

**WYROK**

**z dnia 20 grudnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo – Kanalizacyjnych Sp. z o.o., 08-400 Garwolin, Miętne, ul. Główna 45** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Miasta Łaskarzew, 08-450 Łaskarzew, ul. Rynek Duży 32**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Urząd Miasta Łaskarzew, 08-450 Łaskarzew, ul. Rynek Duży 32** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo – Kanalizacyjnych Sp. z o.o., 08-400 Garwolin, Miętne, ul. Główna 45** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Urzędu Miasta Łaskarzew, 08-450 Łaskarzew, ul. Rynek Duży 32** na rzecz wykonawcy **Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo – Kanalizacyjnych Sp. z o.o., 08-400 Garwolin, Miętne, ul. Główna 45** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 Siedlcach.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Łaskarzew prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi konserwacji i eksploatacji obiektów i urządzeń hydroforni i sieci wodociągowej oraz oczyszczalni ścieków i sieci kanalizacyjnej stanowiących własność Miasta Łaskarzew”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12.11.2012 r. pod nr 445656 - 2012.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego, będącej wynikiem bezpodstawnego unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i bezpodstawnego powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane bezpodstawnie, na skutek błędnej wykładni i nieprawidłowego zastosowania art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dokonania ponownej oceny ofert, w tym wyboru oferty Odwołującego.

Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt IV.2 SIWZ dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wskazał, że referencje wydane w dniu 10.10.2012 r. przez Wójta Gminy Nadarzyn dotyczą ZUK w Nadarzynie, a wynika z nich, iż w dniu 10.10.2012 r. Przedsiębiorstwo Komunalne Nadarzyn Sp. z o. o. nie świadczyło usług określonych w SIWZ.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu brak jest podstaw faktycznych do podjęcia przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający nie wyjaśnił, w jakim zakresie treść oferty Odwołującego miałyby nie odpowiadać treści SIWZ. Co zdaniem Odwołującego oznacza, że czynność odrzucenia oferty została podjęta z rażącym naruszeniem prawa, i co winno doprowadzić do jej unieważnienia.

Odwołujący wyjaśnił, iż w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, polega na zasobach podmiotu trzeciego, którymi dysponuje zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy. Do oferty załączył w szczególności informację o korzystaniu z zasobów innych podmiotów oraz zobowiązanie, w którym zarówno Zakład Usług Komunalnych w Nadarzynie Przedsiębiorstwo Komunalne Nadarzyn Sp. z o. o., zobowiązały się do oddania Odwołującemu do dyspozycji posiadanej wiedzy i doświadczenia

w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia objętego niniejszym postępowaniem na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Załączony dokument referencji stwierdzał, że usługę wykonywał Zakład Usług Komunalnych, którego obowiązki w tym zakresie przejmie Przedsiębiorstwo Komunalne Nadarzyn Sp. z o. o.

W ocenie Odwołującego, podniesiona przez Zamawiającego okoliczność że Przedsiębiorstwo Komunalne Nadarzyn Sp. z o. o. nie świadczył w dniu 10.10.2012 r. usług nie ma znaczenia w sytuacji gdy realizował to Zakład Usług Komunalnych w Nadarzynie, który udzielił wsparcia Odwołującemu poprzez oddanie do jego dyspozycji niezbędnych zasobów na czas realizacji zamówienia. Odwołujący wyjaśnił, że powodem zobowiązania zarówno Zakładu Usług Komunalnych jak i Przedsiębiorstwo Komunalne Nadarzyn Sp. z o. o. było to, że w okresie wykonywania umowy dla Zamawiającego mogą nastąpić przekształcenia w rezultacie których ZUK zostanie w całości zlikwidowane. Dlatego Odwołujący zabezpieczył się również deklaracją spółki, a tym samym Odwołujący ma gwarancję dostępu do wiedzy i doświadczenia.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, a zatem ma możliwość uzyskania zamówienia. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy może spowodować poniesienie szkody przez Odwołującego w postaci niezyskania zamówienia.

Izba stanęła na stanowisku, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego była niezgodna z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, już chociażby przez fakt braku przedstawienia przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego dla tej czynności.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, m.in. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, w taki sposób, by wykonawca miał

możliwość ewentualnego odniesienia się przy wnoszeniu odwołania. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wskazał podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego, tj. art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada wymaganiom SIWZ. Zamawiający nie wskazał żadnej okoliczności faktycznej, która uzasadniałaby taką podstawę odrzucenia jego oferty.

Ponadto, Zamawiający w uzasadnieniu określił, iż „Wydane przez Wójta Gminy Nadarzyn referencje dotyczą ZUK w Nadarzynie (...)”. W ocenie Izby oznacza to, że Zamawiający uznał, że Zakład Usług Komunalnych spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia. Z powyższego bowiem nie wynika, aby Zamawiający zakwestionował posiadanie wiedzy i doświadczenia przez Zakład Usług Komunalnych. Zamawiający nie wskazał także, dlaczego, jego zdaniem, Zakład Usług Komunalnych nie mógłby udostępnić Odwołującemu potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia w okresie realizowania przez Odwołującego umowy z Zamawiającym.

W trakcie rozprawy Zamawiający podnosił, że Zakład Usług Komunalnych nie daje gwarancji wspierania Odwołującego wiedzą i doświadczeniem w zakresie zarządzania sieciami wodno-kanalizacyjnymi. Jednakże takie stanowisko nie znalazło odzwierciedlenia w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego. Jak wskazano wyżej, z treści uzasadnienia decyzji Zamawiającego wynikać powinny przyczyny, dla których Zamawiający uznał, że Zakład Usług Komunalnych nie daje gwarancji wspierania Odwołującego w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Jeżeli Zamawiający w toku postępowania powziął wątpliwości co do możliwości udostępnienia przez Zakład Usług Komunalnych na rzecz Odwołującego posiadanej wiedzy i doświadczenia, powinien te wątpliwości wyjaśnić w trybie art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jakkolwiek w toku rozprawy wynikać by mogło, że Zamawiający miał wątpliwości co do realności udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia przez Zakład Usług Komunalnych, to jednak nie zadbał o usunięcie tych wątpliwości.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wskazano, aby Zamawiający zbadał okoliczność, czy i w jaki sposób zapewniona będzie realność udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia. Z treści tego uzasadnienia nie wynika także, aby Zamawiający w jakikolwiek sposób zakwestionował możliwość udostępnienia posiadanych zasobów przez Zakład Usług Komunalnych na rzecz Odwołującego. W związku z powyższym, skoro wykonawca przedstawił wymagane w treści SIWZ dokumenty, a Zamawiający nie wskazał w informacji o odrzuceniu wykonawcy powodów faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego (nie wykazał, dlaczego przedstawione dokumenty świadczą o tym, iż wykonawca niespełna warunków), należało uznać, iż czynność odrzucenia oferty odwołującego była nieprawidłowa.

Zdanie drugie uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego: „(...) w dniu 10 października 2012r. Przedsiębiorstwo Komunalne Nadarzyn sp. z o.o. nie świadczyło usług określonych w SIWZ” nie uzasadnia odrzucenia oferty Odwołującego. W treści warunku postawionego w SIWZ nie pojawiała się data 10 października 2012r. Nie jest zatem zrozumiałe, dlaczego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego pojawiła się określona data i jaki ma ona związek z ustaleniem możliwości udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Nadto w uzasadnieniu nie znalazło się także żadne inne stwierdzenie, dlaczego Zamawiający uważa, że Przedsiębiorstwo Komunalne Nadarzyn sp. z o.o. nie może zgodnie z wymogami SIWZ udostępnić swojego potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia. Powyższe oznacza więc, że Zamawiający nie wykazał, że wykonawca nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Podkreślić także należy, że nawet w sytuacji, gdyby Zamawiający uznał, że złożone przez Odwołującego w ofercie dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku, o którym mowa w pkt. IV.2 SIWZ, to jednak w świetle dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający jest zobowiązany wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zatem należy uznać, iż chociażby ze względu na dyspozycję zawartą w tym przepisie, odrzucenie oferty Odwołującego było przedwczesne.

Tym samym Izba uznała, iż Zamawiający powinien unieważnić dokonaną czynność odrzucenia oferty Odwołującego i dokonać ponownej czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....