

WYROK
z dnia 16 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 5 lipca 2010 r. przez **Marka Patasa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BUDIM 2 Marek Patas z siedzibą w Oleśnie, ul. Siedmiu Źródeł 6, 46-300 Olesno** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Wodociągów i Usług Komunalnych „EKOWOD” Sp. z o.o. z siedzibą w Namysłowie, ul. Mariańska 2, 46-100 Namysłów**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Zakład Wodociągów i Usług Komunalnych „EKOWOD” Sp. z o.o. z siedzibą w Namysłowie, ul. Mariańska 2, 46-100 Namysłów i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Marka Patasa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo**

Wielobranżowe BUDIM 2 Marek Patas z siedzibą w Oleśnie, ul. Siedmiu Źródeł 6, 46-300 Olesno tytułem wpisu od odwołania,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Zakład Wodociągów i Usług Komunalnych „EKOWOD” Sp. z o.o. z siedzibą w Namysłowie, ul. Mariańska 2, 46-100 Namysłów** na rzecz **Marka Patasa** prowadzącego **działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BUDIM 2 Marek Patas z siedzibą w Oleśnie, ul. Siedmiu Źródeł 6, 46-300 Olesno**, stanowiącej 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 na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zakład Wodociągów i Usług Komunalnych „Ekowod” Sp. z o.o. z siedzibą w Namysłowie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę kanalizacji sanitarnej w miejscowościach: Łączany, Ziemielowice, Jastrzębie.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 maja 2010 r., nr 2010/S 85-127551.

W dniu 25 czerwca 2010 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę Marka Patasa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BUDIM 2 Marek Patas z siedzibą w Oleśnie, zwanego dalej „Odwołującym”, o wyborze oferty Przedsiębiorstwa Maciej i Wiesław Gramowscy ATA-TECHNIK sp. j. z siedzibą w Budzynie, zwanego dalej „ATA-TECHNIK” oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ. Jednocześnie wskazał, iż Odwołujący, w złożonej ofercie, nie podał iż będzie korzystał z podwykonawców, mimo iż powołał się, w celu potwierdzenia spełniania warunku działu w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, na zasoby podmiotu trzeciego. Skoro Odwołujący w formularzu ofertowym wyraził wole samodzielnej realizacji całości zamówienia to złożone wraz z ofertą dokumenty, nie potwierdzając spełnienia przez Odwołującego tego warunku bez wykorzystania podwykonawcy.

Na skutek powyższego Odwołujący nie wzywał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie dotyczącym doświadczenia zawodowego kierownika budowy, gdyż mimo ich złożenia oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

Pismem z dnia 1 lipca 2010 r., Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO w dniu 5 lipca 2010 r., wpływ do Zamawiającego w dniu 2 lipca 2010 r.) od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności, do których Zamawiający był zobowiązany, na podstawie ustawy Pzp, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór wykonawcy ATA-TECHNIK jako najkorzystniejszej z naruszeniem kryterium oceny ofert określonym w SIWZ,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo braku przesłanek wynikających z tegoż przepisu,

3. art. 7 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców,
4. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów i złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów składanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,

i wnosząc o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy ATA-TECHNIK jako oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. powtórzenie czynności dokonania badania i oceny oferty Odwołującego,
4. powtórzenie czynności wezwania Odwołującego do złożenia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
5. wykonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż jego oferta nie uchybiła wymaganiom Zamawiającego, a jej zakres merytoryczny jest zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego. Do dysponowania wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego wystarczającym było pisemne oświadczenie podmiotu trzeciego. Natomiast oświadczenie w kwestii podwykonawców ma jedynie znaczenie informacyjne i nie stanowi dokumentu pozwalającego ocenić Zamawiającemu, czy wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego.

Nadto podniósł, że mimo, iż – w ocenie Zamawiającego – nie spełniał warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia i potencjału kadrowego, to na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp zobowiązany był do wezwania Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów lub złożenia wyjaśnień.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Niewątpliwym jest, iż art. 26 ust. 2b ustawy Pzp pozwala wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia powołać się na potencjał innych podmiotów (podmiotów trzecich) dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i to niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca powinien jednak udowodnić Zamawiającemu, że 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 wykonywaniu zamówienia.

Niewątpliwym jest, iż wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa i nie powinny być przedmiotem samodzielnego obrotu niezależnie od przedsiębiorstwa, niemniej jednak ustawodawca dał wykonawcom prawo powoływania się w postępowaniu o zamówienie publiczne na *know-how* tych trzecich podmiotów, czyli ich wiedzę i doświadczenie, a art. 26 ust. 2b zdanie pierwsze ustawy Pzp wyraźnie uniezależnia prawo powoływania się na tę wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego od rodzaju stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim. Podstawę powoływania się na doświadczenie podmiotów trzecich stanowi więc jedynie konieczność udowodnienia Zamawiającemu możliwości dysponowania przez wykonawcę tymi zasobami, które są niezbędne do realizacji zamówienia, na dowód czego wykonawca zobowiązany jest złożyć pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego.

Istotę sporu w niniejszym stanie faktycznym stanowi zakres tego zobowiązania. Zobowiązanie to – w myśl art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - odnosi się do oddania przez podmiot trzeci wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia, przy czym z dyspozycji wskazanego przepisu nie wynika, że podmiot trzeci będzie miał obowiązek w takiej sytuacji faktycznie osobiście wykonywać bądź całość, bądź jakąś część zamówienia na rzecz wykonawcy zamówienia w charakterze podwykonawcy. Takie stanowisko nie znajduje żadnego uzasadnienia. Ustawodawca w dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie dokonał bowiem zróżnicowania na zasoby, które mogą być wykazywane w ramach spełniania warunków podmiotowych przez podmioty trzecie z koniecznością występowania w toku realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy oraz na zasoby, których wykorzystanie nie wiąże się z wymogiem podwykonawstwa. Przeciwnie w sposób jednakowy potraktował zasoby podmiotów trzecich, a więc zasoby wiedzy i doświadczenia, jak i inne zasoby odnoszące się do potencjału technicznego, osobowego, czy też zasoby finansowe podmiotów trzecich, niezależnie od charakteru tych zasobów, a więc te, z których wykonawcy w postępowaniu mogą korzystać na etapie spełniania warunków podmiotowych.

Tak więc oddanie wiedzy i doświadczenia w tym zakresie może odbywać się zarówno na zasadzie podwykonawstwa, jak i w inny sposób (konsultacje, doradztwo). Powyższe należy wywieść stąd, iż z treści art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, w którym ustawodawca nie posłużył się wprost określeniem „*podwykonawca przy realizacji zamówienia*”, a jedynie „*uczestniczyć przy realizacji zamówienia*”, co jest pojęciem szerszym obejmującym także uczestnictwo przy realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy, a nie wyłącznie w tym charakterze.

W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia mu wiedzy i doświadczenia, jak również wszystkie dokumenty wymagane postanowieniami SIWZ celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dla wykazania dysponowania zasobami niezbędnymi dla realizacji zamówienia w odniesieniu do zasobów podmiotów trzecich (s. 10, 11, 18, 19, 20-27, 28-29, 30, 31, 32, 33, 34, 88-94, 95).

Odwołujący, powołując się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego (firmy WUPRiNŻ), a więc uzyskane przez ten podmiot referencje (s. 88 -94 oferty), jednocześnie oświadczył – co podnosił Zamawiający i co było podstawą odrzucenia oferty Odwołującego - iż w realizacji zamówienia nie przewiduje udziału podwykonawców, poprzez wpisanie w Formularzu ofertowym słów „nie dotyczy”.

Przedłożone w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego, na którego wiedzę i doświadczenie Odwołujący powoływał się w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest wystarczające dla potwierdzenia spełniania tychże warunków przez Odwołującego. Odwołujący bowiem w sposób dostateczny, nawet wprost przewidziany w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, udowodnił, że wskazany podmiot trzeci odda mu swoją wiedzę i doświadczenie do dyspozycji w okresie realizacji zamówienia, co niewątpliwie może nastąpić także w formie konsultacji czy też doradztwa. O powyższym świadczy bowiem zarówno treść zobowiązania firmy WUPRiNŻ odnośnie udostępnienia Odwołującemu wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu ww. zamówienia, jak również konsekwentnie podnoszona przez Odwołującego na rozprawie okoliczność, iż sam będzie realizował przedmiotowe zamówienie, nie przewidując podwykonawstwa, a co w świetle powyższych rozważań jest możliwe. Tym samym brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania.

W konsekwencji powyższego, a więc uznania zarzutu nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego, stwierdzić należy, iż Zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a więc w zakresie dotyczącym doświadczenia Pana Grabskiego, a czego zaniechał na skutek zresztą prawidłowej (w przypadku potwierdzenia się zasadności

odrzucenia) decyzji, uznającej, iż skoro oferta Odwołującego i tak podlega odrzuceniu to Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....