Sygn. akt: KIO 2144/13

WYROK

z dnia 18 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Trojanowska**
Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 września 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm Firma Handlowa „ELA" Hurtownia Materiałów Budowlanych, Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaśle, ul. Towarowa 27 i „PROHANBUD" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Uherce Mineralne nr 301** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Stuposiany, Stuposiany 4**
przy udziale **wykonawcy Krośnieńskie Przedsiębiorstwo Budowlane w Krośnie Spółka Akcyjna z siedzibą w Krośnie, ul. Lewakowskiego 25** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania sygn. akt KIO 2144/13 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm Firma Handlowa „ELA" Hurtownia Materiałów Budowlanych, Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaśle, ul. Towarowa 27 i „PROHANBUD" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Uherce Mineralne nr 301** i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000zł. 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm Firma Handlowa „ELA" Hurtownia Materiałów Budowlanych, Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane spółka z ograniczoną**

odpowiedzialnością z siedzibą w Jaśle, ul. Towarowa 27 i „PROHANBUD" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Uherce Mineralne nr 301 tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od w**ykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm Firma Handlowa „ELA" Hurtownia Materiałów Budowlanych, Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaśle, ul. Towarowa 27 i „PROHANBUD" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Uherce Mineralne nr 301** na rzecz **Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Stuposiany, Stuposiany 4** kwotę 4 807zł. 84 gr (słownie : cztery tysiące osiemset siedem złotych osiemdziesiąt cztery grosze) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. zastępstwa prawnego i dojazdów.

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 Krośnie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2144/13

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Rozbudowa przebudowa i nadbudowa istniejącego budynku hotelu na „Centrum Promocji Leśnictwa w Mucznym” oraz budowa pawilonu wystawowego" zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Stuposiany, Stuposiany 4 ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 lipca 2013r. za numerem 283264-2013.

W dniu 2 września 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania.

W dniu 6 września 2013r. odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm Firma Handlowa „ELA” Hurtownia Materiałów Budowlanych, Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaśle, ul. Towarowa 27 i „PROHANBUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Uherce Mineralne nr 301 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictw z dnia 4 września 2013r. udzielonych za FH „ELA” przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS dla FH „Ela” i za Prohanbud przez prezesa zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS dla Prohanbud. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 5 września 2013r. drogą elektroniczną i faksową oraz listem poleconym.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu

1. naruszenie prawa materialnego, a to art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29.01.2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013r. poz. 907 – dalej ustawy) w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i uznanie, że odwołujący w wyznaczonym terminie nie dostarczył wiarygodnych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu przetargowym, które to uchybienie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

ewentualnie:

2. naruszenie prawa materialnego, a to art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy oraz pkt 6.4. SIWZ poprzez niewłaściwe ich zastosowanie i uznanie, że odwołujący winien dostarczyć oświadczenia i dokumenty wymienione w SIWZ w pkt 6.1. od „a” do „d” dla podmiotów udzielających mu referencji, pomimo iż podmioty te nie miały brać udziału w realizacji zamówienia (pkt 6.4. SIWZ), które to uchybienie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

3. nakazanie zmawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

4. obciążenie zamawiającego na rzecz odwołującego poniesionymi przez odwołującego kosztami postępowania według norm przepisanych w tym kosztami zastępstwa procesowego w taryfowej wysokości.

Ponadto o:

5. wezwanie zamawiającego do niezwłocznego złożenia kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego lub osobę upoważnioną,

6. dopuszczenie dowodu z wszystkich dokumentów wyszczególnionych w odwołaniu: pisma zamawiającego z dnia 22.08.2013 r.; pisma odwołującego wraz z dołączonymi do niego dokumentami i potwierdzeniem doręczenie zamawiającemu; informacji zamawiającego o wybranej ofercie; SIWZ; pisma odwołującego z dnia 23.08.2013 r. - na okoliczność faktów przedstawionych w poszczególnych akapitach odwołania, poprzedzających dany dowód, a w szczególności pozbawionemu podstaw prawnych wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,

7. dopuszczenie dowodu z przesłuchania stron oraz zeznań świadka Mariusz Hajnosz (ul. Towarowa 27, 38-200 Jasło) - na okoliczność faktów przedstawionych w poszczególnych akapitach odwołania, poprzedzających dany dowód, a w szczególności pozbawionemu podstaw prawnych wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że pismem z dnia 22.08.2013 r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał go do złożenia terminie do dnia 28.08.2013r. dokumentów:

a) uzupełnienia referencji Zakładu Remontowo Budowlanego Markuszki Wiesława na wykonanie budowy Hotelu Bona w Sanoku przez podanie informacji o powierzchni użytkowej budowanego obiektu,

b) dostarczenia dowodu opłacenia aneksu do polisy ubezpieczeniowej firmy Prohanbud,

c) dostarczenia oświadczenia i dokumentów wymienionych w SIWZ pkt 6.1 od „a" do „d” dla podmiotów udzielających referencji: Zakładu Remontowo Budowlanego Markuszki Wiesława oraz Alfa J. Kapecki J. Trybus sp.j.

W wykonaniu w/w wezwania odwołujący w dniu 28.08.2013 r. przedstawił dokumenty ujęte w piśmie zamawiającego z dnia 22.08.2013 r., a pomimo tego jego oferta została odrzucona z uzasadnieniem, iż w terminie wyznaczonym nie dostarczył wiarygodnych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Wskazana czynność zamawiającego świadczy, według odwołującego, o naruszeniu przez niego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy, skoro przesłanki zawarte w wymienionych przepisach

nie zostały zrealizowane. Uchybienie to miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, bowiem zgodnie z pkt 13.1. SIWZ przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty zmawiający w 100 % winien kierować się ceną, a oferta odwołującego przewidywała najniższą cenę spośród wszystkich wykonawców, w konsekwencji gdyby nie sprzeczna z prawem czynność zamawiającego, to oferta odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W zakresie zarzutu ewentualnego odwołujący podał, że zamawiający błędnie uznał, że odwołujący winien dostarczyć oświadczenia i dokumenty wymienione w SIWZ w pkt 6.1. od „a" do „d" dla podmiotów udzielających mu referencji, pomimo iż podmioty te nie miały brać udziału w realizacji zamówienia (pkt 6.4. SIWZ), które to uchybienie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W myśl art. 7 ust. 1 ustawy, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W niniejszej sprawie zamawiający naruszył cytowany przepis bowiem bezprawnie odrzucił ofertę odwołującego, uniemożliwiając mu uzyskanie zamówienia pomimo zaoferowania najniższej ceny spośród pozostałych wykonawców. Podstawą bezprawnego działania zamawiającego stanowił przepis art. 26 ust. 3 ustawy Nie budzi, zdaniem odwołującego wątpliwości, iż cytowany przepis znajduje zastosowanie jedynie w wypadku rzeczywistych braków w zakresie złożenia wymaganych oświadczeń lub dokumentów (por. odpowiednio post. SN z dnia 12.01.1998 r., I PKN 471/97, OSNP 1998/24/711). Zamawiający pismem z dnia 22.08.2013 r. wezwał odwołującego m.in. do dostarczenia oświadczenia i dokumentów wymienionych w SIWZ pkt 6.1 od „a" do „d" dla podmiotów udzielających referencji, tj. Zakładu Remontowo Budowlanego Markuszki Wiesława oraz Alfa J. Kapecki J. Trybus sp.j., pomimo iż nie było ku temu jakichkolwiek podstaw, o czym jednoznacznie świadczy treść pkt 6.4. SIWZ uzależniający obowiązek składania dokumentów opisanych w pkt 6.1 siwz uzależniał od tego czy podmioty, na których zasobach polega wykonawca będą brały udział w realizacji zamówienia. W niniejszej sprawie ani udzielający referencje Zakład Remontowo Budowlany Markuszki Wiesława, ani Alfa J. Kapecki J. Trybus sp.j. nie brały i nie miały brać udziału w realizacji zamówienia o czym odwołujący poinformował zamawiającego w piśmie z dnia 23.08.2013 r., a także co wynikało z treści samej oferty (pkt 3.10. i 5.5. SIWZ). Należy także podkreślić, że „Wykonawca, mimo że posługuje się na etapie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty innym podmiotem, nie jest zobowiązany do wykorzystywania tego potencjału na etapie realizacji umowy" (M. Stachowiak: Komentarz do art. 26 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Lex). W konsekwencji brak było podstaw do wzywania odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów zawartych w pkt 6.1. SIWZ, a dotyczących podmiotów udzielających referencji, zatem nawet ewentualne niedostosowanie się odwołującego do tego wezwania jako naruszającego art. 7 ust. 1

ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy nie mogło skutkować zastosowaniem sankcji z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy.

W dniu 6 września 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.

W dniu 9 września 2013r. swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Krośnieńskie Przedsiębiorstwo Budowlane w Krośnie Spółka Akcyjna z siedzibą w Krośnie, ul. Lewakowskiego 25. Wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego kosztami postępowania wg. norm przepisanych.

Wskazał, że ma interes w tym aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego albowiem zamawiający wybrał jego ofertę zaś odwołujący został z postępowania wykluczony. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 września 2013r. udzielonego przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 6 czerwca 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia.

Odwołujący wskazał jako podmiot z którego zasobów (tj. wiedzy , doświadczenia i potencjału technicznego) będzie korzystał firmę Zakład Remontowo - Budowlany Wiesław Markuszka. W ofercie odwołujący nie składał żadnego oświadczenia o tym, że wskazany w/w przedsiębiorca nie będzie uczestniczył w realizacji zadania objętego postępowaniem.

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, 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 (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 maja 2013 r. KIO 953/13). Odwołujący zgodnie z pkt.5.2 lit.b w związku z art.5.3 i 5.4. SIWZ zobowiązany był wykazać, że posiada wiedze i doświadczenie tj., że wykonał należycie co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni zabudowy użytkowej co najmniej 1500 m2 każda. Odwołujący przedłożył dla wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia oświadczenie Zakładu Remontowo - Budowlanego Wiesław Markuszka dotyczące budowy hotelu Bona w Sanoku o powierzchni 2500 m2.

Oświadczenie to jest nieprawdziwe albowiem Zakład Remontowo - Budowlany Wiesław Markuszka nie był ani wykonawcą ani generalnym wykonawcą budowy hotelu Bona w Sanoku. Na tą okoliczność zamawiający dysponuje umowami pomiędzy inwestorem tego hotelu a jego wykonawcą (firma Usługi Remontowo -Budowlane Dom sp. z o.o. w Sanoku),

oraz protokołami odbiorów robót budowlanych. Nigdzie tam nie jest wykazany jako generalny wykonawca czy wykonawca Zakład Remontowo - Budowlany Wiesław Markuszka. Oświadczenie z daty 23 sierpnia 2013 r. przedłożone na wezwanie zamawiającego jest zatem oczywiście nieprawdziwe.

Nieprawdziwymi informacjami są informacje, które nie są zgodne ze stanem faktycznym. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na skutek złożenia w jego toku takich właśnie informacji ma miejsce wówczas, gdy kumulatywnie spełnione są przesłanki zawarte w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, tj. wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje i informacje te mają łub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nieprawdziwe informacje tylko wtedy mogą stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdy zostały zawarte w dokumentach wymaganych przez zamawiającego i dotyczą tego wykonawcy, który je złoży (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2013 r. KIO 890/13).

Bez znaczenia jest czy nieprawdziwe oświadczenie zostało przez odwołującego złożone świadomie czy nie świadomie. Bezspornym jest ,że podmiot na którego wiedzę i doświadczenie powoływał się odwołujący, wiedzy takiej i doświadczenia nie ma. Tym samym odwołujący nie wykazał posiadania żądanej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia co jednoznacznie wyklucza go z postępowania na podstawie przepisu art.24 ust.2 pkt.3 i 4 ustawy.

Nieprawdziwy jest zarzut jakoby zamawiający w pkt.6.4 SIWZ żądał przedstawienia dokumentów potwierdzających wiedzę i doświadczenie tylko tych podmiotów na których zasobach oferent polega, które będą brały udział w realizacji zamówienia. Otóż pkt.6.4 SIWZ dotyczy tylko i wyłącznie dokumentów o których mowa w pkt.6.1. SIWZ tzn. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, odpisu z rejestru, zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego i zaświadczenia organu rentowego. Zakresem pkt.6.1. nie są objęte dokumenty potwierdzające wiedzę i doświadczenie. Natomiast zgodnie z pkt.5.6 lit.b) SIWZ, oferenci musieli wykazać iż posiadają wymagana wiedzę i doświadczenie samodzielnie albo polegając na zasobach innych podmiotów , bez jakiegokolwiek zastrzeżenia czy podmioty te będą w realizacji zadania brać udział czy nie.

Bezspornym jest według przystępującego, że odwołujący spełnienia warunku o którym mowa w pkt.5.2. SIWZ ani samodzielnie ani polegając za zasobie innego podmiotu nie wykazał.

Dodatkowo przystępujący zaznaczył iż przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia (por. min. wyroku SO w Gdańsku z 25 lipca 2011 r. XII Ga 315/2011).

Oczywistym jest, że udział podmiotu z którego zasobów oferent korzysta może przybrać każdy rodzaj współpracy (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2013 r. KIO 2823/12). Ale złożone w dniu 23 sierpnia 2013 r. przez odwołującego oświadczenie, iż podmiot na którego zasobach odwołujący się polega nie będzie brał żadnego udziału w

realizacji zadania objętego postępowaniem, jest oświadczeniem podważającym istotę przepisu art.26 ust.2b ustawy Prawo zamówień publicznych.
Możliwość polegania na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu nie sprowadza się jedynie do czynności wykazania spełnienia warunku czyli fizycznego złożenia dokumentów wraz z wnioskiem - poleganie na wiedzy i doświadczeniu ma być realne w trakcie realizacji zamówienia, udział podmiotu, który wspomaga wykonawcę swoją wiedzą i doświadczeniem ma być faktyczny. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2012 r. KIO 2678/12).
Reasumując podniósł, że odwołujący samodzielnie ani wskazany podmiot nie udowodnili posiadania żądanego przez Zamawiającego zakresu wiedzy i doświadczenia. Oświadczenie Zakładu Remontowo Budowlanego Wiesław Markuszka o generalnym wykonawstwie hotelu Bona w Sanoku jest nieprawdziwe albowiem nie był on generalnym wykonawcą tego obiektu.

W dniu 13 września 2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę w kwocie 1 173,84 złotych zgodnie z przedłożonym spisem kosztów
W ocenie zamawiającego czynność polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego została dokonana zgodnie z obowiązującym prawem. Odrzucenie oferty następuje m. in. w przypadku określonym w art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP tj. w przypadku gdy została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego. Stan faktyczny zaistniały w toku postępowania uzasadniał uznanie odwołującego za wykluczonego w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 4 PZP.
Oświadczenia i dokumenty wymagane na potwierdzenie spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu zostały szczegółowo określone w pkt 6 siwz. Jeden z zarzutów odwołania opiera się na założeniu, że skoro podmioty, które udostępniły odwołującemu swoje wiedzę i doświadczenie nie miały brać udziału w realizacji zamówienia to tym samym nie było podstaw, aby żądać od odwołującego dokumentów w postaci odpowiednich zaświadczeń Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i Urzędu Skarbowego, potwierdzających spełnianie przez te podmioty warunków określonych w SIWZ. Rozstrzygnięcie przez Krajową Izbę Odwoławczą powyższej kwestii będzie, zdaniem zamawiającego, kluczowe dla rozstrzygnięcia o żądaniach odwołania.
W ocenie zamawiającego podmioty, które udostępniły odwołującemu swoją wiedzę i doświadczenie tj. Zakład Remontowo Budowlany Wiesław Markuszka oraz Alfa J. Kapecki, J. Trybus sp. j. jednak miały brać udział w realizacji zamówienia. Powyższy wniosek można wyprowadzić chociażby z treści załączonego do oferty dokumentu, podpisanego przez pana Wiesława Markuszkę, w postaci zobowiązania oddania do dyspozycji zasobów podmiotu. Z

