

WYROK

z dnia 13 sierpnia 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Ewa Sikorska
Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 sierpnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2013 r.

przez wykonawcę: **MERITUM GRUPA BUDOWLANA sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Chrzanowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie dokumentacji technicznej nowej siedziby Komendy Miejskiej Policji w Bielsku-Białej* (nr postępowania ZP-2380-339-72/2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty MERITUM GRUPA BUDOWLANA sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Chrzanowie i wezwania do uzupełnienia dokumentów z 22 lipca 2013 r. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: MERITUM GRUPĘ BUDOWLANĄ sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Chrzanowie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **zamawiającego: Komendy Wojewódzkiej Policji w Katowicach** na rzecz **odwołującego: MERITUM GRUPY BUDOWLANEJ sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Chrzanowie** kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pn. *Wykonanie dokumentacji technicznej nowej siedziby Komendy Miejskiej Policji w Bielsku-Białej* (nr postępowania ZP-2380-339-72/2013).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S_102-174581 z 29 maja 2013 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.slaska.policja.gov.pl).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

26 lipca 2013 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – MERITUM GRUPIE BUDOWLANEJ sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Chrzanowie – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania: wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez An Archi Gropu s.c. T. K....., K. K..... R. K. O..... Industry z Gliwic oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp.

1 sierpnia 2013 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od wykluczenia go z postępowania, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów pzp:

1. Art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez wykluczenie Odwołującego pomimo spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu.
2. Art. 89 ust. 1 pkt. 5 w zw. z art. 24 ust. 4 – przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu.
3. Art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 – przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
4. Art. 26 ust. 3 w zw. z § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U z dnia 19 lutego 2013 r. poz. 231; zwanego dalej również w skrócie „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”) – przez bezpodstawne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego.
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Ponowne przeprowadzenie badania i oceny z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
4. Wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
5. {z ostrożności procesowej} unieważnienia czynności wezwania Odwołującego z 22 lipca 2013 r. do uzupełnienia dokumentów podmiotów udostępniających swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia zgodnie z art. 26 ust. 2b pzp.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że według treści przesłanej informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 pzp, gdyż w ofercie nie wykazano spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez niedostarczenie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 24 ust. 1 pzp dla podmiotów udostępniających Odwołującemu swoje zasoby. Według relacji Odwołującego z uzasadnienia faktycznego wynika, że Zamawiający uznał podmioty udostępniające Odwołującemu swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia – na zasadzie art. 26 ust. 2b pzp – za podmioty biorące udział w realizacji zamówienia i stąd na podstawie § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów wywiódł obowiązek złożenia przez Odwołującego w odniesieniu do tych podmiotów, na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z powodu zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pzp, oświadczeń i dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów. W związku z niezłożeniem tych dokumentów Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący zrelacjonował, że pismem z 22 lipca 2013 r. (ZP-2380-339-72/3118/2013) Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 pzp wezwał go do uzupełnienia oferty, w terminie do 25 lipca 2013 r., o dokumenty określone w rozdziale IV A, ppkt od 2.1 do 2.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia {zwanej dalej w skrócie „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}, potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu dla podmiotów udostępniających Odwołującemu swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. Pracowni Projektowej MERITUM z Chrzanowa oraz IPG sp. z o.o. z Krakowa.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący pismem z 22 lipca 2013 r. poinformował Zamawiającego, że przedmiotowe wezwanie jest nieuprawnione i jako takie pozostaje niespełnione. W piśmie Odwołujący obszernie uzasadnił swoje stanowisko w sprawie uzupełnienia dokumentów, w szczególności wskazując, co następuje:

- 1) W pkt 8 oferty {sporządzonej według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ} jednoznacznie oświadczył, że cały zakres objęty przedmiotem zamówienia wykona nakładem własnym, w tym bez udziału podwykonawców.
- 2) W załączonych do oferty i w wyniku uzupełnienia dokumentach pisemnych zobowiązań Pracowni Projektowej MERITUM z Chrzanowa oraz IPG sp. z o.o. z Krakowa, będących podmiotami udostępniającymi Odwołującemu swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 2b pzp, wyraźnie zapisano, że podmioty te nie będą brały udziału w realizacji części zamówienia w szczególności, że nie będą one podwykonawcami.
- 3) Odwołujący od wielu lat współpracuje z wyżej wymienionymi podmiotami przy realizacji różnego rodzaju projektów, dzieląc się wzajemnie wiedzą i doświadczeniem. Współpraca ta potwierdzona jest umowami o współpracy, w których określone zostały jej zasady i formy. Współpraca obejmuje wzajemne nieodpłatne doradztwo, konsultacje, udział w spotkaniach zespołów projektowych, wyrażanie opinii o rozwiązaniach proponowanych w czasie prac nad projektami a także – co bardzo istotne – udostępnianie do wykorzystania wykonanych przez siebie projektów i wyjaśnianie zagadnień związanych z przyjętymi rozwiązaniami projektowymi oraz dzielenie się doświadczeniami w zakresie organizacji prac projektowych.

W ocenie Odwołującego nie może podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp z uwagi na to, że w złożonej ofercie oraz w wyniku uzupełnienia dokumentów:

- 1) Przedłożył wszystkie wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w tym w szczególności zobowiązania Pracowni Projektowej MERITUM z Chrzanowa oraz IPG Spółka z o.o. z Krakowa do udostępnienia Odwołującemu zgodnie z art. 26 ust. 2b pzp niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia.
- 2) Przedłożył zobowiązania Pracowni Projektowej MERITUM z Chrzanowa oraz IPG sp. z o.o. z Krakowa, z których wynikało, że podmioty te nie będą brały udziału w realizacji części zamówienia w rozumieniu § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów.
- 3) Spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określone w pkt 1.1.1 rozdziału III SIWZ *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*, w zakresie wykonania co najmniej: a) 2 zadań (umów) polegających na wykonaniu pełnej dokumentacji projektowej, na którą uzyskano pozwolenie na budowę, budynku użyteczności publicznej o wartości, co najmniej 300.000,00 zł netto każda, b) 2 zadań (umów) polegających na wykonaniu pełnej dokumentacji projektowej, na którą uzyskano pozwolenie na budowę, budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej, co najmniej 8.000 m², c) 1 zadanie

polegające na wykonaniu pełnej dokumentacji projektowej, na którą uzyskano pozwolenie na budowę, która zawierała wykonanie projektu parkingu podziemnego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w piśmie z 22 lipca 2013 r. bezpodstawnie zażądał od niego uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia. Według Odwołującego podstawę prawną takiego żądania mógłby stanowić przepis § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który stanowi, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 3 ust. 1-3. Odwołujący podkreślił, że zarówno jego oświadczenie zawarte w pkt 8 oferty, jak i treść oświadczeń zawartych w zobowiązaniach podmiotów udostępniających mu swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia jednoznacznie potwierdzają zamiar Odwołującego wykonania przedmiotu zamówienia samodzielnie, tj. bez udziału podwykonawców. Jeżeli zatem Pracownia Projektowa MERITUM z Chrzanowa oraz IPG sp. z o.o. z Krakowa nie będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, to nieuzasadnione jest żądanie Zamawiającego przedłożenia dla tych podmiotów dokumentów podmiotowych określonych w rozdziale IV A, w ppkt od 2.1 od 2.7 SIWZ.

Odwołujący podniósł, że art. 26 ust. 2b pzp daje możliwość skorzystania przez wykonawców nie tylko z wiedzy i doświadczenia podwykonawców, ale i innych podmiotów, o czym świadczy brzmienie przepisu – *niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków*. Obok podwykonawstwa jako forma udostępnienia doświadczenia i wiedzy mogą występować np. doradztwo, konsultacje, udostępnienie know-how, nadzór, przy czym – co istotne – nie są one uznane za formę podwykonawstwa {Odwołujący wskazał, że tak między innymi orzeczono w wyroku Izby z 20 września 2011 r., sygn. akt KIO 1938/11}. Według Odwołującego również z postanowień SIWZ wynika, że Zamawiający dopuszczał posłużenie się przez wykonawców wiedzą i doświadczeniem osób trzecich w formie innej niż podwykonawstwo, oraz przez podmioty niebiorące udziału w realizacji części zamówienia. W rozdziale IV, część A, pkt 4 SIWZ wyraźnie rozdzielono sytuację, w której podmioty udostępniające nie będą brały udziału w realizacji części zamówienia (pkt 4.1) od sytuacji, w której podmioty udostępniające będą brały udział w realizacji części zamówienia (pkt 4.2). Obowiązek dołączenia do oferty dokumentów określonych w rozdziale IV, części A, pkt 2.1 do 2.7 SIWZ przewidziano tylko dla podmiotów udostępniającego swoje zasoby, które będą brały udział w realizacji części zamówienia. W ocenie Odwołującego wynika z tego jednoznacznie, że Zamawiający słusznie przewidywał możliwość posługiwania się zasobami osób trzecich bez konieczności realizowania przez nie części zamówienia. W sytuacji, gdy

przedmiotem udostępnienia przez podmiot trzeci są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym (jak np. doświadczenie), niemożliwe do samodzielnego obrotu i konieczne jest wykazanie zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia. Może to przybrać dowolną formę, niekoniecznie musi to być forma podwykonawstwa. Zaangażowania podmiotu udostępniającego swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia w wykonanie zamówienia nie musi wiązać się z realizacją części zamówienia. Podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie może być związany z wykonawcą w postaci np. współpracy, doradztwa, konsultacji czy choćby umowy lojalnościowej {Odwołujący wskazał tu na wyroki Izby: z 14 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1333/10 oraz z 16 marca 2011 r., sygn. akt. KIO 424/11}.

Według Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu nie jest udziałem podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia, w tym „doradztwo”, „udział w naradach”, czy też przekazanie w formie stałych konsultacji istotnej wiedzy koniecznej do prawidłowej realizacji zadania. Czynności, do których zobowiązały się podmioty udostępniające wiedzę i doświadczenia nie stanowią elementu przedmiotu zamówienia. Zobowiązanie Pracowni Projektowej MERITUM z Chrzanowa oraz IPG sp. z o.o. z Krakowa do merytorycznego wsparcia w formie doradztwa, konsultacji, udziału w naradach i przekazywanie w ten sposób istotnej wiedzy i doświadczenia w żadnym zakresie nie zmniejszy zakresu rzeczowego prac projektowych objętych zamówieniem, co miałyby miejsce w razie powierzenia części zadania do realizacji, w tym w charakterze podwykonawcy. Doradca czy konsultant nie jest osobą trzecią, która realizuje część zamówienia, lecz osobą trzecią zaangażowaną w wykonanie zamówienia. Odwołujący podniósł, że stanowisko takie znajduje szerokie odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej {wskazując wyroki Izby wydane: 26 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1452/10, 13 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1288/10, 9 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2555/10, 10 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2790/10}.

Z powyższego zdaniem Odwołującego wynika, że kiedy podmioty udostępniające wiedzę i doświadczenie nie będą brały udziału w realizacji części zamówienia, żądanie dokumentów potwierdzających brak przesłanek do ich wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pzp należy uznać za nieuprawnione, a nieprzedłożenie tych dokumentów nie może stanowić podstawy wykluczenia z postępowania. Według Odwołującego stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, między innymi w wyrokach wydanych: 5 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 363/12) i 22 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1670/112).

12 sierpnia 2013 r. Zamawiający przesłał do Izby faksem odpowiedź na odwołanie,

która została również przekazana Odwołującemu.

Zamawiający przytoczył postanowienia SIWZ w zakresie rozdziału III, pkt 1.1.1 oraz rozdziału IV, część A, pkt 4.

W zakresie wymogu określonego w IV, część A, pkt 4.1 SIWZ *Zamawiający stwierdził, że Odwołujący będzie dysponował wiedzą i potencjałem przywołanych powyżej podmiotów trzecich i tym samym spełnia warunek udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia.*

Według Zamawiającego odrębnym elementem sprawdzenia złożonych oświadczeń o udostępnieniu potencjału była analiza, *czy podmioty udostępniające potencjał będą brały udział w realizacji części zamówienia, co skutkowało by koniecznością wymagania brak podstaw do wykluczenia tych podmiotów z udziału w postępowaniu.* Zamawiający wskazał, że taki wymóg został określony w pkt 4.2 części A rozdziału IV SIWZ i stanowi odzwierciedlenie § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Zamawiający wyjaśnił, że ocenę, czy podmioty trzecie będą brały udział w realizacji części zamówienia, oparł na treści zobowiązań do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, które określały sposób przekazania tych zasobów do dyspozycji Odwołującego, w szczególności zwrócił uwagę na następujące sformułowania:

- 1) W zakresie Meritum Pracownia Projektowa mgr inż. M..... C.....:
 - (...) *udostępni swoją wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienie w zakresie doradztwa (...)*
 - (...) *jako osoba fizyczna M..... C..... będą osobiście wykonywała część dokumentacji projektowej tj. projekt konstrukcyjno-budowlany (...)*
- 2) W zakresie IPG sp. z o.o. z Krakowa:
 - (...) *udostępni swoją wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienie w zakresie doradztwa do wykonania zamówienia (...)*
 - (...) *Sposób wykorzystania zasobów podmiotu: uczestnictwo w naradach, spotkaniach oraz pomoc podczas sporządzania projektu (...)*

W ocenie Zamawiającego Odwołujący w nieuzasadniony sposób uznaje za równoznaczne sformułowania „podwykonawca” oraz „podmiot biorący udział w realizacji części zamówienia”. Według Zamawiającego ustawodawca nieprzypadkowo używa tego drugiego określenia zamiast pierwszego w przepisach wykonawczych. Termin „podwykonawca” oznacza podmiot wykonujący część zamówienia na zlecenie wykonawcy, który to zamówienie otrzymał od zamawiającego. Natomiast „podmiot biorący udział w realizacji części zamówienia” nie musi wykonywać samodzielnie części zamówienia na zlecenie wykonawcy, a jedynie w jakikolwiek sposób bierze udział w realizacji zamówienia. Ponieważ przepis nie wskazuje, aby taki udział musiał być bezpośredni,

słuszne jest domniemanie, że udział podmiotu trzeciego może być również pośredni, w żaden sposób nieskutkujący wyraźnym i jednoznacznym wynikiem tego udziału w postaci wykonanej części zamówienia. Z uwagi na powyższe Zamawiający uznał, że pojęcie użyte w § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów jest szersze od pojęcia „podwykonawcy”, gdyż „podmiot biorący udział w realizacji części zamówienia” nie musi nim być.

W odniesieniu do Meritum Pracowni Projektowej mgr inż. M..... C..... szczególną uwagę Zamawiającego zwróciło oświadczenie, że pani M..... C..... będzie realizować część zamówienia w zakresie projektu konstrukcyjno-budowlanego samodzielnie jako osoba fizyczna. Tymczasem jest ona jako osoba fizyczna przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą. W ocenie Zamawiającego złożone oświadczenie oznacza, że pomimo stosunku pracy łączącego ją z Odwołującym, będzie ona przenosić swoją wiedzę i doświadczenie posiadaną przez nią jako przedsiębiorca będący osobą fizyczną. W ocenie Zamawiającego taka forma udostępnienia jednoznacznie oznacza udział w realizacji części zamówienia. Według Zamawiającego brak wykazania w odwołaniu stanu odmiennego. Każda konfiguracja sposobu realizacji zamówienia oraz udostępnienia wiedzy i doświadczenia mająca wykazać brak udziału podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia w tym przypadku oznaczałaby brak faktycznego dysponowania wiedzą i doświadczeniem przez Odwołującego.

W przypadku IPG sp. z o.o. udostępnienie musiałoby miałyby nastąpić w formie uczestnictwa w naradach, spotkaniach oraz pomocy podczas sporządzania projektu. W tym zakresie według Zamawiającego należałoby rozważyć, czym miałyby być wskazane formy udostępnienia wiedzy i doświadczenia, jeżeli nie udziałem w realizacji części zamówienia. W ocenie Zamawiającego taki sposób uczestnictwa w czynnościach składających się na realizację zamówienia jednoznacznie wpływałby na sposób realizacji zamówienia przez Odwołującego, gdyż podmiot trzeci – w szczególności w przypadku świadczenia pomocy podczas sporządzania projektu – w istocie decydowałby o ostatecznym kształcie realizowanego zamówienia, w tym miałyby wpływ na decyzje podejmowane przez Odwołującego.

Oдноśnie doradztwa wskazywanego w obu zobowiązaniach jako forma udostępnienia wiedzy i doświadczenia, Zamawiający podniósł, że ocena sposobu udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci oraz jego ewentualny skutek w postaci udziału w realizacji części zamówienia, powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia. Przedmiotowe zamówienie dotyczy wykonania dokumentacji projektowej kompleksu budynku nowej siedziby jednostki terenowej Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego w przypadku opracowywania dokumentacji projektowej doradztwo

ma istotny wpływ na ostateczny kształt realizowanego zamówienia, w tym na przyjęte rozwiązania. Natomiast zaprzeczenie takiemu twierdzeniu skutkowałoby koniecznością zapytania o skalę doradztwa i jego faktyczną przydatność oraz przełożenie na wykonanie zamówienia. Dalszą zaś konsekwencją byłoby wątpliwość co do faktycznego dysponowania wiedzą i doświadczeniem podmiotu udostępniającego przez Odwołującego powołującego się na potencjał podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem Zamawiającego niewystarczające jest samo stwierdzenie podmiotów trzecich, że nie będą one brały udział w realizacji części zamówienia. O ewentualnym udziale decyduje bowiem każdorazowo charakter zamówienia oraz charakter udostępnianego potencjału i sposób jego przekazania. Dopiero łącznie ocena pozwala na stwierdzenie, czy podmiot trzeci w konkretnym przypadku będzie brał udział w realizacji części zamówienia. Samo zaś stwierdzenie Odwołującego bądź podmiotu trzeciego w świetle obowiązujących przepisów nie zwalania Zamawiającego z badania oferty w tym zakresie.

Zamawiający poinformował w toku postępowania odwoławczego, że przekazał pozostałym wykonawcom informację o wniesieniu odwołania oraz kopię odwołania.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, nie złożono w tym zakresie również żadnych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, natomiast Zamawiający nie stawił się na rozprawę, pomimo że został prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia Izby.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 29 maja 2013 r., Izba

rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie 20 lutego 2013 r. ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 11 listopada 2012 r., poz.1271).

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę z najniższą ceną, która jest jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie objęta zarzutem odwołania czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania – naraża go na szkodę polegającą na niezyskaniu odpłatnego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności Izba przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu i s.i.w.z., oferty Odwołującego, wezwań Zamawiającego i odpowiedzi udzielanych przez Odwołującego, a także z zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania.

Izba ustaliła uzupełniająco w stosunku do adekwatnie zrelacjonowanych i niespornych okoliczności faktycznych z odwołania i odpowiedzi na odwołanie, co następuje.

Po pierwsze – następujące brzmienie rozdziału IV s.i.w.z., część A w zakresie dokumentów zażądanych przez Zamawiającego na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu przez wykonawców.

(...)

2. W zakresie potwierdzenia, niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający żąda następujących dokumentów:

2.1. Oświadczenie Wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia, złożone na załączniku nr 1 do SIWZ – formularz ofertowy lub na odrębnym dokumencie,

2.2. Aktualny odpis z właściwego rejestru lub centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,

2.3. aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

2.4. aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

2.5. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

2.6. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 usta-wy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

2.7. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

(...)

4. Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy PZP, polegający na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy PZP, przedkłada:

4.1. jeżeli podmioty te nie będą brały udziału w realizacji części zamówienia – pisemne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia zasobów do realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz potwierdzające dokumenty, że stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów w zakresie:

4.1.1. zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,

4.1.2. sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia,

4.1.3. charakteru stosunku, jaki łączy lub będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,

4.1.4. zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia,

4.2. jeżeli podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia oprócz dokumentów wymienionych w pkt IV A ppkt 4.1. SIWZ Wykonawca musi dołączyć do oferty również

dokumenty określone w pkt IV A ppkt 2.1 do 2.7 SIWZ dla podmiotu udostępniającego swoje zasoby.

Po drugie, że Zamawiający podał w zawiadomieniu przekazanym Odwołującemu następujące uzasadnienie decyzji o wykluczeniu go z postępowania:

Zamawiający dokonując badania i oceny oferty i przedłożonych dokumentów stwierdził, iż Wykonawca wykazał że podmioty udostępniające mu swoje zasoby nie będą brały udziału w realizacji zamówienia na zasadzie podwykonawstwa, a jedynie będą brały udział w realizacji zamówienia na zasadach doradztwa. Tymczasem rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w § 3 ust 4 zawarta została norma prawna pozwalająca Zamawiającemu na żądanie od Wykonawcy dokumentów dla podmiotów udostępniających Wykonawcy swoich zasobów, a potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu jeżeli zostaną spełnione dwie przesłanki: Po pierwsze Wykonawca polega przy spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na zasobach innych podmiotów, po drugie podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia. Nadmienić należy iż dyspozycja tej normy nie ogranicza żądania dokumentów wobec podmiotów udostępniających swoje zasoby na zasadach podwykonawstwa, ale żądania tych dokumentów wobec każdego podmiotu biorącego udział w realizacji zamówienia.

{Zamawiający oświadczył, że wziął pod uwagę wskazania zawarte w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: wyroku z 13 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1288/10), wyroku z 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO 2555/10), wyroku z 26 lipca 2010 r. (sygn. akt: KIO 1452/10, KIO 1453/10 i KIO 1454/10) oraz zawarte w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 11/2011, których obszernie fragmenty zostały ponadto przytoczone.}

Zamawiający zwraca uwagę na różnorodności form udostępniania przez inne podmioty swoich zasobów Wykonawcy, jednakże zawsze trzeba brać pod uwagę przedmiot zamówienia oraz dokument z którego wynika forma i zakres udostępnienia. W przypadku Wykonawcy MERITUM GRUPA Budowlana Sp. z o.o. Sp. k., podmioty udostępniające swoje zasoby będą doradzały uczestniczyły w naradach, spotkaniach oraz pomagały podczas sporządzania projektu jest wskazaniem do osobistego brania udziału w realizacji zamówienia ale bez wykonania części zamówienia. Biorąc pod uwagę iż przedmiotem zamówienia są prace projektowe doradztwo oraz uczestnictwo podmiotów udostępniających zasoby w naradach, spotkaniach oraz pomoc w sporządzaniu dokumentacji projektowej wyraźnie wskazuje na osobiste zaangażowanie w realizacji zamówienia, nie poprzez wykonanie części zamówienia ale taki udział, który będzie miał wpływ na prace projektowe, przyjęte

