

Sygn. akt: KIO 363/12

WYROK
z dnia 5 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 marca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2012 r. przez **PWP Katowice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Liszki**

przy udziale **CTE Carbotech Engineering S.A. z siedzibą w Szczecinie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Liszki** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **PWP Katowice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Gminy Liszki** na rzecz **PWP Katowice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych

zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 z późn. 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Liszki – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Rozbudowę i modernizację oczyszczalni ścieków w Piekarach*.

W dniu 17 lutego 2012 r. wykonawca PWP Katowice Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 1 i 2a ustawy Pzp oraz § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817).

Odwołujący wskazał, że w dniu 17 lutego 2012r. otrzymał informację o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu Zamawiający podał, że wykonawca załączył do oferty wykaz dwóch robót wykonanych przez Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska Eko Wodrol Sp. z o.o oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania wiedzy i doświadczenia do dyspozycji wykonawcy, oświadczając jednocześnie brak zamiaru powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający uznał, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez doradztwo i konsultacje, stanowi udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, zatem wykonawca zobowiązany był złożyć w ofercie dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia tego podmiotu z udziału w postępowaniu. W związku z niezłożeniem wymaganych dokumentów Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący podniósł, że wykluczenie go z postępowania było bezzasadne, a uzasadniając tę decyzję Zamawiający dokonał nieprawidłowej wykładni art. 26 ust. 2 b ustawy.

Odwołujący podniósł, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp daje możliwość skorzystania przez wykonawców nie tylko z wiedzy i doświadczenia podwykonawców, ale i innych podmiotów, o czym świadczy brzmienie przepisu (niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków). Również przytoczone przez Zamawiającego orzeczenie KIO z dnia 20.09.2011r sygn. akt: KIO 1938/11 świadczy o tym, iż obok

podwykonawstwa jako formy udostępnienia doświadczenia i wiedzy mogą występować np. doradztwo, konsultacje, udostępnienie know-how, nadzór, przy czym - co jest istotne - nie są one uznane za formę podwykonawstwa.

Również z postanowień SIWZ wynika, że Zamawiający dopuszczał posłużenie się przez wykonawców wiedzą i doświadczeniem osób trzecich w innej formie niż podwykonawstwo, o czym świadczy zapis Rozdz. V ust. 4 SIWZ, w którym wskazano, iż 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 zobowiązany jest przedstawić dokumenty, o których mowa w ust. 2 (tj. dokumenty i oświadczenia dokumentujące brak podstaw do wykluczenia). Z postanowień tych wynika, zdaniem Odwołującego, że Zamawiający wymagał przedłożenia dokumentów wyłącznie dla osób trzecich, z zasobów których zamierzał korzystać wykonawca i które jednocześnie będą brały udział w realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego, z powyższego zapisu SIWZ wynika jednocześnie, iż Zamawiający przewidywał możliwość posługiwania się zasobami osób trzecich bez konieczności ich uczestnictwa w realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w piśmie z 17 lutego 2012r., nie wskazał form udziału Przedsiębiorstwa EkoWodrol Sp. z o.o. w realizacji zamówienia, lecz jedynie określił sposób w jaki Wykonawca korzystać będzie z wiedzy i doświadczenia tegoż podmiotu.

W ocenie Odwołującego, nie jest realizacją części zamówienia udział w naradzie czy telekonferencja, czy też przekazanie w formie stałych konsultacji istotnej wiedzy koniecznej do prawidłowej realizacji zadania. Wykonanie bowiem usługi doradczej czy konsultingowej przez EkoWodrol na rzecz PWP Katowice sp. z o.o. w żadnym zakresie nie zmniejszy zakresu rzeczowego prac, jakie pozostaną do wykonania PWP Katowice Spółka z o.o., co miałyby miejsce w razie powierzenia części zadania do realizacji podwykonawcy. Co więcej, gdyby uznać konsultanta czy doradcę za podwykonawcę (czyli podmiot, który uczestniczy w realizacji części zadania), zatrudnienie doradcy wymagałoby zgody Zamawiającego. Pozycja „doradztwo”, „udział w telekonferencji” ani „konsultacje” nie zostały ujęte w kosztorysach, ani w opisie zamówienia. Sam zamawiający nie uznawał ich zatem za część zamówienia. Doradca zatem czy konsultant nie jest osobą trzecią, która realizuje część zamówienia. Stanowisko takie znajduje szerokie odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 26.07.20 10r sygn. KIO 1452/10, wyrok z 13.07.2010r sygn. akt: KIO 1288/10, wyrok z 9.12.2010rsygn. akt: KIO 2555/10, wyrok z dnia 10.01.2011r sygn. akt: KIO 2790/10).

