

Sygn. akt: KIO 1267/14

WYROK
z dnia 10 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **Carbosort Sp. z o.o., 44 - 200 Rybnik, ul. Jankowicka 2** w postępowaniu prowadzonym przez **Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A., 41 - 014 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 207**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu w części II zamówienia: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., 41 - 014 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 207 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Carbosort Sp. z o.o., 44 - 200 Rybnik, ul. Jankowicka 2 tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A., 41 – 014 Bytom, ul. Strzelców Bytomskich 207 na rzecz Carbosort Sp. z o.o., 44 - 200 Rybnik, ul. Jankowicka 2 kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na zakup węgla w 2014 roku. Postępowanie prowadzone jest z podziałem na dwie części zamówienia. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 marca 2014 roku pod poz. 2014/S 049-081168.

W dniu 20 czerwca 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w zakresie części II zamówienia odwołanie złożone przez Carbosort Sp. z o.o. (dalej odwołujący) od czynności z dnia 11 czerwca 2014 roku polegających na: wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wojciecha Woźniaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Woźniak Wojciech Firma Handlowo - Usługowa Medex oraz wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzuciła zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz 24 ust. 2 pkt 4 i wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert i wybór oferty odwołującego. Nie zgadzając się ze stanowiskiem zamawiającego dotyczącym wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, odwołujący podniósł, że zobowiązanie złożone przez Towarzystwo Gospodarcze FLINT Sp. z o.o. w którym podmiot ten zobowiązuje się do udostępnienia wiedzy i doświadczenia „poprzez sprawowanie stałego nadzoru nad prawidłowością wykonywanych czynności, doradztwie technicznym i wszelkiej innej pomocy umożliwiającej osobiste wykonanie zamówienia przez wykonawcę (...)” jest prawidłowe i wystarczające. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, nie kwestionował elementów oświadczenia dotyczących zakresu udzielonych zasobów, charakteru stosunku łączącego strony oraz zakresu i okresu udziału Udostępniającego w postępowaniu. Zakwestionował sposób wykorzystania tych zasobów jako nie gwarantujący udziału w realizacji przedmiotu zamówienia, oceny tej jednak zamawiający dokonał w sposób wybiórczy i niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Zamawiający poddał analizie wyłącznie element związany z doradztwem, nie odniósł się do czynności polegających na „nadzorze i wszelkiej pomocy”. Odwołujący wyjaśnił, że nadzór oznacza kontrolę połączoną z możliwością wydawania wiążących poleceń odnośnie dalszego procesu czy postępowania. Już sama kontrola, a szczególnie nadzór wiąże się z co najmniej aktywnym udziałem i podejmowaniem czynności mających na celu usunięcie ewentualnych nieprawidłowości, a przez to poprawę funkcjonowania nadzorowanego działania. Pojęcie „wszelka pomoc” nie jest na tę chwilę możliwe do zdefiniowania, gdyż dotyczy zdarzeń przyszłych i niepewnych, przynajmniej na

ten moment nie podlegających sprecyzowaniu. Przedmiot zamówienia w części II dotyczy zakupu węgla, jego dostawy do składowisk, a następnie wydawania go osobom upoważnionym (z ważeniem i załadunkiem) i wystawieniem dokumentów dostawy wyrobów węglowych oraz dokonywaniem czynności administracyjno – rozliczeniowych. Działania te nie mają charakteru skomplikowanego, sprawdzają się do cyklicznego powtarzania stałych, wręcz mechanicznych czynności. Sprawna realizacja przedmiotu zamówienia sprowadza się do wprowadzenia właściwego schematu realizacyjnego i jego bieżącej kontroli połączonej z korygowaniem ewentualnych zauważonych błędów. Stąd też duże znaczenie ma nadzór sprawowany przez Udostępniającego, który przez wiedzę i doświadczenie już na etapie organizacji systemu pracy pomoże zbudować właściwy schemat realizacyjny, a następnie procedury te weryfikując i modyfikując. Pierwszą czynnością podejmowaną przy udziale Udostępniającego będzie opracowanie procedury reklamacji, która musi być przedłożona zamawiającemu przed zawarciem umowy. Zamawiający pominął aspekt stopnia złożoności zamówienia, a przywołane przez niego orzeczenie odnosi się do działania dużo bardziej skomplikowanego, wymagającego wiedzy specjalistycznej. Złożone przez odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego ma charakter skonkretyzowany i nie budzący żadnych wątpliwości co do charakteru i udziału podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotu umowy. Kwestia udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia nie zawsze musi wiązać się z udziałem podmiotu udostępniającego w realizacji przedmiotu zamówienia. Na poparcie powołał orzeczenie KIO z dnia 6 grudnia 2013 roku.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy, przekazanej przez zamawiającego oraz biorąc po uwagę stanowiska stron postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pkt 5.3 siwz zamawiający podał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy którzy m.in. wykażą się należytych wykonaniem głównych dostaw w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - w tym co najmniej jedną dostawą w ramach jednej umowy polegającą na dostawie węgla o wartości minimum część II – 8 000 000 zł wraz z dowodami realizacji wszystkich dostaw ujętych w wykazie. W ppkt 4 zamawiający dopuścił możliwość polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych 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, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z

nich przy wykonywaniu zamówienia. Jeżeli wykonawca, wykazując spełniania warunku polega na zasobach innych podmiotów, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, obowiązany jest przedłożyć dokumenty dotyczące:

1. zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
2. sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia,
3. charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
4. zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę prac związanych z rozmieszczeniem składowisk (punktów wydawania węgla) i instalacją urządzeń do załadunku i ważenia węgla, w ramach zamówienia na dostawy węgla, zgodnie z art. 36 a ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Celem potwierdzenia spełniania powyższych wymagań, odwołujący złożył wraz z ofertą oświadczenie z dnia 8 maja 2014 roku, w którego treści podmiot – Towarzystwo Gospodarcze FLINT Sp. z o.o., stosownie do treści art. 26 ust. 2 b ustawy PZP, zobowiązał Asię do oddania wykonawcy do dyspozycji zasoby wiedzy i doświadczenia potwierdzonego referencjami udostępnionymi wykonawcy oraz poprzez sprawowani Wyżej określone zasoby zostaną udostępnione wykonawcy w ten sposób, że Towarzystwo Gospodarcze FLINT Sp. z o.o. na podstawie umowy zawartej w wykonawcą pełniło będzie stały nadzór nad czynnościami wykonawcy, doradztwo techniczne i świadczyło inne usługi niezbędne do wywiązywania się przez wykonawcę z wszelkich obowiązków wynikających z umowy zawartej w postępowaniu przetargowym na czas realizacji przedmiotowego przetargu tj. na okres nie krótszy niż do dnia 31 grudnia 2014 roku, gwarantując wykonawcy niezakłócony dostęp do tych zasobów przez cały okres realizacji przedmiotowego przetargu. Jednocześnie zawarto zobowiązanie, że ww stosunek prawny łączący firmy nie zostanie rozwiązany z jakiegokolwiek powodu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania. Ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dopuszcza możliwość polegania przez wykonawcę na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Kwestie związane z udostępnieniem zasobów podmiotu trzeciego i dokumentami, jakich może żądać zamawiający w sytuacji polegania przez wykonawcę na zasobach podmiotu trzeciego na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp zostały dodatkowo w § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Korzystając z tego uregulowania zamawiający żądał w siwz przedstawienia dokumentów dotyczących: zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę, przy wykonaniu zamówienia; charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem; zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia

Nie ulega wątpliwości Izby, że skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego wymaga udowodnienia przez wykonawcę, że wykonawca ten będzie nimi dysponował w trakcie realizacji zamówienia a także tego, że udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia będzie realny (rzeczywisty). Udowodnienie dysponowania wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 2 - 4 ustawy Pzp zasobami może mieć różną postać oraz treść - stosownie do rodzaju zasobu a także stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu jak i charakteru i zakresu porozumienia pomiędzy tymi podmiotami. Zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu - wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia a także inne istotne okoliczności, w tym,

wynikające ze specyfiki tego zasobu i wymagane treścią siwz. Zgodzić się należy także z poglądami orzecznictwa i doktryny, że w sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym czy zasoby niemożliwe do samodzielnego obrotu, zobowiązanie podmiotu trzeciego winno wyraźnie wskazywać na zakres i charakter uczestnictwa tego podmiotu w realizacji samego przedmiotu zamówienia. Uczestnictwo to może przybrać dowolną, dozwoloną prawem postać: np. podwykonawstwo, doradztwo czy konsultacje, nadzór. W sytuacji, gdy przedmiotem udostępnienia są zasoby wiedzy i doświadczenia niewątpliwie koniecznym jest osobisty udział podmiotu udostępniającego w realizację zamówienia. Ocenę zobowiązania podmiotu trzeciego należy odnosić ściśle do charakteru, złożoności i stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia.

Odnosząc powyższe rozważania na grunt rozpatrywanego stanu faktycznego, wskazać należy, że istota sporu między stronami sprowadza się do oceny złożonego przez odwołującego wraz z ofertą zobowiązania z dnia 8 maja 2014 roku do udostępnienia odwołującemu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia przez Towarzystwo Gospodarcze FLINT Sp. z o.o. W treści zobowiązania określono sposób wykorzystania udostępnionych zasobów i zakres osobistego działania podmiotu udostępniającego w realizacji całości zamówienia. Udział ten przybrał formę stałego nadzoru nad prawidłowością wykonywanych czynności, doradztwie technicznym i wszelkiej innej pomocy umożliwiającej osobiste wykonanie zamówienia przez wykonawcę. Zobowiązanie to ma zatem charakter realny, podmiot udostępniający zobowiązał się do pełnienia funkcji kontrolnych, doradztwa technicznego nad realizacją zamówienia, zatem będzie brał czynny, osobisty udział w realizacji zamówienia. Zważyć także należy, że przedmiotem zamówienia jest wykonywanie nieskomplikowanych czynności powtarzalnych, polegających na zakupie węgla, jego dostawie do składowisk, wydawaniu go osobom upoważnionym (ważenie, załadunek) i wystawieniu dokumentów dostawy wyrobów węglowych a następnie dokonywaniu czynności administracyjno - rozliczeniowych. Zgodzić się należy z odwołującym, że sprawna realizacja przedmiotu zamówienia sprowadza się do wprowadzenia właściwego schematu realizacji umowy i jego bieżącej kontroli. Stąd też duże znaczenie ma nadzór nad realizacją zadania sprawowany przez podmiot udostępniający.

Podsumowując, w świetle złożonego przez odwołującego zobowiązania podmiotu trzeciego do udzielenia zasobów wiedzy i doświadczenia oraz wyjaśnień z dnia 4 czerwca 2014 roku Towarzystwa Gospodarczego FLINT Sp. z o.o., należało uznać, że odwołujący, wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia, udowodnił bowiem, że faktycznie przy wykonywaniu zamówienia będzie dysponował zasobem należącym do podmiotu trzeciego, a podmiot trzeci będzie osobiście uczestniczył w realizacji zamówienia w charakterze doradcy, pełnienia funkcji nadzoru nad realizacją zadań.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust.1 pkt 2, § 3 i § 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: