

Sygn. akt: KIO 1454/11

WYROK

z dnia 20 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2011 r. przez wykonawcę **Cadagua S.A., 48-011 Bilbao, Gran Via 45** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o., 20-407 Lublin, Al. J. Piłsudskiego 15,**

przy udziale wykonawcy **Inżynieria Rzeszów S.A., 35-082 Rzeszów, ul. Podkarpacka 59a** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Cadagua S.A., 48-011 Bilbao, Gran Via 45 i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Cadagua S.A., 48-011 Bilbao, Gran Via 45** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Cadagua S.A., 48-011 Bilbao, Gran Via 45** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o., 20-407 Lublin, Al. J. Piłsudskiego 15** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez Cadagua S.A. z Bilbao w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wykonanie robót budowlanych wg standardów Warunków Kontraktowych FIDIC („czerwona książka”) objętych Kontraktem nr 12.B „Modernizacja części mechanicznej oczyszczalni” w ramach Projektu pn.: „Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków w Lublinie” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej - Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007-2013”. Wnoszący odwołanie wykonawca [Odwołujący] stwierdził, że Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie sp. z o.o. naruszył art. 7 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4) ustawy poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty spółki Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej jako „Wykonawca”), mimo iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i w związku z tym powinien być zostać wykluczony z postępowania oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy w zw. z ust. 10.3 lit. a) przygotowanej przez Zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, mimo iż Wykonawca ten, polegając na osobach zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia innego podmiotu nie wykazał, iż w stosunku do tego podmiotu nie zachodzą przesłanki nakazujące wykluczenie tego podmiotu z Postępowania oraz z daleko idącej ostrożności procesowej art. 24 ust. 2 pkt 3) Ustawy poprzez świadome i celowe wprowadzenie w błąd Zamawiającego, co do osoby p. Zdzisława K., który w zamierzeniu Wykonawcy miał pełnić funkcję Kierownika robót branży sanitarnej, w zakresie, w którym Wykonawca zaniechał poinformować Zamawiającego, iż p. Zdzisław K. jest pracownikiem spółki Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMONT” sp. z o.o. z siedzibą w Łańcucie, a tym samym zaniechania złożenia dokumentów wymaganych postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przypadku odwoływania się przez Wykonawcę do zasobów podmiotów trzecich na wypadek korzystania z ich potencjału przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności Zamawiającego z 29 czerwca 2011 roku polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórzenia czynności badania oraz oceny złożonych ofert w Postępowaniu oraz nakazanie wykluczenia z Postępowania Wykonawcy. W uzasadnieniu podał, że w toku badania oraz oceny ofert Zamawiający wezwał Wykonawcę - Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu wezwania wskazał, iż osoba przeznaczona przez Wykonawcę do pełnienia funkcji eksperta nr 2 - Kierownika robót branży sanitarnej w osobie p. Mieczysława Z. nie spełnia warunku udziału w

Postępowaniu bowiem nie posiada wystarczająco długiego okresu doświadczenia, który był wymagany przez Zamawiającego. W odpowiedzi na wezwanie pismem z 14 czerwca 2011 r., Wykonawca – Inżynieria oświadczył, iż „wskazanego w ofercie pana Mieczysława Z. zastępuje inną osobą, która będzie pełnić funkcję Eksperta nr 2. Nowym Kierownikiem robót branży sanitarnej jest pan Zdzisław K., który spełnia warunki stawiane dla Eksperta 2 w pkt. 9.1.3 SIWZ”. Z analizy dokumentów uzupełnionych przez Wykonawcę wynika, iż Wykonawca zaoferował w miejsce p. Mieczysława Z. osobę trzecią, którą nie jest pracownikiem Wykonawcy, ani tym bardziej związana z Wykonawcą innym węzłem prawnym, który wypełniałby znamiona szeroko rozumianej definicji „pracownika” Wykonawcy. Innymi słowy zaoferowany przez Wykonawcę na stanowisko kierownika robót branży sanitarnej p. Zdzisław K. jest osobą trzecią, która, jak wynika z dołączonych przez Wykonawcę dokumentów oraz rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, pozostaje w dyspozycji innego podmiotu. Konsekwencją powyższej okoliczności był obowiązek Wykonawcy dołączenia do uzupełnionych przez Wykonawcę dokumentów w szczególności pisemnego oświadczenia spółki Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMONT” sp. z o.o. z siedzibą w Łańcucie, z którego będzie wynikało, iż spółka ta odda do dyspozycji Wykonawcy na czas realizacji zamówienia p. Zdzisława K.. Zaniechanie Wykonawcy w powyższym zakresie i poprzestanie jedynie na oświadczeniu p. Zdzisława K. z 14 czerwca 2011 roku, jakoby w dacie składania ofert pozostawał on do dyspozycji Wykonawcy i pozostanie przez okres realizacji zamówienia jest niewystarczające i sprzeczne z dyspozycją art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Wykonawca, mimo że został wezwany do wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, doręczając ponownie Zamawiającemu zmienione dokumenty, zawierające inny skład osobowy przeznaczony do realizacji zamówienia, ponownie nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu i winien był zostać wykluczony z Postępowania. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4) Ustawy w zw. z ust. 10.3 lit. a). Stosownie do postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jeżeli Wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w m.in. 9.1.3 a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (postanowienie dotyczące warunku wykazania się odpowiednimi osobami przeznaczonymi do wykonania przedmiotu zamówienia), polega na zasobach innych podmiotów, zobowiązany jest wykazać, że w stosunku do tych podmiotów brak jest podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, poprzez złożenie razem z ofertą dokumentów wymienionych w pkt 10.4 niniejszej Specyfikacji Warunków Zamówienia lub odpowiadających im dokumentów wymienionych w pkt 10.5 SIWZ, dotyczących tych podmiotów, o ile podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia.

Wykonawca nie dołączył do pisma 14 czerwca 2011 r. oświadczenia spółki Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMONT” sp. z o.o. z siedzibą w Łańcucie, mocą którego spółka ta wyrazi zgodę na korzystanie przez Wykonawcę z usług swojego pracownika (z treści Załącznika nr 5 wynika, iż p. Zdzisław K. jest zatrudniony w spółce Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMONT” sp. z o.o. z siedzibą w Łańcucie na stanowisku Dyrektora ds. Technicznych i jednocześnie sprawuje funkcję członka Zarządu spółki), to z analizy dokumentów wynika, iż Wykonawca poniechał również wykazania, iż w stosunku do spółki

Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMONT” sp. z o.o. z siedzibą w Łąncucie nie zachodzą przesłanki skutkujące wykluczeniem powyższej spółki z Postępowania. Wykonawca winien zostać wykluczony z Postępowania bowiem nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Wykonawca nie wykazał, iż może swobodnie dysponować podmiotem osobą pozostającą w dyspozycji podmiotu trzeciego, jak i nie wykazał, iż wobec tego podmiotu nie zachodzą przesłanki wykluczenia z Postępowania. W świetle zaprezentowanych wywodów w poprzedzających akapitach Odwołująca zmuszona jest podnieść z daleko idącej ostrożności zarzut celowego i świadomego wprowadzenia przez Wykonawcę Zamawiającego w błąd. Odwołująca zwraca uwagę, iż w orzecznictwie KIO wskazuje się, iż „informacje są nieprawdziwe kiedy prezentują stan inny, niż w rzeczywistości. W ocenie Odwołującej powyższy charakter posiada oświadczenie p. Zdzisława K., które zostało złożone przez Wykonawcę celem wywołania u niego błędnego przekonania, iż p. Zdzisław K. jest osobą niezależną i pracującą na własny rachunek, co zwalniałoby Wykonawcę z obowiązku uzyskania zgody spółki Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMONT” sp. z o.o. z siedzibą w Łąncucie na „oddanie” p. Zdzisława K. Wykonawcy do dyspozycji na czas realizacji zamówienia, jak również konieczności dołączania przez Wykonawcę kolejnych dokumentów dotyczących spółki Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMONT” sp. z o.o. z siedzibą w Łąncucie.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że w świetle dokumentów załączonych do oferty z dnia 16.05.2011 r. wraz z ich uzupełnieniem z dnia 14.06.2011 r., Wykonawca - Inżynieria Rzeszów SA wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Stwierdził także, że wybrany wykonawca – Inżynieria wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (pkt. 9.1.3 a IDW). Dysponowanie osobą p. Zdzisława K. jest dysponowaniem o charakterze bezpośrednim, gdyż p. Zdzisław K. udostępnia swoją osobę i w ramach realizacji zamówienia przez Wykonawcę będzie wykonywał czynności na rzecz wykonawcy na podstawie stosunku prawnego łączącego go bezpośrednio z wykonawcą, a nie za pośrednictwem podmiotu trzeciego. Wskazując na orzecznictwo KIO stwierdził, że osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy nie pozostają w absolutnej dyspozycji pracodawcy, ale równoległe mogą świadczyć pracę dla innych podmiotów, czy nawet nawiązać drugi stosunek pracy. Zamawiający ponadto stwierdził, że zarzut podania nieprawdziwych informacji przez Inżynierię Rzeszów S.A. mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania nie zostało udowodnione, a zgodnie z art. 190 ust 1. ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Rozpatrując odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że wykonawca – Inżynieria Rzeszów SA potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wymaganym w pkt. 9.1.3a specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp a także przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz.1817) ma zastosowanie tylko wtedy, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powołuje się na osoby zdolne do wykonania zamówienia należące do innych podmiotów, tj. podmiotów, które dysponują takimi osobami. W takim przypadku – jak zasadnie stwierdził Zamawiający - mamy do czynienia z dysponowaniem przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób pośredni. Tym samym a *contrario* należy uznać, iż przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia nie znajduje zastosowania do przypadków, gdy to sam wykonawca dysponuje takimi osobami w sposób bezpośredni. Tak jak ustaliła Izba, Pan Zdzisław K. udostępnił swoją osobę bezpośrednio i w ramach realizacji zamówienia przez wykonawcę – Inżynieria Rzeszów SA będzie wykonywał czynności na rzecz wykonawcy na podstawie stosunku prawnego łączącego go bezpośrednio z wykonawcą, a nie za pośrednictwem podmiotu trzeciego. Izba podzieliła także pogląd dominujący w orzecznictwie KIO, że osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy nie pozostają w absolutnej dyspozycji pracodawcy, ale równolegle mogą świadczyć pracę na rzecz innych podmiotów, czy nawet nawiązać kolejny stosunek pracy. Izba stwierdza także, że wykonawca zobowiązany byłby do przedłożenia w ofercie oświadczenia o udostępnieniu osób zdolnych do realizacji zamówienia przez pracodawcę, tylko wtedy, gdyby ten pracodawca zamierzał udostępnić pracowników w ramach nawiązanego z nimi stosunku pracy. Wówczas takie udostępnienie byłoby świadczeniem pracy u innego podmiotu za skierowaniem dotychczasowego pracodawcy do świadczenia pracy. Takie rozwiązanie jest dopuszczalne w świetle przepisów prawa, chociażby art. 174¹. § 1 Kodeksu pracy, zgodnie, z którym, za zgodą pracownika, wyrażoną na piśmie, pracodawca może udzielić pracownikowi urlopu bezpłatnego w celu wykonywania pracy u innego pracodawcy przez okres ustalony w zawartym w tej sprawie porozumieniu między pracodawcami. Wskazywany przez Odwołującego przepis art. 211 kodeksu spółek handlowych nie ma w niniejszej sprawie zastosowania, albowiem przepis ten dotyczy stosunków korporacyjnych i odnosi się do zakazów konkurencyjnych. Na marginesie Izba zauważa, że nawet te zakazy mogą być uchylone umową spółki, a ponadto dotyczą możliwości obejmowania funkcji członka organu konkurencyjnej osoby prawnej. Pan K. – jak wynika z ustaleń Izby – przewidziany jest tylko na stanowisko kierownika robót branży sanitarnej.

Powyższe ustalenia wskazują, zatem, że podnoszony zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp nie jest zasadny. Także nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem wykonawca – Inżynieria Rzeszów SA w załączniku nr 5 jednoznacznie podał, że wskazany

kandydat jest pracownikiem BUDOMONT sp. z o.o. zatrudnionym na stanowisku dyrektora ds. technicznych - członka zarządu. Wobec powyższych ustaleń również zarzut dotyczący naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp podlega oddaleniu, albowiem w tym postępowaniu została wybrana oferta wykonawcy, który nie podlegał wykluczeniu z postępowania.

Mając powyższe ustalenia na uwadze Izba, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając zgodnie z § 3 pkt 2 lit b) rozporządzenia z dnia 15.03.2010 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) koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 zł.

Przewodniczący: