**Sygn. akt: KIO/624/10**

**WYROK**
**z dnia 29 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 19 marca 2010 r. przez **Michała Butschera, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Busy B Services Miachał Butscher, ul. Grzybowska 77, 00-844 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Kraków, Pl. Wszystkich Świętych 3-4, 31-004 Kraków**

przy udziale wykonawcy **Marcina Behlerta, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Behlert & Behlert Tłumaczenia i Konferencje , ul. Czapińskiego 2, 30-048 Kraków,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Michała Butschera, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Busy B Services Miachał Butscher, ul. Grzybowska 77, 00-844 Warszawa** i:

2.1. nakazuje zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **Michała Butschera, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Busy B Services Miachał Butscher, ul. Grzybowska 77, 00-844 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od **Michała Butschera, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Busy B Services Miachał Butscher, ul. Grzybowska 77, 00-844 Warszawa** na rzecz **Gminy Miejskiej Kraków, Pl. Wszystkich Świętych 3-4, 31-004 Kraków** kwotę **252 zł 40 gr** (słownie: dwieście pięćdziesiąt dwa złote czterdzieści groszy), stanowiącą uzasadnione koszty zamawiającego związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie.**

**Przewodniczący:**

**……**

**Sygn. akt: KIO 624/10**

**U z a s a d n i e n i e**

Gmina Miejska Kraków (dalej: „*Zamawiający*”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Wykonywanie tłumaczeń tekstowych i ustnych dla Rady Miasta Krakowa i Urzędu Miasta Krakowa w 2010 r.*” Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12 marca 2010 r., nr: 55331. W postępowaniu tym Michał Butscher, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Busy B Services Miachał Butscher z siedzibą w Warszawie (dalej: „*Odwołujący*”) w dniu 12 kwietnia 2010 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tym samym dniu.

Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu z udziału w postępowaniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty. W tym zakresie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż Odwołujący nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2) przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za odrzuconą;

3) przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty niebędącej ofertą najkorzystniejsza w świetle ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert;

4) Przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3) nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert;

4) nakazania Zamawiającemu dokonania przez wybór oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i wskazanych żądań Odwołujący podniósł następujące okoliczności:

Odwołujący wraz z ofertą przedstawił zgodnie z wymaganiami SIWZ stosowny wykaz osób wraz z oświadczeniami o ich udostępnieniu w celu realizacji niniejszego zamówienia. W wyniku powziętych przez Zamawiającego wątpliwości co do treści przedłożonych wraz z ofertą oświadczeń Odwołujący został wezwany do uzupełnienia tych oświadczeń. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący przedłożył nowe oświadczenia, które stanowią *de facto* uzupełnienie – zgodnie z wezwaniem Zamawiającego – dokumentów złożonych wraz ofertą. Odwołujący wskazał, że skierowane przez Zamawiającego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było wynikiem oceny przez Zamawiającego, że złożone wraz z ofertą oświadczenia są obarczone błędem natury formalnej, polegającym na niejednoznacznym sformułowaniu treści tych oświadczeń. Celem skierowanego przez Zamawiającego wezwania było wyeliminowanie tych niejednoznaczności. Oczywistym w takiej sytuacji – w ocenie Odwołującego – było to, że przedkładane w odpowiedzi na wezwie Zamawiającego oświadczenia zostały wystawione z datą po wezwaniu do ich uzupełnienia; Odwołujący ewentualnie opatrując te oświadczenia datą sprzed otwarcia ofert musiałby antydatować oświadczenia co stanowiłoby poświadczenie nieprawdy.

Zdaniem Odwołującego przedłożony przez niego wykaz osób oraz oświadczenia złożone wraz z ofertą w sposób bezsprzeczny potwierdzały, że Odwołujący dysponuje potencjałem kadrowym na dzień składania ofert. Uzupełnione zaś w wyniku wezwania Zamawiającego oświadczenia jedynie doprecyzowują treść złożonych wcześniej dokumentów. Za takim stanowiskiem - zdaniem Odwołującego - przemawia także charakter oświadczeń o udostępnieniu wykonawcy potencjału w celu realizacji zamówienia, które to oświadczenia są dokumentami prywatnymi.

Odwołujący wskazywał, że ze stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych wynika, iż dopuszczalne jest dostarczenie przez wykonawcę oświadczenia lub dokumentu wystawionego po wezwaniu przez zamawiającego do uzupełniania oświadczeń lub dokumentów, o ile ze złożonych oświadczeń i dokumentów będzie jednoznacznie wynikało,

że potwierdzają one okoliczności w nich zawarte od dnia składania ofert. Zdaniem Odwołującego z treści przedkładanych przez niego dokumentów wynika w sposób niebudzący wątpliwości, iż dysponował on odpowiednim potencjałem kadrowym w chwili składania ofert. Nie było - w ocenie Odwołującego wątpliwości, że pozyskał on odpowiednie kadry jeszcze przed upływem terminu do składania ofert. Odwołujący powołał się przy tym na orzecznictwo KIO.

Odwołujący zwrócił również uwagę na okoliczność nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu i naruszenie zasady uczciwej konkurencji, wskazując na oświadczenia załączone do oferty uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej, wskazujące na to, że wykonawca ten może skorzystać z wiedzy, doświadczenia i potencjału wskazanych w oświadczeniach osób, których to oświadczeń Zamawiający nie zakwestionował.

Zamawiający, ustosunkowując się do treści złożonego odwołania w piśmie z dnia 28 kwietnia 2010 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Podkreślił, że Zamawiający, wzywając Odwołującego do uzupełniania dokumentów, nie miał wątpliwości, co do dokumentów złożonych wraz z ofertą, czego dowodem jest skierowane w tym zakresie wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podkreślił, że nie zwrócił się do Odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie treści dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a to uzasadniałoby stanowisko, że Zamawiający powziął jedynie wątpliwości co do treści oświadczeń. Podkreślił, że w treści złożonych wraz z ofertą oświadczeń brak jest pisemnego zobowiązania tłumaczy do realizacji zamówienia, a nawet gdyby przyjąć, że dokumenty te miały stanowić zobowiązanie to było to zobowiązanie o charakterze warunkowym. Powyższe wskazywało – w ocenie Zamawiającego – na błąd o charakterze merytorycznym. Jego zdaniem Odwołujący sam przyznał, że w momencie składania ofert nie dysponował potencjałem osobowym ponieważ w przypadku uzupełnienia oświadczeń z datą sprzed otwarcia ofert musiałby antydatować te oświadczenia co wskazywałoby na niebezpieczeństwo poświadczenia nieprawdy.

Zamawiający powołując się na stanowisko literatury i orzecznictwo wskazał, że osoby wykazywane przez Odwołującego zobowiązały się do udostępnienia swojego potencjału dopiero w dniu złożenia stosownych oświadczeń woli, tj. w dniu 29 marca 2010 r., a więc po upływie terminu składania ofert.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego jakoby tego samego rodzaju wątpliwości co w przypadku oświadczeń załączonych do oferty Odwołującego mógł powziąć wobec oferty wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, wobec

użytego w oświadczeniach tego wykonawcy sformułowania: „*może skorzystać*”. Oświadczenie zawarte w ofercie Odwołującego, że poszczególni tłumacze „*w miarę możliwości będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia*” nie stanowi – zdaniem Zamawiającego - wymaganego przepisami ustawy Pzp zobowiązania wykonawcy w przeciwieństwie do oświadczenia zawartego w wybranej ofercie o treści: „*zobowiązuję się że (…) może skorzystać z mojej wiedzy (…)*”.

Tym samym, w ocenie Zamawiającego, wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił na podstawie kryteriów określonych w ustawie Pzp i z zachowaniem zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Do postępowania odwoławczego w dniu 16 kwietnia 2010 r. zgłosił swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Marcin Behlert, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Behlert & Behlert Tłumaczenia i Konferencje z siedzibą w Krakowie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikająca z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący, kwestionując zasadność swojego wykluczenia z udziału w postępowaniu, przy konkurencyjnych do oferty wybranej jako najkorzystniejsza w postępowaniu cenach jednostkowych oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, wykazał szkodę, rozumianą jako potencjalny uszczerbek w możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba wydając przedmiotowe orzeczenie oparła się na zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym, tj. przede wszystkim dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej do akt sprawy przez Zamawiającego przy piśmie z dnia 23 kwietnia 2010 r. w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem i przedłożonej w oryginale do wglądu Izby w toku rozprawy. W szczególności Izba uwzględniła treść postanowień z SIWZ,

treść oferty Odwołującego, wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z dnia 29 marca 2010 r., uzupełnienie dokumentów przez odwołującego, które wpłynęły do zamawiającego w dniu 1 kwietnia 2010 r., pismo zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2010 r. z informacją o wynikach postępowania, treść odwołania, pisma zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2010 r. oraz treść przystąpienia do odwołania z dnia 16 kwietnia 2010 r.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba ustaliła, że podstawą wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu było uzupełnienie przez Zamawiającego w dniu 1 kwietnia 2010 r. na wezwanie Zamawiającego, skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w piśmie z dnia 29 marca 2010 r., pisemnych zobowiązań osób (tłumaczy) uczestniczących w wykonaniu zamówienia do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, które to oświadczenia wystawione zostały na dzień 29 marca 2010 r., a więc po upływie terminu składania ofert. Podstawą skierowanego przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia złożenia tych oświadczeń była okoliczność, że w ofercie Odwołującego załączone zostały oświadczenia 22 osób, które w swej treści zawierały deklarację o treści: „*zgadzam się na umieszczenie moich danych w Wykazie osób, które w miarę możliwości będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (…)*”. Przesłane przez Odwołującego w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów nowe oświadczenia tych osób nie zawierały już określenia: „*w miarę możliwości*” jednak wszystkie zostały wystawione z datą 29 marca 2010 r.

Izba ustaliła, że terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu upływał w dniu 22 mara 2010 r.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że Zamawiający słusznie wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu działając w tym zakresie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Pierwotnie złożone w ofercie oświadczenia – zobowiązania podmiotów (osób) trzecich - stanowiły warunkowe, niedopuszczalne przepisami ustawy Pzp zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia swojego potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia. Z treści załączonych do oferty oświadczeń wynika bowiem, że tłumacze wskazani w wykazie osób wyrażają zgodę na umieszczenie swoich danych w wykazie osób dołączonym do oferty Odwołującego, dodatkowo potwierdzając w kilku przypadkach , że informacje na temat kwalifikacji konkretnych osób oraz wykonywanych przez nich prac są zgodne z prawdą. Oświadczenia te wskazywały jednocześnie na potencjalność uczestnictwa tych osób w wykonywaniu zamówienia (wykonywaniu tłumaczeń) jednakże w miarę możliwości. Powyższe w sposób jednoznaczny - zdaniem Izby - wskazuje, że osoby te będą mogły uczestniczyć w realizacji zamówienia, o ile możliwości na to

pozwolą. Takiej treści oświadczenia nie można tłumaczyć w inny sposób aniżeli wynika to wprost z jego treści, czyli jako oświadczenie złożone pod warunkiem obiektywnych, bądź subiektywnych, uzależnionych od np. obciążenia pracą danej osoby w danym momencie, możliwości konkretnych osób, którymi posłużył się Odwołujący w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w SIWZ, co do potencjału osobowego wykonawców (pkt 5.1.2. SIWZ).

