

Sygn. akt KIO/424/11

WYROK
z dnia 16 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Członkowie: Honorata Łopianowska
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Inprorem Sp. z o.o., 41-308 Dąbrowa Górnicza, ul. Roździeńskiego 11** od czynności zamawiającego **Gminy Świerklaniec, 42-622 Świerklaniec, ul. Młyńska 3**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża Inprorem Sp. z o.o., 41-308 Dąbrowa Górnicza, ul. Roździeńskiego 11 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Inprorem Sp. z o.o., 41-308 Dąbrowa Górnicza, ul. Roździeńskiego 11;**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Inprorem Sp. z o.o., 41-308 Dąbrowa Górnicza, ul. Roździeńskiego 11** na rzecz **Gminy Świerklaniec, 42-622 Świerklaniec, ul. Młyńska 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Świerklaniec, 42-622 Świerklaniec, ul. Młyńska 3, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest „Budowa sieci kanalizacyjnej w gminie Świerklaniec dla ochrony wód powierzchniowych zbiornika wody pitnej jeziora świerklanieckiego poprzez budowę kanalizacji w Nakle - etap I”. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę mniejszą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 4 listopada 2011 r. pod nr 2010 – 357332.

W dniu 1 marca 2011 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Inprorem sp. z o.o., 41-308 Dąbrowa Górnicza, ul. Roździeńskiego 11, od czynności wykluczenia z w/w postępowania. Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4), art. 26 ust. 2b, art. 89 ust. 1 pkt 5), art. 90, art. 91 ustawy Pzp. Informację o wyniku postępowania oraz o własnym wykluczeniu odwołujący powziął w dniu 24 lutego 2011 r. Odwołujący wskazywał na następujące wadliwe czynności zamawiającego:

- 1) badanie ofert - poprzez przyjęcie, iż odwołujący podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu z postępowania,
- 2) ocenę ofert - poprzez przyjęcie, że oferta odwołującego nie podlega punktacji (ocenie) ofert,
- 3) wskazanie wyniku postępowania na ofertę nie najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, że, jak wynika z ustaleń przez niego poczynionych, spełnia wszelkie warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wskazanej regulacji art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. Podnosił, że na wezwanie zamawiającego z dnia 20 stycznia 2011 r. w wymaganym terminie wyjaśnił i uzupełnił dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu i przedstawił pismem z dnia 25 stycznia 2011 r. jednoznaczne oświadczenie, że podmiot zasób Energopol – Południe S.A. będzie realizował przedmiot zamówienia publicznego jako podwykonawca robót kanalizacyjnych -

etap I. Powyższe, zdaniem odwołującego, wypełnia delegację ustawową z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zakresie dyspozycji podmiotem - zasobem w zakresie wiedzy i doświadczenia - co jest zgodne ze stanowiskiem opinii Departamentu Prawnego UZP oraz zapadłym w tej kwestii orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Na kolejne wątpliwości zamawiającego wskazane w piśmie z dnia 3 lutego 2011 r. i żądanie dodatkowych spoza zakresu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) dokumentów, pismem z dnia 8 lutego 2011 r. odwołujący dał jednoznaczny dowód przekazania zasobu w postaci oświadczenia Energopol - Południe S.A. Na dalsze wezwania zamawiającego o przekazanie dokumentów dotyczących podmiotu zasobu jako podwykonawcy, tj.: odpisu z KRS, zaświadczenia z ZUS, i zaświadczenia z US odwołujący przekazał wymagane dokumenty jako załączniki do pisma z dnia 18 lutego 2011 r. Tym samym, w jego opinii, jednoznacznie udowodnił zamawiającemu, iż podmiot zasób dał mu stosowne zobowiązanie wraz z referencją spełniającą wymagany warunek, co potwierdza, że podmiot zasób przekazał odwołującemu wymagane dokumenty i będzie brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Podnosił, że zgodnie z trzema wyjaśnieniami i uzupełnieniami oferty odwołującego o dokumenty potwierdzające spełnienie warunku doświadczenia z pkt 5 ppkt c SIWZ, jednoznacznie udowodnił spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Wskazywał, że zarzut zamawiającego, jakoby niejednoznacznie wykazał rolę podmiotu zasobu w realizacji zamówienia jest bezzasadny, jak i również nie było to określone jednoznacznie w SIWZ (w zakresie umów przedwstępnych, zawartego porozumienia w sprawie podwykonawstwa). Po złożeniu ofert, zamawiający zbadał, że odwołujący wypełnia warunek ustanowiony SIWZ i po trzykrotnym wezwaniu o wyjaśnienie i uzupełnienia, dokonał zmiany jego oceny w instytucji wykluczenia. Odnosząc się do powyższego, odwołujący zwracał uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1086/09, Lex nr 519557), w którym uznano, iż *„skoro treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wymogu) nie jest do końca zrozumiała, a więc może mieć więcej niż jedną poprawną interpretację, trudno mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji”*. Ponadto, stosownie do treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 1031/09, Lex nr 5139650) *„w związku z tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, to z nieprecyzyjnych zapisków SIWZ i niepoprawnych językowo Zamawiający nie ma praw wywodzić ujemnych skutków dla wykonawców”*. Uwzględniając powyższe okoliczności, wobec faktu nieuzasadnienia przez zamawiającego rzekomego niespełniania warunku doświadczenia w ofercie odwołującego należy domniemywać, iż wymogi określone w SIWZ w przedmiotowym zakresie były niejasne i mogły mieć więcej niż jedną poprawną interpretację. Odwołujący podnosił, że zamawiający z pełną premedytacją przekręca słowa odwołującego w wyjaśnieniu dokumentów dotyczących zasobu, gdzie odwołujący stwierdził, że podmiot zasób musi brać udział w realizacji

zamówienia i w uzupełnieniu to wskazał, zgodnie z zasadą wynikająca z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp. Tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do wykluczenia odwołującego z postępowania. Odwołujący zwracał uwagę na aktualne orzecznictwo w tym zakresie Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący podkreślał, że jego oferta jako w pełni ważna winna podlegać rozpatrywaniu i brać udział w punktacji (rankingu ofert) zmierzającym do wyłonienia najkorzystniejszej oferty. Wskazywał, że to jego oferta jest najkorzystniejsza w ramach określonego kryterium oceny ofert.

Wskazane wyżej czynności zamawiającego naruszyły jego interes - zamawiający w toku postępowania swoim zaniechaniem i swoimi wadliwymi czynnościami, naruszył przepisy ustawy Pzp, co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania stron postępowania. Podnosił ponadto, iż powyższe narusza także dobre imię odwołującego i naraża go na utratę sporych korzyści. Wskazywał na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, mogących zrealizować dane zamówienie publiczne zgodnie z prawnymi wymogami zamawiającego oraz naruszenie zasady obiektywizmu i bezstronności.

Z powyższych względów odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności badania ofert, w następstwie której nastąpi przywrócenie oferty odwołującego do postępowania,
- 2) powtórzenia czynności oceny (punktacji ofert), tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do oferty odwołującego,
- 3) wskazanie wyniku postępowania na ofertę odwołującego,
- 4) równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji

W dniu 3 marca 2011 r. zamawiający wezwał wykonawców w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego i przekazał kopię odwołania. W dniu 4 marca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło faxem zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez wykonawcę Elektro-Instal sp. z o.o., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Nakielska 35, w którym wykonawca wskazywał, iż posiada interes w przystąpieniu, ponieważ jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W dniu 9 marca 2011 r. powyższe zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w oryginale (nadane listem poleconym w dniu 4 marca 2011 r. w placówce pocztowej operatora publicznego). W dniu 7 marca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe

Synkret sp. z o.o., 41-909 Bytom, ul. Szyby Rycerskie 22k (wpływ bezpośredni), w którym wykonawca wskazywał, iż jego interes we wniesieniu przystąpienia polega na tym, iż w przypadku uwzględnienia odwołania czynności zamawiającego zostałyby powtórzone lub unieważnione. Podnosił, iż zarzuty i twierdzenia odwołującego są bezzasadne. Zgłoszenie przystąpienia w obu przypadkach zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji zgodnie z odpisami z KRS załączonymi do zgłoszeń przystąpienia, a kopie zostały przekazane zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 14 marca 2011 r. zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej faxem pismo zawierające opozycję przeciwko przystąpieniu wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe Synkret sp. z o.o, wskazując, iż nie ma on interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego (strony do której przystępuje). Jego oferta sklasyfikowana została obecnie na drugim miejscu, tym samym oddalenie odwołania nie wpływa jego pozycję w postępowaniu i możliwość uznania jej za najkorzystniejszą. W jego ocenie interes, o którym mowa w art. 185 ust. 4 ustawy Pzp winien być zindywidualizowanym interesem przystępującego, co w niniejszym przypadku nie ma miejsca. Podtrzymał opozycję na posiedzeniu przed Izbą i złożył w oryginale pismo przesłane faxem. Na posiedzeniu opozycję przeciwko przystąpieniu wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe Synkret sp. z o.o. zgłosił także odwołujący, przychylając się do argumentacji zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 5 lit. c) SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” o zamówienie publiczne mogli ubiegać się Wykonawcy, którzy udokumentują wykonanie tj. zakończenie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej jednej roboty budowlanej odpowiadającej przedmiotowi niniejszego zamówienia, tj. robót związanych z wykonaniem kanalizacji sanitarnej o wartości co najmniej 4.000.000 PLN (brutto). W pkt 6 „Oświadczenia i dokumenty, jakie muszą dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” wskazano na przedłożenie sporządzonego przez Wykonawcę wykazu zrealizowanych robót” (*wg załącznika nr 3 do SIWZ*), wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert. Wykaz musiał zawierać: nazwę i lokalizację budowy, opis wykonanych robót wraz z ich zakresem, termin rozpoczęcia i zakończenia realizacji robót, wartość brutto zrealizowanych robót, nazwę, adres i telefon zamawiającego. Ponadto w pkt 6 Uwaga 1 SIWZ wskazano, że zgodnie z art. 26 ust. 2b

ustawy Pzp Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia 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, tj. przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Załącznik nr 5 do SIWZ określał wykaz podmiotów (podwykonawców), które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia z podaniem nazwy podmiotu oraz zakresu czynności powierzonych do wykonania.

Odwołujący w złożonej przez siebie ofercie przedłożył na potwierdzenie warunku określonego w pkt 5 lit. c) SIWZ wykaz robót, w którym wskazał robotę budowlaną wykonaną na rzecz Miasta Będzin dotyczącą gospodarki wodno-ściekowej w Będzinie – etap III zadania nr 7, 8, 9, 10, 17 i 18 wraz z listem referencyjnym wystawionym dla Energopol-Południe S.A. Ponadto zawarł oświadczenie spółki Energopol - Południe S.A. o oddaniu do dyspozycji odwołującemu niezbędnych zasobów (tj. referencji) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. W wykazie podmiotów (podwykonawców), które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wskazał jedynie podmiot Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „GROTEX” sp. z o.o. w zakresie instalacji elektrycznych. Zamawiający pismem z dnia 20 stycznia 2011 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w jaki sposób odwołujący korzystał będzie z zasobów Energopol - Południe S.A. i jak zamawiający ma interpretować oświadczenie tego podmiotu o oddaniu do dyspozycji zasobów (tj. referencji), wyznaczając mu termin do 26 stycznia 2011 r. W odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 25 stycznia 2011 r. odwołujący poinformował, iż spółka Energopol – Południe S.A. będzie realizowała przedmiot zamówienia publicznego jako podwykonawca robót kanalizacyjnych – etap I. W oparciu o powyższe wyjaśnienia zamawiający pismem z dnia 3 lutego 2011 r. wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających powyższe oświadczenie odwołującego. Zamawiający stwierdził, iż w załączonym do oferty oświadczeniu spółka Energopol – Południe S.A. zobowiązał się jedynie do udostępnienia referencji. Zamawiający wskazywał, iż oczekuje dokumentów potwierdzających zawarte porozumienie w sprawie podwykonawstwa lub innych, precyzujących zakres, w jakim spółka Energopol – Południe S.A. zgodziła się uczestniczyć w realizacji zadania. Termin na uzupełnienie dokumentów wyznaczono na 8 lutego 2011 r. Pismem z dnia 8 lutego 2011 r. odwołujący poinformował, iż zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek żądania wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Na etapie wyboru oferty zamawiający nie może

natomiast wymagać od wykonawcy umów łączących go z podwykonawcami. Załączył oświadczenie Energopol – Południe S.A., w którym podmiot ten oświadczał, że stosownie do treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zobowiązuje się do oddania odwołującemu do dyspozycji zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem (przytoczono jego nazwę) w zakresie wiedzy i doświadczenia. Określono rodzaj roboty budowlanej – budowa sieci kanalizacyjnej sanitarnej i deszczowej, wodociągowej, roboty drogowe – odtworzenie nawierzchni dróg - oraz wskazał inwestycję powoływaną uprzednio w wykazie robót załączonym do oferty. Zamawiający pismem z dnia 16 lutego 2011 r. (omyłkowo w piśmie 2010 r.), w związku z powoływaniem się na potencjał osób trzecich, wzywał do uzupełnienia w stosunku do podmiotu wskazywanego jako zasób: aktualnego odpisu z właściwego rejestru, aktualnego zaświadczenia z US i ZUS (w oparciu o pkt III4.2. ogłoszenia o zamówieniu). Odwołujący w wyznaczonym terminie uzupełnił wymagane dokumenty. Zamawiający pismem z dnia 24 marca 2011 r. poinformował o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, ponieważ nie wykazał, że posiada odpowiednie doświadczenie wymagane przez zamawiającego. Odwołujący złożył oświadczenie Energopol – Południe S.A. zawierające jedynie deklarację udzielenia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, co nie jest równoznaczne z oświadczeniem w zakresie wzięcia udziału w realizacji zamówienia. Zamawiający uzasadniał, iż złożone wyjaśnienia nie są wystarczające dla uznania, że odwołujący rzeczywiście dysponuje zasobami Energopol – Południe S.A. Powyższe z kolei oznacza, iż w przedmiotowej sprawie wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a wobec tego powinien być z niego wykluczony.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, uiszczono od niego wpis, jak również nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania określone ustawą Pzp. Izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania z powołaniem się na okoliczność, iż wniesione zostało przez podmiot nieuprawniony, co wyczerpywałoby przesłankę, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp. Uzasadniając swój wniosek zamawiający wskazywał, iż wadium złożone przez odwołującego w formie gwarancji ubezpieczeniowej utraciło ważność dnia 5 marca 2011 r. Odwołujący nie przedłużył ważności wadium, a zatem utracił status wykonawcy w postępowaniu. Zamawiający wyjaśnił, że nie dokonał zwrotu ani zatrzymania wadium odwołującemu. Izba nie uznała zasadności argumentacji zamawiającego. Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 46 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający jest zobowiązany do zwrotu wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu

postępowania z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, jak również z wyjątkiem przypadku określonego w ust. 4a, a zatem wykonawcom, którym zatrzymał wadium zgodnie z tym przepisem. Z oświadczenia zamawiającego wynika, że nie zatrzymał on wadium w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, ale również nie dokonał jego zwrotu. W sposób nieprawidłowy wypełnił zatem dyspozycję art. 46 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli bowiem uznawał, że zaistniała przesłanka zatrzymania wadium zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, to winien był wadium zatrzymać. Jeżeli natomiast oceniał, że nie zaistniała przesłanka do zatrzymania wadium, winien był je zwrócić. Art. 46 ust. 1 ustawy Pzp nie upoważnia zamawiającego do wstrzymania się ze zwrotem wadium wykonawcy, którego wykluczył z postępowania do upływu terminu na wniesienie odwołania czy też wydania orzeczenia przez Izbę w przypadku, gdy wykonawca skorzystał z drogi odwoławczej, w celu, jak podnosił zamawiający, zabezpieczenia możliwości zatrzymania wadium. Przepis ten nie nakłada też na wykonawcę, którego oferta nie została wybrana obowiązku przedłużenia ważności wadium, jeżeli zamierza wnieść odwołanie. Przepis art. 184 zd. drugie ustawy Pzp przewiduje, że jeżeli odwołanie wniesiono po wyborze najkorzystniejszej oferty, wezwanie do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy zamawiający kieruje wyłącznie do wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. Tym samym okoliczność, że ważność wadium wygasła po wniesieniu odwołania jest bez znaczenia dla oceny uprawnienia do jego wniesienia.

Izba nie dopuściła do postępowania odwoławczego żadnego ze zgłaszających przystąpienie. W odniesieniu do Elektro-Instal sp. z o.o. Izba uznała, iż zgłoszenie przystąpienia we właściwej formie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z uchybieniem terminu przewidzianego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wymaga aby zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania. W stanie faktycznym niniejszej sprawy winno ono wpłynąć najpóźniej do dnia 7 marca 2011 r. Wpłynęło natomiast w dniu 9 marca 2011 r., a zatem z naruszeniem ustawowego terminu. Wniesienie zgłoszenia przystąpienia w terminie ustawowym faksem i nadanie go w tym terminie listem poleconym w placówce operatora publicznego nie jest wystarczające dla uznania, iż zostało doręczone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgodnie z wymaganiami art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Powyższe stanowisko potwierdza również § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280), który dopuszcza przesyłanie faksem bądź drogą elektroniczną korespondencji w sprawie

odwoławczej kierowanej przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby oraz korespondencji kierowanej przez Izbę, za wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Tym samym forma faksu nie jest wystarczająca dla zachowania skuteczności zgłoszenia przystąpienia. Podobnie nadania listem poleconym nie można utożsamiać ze skutkiem doręczenia, ponieważ brak jest przepisu w ustawie Pzp, który upoważnia do takiego wniosku. Powyższy skutek został zniesiony również dla wniesienia odwołania. Jedynie w przypadku skargi na orzeczenie Izby dotrzymanie terminu wniesienia skargi możliwe jest przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego, co zostało wyraźnie w ustawie Pzp przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp).

W odniesieniu do zgłaszającego przystąpienie wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego Synkret sp. z o.o. Izba uwzględniła opozycje zgłoszone przez zamawiającego i odwołującego, uznając, iż zgłaszający opozycje uprawdopodobnili, że wykonawca ten nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego (tj. strony do której przystąpił). Oddalenie odwołania nie wpłynie w żaden sposób na możliwość uzyskania przez niego zamówienia. Jego oferta została sklasyfikowana na pozycji drugiej, tym samym orzeczenie korzystne dla zamawiającego pozostaje bez wpływu na jego pozycję w rankingu ofert. Oznacza bowiem potwierdzenie prawidłowości czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że odwołujący – jako wykonawca, który złożył najtańszą ofertę (jedyne kryterium – cena) – spełnia określone 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 w postaci pobawienia możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołanie podlega oddaleniu. Izba dała wiarę wyjaśnieniom i stanowisku przedstawionemu przez zamawiającego, uznając je za spójne i logiczne. Zamawiający słusznie uznał, iż odwołujący nie udowodnił zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, tj. spółki Energopol-Południe S.A. w zakresie wiedzy i doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie. Odwołujący nie wykazał w sposób przekonujący, że podmiot ten uczestniczył będzie w realizacji zamówienia, pomimo, iż na takie uczestnictwo się powoływał. Tym samym zasadne było wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp oraz odrzucenie jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Uzasadniając powyższe, należy stwierdzić, iż odwołujący w treści oferty zawarł oświadczenie spółki Energopol - Południe S.A., iż podmiot ten oddaje do dyspozycji odwołującemu niezbędne zasoby (tj. referencje) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, nie wskazując jednak sposobu korzystania z tych zasobów w trakcie realizacji zamówienia. Równocześnie w załączonym do oferty wykazie podmiotów (podwykonawców), które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia Energopol - Południe S.A. nie został wskazany.

Zasadnym było zatem dociekanie przez zamawiającego, jak należy interpretować oświadczenie Energopol - Południe S.A. o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów określonych jako referencje. Same referencje nie mogą być bowiem traktowane jako zasób podlegający udostępnieniu. Z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wynika bowiem, że udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, szczególnie takich, które nierozdzielnie związane są z podmiotem udostępniającym (takim zasobem z pewnością jest wiedza i doświadczenie) musi mieć charakter realny, tj. gwarantować faktyczne przekazanie zasobu i łączyć się z określonym zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w wykonywanie zamówienia (tak samo stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 marca 2011 r. sygn. akt KIO 356/11). Należy stwierdzić, iż powyższe nie było zresztą przedmiotem sporu pomiędzy stronami, ponieważ odwołujący nie kwestionował konieczności uczestnictwa w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i na takie uczestnictwo w formie podwykonawstwa się powoływał. Odwołujący w piśmie z dnia z dnia 25 stycznia 2011 r. oświadczył (w formie oświadczenia własnego), iż Energopol - Południe S.A. będzie podwykonawcą robót kanalizacyjnych. Na stosunek podwykonawstwa konsekwentnie powoływał się w odwołaniu, podnosząc, iż wskazał Energopol - Południe S.A. jako podwykonawcę w wyjaśnieniu złożonym na wezwanie zamawiającego (w odwołaniu określił to jako uzupełnienie) zgodnie z zasadą wynikającą z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp. Także na rozprawie przed Izbą podtrzymał swoje stanowisko odnośnie istniejącego podwykonawstwa, uznając, iż zmiana pierwotnego oświadczenia była możliwa w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a oświadczenie w tej mierze uczynione w piśmie z dnia 25 stycznia 2011 r. wraz z oświadczeniem Energopol - Południe S.A. zbieżnym z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wystarczające dla potwierdzenia relacji podwykonawstwa. W ocenie Izby stanowisko to jest niezasadne i nie można uznać, aby odwołujący udowodnił, iż Energopol - Południe S.A. uczestniczyć miał w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Przede wszystkim podmiot ten nie został wskazany jako podwykonawca w pierwotnej treści oferty, pomimo iż obowiązek taki wynika bezpośrednio z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący zrealizował zresztą ten obowiązek, składając wykaz podmiotów (podwykonawców), które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia zgodnie z

formularzem zawartym w załączniku nr 5 do SIWZ, jednak nie wymienił w nim Energopol - Południe S.A. jako podwykonawcy, pomimo że równocześnie do oferty załączone zostało oświadczenie Energopol - Południe S.A. o oddaniu do dyspozycji zasobów. Późniejsze oświadczenie odwołującego, złożone już po terminie otwarcia ofert, nie mogło skutecznie zmienić (uzupełnić) treści oferty w tym zakresie, ponieważ winno być kwalifikowane jako niedozwolona zmiana istotnej treści oferty.

Wbrew twierdzeniom odwołującego podstawą do takiej zmiany (uzupełnienia) nie może być ani art. 26 ust. 4 ani art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepisy te odnoszą się jedynie do oświadczeń i dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a oświadczenie dotyczące powierzenia części zamówienia podwykonawcom nie jest oświadczeniem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto art. 26 ust. 4 ustawy Pzp reguluje wyłącznie obowiązek prowadzenia wyjaśnień w zakresie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i nie przewiduje trybu ich zmiany (uzupełnienia). Właściwą regulacją jest wówczas art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak jednak wyżej wskazano, żaden z tych przepisów nie dotyczy oświadczenia o powierzeniu realizacji części zamówienia podwykonawcom. Wprowadzenie nowego podwykonawcy, nie wskazanego wcześniej w treści oferty, stanowi zatem, w ocenie Izby, niedopuszczalne przepisami ustawy Pzp, uzupełnienie treści oferty i zmianę określonego w ofercie sposobu realizacji zamówienia. Ponadto oświadczenie to nie znalazło odzwierciedlenia w treści żadnego z oświadczeń Energopol - Południe S.A. – ani tego załączonego do oferty ani kolejnego, przedłożonego wraz z pismem z dnia 8 lutego 2011 r. w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów. Nie jest zatem uprawnione twierdzenie, jak podnosił na rozprawie odwołujący, iż łączne rozpatrywanie przedłożonych oświadczeń i dokumentów pozwala na jednoznaczne potwierdzenie charakteru stosunku prawnego łączącego odwołującego i podmiot udostępniający zasób jako podwykonawstwa.

Odwołujący nie wykazał także żadnej innej relacji, na podstawie której miałyby dojść do udostępnienia zasobów. Potencjalnie mógł bowiem wywodzić, przedstawiając na to stosowną argumentację i dowody, iż stosunek podwykonawstwa był przez niego wskazywany nie tyle w znaczeniu, jakie przypisuje mu art. 36 ust. 4 ustawy Pzp czy przepisy kodeksu cywilnego dotyczące umowy o roboty budowlane, lecz jako określenie odnoszące się do ustalonych zasad współpracy przy realizacji zamówienia w związku z udostępnionym zasobem w postaci wiedzy i doświadczenia. Izba stoi bowiem na stanowisku, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia możliwe jest w różnych formach, nie tylko w charakterze podwykonawcy, ale również przekazania np. know-how, konsultacji, doradztwa, co nie jest tożsame z udziałem w realizacji zamówienia sensu stricto (jako podwykonawca). Izba podziela stanowisko wyrażone w powoływanym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z

dnia 8 marca 2011 r. sygn. akt KIO 356/11, iż: *„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. Niewykluczone są więc, zdaniem Izby, sytuacje, w których realne przekazanie potencjału zostanie zagwarantowane właśnie poprzez podwykonawstwo. Izba nie podzieliła jednak stanowiska, że brak podwykonawstwa jednoznacznie przesądza o bezwzględnej niemożliwości udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot. W przedmiotowym postępowaniu, w którym przedmiotem zamówienia są złożone roboty budowlane, za formę w najwyższym stopniu gwarantującą faktyczne udostępnienie wiedzy i doświadczenia, należałoby uznać podwykonawstwo. Nie można jednak z góry – bez analizy konkretnej formy przekazania wiedzy i doświadczenia – przesądzić, że każdy inny sposób tego przekazania jest wykluczony.”* Na taką możliwość wskazywał zresztą i sam zamawiający, stwierdzając w wezwaniu z dnia 3 lutego 2011 r., iż oczekuje dokumentów potwierdzających porozumienie w sprawie podwykonawstwa lub innych precyzujących zakres, w jakim spółka Energopol - Południe S.A. zgodziła się uczestniczyć w realizacji zadania. Żadne tego typu dowody wskazujące jednoznacznie na zasady uczestnictwa Energopol - Południe S.A. w wykonaniu zamówienia, w stosunku do którego zobowiązał się udostępnić swoje zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, nie zostały wskazane. Odwołujący ograniczył się do uwagi, iż w oparciu o art. 36 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek żądania wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, natomiast na etapie wyboru oferty zamawiający nie może wymagać od wykonawcy umów łączących go z podwykonawcami. Załączył jedynie dodatkowe oświadczenie Energopol - Południe S.A., z którego jednak, w ocenie Izby, nie można wywieść, w jaki sposób Energopol - Południe S.A. uczestniczyć będzie w wykonaniu zamówienia. Stanowi ono odzwierciedlenie treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wraz ze wskazaniem inwestycji spełniającej wymóg SIWZ oraz, jak się wydaje, zakresu wiedzy i doświadczenia udostępnianego przez Energopol - Południe S.A. (określenie rodzaju roboty budowlanej – budowa sieci kanalizacyjnej, sanitarnej i deszczowej, wodociągowej, roboty drogowe – odtworzenie nawierzchni dróg). De facto jest to powtórzenie informacji zawartej w wykazie wykonanych robót (rozszerzone o sprecyzowanie rodzaju roboty budowlanej, do której odnosi się udostępniana wiedza i doświadczenie) połączone z oświadczeniem odpowiadającym treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Określenie rodzaju roboty budowlanej – budowa sieci kanalizacyjnej, sanitarnej i deszczowej, wodociągowej, roboty drogowe – odtworzenie nawierzchni dróg – jest ogólne i nie zostało powiązane w żaden sposób z formą uczestnictwa podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji przedmiotowego zamówienia. Uwzględniając treść referencji załączonej do oferty dotyczącej inwestycji wskazanej w wykazie robót może być

ono odczytane jako uszczegółowienie zakresu wiedzy i doświadczenia nabytego poprzez realizację powyższego zadania inwestycyjnego, a nie zakres, w jakim Energopol – Południe S.A. uczestniczyć będzie w realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem.

