

Sygn. akt: KIO 1261/13

WYROK
z dnia 11 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Bogdan Artymowicz
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10.06.2013r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27.05.2013r. przez **odwołującego:** K..... G..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą BBGM G..... K..... ul. Pietrasze 43 B; 15-131 Białystok w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gmina Zabłudów ul. Rynek 8, 16-060 Zabłudów

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowne badanie, ocenę ofert i wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża Gmina Zabłudów ul. Rynek 8, 16-060 Zabłudów i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000.zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez K..... G..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą BBGM G..... K..... ul. Pietrasze 43 B; 15-131 Białystok tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Gmina Zabłudów ul. Rynek 8, 16-060 Zabłudów na rzecz K..... G..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą BBGM G..... K..... ul. Pietrasze 43 B; 15-131 Białystok kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście 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 (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 Białymstoku

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

W dniu 27 maja 2013r. pismem z dnia 27 maja 2013r. wniesione zostało odwołanie od czynności zamawiającego wykluczenia z postępowania odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołanie zostało wniesione na podstawie art.180 ust.1 w zw. z art.179 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U 2010r. nr 113, poz.759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą”.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy: art.24 ust.2 pkt 4 w związku z art.24 ust.4 oraz art.26 ust.2b a także art.26 ust.4 w zw. z art. 25 ust.1 pkt 1 poprzez nieprawidłowe zastosowanie.

Naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy spowodowało po stronie odwołującego wykluczenie z postępowania a przez to nie uzyskanie zamówienia. Taka sytuacja w ocenie odwołującego naraża go na poniesienie szkody co uzasadnia jego interes do wniesienia odwołania.

Odwołujący otrzymał zawiadomienie z dnia 20 maja 2013r. o odrzuceniu jego oferty w dniu 23 maja 2013r. drogą pisemną, a więc dotrzymał terminu przewidzianego w art. 182 ust.1 pkt 2 ustawy na wniesienie odwołania.

Na podstawie podniesionych zarzutów odwołujący sformułował następujące żądania. Unieważnienia wyboru oferty uznanej przez zamawiającego jako najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i dokonanie wyboru oferty odwołującej jako najkorzystniejszej. Odwołujący również złożył wniosek o zwrot kosztów postępowania odwoławczego w tym uiszczzonego wpisu w kwocie 10.000,00 złotych i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Z treści uzasadnienia odwołania wynika co następuje.

Przywołał pismo zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2013r. w którym zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, ponieważ z oferty wynika, że nie będzie zatrudniony

podwykonawca a z treści załączonych do oferty referencji wynika, że będzie zatrudniony podwykonawca.

Przywołał również swoje pismo z dnia 18 kwietnia 2013r. stanowiące odpowiedź na wezwanie zamawiającego, w którym wyjaśnił, że nie będzie korzystał z podwykonawcy, a przy realizacji zamówienia będzie korzystał tylko z potencjału podmiotu trzeciego, co jest dopuszczalne na podstawie art.26 ust.2 b ustawy.

W dniu 20 maja 2013r. zamawiający powiadomił odwołującego o wykluczeniu jego z postępowania i o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący kwestionuje jako nieprawdziwe informacje zamieszczone w wyżej wymienionym piśmie, z którego wynika, że był wzywany do uzupełnienia dokumentów i że złożył na wezwanie dokumenty. Odwołujący podaje, że był wzywany do złożenia wyjaśnień a nie dokumentów i w wyniku wezwania złożył wyjaśnienia, a nie dokumenty.

Z zaistniałej sytuacji odwołujący wywodzi, że niesłusznie został wykluczony z postępowania jako oferent, który nie złożył uzupełniających dokumentów do których uzupełnienia nigdy nie był wzywany.

W związku z powyższym zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania oparł swoją czynność w sposób nieuprawniony na podstawie art.24 ust.4 ustawy. Tym samym czynność wykluczenia odwołującego z postępowania nie znajduje uzasadnienia w obowiązującej ustawie.

Natomiast, jeżeli zamawiający oczekiwał uzupełnienia dokumentów to tej czynności nie wykonał, ponieważ zażądał wyjaśnień, a nie dokumentów. Taka sytuacja po stronie zamawiającego może wynikać jedynie z niezrozumienia treści obowiązujących przepisów ustawy.

Pismem z dnia 3 czerwca 2013r. zamawiający wniósł o odrzucenie albo o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska zamawiający podniósł, że odwołujący dla wykazania posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia wskazał potencjał podmiotu trzeciego, z którego zamierzał skorzystać w formie doradztwa i ciągłych konsultacji.

Zamawiający uzasadniając swoją czynność podniósł, że w sposób jednoznaczny określił w jaki sposób wykonawcy mają udowodnić korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego zawierając w tym zakresie regulacje w rozdz. VI punkt 1 podpunkt 6 SIWZ, korzystając z delegacji § 1 ust.6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może zadać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013r. poz.231). Natomiast pomimo wezwania odwołujący nie wykazał, że ma realne i w pełni wystarczające do realizacji zamówienia stosunki z podmiotem trzecim, zapewniające należyte wykonania umowy.

Odwołujący wykazał w swojej odpowiedzi w sposób pośredni na czym ma polegać udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego to jest przez sprawowanie pieczy nad prawidłowym zastosowaniem prawidłowych technik budowlanych czy materiałów budowlanych.

Zatem w ocenie zamawiającego złożone dokumenty wraz z ofertą i wyjaśnienia złożone w dniu 18.04.2013r. przez odwołującego nie wyczerpują znamion określonych w rozdz. VI ust.1 pkt 4 SIWZ. Odwołujący również w sposób jednoznaczny wyraził stanowisko, że nie będzie korzystał z podwykonawcy.

W związku z powyższym zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z postępowania, odrzucając jego ofertę.

Dlatego też zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Izba ustaliła

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanej do akt sprawy i dowodów przeprowadzonych z niej na rozprawie Izba ustaliła jak poniżej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 marca 2013r. pod poz. 46 721.

Przedmiotem postępowania jest rozbudowa ulicy Cerkiewnej i Podrzecznej w Zabłudowie.

Zamawiający ustalając warunki udziału w postępowaniu określił wymagania w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawców w następujący sposób.

Wykonawca powinien przedłożyć wykaz robót z którego wynika, że w zakresie zadania nr 1- wykonał 2 roboty z branży wodociągowej, o wartości co najmniej 200 000,00 złotych brutto każda robota. W zakresie zadania nr 2 – wykonał 2 roboty branży drogowej o wartości co najmniej 400.000,00 złotych brutto każda robota. Wykaz powinien uwzględniać rodzaj robót, ich wartość, datę i miejsce wykonania oraz załączenie dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających czy roboty zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone – z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ.

Przywoływany przez zamawiającego rozdział VI wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu ustęp 1 wykonawca posiada brzmienie: wykonawca składa następujące oświadczenia lub dokumenty punkt 4) SIWZ Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art.22 ust.1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art.26 ust.2 b ustawy, Zamawiający, w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotów trzecich w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, wymaga złożenia dokumentów dotyczących: a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, c) charakter stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Z oferty odwołującego w zakresie wykazu wykonanych robót oraz załączonych referencji wynika co następuje.

Wykaz obejmuje roboty wodociągowe oraz roboty drogowe. Jeżeli chodzi o roboty drogowe to z załączonych referencji wynika, że wykonawca posiada własne doświadczenie. W związku z tym nie posługuje się zasobami podmiotów trzecich.

Natomiast jeżeli chodzi o roboty wodociągowe to odwołujący posłużył się doświadczeniem innego podmiotu oraz załączonymi referencjami wydanymi na rzecz innego podmiotu to jest przez P. J..... L..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU „HYDRO-SAN” J..... L..... Białystok na rzecz odwołującego.

W związku z powyższym złożone zostało tegoż wykonawcy zobowiązanie do oddania do dyspozycji firmie odwołującego niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia, zgodnie z art.26 ust.2b ustawy Prawo zamówień publicznych, na czas realizacji przedmiotowej inwestycji w postaci doradztwa i ciągłych konsultacji.

Wśród udzielonych wyjaśnień na pytania wykonawców znajdują się: odpowiedź z dnia 10.04.2013r. na zadane następujące pytanie.

Czy firma podpisująca zobowiązanie o udostępnienie wiedzy i doświadczenia automatycznie musi być wykazana w ofercie jako podwykonawca, czy może służyć wiedzą i doświadczeniem pod postacią doradztwa na etapie wykonania inwestycji, bez podpisywania z nami jakiegokolwiek umowy.

Zamawiający udzielił odpowiedzi jak poniżej. „Odpowiedź: Rozdział V, pkt 1 ust.4 SIWZ a w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego rozdział szósty ust.2.

Podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania stanowiło udzielenie odpowiedzi przez odwołującego po złożeniu ofert w dniu 18.04.2013r. na wezwanie zamawiającego z dnia 17.04.2013r.

Zamawiający w dniu 17.04.2013r. wezwał odwołującego w trybie art.26 ust.4 ustawy do złożenia wyjaśnień w związku z faktem, że w pkt 4 oferty odwołującego nie zaznaczono udziału podwykonawcy a w ofercie z załączonych referencji wynika, że odwołujący do realizacji zamówienia zatrudni podwykonawców.

W dniu 18 kwietnia 2013r. odwołujący odpowiadając na wezwanie zamawiającego wyjaśnił, że nie zatrudni podwykonawcy. Natomiast firma Pana J..... L....., którą wymienia się powyżej,(...)” będzie uczestniczyć czynnie przy realizacji zamówienia. Na każde wezwanie udostępni wykwalifikowanego przedstawiciela na plac budowy w roli konsultanta i doradcy.” W dalszej części wyjaśnienia odwołujący stwierdza między innymi, że ”ustawodawca(...) wskazuje jedynie na możliwość uczestnictwa przy wykonywaniu zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy, ale nie wyłącznie w tym charakterze.” Dalej odwołujący oświadcza, że (...) „Za pośrednictwem tego dokumentu została złożona deklaracja do świadczenia pomocy w zakresie ciągłej współpracy pod postacią doradztwa oraz konsultacji podczas całego procesu realizacji zamówienia”.

Uwzględniając złożone wyjaśnienia zamawiający postanowił wykluczyć odwołującego z postępowania o czym zawiadomił odwołującego w związku z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 20 maja 2013r.

W informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania zamawiający, podał jako podstawę prawną art.24 ust.2 pkt 4 i art.24 ust.4 ustawy.

W uzasadnieniu wykluczenia zamawiający stwierdza, że odwołujący był wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie odwołujący (...) „złożył dokumenty, które nie wykazują spełnienia warunków udziału w postępowaniu”.

Na podstawie tak dokonanych ustaleń Izba zważyła co następuje.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Z dokonanych ustaleń nie wynika, że odwołujący został wezwany czy to do złożenia wyjaśnień w trybie art.26 ust.4 ustawy, czy to do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust.3 ustawy, na okoliczność udziału oddającego do dyspozycji zasoby w zakresie doświadczenia w pracach wodociagowych to jest podmiotu jakim jest P. J..... L prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PHU „HYDRO-SAN” J..... L..... z siedzibą w Białymstoku, w związku ze złożonym do oferty zobowiązaniem tegoż podmiotu.

Natomiast odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust.4 ustawy w zakresie wątpliwości zamawiającego na tle złożonej oferty w zakresie czy odwołujący będzie korzystał z formy podwykonawstwa (wezwanie zamawiającego z dnia 17 maja 2013r. przedstawione powyżej w ustaleniach Izby).

Zgodnie z wezwaniem zamawiającego, odwołujący w dniu 18 maja 2013r. (pismo przywołane powyżej w ustaleniach Izby) wyjaśnił, że nie będzie zatrudniał przy realizacji przedmiotowego zamówienia podwykonawcy i nie ma takiego obowiązku w myśl obowiązującej ustawy w sytuacji korzystania z zasobów podmiotu trzeciego.

Natomiast oświadczył, że będzie korzystał z konsultacji i doradztwa podmiotu trzeciego, który udostępni jemu doświadczenia.

Izba dokonując oceny złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnień nie stwierdziła po pierwsze złożenia jakichkolwiek dokumentów, na które powołuje się zamawiający w piśmie do odwołującego z dnia 20 maja 2013r. zawiadamiającym o wykluczeniu jego z postępowania.

Po drugie odwołujący nie został wezwany do złożenia dokumentów jak to podaje zamawiający w przywołanym powyżej piśmie z dnia 20 maja 2013r. tylko do złożenia

wyjaśnień w trybie art.26 ust.4 ustawy co do uczestnictwa podwykonawcy (pismo zamawiającego z dnia 17 maja 2013r.).

Reasumując odwołujący, zgodnie z treścią wezwania zamawiającego wyjaśnił, że nie będzie zatrudniał podwykonawcy.

Natomiast odwołujący nie został wezwany czy to do złożenia dokumentów, czy to do wyjaśnień na okoliczność zakresu, form, sposobu współpracy w związku ze złożonym zobowiązaniem Pana J..... L..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PHU „HYDRO-SAN” J..... L..... w Białymstoku, w myśl obowiązujących zapisów w rozdziale VI ustęp 1 punkt 4 SIWZ.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, nie została wyczerpana wobec odwołującego procedura czy to z art.26 ust.3 ustawy, czy to z art.26 ust.4 ustawy, dotycząca sprawdzenia dysponowania zasobami podmiotu trzeciego a przewidziana w rozdziale VI ustęp 1 punkt 4 SIWZ zgodnie z którą wykonawca składa następujące oświadczenia lub dokumenty punkt 4) SIWZ.

W powyższym stanie rzeczy Izba nie stwierdziła, aby odwołujący nie wypełnił treści wezwania zamawiającego z dnia 17 maja 2013r., udzielając wyjaśnień w dniu 18 maja 2013r. Bowiern odwołujący udzielił odpowiedzi zgodnie z zapytaniem, iż nie będzie zatrudniał podwykonawcy przy realizacji zamówienia.

Natomiast czynnościom zamawiającego w dniu 17 maja 2013r. w stosunku do odwołującego, nie można przypisać skorzystania z zapisów w rozdziale VI ust.1 punkt 4 SIWZ, na które to zamawiający powołuje się w toku postępowania odwoławczego, uzasadniając wykluczenie odwołującego z postępowania.

Co do interesu do wniesienia odwołania to z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonego do akt sprawy przez zamawiającego wynika, że kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 1.516.529,38 zł. brutto.

Oferta odwołującego została złożona na kwotę 479.634,56 zł. brutto (dowód z oferty odwołującego).

Natomiast z ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że oferta wykonawcy wybranego została złożona na kwotę 490.120,99 zł. brutto.

Powyższe zestawienie wynagrodzeń wskazuje na to, że oferta odwołującego jest korzystniejszą cenowo od oferty wykonawcy wybranego.

Zgodnie z rozdziałem XVI SIWZ kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty stanowi cena: 100 procent.

Powyższe ustalenia wskazują na posiadanie interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia co uprawnia go do wniesienia odwołania w myśl art.179 ust.1 ustawy.

Z kolei wskazane naruszenia przepisów w odwołaniu to jest art.24 ust.2 pkt 4 w związku z art.24 ust.4 oraz art.26 ust.2b a także art.26 ust.4 w zw. z art. 25 ust.1 pkt 1 poprzez nieprawidłowe ich zastosowanie w stosunku do odwołującego w związku z czynnością z dnia 20 maja 2013r zamawiającego wykluczenia odwołującego z postępowania a w konsekwencji odrzucenia jego oferty, mogą mieć wpływ wynik postępowania o udzielenie zamówienia co skutkuje uwzględnieniem odwołania w myśl art. 192 ust.2 ustawy.

Podsumowując Izba stwierdza, że odwołujący został bezpodstawnie wykluczony z postępowania, ponieważ zamawiający na dzień jego wykluczenia nie posiadał podstawy do stwierdzenia, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z tym Izba orzekła jak w sentencji wyroku uwzględniając odwołanie i nakazując unieważnienie dotychczas wykonanych czynności w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 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. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzać uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądzać od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczzonego wpisu od odwołania w kwocie 10.000,00 zł. i 3.600,00 zł. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący:

.....

.....