

WYROK
z dnia 8 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams
Członkowie: Beata Pakulska
Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 maja 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę **Xylion Medical Systems Sp. z o.o. S.K.A., ul. Piątkowska 161, 60-650, Poznań**, w postępowaniu pn. *„Dostawa aparatury do diagnostyki obrazowej (rentgenodiagnostyki śródoperacyjnej i przyłóżkowej), realizowana w ramach projektu pn. „Rozbudowa części zabiegowej Gdynńskiego Centrum Onkologii przy Szpitalu Morskim im. PCK w Gdyni wraz z zakupem niezbędnego sprzętu i wyposażenia”*,

prowadzonym przez **Szpital Morski im. PCK Sp. z o.o., ul. Powstania Styczniowego 1, 81-519, Gdynia**

przy udziale wykonawcy **Creator-Comm Sp. z o.o., ul. Dolna 30A/5, 00-774 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego tj. **Xylion Medical Systems Sp. z o.o. S.K.A., ul. Piątkowska 161, 60-650 Poznań**, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Xylion Medical Systems Sp. z o.o. S.K.A.** tytułem wpisu od odwołania.

- 2.2. zasądza od **Xylion Medical Systems Sp. z o.o. S.K.A.** na rzecz **Zamawiającego** kwotę 380,29 złotych (słownie: trzysta osiemdziesiąt złotych i dwadzieścia dziewięć groszy), stanowiącą uzasadnione koszty z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Szpital Morski im. PCK Sp. z o.o. – prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) – (dalej „**ustawą**” lub „**Pzp**”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawa aparatury do diagnostyki obrazowej (rentgenodiagnostyki śródoperacyjnej i przyłóżkowej), realizowana w ramach projektu pn. „Rozbudowa części zabiegowej Gdyńskiego Centrum Onkologii przy Szpitalu Morskim im. PCK w Gdyni wraz z zakupem niezbędnego sprzętu i wyposażenia”*.

W dniu 18 kwietnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy XYLION Medical Systems Sp. z o.o. S.K.A. (dalej „**Odwolujący**”), wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, oraz dokonanie w związku z powyższą czynnością odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za taką oferty wykonawcy Creator- Comm Sp. z o.o.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz dokonanie w związku z powyższą czynnością odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp;
3. art. 91 Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej, oferty która w rozumieniu ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert taką nie jest.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji o uznaniu jego oferty za odrzuconą;
2. unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej;
3. dokonanie powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, co w konsekwencji winno skutkować wyborem jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swoich zarzutów, Odwołujący wskazał, że Zamawiający zgodnie z §6 z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „**SIWZ**”) wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o realizację zamówienia wykazali w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, że wykonali co najmniej 3 dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, w tym jedna dostawa o wartości nie mniejszej niż 450,000 brutto. Odwołujący w swojej ofercie wskazał na realizację dwóch własnych zamówień spełniających wymagania Zamawiającego. W odniesieniu do trzeciej spośród wymaganych dostaw, Odwołujący posiłkował się, w trybie art. 26 ust 2b Pzp, doświadczeniem podmiotu trzeciego wraz z poświadczeniami należytego wykonania zamówień.

Odwołujący podniósł, że w dniu 2 kwietnia 2014 r. został wezwany przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp m.in. do udowodnienia, że będzie dysponował zasobami innego podmiotu niezbędnymi do realizacji zamówienia, gdyż z przedłożonego wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynikało, w ocenie Zamawiającego, że Odwołujący rzeczywiście będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego.

W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący pismem z dnia 3 kwietnia 2014 r. przedłożył dokument pn. „Zobowiązanie podmiotu do udostępnienia zasobów” (dalej „**Uzupełnione Zobowiązanie**”). W ocenie Odwołującego przedstawiony przez niego dokument czynił zadość treści wezwania Zamawiającego. Z treści Uzupełnionego Zobowiązania wynikało bowiem, że firma OK Medical Systems Sp. z o.o, S.K.A działając na podstawie art 26 ust 2b ustawy Pzp, zobowiązała się do oddania do dyspozycji Xylion Medical Systems Sp. z o.o. S.K.A. niezbędne zasoby na okres korzystania z nich na potrzeby wykonania zamówienia pn.: Dostawa aparatury do diagnostyki obrazowej (rentgenodiagnostyki śród operacyjnej i przyłóżkowej), realizowaną w ramach projektu pn. „Rozbudowa części zabiegowej Gdyńskiego Centrum Onkologii przy Szpitalu Morskim im. PCK w Gdyni wraz z zakupem niezbędnego sprzętu i wyposażenia”. Odwołujący wskazał, że co do zakresu dostępnych zasobów zostało jasno określone w treści przedłożonego dokumentu, iż obejmuje ono dowody (referencje) należytego wykonania dostawy, montażu i instalacji aparatury do rentgenodiagnostyki łącznie ze szkoleniem personelu dla jednostek służby zdrowia. Co do sposobu wykorzystania zasobów – z przedstawionego dokumentu wynikało, że został on przedłożony w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

W zakresie charakteru stosunku łączącego Odwołującego z firmą OK Medical Systems, Odwołujący wskazał, że z treści przedłożonego dokumentu wynika, że strony łączy umowa

cywilnoprawna. Odwołujący wskazał również, że w odniesieniu do zakres i okresu udziału OK Medical Systems przy wykonywaniu zamówienia, z przedstawionego dokumentu wynika, iż zakres ten polegał będzie na nadzorowaniu zamówienia przez cały okres jego wykonywania.

Odwołujący wskazał również, że z przedłożonego dokumentu wynikał również cel złożenia oświadczenia - dokument został wystawiony w celu załączenia do dokumentacji przetargowej w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Morski im. PCK, ul. Powstania Styczniowego na „Dostawę aparatury do diagnostyki obrazowej (rentgenodiagnostyki śródoperacyjnej i przyłóżkowej), realizowaną w ramach projektu pn. „Rozbudowa części zabiegowej Gdyńskiego Centrum Onkologii przy Szpitalu Morskim im. PCK w Gdyni wraz z zakupem niezbędnego sprzętu i wyposażenia”.

W ocenie Odwołującego czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania z powodu niewykazania, że będzie on rzeczywiście dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego nie uwzględniała specyfiki przedmiotu zamówienia, podczas gdy ma ona kluczowe znaczenie dla oceny przedmiotowego stanu faktycznego. W ocenie Odwołującego, badając poprawność i legalność udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego w konkretnym postępowaniu należy odnieść go bezpośrednio do zakresu rzeczowego warunku udziału w postępowaniu i jego charakterystyki (warunku udziału zgodnie z art. 22 ust 4 Pzp muszą być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia).

Odwołujący wskazał, że zasadniczym elementem zamówienia jest wykonanie dostawy. Pozostałe elementy zakresu rzeczowego świadczenia wykonawcy to usługi komplementarne towarzyszące przedmiotowi zasadniczego świadczenia jakim jest dostawa wyrobu medycznego. Odwołujący wskazał, że samodzielnie uprzednio zrealizował już dwie analogiczne do przedmiotowego zamówienia dostawy wraz z towarzyszącymi usługami, co w jego ocenie z pewnością stanowi miarę posiadanego doświadczenia zawodowego. W ocenie Odwołującego z treści Uzupelnionego Zobowiązania wynikało, iż zakres i okres udziału OK Medical Systems przy wykonywaniu zamówienia będzie polegał na nadzorowaniu zamówienia przez cały okres jego wykonywania.

W ocenie Odwołującego Zamawiający wybiórczo odczytując treść zobowiązania i wskazuje, że polega ono na mechanicznym udostępnieniu nośnika doświadczenia jakim mają być informacje o zrealizowanym zamówieniu wraz z referencjami. Jak wynika z literalnego

brzmienia zobowiązania podmiot udostępniający zobowiązuje się do dokonywania nadzoru nad realizacją zamówienia w całym czasie jego realizacji.

Izba po przeprowadzeniu rozprawy, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania przesłaną przez Zamawiającego w formie kopii potwierdzonej za zgodność oryginałem, odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustaliła co następuje:

Zamawiający – Szpital Morski im. PCK Sp. z o.o. - prowadzi na podstawie przepisów ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawa aparatury do diagnostyki obrazowej (rentgenodiagnostyki śródoperacyjnej i przyłóżkowej), realizowana w ramach projektu pn. „Rozbudowa części zabiegowej Gdyńskiego Centrum Onkologii przy Szpitalu Morskim im. PCK w Gdyni wraz z zakupem niezbędnego sprzętu i wyposażenia”.*

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 4 lutego 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 024-037566.

Zgodnie z §1 SIWZ na przedmiot zamówienia składają się następujące elementy:

- 1.1 dostawa oraz instalacja, uruchomienie i przekazanie Zamawiającemu w stanie gotowym do użytkowania aparatury do diagnostyki obrazowej (rentgenodiagnostyki śródoperacyjnej i przyłóżkowej wraz z zestawem systemu ucyfrowiającego urządzenia RTG), zwanej dalej wyposażeniem;
- 1.2 przeszkolenie personelu Zamawiającego w zakresie obsługi, eksploatacji i konserwacji niezbędnej do prawidłowego funkcjonowania wyposażenia oraz ochrony radiologicznej pacjenta i użytkownika;
- 1.3 opracowanie i wykonanie testów akceptacyjnych oraz wykonanie testów specjalistycznych;
- 1.4 wykonanie w okresie gwarancji obowiązkowych przeglądów i corocznych testów specjalistycznych;
- 1.5 wykonanie innych czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, w tym harmonogramu rzeczowo-terminowego realizacji zamówienia.

Zamawiający określił w § 6 pkt 2 SIWZ warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w następujący sposób:

1. W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawa Pzp, tj. dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia:

„Warunek ten zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, wykonał co najmniej 3 dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, w tym jedna dostawa o wartości nie mniejszej niż 450 000,00 zł brutto. Za dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia Zamawiający uzna zamówienia związane z realizacją dostaw polegających na dostawie, montażu i instalacji aparatury do rentgenodiagnostyki łącznie ze szkoleniem personelu, dla jednostek służby zdrowia.”

W celu wykazania spełnienia powyższego warunku, Odwołujący w wykazie wykonywanych dostaw wskazał na dwie dostawy wykonane samodzielnie. W zakresie trzeciej z wymaganych dostaw, przedstawił Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów z dnia 10 marca 2014 r., wystawione przez firmę OK Medical Systems Sp. z o.o. S.K.A. Izba ustaliła, że zgodnie z treścią oświadczenia, firma OK Medical Systems Sp. z o.o. S.K.A. zobowiązała się do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby na okres korzystania z nich na potrzeby wykonania zamówienia. Ponadto, firma OK Medical System Sp. z o.o. S.K.A. oświadczyła, że działając na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zobowiązuje się do udostępnienia Odwołującemu wiedzy i doświadczenia w zakresie udostępnienia dowodów (referencji) należytego wykonania dostawy, montażu i instalacji aparatury do rentgenodiagnostyki łącznie ze szkoleniem personelu dla jednostki służby zdrowia oraz nadzorowania zamówienia przez cały okres jego wykonywania na podstawie umowy cywilnoprawnej łączącej OK Medical Systems oraz Odwołującego. Oświadczenie zostało wystawione w celu załączenia do dokumentacji przetargowej.

Jak wynika z akt postępowania przetargowego, w dniu 2 kwietnia 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp m.in. do udowodnienia iż będzie on dysponował zasobami innego podmiotu niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy

wykonywaniu zamówienia. Ze złożonego dowodu powinien wynikać zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem, a także zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Ponadto Zamawiający zaznaczył, iż w przypadku złożenia pisemnego zobowiązania o udostępnieniu należy złożyć je w oryginale.

Zamawiający w treści wezwania wskazał, że w dołączonym do oferty wykazie wykonanych dostaw Odwołujący wykazał się wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu. Niemniej z załączonego na stronie 25 oferty oświadczenia podmiotu nie wynikały wymagane informacje wskazane powyżej.

W dniu 3 kwietnia 2014 r. Odwołujący w zakresie wezwania do udowodnienia, iż będzie dysponował zasobami innego podmiotu przedłożył dokument pn. „*Zobowiązanie podmiotu do udostępnienia zasobów*”.

Z treści przedłożonego zobowiązania wynika, że firma OK Medical Systems złożyła następujące oświadczenia:

1. Zakres dostępnych zasobów – wiedza i doświadczenie – dowody (referencje) należytego wykonania dostawy, montażu i instalacji aparatury do rentgenodiagnostyki łącznie ze szkoleniem personel dla jednostek służby zdrowia.
2. Sposób wykorzystania zasobów – załączenie do oferty Xylion Medical Systems w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
3. Charakter stosunku łączącego Xylion Medical Systems z OK Medical Systems – umowa cywilnoprawna.
4. Zakres i okres udziału OK Medical System przy wykonywaniu zamówienia – nadzorowanie zamówienia przez cały okres jego wykonywania.

W dniu 7 maja 2014 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na skutek przekazania w dniu 23 kwietnia 2014 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po

stronie Zamawiającego przez wykonawcę Creator – Comm Sp. z o.o.. Wobec dokonania zgłoszenia w formie pisemnej, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący - jako wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę - spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Etap oceny i analizy złożonych ofert służy Zamawiającemu do oceny wiarygodności wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz podjęcia decyzji w zakresie ich zdolności do realizacji umowy. Ustawa Pzp umożliwia wykonawcom, którzy sami nie spełniają minimalnych warunków udziału w postępowaniu opierania się na zdolnościach podmiotów trzecich, z których zasobów dany wykonawca zamierza korzystać w razie udzielenia mu zamówienia.

Dyspozycja art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego „udowodnił” dostępność zasobów na które się powołuje poprzez złożenie stosownych dowodów. Dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domysłów zamawiającego. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, z dokumentów przedstawionych na potwierdzenie dostępności zasobów podmiotu trzeciego zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że potencjał podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu

zamówienia. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów (tak np. w wyroku KIO 715/14 oraz KIO 2292/13). Należy jednocześnie podkreślić, że ustawodawca pozostawił wykonawcy dowolność doboru środków dowodowych w celu wykazania dostępności zasobów podmiotu trzeciego. To na wykonawcy decydującym się na skorzystanie z dobrodziejstwa art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ciąży obowiązek przedstawienia takich dowodów, z których zamawiający będzie mógł ustalić w sposób jednoznaczny zakres i sposób udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. Wykonawca zatem powołujący się na art. 26 ust. 2b Pzp musi dokonać niezbędnej analizy dokumentów jakie zamierza złożyć na potwierdzenie dostępności zasobów podmiotu trzeciego mając świadomość faktu, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wysoce sformalizowany i możliwość przedkładania dodatkowych dokumentów czy też składania wyjaśnień co do treści przedłożonych zamawiającemu dokumentów na potwierdzenie określonych faktów jest ściśle regulowana przepisami ustawy Pzp. Ustawodawca w żaden sposób nie ogranicza środków dowodowych wykonawcy do przedstawienia „pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego”. Ustawodawca wskazuje jedynie przykładowo na „pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania ...”. I nie chodzi w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp o „dokument w formie pisemnej” wystawiony przez podmiot trzeci, ale o „zobowiązanie” podmiotu trzeciego wyrażone w formie pisemnej. Zobowiązanie jest zaś rodzajem stosunku cywilnoprawnego, który powstaje w następstwie ziszczenia się określonych zdarzeń, czynności prawnych. Chodzi tu przede wszystkim o umowy, w ograniczonym zakresie o jednostronnie czynności prawne, ze względu na zasadę zamkniętego katalogu jednostronnych czynności kreujących zobowiązanie. W konsekwencji, wykonawca przedstawiając dowody na dostępność zasobów podmiotu trzeciego ma obowiązek i prawo przedstawienia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających istnienie skutecznego zobowiązania podmiotu trzeciego względem wykonawcy do udostępnienia określonych zasobów.

Należy jednocześnie zauważyć, że w kontekście udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego kluczowe znaczenie ma oznaczenie świadczenia, do którego zobowiązuje się podmiot trzeci. Bez takiego określenia świadczenia nie można określić bowiem uprawnień wykonawcy i obowiązków podmiotu trzeciego, a konsekwencji nie jest zapewniony rzeczywisty dostęp do zasobów. W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp świadczeniem podmiotu trzeciego jest oddanie do dyspozycji wykonawcy niezbędnych do realizacji zamówienia zasobów. Oznacza to, że podmiot trzeci zobowiązuje do działania tj. „oddania do dyspozycji”, a przedmiotem świadczenia określonym przez ustawodawcę są „niezbędne zasoby”.

Jak podkreśla się w literaturze, oddanie niezbędnych zasobów może mieć charakter pośredni lub bezpośredni. W pierwszym przypadku, mamy do czynienia z podwykonawstwem – podmiot trzeci sam realizuje część zamówienia i podlega jedynie kontroli wykonawcy. Nie oddaje on bezpośrednio zasobów wykonawcy, lecz przy ich pomocy samodzielnie realizuje zamówienie. Z kolei z bezpośrednim oddaniem zasobów do dyspozycji mamy do czynienia z oddaniem zasobów wykonawcy, które pozostają pod jego kierownictwem. Udział podmiotu trzeciego ogranicza się do biernego oddania zasobów do dyspozycji wykonawcy. To wykonawca, który decyduje się na skorzystanie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ma obowiązek udowodnić zamawiającemu w jaki będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego.

Przenosząc powyższe rozważania do przedmiotowego postępowania należy wskazać, że Odwołujący nie udowodnił Zamawiającemu, że zasoby podmiotu trzeciego będą realnie pozostawać w jego dyspozycji podczas realizacji zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia. Przez doświadczenie w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy rozumieć zespół umiejętności praktycznych warunkujących zdolność do należytego wykonania zamówienia. Izba w pełni przyjmuje stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w postanowieniu z dnia 7 października 2008 r. (III CZP87/08), w którym Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie może być rozumiany dosłownie. W sytuacji, gdy zamawiającym jest osoba prawna nie można stwierdzić czy posiada ona niezbędną wiedzę i doświadczenie. W ocenie Sądu Najwyższego przez niezbędną wiedzę i doświadczenie należy rozumieć stan, w którym wykonawca dysponuje osobami zapewniającymi prawidłowe wykonanie zamówienia. Pojęcie to obejmuje jednak także takie składniki przedsiębiorstwa jak know-how, tajemnicę przedsiębiorstwa, dokumentację, goodwill renomę itp. Pojęcie „niezbędnej wiedzy i doświadczenia” w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp obejmuje zarówno składniki niematerialne przedsiębiorstwa jak i dobra osobiste związane z przedsiębiorcą lub pracownikami przedsiębiorstwa.

Odwołujący w celu wykazania, że będzie dysponował zasobami firmy OK Medical Systems podczas realizacji zamówienia przedłożył na wezwanie Zamawiającego dokonanie w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Uzupelnione Zobowiązanie.

W ocenie Izby dowód w postaci Uzupelnionego Zobowiązania firmy OK Medical Systems nie mógł stanowić wystarczającej podstawy do przyjęcia, że zasoby firmy OK Medical Systems

w postaci wiedzy i doświadczenia będą pozostawać w dyspozycji Odwołującego na czas realizacji zamówienia. Brak bowiem w treści przedłożonego dokumentu jednoznacznego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia na czas realizacji zamówienia oraz informacji co do formy i sposobu jego wykorzystania przez Odwołującego. W szczególności, Izba zauważa co następuje.

Co do zakresu dostępnych zasobów – Uzupelnione Zobowiązanie nie precyzuje w sposób jednoznaczny, jaki jest zakres zasobów oddanych do dyspozycji Odwołującemu. W ocenie Izby, Zamawiający dokonując oceny treści zobowiązania firmy OK Medical Systems co do zakresu dostępnych zasobów miał zasadne prawo powziąć wątpliwości co do przedmiotu, który podmiot ten udostępnia Odwołującemu: czy wiedzę i doświadczenie czy same referencje. Skoro zatem ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym i to Odwołujący winien był przedstawić dokumenty, które jednoznacznie, nie zaś drogą dedukcji, domysłów czy interpretacji Zamawiającego, określałyby zakres dostępnych zasobów, należy stwierdzić, że Odwołujący nie udowodnił na podstawie przedstawionych dokumentów wymaganego przez Zamawiającego zakresu dostępnych zasobów.

Co do sposobu wykorzystania zasobów - Uzupelnione Zobowiązanie stanowi, że sposób wykorzystania zasobów nastąpi poprzez załączenie do oferty Odwołującego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, tak złożone oświadczenie firmy OK Medical Systems jednoznacznie wskazuje, że udostępnione zasoby (czy to referencje czy też doświadczenie i wiedzę) zostają udostępnione tylko w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie zaś w celu realizacji zamówienia. W ocenie Izby wsparcie o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie może ograniczać się do udostępnienia wiedzy i doświadczenia tylko w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wsparcie wykonawcy musi również występować na etapie wykonania zamówienia. Wynika to z ogólnych zasad prawa zamówień publicznych, bowiem o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia. Sprawdzenie wiedzy i doświadczenia potencjalnych wykonawców nie jest celem samym w sobie. Ma ono dać gwarancje zamawiającemu, że zamówienie zostanie wykonane należyście. W związku z tym nie jest wystarczającym udostępnienie referencji w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podmiot trzeci ma udostępnić określone zasoby na etapie przygotowania, organizacji, realizacji zamówienia publicznego. Dlatego też Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że skoro sam podmiot trzeci w sposób jednoznaczny wskazał, że udostępnia swoje zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to nie sposób uznać, że Odwołujący udowodnił, iż na czas realizacji całego zamówienia będzie

mógł korzystać z zasobów podmiotu trzeciego. Stało by to w sprzeczności z literalną i obiektywną interpretacją oświadczenia złożonego przez podmiot trzeci.

Co do zakresu udziału firmy OK. Medical Systems przy wykonywaniu zamówienia - W Uzupelnionym Zobowiązaniu firma OK Medical Systems oświadczyła, że będzie „nadzorowała zamówienie przez cały okres jego wykonywania”. Brak jest jakiegokolwiek informacji w jaki sposób owy nadzór będzie wykonywany i w jaki sposób wiedza i doświadczenie zostanie przekazana wykonawcy podczas wykonywania wskazanego nadzoru. Dopiero podczas rozprawy Odwołującego wyjaśnił, że w jego ocenie nadzór będzie wykonywany poprzez oddelegowanie pracownika firmy OK Medical Systems. W ocenie Izby, takie wyjaśnienia należy uznać za spóźnione. To w treści przedłożonego zobowiązania, podmiot trzeci winien był wskazać w jaki sposób będzie udostępniał posiadaną wiedzę i doświadczenie - czy to w ramach podwykonawstwa czy to w ramach udostępnienia wykwalifikowanych pracowników, którzy będą wykonywać nadzór nad realizacją zamówienia. Skoro Zamawiający nie ma wiedzy ani niezbędnych informacji w jaki sposób podmiot trzeci będzie wykonywał swoje zobowiązanie, to w konsekwencji nie może ocenić czy rzeczywiście nastąpi realne udostępnienie wskazanych zasobów. Zamawiający musi znać treść łączącego podmiot trzeci i Odwołującego stosunku zobowiązaniowego, wynikających z niego praw i obowiązków, aby móc dokonać analizy czy sposób jego ukształtowania umożliwi Odwołującemu rzeczywiste korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego. W przeciwnym wypadku poleganie na zasobach innego podmiotu mogłoby prowadzić do fikcji, służącej jedynie formalnemu wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba zauważyła również, iż literalna interpretacja zapisów Uzupelnionego Zobowiązania prowadzi do wniosku, że Odwołujący nie miałby możliwości korzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego podczas wykonywania całego zamówienia. Skoro zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia mają być wykorzystane tylko w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to należałoby uznać, że nie będzie on dostępne Odwołującemu podczas realizacji całego zamówienia. Potwierdza to, w ocenie Izby, brak jednoznacznego i jasnego określenie zakresu dostępnych zasobów oraz sposobu ich wykorzystania.

Ponadto należy wskazać, że wyjaśnienia Odwołującego złożone podczas rozprawy co do treści Uzupelnionego Zobowiązania należy uznać za niewłaściwe z następujących powodów. Po pierwsze, Uzupelnione Zobowiązanie zostało złożone przez podmiot trzeci, nie przez Odwołującego i to podmiot trzeci mógłby ewentualnie dokonać zmiany tak złożonego zobowiązania lub uzupełnić dokument o wskazanie informacji o sposobie wykonywania nadzoru nad zamówieniem. Izba zauważyła, że Zamawiający zdyskwalifikował dokument przedstawiony przez Odwołującego w oparciu o jego treść zatem, w ocenie Izby, nie było

podstaw do składania wyjaśnień, a jedynie uzupełnienia treści dokumentu (co Zamawiający uczynił w przedmiotowym postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 3 ustawy Pzp). W ocenie Izby, uzupełnianie przez Odwołującego treści złożonego zobowiązania podczas rozprawy mogłoby spowodować, że doszłoby niejako do kształtowania treści dokumentu prywatnego, co ocenie Izby jest niedopuszczalne. Stanowiłoby to również naruszenie zasady równości uczestników postępowania wyrażonej w art. 7 Pzp.

Po drugie, jak słusznie zaznaczył Odwołujący i Przystępujący podczas rozprawy, Odwołujący przedstawił swoje intencje i swoją interpretację złożonego zobowiązania przez firmę OK Medical Systems. Takie intencje i przedstawiona interpretacja nie może stanowić podstawy do decyzji Zamawiającego. Zamawiający podjął decyzję w oparciu o treść pisemnego zobowiązania przedłożonego przez Odwołującego. Prawem Zamawiającego było dokonanie obiektywnej oceny doświadczenia osoby trzeciej deklarującej wykonawcy korzystanie z własnego potencjału. W opisanej sytuacji bardzo rzadko zastosowanie będzie znajdował subiektywny wzorzec wykładni, na który próbował powołać się Odwołujący z prostej przyczyny składania oświadczenia woli przez podmiot trzeci wykonawcy, a nie Zamawiającemu, który ocenia powstałe w jego wyniku uprawnienia wykonawcy do dysponowania potencjałem składającego to oświadczenie.

Ponadto, wydając wyrok w niniejszym postępowaniu Izba wzięła pod fakt, że podczas rozprawy Odwołujący nie przedstawił umowy cywilnoprawnej, która została wskazana jako umowa łącząca Odwołującego oraz firmę OK Medical Systems. Nie przedstawił jej również Zamawiającemu na potwierdzenie, że zasoby firmy OK Medical Systems będą w jego dyspozycji na czas realizacji zamówienia. Podczas rozprawy, sam Odwołujący nie potrafił określić w sposób precyzyjny, na czym konkretnie miałyby polegać wykonywanie nadzoru przez firmę OK Medical System i jak w praktyce będzie przebiegać. Odwołujący ogólnikowo wskazał, na swoje wyobrażenia co do sposobu wykonywania nadzoru przez firmę OK Medical Systems, wyjaśniając, że odbędzie się to poprzez oddelegowanie jakiegoś pracownika. W ocenie Izby ma to istotne znaczenie w kontekście ciężaru dowodu jaki spoczywał na Odwołującym. Umowa przywoływana w treści Uzupełnionego Oświadczenia mogłaby stanowić cenne źródło informacji dla Izby czy rzeczywiście Odwołujący i firma OK Medical Systems uregulowały sposób udostępnienia zasobów oraz zasad na jakich będą one oddane do dyspozycji Odwołującego. Jej brak oraz niejednoznaczność zapisów Uzupełnionego Zobowiązania potwierdzają, że Odwołujący nie udowodnił dostępności zasobów podmiotu trzeciego.

W związku z powyższym Izba stanęła na stanowisku, że Uzupelnione Zobowiązanie złożone przez Odwołującego nie dowodzi, że wiedza i doświadczenie zostaną Odwołującemu realnie przekazane. Tymczasem na wykonawcy korzystającemu z możliwości określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ciąży obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Dowody złożone przez Odwołującego podczas rozprawy (w postaci referencji potwierdzających samodzielne wykonanie przez Odwołującego zadań podobnych do przedmiotu zamówienia, lecz o wartości mniejszej niż wymagał Zamawiający) Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy. Wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Odwołujący oparł się na zasobach innego podmiotu, a przedmiotem sporu była kwestia skuteczności powołania się na te zasoby. Ewentualne dysponowanie przez Odwołującego doświadczeniem własnym w realizacji innych zadań, częściowo zgodnych z opisanym przez Zamawiającego warunkiem, nie jest okolicznością pozwalającą wykazać niezasadność decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Należy więc stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Ponieważ Zamawiający wyczerpał procedurę określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania była prawidłowa.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 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).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....