

WYROK

z dnia 30 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**
Andrzej Niwicki
Beata Pakulska

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2014 r. przez **Odwołującego** – Rowiss Sp. z o.o., ul. Moczadła 1B, 87-300 Brodnica, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Gminę Płużnica, 87-214 Płużnica,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Gminie Płużnica, 87-214 Płużnica, powtórzenie badania i oceny ofert, w tym wezwanie Odwołującego Rowiss Sp. z o.o., ul. Moczadła 1B, 87-300 Brodnica do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Gminę Płużnica, 87-214 Płużnica i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Rowiss Sp. z o.o., ul. Moczadła 1B, 87-300 Brodnica tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego - Gminy Płużnica, 87-214 Płużnica na rzecz Odwołującego - Rowiss Sp. z o.o., ul. Moczadła 1B, 87-300 Brodnica kwotę **13 617 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 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 **Toruniu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

I. Gmina Płużnica (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa sieci kanalizacyjnej w miejscowości Błędowo”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 czerwca 2014 r., poz. 206748. 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 (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 18 lipca 2014 r. *ROWISS Sp. z o.o. w Brodnicy* (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz zarzucił Zamawiającemu:

- niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych przeprowadzenie czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4), art. 24 ust. 4 w powiązaniu z art. 89 ust 1 pkt 5) Prawa zamówień publicznych,
- zaniechanie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych,
- zaniechanie czynności wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w stosunku do Odwołującego,
- zaniechanie czynności badania ofert na podstawie art. 87 ust 1 w związku z art. 7 ust 1, ust 2 i ust 3 Prawa zamówień publicznych w stosunku do Odwołującego,
- niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych przeprowadzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 92 ust 1 w związku z art. 7 ust 1-3 Prawa zamówień publicznych,
- zaniechanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i niepodlegającej odrzuceniu na podstawie art. 92 ust 1 w związku z art. 7 ust 1 - 3 Prawa zamówień publicznych.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wniósł o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 22 lipca br. zgłosiło przystąpienie Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "Mel-Kan" Sp. z o.o. w Grudziądzu. Izba uznała, że zgłaszający przystąpienie nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego, ponieważ zgłoszenie to wpłynęło po upływie trzydniowego terminu (znaczenie ma data wpływu zgłoszenia przystąpienia do Izby; zgłaszający potwierdził, że kopię odwołania otrzymał w dniu 18 lipca br).

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 zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W Rozdziale IV pkt 2 SIWZ Zamawiający ustalił, co następuje:

„2. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom (załącznik nr 6 do SIWZ) i/lub Zamawiający żąda podania przez Wykonawcę w ofercie nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby Wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust 2b, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp.”

2. W Rozdziale VI pkt 2 SIWZ Zamawiający ustalił, co następuje:

„2. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków. Wykonawca 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 wykonaniu zamówienia (zgodnie z art. 26 ust. 2b Ustawy) w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę lub te

podmioty oraz przedłoży wykaz tych podmiotów."

3. W Załączniku Nr 3 do SIWZ (wzorzec formularza ofertowego) wskazano:

„Oświadczam, że w/w podmioty **będą brały / nie będą brały (niepotrzebne skreślić)** udziału w realizacji części zamówienia oraz nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust 1 i 2 pkt 1 i 3 Pzp"

4. Odwołujący złożył ofertę, w formularzu ofertowym nie wykreślając żadnej z możliwości (nie dokonał żadnych skreśleń). Do oferty załączył zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, w którym wskazano, że podmiot ten „(...) będzie sprawował doradztwo techniczne służąc wykonawcy swoją wiedzą i nabytym doświadczeniem technicznym poprzez prowadzenie fachowych konsultacji”.

5. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, bez wzywania do uzupełnienia dokumentów czy wyjaśnień – w odpowiedzi na odwołanie, a następnie na rozprawie argumentował, że nie zaistniała potrzeba wzywania Odwołującego, ponieważ, po zapoznaniu się z jego ofertą i dokumentami do niej dołączonymi, nie miał żadnych wątpliwości co do postaw wykluczenia. Odnośnie zobowiązania podmiotu trzeciego wskazywał także, że jest ono zbyt lakoniczne w określeniu roli, jaką podmiot trzeci ma pełnić w realizacji zamówienia, i nie można byłoby go uzupełnić – ponieważ pochodzi od podmiotu trzeciego, a nie od wykonawcy biorącego udział w postępowaniu.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że doszło do nieprawidłowego wykluczenia wykonawcy z postępowania: Zamawiający przed podjęciem decyzji o ewentualnym wykluczeniu powinien był wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.

Wezwanie do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych jest obowiązkiem Zamawiającego. Jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu (bądź nawet wydaje się wynikać, że wykonawca warunku nie spełnia) – ustawa daje możliwość wykonawcy konwalidowania oferty. W niniejszej sprawie Odwołujący nie zaznaczył żadnej z opcji formularza ofertowego (tj. nie wskazał, czy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia), a równocześnie załączył zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, co miało nastąpić m.in. w formie doradztwa technicznego i prowadzenia fachowych konsultacji. Tego rodzaju czynności w ocenie Izby również są formą uczestniczenia w realizacji zamówienia – „branie udziału w realizacji zamówienia” nie ogranicza się jedynie do podwykonawstwa, może bowiem przybierać również inne formy współpracy (przepis art. 26 ust 2b Prawa zamówień publicznych wyraźnie wskazuje na dowolność charakteru prawnego stosunków łączących wykonawcę

z podmiotem trzecim). Zatem, wobec sprzeczności treści oświadczenia w formularzu ofertowym z załączonym zobowiązaniem podmiotu trzeciego – Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do wyjaśnienia tej nieścisłości. Ponadto Zamawiający w decyzji o wykluczeniu wskazywał na zbyt lakoniczne określenie roli podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia – w takim przypadku powinien wezwać wykonawcę do dookreślenia tej roli. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego nie stoi temu na przeszkodzie fakt, że zobowiązanie zostało złożone przez podmiot trzeci – wykonawca (w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów) może przedłożyć rozszerzone oświadczenie podmiotu trzeciego, opisujące szczegółowo, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, elementy pozwalające na ocenę, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz ocenę, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu w szczególności art. 24 ust. 2 pkt 4) oraz art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do 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:

.....

Członkowie:

.....

.....