

**Sygn. akt: KIO 66/13**

**WYROK**

**z dnia 28 stycznia 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Członkowie: Małgorzata Stręciwilk**

**Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 stycznia 2013 roku przez wykonawcę **Spółdzielnia Rzemieśnicza „Budowlana”**, 26 – 600 Radom, ul. Jana Kilińskiego 15/17 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Skaryszew**, 26 – 640 Skaryszew, ul. Słowackiego 6

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownej oceny złożonych ofert;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gmina Skaryszew**, 26 – 640 Skaryszew, ul. Słowackiego 6 i,

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Spółdzielnia Rzemieśnicza „Budowlana”**, 26 – 600 Radom, ul. Jana Kilińskiego 15/17 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Gmina Skaryszew**, 26 – 640 Skaryszew, ul. Słowackiego 6 na rzecz wykonawcy **Spółdzielnia Rzemieśnicza „Budowlana”**, 26 – 600 Radom, ul. Jana Kilińskiego 15/17 kwotę **12 952 zł 00 gr** (słownie: dwunastu tysięcy dziewięciuset pięćdziesięciu dwóch złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Radomiu**.

**Przewodniczący:**.....

**Członkowie:**.....

.....

**Sygn. akt: KIO 66/13**

## **U z a s a d n i e**

Zamawiający: Miasto i Gmina Skaryszew, ul. Słowackiego 6 26-640 Skaryszew wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Przebudowa targowiska gminnego w miejscowości Skaryszew nr postępowania RP0.271.51.6.2012”.

W dniu 8 stycznia 2013 r. Odwołujący: Spółdzielnia Rzemieślnicza „BUDOWLANA” ul. Kilińskiego 15/17 26-600 Radom otrzymał informację o wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania i o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

Nie zgadzając się z przedmiotowymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 11 stycznia 2013 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Przedmiotowe odwołanie zostało wniesione od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, w związku z art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego pomimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu;
- art. 7 ust. 3 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty Odwołującego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania oraz czynności odrzucenia jego oferty, przystąpienia do ponownego badania i oceny ofert;

- unieważnienia czynności wyboru oferty firmy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ZBIG-BET H..... P....., D..... P..... s.c. ul Radomska nr 13, Makowiec 26-640 Skaryszew;

- nakazanie ponowne badania i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu złożył oświadczenie, że będzie korzystał z osób trzecich - z dwóch osób prowadzących działalność gospodarczą tj. J..... K....., jako kierownika robót drogowych oraz Z..... G..... jako kierownika robót sanitarnych, na zasadzie współpracy.

Zauważył, że zarówno w pkt 9 złożonej oferty, jak również w odpowiedzi na przesłane wezwanie do uzupełnienia dokumentów oświadczył, że osoby te nie będą podwykonawcami przy realizacji przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do powyższego wskazał, że osoby te nie będą związane żadnym stosunkiem prawnym z Zamawiającym.

Wyjaśnił, że dotychczas Odwołujący już kilkakrotnie korzystał z potencjału tych w/w osób działających w formie podmiotów gospodarczych i zawsze odbywało się to na zasadzie współpracy z tymi osobami, a nie na zasadzie podwykonawstwa.

Zaznaczył także, że będzie to dysponowanie tymi konkretnymi osobami, a nie np. ich pracownikami, czyli (tzw. dysponowanie bezpośrednio) na podstawie więzi prawnej pomiędzy Odwołującym, a tymi osobami.

Zdaniem Odwołującego, uwzględniając powyższe, w tej sytuacji przedłożone przez niego oświadczenia tych podmiotów, że zobowiązują się do współpracy w czasie realizacji całości przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę jest wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Według Odwołującego udowodnił on w sposób określony w art. 26 ust 2b ustawy Pzp, że będzie korzystał z wskazanych osób zdolnych do wykonania zamówienia, ale osoby (podmioty) te nie będą jego podwykonawcami.

W związku z tym – zdaniem Odwołującego - brak było podstaw prawnych żądania przez Zamawiającego dokumentów wyszczególnionych w pkt 6.3 SIWZ zwłaszcza, że

postanowienia SIWZ w pkt 6.2 przewidywało możliwość żądania tych dokumentów tylko wówczas, gdy zostanie spełniony dodatkowy warunek tzn., że podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia.

