

Sygn. akt: KIO/KU 50/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 4 czerwca 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 7 maja 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

PKP S.A. Centrala
ul. Szczęśliwicka 62
00-973 Warszawa

działającą w imieniu własnym i:

1. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.

ul. Targowa 74
03-734 Warszawa

2. Miasto Bydgoszcz

Urząd Miasta Bydgoszczy
ul. Jezuicka 1
85-102 Bydgoszcz

[dalej „zamawiający”]

dotyczących *Informacji o wyniku kontroli uprzedniej* (znak: UZP/DKUE/KU/35/14) [dalej „*Informacja o wyniku kontroli*”]

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: *Wykonanie robót budowlano-montażowych dla realizacji zadania inwestycyjnego – Budowa zintegrowanego centrum komunikacyjnego w Bydgoszczy – Etap I* [dalej „postępowanie”]

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Członkowie: Robert Skrzyszewski
Marek Szafraniec

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do naruszeń wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli* zostają uwzględnione.

Uzasadnienie

- I. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes UZP” lub „organ kontrolujący”) przeprowadził kontrolę uprzednią przedmiotowego postępowania, w której – w *Protokole kontroli uprzedniej* – stwierdził, że zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Porr (Polska) S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy doświadczenie – P.B. GmbH zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „*rozporządzenie o dokumentach*”), co stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „*ustawa Pzp*”].

W związku ze stwierdzonym naruszeniem organ kontrolujący, przy piśmie z dnia 30 kwietnia 2014 r. (znak: UZP/DKUE/W3/420/36(7)/14/CS), przekazał *Informację o wyniku kontroli* zamawiającemu.

Pismem z dnia 7 maja 2014 r. (znak: KPDA01.224.31.2014/43) zamawiający zgłosił zastrzeżenia do *Informacji o wyniku kontroli* Prezesa UZP.

W piśmie z dnia 23 maja 2014 r. (znak: UZP/DKUE/W3/420/36(10)/14/CS), Prezes UZP poinformował zamawiającego, iż nie uwzględnił zastrzeżeń i podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w *Informacji o wyniku kontroli*.

Pismem z dnia 23 maja 2014 r. (znak: UZP/DKUE/W3/420/36(11)/14/CS) Prezes UZP, wskazując jako podstawę swojego działania art. 171a w zw. z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zastrzeżenia zamawiającego do zaopiniowania przez Izbę.

II. Organ kontrolujący ustalił (str. 15 *Protokołu kontroli uprzedniej*):

1. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp i podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 1 - 7 oraz § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach.
2. Wykonawca Porr (Polska) S.A. w swojej ofercie przewidział, że będzie polegać na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp. W tym zakresie powołał się m. in. na doświadczenie podmiotu trzeciego udostępniającego zasób doświadczenia - P.B. GmbH. Jak wynika z oświadczenia podmiotu trzeciego, zawartego w ofercie wykonawcy Porr (Polska) S.A. w ramach udostępnienia wiedzy i doświadczenia zobowiązał się on do bieżącego doradztwa i wsparcia merytorycznego wykonawcy, w tym wprowadzenia systemu procedur, instrukcji, zasad i mechanizmów zapewniających należyte wykonanie robót budowlanych. Ponadto oświadczył, iż udostępniany zasób będzie wykorzystywany w zakresie realizacji całości przedmiotu zamówienia i będzie dostępny wykonawcy w całym okresie realizacji zamówienia.
3. Wykonawca Porr (Polska) S.A. nie dołączył do swojej oferty dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego udostępniającego wiedzę i doświadczenie zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach (podmiot trzeci ma siedzibę za granicą), zawarł natomiast oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu na str. 94-95 swojej oferty.
4. W toku kontroli Prezes Urzędu zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy wzywał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcę Porr (Polska) S.A. do

uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego P.B. GmbH udostępniającego wykonawcy doświadczenie.

5. Z wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego wynika, że nie wzywał on ww. wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych dokumentów gdyż uznał, iż podmiot trzeci udostępniający wiedzę i doświadczenie - P.B. GmbH nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia, a jedynie świadczył usługi w zakresie doradztwa i konsultacji.

Rozpoznający zastrzeżenia zamawiającego skład orzekający Izby stwierdził, że organ kontrolujący prawidłowo ustalił stan faktyczny sprawy.

- III. Na podstawie dokumentów przekazanych przez zamawiającego organowi kontrolującemu przy piśmie z dnia 7 kwietnia 2014 r., *Protokołu kontroli uprzedniej, Informacji o wyniku kontroli*, zastrzeżeń zamawiającego przekazanych przy piśmie z dnia 7 maja 2014 r., stanowiska organu kontrolującego zajętego w piśmie z dnia 23 maja 2014 r. po złożeniu zastrzeżeń, Izba uznała stanowisko organu kontrolującego za nieprawidłowe.

Kwestią kluczową, przesądzającą o istnieniu albo nie obowiązku wezwania przez zamawiającego wykonawcy Porr (Polska) S.A. do przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasób wiedzy i doświadczenia, tj. P.B. GmbH jest ocena, czy w przedmiotowym postępowaniu zobowiązanie się wskazanego podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia, poprzez doradztwo i wsparcie merytoryczne, w tym wprowadzenie systemu procedur, instrukcji, zasad i mechanizmów zapewniających należyte wykonanie robót budowlanych doradztwo i konsultacje jest równoznaczne z udziałem tego podmiotu w realizacji przedmiotu zamówienia.

Organ kontrolujący stanął na stanowisku, że tak właśnie jest, w konsekwencji czego zarzucił zamawiającemu zaniechanie wezwania do przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasób i tym samym naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający stanął natomiast na stanowisku, że udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia, poprzez doradztwo i wsparcie merytoryczne nie jest równoznaczne z udziałem podmiotu udostępniającego w realizacji przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji stanął na stanowisku, że utracił podstawę do żądania dokumentów

podmiotowych podmiotu trzeciego potwierdzających brak podstaw do jego wykluczenia z postępowania.

Skład orzekający Izby uznał, iż w przedmiotowym postępowaniu udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia nastąpić mogło w postaci „bezpośredniego oddania zasobu do dyspozycji” wykonawcy, tj. „z osobami, które pozostają pod kierownictwem wykonawcy”. W ocenie składu orzekającego Izby taki sposób udostępnienia zasobu nie wiąże się jednocześnie z „osobistym” udziałem podmiotu udostępniającego w realizacji przedmiotu zamówienia.

Organ kontrolujący argumentował swoje stanowisko tym, iż „wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa, które nie mogą być przedmiotem obrotu w oderwaniu od zorganizowanego kompleksu majątkowego”, uznając jednocześnie, że potencjał techniczny, zdolność finansowa, jak i zasób kadrowy, choć stanowią składniki przedsiębiorstwa, to – w przeciwieństwie do wiedzy i doświadczenia – mogą być „zadysponowane” np. poprzez wydzierżawienie sprzętu, umowę pożyczki czy też udostępnienie pracownika.

W nawiązaniu do powyższego wskazać należy, że rola doradcy, jaką pełnić miał podmiot trzeci, mogła (i miała) być realizowana przez wyznaczone spośród personelu podmiotu trzeciego osoby, jednak bez zaangażowania samego podmiotu trzeciego (wyznaczone osoby miały być „nośnikiem” wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego), a osoby te działałyby pod kierownictwem wykonawcy, co w ocenie składu orzekającego Izby uznać należy jako udostępnienie zasobu w sposób, który w jakimkolwiek stopniu nie prowadzi do zastąpienia wykonawcy przez podmiot trzeci w realizacji przedmiotu zamówienia. Korzystając z zasobu podmiotu trzeciego wykonawca wykonałby przedmiot zamówienia samodzielnie, choć przy wsparciu podmiotu trzeciego.

Podkreślenia nadto wymaga, że organ kontrolujący w *Informacji o wyniku kontroli*, wobec którego zamawiający wniósł zastrzeżenia nie kwestionował realności udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia przez P.B. GmbH, poprzez doradztwo i wsparcie merytoryczne.

Podnosząc powyższe oraz przyjmując trafność argumentacji zawartej w zastrzeżeniach zamawiającego, w tym w szczególności uwzględniającej wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 lipca 2011 roku XII Ga 315/11 Izba stanęła na

stanowisku, że organ kontrolujący nie miał wystarczających podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....