rozwiązania, a także na końcowy efekt wykonania tej dokumentacji. Wobec czego udział takiego podmiotu zgodnie z zapisami SIWZ winien zostać potwierdzony poprzez złożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dopuszczalnym przez rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Wobec powyższego Wykonawca nie wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu poprzez nie dostarczenie Zamawiającemu dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu z powodu niespełnienia warunków o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy PZP dla podmiotów udostępniających Wykonawcy swoje zasoby i zostaje wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta podlega odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu zarzutów, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp za niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu polegające na niezłożeniu dokumentów potwierdzających, że podmioty udostępniające Odwołującemu swoją wiedzę i doświadczenie nie podlegają wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający błędnie ocenił, że z treści przedstawionych przez Odwołującego dokumentów zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia wiedzy i doświadczenia wynika branie udziału przez te podmioty w realizacji części przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji nieuprawnione było skierowanie przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do Odwołującego wezwania do złożenia – na zasadzie § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów w zw. z pkt 4.2 części A rozdziału IV s.i.w.z. – dokumentów w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia tych podmiotów w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 pzp. W ocenie Izby z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu podanego w zawiadomieniu z 26 lipca 2013 r. nie wynika, aby Zamawiający negatywnie zweryfikował na podstawie treści zobowiązań uzupełnionych pismem z 16 lipca 2013 r. spełnianie przez Odwołującego określonych w s.i.w.z. warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał wprost, że pozytywnie ocenił dysponowanie przez Odwołującego wiedzą i potencjałem podmiotów trzecich, a tym samym spełnianie przez niego warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający musiał zatem uznać, że doradztwo Odwołującemu przy realizacji przedmiotowego

zamówienia, do którego zobowiązała się zarówno Pracownia Projektowa Meritum M..... C..... z Chrzanowa, jak i IPG sp. z o.o. z Krakowa, jest wystarczające do stwierdzenia dysponowania przez Odwołującego wiedzą i doświadczeniem tych podmiotów. Jednocześnie Zamawiający uznał – wbrew brzmieniu tych pisemnych zobowiązań – że podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający błędnie przesądził o braniu udziału przez przedsiębiorcę Pracownię Projektową Meritum mgr inż. M..... C..... w wykonaniu części zamówienia na podstawie faktu, że M..... C..... jest jednocześnie pracownikiem Odwołującego, który będzie osobiście wykonywał przedmiot zamówienia w zakresie projektu konstrukcyjno-budowlanego. Zamawiający w ten sposób *de facto* utożsamiał odrębnego przedsiębiorcę, czyli podmiot zewnętrzny w stosunku do wykonawcy zamówienia, z pracownikiem wykonawcy zamówienia. Tymczasem pracownik wykonawcy jest jego własnym zasobem kadrowym, który należy odróżnić od zasobów wiedzy i doświadczenia innego przedsiębiorcy. Odwołujący podniósł ponadto na rozprawie, że Pracownia Projektowa Meritum mgr inż. M..... C..... zatrudnia inne osoby jako pracowników, za których pośrednictwem będzie doradzać Odwołującemu przy wykonywaniu zamówienia. Zamawiający nie wykazał, że jest odmiennie. Nieprzekonujące jest też dla Izby wywodzenie przez Zamawiającego ze specyfiki przedmiotowego zamówienia, że doradzanie przy wykonywaniu dokumentacji projektowej oznacza branie udziału w realizacji części zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że uczestnictwo podmiotów zewnętrznych w naradach, spotkaniach i udzielanie przez nie pomocy przy sporządzaniu projektu należy uznać za ich udział w wykonywaniu dokumentacji projektowej przez Odwołującego. Odwołujący trafnie zwrócił uwagę na rozprawie, że za ostateczny rezultat odpowiada wykonawca, który podczas realizacji zamówienia samodzielnie decyduje, czy, w jaki sposób i w jakim zakresie skorzysta z uwag zewnętrznego doradcy.

Izba nie wzięła pod uwagę dalej idących wywodów odpowiedzi na odwołanie w postaci pytań retorycznych, z których *de facto* wynika, że Zamawiający zaczął powątpiewać, czy prawidłowo ocenił spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W przypadku odwołania się przez wykonawcę od wykluczenia go z postępowania czy odrzucenia jego oferty o zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu wprost decyduje decyzja, która została podjęta przez Zamawiającego i uzewnętrzniona przekazaniem wykonawcy zawiadomieniu. Skoro Zamawiający nie wykluczył Odwołującego za niewykazanie spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, rozważania w tym zakresie należy uznać za bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia tej sprawy odwoławczej.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – i działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący:

.....

.....