treści ww. dokumentu wynika, iż zobowiązuje się on w ramach prowadzonej działalności gospodarczej do udostępnienia wiedzy i doświadczenia oraz oświadcza, że będzie służył Firmie Handlowej „Ela" sp. z o.o. wsparciem merytorycznym jakie okaże się niezbędne podczas realizacji zamówienia. Treść ww. dokumentu jednoznacznie wskazuje na to, iż Zakład Remontowo Budowlany Wiesław Markuszka miał brać udział w realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał, iż zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym już m. in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 03 stycznia 2013 r. w sprawie sygn. 2823/12: udział w realizacji prac nie musi koniecznie przybrać postać podwykonawstwa, lecz każdej innej formy współpracy. Tym samym Zakład Remontowo Budowlany Wiesław Markuszka nie musiał występować przy realizacji zamówienia jako podwykonawca i świadczyć wykonawstwa robót budowlanych w oparciu o stosowaną umowę. Można w tym miejscu wskazać, iż wzięcie przez niego udziału w realizacji zamówienia mogło przybrać różnoraką postać np. świadczenie doradztwa technicznego, poradnictwa i to zarówno w miejscu wykonywania robót budowlanych jak też w miejscu siedziby podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie. Tak czy inaczej bez względu na planowaną formę współpracy z odwołującym, Wiesław Markuszka miał brać udział w realizacji zamówienia do czego zresztą sam się zobowiązał. Podobnie również podmiot Alfa J. Kapecki, J. Trybus sp. j. w treści dokumentu z datą 09.08.2013 r. zobowiązane do oddania do dyspozycji zasobów podmiotu, zobowiązał się m. in. do świadczenia wsparcia merytorycznego na rzecz odwołującego.
Zamawiający zwrócił uwagę, iż w treści odwołania pełnomocnik odwołującego wskazuje na Zakład Remontowo Budowlany Wiesław Markuszka oraz na Alfa J. Kapecki, J. Trybus sp. j. jako na podmioty udzielające referencji odwołującemu. Nie jest to do końca zgodne z rzeczywistym stanem faktycznym. Otóż referencje zostały udzielone ww. podmiotom przez zupełnie jeszcze inne podmioty w tym m. in. przez Hotel i Restauracje Czesław Joachimowski. Treść referencji potwierdza tylko to, że podmioty, które zobowiązały się udostępnić odwołującemu swoją wiedzę i doświadczenie, taką właśnie wiedzę i doświadczenie same posiadają i mogą brać udział w realizacji zamówienia w formie udostępniania wiedzy i doświadczenia oraz w formie świadczenia wsparcia merytorycznego na rzecz odwołującego. W ocenie zamawiającego wiedza i doświadczenie nie stanowią dobra materialnego ani niematerialnego, które mogą być przedmiotem samodzielnego obrotu. Wiedza i doświadczenie stanowią składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu podmiotowym" i dzielą byt prawny takiego przedsiębiorstwa. Nie jest zatem możliwe udostępnienie wiedzy i oświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym wartości te są związane. Dodatkowo zamawiający wskazał, iż w jego ocenie w świetle regulacji art. 26 ust. 2b PZP nie jest dopuszczalne powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego, jeżeli te zasoby nie będą wykorzystywane przy realizacji zamówienia.

Podsumowując powyższe rozważania zamawiający wskazał, iż skoro w Jego ocenie zarówno Zakład Remontowo Budowlany Wiesław Markuszka jak i Alfa J. Kapecki J. Trybus sp. j. miały brać udział w realizacji zamówienia to w pełni uzasadnione było żądanie od odwołującego przedłożenia dokumentów ściśle określonych w pkt 6.1 lit a-d SIWZ, potwierdzających spełnianie wymagań przez te podmioty. Nieprzedłużenie przez odwołującego w wyznaczonym terminie wymaganych dokumentów, skutkowało tym, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu wobec czego odwołujący podlegał wykluczeniu, w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4. Podstawą odrzucenia oferty był natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Zamawiający odniósł się także do twierdzenia odwołującego, że ten prawidłowo wykonał wezwanie zamawiającego do złożenia brakujących dokumentów. W tym miejscu zamawiający oświadcza, iż w dniu 22 sierpnia 2013 r. wystosował do odwołującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W odpowiedzi na to wezwanie w dniu 23.08.2013 r. pracownik odwołującego Pani inż. Janina Roś (pracownik Prohanbud sp. z o.o.) stawiła się osobiście w siedzibie zamawiającego i okazała stosowne zaświadczenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych opatrzone datą 23.08.2013 r. oraz Urzędu Skarbowego opatrzone datą 22.08.2013r. Jednakże treść zaświadczeń wykazywała, iż podmiot którego dotyczą te zaświadczenia (Zakład Remontowo Budowlany Wiesław Markuszka) nie ma zaległości podatkowych ani z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, ale na dzień wydania tychże zaświadczeń tj. odpowiednio na dzień 22 i 23 sierpnia 2013 r. Pani Janina Roś została ustnie poinformowana przez Sekretarza Nadleśnictwa Stuposiany Adama Drapałę, że dokumenty te nie odpowiadają treści ustawy, po czym stwierdziła, że zabiera je z powrotem. Ww. zaświadczenia ostatecznie nie zostały przedłożone zamawiającemu, nie znalazły się w ofercie, wobec czego uznał on że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i ofertę odrzucił. Załączone do odwołania dokumenty w postaci zaświadczeń znajdują się obecnie w wyłącznym posiadaniu odwołującego. Zamawiający dysponuje jedynie ich kserokopią dostarczoną razem z kopią odwołania.

Dowód: przesłuchanie świadka Adama Drapała doręczenie na adres Zamawiającego, 38-713 Lutowiska, Stuposiany 4

Niezależnie od faktu nieprzedłużenia żądanych zaświadczeń, zamawiający wskazał także, iż zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. Zgodnie z przywołanym przepisem odwołujący miał obowiązek wykazać, że podmiot udostępniający mu wiedzę i doświadczenie (ZRB Wiesław Markuszka oraz Alfa sp. j.) nie ma zaległości podatkowych ani

z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne, ale na dzień upływu terminu do składania ofert. Wobec tego okazane w dniu 23.08.2013 r. przez odwołującego dokumenty nie wykazały, że na dzień upływu terminu do składania ofert Wiesław Markuszka spełniał warunki określone w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy. Zamawiający podniósł, iż nie jest istotna data wystawienia dokumentu, ale to żeby z treści dokumentu wynikało, że wykonawca spełnia warunku udziału w postępowaniu na dzień upływu terminu do składania ofert. Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci:

- zobowiązania oddania do dyspozycji zasobów podmiotu przez Alfa J. Kapecki, J. Trybus sp. j.;
- zobowiązania oddania do dyspozycji zasobów podmiotu przez ZRB Wiesław Markuszka;
- referencji udzielonych dla ZRB Wiesław Markuszka przez Hotele i Restauracje Czesław Jachimowski.

a także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z przesłuchania w charakterze świadka:

- Adama Drapała, doręczenie na adres Zamawiającego, 38-713 Lutowiska, Stuposiany 4 na okoliczność prawidłowego i zgodnego z prawem odrzucenia oferty odwołującego.
- Wiesław Markuszka, 38-200 Jasło, ul. Stefana Żeromskiego 34, na okoliczność ustalenia charakteru współpracy z odwołującym przy realizacji zamówienia
- Janusz Kapecki, 38-300 Gorlice, ul. Dukielska 83 B na okoliczność ustalenia charakteru współpracy z odwołującym przy realizacji zamówienia
- Józef Trybus, 38-300 Gorlice, ul. Dukielska 83 B na okoliczność ustalenia charakteru współpracy z odwołującym przy realizacji zamówienia

Odnosząc się do wniosków dowodowych zgłoszonych przez odwołującego, zamawiający pozostawia je do uznania składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający wskazuje jedynie, iż dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy przydatna może okazać się wyłącznie część dokumentacji postępowania obejmująca w zasadzie tylko ofertę złożoną przez odwołującego i to tylko w części obejmującej dokumenty nieprzedstawione w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie. W ocenie zamawiającego nie zachodzi konieczność przedkładania dokumentów składających się na oferty wszystkich pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Dowody z dokumentów składających się na oferty pozostałych wykonawców w zasadzie nie mają znaczenia dla ustalenia tych okoliczności faktycznych, z których odwołujący wywodzi skutki prawne (art. 190 ust. 1 PZP). Konieczność sporządzenia kserokopii wszystkich ofert, z uwagi na techniczne uwarunkowania tej czynności, może spowodować zwłokę w toczącym się postępowaniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z dwiema modyfikacjami, wyjaśnień treści siwz, oferty odwołującego, wezwania zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2013r., odpowiedzi odwołującego z dnia 23 sierpnia 2013r. wraz z załącznikami

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła co następuje:

W siwz zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz dokumenty jakimi powinny być one wykazane, a także dokumenty jakie powinny być złożone w przypadku posługiwania się zasobami innych podmiotów :

5. Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków

5.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ustawy oraz w 24 ust. 1 i ust. 2 ustawy, tj. nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

5.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, w zakresie określonym przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, tj. warunki dotyczące:

b) posiadania wiedzy i doświadczenia;

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie budynku wolnostojącego użyteczności publicznej o powierzchni zabudowy użytkowej co najmniej 1500 m2 o wartości co najmniej 5 000 000,00 zł brutto każda (słownie: pięć milionów zł brutto);

Uwaga! Zamawiający nie uzna powyższego warunku za spełniony w przypadku wykazania remontu. Ocena spełniania warunku zostanie dokonana na podstawie informacji i danych zawartych w dokumentach, o których mowa w pkt 6.2. lit. b) SIWZ tj. w oparciu o wykaz robót budowlanych (wzór stanowi załącznik 6 do SIWZ). Obowiązek wskazania przez Wykonawcę w w/w wykazie dotyczy robót budowlanych, polegających na budowie i przebudowie budynków użyteczności publicznej.

