

WYROK
z dnia 7 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Grzegorz Matejczuk**
 Agata Mikołajczyk
 Aneta Mlącka

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2014 r. przez **Odwołującego** - **ALSTAL GRUPA BUDOWLANA Sp. z o.o., Sp. k., Jacewo 76, 88-100 Inowrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – **Politechnika Łódzka Zamówienia Publiczne, ul. Żeromskiego 116, 90-924 Łódź,**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BUDIMEX S.A., FERROVIAL AGROMAN S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,**

B. wykonawcy **Skanska S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa**

- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – **ALSTAL GRUPA BUDOWLANA Sp. z o.o., Sp. k., Jacewo 76, 88-100 Inowrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Politechnika Łódzka, Zamówienia Publiczne – prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp; postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa Łódzkiego Akademickiego Centrum Sportowo-Dydaktycznego Kampus Politechniki Łódzkiej – Etap I” (nr sprawy RAP/05/ZP/ACSD/RB/2014).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2014/S 067-114144 z dnia 4 kwietnia 2014 r.

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

W dniu 14 lipca 2014 r., Zamawiający zawiadomił Odwołującego – ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Jacewie – o wykluczeniu z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 21 lipca 2014 r. (data wpływu do KIO – 24 lipiec 2014 r.), Odwołujący wniósł odwołanie od czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz od czynności wykluczenia z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, odstąpienie od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazanie zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, że w przypadku niewykluczenia z postępowania Odwołujący zostałby zaproszony do składania ofert, gdyż otrzymałby 32,28 pkt. W konsekwencji, czynność wykluczenia z postępowania skutkowałą wadliwością oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz kwalifikacji wykonawców.

W odniesieniu do postawionych zarzutów Odwołujący podniósł natomiast, że uzasadniając wykluczenie z postępowania Zamawiający odniósł się do dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie posiadania opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu

potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 50.000.000,00 PLN. Mianowicie, wskazał, iż w tym zakresie Odwołujący został wezwany do uzupełnienia dokumentów oraz, że w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego Odwołujący dostarczył dwie polisy, tj.: po pierwsze - polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej TUiR Allianz Polska S.A. Nr 228-13 430-05901358 na sumę gwarancyjną 20 000 000,00 PLN i okresem ubezpieczenia od 1 grudnia 2013 r. do 30 listopada 2014 r. z załączonym potwierdzeniem opłacenia składki; po drugie - polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej TUiR Allianz Polska S.A. Nr 228-14-430-05905132 na sumę gwarancyjną 50 000 000,00 PLN i okresem ubezpieczenia od 5 maja 2014 r. do 30 listopada 2016 r. z załączonym dokumentem „polecenie przelewu zlotowego” z dnia 6 maja 2014 r. Zamawiający nie wskazał jednak w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, czy, w przedmiotowym zakresie, uznaje uzupełnienie za wystarczające. Z uwagi na ten fakt, ze względów ostrożnościowych, Odwołujący podniósł w odwołaniu, że w przypadku, kluczowej dla oceny spełniania przedmiotowego wymogu polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej TUiR Allianz Polska S.A. Nr 228- 14-430-05905132, termin płatności pierwszej raty składki ubezpieczeniowej ustalono na dzień 6 maja 2014 r. Z kolei, termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu został ustalony na dzień 6 maja 2014 r. godz. 12.00. Zgodnie z art. 111 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Tym samym, zasadne byłoby również twierdzenie, że termin kończący się dnia 6 maja 2014 r. upływa z końcem tego dnia, tj. o godzinie 24.00 (godzinie 0.00 dla dnia 7 maja 2014 r.). Tym samym, nawet dokonanie zapłaty wzmiankowanej pierwszej raty składki ubezpieczeniowej w dniu 6 maja 2014 r. po godzinie 12.00 (np. o 14.00 czy 15.30) byłoby dokonaniem zapłaty zachowaniem terminu wskazanego w polisie. Tym niemniej, kierując się względami ostrożnościowymi, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący złożył polecenie przelewu zlotowego tytułem pierwszej raty składki ubezpieczeniowej z dnia 6 maja 2014 r. Odwołujący podkreślił, że wzmiankowane polecenie jest dokumentem powszechnie stosowanym w obrocie i potwierdza czynność dokonania płatności z zachowaniem terminu ustalonego w treści polisy.

Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący podniósł także, że nie byłaby dopuszczalna interpretacja zapisów ogłoszenia o zamówieniu skutkująca przyjęciem, iż ustalenie takiego, nie innego momentu upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu ma wpływ na termin opłacenia raty składki ubezpieczeniowej dla polisy składanej w celu potwierdzenia jednego z warunków udziału w tym postępowaniu.

Wskazano następnie, że uzasadniając wykluczenie z postępowania Zamawiający podniósł, iż Odwołujący rzekomo nie uzupełnił złożonego wniosku o dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia dla podmiotu udostępniającego swoje zasoby na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, na których to zasobach Odwołujący polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazano, że istotnie, jak twierdzi Zamawiający, w piśmie z dnia 12 czerwca 2014 r. Odwołujący przedstawił pogląd, że jeżeli podmiot udostępniający swoje zasoby będzie uczestniczył w realizacji zamówienia publicznego w charakterze konsultanta, doradcy, to w takim przypadku żądanie dokumentów dotyczących tego podmiotu (nie będącego podwykonawcą) jest nieuprawnione. Dla poparcia swojego stanowiska Odwołujący odwołał się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. W tym zakresie wskazano m.in., że ustawodawca nie przewidział w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych rozróżnienia na zasoby, z którymi wiąże się obowiązek (bezpośredniego) udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia i zasoby, których udostępnienie takiego obowiązku nie rodzi. Ustawodawca rozróżnił jedynie w rozporządzeniu w sprawie dokumentów sytuację, w której udostępnienie jakiegokolwiek zasobu następuje przez osobisty udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, od sytuacji, w której podmiot udostępniający nie będzie brał (osobistego, bezpośredniego) udziału w realizacji zamówienia. Wówczas wskazał, że w pierwszym przypadku zamawiający ma prawo żądać dokumentów podmiotowych, a w drugim takiego prawa zamawiającemu nie przyznał. Rozróżnienie to nie jest związane z rodzajem zasobu, ale z planowanym przez wykonawcę sposobem realizacji zamówienia.

Przytoczono także pogląd, że udział innego podmiotu w wykonaniu zamówienia nie musi polegać jednak wyłącznie na podwykonawstwie, lecz może nastąpić w każdej dozwolonej przez prawo formie.

W konkluzji Odwołujący stwierdził, że błędne byłoby zakładanie, iż udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia wymagałoby, w każdym przypadku, osobistego (bezpośredniego) udziału w realizacji danego zamówienia publicznego. Może bowiem mieć miejsce sytuacja, gdy mamy do czynienia z udziałem pośrednim (doradztwo, konsultacje) i wówczas, na co jednoznacznie wskazują i co potwierdzają poglądy wyrażone w uprzednio powołanych orzeczeniach, nie można mówić o „udziale w realizacji części zamówienia” w rozumieniu przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Odwołujący podkreślił następnie, że przepis § 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 2013 r., poz. 231), jako zawierający wyjątek od zasady żądania jedynie dokumentów

dotyczących cech podmiotowych Wykonawcy (a więc zwiększający potencjalną restrykcyjność), nie może być interpretowany rozszerzająco, winien zaś być rozumiany zawężająco. W istocie odnosi się zaś jedynie do dokumentów dotyczących podmiotów mających wziąć bezpośredni udział w realizacji zamówienia, tj. wykonywać część czynności objętych jego zakresem. Celem tego przepisu jest bowiem stworzenie zamawiającemu możliwości zabezpieczenia się przed sytuacją, w której jakkolwiek część przedmiotu zamówienia będzie realizował osobiście podmiot podlegający wykluczeniu; nie sposób zaś przypisać Prawodawcy zamiaru stworzenia zamawiającemu możliwości pozbawienia wykonawcy prawa do kontaktów oraz kreowania stosunków cywilnoprawnych z innymi uczestnikami obrotu gospodarczego (także związanych z wykonywaniem danego zamówienia), chociażby względem tych podmiotów były spełnione przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określone w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w poglądach prezentowanych w orzecznictwie i doktrynie, zgodnie, z którymi nie jest możliwe uzyskanie poprawnej wykładni poszczególnych wyrażeń i zwrotów zawartych w przepisach prawa w oderwaniu od całości porządku prawnego, a jednocześnie nie można poznać znaczenia przepisów bez poznania funkcji, jaką mają one spełniać, a wyniki interpretacji normy prawnej powinny być spójne systemowo i spełnić kryterium funkcjonalności.

Podkreślono jednocześnie, że orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zdecydowanie wskazuje na to, że werbalna interpretacja przepisów UE nie stanowi granicy wykładni i, że można od niej odstąpić, gdy wymagają tego podstawy aksjologiczne, jakim hołduje UE lub względ na spójność i efektywność tego systemu prawnego.

Na podstawie powyższej argumentacji Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym przypadku, funkcjonalność powołanego przepisu rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a także spójność systemu prawnego i podstawy aksjologiczne, na których ów system się opiera (swoboda obrotu gospodarczego, wolność podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej itp.), przemawiają za przyjęciem, że przedstawiona przez Odwołującego w niniejszym odwołaniu oraz we wcześniejszej korespondencji z Zamawiającym, wykładnia dotycząca możliwości żądania dokumentów stwierdzających brak podstaw wykluczenia w odniesieniu do podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby wykonawcom, jest w pełni zasadna.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący podniósł, że polegało ono w szczególności na nieuzasadnionym wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Tymczasem rygory związane z postępowaniem

o udzielenie zamówienia publicznego winny być wiążące jednakowo dla wszystkich uczestników, a także dla Zamawiającego.

Odwołujący podniósł także, że jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku polegającego na tym, iż w przypadku niewykluczenia z postępowania, Odwołujący miałby nadal szansę na ubieganie się o zamówienie publiczne, o którego udzielenie prowadzone jest przedmiotowe postępowanie. Ocena stopnia spełniania warunków udziału w postępowaniu byłaby bowiem (w porównaniu do innych Wykonawców) wystarczająco wysoka, ażeby Odwołujący został zaproszony do złożenia oferty.

W dniu 25 lipca 2014 r. do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłoszone przez wykonawcę Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budmiex S.A. z siedzibą w Warszawie (lider) oraz FERROVIAL AGROMAN S.A. z siedzibą w Madrycie. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania. Przystępujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budmiex S.A. z siedzibą w Warszawie (lider) oraz FERROVIAL AGROMAN S.A. podniósł także, że argumentacja Odwołującego, iż zapłata pierwszej raty składki o dowolnej godzinie w dniu 6 maja 2014 r. jest zapłatą w terminie wskazanym w polisie nie zmienia faktu, że zapłata składki po godzinie 12stej sprawia, że w chwili składania ofert przedkładana polisa nie byłaby polisą opłaconą, a tym samym dokument ten nie może służyć potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto, przedłożenie polecenia dokonania przelewu złotowego w dniu 6 maja 2014 r. nie może być utożsamiane z opłaceniem polisy w tym dniu. Polisa staje się bowiem opłacona nie w chwili złożenia polecenia przelewu (dyspozycji) w banku, lecz w chwili dokonania przelewu przez bank. W kwestii dotyczącej udostępnienia potencjału (doświadczenia) przez podmiot trzeci Przystępujący podniósł z kolei, że z przepisu art. 26 ust. 2b Pzp wynika jednoznacznie, że jedynie w sytuacji, gdy podmiot udostępniający potencjał w ogóle nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia – nie musi przedłożyć na żądanie zamawiającego dokumentów potwierdzających brak przesłanek wykluczenia. Tak też sformułował swoje oczekiwania Zamawiający w pkt 1C ogłoszenia. Jednocześnie, Zamawiający wymagał (pkt 1.A.1 ogłoszenia), by wykonawcy w sposób przewidziany prawem udowodnili, w jaki sposób zasoby będą udostępnione. Odwołujący zaś nie sprostował temu żądaniu. Nie wykazał, iż zasób doświadczenia będzie przekazany bez jakiegokolwiek uczestnictwa w realizacji zamówienia, ani w jaki sposób mogłoby to nastąpić.

Na posiedzeniu strony nie zgłosiły opozycji przeciw ww. przystąpieniom. Izba uznała skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Zamawiający złożył na posiedzeniu przed Izbą odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu zajętego stanowiska Zamawiający:

W zakresie dotyczącym braku opłaconej polisy ubezpieczeniowej na chwilę złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wskazał m.in., że Odwołujący nie potwierdził, czy opłata polisy nastąpiła w dniu 6 maja 2014 r. do godz. 12:00, czyli do chwili składania wniosku. Podniesiono, że wykonawca mógł na potwierdzenie spełnienia przesłanek przedstawić dokument potwierdzający wykonanie operacji bankowej w postaci godziny księgowania opłaty, np. wyciąg z rachunku bankowego potwierdzający godzinę księgowania operacji, jednak nie przedstawił żadnego dokumentu potwierdzającego, że wymagane składki zostały zapłacone przed terminem składania wniosków, tj. przed godz. 12:00 w dniu 6 maja 2014 r.

W zakresie dotyczącym braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu z powodu nieprzedłożenia dokumentów potwierdzających brak przesłanek do wykluczenia dla podmiotu udostępniającego swoje zasoby, na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, na których to zasobach Odwołujący polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, Zamawiający podniósł m.in., że zobowiązanie z dnia 28 kwietnia 2014 r., stanowiące o udostępnieniu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia odnosi się do realizacji przez zasoby w postaci osób zdolnych do wykonania zamówienia do robót polegających na budowie ściany szczelinowej. Odwołujący na podstawie zobowiązania powinien posiadać zabezpieczenie w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie realizacji istotnych robót budowlanych, które podmiot trzeci udostępni poprzez oddelegowanie do realizacji ww. zamówienia. Z treści ww. zobowiązania wynika, że ponadto zobowiązanie podmiotu trzeciego dotyczy uczestniczenia, jako podmiotu trzeciego (bez zasobów w postaci osób) w realizacji części przedmiotowego zamówienia publicznego w charakterze konsultanta, doradcy. Podmiot trzeci nie wskazał w realizacji, której części zamówienia będzie uczestniczył w charakterze doradcy, konsultanta. Zamawiający zakwestionował jednocześnie stanowisko Odwołującego, że obowiązek przedłożenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego ciąży na wykonawcy wyłącznie wtedy, gdyby formą wykorzystania udostępnionych zasobów było podwykonawstwo. Ustawodawca bowiem nie rozróżnia formy prawnej zaangażowania podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, ponadto na etapie badania wniosku wykonawcy o udział w postępowaniu bezzasadne jest przesądzanie o stosunku prawnym łączącym w przyszłości wykonawcę z podmiotem trzecim. Należy jednocześnie przyjąć, że jeżeli wykonawca będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego, zgodnie z zobowiązaniem, to podmiot trzeci będzie zaangażowany w realizację zamówienia udostępniając niezbędne wykonawcy zasoby. Podkreślono, że zamawiający powinien posiadać możliwość weryfikacji podmiotów trzecich współpracujących

z wykonawcą przy realizacji zamówienia, w szczególności zabezpieczając sobie takie uprawnienie w ogłoszeniu o zamówieniu. Jeżeli podmiot trzeci zobowiązuje się do oddelegowania zasobów w postaci osób niezbędnych do realizacji zamówienia, to oczywiste jest, że osoby te będą współpracować razem z wykonawcą przy wykonywaniu zamówienia. Interpretacja wskazująca, że powyższe dotyczy wyłącznie podwykonawca (nawet jeżeli przepisy wprost abstrahują od stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim) byłaby zaprzeczeniem celu udostępnienia niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia przez podmiot trzeci i wykazania w ten sposób zamawiającemu, że wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia. Prawem zamawiającego winna zaś być możliwość obiektywnej oceny oświadczenia osoby trzeciej deklarującej wykonawcy korzystanie z własnego potencjału, a także weryfikacja samego podmiotu trzeciego. Podniesiono także, że prawodawca nie rozróżnia w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, udziału w realizacji zamówienia na pośredni lub bezpośredni. W przypadku części zamówienia dotyczącej budowy ścian szczelinowych jego realizacja powinna opierać się na wiedzy, doświadczeniu i zasobach ludzkich osób, którzy bezpośrednio będą realizować zamówienie, co zdaniem Zamawiającego, wynika z treści ww. zobowiązania.

W toku rozprawy strony oraz uczestnicy postępowania odwoławczego podtrzymali swoje stanowiska.

Odwołujący podniósł m.in., że z treści zobowiązania z dnia 28 kwietnia 2014 r., wyraźnie wynika, iż zasób w postaci wiedzy i doświadczenia zostanie udostępniony poprzez konsultację i doradztwo, a osoby podmiotu trzeciego zostaną oddelegowane do realizacji zamówienia. Z żadnego punktu tego zobowiązania nie wynika, że podmiot trzeci zobowiązał się do udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Odwołujący podkreślił, że doradztwo i konsultacje to forma wsparcia, a nie udział w realizacji części zamówienia. Wskazano także, że prawo żądania dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego (§ 3 ust. 4 ww. rozporządzenia) dotyczy tylko udziału w realizacji części zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Zamawiający argumentował m.in., że z treści ogłoszenia o zamówieniu wynika, iż została przyjęta zasada, w myśl której w sytuacji, gdy wykonawca polega na potencjale podmiotu trzeciego to podmioty te będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, a tym samym Zamawiający miał prawo żądania złożenia dokumentów, dotyczących tego podmiotu. Podniesiono, że wbrew twierdzeniom Odwołującego z treści ww. zobowiązania nie można wywodzić, iż podmiot trzeci udostępnia swoje zasoby poprzez doradztwo, gdyż zobowiązanie daje także możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia przy wykonaniu roboty budowlanej polegającej na wykonaniu ściany szczelinowej. Z treści tego

zobowiązania należy wywodzić, że dotyczy ono jednej z części zamówienia, będącej istotną robotą budowlaną, której to Odwołujący sam nie mógłby wykonać, a dopiero w dalszej części zobowiązania mowa jest o doradztwie i konsultacji. Z zobowiązania wynika przy tym jednoznacznie, że podmiot udostępniający zasoby musi uczestniczyć w realizacji zamówienia w zakresie dotyczącym wykonania ściany szczelinowej. Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że niezależnie od powyższych argumentów, z uwagi na istotność roboty polegającej na wykonaniu ścian szczelinowych, która stanowi o bezpieczeństwie korzystania z całego budynku, to nawet doradztwo i konsultacje mają istotny wpływ na realizację zamówienia. Zamawiający podkreślił przy tym, że wbrew twierdzeniom Odwołującego nie kwestionuje treści zobowiązania. Natomiast, z uwagi na przedmiot zamówienia i jego charakter w ocenie Zamawiającego nie można przyjmować, by nawet forma doradztwa i konsultacji nie miała bezpośrednio wpływu na realizację zamówienia. W konsekwencji, niezależnie od tego, czy podmiot trzeci będzie brał udział bezpośrednio, czy poprzez doradztwo i konsultacje to będzie miał on bezpośredni wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia, a tym samym na realizację zamówienia.

Przystępujący popierając stanowisko i argumentację Zamawiającego podnieśli m.in., że drugie wezwanie skierowane do Odwołującego, jako nie znajdujące oparcia w przepisach prawa, nie powinno wywoływać korzystnych dla Odwołującego skutków prawnych. Wskazano, że z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, iż potencjału w postaci doświadczenia nie można przekazać bez uczestnictwa podmiotu trzeciego. Podkreślono przy tym konieczność pro wspólnotowej wykładni przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, argumentując jednocześnie, że ani art. 26 ust. 2b Pzp ani § 3 ust. 4 ww. rozporządzenia nie odwołuje się do udziału w charakterze podwykonawcy. Oba te przepisy dotyczą udziału w realizacji, który to udział może przybrać dowolną formę i charakter. Ponadto, podniesiono, że z treści zobowiązania z dnia 28 kwietnia 2014 r., należy wywodzić, iż zarówno zasób w postaci wiedzy i doświadczenia, jak i osób, wiąże się z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Wskazano w tym zakresie, że oddelegowanie osób nie oznacza, że nadzór i kierownictwo nad nim należy do wykonawcy, lecz posiłkując się regulacjami Kodeksu pracy należy uznać, że ww. uprawnienia pozostają przy podmiocie delegującym. W niniejszej sprawie zaistniały podstawy do wniosku, że podmiot trzeci poprzez oddelegowanie pracowników, nad którymi zachowuje nadzór i kontrolę, uczestniczy tym samym w realizacji zamówienia. Jeśli natomiast delegowanie to miałoby się łączyć z przeniesieniem nadzoru i kierownictwa nad osobami, to Odwołujący powinien był to udowodnić, czego nie uczynił.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest „Budowa Łódzkiego Akademickiego Centrum Sportowo-Dydaktycznego Kampus Politechniki Łódzkiej – Etap I”. Pierwszy etap realizacji inwestycji obejmuje stan surowy zamknięty całego obiektu z przyłączami wraz z wykończeniem, instalacjami i wyposażeniem części basenowej i holu wejściowego oraz niezbędnymi instalacjami koniecznymi do wykonania wraz ze stanem surowym obiektu w części pozostałej (*Sekcja II: Przedmiot zamówienia, pkt II.1.5 – Ogłoszenia o zamówieniu*).

W ramach warunków udziału w postępowaniu Zamawiający określił, że dokona, zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp, wyboru spośród wykonawców, którzy spełniają warunki dotyczące: 1.1. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; 1.2. posiadania wiedzy i doświadczenia; 1.3. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; 1.4. sytuacji ekonomicznej i finansowej (*Sekcja III.2.1. Warunki udziału/Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego – Ogłoszenia o zamówieniu*).

Zamawiający zastrzegł, że jeżeli wykonawca wykazując spełnienie ww. warunków polega 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, zgodnie z art. 26 ust. 2b, wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Ponadto, w przypadku, gdy wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda m.in. dokumentów dotyczących zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia; charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem; zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia (*Sekcja III.2.1. Warunki udziału/Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego, pkt 1A – Ogłoszenia o zamówieniu*).

Zamawiający określił również, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia wykonawca przedstawi w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienione w pkt 2, w myśl którego Zamawiający dokona wyboru spośród wykonawców, którzy wykażą brak podstaw do wykluczenia ich z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, a spełnienie tego warunku zostanie uznane jeżeli wykonawca przedłoży:

- 1) podpisane oświadczenie Wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp;
- 2) aktualny odpis z właściwego rejestru lub z 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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 4) aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego 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 – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 5) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 6) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu

składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

- 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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

(Sekcja III.2.1. Warunki udziału/Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego, pkt 1C i pkt 2 – Ogłoszenia o zamówieniu).

Zgodnie z § 1 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), Zamawiający określił roboty budowlane, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie lub złożeniu poświadczeń, tj. roboty polegające m.in. na wykonaniu w dowolnym obiekcie lub budowli ściany szczelinowej. Zamawiający pod pojęciem najważniejszej roboty rozumie m.in. wykonanie ściany szczelinowej o łącznej długości min. 50 mb w jednym dowolnym obiekcie lub budowli *(Sekcja III.2.3 Kwalifikacje techniczne – Ogłoszenia o zamówieniu)*, albowiem wykonanie ściany szczelinowej ma istotne znaczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia, stanowiąc o bezpieczeństwie korzystania z całego obiektu.

Zamawiający zastrzegł, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający żądał podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp *(Sekcja III.2.1. Warunki udziału/Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego, pkt 1G – Ogłoszenia o zamówieniu)*. Zamawiający nie wymagał, by udział w realizacji części zamówienia dotyczący budowy ściany szczelinowej musiał – w sytuacji korzystania z potencjału podmiotu trzeciego – mieć formy podwykonawstwa *(okoliczność przyznana – Protokół z rozprawy)*.

W wykazie robót budowlanych (Załącznik W-4), w zakresie dotyczącym robót budowlanych polegających na budowie ściany szczelinowej Odwołujący wskazał realizację trzech robót wykonanych przez Stump-Hydrobudowa Sp. z o.o. *(oferta Odwołującego)*.

W ramach informacji i formalności koniecznych do dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę min. 50 000.000,00 PLN. W sytuacji, gdy fakt opłacenia składek nie wynika z samej treści polisy, wykonawca zobowiązany jest załączyć do polisy inny dokument

potwierdzający odprowadzenie stosownych składek (np. wyciąg z konta bankowego, rachunek, itp.). *(Sekcja III.2.2. Ogłoszenia o zamówieniu).*

Zamawiający zastrzegł, że zaprosi do składania ofert 5 wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu. Klasyfikacja zostanie przeprowadzona na podstawie uzyskanej łącznej liczby punktów (P), wyliczoną według wzoru: $P = \sum k \cdot A + \sum k \cdot B + \sum k \cdot C$, przy czym:

A – jeden punkt za każde 300 m² powierzchni lustra wody jednego basenu, przy czym minimalna powierzchnia lustra wody wynosi 300m². Punkty naliczane będą z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, przykładowo powierzchnia lustra wody krytego wynosi 700m² daje to 700/300 czyli 2,33 punkty. Maksymalna liczba punktów 20.

B – jeden punkt za każdą robotę budowlaną polegającą na budowie nowego obiektu użyteczności publicznej zaliczonego do kategorii XV obiektów budowlanych wg Prawa budowlanego (Dz.U.13.1409 z późn. zm.), tj. budynki sportu i rekreacji, jak hale sportowe i widowiskowe, kryte baseny, o kubaturze minimum 50.000 m³. Maksymalna liczba punktów 10.

C – jeden punkt za każdą robotę budowlaną polegającą na wykonaniu ściany szczelinowej o łącznej długości min. 50mb. w jednym dowolnym obiekcie lub budowli. Maksymalna liczba punktów 4.

Dla punktacji A, B, C:

k = 2 – jeżeli wskazana robota była wykonana przez danego Wykonawcę samodzielnie, bez powołania się na zasoby podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp,

k = 1 – jeżeli Wykonawca powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

(Sekcja IV.1.2. Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeniu do składania ofert lub do udziału – Ogłoszenia o zamówieniu).

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został wyznaczony na dzień 6 maja 2014 r., do godz. 12:00. W terminie tym wpłynęło 12 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu *(Protokół postępowania w trybie przetargu ograniczonego, pkt 7).*

Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący załączył zobowiązanie z dnia 28 kwietnia 2014 r., w treści którego Stump-Hydrobudowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oświadczyła, że zobowiązała się oddać do dyspozycji wykonawcy ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o., Sp. k. z siedzibą w Jacewie, zasoby w postaci:

- a) wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji roboty budowlanej polegającej na budowie ściany szczelinowej o łącznej długości min. 50 mb. w jednym dowolnym obiekcie lub budowli,
- b) osób zdolnych do wykonania zamówienia,

jak niezbędne na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pn. „Budowa Łódzkiego Akademickiego Centrum Sportowo-Dydaktycznego Kampus Politechniki Łódzkiej – Etap I”. Jednocześnie, w treści przedmiotowego zobowiązania stwierdzono, że: „Zasoby w postaci osób zdolnych do wykonania zamówienia zostaną udostępnione wykonawcy poprzez oddelegowanie do realizacji ww. zamówienia”. Ponadto oświadczono, że: „w ramach niniejszego zobowiązania Stump-Hydrobudowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie będzie uczestniczyło w realizacji części przedmiotowego zamówienia publicznego w charakterze konsultanta, doradcy” (*oferta Odwołującego*).

Pismem z dnia 9 czerwca 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie mniejszą niż 50.000.000,00 zł. Ponadto, Zamawiający wskazał, że w załączonym do wniosku Wykazie robót budowlanych – Załącznik w-4 w zakresie wskazanym w pkt 1.3. Odwołujący przedstawił trzy realizacje podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie – Stump Hydrobudowa Sp. z o.o. Podmiot, na zasobach którego Wykonawca będzie polegał przy wykonaniu zamówienia będzie uczestniczył w wykonaniu przedmiotu zamówienia, wobec tego Wykonawca do oferty winien załączyć dokumenty o braku podstaw do wykluczenia dla tego podmiotu (wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 1 C). Wykonawca do wniosku załączył wypis z Krajowego Rejestru Sądowego. W związku z powyższym, Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów wymienionych w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 1 C dla podmiotu udostępniającego swoje zasoby – firmy Stupm-Hydrobudowa Sp. z o.o. Jednocześnie, Zamawiający poinformował, że złożone na wezwanie oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. na dzień 6 maja 2014 r. (*pismo z dnia 9 czerwca 2014 r., L.dz. RAP/05/ZP/ACSD/RB/2014/56*).

W odpowiedzi, pismem z dnia 12 czerwca 2014 r., Odwołujący oświadczył, iż uzupełnia polisę potwierdzającą, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie mniejszą niż 50.000.000,00 zł. W zakresie zaś wezwania do uzupełnienia dokumentów wymienionych w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 1 C dla podmiotu udostępniającego swoje zasoby, Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z treścią zobowiązania podmiot udostępniający swoje zasoby – firma Stump-Hydrobudowa Sp. z o.o. – będzie uczestniczył w realizacji przedmiotowego zamówienia w charakterze konsultanta, doradcy. Odwołujący wskazał, że taka forma udziału nie oznacza, że podmiot ten będzie podwykonawcą realizującym część zamówienia, a doradca, czy konsultant nie jest osobą trzecią, która realizuje część zamówienia. Odwołujący wyjaśnił przy tym, że stanowisko takie znajduje szerokie odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO. W

konsekwencji Odwołujący poinformował w odpowiedzi, że żądanie Zamawiającego w zakresie uzupełnienia dokumentów podmiotu udostępniającego należy uznać za nieuprawnione. Jednocześnie, w treści pisma Odwołujący wskazał na marginesie, że przepisy Prawa zamówień publicznych nie wymagają, a wręcz dopuszczają każdą formę stosunku łączącego wykonawcę i inny podmiot, a nadto, mimo, iż faktyczne oddanie wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego dla realizacji przedsięwzięcia jest mało prawdopodobne bez współpracy podmiotów w osobach wykonawcy i właściciela lub dysponenta danego potencjału to jednak nie jest to zupełnie niemożliwe, dlatego każda wersja współpracy jest dopuszczalna (wyrok SO w Katowicach z dnia 24 marca 2011 r., sygn. akt XIX Ga 92/11). Do odpowiedzi Odwołujący załączył kopię polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr 228-14-430-05905132, w której treści wskazano: okres ubezpieczenia od 05.05.2014 r. do 30.11.2016 r.; suma gwarancyjna: 50.000.000 PLN; rodzaj ubezpieczonej działalności – budowa Łódzkiego Akademickiego Centrum Sportowo-Dydaktycznego Kampus Politechniki Łódzkiej – Etap I; składka 50.000 PLN płać w II ratach: I rata 5.000 PLN płatna do dnia 6.05.2014 r., II rata 45.000 PLN płatna w ciągu 30 dni od wygrania przetargu dotyczącego wyżej wymienionej inwestycji. Jednocześnie wraz z polisą przedłożono Polecenie przelewu złotowego na kwotę 5.000 PLN tytułem zapłaty I raty za ww. polisę (*pismo Odwołującego z dnia 12 czerwca 2014 r., wraz z załącznikami*).

Pismem z dnia 27 czerwca 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia, w terminie do 2 lipca 2014 r., godz. 12:30, dokumentu potwierdzającego opłatę polisy na dzień 6 maja 2014 r. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał m.in., że złożony przy piśmie z dnia 12 czerwca 2014 r., dokument polecenia przelewu nie dowodzi, że polisa nr 228-14-430-05905132 została opłacona w sposób prawidłowy do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. do dnia 6 maja 2014 r., do godziny 12:00 (*pismo z dnia 27 czerwca 2014 r., L.dz. RAP/05/ZP/ACSD/RB/2014/71*).

Pismem z dnia 1 lipca 2014 r., Odwołujący przesłał oświadczenie TUIR ALLIANZ POLSKA z dnia 30 czerwca 2014 r. oraz dowód potwierdzenia przelewu z dnia 6 maja 2014 r., wskazując jednocześnie, że przedkładane dokumenty potwierdzają, iż wykonawca był i pozostaje ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 50.000.000 zł, jak również, że polisa nr 228-14-430-05905132 opłacona została w dniu 6 maja 2014 r. W załączonym do pisma Zaświadczeniu z dnia 30 czerwca 2014 r., TUIR ALLIANZ POLSKA S.A. potwierdziło, że zawarło z Odwołującym umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej objętą polisą nr 228-14-430-05905132 na kwotę 50.000.000 PLN; Odwołujący na mocy tej polisy jest ubezpieczony od dnia 5 maja 2014 r. od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia: Budowa Łódzkiego Akademickiego

Centrum Sportowo-Dydaktycznego Kampus Politechniki Łódzkiej – Etap I, na kwotę 50.000.000 PLN, na warunkach ww. polisy oraz, że Odwołujący opłacił w dniu 6 maja 2014 r. pierwszą ratę składki z tytułu ww. polisy w kwocie 5.000 zł. Na załączonym do pisma Poleceniu przelewu na kwotę 5.000 PLN tytułem opłaty I raty ww. polisy zamieszczona została adnotacja BGŻ SA, iż przelew zrealizowany został w dniu 6 maja 2014 r. (*pismo Odwołującego z dnia 1 lipca 2014 r., wraz z załącznikami*).

Pismem z dnia 14 lipca 2014 r., Zamawiający zawiadomił Odwołującego, że dokumenty złożone wraz z wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w dniu 6 maja 2014 r. oraz dokumenty złożone na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym wniosek Odwołującego nie podlega punktacji. W treści zawiadomienia Zamawiający wskazał na treść wystosowanych wezwań oraz opisał informacje i dokumenty przedłożone przez Odwołującego w pismach z dnia 12 czerwca 2014 r. oraz w piśmie z dnia 1 lipca 2014 r. W konkluzji zawiadomienia Zamawiający stwierdził, że: „Na wezwanie Zamawiającego nie uzupełnili Państwo wniosku o dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia dla podmiotu udostępniającego swoje zasoby na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, na których zasobach Państwo polegają, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp wyklucza Państwa firmę z postępowania, bowiem nie spełniają Państwo warunków udziału w postępowaniu” (*pismo z dnia 14 lipca 2014 r., L.dz. RAP/05/ZP/ACSD/RB/2014/83*).

Powyższy stan faktyczny ustalono na podstawie dokumentacji dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wyszczególnionych powyżej dokumentów. Istota sporu nie koncentrowała się na stanie faktycznym sprawy, lecz na odmiennej ocenie, co do stopnia zaangażowania i udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia, możliwości żądania dokumentów dotyczących tego podmiotu, a w konsekwencji zasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania wobec ich nieuzupełnienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając podniesione w odwołaniu zarzuty Izba kierowała się zasadą wynikającą z art. 190 ust. 1 Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania, zgodnie z zasadą kontradiktoryjności władającą postępowaniem odwoławczym, są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób uprawniony uznał, że z przedłożonego przez Odwołującego zobowiązania wynika, że podmiot trzeci – Stump Hydrobudowa Sp. z o.o. – będzie brał udział w realizacji części przedmiotu zamówienia. W konsekwencji nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja Odwołującego nakierowana na wykazanie, że Zamawiający nie był uprawniony do żądania uzupełnienia w odniesieniu do tego podmiotu dokumentów określonych w pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu, których to Odwołujący – co jest okolicznością bezsporną – nie przedłożył. Należy w tym miejscu poczynić uwagę, że Zamawiający w sposób jednoznaczny określił w treści Ogłoszenia o zamówieniu, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia wykonawca przedstawi w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienione w pkt 2. Zamawiający uprawniony był do wprowadzenia przedmiotowego wymogu, który odzwierciedla konstrukcję prawną przyjętą przez prawodawcę w ramach przepisów o zamówieniach publicznych (§ 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 2013 r., poz. 231). Należy w pełni podzielić argumentację, że zamawiający ma prawo do weryfikacji podmiotów trzecich współpracujących z wykonawcą przy realizacji zamówienia. Szeroki zakres uprawnień zamawiającego w tym zakresie potwierdza m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt V Ca 3618/13, którego motywy skład orzekający w całości podziela.

Odwołujący wywodził w toku rozprawy, że norma prawna zawarta w § 3 ust. 4 ww. rozporządzenia dotyczy wyłącznie podwykonawców. W ocenie Izby stanowisko to należy uznać za nieuprawnione. Hipoteza analizowanej normy prawnej nie ogranicza udziału w realizacji części zamówienia jedynie do formy podwykonawstwa. Podobnie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowią, by tego rodzaju udział możliwy był wyłącznie na zasadzie podwykonawstwa. Przepis art. 26 ust. 2b Pzp stanowi przy tym, że poleganie na zasobach innych podmiotów dopuszczalne jest niezależnie od charakteru prawnego stosunku, jaki wiąże wykonawcę z podmiotem trzecim. Poleganie na zasobach podmiotu trzeciego wiąże się jednocześnie, w określonych sytuacjach, z koniecznością udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia i to bez względu na to, jaki jest wzajemny charakter prawny stosunku łączącego wykonawcę z tym podmiotem, w szczególności – niezależnie od tego, czy stosunek ten przybiera formę podwykonawstwa. W konsekwencji, nawet gdy

poleganie na zasobach podmiotu trzeciego nie ma postaci podwykonawstwa, a okoliczności sprawy, w tym rodzaj udostępnianych zasobów, wskazują na udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, to zamawiający zachowuje uprawnienie do weryfikacji tego podmiotu i żądania dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 4 ww. rozporządzenia. Zaakceptowanie stanowiska Odwołującego, w sytuacji postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, gdy na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie został nawet przesądzony charakter prawny stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim i zamawiający nie wymagał zdefiniowania tego charakteru, pozostawałoby w sprzeczności z brzmieniem i celem ww. przepisów, a jednocześnie prowadziłoby do niemożliwej do przyjęcia sytuacji, w której wykonawcy deklarujący korzystanie z podwykonawcy przy realizacji części zamówienia podlegaliby – poprzez obowiązek przedstawienia w odniesieniu do podwykonawców dokumentów, o których mowa w § 3 ust. 4 ww. rozporządzenia – sprawdzeniu w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zaś wykonawcy nie wskazujący na formę podwykonawstwa, lecz korzystający, dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z zasobów podmiotu trzeciego, implikujących udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, tego rodzaju weryfikacji mieliby już nie podlegać. Brzmienie § 3 ust. 4 ww. rozporządzenia wskazuje na udział w realizacji części zamówienia, a nie na udział w formie podwykonawstwa. Jak wskazano wcześniej, korzystanie z określonych zasobów podmiotu trzeciego wiąże się niekiedy z koniecznością udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia. Tym samym, z uwagi na ten udział, także w tych sytuacjach znajduje zastosowanie przytoczony § 3 ust. 4 rozporządzenia. Dotyczy to w szczególności zasobu w postaci doświadczenia, gdyż w przypadku powoływania się na ten rodzaj zasobów, podmiot udostępniający zasoby powinien wziąć udział w wykonaniu zamówienia. Udział ten nie musi przy tym polegać wyłącznie na podwykonawstwie, lecz może nastąpić w każdej dozwolonej przez prawo formie (por. wyrok KIO z dnia 13 marca 2014 r., sygn. akt KIO 400/14).

Należy jednocześnie zauważyć, że w pisemnym odwołaniu Odwołujący także podnosił, że udział innego podmiotu w wykonaniu zamówienia nie musi polegać wyłącznie na podwykonawstwie, lecz może nastąpić w każdej dozwolonej przez prawo formie. W istocie Odwołujący dowodził, że skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp, nie będące formą podwykonawstwa, nie wiąże się w niniejszej sprawie z udziałem tego podmiotu w realizacji części zamówienia, który to udział uprawniałby Zamawiającego do żądania przedłożenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, zgodnie z § 3 ust. 4 ww. rozporządzenia. Izba nie znalazła jednak podstaw do podzielenia stanowiska Odwołującego.

Po pierwsze, należy wskazać, że zarówno treść zobowiązania do użyczenia zasobów, jak również same oświadczenia Odwołującego składane w toku postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego, świadczą o tym, że udzielenie zasobów powiązane zostało z uczestnictwem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. W treści zobowiązania z dnia 28 kwietnia 2014 r. widnieje wyraźnie oświadczenie tego podmiotu, że będzie on uczestniczył w realizacji części przedmiotowego zamówienia w charakterze konsultanta, doradcy. Podobnie, w piśmie z dnia 12 czerwca 2014 r. Odwołujący wskazał, że firma Stump-Hydrobudowa Sp. z o.o., będzie uczestniczyła w realizacji zamówienia w charakterze konsultanta, doradcy. Odwołujący wskazał, co prawda, że taka forma udziału nie oznacza, że podmiot ten będzie podwykonawcą realizującym część zamówienia, nie mniej jednak z zastrzeżenia tego nie można wywodzić, by deklarowane wyraźnie uczestnictwo w realizacji zamówienia nie wiązało się z czynnym udziałem tego podmiotu w wykonaniu przedmiotu zamówienia – nawet, gdy oparte zostało na odmiennej od podwykonawstwa formie współpracy i ograniczone miałyby zostać jedynie do doradztwa i konsultacji. Jak wskazano wcześniej, nie tylko podwykonawstwo może być uznawane za uczestnictwo w realizacji zamówienia, a w przypadku skomplikowanego przedmiotu zamówienia, przykładowo w odniesieniu do robót budowlanych (takich jak te stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia), ze względu na ich złożony charakter, obszerny zakres prac, w tym niezbędne do wykonania skomplikowane procesy technologiczne, w toku których powstaje budynek, jak również funkcje i jego przeznaczenie, w tym konieczność wykonania robót w sposób zapewniający bezpieczeństwo przyszłych użytkowników – nawet doradztwo i konsultacje mogą zostać uznane, za formę czynnego udziału mającą bezpośredni wpływ na realizację przedmiotu zamówienia. W niniejszej sprawie, należało w całości podzielić argumentację, że z uwagi na przedmiot zamówienia i jego charakter nie można przyjąć, by nawet forma doradztwa i konsultacji nie miała bezpośrednio wpływu na realizację zamówienia, a tym samym niezależnie od tego, czy podmiot udostępniający zasoby będzie brał udział bezpośrednio, czy też poprzez doradztwo i konsultacje to będzie miał on bezpośredni wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia, a tym samym na realizację zamówienia.

