Sygn. akt: KIO 953/13

WYROK
z dnia 8 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**
Honorata Łopianowska
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę: **C…… S…… prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Inżynieryjno-Transportowych C…….. S……., Suchowola 74A, 28-130 Stopnica** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wodociągi i Kanalizacja Krzeszowice Sp. z o.o., ul. Krakowska 85, 32-065 Krzeszowice,**

przy udziale wykonawcy **Biuro Techniczno-Handlowe EMP TERMO E….. i M…… P……. sp. j., ul. Głęboka 44, 37-200 Przeworsk** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 953/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **C…….. S…… prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Inżynieryjno- Transportowych C……. S……., Suchowola 74A, 28-130 Stopnica,** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **C……. S…… prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Inżynieryjno-Transportowych …….. S…… Suchowola 74A, 28-130 Stopnica,** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: …….....…

…….....…

…….....…

Sygn. akt: KIO 953/13

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Wodociągi i Kanalizacja Krzeszowice Sp. z o.o. w Krzeszowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Budowa Kanalizacji sanitarnej grawitacyjno- ciśnieniowej w m. Paczółtowice". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S – 20918 w dniu 17 stycznia 2013 r.

Odwołujący C……. S……. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Inżynieryjno-Transportowych C……. S……. w dniu 15 kwietnia 2013 r. został zawiadomiony o wyborze oferty najkorzystniejszej - oferty wykonawcy: Biuro Techniczno-Handlowe „EMP TERMO" E……. i M…. P…… Sp. j. oraz o wykluczeniu go z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą. Zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Wykonawca C……. S……. - Zakład Robót Inżynieryjno- Transportowych wniósł odwołanie wobec powyższych czynności. Podniósł, że złożył ofertę z najniższą ceną, a zatem gdyby zamawiający nie wykluczył go z postępowania to uzyskałby zamówienie. Odwołujący zarzucił, że ww. czynności zamawiającego zostały dokonane z naruszeniem przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp oraz wniósł o wydanie wyroku nakazującego: unieważnienia: czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

Odwołujący stwierdził w uzasadnieniu, że wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią wiedzą i doświadczeniem. Podniósł, że dla wykazania spełnienia ww. warunku skorzystał z możliwości określonej w art. 26 ust. 2b Pzp i załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. firmy „DROGOP" A.M. G…… Sp. j., że firma ta oddaje odwołującemu do dyspozycji zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zobowiązanie zostało udzielone w formie własnego tekstu, zawierającego informacje, o których mowa w art. 26 ust. 2b Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 2 kwietnia 2013 r. wezwał odwołującego m.in. do uzupełnienia zobowiązania firmy DROGOP według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do siwz, a także do wyjaśnienia, czy ww. firma będzie brała udział w realizacji zamówienia oraz w jakim zakresie i w jaki sposób odwołujący będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem tej firmy.

Odwołujący, w odpowiedzi z dnia 5 kwietnia 2013 r. wyjaśnił, że firma DROGOP nie będzie brała udziału w realizacji zamówienia, a dysponowanie wiedzą i doświadczeniem tej firmy odbywać będzie się w formie doradztwa realizowanego przez kilku specjalistów z tej

firmy. Na potwierdzenie tego faktu odwołujący załączył pismo o oddelegowaniu pracowników tej firmy dla pełnienia funkcji doradczych. Odwołujący wyjaśnił, że w wykazie osób odpowiedzialnych za kierowanie robotami przedstawił osoby zdolne do wykonania zamówienia, o których mowa w pkt 9 ppkt 4 siwz, które będą realizować funkcje kierownicze podczas realizacji zamówienia. Osoby zaś oddelegowane przez DROGOP będą wyłącznie doradzać. Zdaniem odwołującego, nie było podstaw do wpisania ww. doradców do załącznika nr 8, nie było także podstaw do zachowania w załączniku nr 2 informacji o korzystaniu z zasobów innych podmiotów w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia w oparciu o art. 26 ust. 2b Pzp, skoro osobami wymaganymi postanowieniem pkt 9 ppkt 4 SIWZ odwołujący dysponuje sam.