Jeżeli kwoty w dokumentach określone są w walucie innej niż w złotych polskich, Zamawiający dokona ich przeliczenia na polskie złote według Tabeli kursów średnich walut obcych ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w dniu wszczęcia postępowania.

5.4. W zakresie warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 5.2. SIWZ Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu lub osobach zdolnych do wykonania zamówienia

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 do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zobowiązanie takie należy złożyć w oryginale, nie dopuszcza się możliwości złożenia tego dokumentu w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w pkt 5.2. SIWZ, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach 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 dołączenia do oferty dokumentów dotyczących w szczególności:

a) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,

b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,

c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,

d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

5.7. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie muszą wykazać, że:

a) warunki, których niespełnienie stanowi podstawę wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, określone w pkt 5.1. niniejszej SIWZ – spełnia każdy z tych Wykonawców z osobna (odrębnie), b) warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, określone w pkt 5.2. niniejszej SIWZ – spełniają łącznie (wspólnie), samodzielnie lub polegając na zasobach innych podmiotów.

6. Oświadczenia i dokumenty wymagane na potwierdzenie spełniania przez Wykonawców warunków udziału w postępowaniu

6.1. W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 24 ust. 1, Wykonawca winien złożyć następujące oświadczenia i dokumenty:

a) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania (wzór stanowi załącznik nr 5 do SIWZ),

b) 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, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,

c) aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane

prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,

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

6.2. W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, określonych w niniejszym postępowaniu, Wykonawca winien złożyć następujące oświadczenia i dokumenty:

a) oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (wzór stanowi załącznik nr 4 do SIWZ),

b) na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt 5.2.b) – „Wykaz wykonanych robót budowlanych" wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robot, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (wzór stanowi załącznik 6 do SIWZ).

6.4. 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 zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów, wymienionych w pkt 6.1.

W ofercie odwołującego złożono :

Na str. 4 zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów podmiotu z dnia 9 sierpnia 2013r. Zakład Remontowo - Budowlany Markuszka Wiesław z siedziba, w Jaśle przy ulicy Szopena 43 oświadcza na mocy art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, że oddaje firmie Handlowej „ELA" H. M. B. Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Sp. z o. o. ul. Towarowa 27 38-200 Jasio, która to jako Wykonawca ubiega się o zamówienie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie zadania pn. „Rozbudowa, przebudowa i nadbudowa istniejącego budynku hotelu na „Centrum promocji Leśnictwa w Mucznym" oraz budowa pawilonu wystawowego

- do dyspozycji zarówno na potrzeby potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i na okres wykonywania zamówienia - niezbędnych zasobów w celu korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, polegających na:

udostępnieniu wiedzy i doświadczenia wykonywanych robót, wskazanych w wykazie stanowiącym załącznik do oferty w niniejszym postępowaniu, następujących robót:
Budowa Hotelu Bona w Sanoku przy ulicy Białogórskiej 47,
Jednocześnie oświadczamy, ze będziemy służyć Firmie Handlowej „Ela" Sp. z o. o. wsparciem merytorycznym jakie okaże się niezbędne podczas realizacji zamówienia,
Na str. 5 znajdują się referencje z dnia 15 sierpnia 2010r. wystawione przez Hotel Restaurację Bona dla Zakładu Remontowo-Budowlanego Markuszka Wiesław podpisane przez Jachimowskiego.
Na str. 6 zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów podmiotu z dnia 9 sierpnia 2013r.
Firma ALFA j. Kapecki, J Trybus sp, jawna z siedzibą w Gorlicach ul. Dukielska 83B oświadcza na mocy art. 26 ust. 2ta ustawy Prawo zamówień publicznych, ze oddaje Firmie Handlowej „ELA" H. M. 8. Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Sp. z o. o. ul. Towarowa 27 38-200 Jasio, która to jako Wykonawca ubiega się o zamówienie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie zadania pn, „Rozbudowa, przebudowa i nadbudowa istniejącego budynku hotelu na „Centrum promocji Leśnictwa w Mucznym" oraz budowa pawilonu wystawowego
- do dyspozycji zarówno na potrzeby potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i na okres wykonywania zamówienia - niezbędnych zasobów w celu korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, polegających na:
udostępnieniu wiedzy i doświadczenia - wykonywanych robót, wskazanych w wykazie stanowiącym załącznik do oferty w niniejszym postępowaniu, następujących robót:
Przebudowa i rozbudowa budynku pralni na cele zespołu operacyjnego, centralnej sterylizatorni i centralnej dezynfektorni - stacji przygotowania łóżek dla Szpitala Specjalistycznego irn, Henryka Klimontowicza w Gorlicach.
Jednocześnie oświadczamy, że będziemy służyć Firmie Handlowej „Ela" Sp. i o. o. wsparciem merytorycznym jakie okaże się niezbędne podczas realizacji zamówienia.
Na str. 7 znajdują się referencje z dnia 28 kwietnia 2011r. dla alfa J. Karpecki J. Trybus sp. j. od Szpitala Specjalistycznego im. H. Klimontowicza w Gorlicach udzielone przez Dyrektora.
Na str. 11 znajduje się wykaz wykonanych robót wystawiony przez F.H. „ELA” i obejmujący dwie pozycje tj. Szpital Specjalistyczny H. Klimontowicza w Gorlicach i Hotel Bona w Sanoku.
Na str. 14 znajduje się oświadczenie o podwykonawcach, gdzie odwołujący nie wskazał żadnego podwykonawcy.
Na str. 48 znajduje się wykaz wykonanych robót z jedną pozycją budową budynku wielorodzinnego w Lesku, przy ul. Moniuszki o wartości 7 249 418zł. w okresie 2008-2009 dla Wspólnoty Mieszkaniowej Prochatka, na str. 49 znajduje się list referencyjny z dnia 29 lipca 2010r. dla firmy Prohanbud od Wspólnoty Mieszkaniowej Prochatka.

W dniu 22 sierpnia 2013r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia następujących dokumentów:

1. uzupełnienia referencji Zakładu Remontowo-Budowlanego Markuszka Wiesław z siedzibą w Jaśle na wykonanie budowy Hotelu Bona w Sanoku o podanie informacji o powierzchni użytkowej budowanego obiektu,
2. dowodu opłacenia aneksu do polisy ubezpieczeniowej firmy Prohanbud
3. oświadczeń i dokumentów wymienionych w siwz pkt 6.1 od a do d dla podmiotów udzielających referencji :

- Zakład Remontowo-Budowlany Markuszka Wiesław,
- alfa J. Kapecki J. Trybus sp. j.

Termin dostarczenia 28.08.2013r.

W dniu 23 sierpnia 2013r. F.H. ELA złożyła informację, że podmioty użyczajace referencji na przedmiotowe zadanie nie będą brały udziału w realizacji ww. zadania. Do pisma załączono referencje z dnia 15 sierpnia 2010r. o tej samej treści, co załączone do oferty z dodatkowym dopiskiem „Potwierdzam zgodność powyższych referencji" i pieczęcią i podpisem Czesława Jakimowskiego, oświadczenie o powierzchni użytkowej budowanego obiektu, że powierzchnia użytkowa Hotelu Bona wynosi 2500m^2 podpisane przez Wiesława Markuszkę z dnia 23 sierpnia 2013r. oraz przez Jakimowskiego dnia 27 sierpnia 2013r., wydruk z CEIDG dla Wiesława Markuszki z dnia 26 sierpnia 2013r., odpis z KRS dla firmy alfa J. Karpecki i J. Trybus sp. j. z dnia 16 maja 2013r., zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek dla firmy alfa J. Karpecki i J. Trybus sp. j. z dnia 5 sierpnia 2013r., zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach dla firmy alfa J. Karpecki i J. Trybus sp. j. z dnia 5 sierpnia 2013r., oświadczenie o braku podstaw wykluczenia z dnia 12 sierpnia 2013r. dla firmy alfa J. Karpecki i J. Trybus sp. j. oraz oświadczenie o braku podstaw wykluczenia z dnia 13 sierpnia 2013r. dla Wiesława Markuszki, potwierdzenie wpłaty, że na dzień 13 sierpnia 2013r. polisa OC-D005216 wraz z aneksem nr 1/2013 z dnia 12 sierpnia 2013r. były opłacone, potwierdzenie przelewu zapłaty za polisę, potwierdzenie przelewu zapłaty za aneks z datą operacji 2013-08-12.

W dniu 2 września 2013r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania

Oferta wybrana:

Krośnieńskie Przedsiębiorstwo Budowlane w Krośnie S.A.,

38-400 Krosno, ul Lewakowskiego 25

Ilość przyznanych punktów – 100, cena oferty 7 251 741,53 zł brutto

Oferta konsorcjum firm:

Firma Handlowa „ELA" H.M.B. Jasielskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane

Sp. z o.o., 38-200 Jasło, ul. Towarowa 27 i

„PROHANBUD" sp. z o.o., 38-623 Uherce Mineralne 301

została na podstawie art. 24 pkt. 4 w związku z art. 24 pkt. 2.4 odrzucona,
podstawa faktyczna – zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów. W terminie wyznaczonym Wykonawca nie dostarczył wiarygodnych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.
Do odwołania dołączono ponad dokumenty opisane wyżej :
Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek z dnia 23 sierpnia 2013r. dla Wiesława Markuszki, oraz zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach dla Wiesława Markuszki z dnia 22 sierpnia 2013r.

