

Sygn. akt KIO 2573/14

WYROK
z dnia 17 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2014 r. przez Budowę Dróg i Mostów, Gospodarstwo Agroturystyczne „SWOBODA” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Hawłowicach w postępowaniu prowadzonym przez Powiatowy Zarząd Dróg w Przeworsku

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Budowę Dróg i Mostów, Gospodarstwo Agroturystyczne „SWOBODA” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Hawłowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Budowę Dróg i Mostów, Gospodarstwo Agroturystyczne „SWOBODA” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Hawłowicach tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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 Przemyślu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Powiatowy Zarząd Dróg w Przeworsku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest remont dróg powiatowych Nr P 1587R ulica Chruściela i Pod Chałupkami w Przeworsku w km 0+000 -i- 2+483. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 24 października 2014 r., pod numerem 354466. Wartość zamówienia jest mniejsza, niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

26 lipca 2013 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wyborze najkorzystniejszej oferty – oraz o wykluczeniu wykonawcy Budowa Dróg i Mostów, Gospodarstwo Agroturystyczne „SWOBODA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Hawłowicach, który następnie 5 grudnia 2014 r. wniósł odwołanie.

Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp - przez wykluczenie z udziału w postępowaniu odwołującego;
- art. 26 ust. 3 Pzp przez wadliwe wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów, tj. nieprecyzyjne i niejednoznaczne skierowanie żądania do odwołującego o uzupełnienie braku;
- 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty nie zawierającej najniższej ceny, zatem sprzecznie z warunkami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”);
- art. 7 ust. 1 Pzp przez przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Przedsiębiorstwa „MOLTER” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, wykluczenia z udziału w postępowaniu odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego. Ponadto żądał obciążenia zamawiającego kosztami postępowania (w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego) według norm przepisanych oraz przeprowadzenie dowodów z:

„a) dokumentów - zalegających w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Powiatowy Zarząd Dróg w Przeworsku pn. Remont drogi powiatowej Nr P 1580 R Gorliczyna - Wólka Pełkińska w km 0+050 - 2+620", w szczególności:

- Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- dokumentu oferty wykonawcy EKO-BUD D. C. pl. Mickiewicza 3, 37-200 Przeworsk wraz z załącznikami oraz dokumentem zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wystawionego przez Budowa Dróg i Mostów – M. B. Świebodna 28, 37-560 Pruchnik;
- ogłoszenia o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na okoliczność wykazania, że zamawiający w innym prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego nie zakwestionował treści identycznego zobowiązania podmiotu Budowa Dróg i Mostów M. B. z siedzibą w Świebodnej złożonego wraz z ofertą przez EKO-BUD D. C. oraz nie wykluczył przystępującego do udziału w postępowaniu oraz na okoliczność wykazania braku podstaw do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty.”

W uzasadnieniu odwołujący stwierdził, że w sposób wadliwy został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień, tj. wezwanie z 24 listopada 2014 r. jest nieszczegółowe, nieprecyzyjne, niejednoznaczne. Zarzucił, że wyznaczony przez zamawiającego dwudniowy termin na uzupełnienie dokumentów był zbyt krótki. Odwołujący podniósł, że ogólnikowe stwierdzenie zamawiającego, iż przedłożone oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby nie stanowi dowodu co do dysponowania zasobami niezbędnymi do wykonania robót budowlanych objętych zamówieniem, jest niewystarczające. Powołując się na orzecznictwo Izby odwołujący wywiódł, że nie może ponosić negatywnych konsekwencji z tego powodu, że zamawiający w sposób wadliwy i nieprecyzyjny skonstruował SIWZ oraz w sposób wadliwy wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Opisując warunek udziału w postępowaniu w rozdziale 5 ust. 2 pkt 2 lit. b *in fine* SIWZ zamawiający ustalił, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go

z nim stosunków przy założeniu, że w przypadku polegania przez wykonawcę na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów - podmioty te będą brały udział w wykonaniu części zamówienia. Natomiast w rozdziale 6 pkt 7, ppkt 7 SIWZ wskazał, że jeżeli wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania (dowód: SIWZ - str. 3 i 6 - kopia w aktach sprawy).

W odpowiedzi odwołujący w celu wykazania się posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia powołał się na zasoby M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Budowa Dróg i Mostów M. B. w Świebodnej. Wraz z ofertą odwołujący złożył zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, w którym Pana M. B. oświadcza, że udostępni odwołującemu na potrzeby wykonania zamówienia pn. „remont dróg powiatowych Nr P 1587R ulica Chruściela i Pod Chałupkami w Przeworsku w km 0+000 - i- 2+483” niezbędną wiedzę i doświadczenie na okres korzystania z nich przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania (wszystkie udostępnione referencje) - w formie doradztwa (dowód: oferta odwołującego str.16 - kopia w aktach sprawy).

Pismem z dnia 24 listopada 2014 r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 2 b Pzp wezwał odwołującego do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający podniósł, że złożone dokumenty nie pozwalają na przyjęcie, że warunek ten został spełniony, gdyż lakoniczne oświadczenie podmiotu trzeciego nie stanowi dowodu, że istotnie odwołujący dysponować będzie zasobami niezbędnymi do wykonania robót budowlanych objętych zamówieniem. Zamawiający wyznaczył termin na uzupełnienie oferty do dnia 26.11.2014 r. do godz. 11:00. Odwołujący otrzymał skan przedmiotowego pisma w dniu 24 listopada 2014 r. drogą elektroniczną godz. 13:15 (dowody: pismo i wydruk z poczty elektronicznej - kopie w aktach sprawy).

W odpowiedzi odwołujący przedstawił ponownie oświadczenie Pana M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Budowa Dróg i Mostów M. B. w Hawłowicach z 26 listopada 2014 r., w którym zobowiązał się do oddaniu odwołującemu do dyspozycji niezbędnej wiedzy i doświadczenia na potrzeby wykonania zamówienia na okres korzystania z nich przy jego wykonaniu, a wskazany zasób będzie wykorzystywany w formie doradztwa (dowód: oświadczenia z 26 listopada 2014 r. – kopia w aktach sprawy).

Pismem z 2 grudnia 2014 r. zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i uznał ofertę ofertę odwołującego za odrzuconą. Zamawiający uzasadnił, że przedstawione kolejne oświadczenie Pana M. B. było tożsame z pierwotnym a zatem odwołujący nie udowodnił, że będzie dysponował zasobami wiedzy i doświadczenia. Zdaniem zamawiającego złożone zobowiązanie ma charakter czysto werbalny i zostało sporządzone wyłącznie na użytek udziału w tym postępowaniu (dowód: pismo z 2 grudnia 2014 r. - kopia w aktach sprawy).

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 220 ust. 1 Pzp Izba rozpoznała odwołanie na podstawie stanu prawnego obowiązującego w dacie wszczęcia postępowania, a więc na podstawie przepisów ustawy z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą nowelizującą z 29 sierpnia 2014 r. (Dz.U. z 2014 r., poz. 1232), które weszły w życie 19 października 2014 r.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez zamawiającego pn. Remont drogi powiatowej Nr P 1580 R Gorliczyna - Wólka Pełkińska w km 0+050 - 2+620. Okoliczności faktyczne i prawne innego postępowania nie mają znaczenia dla oceny zgodności z prawem czynności lub zaniechań zamawiającego w badanym, innym postępowaniu o udzielenie zamówienia. To, że zamawiający nie wykluczył odwołującego w przeszłości nie oznacza, że nastąpiło to zgodnie z przepisami ustawy, ani nie zwalnia Izby od oceny czynności wykluczenia odwołującego w badanym postępowaniu.

Izba nie uwzględniła również dowodów dotyczących sytuacji ekonomiczno-finansowej Pana M. B. oraz wezwania do usunięcia usterek w robotach budowlanych wykonanych przez Pana M. B. na rzecz zamawiającego powołanych przez zamawiającego dla wykazania, że Pan M. B. nie dysponuje zasobami, które mógłby udostępnić. Po pierwsze, kwestia braku zasobów które Pan M. B. mógłby przekazać odwołującemu nie stanowiła podstawy wskazanej w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia i nie została objęta zarzutami odwołania. Zamawiający w informacji o wykluczeniu wskazał jedynie, że zobowiązanie Pana M. B. było niewystarczające i tylko w tych granicach zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp może zostać rozpoznane. Dowody powołane przez zamawiającego nie dotyczą zatem możliwego do rozpoznania zakresu niniejszego postępowania odwoławczego. Po drugie, wiedza i doświadczenie są innym składnikiem przedsiębiorstwa, niż jego zasoby ekonomiczne i

finansowe, zatem dowody zgłoszone przez zamawiającego pozostają bez związku z podstawą wykluczenia.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, uwzględnienie odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie okazało się bezzasadne.

Odwołujący ma rację jedynie, gdy twierdzi, że z samej normy art 26 ust 2b Pzp nie wynika konieczność wskazywania w treści zobowiązania *essentialia negotii* porozumienia między wykonawcą a podmiotem trzecim oraz, że powołana norma w żaden sposób nie przesądza sposobu wykorzystania przez wykonawcę udostępnionych zasobów wiedzy i doświadczenia. Uszło jednak uwadze odwołującego, że zamawiający jasno wymagał (w rozdziale 5 ust. 2 pkt 2 lit. b *in fine* SIWZ) udziału podmiotu udostępniającego zasoby wiedzy i doświadczenia w wykonaniu części zamówienia. Zamawiający nie powiecił zatem w SIWZ wyłącznie rozwiązań ustawowych, lecz podkreślił znaczenie uczestnictwa podmiotu udostępniającego zasoby wiedzy i doświadczenia w wykonaniu zamówienia.

Wobec wymagań SIWZ zamawiający trafnie uznał, że ogólne w swej treści zobowiązanie Pana M. B. wskazujące wyłącznie na niesprecyzowane doradztwo nie stanowi wystarczającego dowodu na okoliczność przyszłego dysponowania przez odwołującego zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia.

Mimo, że zamawiający nie jest zobowiązany do sprecyzowania w SIWZ wymaganej treści zobowiązania, ani tym bardziej do zamieszczania wzoru oświadczenia stanowiącego zobowiązanie do udostępniania zasobów, to nie każde zobowiązanie podmiotu, który zamierza udostępnić swe zasoby, stanowi dostateczny dowód spełniania warunku udziału w postępowaniu. W szczególności w przypadku zasobów wiedzy i doświadczenia, które mają co do zasady charakter niematerialny i są ściśle związane z danym podmiotem, istotne jest dla zamawiającego uzyskanie wiedzy, w jaki sposób owe zasoby zostaną wykorzystane w toku wykonania zamówienia.

W obecnym stanie prawnym kwestia ta zyskała na doniosłości, gdyż art. 26 ust. 2e Pzp statuuje solidarną odpowiedzialność wykonawcy i podmiotu udostępniającego swe zasoby za szkodę zamawiającego wynikającą z nieudostępnienia zasobów.

Zasadnie zatem zamawiający uznała zobowiązanie Pana M. B. za lakoniczne i niewystarczające i wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Jeśli termin wyznaczony przez zamawiającego był zdaniem odwołującego zbyt krótki, winien zakwestionować go przez powiadomienie zamawiającego o czynności podjętej

niezgodnie z przepisami ustawy, o którym stanowi art. 181 ust. 1 Pzp. Terminy na wnoszenie środków ochrony prawnej mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu. Upływ terminu powoduje utratę prawa do kwestionowania czynności zamawiającego. Obecnie Izba może ocenić wyłącznie zobowiązanie złożone przez odwołującego w wyniku wezwania.

W tej mierze Izba uznała, że złożenie przez odwołującego oświadczenia o treści, która już poprzednio została uznana przez zamawiającego za lakoniczną i niewystarczającą, nie stanowi właściwej odpowiedzi profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych na wezwanie zamawiającego. W konsekwencji odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i został prawidłowo wykluczony przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp ze skutkiem uznania oferty odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Nie uwzględniono kosztów pełnomocnika zamawiającego, który dla wykazania kosztów poniesionych przez zamawiającego w związku z zastępstwem prawnym złożył wyłącznie odręczny spis kosztów. Zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), podstawą dla zasądzenia kosztów są rachunki złożone do akt sprawy.

Przewodniczący: