

Sygn. akt: KIO 1795/14

WYROK

z dnia 16 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę: **Green Operator sp. z o.o. w Warszawie (02-761), ul. Cypryjska 2G** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Drohiczyn, ul. Kraszewskiego 5, 17-312 Drohiczyn**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Green Operator sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Green Operator sp. z o.o. w Warszawie** 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 z późn. zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Zaprojektowanie, wybudowanie i operowanie nadbużańskiej szerokopasmowej sieci dystrybucyjnej” zostało wszczęte przez Gminę Drohiczyn, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 072-123305) w dniu 11 kwietnia 2014 r.

W dniu 4 sierpnia 2014 r. odwołanie wniósł wykonawca: Green Operator sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej Odwołującym. Zarzucał on Zamawiającemu:

1. „naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp poprzez nieprawidłowe uznanie, iż w postępowaniu nie złożono oferty niepodlegającej odrzuceniu;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z uznaniem, że treści oferty Odwołującego jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. naruszenie 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust.4 pzp poprzez nieprawidłowe uznanie, iż wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, a tym samym oferta wykonawcy podlega odrzuceniu;
4. naruszenie art. 7 ust. 1 pzp poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
5. naruszenie art. 7 ust.3 pzp poprzez zaniechanie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.”

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu oraz czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty, a następnie dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego i potwierdzone za zgodność z oryginałem, a także dokumenty przedstawione przez Odwołującego wraz z odwołaniem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) opisał warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, w tym m.in. w pkt 9.2.2 SIWZ dookreślił on warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, zaś w pkt 9.2.4 SIWZ warunki dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W ramach drugiego z przywołanych warunków wymagał on od wykonawców, aby ci wykazali mu fakt dysponowania jedenastoma rodzajami różnych ekspertów, w tym m.in. oznaczoną jako „*ekspert 1 – Kierownik Projektu*” co najmniej jedną osobą posiadającą „*co najmniej 3-letnie doświadczenie w kierowaniu lub zarządzaniu realizacją co najmniej 2 projektów inwestycyjnych w zakresie budowy lub przebudowy obiektów liniowych w rozumieniu art.3 pkt.3a ustawy Prawo budowlane, o wartości min 20.000.000 zł brutto każdy*”.

W pkt 10.1.9 SIWZ Zamawiający wskazał, 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.2 b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt.10.1.1 – 10.1.8 niniejszej SIWZ.*”, tj. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia oraz odpowiednich odpisów, zaświadczeń i informacji z właściwych rejestrów.

Zgodnie z pkt 10.2.3 SIWZ, dla umożliwienia Zamawiającemu weryfikacji warunku opisanego w pkt. 9.2.4 SIWZ wykonawcy zostali zobowiązani m.in. do złożenia wraz z ofertą wykazu osób, którego wzór stanowił załącznik nr 6 do SIWZ.

W punktach 10.2.6 i 10.2.7 Zamawiający zawarł postanowienia odnoszące się do zasad, na których wykonawcy przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogli powoływać się na potencjał podmiotów trzecich:

„10.2.6 Zgodnie z art. 26 ust.2b ustawy pzp Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. 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 (tj. w formie oryginału, podpisane przez osobę uprawnioną do reprezentowania podmiotu) do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

10.2.7 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, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda przedstawienia następujących dokumentów:

- a) w przypadku polegania na zasobach innych podmiotów, w zakresie warunków, o których mowa w art.22 ust.1 pkt 4 ustawy i opisanych przez Zamawiającego w pkt. 9.2.5 niniejszej SIWZ – dokumentów, o których mowa w pkt 10.2.4 ppkt a) i b).*
- b) w każdym przypadku – dokumentów dotyczących w szczególności:*
 - i. zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,*
 - ii. sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,*
 - iii. charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,*
 - iv. zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.”*

Zgodnie z pkt 10.5.1 SIWZ wykonawcy zostali zobowiązani przestawić wraz z ofertą „Karty katalogowe wszystkich urządzeń aktywnych wymienionych w załączniku nr 8 do SIWZ”.

Jedynym wykonawcą, który złożył Zamawiającemu w odpowiednim terminie swoją ofertę, był Odwołujący.

Przedstawił on wraz ze swoją ofertą wymagane w SIWZ wykazy (robót budowlanych, głównych dostaw i usług oraz osób), w których wskazał, że polega on na wiedzy i doświadczeniu oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów. Do wykazów załączył zobowiązania podmiotów, na których potencjał się powoływał. Złożył również sporządzone w języku angielskim karty katalogowe urządzeń aktywnych.

