

Sygn. akt: KIO/565/11

WYROK
z dnia 30 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Ewa Rzońca

Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 17 marca 2011 r. przez **MAX BÖGL POLSKA Sp. z o.o., ul. Światowida 6, 71-726 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i powtórzenie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z wnioskiem, złożonym przez **MAX BÖGL POLSKA Sp. z o.o.,**
2. kosztami postępowania obciąża **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **MAX BÖGL POLSKA Sp. z o.o., ul. Światowida 6, 71-726 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław** na rzecz **MAX BÖGL POLSKA Sp. z o.o., ul. Światowida 6, 71-726 Szczecin** stanowiącej koszty poniesione przez stronę z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na zadanie: „Budowa małej obwodnicy Świdnicy. Projekt współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu operacyjnego WD na lata 2007-2013. CPV 45.20.00.00-9". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE pod nr: 2010/S 185-282310 w dniu 23 września 2010 r.

W dniu 7 marca 2011 r. wykonawca MAX BÖGL POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie został powiadomiony o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z powodu niewykazania, że Kierownik Robót Instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych nie podlega wykluczeniu, gdyż nie złożył oświadczenia z art. 24 ust. 1 Pzp, a tym samym wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

MAX BÖGL POLSKA Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec powyższej czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 24 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez niewłaściwe zastosowanie i błędne uznanie, że wobec odwołującego zachodzą podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu;
2. art. 26 ust 2b Pzp, przez wadliwą interpretację i uznanie, że przepisy § 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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) znajdują zastosowanie w odniesieniu do osób fizycznych;
3. art. 7 ust 1 Pzp, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia MAX BÖGL POLSKA Sp. z o.o. z postępowania, powtórzenia czynności sprawdzenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zaproszenia odwołującego do złożenia oferty.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu, że zamawiający pismem z dnia 24 stycznia 2011 r. wezwał go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wskazując, że w punkcie III.2.1.7 ogłoszenia o zamówieniu postawił warunek, aby wykonawca powołujący się, przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części

zamówienia, przedłożył także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy. Zamawiający domagał się więc, aby do wniosku odwołującego zostało dołączone oświadczenie p. Waldemara S. o braku podstaw do wykluczenia.

Odwołujący wyjaśnił, iż p. Waldemar S., jak wynika z Załącznika nr 5 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz z Dodatku do Załącznika nr 5, został wskazany jako osoba mająca pełnić funkcję Kierownika Robót Instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. W ww. załączniku w rubryce „Informacja o podstawie dysponowania wymienioną osobą przez wykonawcę” zostało wskazane odpowiednio „innych podmiotów” i „innych podmiotów - patrz zobowiązanie innych podmiotów do udostępniania zasobów”.

Odwołujący złożył także wypełnione przez p. Waldemara S. Załączniki nr 3 i 6 do wniosku (Załącznik nr 3 - oświadczenie osoby fizycznej o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp) oraz pismo wyjaśniające, że p. Waldemar S. jest osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, z którą odwołujący zamierza nawiązać współpracę w formie dopuszczanej przez prawo, gdy zostanie mu powierzona realizacja zadania.

W przekonaniu odwołującego, przepis § 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 nie dotyczy przypadków zaangażowania osoby fizycznej przez wykonawcę na podstawie jakiegokolwiek stosunku prawnego, jeżeli osoba ta będzie osobiście świadczyła czynności związane z realizacją zamówienia, np. pełniła funkcję Kierownika Robót Instalacyjnych. Przewidziana forma współpracy pomiędzy odwołującym oraz p. Waldemarem S. stanowi bezpośrednie dysponowanie osobą zdolną do wykonania zamówienia, a nie faktyczne powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego. Tym samym zamawiający nie mógł żądać przedstawienia dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 2 rozporządzenia, a tym bardziej nie mógł wykluczyć odwołującego wobec ich niezłożenia.

Pojęcie „dysponowania”, zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, jest pojęciem szerokim, w ramach którego mieszczą się różne stosunki prawne wiążące wykonawcę z osobą, która wchodzi w skład potencjału kadrowego wykonawcy (umowa o pracę, umowa zlecenia lub też inne stosunki cywilnoprawne). Odwołujący przedłożył oświadczenie p. Waldemara S., zawierające zobowiązanie do współpracy w przypadku wyboru odwołującego na wykonawcę zadania. Na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (por. KIO/UZP 766/09, KIO/UZP 639/09; KIO/UZP 659/09).

Zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt III.2.1.7 ogłoszenia o zamówieniu, wykonawca powinien załączyć do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wypełniony załącznik nr 3 (oświadczenie osoby fizycznej o niepodleganiu wykluczeniu

w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp), który jako jedyny dotyczył osoby fizycznej i składanych przez nią oświadczeń. Skoro zatem zamawiający w taki sposób sformułował wymagania, to ich wykonanie nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy.

W dniu 21 marca 2011r., do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło przystąpienie Konsorcjum w składzie: ABM POL-DRÓG Legnica sp. z o.o. (lider), POL-DRÓG PIŁA Sp. z o.o., POL-DRÓG OLEŚNICA S.A. wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący wypełnia przesłanki, określone w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania. Odwołujący wykazał, iż w przypadku potwierdzenia się, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył prawidłowy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zostałby zakwalifikowany do etapu składania ofert, a zatem miałby szansę uzyskać zamówienie.

Konsorcjum POL-DRÓG nie zostało dopuszczone w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wykonawca nie wykazał interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego. Wykonawca ten został zakwalifikowany do etapu składania ofert - na ósmej pozycji (na 9 wykonawców). W związku z powyższym sytuacja Konsorcjum POL-DRÓG w postępowaniu nie jest zależna od sposobu rozstrzygnięcia odwołania.

Potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu. Izba stwierdziła, że niedołączenie przez odwołującego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia p. Waldemara S. mającego pełnić funkcję Kierownika Robót Instalacyjnych o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp nie może być podstawą wykluczenia odwołującego z postępowania.

W punkcie III.2.1.7 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał, aby wykonawca w celu potwierdzenia, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp przedłożył: oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, aktualny odpis z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy

przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenie w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zgodnie z ww. postanowieniem wykonawca powołujący się, przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, winien był przedłożyć także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy.

W materiałach pomocniczych dla wykonawców zamawiający zawarł wzory formularzy do wypełnienia, w tym m.in. załącznik nr 2 – „Oświadczenie wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy pzp”, załącznik nr 3 – „Oświadczenie osoby fizycznej” (o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp), załącznik nr 5 – „Wykaz kadry technicznej”, w którym w rubryce 3 należało podać „informację o podstawie dysponowania wymienioną osobą przez wykonawcę” przez skreślenie odpowiednio: własne/innych podmiotów, załącznik nr 6 „Zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia zasobów”.

Odwołujący we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył m.in. „Wykaz kadry technicznej” (str. 116), w którym w wierszu 6 tabeli wymienił p. Waldemara S. – osobę przewidzianą na stanowisko Kierownika Robót Instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Dla ww. osoby jako podstawę dysponowania odwołujący wskazał „innych podmiotów”, przekreślając wyraz „własne”. Odwołujący złożył także zobowiązanie ww. osoby do udostępnienia odwołującemu osoby - Waldemara S., na druku załącznika nr 6 (w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę).

Pismem z dnia 24 stycznia 2011 r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia dokumentów, w tym m.in. do złożenia zobowiązania do udostępnienia zasobów p. Waldemara S. w formie pisemnej, oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, zgodnie z wymaganiem z pkt III.2.1.7 ogłoszenia, tj. w zakresie wymaganym dla wykonawcy.

W odpowiedzi odwołujący złożył pismo z dnia 31 stycznia 2011 r. wraz z wypełnionym przez p. Waldemara S. załącznikiem nr 3 oraz załącznik nr 6. W ww. piśmie odwołujący potwierdził, iż spełnia warunek, o którym mowa w pkt III.2.1.7 ogłoszenia, na dowód czego przekazuję oryginalne oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia /zgodnie ze wzorem zaproponowanym przez zamawiającego/ podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania następujących spółek i osób”. Ponadto wykonawca przedstawił w tym piśmie wyjaśnienie, że p. Waldemar S. :jest osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, a w formularzu oświadczenia osoby fizycznej w punktach dotyczących działalności wpisano „nie dotyczy” i w sytuacji, gdy realizacja zadania będącego przedmiotem niniejszego postępowania zostanie powierzona MAX BÖGL POLSKA Sp. z o.o.

zostanie nawiązana przez odwołującego z ww. osobą ściśle współpraca w formie dopuszczalnej prawnie.

W załączonym do pisma załączniku nr 3 w pozycji „zarejestrowana nazwa i siedziba firmy” p. Waldemar S. podał „nie dotyczy”, w pozycji „zgodnie z aktualnym wpisem do ewidencji działalności gospodarczej prowadzonej przez” - „nie dotyczy”, w pozycji „pod numerem” – „nie dotyczy”, w pozycji „zakres prowadzonej działalności zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności” także „nie dotyczy”. W załączniku nr 5 „Doświadczenie kadry technicznej” w wierszu 6 tabeli odwołujący wskazał Waldemara S., a w rubryce 3 podał, jako podstawę dysponowania osobą zasoby „innych podmiotów z dopiskiem „patrz zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia zasobów”.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Pojęcie „dysponowanie” obejmuje różne stosunki prawne wiążące wykonawcę bezpośrednio z daną osobą, która wchodzi w skład jego potencjału kadrowego.

Przepis art. 26 ust. 2b Pzp daje wykonawcy możliwość wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu także poprzez poleganie na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.

Wymaganie zamawiającego określone w pkt III.2.1.7 ogłoszenia jest zgodne z przepisami art. 26 ust. 2b Pzp oraz § 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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Przepisy powyższe znajdują zastosowanie w przypadku, gdy wykonawca powołuje się na osoby zdolne do wykonania zamówienia będące w zasobach kadrowych innego podmiotu, który udostępnia je wykonawcy na czas realizacji zamówienia, bez względu na charakter łączącego wykonawcę i ten podmiot stosunku prawnego. Jest to tzw. dysponowanie zasobami w sposób pośredni, tj. za pośrednictwem podmiotu trzeciego.

Od opisanej powyżej sytuacji trzeba odróżnić przypadki, gdy wykonawca dysponuje zasobami technicznymi lub kadrą w sposób bezpośredni, tj. na podstawie stosunku łączącego go wprost z daną osobą, która będzie świadczyła pracę osobiście na rzecz danego wykonawcy. Wskazane wyżej przepisy, a tym samym wymogi co do składanych przez wykonawcę dokumentów, nie mają w tym przypadku zastosowania. Przyznał to sam zamawiający, wyjaśniając na rozprawie, że nie wymagał od wykonawcy w takich

okolicznościach dokumentów i oświadczeń osób, którymi wykonawca dysponuje lub będzie dysponował.

Z treści złożonego przez odwołującego we wniosku „zobowiązania” p. Waldemara S. oraz następnie oświadczenia w formie załącznika nr 3 wraz pismem z dnia 31 stycznia 2011 r. wyraźnie wynika, że mamy tu do czynienia z przypadkiem bezpośredniego dysponowania przez wykonawcę osobą p. Waldemara S., który w ramach ewentualnej realizacji zamówienia przez odwołującego będzie wykonywał czynności na rzecz tego wykonawcy, na podstawie stosunku prawnego łączącego go bezpośrednio z wykonawcą, a nie za pośrednictwem podmiotu trzeciego. Nie jest zatem sytuacją, o której mowa w art. 26 ust. 2b Pzp.

Należy zatem uznać, że odwołujący zbędnie złożył we wniosku dokumenty, które są zgodnie z pkt III.2.1.7 ogłoszenia wymagane od podmiotu, który udostępnia swoje zasoby wykonawcy oraz który będzie brał udział w realizacji zamówienia. W ocenie Izby, wątpliwości co do sposobu określenia przez odwołującego podstawy dysponowania ww. osobą w wykazie („własne/innych podmiotów”), powinny zostać wyjaśnione przez zamawiającego przed wezwaniem do uzupełnienia dokumentów. Zauważyć należy, że składane przez wykonawcę we wniosku dokumenty muszą podlegać ocenie zamawiającego pod względem treści (zawartości merytorycznej), a nie wyłącznie od strony formalnej, podczas gdy treść oświadczenia zawartego w danym formularzu przeczy wyraźnie zasadności jego wypełnienia i złożenia przez wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że niezasadna jest decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy MAX BÖGL POLSKA Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, z powodu niewykazania przez wykonawcę, że Kierownik Robót Instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych nie podlega wykluczeniu, stosownie do art. 24 ust. 1 Pzp, gdyż wykonawca nie miał obowiązku złożenia oświadczenia wskazanej wyżej osoby w omawianym zakresie. W konsekwencji Izba stwierdziła także naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust 1 Pzp, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Izba nakazała wobec tego zamawiającemu unieważnienie zaskarżonej czynności i powtórzenie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, z udziałem wniosku złożonego przez odwołującego, gdyż stwierdzone naruszenie przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co stosownie do brzmienia art. 192 ust. 2 Pzp stanowi przesłankę uwzględnienia odwołania.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....