Argumentował, że skoro podmioty te, z którymi Wykonawca zamierza współpracować przy realizacji zamówienia, nie będą brały bezpośrednio udziału przy realizacji części przedmiotowego zamówienia Zamawiający nie miał prawa żądać od Odwołującego w/w dokumentów.

Ostatecznie podniósł, że Zamawiający w konsekwencji swojego bezprawnego działania wybrał ofertę droższą od oferty Odwołującego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść złożonej przez Odwołującego oferty, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, pisma Zamawiającego z dnia 19 grudnia 2012 r., wyjaśnień Odwołującego z dnia 21 grudnia 2012 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień, Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba uznała, że działania Zamawiającego stanowiły naruszenie przepisów art. 7 w związku z art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4, art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 powołanej wyżej ustawy Pzp.

Podstawowym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny zasadności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania przetargowego ze skutkiem odrzucenia jego oferty.

Analiza materiału dokumentacyjnego rozpoznawanej sprawy skłoniła Izbę do przyjęcia zapatrywania, że Odwołujący załączył do oferty wymagane prawem i treścią SIWZ dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie rozpoznawanego odwołania.

Za dokumenty te Izba uznała między innymi zobowiązania do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia ze strony 28 oferty Odwołującego złożone przez J..... K..... oraz ze strony 29 tejże oferty złożone przez Z..... G....., które czyniły zadość postanowieniom pkt 6.1.5 SIWZ dotyczących oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jednocześnie powyższe zobowiązania osób trzecich załączone do oferty stanowiły – zdaniem Izby - dowód dysponowania przez Odwołującego niezbędnymi zasobami do realizacji zamówienia.

Powyższe dokumenty i oświadczenia zostały złożone przez Odwołującego wraz z ofertą w wykonaniu przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, który stanowi, że 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 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.

Izba ustaliła także, że powyższe dokumenty i oświadczenia nie przesądzały o charakterze prawnym tego zobowiązania w relacjach zarówno pomiędzy Zamawiającym a tymi podmiotami, jak i pomiędzy nimi a Odwołującym.

Nadto należy wskazać, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp abstrahuje od charakteru prawnego stosunków łączących Odwołującego z podmiotem udostępniającym mu dany zasób niezbędny do wykonania przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający w piśmie z dnia 19 grudnia 2012 r. bezpodstawnie zażądał od Odwołującego uzupełnienia dokumentów dotyczących osób udostępniających swój zasób w zakresie wiedzy i doświadczenia według zestawienia wymaganych dokumentów zawartego w pkt 6.3 SIWZ.

Podstawę prawną takiego żądania mógłby stanowić przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. nr 226, poz. 1817), który stanowi, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie

warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2.

Jednak według Izby zarówno wyjaśnienia Odwołującego z dnia 21 grudnia 2012 r., jak i jego oświadczenia znajdujące się w ofercie, potwierdzając jego zamiar wykonania przedmiotu zamówienia samodzielnie bez udziału podwykonawców, wskazywały w sposób jednoznaczny, że podmioty te nie będą brały udziału w realizacji części zamówienia, co oznacza, że cyt. powyżej przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów nie mógł mieć zastosowania przez Zamawiającego w przedmiotowej sprawie.

Dodatkowo wymaga podkreślenia, że oświadczenie woli w tym zakresie zostało również wyrażone przez Odwołującego *expressis verbis* w pkt 9 na stronie 2 formularza ofertowego, gdzie oświadczył on, że „roboty objęte zamówieniem zamierzamy wykonać sami” i wykreślił on słowa: „przy udziale podwykonawców”, co wskazuje w sposób jednoznaczny, że powołane wyżej podmioty trzecie nie będą brały udziału w realizacji jakiegokolwiek części zamówienia.

Jeżeli zatem podmioty te nie będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, to również należy uznać za nieuzasadnione żądanie Zamawiającego przedłożenia przez Odwołującego dokumentów podmiotowych określonych w pkt 6.3 w związku z pkt 6.2 SIWZ w stosunków do wyżej wskazanych podmiotów udostępniających zasoby dotyczące wiedzy i doświadczenia.

Tym bardziej, że z przedmiotowego stanu faktycznego wynika, że mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim, a osoby wskazane w zobowiązaniach ze str. 28 i 29 będą pełniły funkcję kierowników robót.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

**Przewodniczący:.....**

.....

.....