W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca powołujący się na zasoby innych podmiotów, może wykazać dysponowanie nimi w szczególności poprzez złożenie zobowiązania podmiotów do oddania mu do dyspozycji tych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Przepis ten nie określa minimalnej treści takiego zobowiązania, niemniej jednak wynika z niego konieczność udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Należy zatem uznać, że skoro musi to być zobowiązanie do realnego przekazania, połączonego z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia, to forma ta winna zostać określona już w treści tego zobowiązania. Nie jest zatem wystarczające ogólne odwołanie się do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, o ile z jego treści nie da się wywieść, jaki będzie ustalony przez strony faktyczny udział podmiotu trzeciego w odniesieniu do realizacji zamówienia.

Złożone przez odwołującego oświadczenie podmiotu trzeciego nie określa w żaden sposób formy udostępnienia zasobów, w tym w odniesieniu do udziału w realizacji robót kanalizacyjnych wskazywanych przez odwołującego. Należy je więc uznać za niewystarczające w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jako dowód realnego oddania przez podmiot udostępniający swojego potencjału do dyspozycji wykonawcy. Nie wynika z niego bowiem jednoznacznie, do czego konkretnie zobowiązuje się podmiot, który złożył oświadczenie. Na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia i bez znaczenia jest okoliczność, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie określa treści zobowiązania podmiotu trzeciego oraz że zamawiający w SIWZ nie zamieścił żadnych wymagań dotyczących sposobu wykazania dysponowania zasobami innego podmiotu i nie zobowiązał wykonawców do wskazania formy przekazania tych zasobów do dyspozycji, odwołując się jedynie do przedstawienia pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Brak szczegółowych wymagań nie oznacza bowiem całkowitej dowolności wykonawcy i przyjęcia przez niego, iż oświadczenie powtarzające treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wystarczające dla udowodnienia dysponowania potencjałem niezbędnym do realizacji zamówienia. Jeżeli zatem w treści zobowiązania brak jest jednoznacznej informacji o zaangażowaniu podmiotu udzielającego doświadczenia w realizację zamówienia i sposobu korzystania w trakcie jego realizacji z udostępnionych zasobów, w ocenie Izby, zamawiający jest uprawniony do uznania, iż wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, który

przedkłada tego typu zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem i nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe, w stanie faktycznym niniejszej sprawy zamawiający zasadnie uznał, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Niezależnie bowiem od wskazanej niedopuszczalnej istotnej zmiany treści oferty polegającej na rozszerzeniu w wyniku wyjaśniania/uzupełniania dokumentów zakresu robót powierzanych podwykonawcy i zakładając możliwość przekazania wiedzy i doświadczenia w przypadku niniejszego zamówienia bez uczestnictwa w wykonaniu przedmiotu umowy w charakterze podwykonawcy w ścisłym tego słowa znaczeniu, nie można uznać, że odwołujący skutecznie powołał się na zasoby innego podmiotu, a tym samym wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. O niewykazaniu spełnienia tych warunków przesądziło przede wszystkim niewystarczające wykazanie, czy i jak przekazanie zasobów nastąpi. Odwołujący nie zdołał bowiem potwierdzić ani podwykonawstwa ani żadnego innego stosunku prawnego, w oparciu o który nastąpić miało rzeczywiste udostępnienie wiedzy i doświadczenia, a nie jedynie referencji.

W związku z tym, że wykonawca był już raz wezwany przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, Izba uznała – zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa – że brak jest podstaw do ponownego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Należy zatem stwierdzić, że niewykazanie przez odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma charakter ostateczny, niemożliwy do usunięcia.

W związku z powyższym, nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b, art. 89 ust. 1 pkt 5) i art. 91 ustawy Pzp.

Naruszenie art. 90 ustawy Pzp wskazane w treści odwołania powołane zostało zapewne omyłkowo, gdyż w odwołaniu brak jakiegokolwiek uzasadnienia dla zarzucanego naruszenia oraz pozostaje ono bez związku z podstawą wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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 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), uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w maksymalnej kwocie 3.600 zł na podstawie faktury przedłożonej do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....