Pismem z dnia 30 lipca 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia sporządzonych we właściwej formie kart katalogowych (kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem) wraz z tłumaczeniem na język polski. W piśmie tym wezwał on również Odwołującego do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów odnoszących się do podmiotów udostępniających wykonawcy swój potencjał, a w szczególności do przedstawienia dokumentów, z których wynikałoby, że powołane udostępnienie potencjału ma charakter realny. W odniesieniu do wskazanej w wykazie osób jako ekspert nr 1 osoby, Zamawiający stwierdził, iż wykazane zostało doświadczenie 35-ciomiesięczne, podczas gdy zgodnie z warunkiem okres wykazywanego doświadczenia powinien wynosić co najmniej 36 miesięcy. Mając to na uwadze wezwał Odwołującego do uzupełnienia również wykazu osób w tym zakresie.

Pismem z dnia 7 sierpnia 2014 r. Odwołujący odpowiedział na powołane wezwanie. Oświadczył, iż przedstawia w załączeniu karty katalogowe sporządzone w języku polskim poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Stanął na stanowisku, iż nie jest konieczne w świetle obowiązujących przepisów, aby podmiot udostępniający mu swoje zasoby uczestniczył w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Jednocześnie przedstawił Zamawiającemu porozumienia z poszczególnymi podmiotami, na których potencjał w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia powołał się w uzupełnionych wykazach (robót budowlanych, głównych dostaw i usług). Z powołanym pismem złożył również Zamawiającemu uzupełniony wykaz osób, z którego, jak oświadczył *„wynika, że wykonawca bezpośrednio dysponuje wymienionymi w wykazie osobami, na podstawie umów cywilnoprawnych”*. Wykaz ten opatrzony był datą 8 sierpnia 2014 r. W tym samym wykazie, w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji *„ekspert 1 – kierownik projektu”* Odwołujący przywołał, obok pierwotnie wskazanych, trzy nowe prace mające potwierdzać doświadczenie wykazywanej osoby.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do jednoznacznego przesądzenia, czy podmioty trzecie, na których potencjał się powołał, będą brały udział w realizacji zamówienia. Żądał również od Odwołującego wyjaśnienia na jakiej podstawie dysponował on osobami wskazanymi do pełnienia funkcji eksperta 9 i 11 na dzień składania ofert.

Odwołujący, w odpowiedzi na powołane wezwanie, w piśmie z dnia 20 sierpnia 2014 r. wyjaśnił, że udział podmiotów trzecich będzie polegał na doradztwie i konsultacjach, co wynika z treści przedstawionych Zamawiającemu porozumień. Oświadczył też, że treść ujawniona w wykazie osób uzupełnionym w toku postępowania o udzielenie zamówienia była aktualna także na dzień składania ofert.

Zamawiający uznał przedstawione mu wyjaśnienia za niewystarczające, a przedstawione dokumenty i oświadczenia za niepotwierdzające spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednimi osobami. Ponadto uznał, iż Odwołujący nie przedstawił sporządzonych w odpowiedniej formie dokumentów potwierdzających zgodność treści oferty z treścią SIWZ, stąd złożona przez niego oferta winna zostać odrzucona.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

W pierwszej kolejności twierdził on, przedstawił w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia karty katalogowe sporządzone w języku polskim poświadczony za zgodność z oryginałem, czym uczynił zadość wymoganiom określonym w SIWZ, stąd odrzucenie złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp było bezzasadne.

Podtrzymał stanowisko wyrażone w pismach kierowanych do Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z którym nie jest konieczne w świetle obowiązujących przepisów, aby podmiot udostępniający mu swoje zasoby uczestniczył w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Twierdził on, iż z przedstawionych Zamawiającemu dokumentów i oświadczeń, w szczególności z uzupełnionych porozumień z podmiotami trzecimi, wynika w sposób dostateczny, że spełnione zostały wszystkie przesłanki skutecznego powołania się na potencjał podmiotów trzecich przy wykazywaniu warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

W odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji eksperta 1 Odwołujący twierdził, co wyraził dobitniej w toku rozprawy przed Izłą, iż już z treści pierwotnego wykazu osób wynikało, że osoba ta legitymuje się odpowiednim okresem doświadczenia. Jego zdaniem dla ustalenia okresu doświadczenia koniecznym było zsumowanie wykazywanego czasu pracy na każdej z wykazywanych robót.