Zdaniem odwołującego, stanowisko, że dysponowanie wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu może realizować się wyłącznie przez udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, i co do zasady jako – podwykonawcy, wprowadza ewidentną sprzeczność w wykładni prawa w zakresie możliwości korzystania z zasobów innych podmiotów. Narzucenie przez zamawiającego konkretnego stosunku prawnego (umowa podwykonawcza) stanowi niezgodne z ustawą zawężenie możliwości korzystania z zasobów innego podmiotu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów... mówi o realizacji części zamówienia, a nie o realizacji zamówienia. Na poparcie przedstawionych argumentów odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 10 stycznia 2011 r. sygn. KIO 2790/10, wyrok z dnia 18 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1661/11; KIO 1684/11, wyrok z dnia 18 sierpnia 2011 r. sygn. KIO 1666/11; KIO 1669/11, wyrok z dnia 22 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1670/11, wyrok z dnia 9 grudnia 2011 r. KIO 2531/11). Odwołujący podniósł, że w treści siwz nie zawarto informacji o obowiązkowym udziale podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w realizacji zamówienia, w szczególności jako podwykonawca. Takiej informacji nie zawiera także załącznik nr 6 do siwz, określający treść zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia zasobów.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający narzucił formę dowodu, wymagając załączenia do oferty zobowiązania innego podmiotu o określonej treści - załącznik nr 6 do siwz, co potwierdził w wezwaniu z dnia 2 kwietnia 2013 r. do uzupełnienia dokumentu, jednak ustawa dopuszcza korzystanie przez wykonawcę z różnych dowodów w celu wykazania dysponowania zasobami innego podmiotu. W ocenie odwołującego, na etapie oceny ofert zamawiający zaostrzył sposób oceny spełniania ww. warunku. Takie działanie stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Wykonawca Biuro Techniczno-Handlowe EMP TERMO E……. i M…… P……. sp. j. z siedzibą w Przeworsku zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wyjaśnił, że w pkt 9.2 siwz wymagał wykazania wykonania w ciągu pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie , co najmniej jednej roboty budowlanej, polegającej na budowie lub przebudowie lub modernizacji sieci kanalizacji o długości co najmniej 7000 m. Odwołujący w złożonej ofercie powołał się na doświadczenie innego podmiotu tj. firmy DROGOP A.M. G…….. Sp. j. w Pruszpowicach, która wyraziła zgodę na udostępnienie swojej wiedzy i doświadczenia odwołującemu, jednak ze złożonego przez odwołującego formularza ofertowego wynika, że odwołujący nie zamierza powierzyć podwykonawcy żadnej części niniejszego zamówienia i ofertę składa samodzielnie we własnym imieniu. Odwołujący załączył do oferty wykaz wykonanych robót wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie robót przez firmę DROGOP, a także zobowiązanie tej firmy „do oddania do dyspozycji (…) doświadczenia zawodowego wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ pkt 9.2 (…)" na rzecz odwołującego. Na wezwanie z dnia 2 kwietnia 2013 r. odwołujący udzielił wyjaśnień pismem z dnia 5 kwietnia 2013 r. że firma DROGOP nie będzie brała udziału w realizacji zamówienia, tylko i wyłącznie zobowiązała się do oddania niezbędnych zasobów na okres korzystania przez odwołującego przy realizacji zamówienia w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Firma DROGOP oddeleguje swoją kadrę pracowniczą w ilości 3 pracowników, którzy będą uczestniczyli w realizacji zadania. Będą oni pełnili funkcję doradczą nad realizowanymi pracami przy budowie kanalizacji sanitarnej w miejscowości Paczółtowice. Jednocześnie odwołujący załączył do ww. wyjaśnień oświadczenie firmy DROGOP, że do realizacji tego zadania oddeleguje kilku kierowników i pracowników, którzy uczestniczyli w realizacji zadania „budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Dojazdów (cz2) i Prusy (cz2)". W załączonym również na wezwanie zamawiającego - załączniku nr 2 odwołujący w pkt d wykreślił, że będzie polegać na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp. Zdaniem zamawiającego odwołujący nie wykazał w sposób należyty, że realizując zamówienie będzie dysponował wiedza i doświadczeniem podmiotu, którego oświadczenie przedłożył. W opinii zamawiającego przekazanie potencjału przez inny podmiot musi mieć charakter rzeczywisty, faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Złożenie ogólnego oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby o udostępnieniu bliżej nieokreślonych osób, o nieokreślonych kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym, które mają pełnić jedynie funkcje doradcze i nie

będą bezpośrednio uczestniczyć w wykonaniu zamówienia oraz nie będą odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi podczas realizacji zamówienia jest niewystarczające do stwierdzenia, ze odwołujący skutecznie wykazał spełnienie warunku udziału w postepowaniu – zwłaszcza w przypadku udostepnienia zasobów niematerialnych i niemogących być przedmiotem samodzielnego obrotu, a do takich należy wiedza i doświadczenie. Zamawiający wskazał, że powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia, co do zasady jako podwykonawca, choć dopuszczalne jest także oparcie współpracy na innych umownych zasadach. Zakres robót do wykonania w ramach przedmiotowego zamówienia jest specjalistyczny, więc wymagane doświadczenie wykonawcy nie może opierać się jedynie na użyczeniu wiedzy i doświadczenia w formie doradzania przez bliżej nieokreślone osoby.

W świetle brzmienia art. 26 ust. 2b Pzp dysponowanie zasobami musi zostać udowodnione przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia w sposób nie budzący wątpliwości co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenie odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udostępnienie zasobu, jak również że podmiot udzielający zasobu (na gruncie tej sprawy - wiedzy i doświadczenia)rzeczywiście go posiada w wymaganym przez zamawiającego zakresie. Przedmiotem tego udowodnieni jest uzyskanie przez wykonawcę od podmiotu trzeciego zasobu stanowiącego wiedzę i doświadczenie. W ofercie odwołującego pozostawiono te kwestię domysłom i wnioskowaniu zamawiającego, ponieważ nie wynika to wprost z treści zobowiązania. Zamawiający podkreślił, że roboty budowlane cechują się specyfiką, wygaja umiejętności, które przez doradztwo trudno przekazać o ile w ogóle będzie to możliwe z uwagi na przypisanie odpowiednich ról uczestnikom procesu budowlanego.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialno-prawną do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że wykonawca Biuro Techniczno-Handlowe EMP TERMO E…… i M….. P…… sp. j. skutecznie przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego.

W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania i uznanie złożonej przez odwołującego oferty za odrzuconą.

Zamawiający w siwz w pkt 9 (Część I IDW) opisał warunki udziału w postępowaniu konieczne do spełniania przez wykonawców ubiegających się o zamówienie, w tym warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2b Pzp, zamawiający przewidział w specyfikacji (pkt 9.6 lit h Część I IDW) możliwość powoływania się w tym zakresie przez wykonawców na potencjał podmiotów trzecich. W pkt 9.6 siwz zamawiający określił katalog niezbędnych dokumentów dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym w pkt 9.6 lit h zamawiający określił wymogi złożenia określonych dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, na którego potencjał przy spełnianiu warunków udziału w postępowaniu dany wykonawca będzie się powoływał. Zamawiający wymagał m.in. złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego z wykorzystaniem załącznika nr 6 do siwz.

Odwołujący załączył do złożonej oferty (str. 31) zobowiązanie firmy „DROGOP" A.M. G…… Sp. j., w którym firma ta zobowiązała się do oddania odwołującemu do dyspozycji zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia na czas wykonywania zamówienia. W ofercie (str. 29) odwołujący przedstawił też wykaz wykonanych robót budowlanych – zadanie zrealizowane przez firmę DROGOP oraz referencje potwierdzające należyte wykonanie tej roboty (str. 37). W pkt 11 formularza ofertowego wykonawca podał, że nie zamierza powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy. Na str. 44 oferty odwołujący złożył także wykaz osób odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi oraz pełniącej funkcję Specjalisty ds. Kosztorysowania, które stanowią zasób własny kadrowy odwołującego.

