

WYROK

z dnia 4 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 4 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę – **Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjno - Handlowe "OTECH" Sp. z o.o.**, ul. Dukielska 83, 38-300 Gorlice, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gmina Charsznica - Urząd Gminy w Charsznicy**, ul. Kolejowa 20, 32-250 Charsznica,

przy udziale wykonawcy **Skorut Systemy Solarne sp. z o.o. z siedzibą w Myślenicach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjno - Handlowe "OTECH" Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe "OTECH" Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach** tytułem wpisu od odwołania.

- 2.1. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe "OTECH" Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach** na rzecz **Gminy Charsznica - Urząd Gminy w Charsznicy** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Charsznica Ul. Kolejowa 20 32-250 Charsznica prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie instalacji fotowoltaiczno-kogeneracyjnej dla Oczyszczalni Ścieków w Miechowie-Charsznicy” Zamówienie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych Numer ogłoszenia: 52614 - 2015; data zamieszczenia: 10.03.2015 : www.charsznica.pl

Odwołujący: Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjno Handlowe „OTECH” Sp. z o.o. Gorlice wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego w ramach postępowania o zamówienie publiczne.

Postanowieniu Zamawiającego zarzuca naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt. 4, 89 ust. 1 pkt. 5, art. 26 ust. 3-4 pzp

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Działania Zamawiającego uniemożliwiają uzyskanie przez Odwołującego zamówienia. Poprzez czynności Zamawiającego pozbawiono Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Zamawiający doręczył Odwołującemu informacje o odrzuceniu oferty w dniu 15.04.2015 r. Odwołujący złożył odwołanie w dn. 20.04.2015r., tj. dochował terminu wymaganego w art. 182 ust. 2 pzp.

Wnosi o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i powtórzenie czynności oceny i badania ofert, w tym wezwanie odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Wymogiem siwz było posiadanie wiedzy i doświadczenia w wykonaniu co najmniej 1 roboty budowlanej w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonania należycie, zgodnie ze sztuką budowlaną oraz prawidłowo minimum jednego zamówienia polegającego na wykonaniu instalacji fotowoltaicznej o mocy min. 85 kW.

Odwołujący posiada doświadczenie w realizacji podobnych inwestycji na terenie południowej i centralnej Polski, jak roboty z zakresu wykonawstwa instalacji solarnych (opartych o panele słoneczne). Instalacje te są wykonywane wielobranżowo tj. branża budowlana, instalacyjna i elektryczne – analogicznie jak w przypadku niniejszego zamówienia na panele fotowoltaiczne, a więc jego wiedza i doświadczenie w tym zakresie jest duża. Zarówno

instalacje paneli fotowoltaicznych jak i instalacje solarne są wykonywane w podobny sposób (instalowane na konstrukcjach stalowych lub aluminiowych, sposób mechanicznego ich montażu jest analogiczny). Różnice wynikają dopiero na etapie podłączania instalacji czy to sposób hydraulicznych czy elektryczny. Doświadczenie w realizacji robót związanych z panelami słonecznymi potwierdza strona internetowa odwołującego. Zamawiający również zna profil firmy, gdyż odwołujący wykonywał u niego inne zamówienie.

Firma MS-Technology, z którą współpracuje odwołujący i która zobowiązała się do udostępnienia wiedzy i doświadczenia dla potrzeb przedmiotowego zamówienia wykonywała instalacje fotowoltaiczne spełniające warunki siwz Rozdział V pkt 1 ust. 2, na dowód czego przedstawiono w ofercie referencje. Zobowiązanie określa zakres, sposób wykorzystania i okres udziału podmiotu udostępniającego zasób, a forma doradztwa, jaką będzie służył podmiot udostępniający przy jednoczesnym dużym doświadczeniu odwołującego w zakresie realizacji instalacji kolektorów słonecznych, jest wystarczająca.

Na wezwanie zamawiającego odwołujący złożył szereg dokumentów wyjaśniających treść oferty zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 pzp.

Zamawiający odrzucił ofertę i dokonał wyboru oferty firmy Skorut systemy Solarne. sp. z o.o. Podstawą odrzucenia okazało się wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 4 pzp tj. niewykazaniem dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego i wykorzystaniem go w trakcie realizacji zamówienia. Odwołujący nie godzi się z takim stanowiskiem z uwagi na treść załączonego do oferty zobowiązania podmiotu trzeciego oraz wyjaśnień z 9 kwietnia 2015 r., z pkt 2 wynika, że udostępniający MS-Technology s.r.o. zobowiązuje się udzielić odwołującemu potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania instalacji fotowoltaiczno-kogeneracyjnej dla Oczyszczalni Ścieków w Miechowie-Charsznicy.

Swoje zdobyte doświadczenie i wiedzę MS-Technology s.r.o. będzie udzielał w całym okresie trwania realizacji zamówienia. Sposobem wykorzystania tego zasobu innymi słowy udział w jego realizacji będzie odbywał się na zasadzie doradztwa na każdym etapie wykonawstwa tj. montaż, podłączenie, uruchomienie.

W przesłanych wyjaśnieniach poinformował dodatkowo Zamawiającego że charakter stosunków jaki łączy Odwołującego z podmiotem tj. MS-Technology s.r.o. jest umowa know-how. Umowę tą zawarł z MS-Technology s.r.o. w dniu podpisania zobowiązania tj. 23.03.2015 na okoliczność wyboru oferty Odwołującego w niniejszym postępowaniu, jednakże nie przedłożył jej Zamawiającemu uznając iż informacje zawarte w zobowiązaniu jak i wyjaśnieniach do oferty w tym zakresie są wystarczające.

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia przyjął do wiadomości iż istnieje stosunek prawny łączący Odwołującego z podmiotem udostępniającym, jednak zawarł wątpliwość czy takowa umowa jest już zawarta czy dopiero będzie podpisywana. Zamawiający przyjął negatywne

rozwiązanie dla Odwołującego i pomimo powyższego wykluczył ofertę Odwołującego zaniechując żądania wyjaśnienia tej kwestii skoro budziło to jego wątpliwość.

Działanie Zamawiającego należy uznać za nieuprawnione bo nie mając ku temu wyraźnych podstaw przyjął negatywne dla Odwołującego konsekwencje tj. wykluczył jego ofertę.

Odwołujący zwraca uwagę, co jest odzwierciedlane w orzecznictwie, iż wolą Wykonawcy jest złożenie oferty zgodnej z treści SIWZ, bowiem celem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Ponadto stwierdza, iż przytoczone w uzasadnieniu wykluczenia stanowisko KIO wyrok z dn. 09.10.2013r.: sygn. akt. KIO 2292/13 nie jest analogiczne z przedmiotowym, jak to przedstawia Zamawiający, ponieważ jak stwierdziła wtedy Izba z treści zobowiązania podmiotu trzeciego jak i złożonego do niego wyjaśnień nie wynikał choćby zakres i okres udziału podmiotu trzeciego czy też charakter stosunku jaki będzie łączy te dwa podmioty w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia.

Podsumowując powyższe kwestie dotyczące wiedzy i doświadczenia udostępnionego przez podmiot trzeci stwierdza, że zobowiązanie oraz wyjaśnienia dotyczące zobowiązania w sposób wyczerpujący informują Zamawiającego, że Odwołujący będzie korzystał przy realizacji inwestycji z zasobów wiedzy i doświadczenia MS-Technology s.r.o.

Ponadto oferta Odwołującego była najkorzystniejsza cenowo i w interesie Zamawiającego było wyjaśnienie wszelkich wątpliwości co do jej treści, aby wydatkowane środki były racjonalnie.

W świetle powyższego Zamawiającemu należy nakazać powtórzenie czynności wyboru oferty, w tym wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. W pisemnym stanowisku wskazał, że zamawiający prawidłowo ocenił, iż odwołujący nie wykazał realnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Wskazał na treść art. 26 ust. 2b ustawy pzp, który wymaga stosowania łącznie z postanowieniami § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów /.../ w obowiązującym brzmieniu.

W toku rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący wskazał na treść zobowiązania podmiotu trzeciego tj. MS Technology ze Słowacji, z referencjami dla tego podmiotu. Przypomniał treść wezwania zamawiającego z dnia 7 kwietnia 2015 r. i swoją odpowiedź z dnia 9 kwietnia 2015 r. Zauważył, że zamawiający w swojej decyzji wskazuje na brak wiedzy co do zawarcia

umowy know-how z podmiotem trzecim, jednakże nie żądał w tym zakresie wyjaśnień. W rzeczywistości umowę taką zawarto w dniu podpisania zobowiązania. Stwierdził, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej - powołanym przez zamawiającego (sygn. akt KIO 2292/13) - oceniano skuteczność zobowiązania o znacząco lakonicznej treści. Podkreślił swoje własne doświadczenie w branżach budowlanych, ciepłej i elektrycznej, tj. odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Zauważył, że charakter instalacji solarnych, jak i fotowoltaicznych jest podobny, a twierdzenie o unikatowości tego ostatniego jest nieuzasadnione. Biorąc pod uwagę własne doświadczenie stwierdził, że dla realizacji przedmiotu zamówienia wystarczające jest skorzystanie z doradztwa podmiotu, który wskazał, jako udostępniający zasoby i który złożył stosowne zobowiązanie. Przypomniał, że złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zauważył, że przedmiot inwestycji ma nadal w Polsce charakter nowatorski. Podkreślił wymóg realnego udostępniania zasobów przez podmiot trzeci. Na poparcie stanowiska wskazał na orzecznictwo Izby (KU 50/14, 792/14, 953/13, 1247/13). Podkreślił, iż ciężar dowodu - o rzeczywistym dysponowaniu zasobami - obciąża wykonawcę, który na takie dysponowanie powołuje się. Zdaniem zamawiającego dokumenty w ofercie, jak i złożone na wezwanie, nie potwierdzają spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia odwołującego. Zauważył, że na wezwanie - w zakresie określonym w pkt 2 pisma - wykonawca nie przedłożył żadnych dokumentów (za wyjątkiem referencji, o których jednak mowa była w pkt 1 pisma). Stwierdził, iż nie było podstaw faktycznych i prawnych do kolejnego wzywania wykonawcy o złożenie określonych dokumentów lub wyjaśnień. Wskazują na konieczność przestrzegania - w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - wymogów prawnych, jak i technicznych, jak również potrzeby pewności co do uzyskania zakładanych efektów ekonomicznych.

Po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, a także treść oferty odwołującego i złożone przez niego wyjaśnienia na wezwanie zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Niesporne jest między stronami, że odwołujący się wykonawca nie dysponuje własnym wymaganym doświadczeniem w zakresie realizacji inwestycji opisanej w pkt V.1.2 specyfikacji istotnych warunków doświadczenia. W związku z powyższym skorzystał z możliwości wynikającej z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy pzp i przedstawił dokument w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego o udostępnieniu

wykonawcy zasobów. Jak wynika z treści zobowiązania podmiotu trzeciego deklaruje on, w przypadku wyboru PUPH OTECH sp. z o.o. Gorlice na wykonawcę w/w zadania brać udział w jego realizacji na zasadzie doradztwa.

Zamawiający pismem z dnia 7 kwietnia 2015 r. wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp wykonawcę m. in. do złożenia dokumentów dotyczących w szczególności: „a/ zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b/ sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu, c/ charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, d/ zakresu i okresu udziału innego podmiotu, który udostępniła zasoby dla Wykonawcy.” W odpowiedzi nie otrzymał żadnego z żądanych dokumentów, lecz wyjaśnienie opierające się na treści zobowiązania złożonego z ofertą z stwierdzeniem, że wiedza i doświadczenie będą udzielane przez cały okres realizacji zamówienia poprzez m.in. przeszkolenie specjalistów, jak również doradzanie na każdym etapie realizacji inwestycji, oparciu o umowę know-how.

W ocenie składu orzekającego zamawiający nie otrzymał wystarczających informacji, w jaki sposób doradztwo deklarowane w zobowiązaniu będzie wykonywane i w jaki sposób wiedza i doświadczenie zostanie przekazana wykonawcy podczas wykonywania przedmiotu zamówienia. Izba zauważa, że z treści przedłożonego zobowiązania powinno wynikać, w jaki sposób podmiot będzie udostępniał posiadaną wiedzę i doświadczenie. Na podstawie takiej treści można dokonać oceny, czy rzeczywiście nastąpi realne udostępnienie wskazanych zasobów. Zamawiający musi znać treść łączącego podmiot trzeci i Odwołującego stosunku zobowiązaniowego, wynikających z niego praw i obowiązków, aby móc dokonać analizy czy sposób jego ukształtowania umożliwi Odwołującemu rzeczywiste korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego. W przeciwnym wypadku poleganie na zasobach innego podmiotu mogłoby zasadnie być ocenione jako iluzoryczne. Wydaje się uzasadniony wniosek w ustalonych okolicznościach, że w istocie zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia mają być wykorzystane tylko w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Potwierdza to, w ocenie Izby, brak jednoznacznego i jasnego określenia zakresu dostępnych zasobów oraz sposobu ich wykorzystania. Izba wzięła także pod uwagę fakt, że odwołujący nie przedstawił umowy cywilnoprawnej, która została opisana jako umowa o charakterze know-how ani zamawiającemu ani w toku postępowania dowodowego przed Izbą. Należy zatem zauważyć, że to na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia rzeczywistych możliwości korzystania z udostępnianych zasobów, a zamawiający nie ma obowiązku dokonywania czynności kolejnych wezwań do złożenia dokumentów i wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp. Wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Odwołujący oparł się, co jest niesporne, na zasobach innego podmiotu, a przedmiotem sporu była kwestia skuteczności powołania się na te

zasoby. Natomiast ewentualne dysponowanie przez Odwołującego doświadczeniem własnym w realizacji innych zadań, deklarowanym w treści odwołania i na rozprawie, nie jest okolicznością pozwalającą wykazać niezasadność decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Wobec stwierdzenia, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, również z uwzględnieniem procedury uzupełniania dokumentów decyzja o odrzuceniu oferty wykonawcy i wykluczeniu go z postępowania była uzasadniona. W tym miejscu należy jednak zauważyć, że prawidłową podstawą prawną czynności zamawiającego był art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy pzp, nie zaś, jak wskazano w rozstrzygnięciu o wyniku postępowania art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Powyższe stwierdzenie pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania.

W świetle powyższego orzeczono, jak w sentencji w oparciu o art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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: