

Sygn. akt: KIO 2289/12

WYROK

z dnia 30 października 2012r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Renata Tubisz**
 Agnieszka Trojanowska
 Paweł Trojan

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2012 r. przez **wykonawcę: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. 74-300 Myślibórz ul. Celna 21** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Różańsko; Różańsko 75 A; 74-311 Różańsko**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia: **K..... P..... Zakład Ogólnobudowlany K..... P.....** zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. 74-300 Myślibórz ul. Celna 21** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo**

**Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. 74-300 Myślibórz ul. Celna
21** tytułem wpisu od odwołania,

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 Szczecinie

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 353976-2012 w dniu 18.09.2012 roku.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane- budowa obiektów budowlanych przeciwpożarowych na terenie Nadleśnictwa Różańsko, sprawa oznaczona A-2710-9/12.

Odwołanie złożono w dniu 20 października 2012r. w związku z odrzuceniem oferty odwołującego.

Czynność odrzucenia oferty poprzedzona została wykluczeniem odwołującego z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwana dalej „ustawą” i art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy, których naruszenie podnosi odwołujący.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Ogólnobudowlany K..... P....., ul. Torowa 8, 74-300 Myślibórz zwany dalej „wykonawcą wybranym”. Kolejno odwołujący wnosi o unieważnienie wykluczenia odwołującego z postępowania, unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia dotychczas wykonanych przez zamawiającego czynności.

Odwołujący wskazuje, że jedynym kryterium oceny ofert stanowiła cena a on złożył ofertę z najniższą ceną.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty otrzymał w dniu 17.10.2012r. i zachował termin 5 dni na wniesienie odwołania.

W tych warunkach odwołujący podnosi, że posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy.

W uzasadnieniu odwołania podniósł następującą argumentację formalną i prawną.

Odwołujący powołał się na uzasadnienie zamawiającego, który stwierdził, że z powodu nie korzystania z zasobów podmiotu trzeciego nie spełnia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Z takim uzasadnieniem zamawiającego, odwołujący nie zgadza się.

Odwołujący na poparcie swoich racji przywołał art. 26 ust.2b ustawy umożliwiający korzystanie z zasobów podmiotów trzecich przy wykazaniu posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia oraz również §1 ust.2 i §2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. 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) zwane dalej „rozporządzeniem”, które uzależnia dostarczenie dokumentów wymienionych w art.24 ust.1 ustawy w przypadku gdy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia.

Odwołujący przywołał pismo zamawiającego z dnia 10.10.2012r. na podstawie art.26 ust.3 ustawy , w którym wezwał odwołującego do złożenia następujących dokumentów: oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, aktualnego odpisu z właściwego rejestru albo oświadczenia w zakresie art.24 ust.1 pkt 2, zaświadczenia urzędu skarbowego, zaświadczenia z ZUS, odnoszących się do podmiotu trzeciego.

Odwołujący przywołał treść oferty z której nie wynika, że przy realizacji zamówienia będzie uczestniczył podwykonawca lub podmiot trzeci w rozumieniu art. 26 ust.2 b ustawy.

Odwołujący przywołał swoją odpowiedź z dnia 11.10.2012r. w której powiadomił zamawiającego, że może żądać dokumentów od podmiotu trzeciego, jeżeli ten podmiot będzie brał udział w realizacji zamówienia.

Odwołujący wobec tak przywołanej argumentacji wnosi o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w dniu 29.10.2012r. złożył pismo z dnia 25.10.2012r., w którym odpowiadając na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów zamawiający podniósł.

Zamawiający na potwierdzenie wiedzy i doświadczenia żądał aby wykonawca posiadał doświadczenie polegające na wykonaniu w okresie 5 lat przed wszczęciem postępowania (a jeżeli okres wykonywania działalności gospodarczej jest krótszy- w tym okresie) co najmniej trzech robót budowlanych podobnych do objętych przedmiotem zamówienia.Za jedną robotę budowlaną podobną zamawiający uzna: roboty polegające na budowie lub remoncie dróg gruntowych o nawierzchni z naturalnego kruszywa łamanego, o wartości nie mniejszej niż 100 000,00 PLN. Odwołujący w złożonej ofercie na spełnienie ww

warunku wykazał roboty budowlane wykonywane przez podmiot trzeci, załączając zobowiązanie tegoż podmiotu do udostępnienia zasobów. Prokurent tej firmy nie przedstawił stosownego umocowania. Odwołujący w ofercie oraz w piśmie z dnia 11.10.2012r. wykluczył jakikolwiek udział tego podmiotu w wykonaniu zamówienia.

W ocenie zamawiającego samo powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego jest niewystarczające. Koniecznym jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu części zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Izba uznaje za wykazany przez odwołującego interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy, ponieważ złożył najkorzystniejszą ofertę wobec jedyne kryterium cena i podnoszone naruszenie przepisów ustawy może narazić jego na szkodę co daje odwołującemu prawo do wniesienia odwołania.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie przeprowadzonego dowodu z Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sporządzonego w dniu 04.10.2012r. z którego wynika, że najkorzystniejszą ofertę spośród czterech złożonych ofert jest oferta odwołującego, który podał cenę 156.296,43 zł. podczas gdy wykonawca wybrany zaoferował cenę 161.715,99 złotych przy jedynym kryterium cena.

Przedmiotem zaskarżenia jest czynność odrzucenia oferty poprzedzona wykluczeniem odwołującego z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwana dalej „ustawą” i art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy, z powodu nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w związku z powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego w warunkach obowiązującego art. 26 ust.2 b ustawy.

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odnoszących się do zarzutu podniesionego w odwołaniu Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane- budowa obiektów budowlanych przeciwpożarowych na terenie Nadleśnictwa Różańsko w tym a)Budowa drogi przeciwpożarowej ze szczegółowym opisem w Projekcie Budowlanym, Szczegółowej Specyfikacji Technicznej, Przedmiarem Robót oraz b)budowa zbiornika do celów ochrony przeciwpożarowej , spełniającego funkcję poidła dla fauny z odrębną dokumentacją jak powyżej.

Zamawiający wymagał następującej wiedzy i doświadczenia: wykonawca posiada doświadczenie polegające na wykonaniu w okresie 5 lat przed wszczęciem postępowania (a jeżeli okres wykonywania działalności gospodarczej jest krótszy- w tym okresie) co najmniej trzech robót budowlanych podobnych do objętych przedmiotem zamówienia. Za jedną robotę budowlaną podobną zamawiający uzna: roboty polegające na budowie lub remoncie dróg gruntowych o nawierzchni z naturalnego kruszywa łamanego, o wartości nie mniejszej niż 100 000,00 PLN(III.3.2. Ogłoszenia).

W Ogłoszeniu o zamówieniu zapisano, że wymaga się osób zdolnych do wykonania zamówienia, które będą posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu co najmniej jednej roboty polegającej na budowie lub remoncie dróg gruntowych o nawierzchni z kruszywa łamanego(III.3.4. Ogłoszenia). Jako dokument potwierdzający przewidziano Wykaz osób (III.4.1. Ogłoszenia).

Zgodnie z III.4.2. Ogłoszenia wymieniono na okoliczność nie podlegania wykluczeniu na podstawie art.24 ust.1 ustawy następujące dokumenty i oświadczenia: oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, odpis w właściwego rejestru, zaświadczenie urzędu skarbowego, zaświadczenie ZUS. W punkcie tym zaznaczono, że wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w pkt III.4.2.

W SIWZ(Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia) zawarto następujący zapis na okoliczność korzystania z zasobów podmiotów trzecich: 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. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest uwodnić 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 wykonaniu zamówienia. (pkt 8.2. SIWZ).

Z treści złożonej oferty odwołującego wynika, że odwołujący w Wykazie wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat robót budowlanych przedstawił 3 roboty, każda z nich dotyczyła robót na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Szczecinie w zakresie: robót przygotowawczych obejmujących między innymi kruszywo łamane, każda na kwotę przekraczającą 100.000,00zł. Referencje wystawiono na rzecz „MALDROBUD”

W..... M..... i E..... M..... Spółka Jawna ul. Królewiecka 43,
74-300 Myślibórz.

Powyższa Spółka Jawna zobowiązała się w dniu 03.10.2012r. do udostępnienia wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia wymieniając roboty przedstawione w Wykazie robót w celu realizacji zadania pod nazwą: Budowa obiektów budowlanych przeciwpożarowych na terenie Nadleśnictwa Różańsko. Powyższe zobowiązanie podpisał prokurent Pan M..... M..... nie przedstawiając wypisu z KRS spółki. W zobowiązaniu wymienia się na rzecz kogo udostępnia się wiedzę i doświadczenie to jest na rzecz odwołującego.

Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę na łączną kwotę: 156.296,43zł. w tym budowa drogi przeciwpożarowej 126.861,82 zł. i budowa zbiornika wodnego na kwotę: 29.434,61 zł.(Formularz ofertowy –Oferta Cenowa).

Do oferty załączono także Wykaz osób posiadających kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia dla dwóch osób w tym Pan A..... P..... technik drogowy z załączeniem decyzji stwierdzającej przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wydane przez Wojewodę w Gorzowie Wlkp. z dnia 15.12.1992r. Nr Ew. 64/92/Gw do kierowania budową i robotami w zakresie dróg i nawierzchni lotniskowych, przeznaczonego w Wykazie na kierownika budowy na podstawie umowy zlecenia.

Zamawiający w trybie art.26 ust.3 ustawy w dniu 10.10.2012r. wezwał odwołującego do uzupełnienia braków oferty pod rygorem wykluczenia z postępowania. W następujący sposób opisał braki oferty w pkt 1 wezwania. W zakresie nie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia: zacytował zapis dotyczący wiedzy i doświadczenia z Ogłoszenia o zamówieniu jak powyżej. Zamawiający zażądał na podstawie pkt III.4.2. Ogłoszenia o zamówieniu oraz §1 ust.2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. 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) stosownych dokumentów wymieniając je.

Odwołujący w dniu 11.10.2012r. zajął w następujące stanowisko w sprawie wezwania zamawiającego.

Odnosnie pkt 1 pisma wyjaśnił, że powołanie się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu dotyczy wyłącznie w zakresie udostępnienia wykonawcy na okres realizacji

zadania, doświadczenia tego podmiotu w części: wykonanych robót w okresie ostatnich pięciu lat, oraz współpracy tego podmiotu z wykonawcą w formie doradczej, a nie dotyczy udziału tego podmiotu w jakiegokolwiek części zamówienia, zgodnie z załączonym zobowiązaniem str.25 oferty i zgodnie z pkt 8.2. SIWZ oraz zgodnie z art. 26 ust.2 b ustawy PZP. Nadmieniono również, że zamawiający może żądać dokumentów wymienionych w pkt 1 tego pisma tylko gdyby ten podmiot brał jednocześnie udział w realizacji części zamówienia (traktowany jak podwykonawca) zgodnie w powyżej wymienionym rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2009r. pkt III 4.2. zał. nr 1 – ogłoszenie o zamówieniu i gdyby taki wymóg był zamieszczony w SIWZ.

Zamawiający w dniu 16.10.2012r. w powiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadomił o wykonawcy wybranym i o wykluczeniu odwołującego z postępowania. W uzasadnieniu dotyczącym wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty oświadczył, że nie spełniono warunku udziału w zakresie wiedza i doświadczenie. W odpowiedzi na uzupełnienie oferty, pismem z dnia 11.10.2012r. wykonawca wyjaśnił, że wymagane dokumenty podmiotu trzeciego przedstawiane są w przypadku udziału tego podmiotu w realizacji części zamówienia. Wykonawca jednoznacznie wykluczył udział tego podmiotu w realizacji zamówienia. Wynika z tego, że wykonawca nie będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego.

Izba zważyła co następuje

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Powodem wniesienia odwołania jest czynność wykluczenia z postępowania odwołującego z powodu nie spełnienia warunku udziału określonego w dokumentach zamawiającego a odnoszącego się do wymaganej wiedzy i doświadczenia opisanej jako wymóg wykonania co najmniej 3 robót budowlanych podobnych do przedmiotu zamówienia w tym jednej roboty drogowej co najmniej na 100.000,00 zł dotyczącej budowy lub przebudowy drogi gruntowej o nawierzchni z naturalnego kruszywa łamanego.

W ocenie Izby odwołujący posługując się doświadczeniem i wiedzą podmiotu trzeciego nie udowodnił, że będzie przy realizacji zadania dysponował niezbędnymi zasobami udostępnionymi przez podmiot trzeci.

Korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego reguluje art.26 ust.2b ustawy zgodnie z którym wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji jest

zobowiązany 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.

Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że podmioty trzecie mogą wesprzeć wykonawcę, który nie ma doświadczenia i wiedzy niezbędnej do wykonania zamówienia. Niemniej wsparcie to nie polega tylko na udostępnieniu wiedzy i doświadczenia w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez udostępnienie referencji. Wsparcie niedoświadczonego i nie posiadającego wiedzy wykonawcy również musi występować na etapie wykonania zadania. Wynika to z ogólnych zasad prawa zamówień publicznych, że o udzielenie zamówienia mogą występować wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania zadania (art. 22 ust.1 ustawy). Bowiem sprawdzanie wiedzy i doświadczenia potencjalnych wykonawców nie stanowi celu samego w sobie, tylko ma dać gwarancję zamawiającemu, że zadanie wykonane zostanie należycie. W związku z powyższym nie wystarczy udostępnić referencji należytego wykonania przez podmiot trzeci tylko ten podmiot ma obowiązek udostępnić swoje zasoby na czas realizacji zadania poprzez udział jego zasobów na etapie przygotowania, organizacji, realizacji, monitoringu wykonywanego zadania. Przepis ustawy mówi o niezbędnych zasobach i obowiązku udowodnienia ich dysponowaniem. Ocenę tych niezbędnych zasobów pozostawia zamawiającemu.

W przedmiotowej sprawie oczywistym jest, że zamawiający oczekiwał udziału podmiotu trzeciego w realizacji w znaczącej części zamówienia to jest robót drogowych, gdzie odwołujący nie wykazał żadnego doświadczenia (Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę na łączną kwotę: 156.296,43zł. w tym budowa drogi przeciwpożarowej 126.861,82 zł. i budowa zbiornika wodnego na kwotę: 29.434,61 zł.(Formularz ofertowy –Oferta Cenowa)).

Niemniej zamawiający nie miał podstaw do żądania udziału w realizacji części zamówienia na którą podmiot trzeci udzielił referencji (doświadczenie i wiedza), ponieważ nie zastrzegł takiego wymogu wobec podmiotu trzeciego. Stąd żądanie dokumentów jak od wykonawcy w myśl §1 ust.2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. 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) jest nieuprawnione.

Natomiast Izba oddala odwołanie, ponieważ podmiot trzeci nie zobowiązał się w oświadczeniu z dnia 03.10.2012r. do udostępnienia w ogóle żadnych zasobów na czas realizacji zadania a co ma obowiązek udowodnić odwołujący zamawiającemu. Bowiem jak powyżej opisano oświadczenie podmiotu trzeciego dotyczy tylko udostępnienia wykonanych robót i związanych z nimi referencji podmiotu trzeciego. W oświadczeniu tym nie ma mowy o udostępnieniu odwołującemu zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. Nie wystarczy natomiast oświadczenie odwołującego złożone w piśmie z dnia 11.10.2012r., że powołanie na cudze doświadczenie i wiedzę dotyczy współpracy tego podmiotu z wykonawcą w formie doradczej, ponieważ pochodzi ono od wykonawcy a nie podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie. Ponadto pismo odwołującego wskazujące na „współpracę tego podmiotu z wykonawcą w formie doradczej” nie opisuje jakich zasobów ta współpraca w formie doradczej miałaby dotyczyć, pomijając okoliczność, że pismo jest od odwołującego a nie podmiotu trzeciego do czego obliguje art.26 ust.2b ustawy.

W związku z powyższym odwołujący w ogóle nie wykazał, że podmiot trzeci zobowiązał się do udostępnienia jakichkolwiek zasobów na czas realizacji zamówienia. Stąd wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art.24 ust.4 ustawy i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 jest czynnością po stronie zamawiającego prawidłową.

Nieistotną dla rozstrzygnięcia sprawy jest okoliczność powoływania się na dysponowanie przez odwołującego kierownikiem budowy z uprawnieniami i doświadczeniem, ponieważ doświadczenie i wiedzę ma mieć odwołujący a nie jego pracownicy czy zleceniobiorcy.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) i § 1 ust.2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz. 238) zasądzając od odwołującego koszty postępowania odwoławczego w wysokości wniesionego wpisu w kwocie 10.000,00 złotych .

Przewodniczący:

.....*

.....*

