

Sygn. akt: KIO 219/17

POSTANOWIENIE
z dnia 15 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Chudzik**
Członkowie: **Katarzyna Brzeska**
 Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: **Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 15 lutego 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2017 r. przez **H.S. Sp. z o.o. z siedzibą w W.**,

w postępowaniu prowadzonym przez **S.P.Z.O.Z.W-U.**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **I. Sp. z o.o. z siedzibą w K.**, **N.S. Sp. z o.o. z siedzibą w K.**, **M. Sp. z o.o. z siedzibą w K.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża H.S. Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie –

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – S.P.Z.O.Z.W-U. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługi sprzątnia w placówkach SPZOZ W-U.*

W dniu 1 lutego 2017 r. wykonawca H.S. Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec wykluczenia go z postępowania po bezpodstawnym wezwaniu do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem albo zobowiązania się do osobistego wykonania części zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 21 grudnia 2016 r. Zamawiający dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, uznając, że spełnił warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, posiłkował się zdolnościami podmiotu trzeciego – P. S.p.A. z siedzibą w M.. W dniu 15 grudnia 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego, nie wskazując podstawy prawnej wystosowanego wezwania, o przedstawienie zakresu dostępnych zasobów, sposobu ich wykorzystania, zakresu i okresu udziału P. w realizacji zamówienia, jak również czy ww. podmiot zrealizuje usługi, których dotyczą zdolności w zakresie wiedzy i doświadczenia. W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z ustaleniami stron zasoby zostały udzielone w zakresie doradztwa technicznego i konsultacji, jak również obejmują podwykonawstwo w zakresie kierowania organizacją usług. Wybór oferty H.S. jako najkorzystniejszej dokonany 21 grudnia 2016 r. został zakwestionowany przez konkurencyjnego wykonawcę, który podniósł brak bezpośredniego zaangażowania P. w realizację zamówienia, jak również zaniechanie wezwania H.S. do uzupełnienia zaświadczenia o braku zaległości podatkowych wydanego dla podmiotu trzeciego. Zamawiający uwzględnił podniesione zarzuty i podjął nowe czynności w postępowaniu. W dniu 18 stycznia 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp do zastąpienia wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego P. na inny podmiot lub podmioty trzecie lub zobowiązanie się do osobistego wykonania części zamówienia powierzonej ww. podmiotowi trzeciemu wraz z wykazaniem zdolności technicznej lub zawodowej wymaganej stosownie do pkt 5 SIWZ, wyznaczając dobę na udzielenie odpowiedzi. W odpowiedzi z 19 stycznia 2017 r. Odwołujący wskazał, że wezwanie wystosowane na podstawie art. 22a ust. 6 Pzp nie powinno mieć miejsca z uwagi na konieczność wyczerpania trybu określonego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z tym oraz z uwagi na krótki termin na udzielenie odpowiedzi, zostało przedstawione

Zamawiającemu zobowiązanie podmiotu P. do udostępnienia zasobów wskazującego na udział tego podmiotu w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, jak również – dodatkowo – zaświadczenie o braku zaległości podatkowych dotyczące P.. W dniu 27 stycznia 2017 r. Zamawiający przesłał informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując na brak możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do złożonych przez Odwołującego dokumentów, co Odwołujący zakwestionował, podnosząc, że w przedmiotowej sprawie zaszał podstawa do zastosowania ww. przepisu. Wskazał, że brak doprecyzowania w treści zobowiązania P. pierwotnie złożonego Zamawiającemu, że w zakresie udostępnionych zasobów mieści się realizacja przedmiotu zamówienia oraz wyjaśnienie przedmiotowej kwestii przez Odwołującego w odpowiedzi z dnia 20 grudnia 2016 r. stanowiło nieścisłość wskazującą na obowiązek zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem dokumentów przedstawionych przez H.S. w odpowiedzi z dnia 19 stycznia 2017 r. na wezwanie Zamawiającego oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Postępowanie zostało wszczęte 2 grudnia 2016 r. (ogłoszenie nr 358046 w Biuletynie Zamówień Publicznych), w związku z tym do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, tj. z uwagi na fakt, że dotyczy ono czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, którego zarzuty Zamawiający uwzględnił.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 21 grudnia 2016 r. dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W dniu 27 grudnia 2016 r. Konsorcjum I. Sp. z o.o., N.S. Sp. z o.o., M. Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum) wniosło odwołanie wobec zaniechania wykluczenia H.S. Sp. z o.o. z postępowania. Konsorcjum podniosło, że ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż zobowiązania podmiotu trzeciego (P. S.p.A. z siedzibą w M.) do udostępnienia zasobów nie obejmują zrealizowania usługi, ani nawet żadnej formy bezpośredniego zaangażowania w jej realizację. Ponadto Konsorcjum podniosło, że wykonawca H.S. nie przedłożył wymaganych dokumentów

potwierdzających należyte wykonanie usług przez podmiot trzeci oraz dokumentów potwierdzających nieistnienie po stronie tego podmiotu podstaw do wykluczenia z postępowania. Konsorcjum sformułowało w odwołaniu żądania nakazania Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy H.S. z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu ewentualnie wezwania tego wykonawcy do przedłożenia wymaganych oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez podmiot trzeci, ewentualnie wezwania tego wykonawcy do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia i wykazania zdolności zawodowych w zakresie wymaganego doświadczenia oraz ponowienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 30 stycznia 2016 r. złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wykonawca H.S. oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec tego uwzględnienia, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 11 stycznia 2017 r. wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (sygn. akt KIO 2468/16).

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W niniejszej sprawie zarzuty odwołania dotyczą czynności zgodnych z żądaniem odwołania z 27 grudnia 2016 r., które Zamawiający uwzględnił w całości, a wykonawca H.S. nie wniósł sprzeciwu wobec tego uwzględnienia. Przedmiotem odwołania jest bowiem czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania w następstwie czynności wezwania go do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia (art. 22a ust. 6 ustawy Pzp), bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, że w odwołaniu z 27 grudnia 2016 r. Konsorcjum sformułowało żądania w następujący sposób: żądaniem głównym było nakazanie wykluczenia H.S. z postępowania, a żądaniem ewentualnym w stosunku do niego – nakazanie wezwania na podstawie art. 26 ust. 3, natomiast kolejnym żądaniem ewentualnym – nakazanie wezwania na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Istotą żądań ewentualnych jest to, że są zgłaszane na wypadek nieuwzględnienia żądania głównego, którym w tym przypadku było wykluczenie Odwołującego z postępowania. Wykonawca H.S., nie wnosząc sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Konsorcjum, godził się na

wykonanie przez Zamawiającego każdego ze zgłoszonych żądań, tak wykluczenia go z postępowania, jak i wezwania na podstawie każdej ze wskazanych podstaw prawnych.

Nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, że z uwagi na gradację żądań zgłoszonych w odwołaniu Konsorcjum, Zamawiający realizując obowiązek wykonania żądań uwzględnionego odwołania musiał wezwać do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego Konsorcjum nie sformułowało gradacji żądań w znaczeniu ich merytorycznie uzasadnionej chronologii, ale zgłosiło żądania ewentualne, tj. żądania na wypadek nieuwzględnienia żądania głównego. Jednym z tych żądań ewentualnych było właśnie wezwanie w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, co Zamawiający uczynił.

Zauważyć również należy, że jeżeli Odwołujący – co podnosił na posiedzeniu – dostrzegał niezgodność z przepisami ustawy któregoś z żądań ewentualnych, miał możliwość zgłoszenia sprzeciwu w tym zakresie. Skoro wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przysługuje prawo zgłoszenia sprzeciwu w zakresie uwzględnienia wszystkich zarzutów (art. 186 ust. 4 ustawy Pzp), to przysługuje mu również prawo zgłoszenia sprzeciwu wobec części zarzutów, z których wywodzone były żądania, z którymi się nie zgadzał (*a maiori ad minus*).

Podsumowując należy stwierdzić, że zakwestionowanie przez Odwołującego czynności były zgodne z żądaniami odwołania z 27 grudnia 2016 r., którego zarzuty Zamawiający w całości uwzględnił, czynności te nie mogą być zatem przedmiotem merytorycznego rozpoznania przez Izbę.

Nie zasługuje natomiast na uwzględnienie zgłoszony przez Przystępującego wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Przystępujący podniósł, że istotą odwołania jest zakwestionowanie czynności skierowania do Odwołującego na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, co nie mieści się w katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w postępowaniu o wartości zamówienia poniżej tzw. progów unijnych. Odnosząc się do powyższego stanowiska zauważyć należy, że odwołanie zostało wniesione w związku z wykluczeniem Odwołującego z postępowania, jako następstwem wezwania i odpowiedzi na to wezwanie. Nie można zatem stwierdzić, że odwołanie dotyczy czynności niepodlegającej zaskarżeniu z uwagi na wartość zamówienia. W orzecznictwie Izby powszechnie przyjmuje się, że wykonawca odwołujący się od czynności wykluczenia może kwestionować czynność lub zaniechanie wezwań przewidzianych przepisami ustawy, które miały bezpośredni związek z decyzją o wykluczeniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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 z późn. zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....