W odniesieniu do osób wskazanych do pełnienia funkcji eksperta 9 i 11 Odwołujący uważał, że z przedstawione przez niego dokumenty i oświadczenia potwierdzają fakt dysponowania wykazywanymi osobami w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Uwzględniając te okoliczności, Odwołujący twierdził, iż nie było również podstaw do wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym Zamawiający nie był władny unieważnić prowadzonego przez siebie postępowania.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż niektóre ze sformułowanych przez Odwołującego zarzutów nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Izby zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, iż Zamawiający w sposób nieznaający uzasadnienia w treści SIWZ uznał, że przedstawione przez Odwołującego karty katalogowe urządzeń aktywnych zostały przedstawione w nieodpowiedniej formie.

Obowiązek przedstawienia powołanych kart został ustanowiony w pkt 10.5.1 SIWZ. Zgodnie z pkt 10.6.4 SIWZ *„dokumenty wymienione w Rozdziale 10 są składane w oryginale lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę”*. W pkt 10.6.3 SIWZ postanowiono zaś, że *„dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski”*. Z tego ostatniego zapisu wynika, że tylko gdy przedstawiane zamawiającemu dokumenty są sporządzone w języku obcym, należy je złożyć wraz z tłumaczeniem na język polski. Nie sposób jednak z niego wywodzić, że jeżeli w obrocie funkcjonują równoległe dokumenty o tej samej treści, przy czym sporządzone w różnych językach, to obowiązkiem wykonawcy jest przedstawić w odpowiedniej formie dokument sporządzony w języku obcym, a wraz z nim dokument o tej samej treści sporządzony w języku polskim i ten ostatni traktować jako tłumaczenie tego pierwszego. Zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 7 sierpnia 2014 r. (podtrzymanymi w odwołaniu, a także w toku rozprawy przed Izbą) w odpowiedzi na wezwanie do złożenia kopii kart złożonych wraz z ofertą poświadczonych za zgodność z oryginałem złożył on karty sporządzone w języku polskim poświadczonych za zgodność z oryginałem, stąd nie było już koniecznym przedstawianie kopii kart sporządzonych w języku angielskim poświadczonych za zgodność z oryginałem. W toku postępowania odwoławczego Zamawiający nie wykazał, aby nie było podstaw dla przyjęcia, że przedstawione przez Odwołującego karty katalogowe nie mogły zostać uznane

za sporządzone w języku polskim. Nie wykazał tym samym, że przedstawiona przez Odwołującego polska wersja kart katalogowych powinna zostać uznana jedynie za tłumaczenie dokumentu sporządzonego w języku angielskim. Mając to na uwadze Izba uznała, iż w tych okolicznościach nie zostało udowodnione, aby istniały podstawy do żądania od Odwołującego przedstawienia Zamawiającemu kopii kart katalogowych sporządzonych w języku angielskim poświadczonej za zgodność z oryginałem. To zaś uzasadniało przekonanie, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp okazał się zasadny.

Również za zasadny uznała Izba zarzut bezpodstawnego przesądzenia przez Zamawiającego, iż przedstawione przez Odwołującego dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają w sposób dostateczny istnienia po stronie Odwołującego prawa do powoływania się na potencjał podmiotów trzecich. Zgodnie z uzasadnieniem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia powodem wykluczenia Odwołującego było powzięte przez Zamawiającego przekonanie, iż podmiot udostępniający wykonawcy swój potencjał uczestniczyć musi w realizacji części zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Oceniając zasadność twierdzeń Odwołującego o braku możliwości uznania, że nie wykazał on rzeczywistego dysponowanie zasobami podmiotów trzecich w zakresie wiedzy i doświadczenia, Izba uwzględniła to, iż ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dopuścił możliwość, aby wykonawca polegał m.in. na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Pamiętać należy, że w takiej sytuacji wykonawca 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 wykonaniu zamówienia. Z przepisem tym koresponduje regulacja zawarta w § 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. Zgodnie z powołanym przepisem, gdy wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę

z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać w szczególności:

- 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.

Skład orzekający Izby podziela w odniesieniu do powołanych przepisów ich interpretację zawartą w orzeczeniu Izby wydanym w sprawie KIO 2182/13, gdzie Izba stwierdziła co następuje: *„stwierdzić należy na wyraźny kierunek ustawodawcy wskazany tymi przepisami, aby w trakcie oceny spełniania warunków wiedzy i doświadczenia dokonywać oceny realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego wykonawcy na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu, poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga natomiast okoliczność, iż ani przepisy ustawy Pzp, ani też przepisy przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, czy choćby jego części, również w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału. Niewątpliwie ta forma wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w sposób najbardziej pełny wskazuje na faktyczne użycie potencjału podmiotu trzeciego, nie może być ona jednak traktowana jako bezwzględnie obowiązująca. W każdym przypadku bowiem należy dokonać oceny, czy dla realności wykorzystania udostępnianego przez podmiot trzeci potencjału, konieczny jest faktyczny udział podmiotu w realizacji części czy też całości zamówienia czy wystarczająca będzie inna forma wykorzystania danego potencjału przy realizacji przedmiotu zamówienia. Nie można wykluczyć w tym względzie, że udostępnienie i faktyczne wykorzystanie potencjału wiedzy i doświadczenia będzie odbywało się również poprzez np. różnego rodzaju konsultacje, czy doradztwo w trakcie realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego świadczone przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy”*. Podobnie Izba w sprawie KIO 2292/13.

Podkreślenia wymaga jednak przy tym fakt, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a zatem wykazania również tego, czy będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, jak również tego, czy stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

Jak to zostało przywołane powyżej, w rozpoznawanym przypadku, Zamawiający skorzystał z uprawnienia wypływającego z § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów i zawarł w SIWZ w pkt 10.2.7 SIWZ żądanie przedstawienia odpowiednich dokumentów wskazanych wyraźnie w treści tegoż przepisu rozporządzenia. Dlatego też obowiązkiem Odwołującego, który powoływał się na potencjał podmiotów trzecich, było przedstawienie dokumentów i oświadczeń takiej treści, aby wykazać Zamawiającemu, że dysponuje zasobami tych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, a także tego, że stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Obowiązek ten ciąży bowiem na wykonawcy niezależnie od sposobu planowanego wykorzystania udostępnianego mu potencjału, nawet w przypadku wskazanego powyżej dopuszczenia powoływania się na „*różnego rodzaju konsultacje, czy doradztwo w trakcie realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego świadczone przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy*”.

Kierując się tym przekonaniem Izba uznała, że nie znajduje potwierdzenia w przepisach wyrażone przez Zamawiającego przekonanie, iż w każdej sytuacji koniecznym jest, aby podmiot udostępniający własne zasoby wiedzy i doświadczenia uczestniczył w realizacji części przedmiotu zamówienia. Izba w stanowisku Zamawiającego nie doszukała się podstaw dla uznania, iż w rozpoznawanej sprawie taka partycypacja w realizacji choćby części przedmiotu zamówienia ze strony podmiotów trzecich była konieczna. W ocenie składu orzekającego, z przedstawionych Izbie dokumentów wynika, iż Zamawiający kwestionował realność udostępnienia Odwołującemu potencjału podmiotów trzecich jedynie na tej podstawie, iż podmioty te nie miały być podwykonawcami części przedmiotu zamówienia. Ten właśnie fakt miał świadczyć i rozstrzygać o braku realności udostępnienia Odwołującemu zasobów podmiotów trzecich. Stąd też wobec uznania przez Izbę, iż w rozpoznawanym przypadku podwykonawstwo nie jest jedyną formą współpracy zapewniającą należyty dostęp do udostępnionych Odwołującemu zasobów, Izba uznała, że nie potwierdził się stawiany przez Zamawiającego zarzut niewykazania przez Odwołującego spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Innymi słowy Odwołujący słusznie zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp poprzez uznanie, iż z przywołanych tu powodów powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu.

Stwierdzone przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie mogły jednak zostać ocenione za mające wpływ na wynik postępowania, a tym samym za przemawiające za uwzględnieniem odwołania jako takiego. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z uwagi na niewykazanie przez niego

spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. To z kolei pozwoliło Izbie uznać, iż brak było podstaw do przyjęcia, że Zamawiający unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp.

W odniesieniu do uzupełnionego wykazu osób, Izba uznała, iż zasadnie podnosił Zamawiający, że z jego treści nie wynika, że osobami wskazanymi do pełnienia funkcji ekspertów 9 i 11 Odwołujący dysponował w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. A na ten dzień, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powinny potwierdzać stan uzupełnianie dokumenty. Przedstawiony w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykaz osób opatrzony jest datą 8 sierpnia 2014 r. Termin składania ofert, zgodnie z protokołem postępowania, upłynął w dniu 30 czerwca 2014 r. Jak twierdził Odwołujący, fakt, iż dysponował on powołanymi osobami na podstawie wskazanej w uzupełnionym wykazie (podstawie innej niż w wykazie pierwotnym – tam te same osoby miały zostać udostępnione Odwołującemu przez podmiot trzeci) w dacie określonej przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wynikać miał z tego, iż w obu wykazach (tak pierwotnym, jak i uzupełnionym) wskazane zostały te same osoby w kontekście ekspertów 9 i 11. Zdawał się on nie dostrzegać tego, że w każdym z wykazów wskazał na inną podstawę dysponowania powołanymi osobami, a z uzupełnionego wykazu, ani też pisma, z którym został on Zamawiającemu złożony, nie wynika, że tenże uzupełniony wykaz potwierdza stan na dzień, w którym upłynął termin składania ofert. Tak poczynione ustalenia pozwoliły Izbie uznać, iż nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp w omówionym tu zakresie.

Także w odniesieniu do oceny przedstawionych Zamawiającemu dokumentów i oświadczeń odnoszących się do osoby wskazanej do pełnienia funkcji eksperta 1 Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego. Jak sam to przyznał w toku rozprawy przed Izbą Odwołujący prace opisujące doświadczenie eksperta 1, o które została wzbogacona treść wykazu uzupełnionego w porównaniu do wykazu złożonego pierwotnie, zostały tam przywołane jedynie informacyjnie. Stał on na stanowisku, iż wystarczającym było doświadczenie powołanej osoby wskazane w wykazie załączonym do oferty (pierwotnym). W pkt 9.2.4 SIWZ Zamawiający wymagał, aby osoba wskazana do pełnienia funkcji eksperta 1 legitymowała się co najmniej 3-letnim doświadczeniem pracy na określonych stanowiskach. Z wykazu osób złożonego wraz z ofertą Odwołującego wynika, że wskazywana w tym charakterze osoba nabyła doświadczenie w okresie od października 2009 r. do sierpnia 2012 r. Jak ustalił Zamawiający zsumowanie liczby miesięcy w tym okresie czasu pozwala ustalić, że wykazano jedynie 35 miesięcy doświadczenia, tym samym jest to zbyt krótki okres,

aby można było uznać warunek opisany w pkt 9.2.4 SIWZ za spełniony. W ocenie Izby zawarty w powołanym zapisie SIWZ zwrot „co najmniej” oznacza niezbitcie, iż wykazywany okres doświadczenia zawodowego musiał być przynajmniej równy okresowi wskazanemu w opisie warunku, a na pewno nie mógł być od niego krótszy. Izba uznała, iż Zamawiający prawidłowo ocenił dokumenty przedstawione przez Odwołującego uznając, iż wykonawca ten nie złożył mu dowodów, które potwierdzałyby spełnianie przez niego powołanego warunku. Zasadnie przyjął, iż brak jest podstaw do wliczania po wielokroć tego samego okresu w przypadku, gdy osoba ta pełniła obowiązki objęte warunkiem u różnych pracodawców lub przy realizacji różnych robót. Okresu doświadczenia zawodowego, podobnie jak stażu pracy, nie można bowiem liczyć poprzez dodawanie do siebie nakładających się na siebie okresów jego nabywania. W kontekście zapisów SIWZ, istotny w ocenie Izby w rozpatrywanym przypadku jest rzeczywisty, kalendarzowy czas nabywania doświadczenia zawodowego. Twierdzenia te znajdują odzwierciedlenie w treści pkt 9.2.4 SIWZ.

Podkreślenia przy tym wymaga również to, iż z uwagi na fakt skorzystania przez Zamawiającego z możliwości wezwania Odwołującego do uzupełnienia wykazu osób na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie stwierdzonych przez Zamawiającego braków, Izba nie była władna nakazać Zamawiającemu ponowienia wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Nadmienić również należy, iż na dokonaną przez Izbę ocenę prawidłowości działań Zamawiającego nie mogła wpłynąć treść przedstawionego wraz z odwołaniem oświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji eksperta 1 i wypływający z tegoż oświadczenia fakt legitymowania się przez tę osobę doświadczeniem dłuższym niż wynika to z przedstawionych Zamawiającemu wykazów osób. Treść powołanego oświadczenia nie była znana Zamawiającemu w dniu, w którym rozstrzygał on o konieczności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, a jak wynika to z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym, nie później niż na dzień składania ofert, spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Nie zostało wykazane, aby dokumenty przedstawione w odpowiednich terminach, w omawianym tu zakresie pozwalały w swej treści podjąć Zamawiającemu odmienne, niż tego dokonał, rozstrzygnięcie. A podejmowanie uzupełnienia tych dokumentów i oświadczeń na etapie postępowania odwoławczego ocenione zostać musiało za działanie spóźnione i niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: