

**WYROK**

z dnia 17 maja 2010 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez: Marcina Flisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „FLIS” Marcin Flis w Janowie Lubelskim od czynności Zamawiającego – Gminy Niemce w Niemcach

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Marcina Flisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „FLIS” Marcin Flis w Janowie Lubelskim i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10.000 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Odwołującego Marcina Flisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „FLIS” Marcin Flis w Janowie Lubelskim;
  - 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600 zł 00 gr (trzech tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Odwołującego - Marcina Flisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „FLIS” Marcin Flis w Janowie Lubelskim na rzecz Zamawiającego Gminy Niemce, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101) 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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), którego przedmiotem jest „Rozbudowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Niemce i wymiana głównego kanału tłoczego kanalizacji sanitarnej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 74942-2010 w dniu 17 marca 2010r.

W dniu 26 kwietnia 2010 r., zamawiający powiadomił odwołującego o wynikach oceny ofert i o wykluczeniu go z postępowania.

Od czynności wykluczenia z postępowania odwołujący wniósł w dniu 4 maja 2010r. odwołanie, w którym zarzucił błędną interpretację i niewłaściwe zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego, iż nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, oraz że nie przedstawił właściwego zobowiązania podmiotu trzeciego do realizacji przedmiotu zamówienia na rzecz odwołującego.

Odwołujący argumentuje, że na wezwanie zamawiającego przedłożył wykaz wykonanych dostaw i usług, ujmując w nim dwie roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot postępowania, zrealizowane przez Zakład Produkcji Handlu i Usług HYDROGEOWIERT Export-import Leszek Pich, co zostało zaznaczone w wykazie (dopiskiem w nawiasie), oraz że złożył pisemne zobowiązanie Pana Leszka Picha do oddania mu do dyspozycji zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego, zamawiający nie kwestionując wiedzy i doświadczenia Pana Leszka Picha (nie podważając, że wykonane przez niego roboty są adekwatne do postawionych warunków udziału w postępowaniu) zarzucił odwołującemu, że powinien był przedstawić zobowiązanie ww. osoby, w którym zobowiązałaby się ona do „*realizacji przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem*”, oraz że odwołujący nie wskazał w ofercie, że zamierza powierzyć firmie HYDROGEOWIERT roboty budowlane związane z częścią technologiczną oczyszczalni.

Wskazano w odwołaniu, że zobowiązanie Pana Leszka Pich odpowiada wymaganiom zawartym w pkt IV. 1.8) SIWZ. Zamawiający zawarł w nim treść art. 26 ust. 2b ustawy oraz skorzystał z możliwości jakie daje mu § 1 ust. 2 rozporządzenia *Prezesa Rady Ministrów 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. Z załączonego zobowiązania, zdaniem odwołującego, wynika niezbicie, że osoba w nim wskazana zadeklarowała oddanie odwołującemu wszystkich swoich zasobów na czas realizacji przez odwołującego przedmiotu zamówienia, nie było zatem potrzeby składania dodatkowych oświadczeń w zakresie ewentualnego podwykonawstwa Pana Leszka Picha podczas realizacji omawianej inwestycji. Złożone zobowiązanie tę możliwość obejmuje – skoro stanowi deklarację pełnej współpracy, na każdej płaszczyźnie. Odwołujący nie zgodził się z wnioskiem zamawiającego, iż w przedłożonej ofercie nie ma wzmianki że część technologiczną oczyszczalni ścieków wykona podwykonawca i że znalazła się ona dopiero w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego podnosząc, że od samego początku zastrzegł w ofercie, że samodzielnie zamierza wykonywać tylko część robót budowlanych a całą resztę będzie chciał powierzyć podwykonawcom i tyczy się to min. instalacji sanitarnych i elektrycznych. Podniesiono w odwołaniu, że na zapytanie zamawiającego, kto wykona roboty budowlane związane z częścią technologiczną oczyszczalni ścieków wskazano, że podwykonawca, przy czym zamawiający nie ograniczył możliwości udziału podwykonawców, zastrzegł jedynie, że nie mogą oni realizować całości zadania.

Podniósł odwołujący, że nie było obowiązku wskazywania w ofercie, jaka konkretnie firma będzie brała udział przy wykonywaniu umowy - zgodnie z SIWZ i zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wystarczyło określenie części zamówienia, która zostanie powierzona podwykonawcom.

W oparciu o powyższą argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia a przede wszystkim oferty złożone przez wykonawców jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Prawa zamówień

publicznych. Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, uprawniający go do złożenia odwołania.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, wynosi 1.029418,18 EURO, podczas gdy wartość zamówienia, od której uzależniony został obowiązek przekazywania przez Zamawiającego - jednostkę samorządu terytorialnego ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich wynosi 4.845.000 EURO.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszym rzędzie podkreślenia wymaga, że spór dotyczy interpretacji art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym przede wszystkim sposobu wykazania przez wykonawcę zamierzającego polegać na zasobach należących do innego podmiotu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje, że wykonawca może polegać 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, przy czym 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.

W świetle powyższego przepisu, dopuszczalne jest udzielenie przez inny podmiot wymienionych w nim zasobów w pełnym jak i określonym zakresie – zarówno wszystkich wymienionych w przepisie art. 26 ust. 1 b ustawy (wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych) jak i niektórych spośród tych zasobów.

Nie ulega także wątpliwości, że dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu

jest uprawniony do dysponowania nim a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu oraz czy podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście je posiada. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego przez zamawiającego. Omawiany przepis wymaga udowodnienia przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu, że będzie nimi dysponował, wskazując jako przykładowy sposób tego udowodnienia przedłożenie pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji tych zasobów. Udowodnienie dysponowania wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 2) – 4) ustawy Prawo zamówień publicznych zasobami może mieć różną postać oraz treść – stosownie do rodzaju tego zasobu a także stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu jak i charakteru i zakresu porozumienia pomiędzy tymi podmiotami. Udowodnienie to powinno obejmować nie tylko wykazanie faktu udostępnienia wykonawcy zasobów przez uprawnionego ich dysponenta (podmiot trzeci udzielający odpowiednich zasobów), ale także wykazanie, że podmiot udzielający zasobu wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie rzeczywiście nim dysponuje.

Ponadto, zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych (bądź inne, odpowiednie oświadczenie w tym zakresie) 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. W sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako podwykonawca, doradca czy na innej podstawie) musi jednak zostać wykazane przez wykonawcę, bowiem nie można przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym bowiem wypadku zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu by wykonawcy legitymowali się „*wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch robót odpowiadającym swoim rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia*”. Za roboty budowlane odpowiadające rodzajem i wartością robotom stanowiącym przedmiot zamówienia uznawano, w świetle brzmienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia roboty budowlane polegające na budowie, rozbudowie lub remoncie oczyszczalni ścieków o wartości min. 4 mln zł każda. Na potwierdzenie tak opisanego warunku zamawiający wymagał przedstawienia wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone - wg załącznika nr 5 do SIWZ. W punkcie IV.1.8) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zawarto zapis, że jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia m.in. pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w zakresie wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego i osób zdolnych do realizacji zamówienia.

Odwołujący - Marcin Flis, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „FLIS” Marcin Flis w Janowie Lubelskim zamieścił w ofercie informacje, że przy wykonaniu zamówienia zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, dotyczące: robót w zakresie instalacji sanitarnych, robót w zakresie instalacji elektrycznych oraz części robót budowlanych. Do oferty nie załączono wymaganego wykazu robót, zaś na wezwanie zamawiającego odwołujący przedłożył wykaz robót budowlanych wykonanych przez Zakład Produkcji Handlu i Usług „HYDROGEOWIERT” Export – Import Leszek Pich a także pisemne zobowiązanie tego podmiotu, że udostępni Panu Marcinowi Flis „*całą posiadaną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny poprzez oddanie mu do dyspozycji wszystkich (...) zasobów na okres korzystania z nich przez Marcina Flisa. Na dowód powyższego przekazuję Marcinowi Flis wykonywanych przeze mnie w okresie 5*

*lat robót budowlanych z prawnie do posłużenia się nim w trakcie ww. postępowania (...) oraz na potwierdzenie, że posiadam niezbędną z punktu widzenia warunku udziału w tym postępowaniu wiedzę i doświadczenia”.*

W świetle tak sformułowanego zobowiązania uznać należało, że odwołujący nie udowodnił, że będzie dysponował zasobami, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2) – 4) ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym w szczególności wymaganą przez zamawiającego wiedzą i doświadczeniem. Wbrew twierdzeniu odwołującego zawartym w odwołaniu, w przedmiotowym „Zobowiązaniu” nie znalazło się oświadczenie o pełnej współpracy, na każdej płaszczyźnie, lecz jedynie deklaracja oddania wszelkich posiadanych zasobów, bez osobistego uczestnictwa podmiotu udzielającego przedmiotowego „Zobowiązania” w wykonaniu zamówienia. Nie sposób także zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że z faktu zawarcia w „Zobowiązaniu”, oświadczenia, że jego wystawca odda do dyspozycji odwołującego całą posiadaną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny należało wnioskować, że wystawca tego „Zobowiązania”, to jest pan Leszek Pich będzie podwykonawcą, a w konsekwencji, że udzielenie wiedzy i doświadczenia w tym wypadku będzie pochodną uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Wniosek odmienny wynika z następujących okoliczności:

- w zobowiązaniu, jak i innych dokumentach (ofercie, złożonych wyjaśnieniach) nie wskazano pana Leszka Picha jako podwykonawcy lub w innym charakterze związanym z wykonaniem zamówienia;
- w ofercie wskazano zamiar korzystania z podwykonawstwa, wskazując wprost na podwykonawców, co nakazywało wnioskować, że wykonawca zamierza korzystać z więcej niż jednego podwykonawcy, a w konsekwencji – że w roli podwykonawcy mogą wystąpić inne podmioty aniżeli wystawca przedmiotowego „Zobowiązania”.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że nie jest uprawnione wnioskowanie, zgodnie którym skoro w zobowiązaniu (lub innym dokumencie), o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych zawarto deklarację udzielenia innemu podmiotowi wiedzy i doświadczenia, to skutkuje to uczestnictwem wystawcy takiego oświadczenia w realizacji zamówienia. O ile bowiem możliwa jest relacja odwrotna – fakt podwykonawstwa co do zasady implikuje wykorzystanie wiedzy i doświadczenia podwykonawcy, choć tylko w zakresie wynikającym z tego podwykonawstwa, to trudno jest uznać, by taka sama sytuacja zachodziła, gdy podmiot trzeci składa deklarację udzielenia wiedzy i doświadczenia a jednocześnie nie jest wykazane jego uczestnictwo w realizacji zamówienia, czy to jako podwykonawca czy na innej podstawie.

W analizowanej sprawie, w świetle złożonych przez odwołującego w postępowaniu dokumentów, w tym min. zobowiązania podmiotu trzeciego do udzielenia zasobów (wiedzy i

doświadczenia), należało uznać, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, nie udowodnił bowiem dysponowania tym zasobem należącym do podmiotu trzeciego. W konsekwencji decyzję zamawiającego w przedmiocie wykluczenia wykonawcy Marcina Flisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „FLIS” Marcin Flis w Janowie Lubelskim, po uprzednim wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu należało uznać za poprawną.

Nie potwierdził się zatem zarzut błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

**Przewodniczący:**

.....