

Sygn. akt: KIO 2104/11

WYROK

z dnia 14 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, UAB ALKESTA i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, adres dla pełnomocnika: ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Warbud Spółka Akcyjna, Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, UAB ALKESTA i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,**
- 2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, UAB ALKESTA i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, adres dla pełnomocnika: ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, UAB ALKESTA i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, adres dla pełnomocnika: ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 w **Warszawie - Warszawa-Praga**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych dla budowy nowych skrzyżowań dwupoziomowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obszarze LCS Ciechanów: wiadukt kolejowy w km 97,590; wiadukt drogowy w km 99,237; przejście podziemne w km 117,161; wiadukt drogowy w km 117,352 — przetarg 2G - realizowane w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Ciechanów”.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, UAB ALKESTA i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych 7 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zwani dalej Odwołującym w dniu 30 września 2011 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, odrzuceniu jego oferty oraz na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Warbud Spółkę Akcyjną.

Odwołujący podniósł następujące zarzuty:

- art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp przez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu, mimo, że spełnił warunki udziału w postępowaniu, czym Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący nie mógł konkurować w postępowaniu, pomimo iż złożył niewadliwą oraz nie podlegającą odrzuceniu ofertę, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą,
- art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu wg kryterium określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. najtańszej oferty Odwołującego,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu, pomimo spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, w szczególności wobec wykazania posiadania niezbędnego do udziału w postępowaniu doświadczenia oraz wiedzy,
- art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez bezzasadne uznanie, iż Odwołujący nie był uprawniony do dokonania sprostowania oczywistych omyłek w treści załącznika do oferty,

- art. 89 ust. 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, mimo, że Odwołujący nie powinien zostać wykluczony z postępowania.

Odnosząc się do wskazanej przez Zamawiającego podstawy faktycznej oraz prawnej wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty Odwołujący wskazał, iż wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu wynika z braku zrozumienia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w tym art. 26 ust. 2b oraz art. 36 ust. 4 i 5. Zdaniem Odwołującego, nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, który posługuje się zasobami podmiotu trzeciego, wyłącznie w oparciu o wykaz podwykonawców. Oświadczenie o powierzeniu realizacji części zamówienia podwykonawcy składane w trybie art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, na które powołuje się Zamawiający jako podstawę wykluczenia, składane jest jako część oferty i odnosi się do etapu realizacji zamówienia. Z kolei oświadczenie składane na potwierdzenie spełnienia warunków podmiotowych udziału w postępowaniu przez podmiot trzeci dotyczy spełnienia tych warunków na zasadzie potencjalnych możliwości realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie. Weryfikacja tych potencjalnych możliwości realizacji zamówienia (warunków udziału) może następować jeszcze przed złożeniem oferty w postępowaniu, a więc również przed złożeniem oświadczenia składanego w trybie art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, tj. np. na etapie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (zamówienie udzielane w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego). Tym samym nieuprawnione jest, w opinii Odwołującego, ocenianie spełnienia warunków udziału w postępowaniu odmiennie, w zależności od tego, czy postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia, czy zapytania o cenę (z uwzględnieniem oświadczenia wykonawcy składanego w trybie art. 36 ust. 4 ustawy Pzp), od oceny dokonywanej w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego (bez uwzględnienia oświadczenia składanego w trybie art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ na tym etapie postępowania takiego oświadczenia obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie przewidują).

Ponadto, Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie tej części zamówienia, której wykonanie powierzy samodzielnie podwykonawcom. Odwołujący wskazał, że pod pojęciem „części” należy rozumieć fragment większej całości, którą w tym przypadku jest przedmiot zamówienia; częścią zamówienia jest zatem wyodrębniony fragment wykonywanych robót rozumiany jako część większego zakresu prac. W przypadku zatem, w którym podwykonawca nie będzie wykonywał samodzielnie wyodrębnionego większego zakresu prac, a będzie świadczył np. usługi doradcze oraz polegające na współdziałaniu z wykonawcą

przy wykonywaniu tychże prac, bądź też usługi współkoordynacji prac, jak również usługi sprowadzające się do zapewnienia *know-how* oraz baczenia nad zapewnieniem należytej jakości wykonywanych prac, nie jest konieczne wskazywanie takiego zakresu prac jako prac objętych podwykonawstwem w rozumieniu art. 36 ust. 4 ustawy Pzp. Z ww. przepisem ustawy Pzp koresponduje, zdaniem Odwołującego, treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w którym ustawodawca nie dokonał zróżnicowania na zasoby, które mogą być wykazywane w ramach spełniania warunków podmiotowych przez podmioty trzecie z koniecznością występowania w toku realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy, oraz na zasoby, których wykorzystanie nie wiąże się z wymogiem podwykonawstwa. W sposób jednakowy zostały przez ustawodawcę potraktowane zasoby podmiotów trzecich, z których wykonawcy w postępowaniu mogą korzystać na etapie spełniania warunków podmiotowych. Bez rozróżnienia w dyspozycji art. 26 ust 2b ustawy Pzp zostały potraktowane tak zasoby wiedzy i doświadczenia, jak i inne zasoby odnoszące się do potencjału technicznego, osobowego, czy też zasoby finansowe podmiotów trzecich, niezależnie od charakteru tych zasobów, a więc czy mają one charakter przenoszalny fizycznie np. oddanie do dyspozycji sprzętu, ludzi, czy też zasobów finansowych, czy też nieprzenoszalny fizycznie (wprost) - oddanie do dyspozycji swojej wiedzy i doświadczenia. Oddanie wiedzy i doświadczenia w tym zakresie przez podwykonawcę współdziałającego może odbywać się zatem tak poprzez faktyczne podwykonawstwo (przy czym niekoniecznie podwykonawstwo wyodrębnionej części prac, ale również zapewnienie *know-how*, czy też kadry inżynierskiej), jak też oddanie nabytego przez przedsiębiorstwo doświadczenia przez możliwość korzystania z tej wiedzy przy realizacji zamówienia przez konsultacje, czy doradztwo, bowiem w taki sposób także istnieje praktyczna możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu przy wykonywaniu danego zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie posłużył się 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. Odwołujący dalej wskazywał na określenia, jakimi posługuje się ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Z jednej strony w ww. przepisie użyto określenia, że wykonawca „będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia”, a więc zasoby niezbędne w przypadku wiedzy i doświadczenia to te odpowiadające opisowi sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dysponowanie nimi to potencjalna możliwość skorzystania z przedsiębiorstwa podmiotu trzeciego na zasadzie użycia go do wykonania całości bądź części robót, jak też użycia *know-how* tego przedsiębiorstwa w sposób pośredni - poprzez czuwanie w toku realizacji

zamówienia przez to przedsiębiorstwo nad prawidłowością stosowanych w danym przypadku technik budowlanych, użycia określonych materiałów, przyjęcia określonego zaangażowania osobowego, czy też technicznego przedsiębiorstwa itp. Z drugiej zaś strony ustawodawca posługuje się także określeniem „oddanie zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”. Nie chodzi zatem w tym przypadku, w opinii Odwołującego, o oddanie określonych zasobów wprost do fizycznej realizacji zamówienia, a jedynie o możliwość korzystania z nich przy okazji wykonywania zamówienia oraz możliwość uzyskania pomocy w drodze podwykonawstwa. Dodatkowo, jak wskazał Odwołujący, art. 36 ust. 4 ustawy Pzp nie pozostawia wątpliwości, iż zamawiający nie może na etapie postępowania przetargowego żądać wskazania z nazwy podmiotów podwykonawczych, ani też wartości wykonywanych przez nich prac, a jest uprawniony wyłącznie do żądania przedstawienia wyodrębnionych zakresów prac, co do których wykonawca przewiduje zatrudnienie podwykonawców, przy czym brak wypełnienia powyższego obowiązku nie może sam z siebie stanowić podstawy wykluczenia danego wykonawcy.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wskazał, że skoro dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oświadczenia o zakresie podwykonawstwa składane w trybie art. 36 ust. 4 ustawy Pzp nie mogą być brane pod uwagę jako miarodajne, to ocena oferty Odwołującego dokonana przez Zamawiającego jest rażąco sprzeczna z prawem, w tym z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie był bowiem uprawniony do oceny zobowiązań podmiotu udostępniającego doświadczenie - spółki Promburbud na podstawie wzoru wykazu robót przeznaczonych do podwykonania - załącznika nr 8 do oferty.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, nawet gdyby istotne było, że Odwołujący nie wskazał, jakie zakresy prac będą wykonywane przez podwykonawców, to okoliczność taka nie mogłaby powodować wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, oraz uznania, iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotem oceny Zamawiającego powinny być wyłącznie zobowiązania podmiotów trzecich udostępniających swoje doświadczenie w toku postępowania składane w trybie oraz na warunkach art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że z samej normy art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie wynika konieczność wykazywania w treści zobowiązania *essentialia negotii* porozumienia między wykonawcą, a podmiotem trzecim, jak też konkretyzacji, ponad zakres wynikający ze zdania pierwszego art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, tak udostępnianych zasobów, czy sposobu korzystania z niego przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wskazuje, że zasoby winny być wykorzystywane przy realizacji zamówienia, w żaden jednak sposób nie przesądza sposobu ich wykorzystania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że już w pierwotnej swojej ofercie złożył wykaz prac, co do których przewidywał oddanie ich w całości w podwykonawstwo. W zakres tych prac wchodziły m.in. roboty torowe, które to roboty pozostają w ścisłym oraz bezpośrednim związku z zakresem referencji udostępnionych przez spółkę Promburbud, tj. z wykonaniem przejścia podziemnego oraz wykonaniem wiaduktu kolejowego. Uzupełnienie wykazu prac przewidzianych do częściowego wykonania przez podwykonawcę o roboty konstrukcyjne oraz przejście podziemne stanowiło wyłącznie sprostowanie oczywistej omyłki zawartej w treści oferty. W ocenie Odwołującego, treść załącznika do oferty obejmująca zakres planowanych do podwykonania prac po złożeniu oferty może w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp ulec zmianie.

Mając na względzie, iż Odwołujący spełnił ustawowy obowiązek wynikający z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i w tym celu do oferty dołączył wymagane zobowiązania, z których wynika, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami w czasie realizacji zamówienia, brak jest podstaw dla wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do treści zobowiązania firmy Promburbud Odwołujący stwierdził, że z istoty pojęcia „doświadczenie” wynika, iż obejmuje ono ogół wiarygodnych informacji o rzeczywistości (wiedzę) wraz z umiejętnością ich wykorzystania. Zdaniem Odwołującego, nie jest możliwe posiadanie doświadczenia, w szczególności doświadczenia technicznego w zakresie konstrukcji obiektów inżynierskich, bez nabycia uprzedniej wiedzy w tym zakresie. Brak zatem wskazania *expressis verbis*, iż podmiot Promburbud udziela wiedzy, nie przekreśla oraz nie niweczy okoliczności, iż faktycznie wiedza taka mocą zobowiązania tegoż podmiotu również jest Odwołującemu przekazywana.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Warbud Spółki Akcyjnej jako najkorzystniejszej;
- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 kwietnia 2011 r. pod pozycją 2011/S 72-117568.

W pkt 8.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców wykonaniem jednego lub więcej zamówień obejmujących budowę lub przebudowę łącznie co najmniej:

- 3 obiektów typu most lub wiadukt o rozpiętości przęsła co najmniej 20 m, w tym 1 wiadukt kolejowy o rozpiętości przęsła co najmniej 20 m,
- 1 obiektu typu przejście podziemne.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę wykazu wykonanych w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, robót, o których mowa w pkt 8.3.1., z podaniem ich ilości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców robót, oraz dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (pkt 9.1.3 specyfikacji).

W pkt 23.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający dopuścił powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom. Wymagał, aby w takim przypadku wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

Odwołujący wykazując spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia wskazał na doświadczenie posiadane przez spółkę Promburbud (strony 296-308 oferty), załączając zobowiązanie ww. spółki do udostępnienia liderowi konsorcjum Odwołującego „doświadczenia w postaci wykonania przejścia podziemnego popartego referencjami „Przebudowa drogi Dniepropietrowsk-Donieck” w ramach przygotowania i przeprowadzenia EURO 2012” na okres wykonania zadania pn.: „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E-65 na odcinku Warszawa-Gdynia-obszar LCS Ciechanów” (strony 309-310 oferty).

Na stronie 321 oferty Odwołujący złożył oświadczenie, że powierzy podwykonawcom następujące części zamówienia: geodezja-pełny zakres, elektryka i energetyka-pełny zakres, zielen-pełny zakres, roboty torowe-pełny zakres, organizacja ruchu-pełny zakres.

W dniu 31 sierpnia 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego m.in. do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie:

- 1) jednego lub więcej zamówień obejmujących budowę lub przebudowę jednego wiaduktu kolejowego o rozpiętości przęsła co najmniej 20m oraz przedstawienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia; Zamawiający wskazał, że w złożonym przez Odwołującego na stronach 295-298 wykazie wykonanych zamówień nie wykazano

roboty polegającej na budowie lub przebudowie jednego wiaduktu kolejowego o rozpiętości przęsła co najmniej 20m,

2) jednego obiektu typu przejście podziemne oraz przedstawienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia; Zamawiający wskazał, że w złożonym przez Odwołującego na stronach 295-298 wykazie wykonanych zamówień pod pozycją 5 wskazano robotę wykonaną przez Promburbud, zaś na stronie 309 oferty przedstawiono zobowiązanie ww. firmy do udostępnienia „doświadczenia w postaci wykonania przejścia podziemnego”. Jednakże, zdaniem Zamawiającego, oświadczenie złożone na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ma zastosowanie wyłącznie przy jednoczesnym uczestnictwie podmiotu trzeciego przy realizacji części zamówienia np. w charakterze podwykonawcy,

W dniu 7 września 2011 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że w treści oferty na stronach 295-298 wkradła się oczywista omyłka polegająca na nie zamieszczeniu roboty w postaci „Kompleksowej budowy wiaduktu kolejowego na przecięciu Iljicza i prospektu Czerwonogwardyjskiego w miejscowości Donieck Ukraina (Wiadukt na PC 2 + 0,675) o długości przęsła – 27,15 m”, nie zostały również przedłożone dokumenty poświadczające zakończenie wykonania ww. pracy. W celu sprostowania ww. omyłki Odwołujący złożył wykaz wykonanych zamówień zawierający sprostowanie ww. omyłki. Z uwagi na fakt, iż ww. wiadukt nie został wykonany przez przedsiębiorstwo wchodzące w skład Odwołującego, a przez spółkę Promburbud, Odwołujący złożył również „omyłkowo nie załączone do oferty zobowiązanie tegoż podmiotu do udostępnienia doświadczenia w postaci ww. referencji oraz świadczenia usług podwykonawczych” na rzecz Odwołującego w toku wykonywania robót budowlanych objętych niniejszym postępowaniem. Jednocześnie, Odwołujący złożył sprostowany wykaz robót przeznaczonych do podwykonania, w którego treść, jak oświadczył Odwołujący, „w dacie jego sporządzenia wkradła się również oczywista omyłka pisarska polegająca na braku wskazania, iż prace konstrukcyjne – wiadukt kolejowy będzie częściowo realizowane przy udziale podmiotów trzecich”.

W zakresie ww. punktu 2 Odwołujący stwierdził, że „przez oczywistą omyłkę na stronie 309 oferty znalazło się oświadczenie spółki Promburbud o treści, która nie była treścią ostateczną, przygotowaną dla potrzeb złożenia oferty”. W celu sprostowania ww. omyłki Odwołujący złożył „prawidłowe oświadczenie spółki Promburbud” zawierające zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia posiadanego doświadczenia oraz świadczenia usług podwykonawczych na rzecz Odwołującego w toku wykonywania robót budowlanych objętych niniejszym postępowaniem. Jednocześnie, Odwołujący złożył sprostowany wykaz robót przeznaczonych do podwykonania, w którego treść, jak oświadczył Odwołujący, „w dacie jego sporządzenia wkradła się również oczywista omyłka pisarska

polegająca na braku wskazania, iż prace konstrukcyjne – przejście podziemne będą częściowo realizowane przy udziale podmiotów trzecich”.

Pismem z dnia 20 września 2011 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty z uwagi na niedopuszczalność uzupełnienia wykazu robót przeznaczonych do podwykonania, który, zdaniem Zamawiającego, nie stanowi dokumentu określonego w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Przyjęcie takiego oświadczenia powodowałoby, w ocenie Zamawiającego, naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego, oraz mając na uwadze, że Odwołujący w złożonym na stronie 321 oferty wykazie robót przeznaczonych do podwykonania nie przewidział robót konstrukcyjnych dla wiaduktu kolejowego oraz prac konstrukcyjnych dla przejścia podziemnego, roboty te powinien wykonać własnymi siłami.

W zakresie wskazanej w uzupełnieniu roboty w postaci „Kompleksowej budowy wiaduktu kolejowego na przecięciu Iljicza i prospektu Czerwonogwardyjskiego w miejscowości Donieck Ukraina (Wiadukt na PC 2 + 0,675) o długości przęsła – 27,15 m” Zamawiający stwierdził, że z uwagi na fakt, że robota ta nie została wykonana przez Odwołującego, ale przez inny podmiot, wykonawca zobowiązany był udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Przedstawione przez Odwołującego zobowiązanie firmy Promburbud stwierdza, że firma ta udostępnia jedynie doświadczenie, zatem Odwołujący, korzystając jedynie z doświadczenia innego podmiotu, który miałby działać jako podwykonawca, w sytuacji, gdy Odwołujący nie przewidział tych robót jako przeznaczonych do podwykonania, nie udowodnił Zamawiającemu, iż będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Ponadto, jak wskazał Zamawiający, w zobowiązaniu do udostępnienia doświadczenia w postaci wykonania przejścia podziemnego popartego referencjami – „Przebudowa drogi Dniepropietrowsk-Donieck w ramach przygotowania i przeprowadzenia Euro 2012” oraz do współuczestnictwa z Odwołującym w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca firma Promburbud stwierdza, że udostępnia jedynie doświadczenie, zatem Odwołujący, korzystając jedynie z doświadczenia innego podmiotu, który miałby działać jako podwykonawca, w sytuacji, gdy Odwołujący nie przewidział tych robót jako przeznaczonych do podwykonania, nie udowodnił Zamawiającemu, iż będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Podstawą wykluczenia Odwołującego było uznanie przez Zamawiającego, że roboty, których wykonaniem wykazał się Odwołujący nie mogą być wzięte pod uwagę przy ocenie spełniania warunku ze względu na fakt, iż roboty te wykonywał podmiot trzeci, który, zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym w ofercie na stronie 321, nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia np. w charakterze podwykonawcy.

Zgodnie z 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. W takiej sytuacji wykonawca ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował udostępnionymi mu zasobami przy realizacji zamówienia. Jeden ze środków dowodowych, przy pomocy których wykonawca może wykazać owe dysponowanie, to wskazane w ww. przepisie zobowiązanie podmiotu trzeciego. Zobowiązanie to ma potwierdzać oddanie do dyspozycji wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Przepis ten mówi o oddaniu określonych zasobów do dyspozycji w toku realizacji zamówienia, co nie jest jednoznaczne z koniecznością fizycznego wykonywania części, bądź całości zamówienia przez ten właśnie podmiot trzeci, tj. udziału podmiotu trzeciego jako podwykonawcy. Ustawodawca w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp nie posłużył się określeniem „podwykonawca przy realizacji zamówienia”, a jedynie „uczestniczyć przy realizacji zamówienia”, co jest pojęciem szerszym. Istotne jest zatem jedynie to, aby określony, udostępniany wykonawcy potencjał mógł być wykorzystany przy realizacji zamówienia, nie ma jednak znaczenia czy będzie to robił w charakterze podwykonawcy, doradcy, konsultanta, czy innej postaci wsparcia merytorycznego przy realizacji zamówienia. Izba zgadza się przy tym z wyrażonym w orzecznictwie poglądem, iż najbardziej optymalną i wyrazistą sytuacją odzwierciedlającą udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego jest faktyczne powierzenie podmiotowi trzeciemu do fizycznej realizacji części zamówienia, jednak w świetle literalnej wykładni

art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie jest to jedyna możliwość.

Uwzględniając dokonaną wykładnię art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Izba stwierdziła, że okoliczność, że podmiot trzeci, którego doświadczeniem wykazywał się Odwołujący, nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca, nie może być podstawą do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Izba zwraca uwagę, że ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę posługującego się zasobami podmiotu trzeciego w oparciu o wykaz części zamówienia, które wykonawca powierzy podwykonawcom nie znajduje uzasadnienia. Oświadczenie o powierzeniu realizacji części zamówienia podwykonawcy składane w trybie art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, składane jest bowiem w ofercie w innym celu, jako jej część i odnosi się do realizacji zamówienia, zaś oświadczenie składane na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu przez podmiot trzeci dotyczy spełniania tych warunków na zasadzie potencjalnych możliwości wykonawcy ubiegającego się o zamówienie realizacji zamówienia.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że nieuprawnione jest uzupełnianie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczenia o części zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy. Oświadczenie to nie znajduje się w katalogu dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, nie stanowi w świetle przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Stanowi ono treść oferty, która nie może zostać zmieniona. Niezależnie jednak od powyższego, Zamawiający uzyskał w przedmiotowym stanie faktycznym dodatkowe potwierdzenie, że podmiot trzeci, na którego doświadczenie wykonawca powoływał się, będzie uczestniczył w realizacji zamówienia wprost jako podwykonawca, wykonując część robót budowlanych.

Uchybieniem Odwołującego, na które wskazywał Zamawiający w informacji o wyniku oceny ofert, był brak udowodnienia, iż Odwołujący będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia z uwagi na nie wskazanie w treści oświadczenia firmy Promburbud wiedzy, a tylko doświadczenia. Izba stwierdziła, że brak wskazania wprost wiedzy nie wyklucza jej udostępnienia. Izba wzięła pod uwagę fakt, że treści ustawy Pzp, jak i rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane ustawodawca ujmuje wiedzę i doświadczenie tylko łącznie. Ponadto, wykaz zrealizowanych robót również składany jest na potwierdzenie łącznie wiedzy i doświadczenia. Inaczej sytuacja przedstawia się w przypadku ujętej łącznie w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp sytuacji ekonomicznej i finansowej – w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp

ustawodawca wskazał wyłącznie na zdolności finansowe, podobnie uczynił też w §1 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Izba stwierdziła, że trudno byłoby przyjąć, iż dany podmiot posiada doświadczenie w danej dziedzinie nie posiadając wiedzy. Doświadczenie jest, oprócz praktyki, wiedzą danego podmiotu jak wykonać dane zadanie. Tym samym, Izba uznała, że pojęcie doświadczenia obejmuje wiedzę, a wykluczenie wykonawcy z tego tytułu byłoby zbędnym formalizmem.

Rozpoznając sprawę Izba nie uwzględniła podniesionej przez Zamawiającego na rozprawie okoliczności, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało złożone jako kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem, nie zaś w formie pisemnej. Izba stwierdziła, że okoliczność ta nie została wskazana w treści informacji o wyniku postępowania, a co za tym idzie, Odwołujący nie mógł podnieść jej jako zarzutu w przedmiotowym postępowaniu, nie mógł też rozważyć zasadności wnoszenia środka ochrony prawnej pod tym kątem. Izba, na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba, działając w oparciu o przepisy 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) zasądziła także - na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku - uzasadnione koszty Odwołującego obejmujące koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: