

Sygn. akt: KIO 1292/14

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 02 lipca 2014 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **02 lipca 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **23.06.2014 r.** przez **A. M. K. *prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą* P.P.U.H. „MARK” A. M. K. , ul. Czeska 22, 15-625 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Ministra Obrony Narodowej - Ministerstwo Obrony Narodowej - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie, ul. Narutowicza 17B, 70-240 Szczecin**

**postanawia:**

**1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**

**2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz A. M. K. *prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą* P.P.U.H. „MARK” A. M. K. , ul. Czeska 22, 15-625 Białystok kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis 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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Szczecinie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na roboty budowlane polegające na wymianie sieci wodociągowej na terenie IRBLog w Mostach ( PKOB 2212), zostało wszczęte przez Skarb Państwa - Ministra Obrony Narodowej - Ministerstwo Obrony Narodowej - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie, ul. Narutowicza 17B, 70-240 Szczecin zwany dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 159484 – 2014, data zamieszczenia 12.05.2014 r.

W dniu 18.06.2014 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) A. M. K. *prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą* P.P.U.H. „MARK” A. M. K. , ul. Czeska 22, 15-625 Białystok zwanej dalej: „Pzp” zwanego dalej: „P.P.U.H. „MARK” A. M. K. ” albo „Odwołującym”. Nadto, poinformował na podstawie art. 51 ust. 1a Pzp o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i o otrzymanych ocenach spełniania tych warunków.

W dniu 23.06.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 180 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp odwołanie: P.P.U.H. „MARK” A. M. K. , na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 23.06.2014 r. (faxem). Odwołujący wniósł odwołanie od czynności niezgodnej z przepisami ustawy, tj.:

- a) decyzji Zamawiającego o wykluczeniu z przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne P.P.U.H. „MARK” A. M. K. przez niewłaściwe zastosowanie i błędne uznanie, że wobec odwołującego zachodzą podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp;
- b) pominięciu zaproszenia do składania ofert naszej firmy, która w świetle przyjętych kryteriów powinna zostać zaproszona do składania ofert. W ocenie Odwołującego poprzez podjęcie w/w czynności Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3, art. 22, art. 26 ust. 2b oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, w wyniku czego doznał uszczerbku nasz interes faktyczny i prawny poprzez pozbawienie nas możliwości złożenia oferty, a tym samym możliwości ubiegania się o realizację roboty budowlanej będącej przedmiotem zamówienia - gdyby Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z postępowania. Według kryteriów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, Odwołujący na podstawie złożonego wniosku winien zostać dopuszczony do złożenia oferty. Odwołujący żądał:

a) unieważnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania;

b) unieważnienia czynności zaproszenia do składania ofert;

c) dokonania ponownej czynności oceny wniosków złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku Odwołującego i zaproszenie go do złożenia oferty. W dniu 18.06.2014 r. Odwołujący otrzymał e-mailem pismo informujące o wykluczeniu jego firmy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, oraz informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Stwierdził, że powód wykluczenia naszej firmy z postępowania jest niezgodny z przepisami i ze stanem faktycznym, ponieważ wniosek Odwołującego zawiera wszystkie wymagane w ogłoszeniu o zamówieniu oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz wszystkie dokumenty potwierdzające spełnienie tych warunków. Zamawiający swym działaniem naruszył przywołane w podstawie odwołania przepisy ustawy, a w szczególności zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu należało przedłożyć wraz z wnioskiem wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wyjaśnił, w jakiej sytuacji Wykonawcy winni byli wykazać, że osoby przedstawione w wykazie (...) zobowiązane były do pisemnego oświadczenia o pozostawaniu do dyspozycji wykonawców. Otóż biorąc pod uwagę brzmienie art. 26 ust. 2b Pzp, zobowiązanie podmiotu trzeciego należało złożyć, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powołuje się na osoby zdolne do wykonania zamówienia należące do innych podmiotów, tj. podmiotów, które dysponują takimi osobami. W takim przypadku mamy do czynienia z dysponowaniem przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób pośredni (dysponowanie pośrednie). A contrario należy uznać iż, gdy to sam wykonawca dysponuje takimi osobami (dysponowanie bezpośrednie), nie ma obowiązku dołączania do wykazu osób żadnego oświadczenia tych osób. Przepis art. 26 ust. 2b nie znajduje zastosowania do przypadków, gdy Wykonawca bezpośrednio dysponuje takimi osobami, o czym rozstrzyga treść stosunku prawnego istniejącego pomiędzy wykonawcą a tymi osobami, por. wyrok KIO z dnia 30.03.2011 r., sygn. akt: KIO 565/11. Odwołujący przy realizacji zamówienia objętego niniejszym postępowaniem będzie korzystać z zespołu osób, z którymi w sposób stały bądź doraźny współpracuje przy realizacji różnego rodzaju przedsięwzięć budowlanych. Przewidziana forma współpracy pomiędzy Odwołującym oraz p. T. S. stanowi bezpośrednio dysponowanie osobą zdolną do wykonania zamówienia, a nie faktyczne powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego.

W związku z powyższym P. T. S. nie jest podmiotem trzecim, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp. Powyższe Odwołujący wskazał w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia określając, że będzie dysponował tymi osobami na podstawie zobowiązania tych osób. Podkreślenia wymaga fakt, że w przypadkach, gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą, na dysponowanie której wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Przy czym bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. czy mamy tu do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną czy też z samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą itd. (por. wyrok KIO z dnia 02.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 766/09, wyrok KIO z dnia 27.05.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 639/09; KIO/UZP 659/09). Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Zamawiający nie może żądać od wykonawców wykazania określonej postawy dysponowania personelem własnym. W orzeczeniach KIO stwierdza się, iż nie jest istotny stosunek prawny łączący wykonawcę z osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Nie jest istotne, z punktu widzenia celu, jakim jest żądanie dysponowania tymi osobami i możliwości rozporządzania nimi w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, jaka jest podstawa prawna powyższego faktu. Istotnym jest skutek, w postaci spełnienia warunku udziału w postępowaniu i tym samym możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez doświadczony personel, niezależnie od faktu, czy prawo do dysponowania określonymi osobami ma swoje źródło w umowie o pracę, umowie cywilnoprawnej. W świetle powyższego uzasadnienia Zamawiający nie mógł żądać uzupełnienia dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp - informacja taka jest bezprzedmiotowa dla Zamawiającego w kontekście oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. A tylko brak potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na skutek błędów w dokumentach lub ich braku nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Mimo tego, Zamawiający pismem z dnia 04.06.2014 r. wezwał do uzupełnienia oryginału bądź kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem oświadczenia o tym, że osoby wskazane w wykazie będą do dyspozycji Odwołującego. W wyniku wadliwego wezwania Odwołujący przesłał Zamawiającemu zobowiązanie S. S. , ojca T. a, o pozostawaniu do dyspozycji Odwołującego w charakterze geodety, osoby która także spełnia warunki określone przez Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości czy na spełnienie warunku Zamawiający wskazał T. a czy S. S. , mógł w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wezwać do przedstawienia wyjaśnień treści tegoż dokumentu. Niezależnie od faktu bezzasadnego wezwania Zamawiający poprzez zaniechanie powyższego obowiązku naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp.

Zamawiający w dniu 24.06.2014 r. wezwał w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 30.06.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w którym stwierdził, że uznaje w całości zarzuty Odwołującego. Stosowne pismo zostało podpisane przez Kierownika Zamawiającego zu. ppłk J. R. .

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć. Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1292/14 na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. z 2010 Nr 48, poz. 280 i Dz. U. z 2013 r. poz. 232) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....