyczące warunków odpowiedzialności podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby. Stwierdził, że warunki udziału określane w SIWZ pozostały niezmienne i wbrew twierdzeniom odwołującego nie nastąpiło to w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu go z postępowania. Podtrzymał stwierdzenie, iż odwołujący się wykonawca nie udowodnił, że podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia. Podkreślił, że brak jest dowodu na realność udostępnionych zasobów przez podmiot trzeci. Wskazał, że w odwołaniu zawarto sformułowanie, iż podmiot udostępniający będzie blisko robót wykonawcy, a nie będzie uczestniczył w wykonywaniu robót.

Przystępujący podzielił stanowisko zamawiającego jak również własne przedstawione w przystąpieniu. Podkreślał, iż w jego ocenie odwołujący nie wykazał, iż podmiot trzeci realnie udostępnił wymagany potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia w okresie realizacji zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu sprawy na rozprawie z udziałem stron oraz uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący się wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII siwz wskazał obok własnej także inwestycję wykonaną przez inny podmiot tj. firmę PBO sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze. W związku z tym przedstawił dokument zatytułowany „Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W treści dokumentu zawarto oświadczenie o udostępnieniu zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia nabytego w szczególności przy wykonywaniu zamówienia pn./…/( tu wskazano dwie inwestycje), następnie wskazano na sposób wykorzystania udostępnionych zasobów tj. „wykorzystanie przez wykonawcę naszej wiedzy i doświadczenia w trybie doradztwa i konsultacji, charakter stosunku łączącego z wykonawcą – umowa o współpracy, zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia: „konsultowanie i doradzanie w zakresie wykonywanych robót, organizacji, logistyki i technologii realizowane na budowie na rzecz wykonawcy i jego pracowników", a nadto wskazano, że okres udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie trwał przez okres realizacji zamówienia.



---

Oceniając powyższe należy stwierdzić, że istotą udostępnienia zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy pzp jest udowodnienie zamawiającemu realnego dysponowania udostępnionym zasobem w stopniu niezbędnym do realizacji zamówienia. Należy zauważyć, że ocena spełnienia warunku wynikającego z powołanego przepisu wymaga uwzględnienia postanowień przepisów wykonawczych do ustawy pzp, w szczególności postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 10 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów /…/ oraz zmiany ustawy dokonanej nowelą z dnia 29 sierpnia 2014 r. Przepis § 1 ust. 6 rozporządzenia wskazuje, że 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 określonych dokumentów.
Tym samym w przepisie akcentuje się potrzebę zagwarantowania rzeczywistego dostępu do udostępnianych zasobów. W rozpatrywanej sprawie wykonawca przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego o treści wyżej wskazanej, która w istocie zawiera powołanie na przepisy ustawy i rozporządzenia bez wskazania, jak realnie zasób wiedzy i doświadczenia będzie wykorzystywany. W rzeczywistości bowiem wykonawca, zgodnie ze swoją deklaracją, dysponuje niezbędną do wykonania przedmiotu zamówienia wiedzą i doświadczeniem. Prowadzi to do wniosku, że rzeczywiste dysponowanie wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego jest zbędne, natomiast udostępnienie zostało wykazane w celu sprostania wymogowi wykazania się określonymi w siwz zrealizowanymi inwestycjami. W ocenie składu orzekającego korzystanie z zasobów w postaci jedynie wiedzy i doświadczenia może być realne w zamówieniach, których przedmiotem w istotnym zakresie jest świadczenie usług wymagające określonej wiedzy. Natomiast przedmiot zamówienia, jakim są roboty budowlane, co do zasady wymaga uczestnictwa podmiotu trzeciego (udostępniającego zasoby) o charakterze materialnym, niezależnie od faktu, że potencjał wiedzy nie jest i w tym wypadku bez znaczenia.

Biorąc powyższe od uwagę Izba stwierdza, że Odwołujący nie wykazał w zakresie wymaganym spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przy uwzględnieniu doświadczenia podmiotu trzeciego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).



---

Przewodniczący: ……..