Odnosząc powyższe do konieczności złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego, Odwołujący podniósł, że skoro EkoWodrol Sp. z o.o. jako podmiot trzeci, z którego zasobów wykonawca zamierza korzystać, nie będzie uczestniczył w realizacji części zamówienia, to brak było podstawy żądania w odniesieniu do tego podmiotu dokumentów, o których mowa w § 2 cyt. rozporządzenia, wskazanych w Rozdziale V SIWZ pkt 1 i 2. Bezzasadnie zatem Zamawiający w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 1 i 2a PZP wykluczył PWP Katowice Spółka z o.o. z postępowania, a jego ofertę – jako wykonawcy wykluczonego – uznał za odrzuconą.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenia czynności wyboru ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

W punkcie IV.1.2 SIWZ Zamawiający postanowił, że warunek posiadania wiedzy i doświadczenia zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał nie mniej niż dwie roboty budowlane polegające na budowie oczyszczalni ścieków o przepustowości min. $Q_{\text{dśr}} 1000\text{m}^3/\text{d}$ lub na rozbudowie, przebudowie lub modernizacji oczyszczalni ścieków, w wyniku których uległy zwiększeniu parametry przepustowości oczyszczalni o min. $Q_{\text{śrd}} 600\text{ m}^3/\text{d}$.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający wymagał przedstawienia wykazu robót budowlanych, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W rozdz. IV ust. 2 SIWZ Zamawiający zamieścił informację, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia i 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 wykonywaniu zamówienia.

Ponadto, zgodnie z punktem IV.2 SIWZ, 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, zobowiązany jest przedstawić dokumenty, potwierdzające brak podstaw do wykluczenia w odniesieniu do podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia.

Odwołujący załączył do oferty wykaz dwóch robót wykonanych przez Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska Eko Wodrol Sp. z o.o. oraz pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji firmie PWP KATOWICE Sp. z o.o. wiedzy i doświadczenia polegających na wykonaniu inwestycji pn.: Zintegrowana gospodarka wodno-ściekowa w dorzeczu Parsęty, Kontrakt IVA, Zintegrowana gospodarka wodno-ściekowa w dorzeczu Parsęty, Kontrakt V, Budowa Oczyszczalni Ścieków w Rusku Gm. Darłowo, Rozbudowa i modernizacja oczyszczalni ścieków w Przytocznej wraz z rozbudową sieci kanalizacyjnej na terenie aglomeracji I Etap. Odwołujący oświadczył, że nie zamierza powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcom.

W dniu 20 stycznia 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, czy podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie będzie brał udział w realizacji części zamówienia, a jeżeli tak – do załączenia dokumentów o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania takie do jakich złożenia zobowiązany jest Wykonawca (SIWZ rozdz. V ust. 4 i 7).

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący oświadczył, że Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EkoWodrol Sp. z o.o. nie będzie brało udziału w realizacji części zamówienia. Następnie, 14 lutego 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w jaki sposób będzie dysponować wiedzą i doświadczeniem Przedsiębiorstwa Inżynierii Środowiska EkoWodrol Sp. z o.o. na etapie realizacji zamówienia. Odwołujący poinformował, że wiedza i doświadczenie tego podmiotu zostaną udostępnione poprzez organizowanie porad technicznych, telekonferencji oraz w razie konieczności bezpośredniej pomocy merytorycznej oraz że ww. Przedsiębiorstwo przez cały okres trwania realizacji zamówienia będzie z nim współpracować w ramach konsultacji oraz doradztwa technicznego. Jednocześnie Odwołujący poinformował, że podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie nie będzie podwykonawcą.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania ze względu na niezłożenie wszystkich dokumentów i oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania Przedsiębiorstwa Inżynierii Środowiska Eko Wodrol Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Uzasadniając decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający stwierdził, że oświadczenia o udziale podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia wykluczają się, gdyż wykonawca poinformował, że Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EkoWodrol Sp. z o.o. nie będzie brało udziału w realizacji zamówienia, a następnie wskazał na konkretne formy udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia (narady techniczne, telekonferencje, bezpośrednia pomoc merytoryczna, konsultacje oraz doradztwo techniczne).