Zamawiający pismem z dnia 2 kwietnia 2013 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia zobowiązania firmy DROGOP według wzoru (załącznik nr 6 do siwz) wymaganego na podstawie postanowienia zawartego w pkt 9.6 lit.h IDW oraz – do wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, czy firma DROGOP będzie brała udział w realizacji zamówienia, w jakim zakresie i w jaki sposób odwołujący będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem tej firmy.

W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 5 kwietnia 2013 r. odwołujący przesłał wymagany załącznik nr 6, zawierający oświadczenie firmy DROGOP o zobowiązaniu się do oddania do dyspozycji odwołującego niezbędnych zasobów w zakresie potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz jednocześnie wyjaśnił, że firma DROGOP nie będzie brała bezpośredniego udziału w realizacji zamówienia, a tylko i wyłącznie zobowiązała się do oddania niezbędnych zasobów na okres korzystania przez

odwołującego przy realizacji zamówienia w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, tj. oddeleguje swoją kadrę pracowniczą w ilości 3 pracowników, którzy będą pełnili funkcję doradczą nad realizowanymi pracami przy budowie kanalizacji sanitarnej w msc. Paczółtowice. Odwołujący załączył też oświadczenie (załącznik nr 2), w którym wykreślił w poz. lit. d oświadczenie, że będzie polegać na potencjale technicznym i osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp. Dodatkowo odwołujący złożył oświadczenie firmy DROGOP z dnia 5 kwietnia 2013 r. potwierdzające, że firma ta oddeleguje do realizacji zadania kilku kierowników i pracowników, którzy uczestniczyli w realizacji zadania „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowościach Dojazdów (cz2) i Prusy (cz2)".

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że odwołujący wykazując spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu oparł się na wiedzy i doświadczeniu, która ma być udostępniona przez podmiot trzeci (firmę DROGOP) na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp, przy czym podmiot ten nie będzie podwykonawcą części, czy też całości świadczenia objętego zamówieniem.

Istota sporu w niniejszej sprawie sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy dysponowanie zasobami innego podmiotu, na którego wiedzy i doświadczeniu wykonawca będzie polegał oznacza, że podmiot ten zobowiązany jest uczestniczyć w realizacji zamówienia jako podwykonawca, czy też może udostępniać swoją wiedzę i doświadczenie w formie doradztwa oddelegowanych bliżej nieokreślonych pracowników.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b 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, że 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 zamówieniu. Przepis ten przewiduje możliwość skorzystania przez wykonawcę z zasobów należących do innego podmiotu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4, w przypadku obowiązku wykazania określonych zasobów, w związku z ich niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, które służą wykazaniu, że zamówienie uzyska wykonawca, który będzie w stanie należycie wykonać zamówienie, pomimo, iż sam nie posiada wymaganego doświadczenia.

Wskazać należy w tym miejscu na specyfikę zasobu wiedzy i doświadczenia. Pojęcie „doświadczenie" wiąże się jednoznacznie ze stroną praktyczną posiadanych umiejętności.

Wiedzę teoretyczną można przekazać w postaci szkoleń, porad, konsultacji ale „doświadczenie" jest inną kategorią pojęciową: obejmuje umiejętności praktyczne, nabywane w sposób empiryczny w zakresie danego zagadnienia. Aby tę empiryczną wiedzę uzyskać, konieczny jest osobisty udział w wykonywaniu przedsięwzięć, a zatem nie można nabyć doświadczenia w procesie konsultacji czy doradztwa.

Podkreślić należy, że odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że dane zasoby będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Należy mieć na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 55^1 i art. 55^2 k.c.). Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Jak wynika z brzmienia art. 26 ust. 2 b, przepis ten pozostawia woli i decyzji wykonawcy i podmiotu trzeciego określenie charakteru prawnego wzajemnych stosunków ich łączących. Wykonawca, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, musi jednak udowodnić zamawiającemu, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada, oraz że jego udostępnienie nastąpi w sposób realny na rzecz wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie - na czas i w celu realizacji tego zamówienia. Podkreślić należy, że w przypadku korzystania przez wykonawcę z możliwości powołania się na zasoby innego podmiotu, obowiązek wykazania przez wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu został wzmocniony, poprzez obowiązek udowodnienia (por. Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów, Aleksandra Sołtysińska, Grzegorz Wicik, kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 4/2009, str. 10-34), że wykonawca będzie dysponował w sposób realny odpowiednimi umiejętnościami, które wyrażać się muszą wykonywaniem części przedmiotu zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby, co powinno zostać w zobowiązaniu do udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot udostępniający wyrażone (patrz orzeczenie ETS z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należało stwierdzić, że przedstawione przez odwołującego dokumenty potwierdzające zobowiązanie firmy DROGOP do udostępnienia posiadanej wiedzy i doświadczenia nie potwierdzają realnego przekazania tego zasobu odwołującemu. Skoro poleganie za zasobach podmiotu trzeciego ma zostać udowodnione zamawiającemu, to żadne istotne okoliczności w tym zakresie nie mogą być pozostawione domysłom. Tymczasem, w świetle zgromadzonego

materiału dowodowego, fakt, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez firmę DROGOP odwołującemu będzie miało charakter na tyle realny, że będzie mogło być wykorzystane przez wykonawcę w sposób zapewniający prawidłową realizację zamówienia, nie został udowodniony. W ocenie Izby doświadczenia, w przeciwieństwie do teoretycznej wiedzy, nie można nabyć (oraz przekazać) w trakcie szkolenia, konsultacji lub doradztwa. Odwołujący nie udowodnił po pierwsze, czy osoby, które mają być udostępnione przez firmę DROGOP w charakterze doradców przy wykonywaniu robót budowlanych posiadają doświadczenie, a ponadto nie wykazał, w jaki sposób ewentualne doświadczenie tych osób będzie przekazane, skoro jak oświadczył odwołujący - podmiot trzeci nie będzie wykonywał jakiejkolwiek części przedmiotu zamówienia.

Treść siwz nie potwierdza, że zamawiający narzucił wykonawcom konkretny stosunek prawny tj. umowę podwykonawczą, a tym samym zawęził ustawowe prawo korzystania z zasobów innego podmiotu. W celu wykazania faktu dysponowania zasobami innych podmiotów, zarówno ustawa Pzp jak i siwz w przedmiotowym postępowaniu dopuszczają korzystanie przez wykonawcę z różnych dowodów, w tym w szczególności z pisemnego zobowiązania danego podmiotu. Z zobowiązania tego powinno jednak wynikać, że udostępnienie zasobu jest rzeczywiste i sposób korzystania z tego zasobu przez odwołującego zapewni prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Złożone jednak zamawiającemu przez odwołującego dokumenty nie wskazują, w jaki realny sposób trzy osoby z firmy DRGOP (o nieznanym wykształceniu i doświadczeniu) przekażą odwołującemu doświadczenie nabyte przez ten podmiot, nie uczestnicząc w realizacji zamówienia, ani nie ponosząc żadnej odpowiedzialności za własne doradztwo, biorąc pod uwagę, ze przedmiot zamówienia obejmuje roboty budowlane w których cały proces budowlany jest podzielony pomiędzy konkretnych specjalistów, odpowiedzialnych za dane roboty. Nie sposób więc zgodzić się z odwołującym, że zamawiający zaostrzył sposób oceny spełniania warunków na etapie oceny ofert. Zauważyć również należy, że odwołujący zgodził się z treścią kwestionowanego w odwołaniu wezwania z dnia 2 kwietnia 2013 r., nie wnosząc wobec tej czynności odwołania. W tej sytuacji zobowiązany był zastosować się w pełni do treści wezwania – gdyż na tym etapie zarzut taki należy uznać za spóźniony.

W tej sytuacji należało stwierdzić, że odwołujący nie udowodnił, iż będzie dysponował zasobem wiedzy i doświadczenia przez czas wykonywania zamówienia, a zatem zamawiający prawidłowo wykluczył wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Izba nie stwierdziła też naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, wobec uzasadnionego wykluczenia odwołującego z postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..……

……..……

……..……