

Sygn. akt: KIO 1482/11

WYROK
z dnia 26 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie:	Andrzej Niwicki
	Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant:	Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: EMAR Sp. z o.o., 62-065 Grodzisk Wielkopolski, Zdrój 1b oraz Pawła Kalembę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. „Franśław Plus” w Grodzisku Wielkopolskim, Zdrój 1b w postępowaniu prowadzonym przez Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu Rejonowy Oddział w Ostrowie Wielkopolskim, 63-400 Ostrów Wielkopolski, ul. Dąbrowskiego 9

przy udziale wykonawcy Skanska S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. J. Zajączka 9 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1482/11 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: EMAR Sp. z o.o., 62-065 Grodzisk Wielkopolski, Zdrój 1b oraz Paweł Kalemba prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. „Franśław Plus” w Grodzisku Wielkopolskim, Zdrój 1b; nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: EMAR Sp. z o.o., 62-065 Grodzisk Wielkopolski, Zdrój 1b oraz Paweł Kalemba prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. „Franśław Plus” w Grodzisku Wielkopolskim, Zdrój 1b.

2. Kosztami postępowania obciąża Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu Rejonowy Oddział w Ostrowie Wielkopolskim, 63-400 Ostrów Wielkopolski, ul. Dąbrowskiego 9 i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: EMAR Sp. z o.o., 62-065 Grodzisk Wielkopolski, Zdrój 1b oraz Pawła Kalembę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. „Fransław Plus” w Grodzisku Wielkopolskim, Zdrój 1b,

2.2 zasądza od Wielkopolskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu Rejonowy Oddział w Ostrowie Wielkopolskim, 63-400 Ostrów Wielkopolski, ul. Dąbrowskiego 9 na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: EMAR Sp. z o.o., 62-065 Grodzisk Wielkopolski, Zdrój 1b oraz Pawła Kalembę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. „Fransław Plus” w Grodzisku Wielkopolskim, Zdrój 1b, kwotę **13.600 zł 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu o odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego - Wielkopolski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Poznaniu Rejonowy Oddział w Ostrowie Wielkopolskim na *Odbudowę rzeki Ołobok – etap I gmina Sieroszowice, Nowe Skalmierzyce powiat ostrowski, województwo wielkopolskie (nr ref. ROPRIM -332-01/1/2011)*, wobec odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: EMAR Sp. z o.o. oraz P.P.H.U. „Fransław Plus” Paweł Kalemba (dalej zwanych konsorcjum EMAR), wykonawcy ci wnieśli w dniu 12 lipca 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 1482/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 11 lipca 2011 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, przekazanego faksem w dniu 8 lipca 2011 r. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań nie przekraczających kwot określonych w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy.

W odwołaniu wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 2 b ustawy będące wynikiem odrzucenia oferty odwołującego przy braku spełnienia przesłanek do jej odrzucenia, spowodowane przyjęciem, że podmiot, który udostępnia swoją wiedzę i doświadczenie (referencje) musi uczestniczyć w realizacji zamówienia na zasadzie podwykonawstwa, co doprowadziło do wyboru oferty droższej od złożonej przez konsorcjum EMAR.

Odwołujący zakwestionował czynność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z uzasadnieniem decyzji zamawiającego, który nie wskazał konkretnego zapisu siwz, na podstawie którego oferta konsorcjum EMAR została odrzucona. Przywołany warunek określony w pkt 14.2.2 jako zbyt ogólny nie mógł stanowić podstawy odrzucenia oferty. W ocenie odwołującego, zamawiający w ogóle nie dokonał merytorycznej oceny treści oferty, co najwyżej, wskazane przez niego okoliczności – nie spełnienie wymagań – mogło stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, lecz nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty. Przyjmując taką konstrukcję, odwołujący zaprzeczył możliwości przyjęcia, w ślad za zamawiającym, iż nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 14.2.2 siwz i dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia. Powołując się na potencjał podmiotu udostępniającego swoją wiedzę i doświadczenie – Zakład Usług Melioracyjnych i Kanalizacyjnych „Drenbud” z siedzibą w Poznaniu, odwołujący wykazał spełnienie warunku. Odwołujący nie zgodził się z

zamawiającym, który uznał, iż w przypadku korzystania z potencjału podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia, zachodziła konieczność jego udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, co znajduje uzasadnienie w ugruntowanej linii orzeczniczej KIO, przywołanej przez niego w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień co do udziału charakteru w jakim będzie brał udział w realizacji zamówienia podmiot trzeci. Dodatkowo odwołujący podkreślił, iż posiada doświadczenie w realizacji przedmiotu zamówienia w większym zakresie od wymaganego przez zamawiającego, co potwierdzają listy na wykonanie robót w zakresie 15 km.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty i uznania jej za najkorzystniejszą w oparciu o ustalone kryterium oceny ofert.

W dniu 18 lipca 2011 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca – Skanska S.A. wnosząc o oddalenie odwołania w części zarzutu dotyczącego czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz odrzucenie odwołania w zakresie dotyczącym czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwiema ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania na posiedzeniu. Odwołanie dotyczy czynności zamawiającego podjętej względem oferty konsorcjum EMAR i polegającej na jej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl., a zatem mieści się w dopuszczonym art. 180 ust. 2 ustawy PrZamPubl, zakresie zaskarżenia. Pomimo wskazania w treści odwołania na czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, konsorcjum EMAR nie formułowało zarzutu względem prawidłowości oceny oferty wybranej, a zatem odwołanie nie dotyczyło oferty przystępującego do postępowania odwoławczego. Samo kwestionowanie wyboru oferty najkorzystniejszej pozostaje w ścisłym związku z zarzutami formułowanymi w odwołaniu i dotyczącymi bezpodstawnego odrzucenia oferty konsorcjum EMAR i dowodzi istnienia interesu do wniesienia środka ochrony prawnej i możliwości poniesienia szkody w

związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. W tej sytuacji odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

W zakresie zarzutów podlegających merytorycznemu rozpoznaniu na rozprawie Izba uznała odwołanie za zasadne.

Zarzuty w odwołaniu skierowane są faktycznie wobec czynności oceny spełnienia przez konsorcjum EMAR warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia. Wprawdzie zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl, jednak uzasadnienie faktyczne powołane w decyzji zamawiającego, dotyczyło niewykazania posiadania przez wykonawcę wymaganej wiedzy i doświadczenia. Zamawiający uznał, iż skoro z dokumentów przedłożonych przez wykonawcę nie wynika faktyczny udział podmiotu trzeciego (w charakterze podwykonawcy) udostępniającego swój potencjał, to nie jest możliwe posługiwanie się przez wykonawcę doświadczeniem tego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wskazuje to zatem na rzeczywistą przyczynę, dla której zamawiający odmówił konsorcjum EMAR udzielenia zamówienia. Błędy zamawiającego wynikające ze wskazania na podstawę prawną odrzucenia oferty, a nie wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie wpływają na możliwość oceny prawidłowości stanowiska zamawiającego co do braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia. W związku z powyższym, rozstrzygnięcie Izby sprowadzało się do ustalenia, czy w okolicznościach faktycznych postępowania, zamawiający był uprawniony do odmowy uwzględnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu, którego potencjałem wykazywał się odwołujący w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby, zamawiający w sposób niezasadny przyjął, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 13.2.2. siwz (omyłkowo wskazanego w odwołaniu jako 14.2.2.). Na podstawie treści oferty odwołującego, a także jego wyjaśnień udzielanych w toku postępowania, Izba uznała, że wykonawca udowodnił, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, składając w ofercie pisemne zobowiązanie podmiotu, na którego wiedzy i doświadczeniu wykonawca polega w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Oświadczenie to znajduje się na stronie 44 oferty konsorcjum EMAR i zawiera następującą treść: „Oświadczam, że w/w Wykonawca może polegać na mojej wiedzy i doświadczeniu i zobowiązuje się do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z

nich przy wykonywaniu zamówienia pn „Odbudowa rzeki Ołobok – etap I” gm. Sieroszewice, Nowe Skalmierzyce powiat ostrowski, województwo wielkopolskie”. Oświadczenie to podlega ocenie pod kątem możliwości wywiedzenia z niego, iż wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu będzie nimi dysponował na etapie realizacji zamówienia. Mając na uwadze treść przepisu art. 26 ust. 2b ustawy PrZamPubl., jednym ze sposobów udowodnienia tej okoliczności, wprost wynikającym z przepisu, jest złożenie pisemnego oświadczenia podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Dookreślenie w oświadczeniu przy realizacji, jakiego zamówienia podmiot zobowiązuje się udostępnić niezbędne zasoby, potwierdza wolę podmiotu przekazania niezbędnych wykonawcy zasobów na czas realizacji tego zamówienia. Ocena oświadczenia tego podmiotu winna być dokonana w drodze wykładni oświadczenia woli (art. 65 §1 k.c.), z uwzględnieniem okoliczności, w których zostało złożone, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów. Ponieważ podmiot trzeci udostępnił wykonawcy dokumenty potwierdzające należyte wykonanie roboty budowlanej na rzece Obra (opinia referencyjna oraz protokół odbioru końcowego), którą to robotą wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, Izba uznała, iż tego potencjału (wiedzy i doświadczenia) dotyczyło zobowiązanie podmiotu do jego oddania do dyspozycji wykonawcy na okres korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia. Ustawodawca wymaga udowodnienia zamawiającemu, iż wykonawca będzie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego, nadając oświadczeniu tego podmiotu moc dowodową. Zamawiający nie kwestionował mocy dowodowej oświadczenia podmiotu udostępniającego swój potencjał, a jedynie kwestionował możliwość uwzględnienia jego potencjału przy braku wykazania udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Zamawiający uznał za niewystarczający udział podmiotu w realizacji zamówienia w formie doradztwa, nadzorowania i przekazania know-how, na co wskazał odwołujący w swoich wyjaśnieniach z dnia 30 czerwca 2011 r. Izba nie przychyliła się do stanowiska zamawiającego, które stoi w sprzeczności z literalną wykładnią przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy PrZamPubl, z którego nie wynika, aby ustawodawca ograniczył formy udziału podmiotu w realizacji zamówienia wyłącznie do podwykonawstwa, w takim rozumieniu w jakim prezentował to zamawiający, tj. do faktycznego powierzenia podmiotowi wykonania części zamówienia. Skład orzekający nie podziela twierdzenia zamawiającego o braku możliwości obrotu doświadczeniem, które wiąże się z faktycznym wykonaniem czynności, które stoi w sprzeczności z tezami formułowanymi w orzecznictwie tak KIO, jak i Sądów Okręgowych. Izba w całości podzieliła stanowisko, jakie w tej materii zaprezentował Sąd Okręgowy w Katowicach, który zaprzeczył twierdzeniu, że w przypadku udostępniania zasobów nierozzerwalnie związanych z podmiotem ich udzielającym (wiedza i doświadczenie), niemożliwy jest nimi obrót i dalsze ich udzielanie bez zaangażowania tego

podmiotu w wykonanie zamówienia (zob. wyrok z dnia 24 marca 2011 r., sygn. akt XIX Ga 92/11). W wyroku Sąd stwierdził, iż „przepisy Prawa zamówień publicznych tego nie wymagają, a wręcz dopuszczają każdą formę stosunku łączącego wykonawcę i inny podmiot a nadto, mimo iż faktycznie oddanie wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego oraz osobowego dla realizacji takiego przedsięwzięcia jak przedmiotowe jest mało prawdopodobne bez współpracy podmiotów w osobach wykonawcy i właściciela lub dysponenta opisanego potencjału to jednak nie jest to zupełnie niemożliwe, dlatego każda wersja współpracy jest dopuszczalna”. Przy obrocie doświadczeniem i wiedzą, udostępnienie tego zasobu i jego wykorzystanie przy realizacji zamówienia może odbywać się na przykład w formie doradztwa, konsultacji, czy też innej postaci wsparcia merytorycznego przy realizacji zamówienia. Formy te wskazują na rodzaj współpracy między wykonawcą a podmiotem, który udostępnia swój potencjał w celu realizacji zamówienia. Skoro podmiot zobowiązał się udostępnić swój potencjał wykonawcy, a oświadczenie to nie zostało skutecznie podważone, tak przez zamawiającego, jak i przystępującego, Izba uznała je za wystarczające dla udowodnienia możliwości korzystania z potencjału podmiotu przy realizacji zamówienia. Za niewystarczające dla pozbawienia znaczenia tego oświadczenia, Izba uznała twierdzenia zamawiającego o konieczności wykonania zamówienia z udziałem tego podmiotu w charakterze podwykonawcy. Również oczekiwania zamawiającego co do szczegółowości wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie z dnia 28 czerwca 2011 r., formułowane dopiero na rozprawie nie mogły stanowić podstawy do kwestionowania istnienia zobowiązania złożonego wykonawcy przez podmiot trzeci. Zamawiający w piśmie skierowanym do wykonawcy oczekiwał wyjaśnienia, w jakiej formie nastąpi udostępnienie zasobów firmy Drenbud (doświadczenia i wiedzy) skoro z treści oferty nie wynika faktyczny udział tejże firmy w realizacji zamówienia. W odpowiedzi z dnia 30 czerwca 2011 r., wykonawca wskazał na zawartą umowę współpracy, w której podmiot zobowiązał się do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia przy wykonywaniu zadania poprzez przekazanie know-how, szkolenia pracowników i nadzorowanie prac. Ponieważ ustawa dopuszcza, jako środek dowodowy istnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów przez inny podmiot, oświadczenie tego podmiotu, Izba uznała, za udowodnione, iż wykonawca będzie dysponował niezbędną wiedzą i doświadczeniem przy realizacji zamówienia. W oparciu o powyższe, Izba uznała, iż zamawiający był zobowiązany uwzględnić przy ocenie spełnienia przez wykonawcę warunku opisanego w pkt 13.2.2 siwz, wiedzę i doświadczenie podmiotu udostępniającego swój potencjał, zdobyte przy realizacji zamówienia dotyczącego odbudowy Kanału Kościańskiego Obry w km 45+984 do km 55+270, którego należyte wykonanie potwierdzała załączona do oferty opinia referencyjna (str. 43 oferty), a także załączony do wyjaśnień protokół odbioru końcowego.

Na marginesie, Izba zauważyła, iż obowiązkiem zamawiającego, który uznał wskazane w ofercie doświadczenie wykonawcy za niewystarczające, było wezwanie tego wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PrZamPubl do uzupełnienia dokumentów, czemu nie czyniło zadość wezwanie do złożenia wyjaśnień. Ponieważ, doświadczenie podmiotu udostępniającego swój potencjał nie było kwestionowane, należało uznać je za wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a zatem nie było faktycznie potrzeby skierowania wezwania o uzupełnienie dokumentów. Izba oceniając zasadność podnoszonych zarzutów, w tym w szczególności zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2 b, musiała ocenić, czy doświadczenie i wiedza podmiotu było wystarczające. Izba zwróciła uwagę na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawartą w pkt 13.2.2., w której zamawiający wskazał na wymaganą wartość robót, jaką uzna za wystarczającą określając ją jako „wartość szacunkowa nie mniejsza niż 6 000 000,00 zł”. W wykazie robót złożonym w ofercie, odwołujący określił wartość brutto zamówienia, co nie jest pojęciem tożsamym z wartością szacunkową zamówienia. Zamawiający nie wyjaśniał w toku postępowania znaczenia wskazanej przez niego w opisie sposobu oceny spełniania warunku, wartości robót i dopiero na rozprawie oświadczył, iż wartość tą odnosił do wartości brutto zrealizowanych robót. W załącznikach do siwz, zamawiający nie opracował wzoru wykazu, co spowodowało, iż wykonawcy samodzielnie sporządzali dokument, w którym potwierdzali spełnienie warunku udziału. Ponieważ poza sporem, jak i poza zakresem zarzutu formułowanego w odwołaniu, była ocena, czy robota budowlana wskazana w pozycji trzeciej wykazu, odpowiadała opisanemu sposobowi oceny spełniania warunku udziału, Izba nie zajęła stanowiska co do istniejącej rozbieżności pomiędzy wymaganą w siwz wartością szacunkową roboty budowlanej, a wskazaną w ofercie wartością brutto roboty pn. „Odbudowa Kanału Kościańskiego Obr w km 45+984 do km 55+270”.

Uwzględniając odwołanie, Izba kierowała się zarzutami w nim podnoszonymi, uznając, iż zarzut naruszenia art. 26 ust. 2 b ustawy PrZamPubl, zasługiwał w całości na uwzględnienie. Mając na uwadze treść przepisu art. 192 ust. 2 ustawy PrZamPubl, Izba uwzględniła odwołanie, gdyż stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co przejawiało się w negatywnej ocenie spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu. Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazała powtórzenie czynności oceny ofert.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy PrZamPubl, a także § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), i obciążyła kosztami postępowania zamawiającego. Izba zasądziła na rzecz odwołującego koszty poniesione przez stronę z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....