Izba zważyła, co następuje :
Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymagania określone w art. 185 ust. 2 ustawy.
Izba uznała, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy.
Izba oceniła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż zaoferował ofertę korzystniejszą cenowo od oferty wybranej, a kwestionując swoje wykluczenie z postępowania stwarza sobie szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jak zakładał w tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i uznanie, że odwołujący w wyznaczonym terminie nie dostarczył wiarygodnych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu przetargowym, które to uchybienie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy oraz pkt 6.4. SIWZ poprzez niewłaściwe ich zastosowanie i uznanie, że odwołujący winien dostarczyć oświadczenia i dokumenty wymienione w SIWZ w pkt 6.1. od „a” do „d” dla podmiotów udzielających mu referencji, pomimo iż podmioty te nie miały brać udziału w realizacji zamówienia (pkt 6.4. SIWZ), które to uchybienie miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Kluczowym dla rozstrzygnięcia dokumentem było oświadczenie odwołującego złożone zamawiającemu z datą 23 sierpnia 2013r., w którym odwołujący oświadczył, ze podmioty, na których zasobach polega w zakresie wiedzy i doświadczenia nie będą brały udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący to stanowisko dodatkowo na rozprawie wyjaśnił oświadczając, że nie będzie z tych podmiotów korzystał na etapie realizacji zamówienia. W ocenie Izby te okoliczności mają

znaczenie przesądzające dla rozstrzygnięcia sprawy. Art. 26 ust. 2b ustawy stanowi bowiem, że wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów, w tym także na wiedzy i doświadczeniu, o ile będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia oddanymi mu do dyspozycji na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zdanie drugie art. 26 ust. 2 b in fine ustawy ma istotne znaczenie dla analizy sytuacji faktycznej w niniejszej sprawie i jej właściwej subsumpcji. Z tego przepisu wynika bowiem, że wykonawca pozyskując cudzy zasób, ma zapewnić sobie i udowodnić ten fakt zamawiającemu możliwość korzystania z zasobu nie na etapie składania ofert, ale na etapie wykonywania zamówienia. Skoro zatem odwołujący oświadcza stanowczo i dwukrotnie – w piśmie z dnia 23 sierpnia 2013r. i na rozprawie, że nie będzie korzystał z udostępnionego zasobu wiedzy i doświadczenia na etapie wykonania zamówienia, to oznacza w ocenie Izby, że nie może korzystać z dobrodziejstwa art. 26 ust. 2b ustawy. Przepis ten bowiem tylko warunkowo pozwala na posłużenie się cudzym zasobem i warunek ten brzmi o ile będzie z niego korzystał na etapie wykonania zamówienia. Odwołujący tego warunku nie wypełnił, ani nie miał zamiaru wypełnić, co oświadczył na rozprawie, zatem należy uznać, że nie może wykazać spełnienia warunków udziału w postępowaniu za pomocą cudzych zasobów, bo to udostępnienie jest niezgodne z treścią art. 26 ust. 2 b ustawy. Wbrew stanowisku odwołującego wyrażonym na rozprawie postanowienia pkt 6.4 siwz nie są pozbawione sensu. W ocenie Izby należy rozróżnić sytuację korzystania z zasobu przy wykonywania zamówienia (art. 26 ust. 2b ustawy), od sytuacji brania udziału w realizacji części zamówienia (§ 3 ust. 4 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów (…)). W ocenie Izby nie każdy zasób wymaga wykonania przez podmiot udostępniający zasób części zamówienia – wskazać można np. udostępnienie sprzętu, czy zdolności finansowej, które nie wymagają, aby podmiot udostępniający zasób uczestniczył w realizacji części zamówienia. Ale również w tych przypadkach musi być tak, że wykonawca wykorzysta udostępniony mu sprzęt przy wykonywaniu zamówienia, czy odwoła się do zdolności finansowej innego podmiotu np. w przypadku wystąpienia szkody na budowie. Zatem zawsze udostępnienie zasobu musi wiązać się z korzystaniem z tego zasobu na etapie wykonania zamówienia, choć nie zawsze z udziałem podmiotu udostępniającego zasób w realizacji części zamówienia i w konsekwencji i możliwością żądania przez zamawiającego dokumentów dotyczących braku podstaw wykluczenia od podmiotów udostępniających zasób. W przedmiotowej sprawie, zatem dla stwierdzenia nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie miało znaczenia, czy dokumenty podmiotów udostępniających zasób zostały na wezwanie złożone czy nie, ale to że odwołujący w rzeczywistości nie miał zamiaru z udostępnionych zasób korzystać w trakcie wykonania zamówienia, choć sam nie posiadał wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia. Odwołujący podkreślił na rozprawie, że korzystał tylko z referencji innych

podmiotów i trudno jest wymagać, aby takie podmioty każdorazowo uczestniczyły w realizacji zamówienia. W ocenie Izby to przesądziło, że wykonawca nie mając własnej wiedzy i doświadczenia w wymaganym zakresie, nie będzie miał także tej wiedzy i doświadczenia od innych podmiotów na etapie realizacji zamówienia, a to stoi w sprzeczności z treścią art. 22 ust. 5 ustawy, który zakłada realność zasobów wykonawcy. W tym stanie rzeczy zamawiający prawidłowo przyjął, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 i art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.
O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit a i b i § 5 ust. 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) obciążając odwołującego kosztami uiszczonego wpisu, kosztów dojazdu pełnomocników zamawiającego oraz kosztów zastępstwa prawnego i opłaty skarbowej od pełnomocnictw. Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania wskazując, że § 5 ust. 3 pkt. 2 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) dotyczy jedynie sytuacji, gdy zamawiający uwzględnia odwołanie w całości, a przystępujący wnosi sprzeciw, co nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Przewodniczący: ……