

Sygn. akt: KIO 1291/14

WYROK
z dnia 8 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Izabela Kuciak

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Wyrobów i Prefabrykatów Betonowych W. W. , ul. Wojska Polskiego 45, 66-435 Krzeszowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Lasy Państwowe Nadleśnictwo Cybinka, ul. Dąbrowskiego 43, 69-108 Cybinka**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Wyrobów i Prefabrykatów Betonowych W. W. , ul. Wojska Polskiego 45, 66-435 Krzeszowice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Wyrobów i Prefabrykatów Betonowych W. W. , ul. Wojska Polskiego 45, 66-435 Krzeszowice** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 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 w Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Lasy Państwowe Nadleśnictwo Cybinka (dalej: „Zamawiający”) prowadzą, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Przebudowę dróg wewnętrznych leśnych dróg pożarowych: drogi nr 51 i 52”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 9 maja 2014 r. pod nr 100225.

W postępowaniu tym wykonawca W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Wyrobów i Prefabrykatów Betonowych W. W. z siedzibą w Krzeszowicach (dalej: „Odwołujący”) w dniu 23 czerwca 2014 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu w dniu 18 czerwca 2014 r. pocztą elektroniczną.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 24 oraz 26 czerwca 2014 r. Do postępowania odwoławczego do upływu terminu na zgłoszenie przystąpienia żadne przystąpienie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 8 lipca 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego na zasadzie art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp,

a w szczególności uznanie wbrew dyspozycji ww. artykułu, że realizacja zamówienia w oparciu o zasoby wiedzy i doświadczenia wymaga bezwzględnie udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, a ponadto art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 6 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 2013 r., poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, polegającym na bezpodstawnym żądaniu uzupełnienia dokumentacji dotyczącej podmiotu trzeciego – tj. D. W. Zakład Wyrobów i Prefabrykatów Betonowych w Krzeszycach w pełnym zakresie, który dotyczył Odwołującego jako składającego ofertę.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę Exalo Drilling S.A. z siedzibą w Pile oraz nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny i badania ofert oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
- 2) przyznanie Odwołującemu od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa radcy prawnego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podkreślił, że w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający pismem z dnia 2 czerwca 2014 r. wezwał Odwołującego m.in. do wyjaśnienia, w jakim charakterze będzie brał udział podmiot zobowiązujący się do udzielania niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia, tj. firma Zakład Wyrobów i Prefabrykatów Betonowych D. W. z Krzeszyc. Zdaniem Zamawiającego wskazanie łączących wykonawcę z podmiotem zobowiązującym się do udostępnienia niezbędnych zasobów jest niezbędne w celu określenia zakresu dokumentów jakie zobowiązany jest przedłożyć wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi z dnia 4 czerwca 2014 r. Odwołujący wskazał, że powołując się na zasoby innych podmiotów, korzysta wprost z definicji określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz, że ZWiPB D. W. jest jedynie podmiotem oddającym do dyspozycji niezbędne zasoby do realizacji zamówienia, i nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Pismem z dnia 6 czerwca 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentacji dotyczącej D. W. zgodnie z pkt 9.1.3 SIWZ. W oparciu o powyższe pismem z dnia 9 września 2014 r. Odwołujący podniósł m.in., że żądanie uzupełnienia dokumentów stanowi naruszenie zapisów SIWZ w pkt 9.1.3 oraz 9.3.1., a także regulacji rozporządzenia w sprawie dokumentów jako, że możliwość żądania dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego, na którego zasobach wykonawca polega w celu wykazania spełniania warunku dotyczy wyłącznie tych przypadków, gdy

podmiot ten uczestniczy w realizacji zamówienia. Przepis ten – zdaniem Odwołującego - nie znajduje zastosowania do przypadków, gdy wykonawca powołuje się na zasoby innych podmiotów, które to podmioty nie będą brały udziału w realizacji zamówienia. Wyjaśnił też, że w pozostałym zakresie dokumentacja została przez niego uzupełniona. Podkreślił, że w dniu 9 czerwca 2014 r. Zamawiający wezwał dodatkowo Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów cenowych oferty w zakresie przyjętej wyceny stawki roboczogodziny na poziomie 6,87 zł. Do złożonego przez Odwołującego wyjaśnienia w tym zakresie z dnia 11 czerwca 2014 r. Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń, a pomimo to ze wskazanych wyżej przyczyn wykluczył Odwołującego z postępowania.

Odwołujący podkreślił, że stanowisko Zamawiającego nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa. Art 26 ust. 2b ustawy Pzp – jego zdaniem - nie nakłada na podmiot trzeci, którego wiedzą, doświadczeniem i zasobami finansowymi chce się posłużyć Odwołujący, obowiązku uczestniczenia w realizacji zamówienia. Ponadto sam Zamawiający w SIWZ nie wymagał bezpośredniego uczestnictwa jako podwykonawcy podmiotu użyczającego wiedzę i doświadczenie. Odwołujący podkreślił, że złożył dokument w postaci zobowiązania się D. W. do oddania niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia na okres niezbędny do korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, zaś D. W. jest jego ojcem i obaj prowadzą firmy w tym samym miejscu, w tej samej siedzibie. Podkreślił, że przy realizacji przedmiotowego zamówienia D. W. będzie Odwołującemu służył doradztwem i doświadczeniem, chociaż sam bezpośrednio przy realizacji tego zamówienia nie będzie uczestniczył i takie też były uzgodnienia pomiędzy Odwołującym a D. m W. m. Skoro zaś D. W. nie jest podwykonawcą – zdaniem Odwołującego - żądanie przez Zamawiającego uzupełnienia dokumentacji w zakresie opisanym w wezwaniu Zamawiającego było pozbawione podstaw prawnych.

Odwołujący podniósł, że takie stanowisko Zamawiającego stanowi naruszenie dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, gdyż z literalnego brzmienia tego przepisu wykonawca może korzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego i nie jest ważny stosunek prawny łączący strony. Powyższe w jego ocenie stanowi też naruszenie dyrektyw wspólnotowych - art. 26 ust. 2b stanowi transpozycję do prawa krajowego postanowień m.in. art. 47 ust 2 oraz art. 48 ust 3 dyrektywy 2004/18 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 ze zm.).

W świetle przywołanego przepisu ustawy Pzp według niego dopuszczalne jest udzielenie przez podmiot trzeci wymienionych w tym przepisie zasobów w pełnym zakresie, jak i niektórych spośród tych zasobów. Zamawiający zaś takiego stanowiska jednak nie podzielił, pomimo iż D. W. złożył jednoznaczne oświadczenie w tej sprawie oraz złożył

wszelkie dokumenty, w tym dowody świadczące o wykonaniu robót w zakresie, o który chodziło Zamawiającemu (referencje), dokumenty bankowe dotyczące zdolności kredytowej, jak również dokument dotyczący użyczenia potencjału technicznego.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów wpisu uiszczanego od odwołania. Jednocześnie też wniósł jako dowód w sprawie umowę z dnia 28 kwietnia 2014 r. zawartą pomiędzy Odwołującym a podmiotem trzecim, na okoliczność wykazania, iż pomiędzy Odwołującym, a tym podmiotem, na którego potencjał Odwołujący w postępowaniu powoływał się, istniało pisemne porozumienie o współpracy przy realizacji zamówień publicznych poprzez użyczenie i oddanie do dyspozycji na potrzeby Odwołującego wszelkich dóbr niezbędnych przy pozyskiwaniu zamówień publicznych oraz ich realizacji. Dodatkowo Odwołujący podniósł, że jedynie postanowienia pkt 9.2.2 SIWZ, gdzie Zamawiający wskazywał wyłącznie na dwa dokumenty konieczne do przedłożenia od podmiotu trzeciego, dotyczyły jedynie sytuacji powoływania się na potencjał, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że jedynie w tym zakresie Zamawiający nie zastrzegł, że dokumenty te konieczne są w sytuacji udziału podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia.

Zamawiający złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 1 lipca 2014 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił w niej, że Odwołujący złożył w swojej ofercie zobowiązanie podmiotu trzeciego i w zobowiązaniu tym było wskazane, iż zakres udostępnienia potencjału jest tożsamy z zakresem określonym w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i obejmuje w szczególności wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, tj. Pana D. W. . Podkreślił, że dla wykazania faktu udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, przedkładając w tym zakresie wszelkie dokumenty przewidziane w SIWZ, w ocenie Zamawiającego, spełnił przedmiotowy wymóg, co dawało mu podstawy do uznania, że udostępnienie zasobów ma charakter realny. W ocenie Zamawiającego powyższe uzasadniała okoliczność wieloletniej aktywności gospodarczej podmiotu trzeciego w obszarze działalności objętym przedmiotem zamówienia, bliskie więzy rodzinne pomiędzy tymi podmiotami oraz fakt posiadania tej samej siedziby, co wykluczało możliwość skutecznego oddania zasobów podmiotu trzeciego do dyspozycji Odwołującemu, w tym m.in. wiedzy i doświadczenia. W szczególności Zamawiający podniósł, że fakt wieloletniego doświadczenia zawodowego podmiotu trzeciego oraz relatywnie wczesnego podjęcia działalności gospodarczej przez Odwołującego dowodzą konieczności korzystania przez niego z zasobów podmiotu trzeciego również w zakresie wiedzy i doświadczenia, jak deklarował Odwołujący. Z tego też względu – zdaniem Zamawiającego - należało

zakwestionować wyrażone przez Odwołującego twierdzenie, iż tak kompleksowe udostępnienie zasobów, w tym w szczególności wiedzy i doświadczenia, nie będzie wymagać udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Powołując się na orzecznictwo KIO (KIO 2144/13, KIO 1601/13, 1247/13, 1201/13, 2081/12) podkreślił, 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 tym udział ten może przybrać dowolną formę, nie tylko podwykonawstwa, ale także doradztwa, konsultacji, czy innego formy merytorycznego wsparcia. Podkreślił, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sam Odwołujący eksponował fakt, iż wskazany przez niego podmiot trzeci będzie co prawda służył doradztwem i doświadczeniem Odwołującemu, niemniej sam bezpośrednio przy realizacji tego zamówienia nie będzie uczestniczył. Tym samym w ocenie Zamawiającego powoływane przez Odwołującego okoliczności, iż podmiot trzeci nie będzie bezpośrednio uczestniczył w realizacji zamówienia, nie eliminuje innych form uczestnictwa, jak chociażby doradztwa czy konsultacji ze strony podmiotu trzeciego, co w przedstawionych przez Odwołującego okolicznościach – zdaniem Zamawiającego – nie może być tym samym zakwestionowane. Zamawiający na marginesie podniósł, iż ustawodawca obejmuje wymogiem rozporządzenia w sprawie dokumentów, że każdy podmiot trzeci uczestniczy w realizacji zamówienia bez względu na formę jego uczestnictwa. Brak w tym względzie jakichkolwiek normatywnych kryteriów różnicujących, według Zamawiającego, obligował go do wezwania Odwołującego do przedłożenia stosownej informacji z KRK dotyczącej podmiotu trzeciego, zgodnie z dyspozycją § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Nieuzupełnienie tego dokumentu przez wykonawcę musiało w konsekwencji skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego i wykluczeniem go z udziału w postępowaniu.

W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko w sprawie i w efekcie wniosł o oddalenie odwołania.

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 treść umowy z dnia 28 kwietnia 2014 r., złożonej do akt sprawy przez Odwołującego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Zaskarżona przez niego czynność dotyczy wykluczenia go z udziału w postępowaniu, co w konsekwencji w sposób bezpośredni pozbawiało go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym Odwołujący wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, co stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów w nim podniesionych, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane i opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 9 maja 2014 r. Ustalona przez Zamawiającego wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia publicznego to kwota: 3 155 544,44 zł, tj. 746 892,10 euro.

Zamawiający w SIWZ, w pkt 9.1.3 wskazał na wymóg dostarczenia przez wykonawcę, powołującego się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na zasoby innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedłożenia także dokumentów dotyczących tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w pkt 9.1.1 SIWZ, tj.: oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji 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 Pzp, aktualnego zaświadczenia 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, aktualnego zaświadczenie właściwego oddziału ZUS lub KRUS potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia 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, aktualnej

informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 10 – 11 oraz aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 27 maja 2014 r., do Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 6 ofert, w tym ofertę złożył Odwołujący.

W ofercie Odwołującego na str. 32 zostało przedłożone zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. D. W. prowadzonego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Wyrobów i Prefabrykatów Betonowych D. W. z siedzibą w Krzeszycach, z którego treści wynika, że podmiot trzeci oddaje do dyspozycji oraz zobowiązuje się do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia, a także zdolności finansowych i niezbędnych zasobów koniecznych do wykonania zamówienia. W treści zobowiązania wskazano nazwę niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz oznaczenie Zamawiającego. Z ustaleń poczynionych przez Izbę w toku rozprawy w oparciu o treści oferty Odwołującego oraz oświadczenia tego podmiotu potwierdzonego przez Zamawiającego, wynika, że wykonawca ten wykazywał się dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazanym potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego oraz potencjału finansowego.