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jeśli wykonawca polega na potencjale osobowym (osoby zdolne do wykonania zamówienia) innych podmiotów powinien w takiej sytuacji udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami, w szczególności poprzez przedstawienie pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu ich do dyspozycji na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wskazany przepis nie stanowi w żaden sposób o możliwości złożenia warunkowego zobowiązania w tym zakresie, a ponadto wynika z niego ciężar udowodnienia przez wykonawcę faktycznej możliwości dysponowania danymi osobami. Przepis ten przekłada ciężar udowodnienia tych możliwości dysponowania potencjałem osobowym na wykonawcę, który powołuje się na tenże potencjał.

W przedmiotowej sprawie – zdaniem Izby – Odwołujący, przedkładając w treści oferty warunkowe oświadczenia tłumaczy, nie udowodnił w wystarczający sposób Zamawiającemu, że dysponuje przywołanymi zasobami osobowymi. Stąd też Izba uznała, że Zamawiający miał prawo w takiej sytuacji wystąpić do Odwołującego z wezwaniem do uzupełniania dokumentów, skierowanym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czego zresztą na etapie samego wezwania do uzupełniania dokumentów Odwołujący nie kwestionował. Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wzywa wykonawców do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, jeśli nie zostały one w ogóle złożone bądź zawierają błędy. Uzupełniane na wezwanie Zamawiającego oświadczenia lub dokumenty – zgodnie z tym przepisem – powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później jednak niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

W przedmiotowej sprawie uzupełnione oświadczenia tłumaczy zawierają datę 29 marca 2010 r., a więc datę, która przypadała już po upływie terminu składania ofert. Zgodzić należy się z Odwołującym, że data wystawienia dokumentu uzupełnianego na wezwanie Zamawiającego nie musi być równoznaczna z datą, na którą następuje potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższe stanowisko prezentowane jest przez doktrynę, jak i orzecznictwo. Jednakże zwrócić należy uwagę, że w takiej sytuacji treść uzupełnianego dokumentu, czy oświadczenia musi wyraźnie wskazywać, że określony warunek, który potwierdzany jest tym dokumentem bądź oświadczeniem był wypełniony najpóźniej, w dniu w którym upływał termin składania ofert. Treść uzupełnionych przez Odwołującego oświadczeń powyższego nie potwierdza. W treści oświadczeń nie określono

bowiem żadnych innych okoliczności, które wskazywałyby, że określoną, bezwarunkową treścią oświadczenia tłumaczy Odwołujący dysponował na dzień składania ofert.

Dodatkowo Izba zwraca uwagę, na przepisy ustawy Pzp, znowelizowane w wyniku ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), które to przepisy weszły w życie w dniu 22 grudnia 2010 r. i w związku z wszczęciem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie w dniu 12 marca 2010 r., mają w tym przypadku zastosowanie. Przede wszystkim należy zwrócić tutaj uwagę na art. 26 ust. 2b oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, które to przepisy przenoszą ciężar udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu na wykonawców, w tym także w sytuacji, gdy wykonawca korzysta dla wykazania spełniania warunku udziału z potencjału innych podmiotów.

Izba nie stwierdziła też jakoby Zamawiający dopuścił się w tym przypadku nierównego traktowania wykonawców. Użytego w treści oświadczeń wykonawcy, którego ofertę w postępowaniu Zamawiający uznał jako najkorzystniejszą, sformułowania: „*może skorzystać*" w żaden sposób nie można interpretować jako zobowiązania warunkowego. Użyta konstrukcja „*może skorzystać*" nie została obwarowana żadnym warunkiem: „*jeśli*", czy tak, jak to zostało pastowane w ofercie Odwołującego „*w marę możliwości*". W treści oświadczenia wykonawcy wybranego w postępowaniu jest zawarte wyraźne oświadczenie o zobowiązaniu się tego wykonawcy do oddaniu do skorzystania z określonego tam potencjału, w ofercie Odwołującego natomiast został skonstruowany wyraźny warunek prawa skorzystania z potencjału, jeśli takie możliwości obiektywne, czy tez subiektywne nastąpią.

Tym samym zarzuty podniesione w odwołaniu nie potwierdziły się i Izba nie stwierdziła także naruszenia przez Zamawiającego przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 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).

**Przewodniczący:**

**……**