Sygn. akt: KIO 2030/13

WYROK

z dnia 5 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę BAUHAUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni,

przy udziale Przembud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zarządowi Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni powtórzenie oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia na budowę magazynu śrutu na terenie po rozbiórce magazynu P przy ul. Indyjskiej 2 w Gdyni, w tym wezwanie Przembud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku do uzupełnienia dowodów, iż ww. wykonawca będzie dysponował osobami udostępnianymi przez podmioty trzecie, wskazanymi w pozycjach 2,3,4 i 6 „Wykazu osób" zamieszczonego na kartach 22-23 jego oferty,
2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez BAUHAUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni na rzecz BAUHAUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

.....

sygn. akt KIO 2030/13

UZASADNIENIE

Zamawiający, Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę magazynu śruty na terenie po rozbiórce magazynu P przy ul. Indyjskiej 2 w Gdyni.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 25.05.2013 r. w Dz. Urz. UE pod nr 2013/S 100-171006.

W dniu 12.08.2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przembud Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku.

W dniu 22.08.2013 r. BAUHAUS Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem ww. czynności, zarzucając zamawiającemu:

1. art. 24 ust. 2 pkt. 4) w związku z art. 26 ust. 2b ustawy w związku z § 1 ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. Nr 0, poz. 231), poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy Przembud Gdańsk S. A., ul. Litewska 15, 80-719 Gdańsk, pomimo tego, iż Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia

   alternatywnie

   art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy (pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji zasobów), pomimo tego, iż zostały one złożone w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę Przembud Gdańsk S. A., oraz nie wykazują one, iż Wykonawca ten będzie fatycznie dysponował tymi zasobami;

2. art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy Przembud Gdańsk S. A., ul. Litewska 15, 80-719 Gdańsk, pomimo tego, iż Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej polegającej na posiadaniu wskaźnika bieżącej płynności finansowej większego bądź równego 1,2 w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych;
3. art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy Przembud Gdańsk S. A., ul. Litewska 15, 80-719 Gdańsk, pomimo tego, iż Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia;
4. art. 24 ust. 2 pkt. 2) ustawy, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy Przembud Gdańsk S. A., ul. Litewska 15, 80-719 Gdańsk, pomimo tego, iż Wykonawca ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert;
5. art. 89 ust. 1 pkt. 5) ustawy, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Przembud Gdańsk S. A., ul. Litewska 15, 80-719 Gdańsk, pomimo tego, iż oferta ta podlegała odrzuceniu na skutek wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
6. art. 92 ust. 1 ustawy, poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Przembud Gdańsk S. A., ul. Litewska 15, 80-719 Gdańsk, pomimo tego, iż oferta ta winna zostać odrzucona, a Wykonawca wykluczony;
7. art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2) powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i w jej trakcie nakazanie Zamawiającemu szczegółowej analizy przedłożonych przez Wykonawcę Przembud Gdańsk S. A., ul. Litewska 15, 80-719 Gdańsk, oświadczeń i dokumentów złożonych w celu wykazania spełnia warunków udziału w postępowaniu;

3) dokonania czynności polegającej na wykluczeniu z postępowania Wykonawcy Przembud Gdańsk S. A., ul. Litewska 15,80-719 Gdańsk;
4) dokonania czynności polegającej na odrzuceniu oferty Wykonawcy Przembud Gdańsk S. A., ul. Litewska 15,80-719 Gdańsk;
5) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, m.in.:

„[…]

I. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4) w związku z art. 26 ust. 2b ustawy w związku z § 1 ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. Nr 0, poz. 231), poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy Przembud Gdańsk S. A., ul. Litewska 15, 80-719 Gdańsk, pomimo tego, iż Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia alternatywnie

zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy (pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji zasobów), pomimo tego, iż zostały one złożone w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę Przembud Gdańsk S. A., oraz nie wykazują one, iż Wykonawca ten będzie fatycznie dysponował tymi zasobami.

[…]

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w Rozdziale VII ust. 4 pkt. 2) SIWZ określił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeśli Wykonawca udowodni, że dysponuje osobami spełniającymi niżej wymienione wymogi, tj:

a) osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy powinna posiadać uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie bez ograniczeń w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej,

b) osoby wskazane na stanowiska kierowników robót powinny posiadać uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie bez ograniczeń w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności odpowiednio:

-konstrukcyjno - budowlanej,

-instalacji i sieci sanitarnych (wod-kan., c.o., wentylacji mechanicznej),

-instalacji i sieci elektrycznych,

-instalacji i sieci telekomunikacyjnych,

-kolejowej,

-drogowej,

c) zrzeszonymi we właściwych izbach samorządu zawodowego (Okręgowych Izbach Inżynierów Budownictwa),

d) posiadającymi doświadczenie: minimum 10-letni okres pracy na stanowisku kierownika budowy dla osoby wskazanej na kierownika budowy oraz minimum 3-letni okres pracy na stanowisku kierownika robót lub kierownika budowy dla osób wskazanych na stanowiska kierowników robót.

W celu potwierdzenia spełnienia wyżej wymienionych warunków, wykonawcy mieli załączyć do oferty wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ.

Dodatkowo Zamawiający w ust. 6 i 7 Rozdziału VII SIWZ wskazał, iż 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 do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Ustawy, a opisanych w ust. 4 Rozdziału VII SIWZ (dysponowania odpowiednim potencjałem i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia), polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w ust. 6 w/w rozdziału (zgodnie z art. 26 ust. 2b Ustawy), a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wymagane jest przedłożenie w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów dotyczących w szczególności:

1) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,

2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcą, przy wykonaniu Zamówienia,

3) charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,

4) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonaniu Zamówienia.

W złożonej ofercie Wykonawca przedstawił wykaz osób, w którym przedstawił osoby spełniające wymagania określone przez Zamawiającego. Wykonawca w wykazie tym, oświadczył, iż podstawą do dysponowania osobami w zakresie Kierownika robót instalacji i sieci sanitarnych, Kierownika robót instalacji i sieci elektrycznych, Kierownika robót instalacji i sieci telekomunikacyjnych, Kierownika robót kolejowych (odpowiednio pozycja 2, 3, 4 i 6 wykazu osób) jest udostępnienie. Do oferty dołączył na kartach 24 - 27 zobowiązania podmiotów oddających do dyspozycji osoby na pełnienie wskazanych wyżej funkcji. Nie mniej zobowiązania te zostały złożone w kopi poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę. Dodatkowo z treści tych zobowiązań nie wynika, iż Wykonawca faktycznie będzie dysponował tymi osobami.

W związku z powyższym Odwołujący zważył co następuje.

1. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy, który został wprost przetransponowany przez Zamawiającego do ust. 6 Rozdziału VII SIWZ, 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 do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Ustawa nie definiuje pojęcia pisemności. W związku z tym należy posłużyć się Kodeksem cywilnym (art. 14 ustawy). Zgodnie z art. 78 § 1 KC do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Zgodnie z § 7 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. Nr 0, poz. 231) - dalej Rozporządzenie w sprawie dokumentów, dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Jednakże rozporządzenie w sprawie dokumentów odnosi się do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, wśród których nie występuje pisemne zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy. Tym samy zapis § 7 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów nie ma zastosowania w przypadku zobowiązania o udostępnieniu i tym samym winno być złożone w formie oryginału. Potwierdza to ugruntowane już orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Na przykład w Wyroku z dnia 1 czerwca 2010 roku, sygn. KIO/UZP 922/10, Izba stanęła na stanowisku, że zastrzeżenie składania dokumentów w formie kopii

poświadczonej za zgodność z oryginałem odnosi się do dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i tylko w tym rozporządzeniu wskazanych. Nie odnosi się tym samym do zastrzeżenia formy pisemnej dla zobowiązania podmiotu trzeciego. W wyroku z dnia 9 października 2012 roku w sprawie sygn. akt KIO 2018/12, skład orzekający Izby wskazał, iż skoro ustawodawca, dla formy zobowiązania podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b p.z.p., zastrzegł formę pisemną, to tym samym stanowisko zakładające możliwość posłużenia się takim zobowiązaniem składanym w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem należy uznać za pozostające w wyraźnej sprzeczności z treścią tego przepisu. Podobnie Wyroki: KIO 2143/11 z dnia 18 października 2011 roku; KIO 636/11 z dnia 6 kwietnia 2011 roku. Potwierdza to również opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w której Prezes stwierdza: „Z treści przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp i KC jednoznacznie wynika, że ustawodawca zastrzegł dla zobowiązania składanego przez podmiot trzeci w wykonaniu dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, formę pisemną. W związku z powyższym, gdy dowodem dysponowania zasobami podmiotów trzecich wybranym przez wykonawcę, jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, musi ono przybrać formę pisemną i nie jest dopuszczalna inna forma, w tym kopia dokumentu potwierdzona za zgodność z oryginałem".

2. Zgodnie z treścią ust. 7 Rozdziału VII SIWZ, która jest odzwierciedleniem treści § 1 ust. 6 Rozporządzenia w sprawie dokumentów Zamawiający żądał, aby w przypadku gdy Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, a opisanych w ust. 4 Rozdziału VII SIWZ (dysponowania odpowiednim potencjałem i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia), polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w ust. 6 Rozdziału VII (zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy), a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wymagane jest przedłożenie w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów dotyczących w szczególności:

1) zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,

2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcą, przy wykonaniu Zamówienia,

3) charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,

4) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonaniu Zamówienia.

W treści złożonych na kartach 24-27 oferty, zobowiązaniach innych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, trudno doszukać się informacji wskazanych powyżej.

Tym samym z tych zobowiązań nie wynika, iż Wykonawca faktycznie będzie dysponował wskazanymi w nich zasobami. W Wyroku Krajowej Izby odwoławczej z dnia 1 lipca 2013 roku sygn. KIO 1439/13 skład orzekający stwierdził: „Wszystkie te elementy, jakie ustawodawca przewidział w przepisie § 1 ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w

sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane a Zamawiający w pkt 7.2 SIWZ, mają służyć przekonaniu Zamawiającego, że na etapie składania oferty wykonawca znajduje się w takiej / sytuacji, że łączący go z innym podmiotem stosunek prawny (względnie, przyjmująca określone ramy prawne zapowiedź tego stosunku, co mieści się w pojęciu „charakteru tosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem"), pozwala na stanowczą i jednoznaczną ocenę, że wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz że stosunek, który łączy wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Te okoliczności winien wykazać wykonawca, za pomocą zobowiązania podmiotu trzeciego, lub innego dokumentu, obrazującego wzajemną relację między tymi podmiotami (przypomnienia wymaga, że zobowiązanie, o którym traktuje art. 26 ust. 2 b ustawy jest jedynie przykładowym środkiem dla wykazania posiadania odpowiednich zasobów podmiotu trzeciego). W świetle wskazanych przepisów a także wymagań postawionych w analizowanym postępowaniu, szczegółowość i zakres informacyjny składanego przez wykonawcę dokumentu musi pozwalać na stwierdzenie, jaki jest zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, jaki będzie sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, który będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, wreszcie, jaki jest zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia".

W świetle powyższych okoliczności należy bezsprzecznie stwierdzić, iż Wykonawca nie wykazał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i nie spełniając w ten sposób warunków udziału w postępowaniu podlega on wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu.

Alternatywnie Zamawiający winien wezwać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających faktyczne dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz do złożenia ich w formie pisemnej.

II. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy, pomimo tego, iż Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej polegającej na posiadaniu wskaźnika bieżącej płynności finansowej większego bądź równego 1,2 w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w Rozdziale VII ust. 4 pkt. 3) SIWZ określił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej: Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeśli Wykonawca udowodni, że:

a) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową wyrażającą się w kwocie minimum: 2.000.000,00 zł (słownie: dwa miliony złotych 00/100);

b) posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia;

c) osiągnął wskaźnik bieżącej płynności finansowej większy bądź równy 1,2 w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres. Wskaźnik bieżącej płynności finansowej liczony jest jako iloraz: aktywa obrotowe / zobowiązania krótkoterminowe.

Na potwierdzenie powyższego wykonawcy winni załączyć:

a) informacje z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których Wykonawca posiada rachunek, potwierdzająca wysokość posiadanych środków

finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,

b) opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia,

c) sprawozdanie finansowe łącznie z opinią biegłego rewidenta o ile podlega ono badaniu zgodnie z przepisami o rachunkowości. W przypadku Wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego - inne dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres.

W złożonej ofercie Wykonawca przedstawił swoje sprawozdania finansowe za lata 2010, 2011 i 2012. Dołączył również wyliczony przez siebie wskaźnik bieżącej płynności (k. 45 oferty), z którego wynika, iż w latach 2010, 2011 i 2012 wynosił on odpowiednio 2,58, 1,63 i 1,22. Odwołujący poddaje jednak wątpliwości sposób dokonania wyliczenia tych wskaźników. Otóż Wykonawca wyliczył go na podstawie wyliczenia średniej wartości aktywów obrotowych podzielonej przez średnią wartość zobowiązań krótkoterminowych. Taki sposób liczenia w jest niedopuszczalny i pozbawiony uzasadnienia.

W literaturze fachowej na temat analizy wskaźnikowej metodologia liczenia wskaźników obejmuje dwa nurty: stan finansowy, ustalany na określony moment - dzień (statyczne ujęcie) oraz wyniki finansowe ustalane narastająco za pewien okres - miesiąc, kwartał, rok (dynamiczne ujęcie). Parametry użyte do wyliczenia wskaźnika bieżącej płynności pochodzą

z bilansu i są parametrami statycznymi, bilans sporządza się na określony dzień - dzień bilansowy i na ten dzień winny być przeliczane wskaźniki oparte na danych bilansowych. Taki pogląd jest reprezentowany przez większość autorów podręczników na temat analizy finansowej m.in. w pracy zbiorowej pod redakcją prof. Lecha Bednarskiego „Analiza Finansowa w zarządzaniu przedsiębiorstwem,, t.1 wyd. FRR. Ten pogląd podzielił też Zamawiający oczekując złożenia Bilansu oraz Rachunku Zysków i Strat oraz Opinii Biegłego Rewidenta, które są sporządzane na dzień, a nie zażądał średnich sprawozdań finansowych liczonych przez oferentów w sposób dowolny. Ten pogląd podzielili też pozostali wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, określając przedstawiane przez siebie wskaźniki na podstawie danych z dnia bilansowego.

W ocenie Odwołującego wskaźnik bieżącej płynności Wykonawcy Przembud Gdańsk S.A. za rok 2012 liczony na podstawie sprawozdania finansowego za rok 2012 wynosi 1,17 - w zaokrągleniu do 0,01 - konsekwencją czego, Wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy, gdyż nie spełnia on warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt. 4) ustawy, tj. jego sytuacja ekonomiczna i finansowa nie spełnia wymagań nałożonych przez Zamawiającego.

W ofercie Wykonawcy (karta 45) znajduje się jego oświadczenie, iż wskaźniki bieżącej płynności j kształtowały się za poszczególne lata w następujący sposób :

- 2010 : WBPł = 2,58
- 2011: WBPł = 1,63
- 2012 : WBPł = 1,22

Powyższe wskaźniki zostały wyliczone w oparciu o średnie arytmetyczne zbudowane w taki sposób, że wskaźnik dotyczący danego roku obrotowego obliczony jest jako iloraz średniej arytmetycznej aktywów obrotowych danego roku obrotowego i roku go poprzedzającego oraz zobowiązań krótkoterminowych danego roku obrotowego i roku go poprzedzającego:

[…]

Taki sposób wyliczenia ww. wskaźnika jest sprzeczny z zasadami dokonywania analizy wskaźnikowej, Wykonawca posiadając wiedze iż wskaźnik bieżącej płynności wyliczony na podstawie danych zawartych w sprawozdaniu finansowym sporządzonym zgodnie z art. 45 ust 1 ustawy o rachunkowości na dzień bilansowy 31 grudnia 2012 r. dokonał uśrednienia swoich danych za rok 2012 z danymi roku 2011 przez co uzyskał większa wartość obliczanego wskaźnika.

Taki sposób obliczenia powyższej wartości nie pozwala na stwierdzenie, iż wskaźnik ten dotyczy roku 2012 gdyż przy jego powstaniu użyto odpowiednich wielkości aktywów i pasywów roku 2011, a więc uwzględniając fakt, iż wskaźnik ten liczony wg danych

bilansowych na dzień 31 grudnia 2012 wynosi 1,17 za uzasadnione należy uznać twierdzenie, iż Wykonawca nie spełnił warunku określonego w rozdziale VII ust 4 pkt 3 lit c SIWZ tj. omawiany wskaźnik nie został osiągnięty w każdym z trzech lat obrotowych.

Nawet pobieżna analiza bilansu za lata 2011 i 2012 pokazuje nam, iż Wykonawca osiągnął wyższą wartość aktywów obrotowych za rok 2012 niż za rok 2011, z kolei wartość zobowiązań krótkoterminowych za rok 2011 była niższa niż za rok 2012 oraz ponieważ różnica miedzy wartościami aktywów obrotowych za ww. lata jest mniejsza niż różnica między wartościami zobowiązań krótkoterminowych, wykonawcy „opłacało" się dokonać uśrednienia tych wielkości, gdyż skutkiem tego zabiegu wartość miary średniej była wyższa niż dokonanie pomiaru na podstawie danych bilansowych na dzień bilansowy 31 grudnia 2012 roku.

Tak przyjęty przez wykonawcę sposób postępowania jest uchybieniem zasadzie rzetelnej prezentacji informacji zawartej w art. 4 ust 2 ustawy o rachunkowości, która mówi, iż zdarzenia ujmuje się w księgach rachunkowych i wykazuje w sprawozdaniu finansowym zgodnie z ich treścią ekonomiczną.

Skoro więc wykazane z bilansie sporządzonym na dzień bilansowy (art. 3 ust 1 pkt 10 ustawy o rachunkowości) 31 grudnia 2012 r. wykazano aktywa obrotowe w wysokości: 17.594.872,55 zł i zobowiązania krótkoterminowe w wysokości: 15.056.738,26 zł to dla oceny wskaźnika bieżącej płynności podmiotu gospodarczego za rok 2012 właśnie te wielkości muszą być użyte i są używane powszechnie przez podmioty gospodarcze, także uczestniczące w tym postępowaniu.

Zarówno w literaturze przedmiotu jak i ustawie o rachunkowości brak jest podstaw do stwierdzenia, iż miarą oceny sytuacji ekonomicznej i finansowej podmiotu gospodarczego są miary średnie, zwłaszcza takie, które zbudowane są z użyciem wielkości wynikających ze sprawozdań finansowych innych niż sprawozdanie finansowe za rok będący przedmiotem oceny.

Należy również wskazać, iż ten niedopuszczalny sposób wyliczenia przez Wykonawcę bieżącej płynności finansowej jest odmienny od sposobu wyliczenia przyjętego przez pozostałych wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia w tym Odwołującego. Takie zachowanie prowadzi niewątpliwie wprost do naruszenia podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, jaka jest zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a która wynika z art. 7 ust. 1 ustawy.

W świetle powyższych okoliczności Wykonawca nie wykazał, iż posiada wskaźnik bieżącej płynności finansowej większy bądź równy 1,2 w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych i

tym samym nie spełniając w ten sposób warunków udziału w postępowaniu podlega on wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu.

III. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy, pomimo tego, iż Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w Rozdziale VII ust. 4 pkt. 2) SIWZ określił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeśli Wykonawca udowodni, że dysponuje osobami spełniającymi niżej wymienione wymogi, tj:

a) osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy powinna posiadać uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie bez ograniczeń w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej,

b) osoby wskazane na stanowiska kierowników robót powinny posiadać uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie bez ograniczeń w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności odpowiednio:

-konstrukcyjno - budowlanej,

-instalacji i sieci sanitarnych (wod-kan., c.o., wentylacji mechanicznej),

-instalacji i sieci elektrycznych,

-instalacji i sieci telekomunikacyjnych,

-kolejowej,

-drogowej,

c) zrzeszonymi we właściwych izbach samorządu zawodowego (Okręgowych Izbach Inżynierów Budownictwa),

d) posiadającymi doświadczenie: minimum 10-letni okres pracy na stanowisku kierownika budowy dla osoby wskazanej na kierownika budowy oraz minimum 3-letni okres pracy na stanowisku kierownika robót lub kierownika budowy dla osób wskazanych na stanowiska kierowników robót.

W celu potwierdzenia spełnienia wyżej wymienionych warunków, wykonawcy mieli załączyć do oferty wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie

czynności, informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ.

W złożonej ofercie Wykonawca wskazał w wykazie osób następujące osoby: Tadeusza Hope - jako Kierownika budowy, Piotra Musza - jako Kierownika robót instalacji i sieci sanitarnych.

Z uzyskanych przez Odwołującego informacji, wynika, iż Wykonawca wykazał się wskazanymi powyżej osobami w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w wyniku którego udzielono mu zamówienia, tzn. w postępowaniu na Budowę magazynu wysokiego składowania przy ulicy Wiśniewskiego 37 w Gdyni.

Takie działanie w ocenie Odwołującego jest niedopuszczalne i jednocześnie wskazujące, iż Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie udowodnił realnego dysponowania zasobami tych osób. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, iż wyżej wymienione osoby w obu postępowaniach wskazane zostały na kluczowe funkcje przy realizacji zamówienia. Pozwala to uznać, iż wobec zakresu czynności wykonywanych przez w/w osoby w obu postępowaniach nie daje możliwości realizacji przez nie obowiązków w sposób prawidłowy i zabezpieczający interes Zamawiającego, do czego służy stawianie warunków udziału w postępowaniu. Jak słusznie zwróciła uwagę w analogicznym stanie faktycznym, Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z dnia 26 lutego 2013 roku sygn. KIO 297/13, KIO 300/13, że „Konieczność realnego dysponowania w danym postępowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, wyrażonymi w treści warunków udziału opracowanych na użytek konkretnego postępowania dotyczy nie tylko tych zasobów, które udostępnione zostały przez podmioty trzecie, ale także tych, które są w dyspozycji wykonawcy. Warunki udziału w postępowaniu są stawiane przez zamawiającego i wykazywane przez wykonawcę nie w celu dopełnienia sfery formalnej, bez związku z danym postępowaniem, ale w celu zapewnienia, że wykonawca posiada pewne niezbędne, reprezentatywne dla wykonania zamówienia walory, które uprawdopodabniają poprawną i niezakłóconą realizację zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu, w świetle brzmienia przywołanych przepisów nie stanowią jedynie ogólnej, niezwiązanej z danym zamówieniem charakterystyki wykonawcy, jego opisu, ale mają służyć do wykonania zamówienia, są wiązane ze sferą jego realizacji.” W powyższych okolicznościach trudno mówić o możliwości niezakłóconej i poprawnej realizacji zamówienia, gdyż wskazane powyżej osoby, są już zaangażowane przy wykonywaniu innego zamówienia.

W świetle powyższych okoliczności Wykonawca nie wykazał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i nie spełniając w ten sposób warunków udziału w postępowaniu podlega on wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu.

[…]”

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W treści odwołania zgodnie z rzeczywistością zreferowano stan faktyczny sprawy, w tym przytoczono obowiązujące warunki udziału w postępowaniu oraz sposób ich wykazywania przez wybranego wykonawcę – co zostało zreferowane powyżej.

Przy ocenie powyższego Izba uwzględniła i oceniła w charakterze dowodów załączniki do oferty Przembud Gdańsk S.A. składające się na dokumentację postępowania przetargowego, wskazane w treści odwołania.

W uzupełnieniu do powyższego Izba wskazuje, iż w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia" (karta 22-23 oferty Przembud Gdańsk S.A.) poszczególne pozycje dotyczyły:

- Pozycje 2 – Kierownik robót i instalacji sanitarnych,
- Pozycja 3 – Kierownik robót instalacji i sieci elektrycznych,
- Pozycja 4 – Kierownik robót instalacji i sieci telekomunikacyjnych,
- Pozycja 6 – Kierownik robót kolejowych.

Następnie, na kolejnych kartach oferty, odpowiednio, oddzielnie w odniesieniu do każdej z ww. osób, dołączono poświadczone za zgodność z oryginałem kopie oświadczeń następujących podmiotów:

- SCROL B. Wysocki, A. Jędrzejewski Sp. j. w Gdyni – str. 24 oferty,
- Kazimierz Styp-Rekowski – Przedsiębiorstwo Energetyczno-Budowlano-Handlowe – str. 25 i 26 oferty,
- INŻTOR Adam Pokorski, Janusz Pokorski Sp. j. w Gdyni – str. 27 oferty.

Powyższe oświadczenia zostały sporządzone według tożsamego schematu (szablonu) i zawierały:

- tytuł: „*Zobowiązanie innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów w postępowaniu* …(tu nazwa przedmiotowego postępowania)";
- nazwa i adres „*podmiotu oddającego do dyspozycji niezbędne zasoby*";

- oraz następującą treść: „*Zobowiązujemy się do oddania na rzecz Przembud Gdańsk S.A. do dyspozycji następujących niezbędnych zasobów (ludzi/doświadczenia) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia określonego niniejszą siwz: .....* (tu następowało podanie nazwiska udostępnianej osoby i wskazanie jej funkcji wymaganej w SIWZ)”
- podpis udostępniającego.

Izba nie uwzględniła w trakcie wyrokowania dowodów załączonych do pisma procesowego przystępującego z dnia 4 września 2013 r. uznając je za bezprzedmiotowe i zbędne dla rozstrzygnięcia sprawy.

W trakcie rozprawy odwołujący wycofał zarzut odwołania dotyczący wadium wniesionego przez Przembud Gdańsk S.A..

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż przesłanki wykluczenia wykonawcy zostały enumeratywnie wyliczone w art. 24 ustawy, w tym w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 4, zgodnie z którym, zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Tym samym w świetle art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionych w dokumentach przetargowych – np. wykazywane przez nich doświadczenie, wiedza czy potencjał kadrowy i ekonomiczny … *etc.*, materialnie nie odpowiadają wymaganiom zamawiającego w tym zakresie lub formalnie nie wykazali spełniania powyższego w sposób przewidziany przepisami prawa i postanowieniami dokumentu przetargowego ustanowionymi przez zamawiającego.

Przy czym zastrzec należy, iż według normy art. 26 ust. 2b ustawy, 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 do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Izba wskazuje również na formalne podstawy wyrokowania w danej sprawie – zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Powyższe jest skorelowane z ekonomiką postępowania odwoławczego z założenia realizującego postulat szybkości procesowej (art. 189 ust. 1 Pzp).

Odnosząc powyższe do poszczególnych zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, co następuje.

Ad I (zarzut opisany w pkt I uzasadnienia odwołania)

Zarzut uznano za zasadny w związku z przeprowadzoną przez Izbę oceną treści i znaczenia dowodów (oświadczeń podmiotów trzecich – objętych zarzutami odwołania i opisanych w części uzasadnienia dotyczącego ustaleń Izby) przedłożonych przez wybranego wykonawcę zamawiającemu, za pomocą których wykonawca usiłował wykazać, iż będzie dysponował potencjałem niezbędnym do wykonania zamówienia. Natomiast w przedmiocie kwestionowania formy przedkładanych dokumentów – ze względu na otwarty, w świetle art.

26 ust. 2b ustawy, katalog środków dowodowych (pisemne zobowiązanie wskazano tam jedynie przykładowo), przy pomocy których, potwierdzić można oraz uznać za potwierdzone, okoliczności wskazane w ww. przepisie – Izba wskazuje, że jakiekolwiek próby budowania legalnej teorii dowodowej w tym zakresie, np. przez generalne dekretowane wyłącznej formy dowodów, uznaje za bezpodstawne. Każdy dokument, a nawet każda okoliczność, wskazane przez wykonawcę w tym zakresie, może zostać swobodnie oceniona przez zamawiającego, a następnie przez Izbę lub sądy okręgowe orzekające w zakresie zarzutów z tym związanych, jako wystarczające lub niewystarczające potwierdzenie możliwości dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia uzyskiwanymi od podmiotów trzecich.

Powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w świetle przepisów wspólnotowych należy traktować jako wyjątek od reguły osobistego spełniania warunków udziału w postępowaniu, a jego dopuszczalność zależy od spełnienia wymagań zapisanych w ustawie.

I tak powoływana norma art. 26 ust. 2b ustawy wskazuje na konieczność udowodnienia zamawiającemu przez wykonawcę, który powołuje się na cudzy potencjał, 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 zamówienia.

Nie budzi wątpliwości Izby i poza dyskusją pozostaje, słuszność podnoszonego w doktrynie i orzecznictwie (w tym w orzecznictwie TS UE) postulatu realność udostępnienia i dysponowania określonymi zasobami podmiotów trzecich na czas realizacji zamówienia (przeciwstawioną i zapobiegającą patologicznym zjawiskom występującym na rynku zamówień publicznych określanym zbiorczo jako tzw. „handel referencjami"). Przy czym tego typu realność – w ślad z ustawodawstwem unijnym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji i konkretnego zamówienia – należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia.

W ślad za powyższym należy przyjąć, iż wymagane w art. 26 ust. 2b ustawy udowodnienie udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci winno służyć wykazaniu realności takiego udostępnienia, tj. udowodnieniu faktu, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie udostępnionym potencjałem i zasobami rzeczywiście dysponował i mógł je wykorzystać (fakt, czy wykonawca zobowiązany będzie owe zasoby koniecznie w trakcie realizacji zamówienia wykorzystywać, pozostaje odrębnym zagadnieniem wykraczającym poza ramy rozpatrywanej tu kwestii i zależy głównie od rodzaju i specyfiki udostępnianych zasobów).

Powyższe wykonawca może wykazać zamawiającemu przy użyciu dowolnych środków dowodowych, w tym przy pomocy wskazanego przykładowo w treści ww. przepisu („w szczególności") pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. Wykonawca winien więc dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, a także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Powyższe można sprowadzić do wykazania w jakim zakresie, w jaki sposób i na jakich zasadach wykonawca potencjałem podmiotu trzeciego będzie mógł dysponować. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy co prawda stanowi, iż wykonawca może polegać na potencjale podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru prawnego łączących ich stosunków, co jednak nie oznacza, iż ocena charakteru i wagi tych stosunków, nie może być jednym z elementów składających się na ocenę udowodnienia okoliczności, o których mowa w tym przepisie. Dla przykładu: innego rodzajów dowodów i zakresu staranności w dowodzeniu możliwości dysponowania potencjałem należało będzie oczekiwać od podmiotów ze sobą niepowiązanych, a na innym poprzestać w przypadku podmiotów pozostających ze sobą w ścisłych związkach kapitałowych, rodzinnych, …*etc*. Przyjąć można, iż w niektórych przypadkach samo wykazanie tego typu powiązań pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym swoje zasoby, stanowiło będzie wystarczający dowód możliwości dysponowania potencjałem podmiotu udostępniającego.

Wskazówek w jakim kierunku zmierzać winno dowodzenie okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy i pod jakim kątem powinno być oceniane, może dostarczać powoływany w treści odwołania przepis § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Jakkolwiek przedmiotem regulacji ww. przepisu jest tylko treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to jednak w jego brzmieniu znalazły odzwierciedlenie cele ustawodawcy, zmierzające do umocnienia realności instytucji udostępniania potencjału i umożliwienia weryfikacji powyższego przez zamawiających.

Tym samym, w przypadku powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, wykonawca może i powinien wykazywać na przykład: zakres udostępnianych zasobów, możliwy sposób ich wykorzystania przy realizacji zamówienia, warunki/charakter czy inne możliwości i podstawy takiego udostępnienia, a zwłaszcza ewentualny, planowany udział podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia. Unikając jakichkolwiek generalizacji w odniesieniu do oceny dowodów dotyczących danego udostępnienia, które winno odbywać się indywidualnie, odrębnie dla każdego przypadku, przyjąć można, iż uzyskiwanie przez zamawiającego większej ilości ww. informacji na temat danego udostępnienia, umożliwia lepszą i pełniejszą ocenę okoliczności, które w świetle przepisu art. 26 ust. 2b powinny być wykazywane, czyli

realności dysponowania danymi zasobami i możliwość ich wykorzystania w trakcie realizacji zamówienia.

W świetle powyższego należało ocenić „zobowiązania" podmiotów trzecich załączone do oferty Przembud Gdańsk S.A., stanowiące jedyne dowody, przy pomocy których wykonawca usiłował wykazać możliwość posługiwania się zasobami tych podmiotów dla wykazania spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz należało stwierdzić, iż są to dowody niewystarczające.

Po pierwsze należy zaznaczyć, iż oświadczenia opisane w ustaleniach Izby, nie są zobowiązaniami w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego i nie nadają się do egzekwowania. Po drugie, trudno wskazane dokumenty uznać za inne dowody, wystarczająco potwierdzające, iż fakt rzeczywistego udostępnienia będzie miał miejsce. W świetle rozważań poczynionych powyżej, dowody tego typu winny dostarczać szerszego zakresu informacji niż tylko zadeklarowanie, iż daną osobę się udostępnia. Powyższe dotyczy zwłaszcza oświadczeń i deklaracji udostępniających, w praktyce zamówień często określanych jako „zobowiązanie w rozumieniu art. 26 ust. 2b". Oceniane „zobowiązania" podmiotów trzecich, nie zawierają informacji, które wskazywano przykładowo powyżej. Stanowią jedynie lakoniczne oświadczenia, stanowiące co najwyżej dowód ich złożenia, w których treści zadeklarowano jedynie, że jakieś osoby przewidziane na dane funkcje są „oddawane do dysponowania" na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia. Tego typu „zobowiązanie", sprowadzające się do kompilacji treści art. 26 ust. 2b Pzp, trudno w tym okolicznościach uznać za dowód, o którym mowa w powołanym przepisie.

W związku z powyższym, uwzględniając dyspozycję art. 26 ust. 3 Pzp, nakazano zamawiającemu wezwanie do uzupełnienia dowodów dotyczących rzeczonego udostępnienia, a tym samym potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie.

Ad. II. (Zarzut opisany w pkt II uzasadnienia odwołania)

Zarzut uznano za niezasadny.

Przembud Gdańsk S.A. zgodnie z wymaganiami SIWZ potwierdziła spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wskaźnika bieżącej płynności finansowej – większego bądź równego 1,2 w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych – przez wykazanie, że średni wskaźnik w tym zakresie, we wszystkich referencyjnych latach obrotowych był wyższy niż 1,2.

W świetle literalnego brzmienia zastanych postanowień SIWZ, a więc jedynie wskazania, że wskaźnik ten ma osiągać wymaganą wartość „w każdym z ostatnich trzech lat obrotowych", nie sposób przyjąć, iż z postanowień tych wynika konieczność osiągania ww. wskaźnika na jakikolwiek, dokładnie określony dzień w roku bilansowym, w tym na dzień zamknięcia ksiąg

rachunkowych. Bardziej uprawniona logicznie byłaby już interpretacja, że wskaźnik taki ma być większy lub wyższy od 1,2 w każdym dniu referencyjnego okresu – jednakże tego typu stanowisko byłoby po prostu nieracjonalne w kontekście celu, któremu stawianie i egzekwowanie danego warunku służy i możliwości jego weryfikacji, a czego nie postuluje sam odwołujący. Natomiast ze względu na niejasność rozpatrywanych postanowień SIWZ, należało przyjąć taką interpretację, która w świetle zastanej treści warunku jest dopuszczalna, a jednocześnie dla wykonawców najwzględniejsza – mianowicie, że wypełnieniem warunku będzie wykazanie posiadania określonego poziomu wskaźnika bieżącej płynności w jakimkolwiek momencie poszczególnych lat obrotowych.

Należy podkreślić, iż w adekwatnych przepisach prawa nie określono żadnego wiążącego dnia obliczania wskaźnika bieżącej płynności finansowej. Jak już wskazano, nie określił powyższego również zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast samo odwoływanie się do stanowiska wyrażanego w piśmiennictwie dotyczącym zagadnień z zakresu rachunkowości i ekonomii, w którym postuluje się przyjmowania do porównań i badań, wskaźnika z dnia zamknięcia ksiąg bilansowych, jest niewystarczające do przyjęcia interpretacji SIWZ prezentowanej przez odwołującego.

Ponadto przyjęty przez Przembud Gdańsk S.A. uśredniony sposób wyliczenia i zaprezentowania ww. wskaźnika z trzech ostatnich lat obrotowych, lepiej obrazuje i potwierdza kondycję finansową spółki niż poziom tego wskaźnika z jakiegokolwiek wybranego dnia roku obrotowego

Ad. III. (Zarzuty opisane w pkt III uzasadnienia odwołania)

Zarzuty dotyczące wykazywania przez Przembud Gdańsk S.A. spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących personelu, przy pomocy osób, którymi w takim celu wykonawca już się posłużył w innych postępowaniach, w tym przy wskazanym w odwołaniu zamówieniu na budowę magazynu wysokiego składowania przy ulicy Wiśniewskiego 37 w Gdyni, które ww. wykonawca uzyskał – uznano za niezasadne.

Opis warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 Pzp, stanowi zestawienie cech podmiotowych wykonawców, które zamawiający uznaje za niezbędne kryterium kwalifikacji wykonawców jako zdolnych do wykonania jego zamówienia, a ich stawianie ma na celu zwiększenie prawdopodobieństwa wyłonienia wykonawcy gwarantującego bezproblemowe i zgodne z oczekiwaniami kontrahenta wykonanie zamówienia. Zamawiający może więc w swoich dokumentach przetargowych sformułować stosowne, podmiotowe wymagania względem wykonawców, ograniczając w ten sposób krąg wykonawców mogących brać udział w postępowaniu. Zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do własnego, konkretnego przedmiotu zamówienia, na polach

zakreślonych w ramowym przepisie art. 22 ust. 1 pkt 2-4 Pzp, w sposób wskazany w art. 22 ust. 4 ustawy (co zwane jest w tym przepisie „opisem sposobu dokonania oceny spełniania warunków") oraz w zgodzie z zasadami ogólnymi ustawy. Warunki udziału w postępowaniu stawiane przez zamawiającego winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia (związane i proporcjonalne) w znaczeniu granicznym – zamawiający w przypadku gdy warunki w ogóle stawia, winien opisać i wskazać konkretne i czytelne, minimalne progi uznawania wykonawców za zdolnych do wykonania danego zamówienia. Następnie wszyscy spełniający tego typu warunki wykonawcy oraz wykazujący ich spełnianie w zakresie i w sposób opisany w SIWZ, winni więc być uznani za zdolnych do wykonania zamówienia i dopuszczeni do ubiegania się o jego udzielenie, bez dodatkowych relatywizacji w tym zakresie, które nie wynikają z treści dokumentów przetargowych. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywana jest na moment składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (wniosek z art. 26 ust. 2a i 3 Pzp), i jeżeli nic innego nie wynika z treści SIWZ – powyższa ocena cech podmiotowych wykonawców, ich uprawnień czy potencjału, nie ma wpływu na kształt zobowiązań związanych z realizacją zamówienia i ich nie warunkuje.

Ustawa nie statuuje bowiem wynikającego z samych przepisów prawa, zobowiązania wykonawcy do określonego sposobu wykonywania zamówienia, którego wykonania się podjął, w szczególności prawnego obowiązku posługiwania się w trakcie realizacji zamówienia potencjałem, który wykazywał na potwierdzenie i zobrazowanie swojej kondycji, cech czy statusu kwalifikujących go podmiotowo do ubiegania się o dane zamówienie (art. 22 ust. 1 pkt 2 - 4 ustawy). Obowiązku takiego nie sposób również wyprowadzić z przepisów aktów wykonawczych do ustawy – ze względu na charakter i zakres zawartej w nich regulacji. Wykonawca nie musi posługiwać się jakimkolwiek potencjałem, np. sprzętem, osobami, pieniędzmi… *etc*., których posiadanie warunkuje ocenę jego zdolności wykonania zamówienia – obowiązek dysponowania tego typu zasobami pośrednio gwarantuje oczywiście jego zdolność wykonania danego zamówienia, nie oznacza jednak wcale, że wykonawca nie może wykonać prawidłowo tego zamówienia przy pomocy zasobów innych, dysponują przy tym jednocześnie zasobami, które wykazał. Dla przykładu: w trakcie realizacji robót budowlanych wykonawca wcale nie musi stosować na budowie narzędzi i urządzeń, których posiadanie wykazał w trakcie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, od których dysponowania zamawiający uzależniał możliwość ubiegania się o jego zamówienie. (*Vide* wyrok Izby z dnia 8 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 663/09 i wyrok Sądu Okręgowego w Suwałkach z dnia 21 lipca 2009 r. sygn. akt Ca 137/09). Najlepiej powyższe rozdzielenie cech podmiotowych wykonawcy od jego przyszłego zobowiązania ofertowego uwidacznia się w przypadku dwustopniowych trybów udzielania zamówień, takich jak np. przedmiotowe negocjacje z ogłoszeniem, gdzie powyższe rozpatruje się na zupełnie różnych etapach postępowania, w tym zakresie od siebie rozdzielnych. Wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu samo w sobie nie jest ofertą w rozumieniu art. 66 Kodeksu cywilnego. Innymi słowy: wykazanie dysponowania określonym potencjałem w ramach wykazania spełniania podmiotowych warunków udziału w

postępowaniu, nie oznacza wcale zobowiązania się do jego wykorzystywania w trakcie realizacji zamówienia.

Zobowiązanie takie może jednak powstać na mocy oświadczenia woli zamawiającego określającego warunki przetargu złożonego w odpowiednim dokumencie przetargowym, którym uczestnicy postępowania są związani (na zasadzie art. 70^1 § 3 Kodeksu cywilnego). Jeżeli więc opisując swój przedmiot zamówienia zamawiający postawi wymóg posługiwania się przy jego realizacji konkretnym potencjałem wykazanym w ramach spełniania warunków udziału w postępowania, wykonawca składający ofertę w postępowaniu będzie takim wymaganiem związany. Zamawiający może swobodnie ukształtować warunki wykonania swojego zamówienia (umowy) w tym zakresie. Zaznaczyć przy tym należy, iż tego typu postanowienia ogłoszeń o zamówieniu czy SIWZ są konkretnym wymaganiem co do sposobu wykonania zamówienia w określony sposób czy przy pomocy określonych sił i środków, stanowiącym w istocie jeden z aspektów opisu przedmiotu zamówienia, które w ostatecznym rozrachunku sankcjonowane jest przez dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Co do zasady, dla dodatkowego zabezpieczenia własnych interesów, zamawiający może wymagać, aby jego zamówienie wykonywane było przy wykorzystaniu określonych sił i środków, ze wszystkimi konsekwencjami powyższego powstającymi w sferze należytego wykonania zobowiązań. Jak najbardziej dopuszczalne jest więc również żądanie przez zamawiającego, aby były to środki, których wymagano i które zbadano w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. To w sferze woli i możliwości zamawiającego leży wzmocnienie ustawowego wymogu dysponowania określonym potencjałem, i jego przekształcenie na konkretny obowiązek wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji zamówienia, wraz z określeniem w jakim zakresie i na jakich zasadach wykorzystanie to ma mieć miejsce.

W przedmiotowym postępowaniu, żadnych tego typu postanowień SIWZ nie sformułowano, a przynajmniej nie powołano przed Izbą. Tym samym brak było jakichkolwiek podstaw do przenoszenia jakichkolwiek okoliczności, które w istocie dotyczą sfery zobowiązania jakie wykonawca zaciąga i w przyszłości prawdopodobnie będzie realizował, na sferę oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na dzień składania ofert wykonawca spełnia cechy podmiotowe, których wymagał zamawiający. Nie ma podstaw do stwierdzenia, że ocenę powyższego może przekreślić hipoteza (nawet nieudowodniona), iż zamówienie wykonawca wykona inaczej, zamierza wykonać inaczej lub nie będzie mógł wykonać przy pomocy potencjału, którym dysponował w trakcie składania ofert.

Warunki udziału w postępowaniu są jedynie dość abstrakcyjnym uprawdopodobnieniem udzielenia zamówienia wiarygodnemu wykonawcy. W praktyce zamówień publicznych nie ma w istocie możliwości opisania w SIWZ, a następnie przeprowadzenia, pełnej oceny kondycji wykonawcy i wszystkich aspektów jego działalności, zwłaszcza przyszłej. Zawsze badanie w tym przedmiocie ograniczało się będzie do kilku/kilkunastu dających się formalnie uchwycić cech, parametrów czy zasobów. Zamawiający nigdy nie ma gwarancji i pewności czy wykonawca w trakcie realizacji zamówienia ww.

cech i zasobów nie utraci. Bez poczynienia odpowiednich zastrzeżeń w dokumentach przetargowych, zamawiający nie ma podstaw do egzekwowania „ekskluzywności" potencjału danego podmiotu dla danego zamówienia. Dla przykładu: wykonawca wykazujący spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonego poziomu zdolności finansowej, nie przestanie ich spełniać dlatego, iż tę samą zdolność kredytową lub sumę posiadanych środków wykazuje w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia, a w przyszłości prawdopodobnie przy ich pomocy finansował będzie wykonanie tych zamówień.

Skład orzekający Izby podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 968/13, gdzie m.in. wskazano:

„Należy wyraźnie podkreślić, że brak jest na gruncie obowiązującego prawa przepisu zakazującego możliwości powoływania się przez wykonawcę na zasób osób, które zostały już zaproponowane przez tego samego wykonawcę w innym postępowaniu przetargowym. Zastrzeżenia takiego nie wprowadził również Zamawiający w niniejszym postępowaniu w ramach opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

[…]

Przyjęcie tezy o tym, iż konieczne byłoby weryfikowanie wykonawców pod kątem oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na moment wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, powodowałoby konieczność każdorazowego sprawdzenia przez każdego zamawiającego, czy konkretny, wykazywany przez wykonawcę potencjał nie będzie wykorzystywany w trakcie realizacji innego rodzaju przyszłych bądź też aktualnie realizowanych już zobowiązań, w tym zobowiązań wynikających z postępowań o zamówienie publiczne.

Przy czym należałoby tę ocenę przeprowadzić nie tylko w odniesieniu do postępowań o zamówienie publiczne prowadzanych przez danego zamawiającego, ale również innych zamawiających, nie wykluczając również zamawiających w innych krajach, czy też podmiotów niepublicznych, na rzecz których określone zobowiązania umowne miałyby być wykonywane przy użyciu wykazywanego potencjału.

Zauważyć należy, że ustawodawca w przepisach ustawy Pzp wyraźnie oddzielił ocenę podmiotową w postępowaniu od oceny przedmiotowej oferty.

Ocena podmiotowa wykonawców w postępowaniu, tj. ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 i 24 ust. 1 ustawy Pzp związana z badaniem potencjalnych podmiotowych możliwości wykonawcy do realizacji danego przedmiotu zamówienia, która może skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Ocena przedmiotowa oferty wykonawcy sprowadza się do oceny ofert w postępowaniu, tj. oceny oświadczenia woli wykonawcy, co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, która może skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, w tym w szczególności przesłankę określoną w punkcie 2 tego przepisu (niedająca się usunąć niezgodność treści oferty z treścią SIWZ).

Tym samym zatem ocena podmiotowa dokonywana w postępowaniu o zamówienie publiczne w oparciu o art. 22 ust. 1 ustawy Pzp ma w pewnym względzie charakter oceny potencjalnych możliwości wykonawcy co do jego wiedzy i doświadczenia, kadr, sprzętu, możliwości finansowych czy ekonomicznych, które po odpowiedniej weryfikacji w oparciu o opis warunku określony przez zamawiającego w SIWZ, dają szansę na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia przez tego konkretnego wykonawcę."

Ponadto na marginesie zaznaczyć należy, iż odwołujący na rozprawie nie wykazał żadnych okoliczności, na które się powoływał w treści odwołania, a które w jego ocenie miały rzutować na ocenę spełniania warunków przez wybranego wykonawcę. Nie przedstawił żadnych dowodów, a nawet nie podał szczegółowych informacji, w związku z którymi wskazane osoby miałyby być dla Przembud Gdańsk S.A. niedostępne, co z kolei miałoby przekreślać możliwość niezakłóconej i poprawnej realizacji zamówienia i tym samym – według niego – przekreślać spełnianie sformułowanych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 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).