Zamawiający poinformował, że skoro Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EkoWodrol Sp. z o.o. będzie brało udział w realizacji zamówienia, wykonawca PWP Katowice Sp. z o.o. obowiązany był załączyć dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia tego podmiotu z postępowania.

Zamawiający podał, że Odwołujący nie załączył do oferty następujących dokumentów dotyczących Przedsiębiorstwa Inżynierii Środowiska EkoWodrol Sp. z o.o.:

- 1) oświadczenia wykonawcy z art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- 2) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- 3) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- 4) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy,
- 5) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy.

Zamawiający poinformował, że *niezłożenie przez wykonawcę w sytuacji wyżej opisanej właściwych dokumentów odnoszących się do podmiotu trzeciego, wymaganych przez zamawiającego, skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Istotą sporu między stronami jest możliwość żądania przez Zamawiającego dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego Odwołującemu swoją wiedzę i doświadczenie, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia tego podmiotu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, 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. Zatem możliwość żądania przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego swoje zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, uwarunkowana jest uczestnictwem tego podmiotu w realizacji części zamówienia.

W świetle stanowisk stron wyrażonych na rozprawie, bezsporny jest fakt, że podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie nie będzie podwykonawcą. Jednakże zdaniem Zamawiającego będzie on brał udział w realizacji części zamówienia, poprzez doradztwo i konsultacje, które Zamawiający uważa za jedną z form (obok podwykonawstwa) udziału w realizacji zamówienia. Z kolei Odwołujący twierdzi, że podmiot ten nie będzie realizować żadnej części zamówienia, natomiast doradztwo i konsultacje są tylko formami udzielenia wsparcia wykonawcy, sposobem udostępnienia wiedzy i doświadczenia, nie zaś uczestnictwem w wykonaniu części zamówienia. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Odwołującego.

W niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na rozbudowie i modernizacji oczyszczalni ścieków. Czynności do których zobowiązał się podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie nie stanowią elementu przedmiotu zamówienia. Zobowiązanie do merytorycznego wsparcia w formach wskazanych przez

Odwołującego w wyjaśnieniach nie oznacza, że podmiot udzielający tego wsparcia będzie wykonywał określoną część zamówienia. Wskazując formy wsparcia, jakie ma otrzymać wykonawca, określono sposób, w jaki nastąpi udostępnienie zasobów, nie powierzono natomiast podmiotowi trzeciemu wykonania żadnej części zamówienia. Jak słusznie stwierdził Odwołujący, wykonanie na jego rzecz usługi doradczej czy konsultingowej przez EkoWodrol w żadnym stopniu nie zmniejszy zakresu rzeczowego prac, które będzie zobowiązany wykonać Odwołujący w przypadku uzyskania zamówienia.

Zdaniem Izby, mimo że przepisy ustawy Pzp nie definiują udziału w realizacji części zamówienia i podwykonawstwa, to pojęcia te należy uznać za tożsame. Świadczy o tym chociażby treść art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Należy więc przyjąć, że podwykonawstwo to wykonanie określonej części zamówienia, rozumianej jako dający się określić i wyodrębnić element przedmiotu zamówienia. W związku z tym wykluczona jest sytuacja, w której określony podmiot realizuje część zamówienia, nie będąc jednocześnie podwykonawcą. W konsekwencji, przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), dający zamawiającemu prawo żądania dokumentów dotyczących podmiotu, który będzie brał udział w realizacji części zamówienia, dotyczy właśnie podwykonawców.

W związku z faktem, że podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia, żądanie dokumentów potwierdzających brak przesłanek do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp było nieuprawnione, a nieprzedłożenie tych dokumentów nie mogło stanowić podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Przedmiotem sporu i rozstrzygnięcia Izby nie była natomiast kwestia wykazania przez wykonawcę, czy poprzez doradztwo i konsulting nastąpi realne przekazanie wiedzy i doświadczenia. Podstawą faktyczną wykluczenia Odwołującego było bowiem niezłożenie dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby, zaś w decyzji o wykluczeniu Zamawiający nie zakwestionował formy, w jakiej udostępnienie wiedzy i doświadczenia miałyby nastąpić.

Wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, mającego wpływ na wynik postępowania, odwołanie zostało uwzględnione.

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 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:

Członkowie:

.....