Następnie, także inne fragmenty treści zobowiązania, co słusznie podnosili Zamawiający i Przystępujący, wskazywały na powiązanie udostępniania zasobów z uczestnictwem podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia. W treści zobowiązania z dnia 28 kwietnia 2014 r., Stump-Hydrobudowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oświadczyła, że zobowiązała się oddać do dyspozycji Odwołującego zasoby m.in. w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji roboty budowlanej polegającej na budowie ściany szczelinowej o łącznej długości min. 50 mb. w jednym dowolnym obiekcie lub budowli – jako niezbędne na okres korzystania z nich przy wykonywaniu niniejszego zamówienia. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia realizowany obiekt posadowiony jest na monolitycznej płycie fundamentowej i ścianach szczelinowych wykonanych na obwodzie budynku. Wykonaniu ściany szczelinowej zostało nadane istotne znaczenie i jest to jedna z

najważniejszych robót mająca wpływ na bezpieczeństwo korzystania z całego budynku. W wykazie robót załączonym do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący nie wykazał się własnym doświadczeniem i wiedzą, które związane byłoby z częścią przedmiotu zamówienia obejmującą wykonanie ścian szczelinowych. W tym zakresie Odwołujący w całości oparł się na doświadczeniu i wiedzy podmiotu udostępniającego zasoby, zarówno w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowania, ale także dla uzyskania punktów przysługujących za każdą robotę budowlaną polegającą na wykonaniu ściany szczelinowej o łącznej długości min. 50 mb. w jednym dowolnym obiekcie lub budowli. W toku rozprawy pełnomocnik Odwołującego, na pytanie składu orzekającego, także nie wykazał, by Odwołujący posiadał własne doświadczenie i wiedzę w realizacji robót budowlanych polegających na wykonaniu ściany szczelinowej. Kwestią fundamentalną pozostaje to, że na gruncie art. 26 ust. 2b Pzp, udostępnienie potencjału przez podmioty trzecie powinno być realne. Korzystanie z możliwości powoływania się na zasoby innych podmiotów nie może służyć jedynie formalnemu wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż pozostaje to w sprzeczności z celem tego przepisu. Dysponowanie niezbędnymi zasobami, w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp, nie dotyczy wyczerpania stanu formalnego, tj. wykazania, że wykonawca otrzymał od podmiotu trzeciego stosowne referencje potwierdzające posiadanie wiedzy i doświadczenia w celu złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ale dotyczy posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia potrzebnych do wykonania zamówienia. Przyjęcie praktyki, zgodnie z którą wykonawca odwoływałby się do doświadczenia podmiotu trzeciego tylko dla celów postępowania, a w praktyce zamierzał samodzielnie wykonywać zamówienie powodowałoby, że stawianie warunków udziału w postępowaniu stawałoby się bezcelowe, weryfikacja wykonawców nie miałaby żadnej wartości dla zamawiającego, a w konsekwencji realizacje zamówienia powierzałoby się podmiotom nie mającym do tego kwalifikacji (por. wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2885/13 oraz wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2866/13). Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy uznać, że nie jest możliwym, by udostępnienie Odwołującemu potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji roboty budowlanej polegającej na budowie ściany szczelinowej bez jednoczesnego udziału podmiotu udostępniającego ten zasób w realizacji tej części przedmiotu zamówienia mogło mieć w ogóle charakter realny. W ocenie Izby, w okolicznościach tej sprawy, kiedy to Odwołujący sam nie wykazywał posiadania wiedzy i doświadczenia w realizacji tego rodzaju robót, to właśnie uczestnictwo podmiotu udostępniającego zasoby, uwiarygodniało wykonawcę, co do jego rzetelności i możliwości właściwej realizacji przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Nawet, gdyby uznać, że udział ten miałby mieć jedynie formę doradztwa i konsultacji (przy czym w treści zobowiązania z dnia 28 kwietnia 2014 r., ograniczenie do doradztwa i konsultacji, na

co wskazywał Zamawiający i Przystępujący, nie zostało bezpośrednio zamieszczone w części stanowiącej o udostępnieniu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia), to z uwagi na znaczenie prawidłowego wykonania ścian szczelinowych dla realizacji całego przedsięwzięcia i późniejszego bezpieczeństwa korzystania z budynku, to same te formy uczestnictwa, jak zasadnie wywodził Zamawiający, musiały wiązać się z faktycznym udziałem w wykonaniu przedmiotu zamówienia, a tym samym powinny być zostać uznane za udział w realizacji zamówienia.

Odwołujący nie wykazał także, że udostępnienie osób zdolnych do wykonania zamówienia nie wiązało się również z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia. W tym zakresie Zamawiający i Przystępujący zasadnie argumentowali, że treść zobowiązania pozwalała na przyjęcie takiego właśnie sposobu jego rozumienia, zaś Odwołujący nie przedstawił rzeczowych argumentów, które podważyłyby stanowiska prezentowane przez Zamawiającego oraz Przystępujących.

Podsumowując tę część motywów Izby należy skonkludować, że Zamawiający miał uzasadnione podstawy do uznania, iż udostępnienie zasobów Odwołującemu wiązało się z uczestnictwem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, a w konsekwencji w pełni zasadnym było wezwanie Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów, a wobec niewykonania przedmiotowego wezwania, zgodnym z przepisami Prawa zamówień publicznych pozostaje czynność wykluczenia wykonawcy (art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp). Stan sprawy ustalony na moment zamknięcia rozprawy nie pozwalał na uznanie, by Zamawiający dopuścił się w tym zakresie jakichkolwiek naruszeń. Należy zauważyć, iż w zakresie spornej kwestii – to jest udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia – będącej okolicznością rzutującą na ocenę działań Zamawiającego, Izbie nie przedstawiono dowodów, z których Odwołujący mógłby wywodzić korzystne dla siebie skutki prawne. W toku postępowania o udzielenie zamówienia Odwołujący poprzestał jedynie na przedstawieniu Zamawiającemu własnego poglądu i subiektywnej oceny, co do możliwości żądania dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby. W postępowaniu przed Izbą, Odwołujący także nie przedstawił żadnych dowodów, ani szczegółowych wyjaśnień na poparcie prezentowanego stanowiska. W tym zakresie Odwołujący ograniczył się jedynie do ogólnikowych argumentów. W toku rozprawy, na pytanie składu orzekającego, nie przedstawiono żadnych konkretnych informacji, co do tego, na czym polegać ma deklarowane doradztwo i konsultacje, wskazując jedynie, że ma to być forma wsparcia. Posiłkując się w tym miejscu przytoczonym przez Odwołującego poglądem, że „(...) mimo, iż faktyczne oddanie wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego dla realizacji przedsięwzięcia jest mało prawdopodobne bez współpracy podmiotów w osobach wykonawcy i właściciela lub dysponenta danego potencjału to jednak nie jest to zupełnie niemożliwe (...)” można wskazać, że Odwołujący nie udowodnił, by tego rodzaju wyjątek

(owe „nie jest to zupełnie niemożliwe”) zaistniał w jego przypadku, jak również nie wykazał, że zasób w postaci doświadczenia mógł być przekazany bez jakiegokolwiek uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia – a to na Odwołującym ciążył w tym zakresie ciężar dowodowy.

Odwołujący w swoim stanowisku pominął jednocześnie to, czy w okolicznościach niniejszej sprawy – mając na względzie m.in. charakter przedmiotu zamówienia, stopień skomplikowania jego realizacji, zakres obowiązków obciążających wybranego wykonawcę – w ogóle możliwym i dopuszczalnym było powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego w postaci doświadczenia bez konieczności uczestnictwa tego podmiotu w realizacji części zamówienia. W ocenie składu orzekającego, wskazany rodzaj zasobów wymaga, co do zasady, uczestnictwa podmiotu udostępniającego w realizacji części zadania. Warto w tym miejscu przytoczyć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1601/13, w którym wyrażono pogląd, iż przepis § 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 należy interpretować w ten sposób, że udział w wykonaniu zamówienia podmiotu, który udostępnia swe zasoby, nie jest wymagany w każdym przypadku, lecz zależy od rodzaju udostępnianego zasobu. W uzasadnieniu tego orzeczenia wskazano, że *„(...) udostępnienie wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia wiąże się z udziałem w wykonaniu zamówienia podmiotu, który zasoby te udostępnia. Udział ten może przybrać różną formę, jednak jest konieczny, w przeciwnym razie udostępnienie zasobów nie miałoby charakteru realnego”*. Z kolei w wyroku z dnia 8 maja 2013 r., sygn. akt KIO 953/13, Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, że doświadczenia, w przeciwieństwie do teoretycznej wiedzy, nie można nabyć (oraz przekazać) w trakcie szkolenia, konsultacji lub doradztwa. W uzasadnieniu tego wyroku wskazano, iż pojęcie „doświadczenie” wiąże się jednoznacznie ze stroną praktyczną posiadanych umiejętności. Jest inną kategorią pojęciową niż wiedza teoretyczna, obejmuje bowiem umiejętności praktyczne. Aby tę empiryczną wiedzę uzyskać, konieczny jest osobisty udział w wykonywaniu przedsięwzięć. „Doświadczenie” nie stanowi przy tym dobra, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa. Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Dla dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest zatem powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia.

Ponadto, na co wskazuje stanowisko Prezesa UZP zawarte w wynikach przeprowadzanych kontroli, posiadanie doświadczenia jest kwestią faktu, nie zaś prawa.

Doświadczenie stanowi indywidualny dorobek przedsiębiorstwa, na który składa się ogół wiadomości oraz umiejętności zdobytych w toku prowadzonej działalności gospodarczej. W tej sytuacji doświadczenie dzieli zawsze byt prawny przedsiębiorstwa. Stąd też, dla wykazania dysponowania odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu części udzielanego zamówienia. Przy czym udział ten może polegać na podwykonawstwie, ale też może mieć inny charakter. W tym miejscu na uwagę zasługuje również orzeczenie KIO z dnia 30 grudnia 2013 r., o sygn. akt KIO 2885/13, gdzie Izba stwierdziła, iż możliwość dysponowania wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu w realizacji zamówienia jest ściśle warunkowana udziałem tego podmiotu w realizacji zamówienia. Nie sposób bowiem wyobrazić sobie sytuacji, w której wykonawca - nie angażując innego podmiotu w realizację zamówienia - twierdziłby równocześnie, że jednak cały czas dysponuje zasobami tego podmiotu w trakcie wykonania zamówienia. W nawiązaniu do powyższego nie sposób zgodzić się z argumentacją, jakoby udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia był warunkowany występowaniem tego podmiotu w charakterze podwykonawcy. Przekazanie wiedzy i doświadczenia nie zawsze musi wiązać się z udziałem podmiotu trzeciego w roli podwykonawcy w realizacji zamówienia. Skoro doświadczenia nie można samodzielnie zbyć, ani w inny sposób zadysponować nim przenosząc go na określony podmiot, nieuprawnione jest twierdzenie, iż udostępnianie go poprzez doradztwo i wsparcie merytoryczne w całym okresie realizacji zamówienia nie jest faktycznym udziałem w jego realizacji. Wsparcie wykonawcy w powołanym wyżej zakresie należy w związku z tym uznać za udział w realizacji zamówienia (por. Informacja o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 30 kwietnia 2014 r., UZP/DKUE/KU/35/14).

Reasumując powyższe, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zamawiający w sposób uprawniony wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu, na zasoby którego Odwołujący powoływał się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, w celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Z uwagi na nieprzedstawienie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia dla podmiotu udostępniającego zasoby Zamawiający zasadnie uznał, że nie zostały spełnione warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji, zgodnie z przepisami prawa, wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W następstwie powyższej oceny za niezasadny należało uznać także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, którego podstawę Odwołujący wywodził z nieuzasadnionego, w jego ocenie, wykluczenia z postępowania. W ocenie Izby, jak wskazano powyżej, czynność wykluczenia była prawidłowa i znajdowała oparcie w przepisach prawa. Dokonując tej czynności Zamawiający nie dopuścił się żadnych naruszeń, które mogłyby uzasadniać zarzut

naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Postępowanie odwoławcze nie wykazało przy tym, by w sprawie zaistniały inne okoliczności mogące stanowić podstawę dla zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, przy czym i Odwołujący tego rodzaju argumentów nie podnosił. Izba jest zaś obowiązana orzekać w granicach zarzutów odwołania (art. 192 ust. 7 Pzp).

W odniesieniu do braku wykazania opłacenia polisy ubezpieczeniowej, Izba uznała, że Zamawiający nie wskazał tej okoliczności, jako podstawy faktycznej wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zamawiający w treści zawiadomienia z dnia 14 lipca 2014 r. opisał działania podejmowane w tym zakresie oraz informacje i dokumenty przedłożone przez Odwołującego w wyniku otrzymanych wezwań. Nie zawarł jednak wyraźnego stwierdzenia, które pozwalałoby na uznanie, że dowody i informacje przedłożone przez Zamawiającego nie zostały uznane, oraz jakie były motywy ich krytycznej oceny. Kwestie te zostały podniesione dopiero na etapie postępowania odwoławczego. W toku rozprawy Zamawiający nie potrafił wskazać w sposób jednoznaczny części ww. zawiadomienia, która wskazywałaby, jako podstawę faktyczną wykluczenia, na brak opłacenia polisy ubezpieczeniowej, jak również wyjaśniałaby motywy takiego stanowiska Zamawiającego. Potwierdzono, że podstawa ta nie wynika wprost z zawiadomienia, lecz można ją wyinterpretować z całości treści zawiadomienia.

Izba nie uwzględniła powyższej argumentacji. Zamawiający obowiązany jest określić w sposób wyraźny i konkretny podstawy swojej decyzji oraz przedstawić uzasadnienie zajętogo stanowiska, tak by stosownie do tych informacji umożliwić wykonawcy podjęcie obrony swojego wniosku, czy oferty. Wykonawca nie może domyślać się powodów wykluczenia, jak również uzasadnienia tego rodzaju działań zamawiającego. W konsekwencji, Izba nie przychyliła się do twierdzeń Zamawiającego, by za podstawę wykluczenia mogła zostać uznana także okoliczność dotycząca opłacenia polisy ubezpieczeniowej. Kwestie te nie wpłynęły jednak ostatecznie na ocenę czynności Zamawiającego, gdyż jak wskazano wcześniej, w ramach podstawy faktycznej wykluczenia Zamawiający zasadnie przyjął brak uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby. Z uwagi, że w tym zakresie czynność wykluczenia znajdowała wystarczające uzasadnienie i oparcie w fakcie nie przedłożenia dokumentów potwierdzających brak przesłanek do wykluczenia dla podmiotu udostępniającego swoje zasoby, na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, na których to zasobach Odwołujący polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, czynność ta pozostawała zgodna z przepisami Prawa zamówień publicznych – niezależnie od tego, że odrębna podstawa wykluczenia, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie została określona w treści zawiadomienia skierowanego do Odwołującego.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, zaliczając w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego (§ 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....