Zamawiający w toku czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu pismem z dnia 2 czerwca 2014 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia m.in. kwestii, w jakim charakterze będzie brał udział w postępowaniu podmiot trzeci. Odwołujący w odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 4 czerwca 2014 r. wyjaśnił Zamawiającemu, że powołując się na potencjał wskazanego podmiotu trzeciego korzysta wprost z regulacji wynikającej z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz, że wskazany przez niego podmiot trzeci jest jedynie podmiotem oddającym do dyspozycji niezbędne zasoby do realizacji zamówienia i nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Uwzględniając powyższe Zamawiający pismem z dnia 6 czerwca 2014 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia następujących dokumentów: aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 10-11, oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz zobowiązania podmiotu trzeciego. W odpowiedzi na powyższe Odwołujący pismem z dnia 9 czerwca 2014 r. złożonym w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp (informacja o niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności podjętej przez Zamawiającego) poinformował, że żądanie uzupełnienia dokumentów dotyczących KRK oraz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowi naruszenie zapisów SIWZ (pkt 9.1.3 i 9.3.1), a także regulacji rozporządzenia w sprawie dokumentów. Podkreślił, że możliwość żądania przez Zamawiającego dokumentów, o których mowa w pkt 9.1.3 SIWZ, odnoszących się do

podmiotu trzeciego, na zasoby którego wykonawca powołuje się, dotyczy wyłącznie tych przypadków, gdy podmiot ten będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Podkreślił, że w swoich wcześniejszych wyjaśnieniach udzielonych Zamawiającemu wskazał, że podmiot trzeci, na którego potencjał powołuje się Odwołujący w niniejszym postępowaniu, nie będzie brał udziału w realizacji przedmiotu zamówienia w związku z powyższym żądanie Zamawiającego we wskazanym zakresie jest nieuzasadnione. Jednocześnie też Odwołujący uzupełnił pozostałe żądane przez Zamawiającego dokumenty.

Zamawiający w dniu 12 czerwca 2014 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy Exalo Drilling S.A. z siedzibą w Zielonej Górze oraz o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Odwołującego z postępowania. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podkreślił, że nie uwzględnił wyjaśnień Odwołującego o możliwości przekazania przez podmiot trzeci wiedzy i doświadczenia bez możliwości jego bezpośredniego zaangażowania przy realizacji zamówienia i związku z tym na podstawie pkt 9.1.3 SIWZ zażądał od niego uzupełnienia dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego, tj. aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 10-11 oraz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Wobec braku uzupełnienia tych dokumentów oraz wyjaśnień Odwołującego, że polegać on będzie w całości na zasobach podmiotu trzeciego, w tym co do wiedzy i doświadczenia, Zamawiający przyjął, że realizacja zamówienia w oparciu o zasoby wiedzy i doświadczenia wymaga bezwzględnie udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

Przywołana czynność Zamawiającego stała się podstawą zarzutów podniesionych w odwołaniu aktualnie rozpoznawanym przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, co następuje.

Podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania – jak wynika z informacji o wynikach postępowania – był art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wskazany przepis stanowi, że wyklucza się postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu swojej decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał na okoliczność, iż brak w postaci określonych dokumentów podmiotowych wymaganych od podmiotu trzeciego (oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia oraz informacja z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 i 10-11 ustawy Pzp) w niniejszym stanie faktycznym wynikał z wymogu obligatoryjnego i bezwzględnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

Tymczasem treść zobowiązania podmiotu trzeciego, jak i złożone przez niego w tym zakresie na żądanie Zamawiającego wyjaśnienia, wyraźnie wskazywały na okoliczność, iż podmiot trzeci nie będzie brał udziału w realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym zatem – zdaniem Izby – nieuprawnione było w tym zakresie żądanie przez Zamawiającego od Odwołującego przedłożenia dokumentów podmiotowych odnoszących się do podmiotu trzeciego, tak w świetle wymogów określonych w pkt 9.1.3 SIWZ, jak i dyspozycji § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, którego to przepisu dyspozycja *de facto* została odzwierciedlona w przywołanych postanowieniach SIWZ. Niezależnie jednak od powyższego Izba zobowiązana była przy rozpatrywaniu niniejszego odwołania zająć się również oceną zobowiązania podmiotu trzeciego załączonego do oferty Odwołującego, z racji przywołanej powyżej argumentacji Zamawiającego, stanowiącej podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że załączone do oferty Odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego ma charakter generalny i w żaden sposób nie może potwierdzać realności udostępnienia Odwołującemu potencjału wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego pomimo przywołania nazwy konkretnego, niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi *de facto* jedynie przytoczenie dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Tymczasem zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, który stał się podstawą wykluczenia Odwołującego z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym warunków wykazywanych przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego. Nie można w tym zakresie pominąć regulacji zawartych w § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, zgodnie którymi aktualnie, dla wykazania rzeczywistego dostępu do określonych zasobów podmiotu trzeciego, konieczne jest wykazanie innych szczególnych elementów wskazujących na realność tego udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego, w szczególności poprzez określenie zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu ich wykorzystania przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, czy też zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Powyższe ma szczególne znaczenie przy potencjalnej wiedzy i doświadczeniu, który z natury rzeczy ma charakter intelektualny i ściśle związany z danym, konkretnym przedsięwzięciem, które wprost uzyskało określoną wiedzę i doświadczenie. W przedmiotowej sprawie żadne z tych elementów w treści oferty Odwołującego nie były wykazane. Odwołujący także w wyniku wezwania do wyjaśnienia dokumentów przez Zamawiającego, jak i w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, nie wykazał Zamawiającemu możliwości realnego dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego.

Okoliczność spokrewnienia obydwu przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą (wykonawcy i podmiotu trzeciego) była wykazywana przez Odwołującego dopiero w treści odwołania. Izba również w tym względzie nie mogła uwzględnić przedłożonej w toku rozprawy przed Izbą umowy z dnia 28 kwietnia 2014 r. zawartej pomiędzy Odwołującym, a podmiotem trzecim o użyczeniu i oddaniu do dyspozycji na potrzeby Odwołującego wszelkich dóbr niezbędnych przy pozyskiwaniu zamówień publicznych oraz ich realizacji. Umowa ta nie została przedłożona przez Odwołującego Zamawiającemu ani w treści oferty, ani też w toku czynności badania i oceny ofert na skutek formalnych wezwań kierowanych w tym zakresie przez Zamawiającego do wskazanego wykonawcy. Tym samym zatem nie może być ona brana pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, która to ocena dokonywana jest przez Zamawiającego do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zdaniem Izby, w tej konkretnej sprawie, udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia poprzez doradztwo i konsultacje, nie był wystarczający dla potwierdzenia wykorzystania w sposób realny potencjału wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego z racji wskazanych powyżej okoliczności oraz z uwagi na charakter niniejszego przedmiotu zamówienia. Powyższych okoliczności Odwołujący Zamawiającemu w toku postępowania nie udowodnił, a to na nim spoczywa ciężar wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym także wykazania się realnością udostępnienia określonego zasobu podmiotu trzeciego na czas realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślić przy tym należy, że czym innym jest udział podmiotu trzeciego przy realizacji przedmiotu zamówienia, który jest podstawą do żądania dokumentów podmiotowych od podmiotu trzeciego, a czym innym jest konieczność wykazania się realnością dysponowania określonym potencjałem w trakcie realizacji zamówienia, która w określonych sytuacjach może sprowadzać się do konsultacji i doradztwa, ale w innych przypadkach może być nie wystarczającą. W przedmiotowej sprawie i w jej szczególnych okolicznościach, wynikających przede wszystkim z faktu nieudowodnienia przez wykonawcę możliwości wykorzystania potencjału wiedzy i doświadczenia przy wykonywaniu robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia, ta forma korzystania z potencjału podmiotu trzeciego była niewystarczająca. Zamawiający bowiem w oparciu o załączone przez wykonawcę dokumenty nie może przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, samodzielnie wywodzić, iż podmiot trzeci i wykonawca pozostają w stosunku pokrewieństwa, ani też z tego faktu domniemywać, że dany potencjał będzie w sposób realny wykorzystywany przy realizacji zamówienia, tylko z tego powodu, że podmiot trzeci faktycznie jest doświadczonym na danym rynku zamówień przedsiębiorcą i może podzielić się tym doświadczeniem ze swoim bliskim krewnym, który prowadzi odrębną działalność gospodarczą. Istotne bowiem w tym względzie jest wykazanie

przez wykonawcę Zamawiającemu realnego udostępnienia tego potencjału wykonawcy przez podmiot trzeci na okres realizacji danego przedmiotu zamówienia, co nie zostało w niniejszej sprawie przez Odwołującego wykazane.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp i Odwołujący został zasadnie wykluczony z udziału w postępowaniu.

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

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 10 000 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....