

Sygn. akt: KIO 489/18

**WYROK**  
**z dnia 28 marca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Apis Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jarosławiu i J.O., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą APIS J.O. w Jarosławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Lublin w Lublinie**

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Apis Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jarosławiu i J.O., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą APIS J.O. w Jarosławiu** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Apis Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jarosławiu i J.O., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą APIS J.O. w Jarosławiu** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Apis Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jarosławiu i J.O., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą APIS J.O. w Jarosławiu** na rzecz zamawiającego – **Gminy Lublin w Lublinie** 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 2017, poz. 1579 z późn. 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

I. Gmina Lublin w Lublinie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Rewitalizacja przyrodnicza Parku Ludowego w Lublinie znajdującego się w obszarze Zintegrowanego Centrum Komunikacyjnego dla LOF.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 grudnia 2017 r., nr 635189-N-2017. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 14 marca 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Apis Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jarosławiu i J.O., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą APIS J.O. w Jarosławiu (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zaś dokonania oceny ofert w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 24 ust 4 Prawa zamówień publicznych przez uznanie za odrzuconą oferty Odwołującego W sytuacji, gdy brak jest przesłanek do wykluczenia Odwołującego z Postępowania.
3. art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych przez wykonawcę, a budzących wątpliwości zamawiającego, co w świetle wskazanego przepisu jest dla zamawiającego obligatoryjne.
4. art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych poprzez błędne, przedwczesne i nieuzasadnione wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu, bez uprzedniego wezwania wykonawcy do

przedłożenia dokumentów, a tym samym naruszenia ustawy poprzez brak zastosowania art. 26 ust. 2 Prawa zamówień publicznych,

5. art. 22 a ust. 6 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie w dalszej kolejności wezwania przez Zamawiającego Wykonawcy do zastąpienia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo zobowiązania się do osobistego wykonania zamówienia;

6. art. 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych przez bezpodstawne unieważnienie Postępowania w sytuacji, gdy w złożono ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

7. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art 7 ust. 1 ustawy poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Odwołujący już na etapie składania oferty po ogłoszeniu przetargu, wykazał zasoby osób trzecich, a to Załącznik nr 4 do SIWZ „Oświadczenie o części zamówienia, której wykonanie, wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom oraz o firmach podwykonawców”, z treści dokumentu, wynikało wprost, że Odwołujący ma zamiar korzystać z zasobów osób trzecich na Zasadzie podwykonawstwa, zatem złożone już na etapie składania oferty oświadczenie miało cechy, które pozwalały Zamawiającemu na stwierdzenie, że ma do czynienia z oświadczeniem podmiotu trzeciego. Ponadto z oświadczenia wprost wynika w jakiej formie i w jaki sposób Wykonawca będzie wykorzystywał zasoby osób trzecich. Co więcej, wszelkie kolejne zapewnienia i oświadczenia składane później przez Wykonawcę, Zamawiający winien traktować całościowo z ofertą, w tym z „Oświadczeniem o części zamówienia, której wykonanie, wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom oraz o firmach podwykonawców”, Ponadto Wykonawca nieustannie posiłkował się zapewnieniami wydanymi przez podmioty, a to chociażby w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 15.02.2018r. gdzie Gmina powzięła wątpliwość czy Wykonawca zobowiązuje się do dostawy urządzeń zgodnie z literalnym brzmieniem opisu przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ bez jakichkolwiek odstępstw od podanego opisu, a ponadto zobowiązała Odwołującego się do złożenia dodatkowego wyjaśnienia w zakresie „głównych elementów oferty, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej przez Wykonawcę ceny”. Odwołujący wówczas wskazał informację na temat urządzeń zabawowych ponadto, przedstawił- oferty osób trzecich, chociażby firmy FRB „Piotrowski” P.P. i inne.

Zamawiający nie dokonał czynności wyjaśnień, nie mając całkowitej pewności co do braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dokonał wykluczenia Wykonawcy

z postępowania, co było czynnością nieprawidłową, z tego względu zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 oraz art 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych jest w pełni uzasadniony.

Zamawiający zdecydował, że nie ma potrzeby, aby Wykonawca składał mu stosowne wyjaśnienia. W konsekwencji konsorcjum firm APIS Polska Sp. z o.o. i „APIS” J.O. zostało pozbawione możliwości ustosunkowania się do wątpliwości Zamawiającego odnośnie treści dokumentów budzących/ jak się okazało wątpliwości Zamawiającego, a co za tym idzie niesłusznie wykluczona z postępowania, co skutkowało odrzuceniem oferty.

Ponadto należy zauważyć, że Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art, 24 ust. 1 pkt. 12 PZP nie dokonując wcześniejszego wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 2 PZP do złożenia dokumentów w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia, bazując jedynie na wstępnych oświadczeniach wykonawcy, co jest jawnym naruszeniem ustawy. Tym samym Zamawiający naruszył ustawę poprzez nie zastosowanie art. 26 ust. 2 Prawa zamówień publicznych i przedłożenia dokumentów w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu co do braku podstaw do wykluczenia, a tym samym bezpodstawnym wykluczeniem Odwołującego z postępowania.

Podkreślić przy tym należy, że zgodnie z art. 22a ust. 6 Prawa zamówień publicznych, jeżeli udostępnione przez podmiot trzeci zasoby, nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub wobec podmiotu trzeciego zachodzą podstawy wykluczenia/ wówczas zamawiający żąda, aby wykonawca w określonym terminie zastąpił ten podmiot innym lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia/ jeżeli wykaże wymagane zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i:

1. Unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji uznania oferty Odwołującego za odrzuconą;
2. Unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania;
3. Dokonania czynności ponownej oceny oferty Odwołującego;
4. Prowadzenia postępowania, w szczególności zaś dokonania oceny ofert, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
5. A w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego;
6. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W SIWZ (kopia SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy) Zamawiający w pkt. 6.1 Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą zobowiązanie innych podmiotów do oddania niezbędnych zasobów w celu realizacji zamówienia. Dokument powinien określać w szczególności a) zakres dostępnych zasobów innego podmiotu, b) sposób wykorzystania zasobów przez wykonawcę przy realizacji zamówienia, c) czy inny podmiot będzie realizował zamówienie (punkt 6.1.1.3 SIWZ).
2. Odwołujący nie dołączył do oferty takiego zobowiązania.
3. Zamawiający w dniu 20 lutego 2018 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, zawierające elementy, o których mowa w pkt 6.1.1.3 SIWZ.
4. Odwołujący złożył w odpowiedzi przy piśmie z dnia 23 lutego 2018 r. zobowiązania, ale nie zawierały one wszystkich elementów, o których mowa w pkt 6.1.1.3 SIWZ. Zobowiązania te zostały sporządzone na wzorach przygotowanych przez Odwołującego, w których nie wszystkie pola zostały wypełnione (nie podano zakresu i okresu udziału podmiotu oddającego zasoby, nie wskazano sposobu wykorzystania zasobów przez wykonawcę, i nie podano, czy inny podmiot będzie brał udział w realizacji zamówienia).
5. W konsekwencji Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania i unieważnił postępowanie, ponieważ nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.
6. Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i wniósł odwołanie.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, co następuje:

W odwołaniu Odwołujący podnosił szereg zarzutów naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych. Podstawa faktyczna podnoszonych zarzutów sprowadzała się do tego, że według Odwołującego został on nieprawidłowo wykluczony z postępowania – Zamawiający powinien bądź wydedukować brakujące elementy zobowiązań podmiotów trzecich z innych dokumentów złożonych przez Odwołującego w ramach postępowania, bądź wezwać go do wyjaśnień.

Ze stanowiskiem Odwołującego nie można się zgodzić. Izba w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, już z postanowień SIWZ wynikało, że wśród dokumentów, które należy złożyć wraz z ofertą, należało złożyć zobowiązanie podmiotu trzeciego. W pkt 6.1.1.3 SIWZ wskazano istotne elementy, które powinno ono zawierać. Odwołujący takiego zobowiązania nie przedłożył i prawidłowo został wezwany do jego uzupełnienia. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący nie przedłożył jednak zobowiązania podmiotu trzeciego, zawierającego wszystkie wymagane elementy. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że brakujących elementów zobowiązania podmiotu trzeciego nie można domniemywać z innych dokumentów pochodzących od wykonawcy. Przykładowo, Odwołujący twierdził, że z wykazu podwykonawców można wywieść, że podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca. Jednak ustawodawca przewidział, że to zobowiązanie podmiotu trzeciego będzie zawierało określone treści, co zresztą Zamawiający potwierdził również w SIWZ. Złożone przez Odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego nie zawierało koniecznych treści. W ocenie Izby nie zaistniała podstawa do wezwania do wyjaśnień – Odwołujący musiałby przedłożyć nowe, prawidłowe (zawierające wszystkie niezbędne elementy) zobowiązanie podmiotu trzeciego, a więc de facto byłby wezwany powtórnie do uzupełnienia tego samego dokumentu.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z postępowania, z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:**

.....