

Sygn. akt: KIO/241/11

WYROK
z dnia 18 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 lutego 2011 r. przez **Leszka Chmiel prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe MOTO-TRUCK Leszek Chmiel, 25-116 Kielce, ul. Ks. P. Ściegiennego 270**, wobec czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa-Modlin Sp. z o.o., 05-102 Nowy Dwór Mazowiecki, ul. Gen. Wiktora Thommee 1a**

przy udziale **EUROSOFT Sp. z o.o., 43-346 Bielsko-Biała, ul. Centralna 6**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

postanawia:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Leszka Chmiel prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe MOTO-TRUCK Leszek Chmiel, 25-116 Kielce, ul. Ks. P. Ściegiennego 270** i nakazuje
 - a) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez **Leszka Chmiel prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe MOTO-TRUCK Leszek Chmiel, 25-116 Kielce, ul. Ks. P. Ściegiennego 270**,
 - b) zasądza od **Leszka Chmiel prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe MOTO-TRUCK Leszek Chmiel, 25-116 Kielce, ul. Ks. P. Ściegiennego 270** na rzecz **Mazowiecki Port Lotniczy**

Warszawa-Modlin Sp. z o.o., 05-102 Nowy Dwór Mazowiecki, ul. Gen. Wiktora Thommee 1a koszty w wysokości 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesione przez stronę w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Mazowiecki Port Lotniczy Warszawa-Modlin Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Dworze Mazowieckim na *dostawę lotniskowego pojazdu ratowniczo-gaśniczego* (znak sprawy: WZ/219-A/10), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2010/S 218-334557 z dnia 10 listopada 2010 r., wobec wyboru oferty najkorzystniejszej, 2011 r. w dniu 7 lutego 2011 r. wniesione zostało do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Leszka Chmiela prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe MOTO-TRUCK Leszek Chmiel (sygn. akt KIO/241/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 4 lutego 2011 r. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana odwołującemu w dniu 2 lutego 2011 r. faksem oraz listem poleconym z dnia 4 lutego 2011 r.

W odwołaniu wykonawca zarzucił zamawiającemu dokonanie wyboru oferty firmy Eurosoft Sp. z o.o. z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wskazał, iż treść oferty nie odpowiada wymogom określonym w siwz dotyczącym prowadzenia przez wykonawcę działalności gospodarczej w zakresie produkcji i sprzedaży wyrobów tekstylnych. Wykonawca nie wykazał, iż posiada wiedzę i doświadczenie w produkcji i dostawie lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych, a li tylko wskazał, że tak określony warunek spełnia spółka Protect Fire S.A., która nie jest wykonawcą. Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż ofertę złożyli wspólnie Eurosoft Sp. z o.o. i Protec – Fire S.A., jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ustawy i winien wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowne przeprowadzenie czynności związanych z wyborem wykonawcy przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu, odwołujący wskazał na treść wypisu z KRS spółki Eurosoft Sp. z o.o., z którego wynika, że przedmiotem działalności tego wykonawcy jest produkcja i sprzedaż wyrobów tekstylnych, a wspomniana spółka nie posiada żadnej wiedzy i doświadczenia w dostawie lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych. Wiedzę taką posiada podwykonawca – Protec – Fire S.A., który nie jest jednak wykonawcą w niniejszym postępowaniu. Wykonawca posłużył się w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącym, doświadczeniem w dostawie pojazdów, jakie posiada podwykonawca, co prowadzi do ustalenia, iż wykonawca nie przedłożył dokumentu potwierdzającego, że dostawy były wykonane należycie. Wykonawca nie przedłożył, zgodnie

z żądaniem zamawiającego, zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego wiedzy i doświadczenia oraz potencjału korzysta, jak również nie załączył odpisy z KRS tego podmiotu (wymagania z art. 1 pkt 1.11 oraz 1.12 siwz). Odwołujący wskazał również na brak sieci serwisowej zapewniającej wykonanie serwisu w okresie gwarancji. Serwisu takiego nie posiada również podwykonawca. Z zasad organizacji i działania serwisu (str. 27 oferty) wynika jednak, że to Protec – Fire S.A. zleci świadczenie usług serwisowych firmie Kadimex z siedzibą w Warszawie. W tej sytuacji, wykonawca powinien dołączyć do oferty odpis z właściwego rejestru zarówno Protec – Fire S.A. oraz Kadimex, a ponadto pisemne zobowiązania obu podmiotów na oddanie do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

W dniu 10 lutego 2011 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca – Eurosoft Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy PrZamPubl w brzmieniu znowelizowanym.

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 PrZamPubl, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie. W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, wybór oferty innego wykonawcy prowadzi do powstania szkody po stronie pozostałych uczestników postępowania w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem ofert i ich udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ponieważ oferta odwołującego była pierwszą w kolejności, za wybraną, ofertą najtańszą, ustalenie, iż zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do uchylecia tej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty wykonawcy Eurosoft Sp. z o.o. wraz z jej uzupełnieniem dokonanym pismem z dnia 5 stycznia 2011 r.

W oparciu o treść siwz, Izba ustaliła, iż zamawiający wymagał aby wykonawcy wykazali się dostawą wykonaną w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego lotniskowego pojazdu ratowniczo-gaśniczego o wartości co najmniej 1,0 mln zł. brutto (Rozdział VI, pkt 1.2 siwz). Warunkiem udziału w postępowaniu było również posiadanie sieci serwisowej zapewniającej wykonywanie serwisu (przyjazd serwisanta) w okresie gwarancji, jak i później w terminie nie dłuższym niż 12 godzin od chwili zgłoszenia awarii (Rozdział VI pkt 1.3 siwz). Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu miała być dokonana na podstawie dokumentów i oświadczeń wskazanych w Rozdziale VII, tj. wykazu wykonanych dostaw oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie (pkt 1.8 i 1.9), a także zasad organizacji i działania serwisu (pkt 1.10).

W ofercie, wykonawca Eurosoft Sp. z o.o., w celu wykazania spełniania warunku udziału dotyczącego wymaganego doświadczenia, posłużył się potencjałem innego podmiotu – Protec-Fire S.A., wskazanego jako podwykonawca części zamówienia polegającego na wyprodukowaniu i dostarczeniu wykonawcy pojazdu oraz zapewnieniu wykonawcy merytorycznego wsparcia w zakresie usług szkoleniowych i serwisowych (pkt 5 formularza oferty). W wykazie załączonym do oferty, wykonawca wskazał dostawy wykonane przez podwykonawcę w 2008 r. na rzecz Ministerstwa Obrony Narodowej Portugalii w łącznej wartości 13.219.029,98 €. Do oferty załączono również oświadczenie podwykonawcy o udostępnieniu Eurosoft Sp. z o.o. wiedzy, doświadczenia i potencjału technicznego oraz osobowego w celu realizacji przedmiotowego zamówienia, wraz z umową zawartą w dniu 17 grudnia 2010 r. stanowiącą o istnieniu porozumienia w przedmiocie współpracy przy realizacji zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 31 grudnia 2010 r. zwrócił się do wykonawcy o uzupełnienie dokumentów dotyczących potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 1.3 Rozdziału VI SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca w dniu 10 stycznia 2011 r. przedłożył zamawiającemu Zasady Organizacji i Działania Serwisu Gwarancyjnego i Pogwarancyjnego, oświadczenie firmy KADIMEX Biuro Handlowe Mariusz Przybytniak oraz wypis z ewidencji działalności gospodarczej przedsiębiorcy.

Zgodnie z Rozdziałem VII pkt 1.12 siwz, w sytuacji korzystania z zasobów innych podmiotów, przy założeniu że podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Wykonawca zobowiązany był w odniesieniu do tych podmiotów załączyć do oferty aktualny odpis z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru,

wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenie w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba po rozważeniu ustalonego stanu faktycznego, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, doszła do przekonania, iż żaden z zarzutów nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzuty podnoszone przez odwołującego względem oferty wybranej sprowadzają się do ustalenia, czy wykonawca – Eurosoft Sp. z o.o. wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, dotyczących doświadczenia oraz posiadania serwisu gwarancyjnego i czy nie zachodziła przesłanka do jego wykluczenia wynikająca z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Izba uznała, iż wykonawca – Eurosoft Sp. z o.o., wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a zatem nie zachodziła podstawa do jego wykluczenia z postępowania określona w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Zajmując takie stanowisko Izba uznała, iż zakres wpisu do ewidencji działalności gospodarczej nie rozstrzyga o prawie podmiotu do prowadzenia działalności gospodarczej. Decyzją w pisie i wpisem do rejestru organ nie rozstrzyga o prawie podmiotu do prowadzenia działalności. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych w tym między innymi w wyroku Sądu Okręgowy w Kaliszu z dnia 14.04.2008 r., sygn. akt. VI Ga 29/08. Izba w całości przychyliła się do stanowiska zaprezentowanego w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt. XIX Ga 3/07, zgodnie z którym „brak oznaczenia w ewidencji działalności gospodarczej lub rejestrze przedmiotu działalności, którego dotyczy zamówienie publiczne, nie stoi na przeszkodzie wzięciu udziału w przetargu i udzieleniu zamówienia. Oznaczenie przedmiotu działalności zgodnie z przedmiotem zamówienia nie jest ustawowym warunkiem uczestnictwa w przetargu ani prowadzenia działalności gospodarczej w danej dziedzinie, a ma jedynie charakter informacyjno-statystyczny”. Mając powyższe na uwadze, rozważania odwołującego dotyczące zakresu działalności gospodarczej wykonawcy, wskazanego we wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, nie mogły odnieść zamierzonego skutku.

Izba wskazuje, iż zgodnie ze znowelizowanym przepisem art. 26 ustawy, i dodaną w ustępie 2b treścią, wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne mogą korzystać z wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wprowadzony przepis pozwala zatem wykonawcy, który samodzielnie nie spełniałby warunków udziału w postępowaniu na ubieganie się o przedmiotowe zamówienie, pod warunkiem wykazania zamawiającemu, iż będą on dysponować 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. Skorzystanie z takiej możliwości nie wymaga udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, jednak przyjęcie takiej formy współpracy nie jest wykluczone, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych (przykładowo w wyroku SO w Gdańsku z dnia 20.10.2010 r., sygn. akt. XII Ga 451/10). W przywołanym orzeczeniu, Sąd wskazał, iż różnica między osobami trzecimi, a podwykonawcami sprowadza się do tego, iż osoby trzecie jedynie udostępniają potencjał wykonawcy, czy też podwykonawcom, natomiast podwykonawcy realizują część zamówienia. W ocenie Izby, w przedmiotowej sprawie zachodziła sytuacja opisana w art. 26 ust. 2b ustawy, gdyż wykonawca składający ofertę w postępowaniu – Eurosoft Sp. z o.o., w zakresie spełniania warunków udziału, dotyczącego doświadczenia oraz sieci serwisowej, posłużył się potencjałem podmiotów trzecich, tj. wskazanego podwykonawcy oraz podmiotu świadczącego na rzecz podwykonawcy usługi serwisowe. Korzystając z takiego potencjału, wykonawca był zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż niezbędne zasoby zostaną mu udostępnione przy wykonywaniu zamówienia. Istnienia porozumienia w tym zakresie dowodzą załączone do oferty dokumenty prywatne, tj. umowa w sprawie realizacji zamówienia publicznego, oświadczenie podwykonawcy z dnia 17 grudnia 2010 r. oraz „Zasady organizacji i działania serwisu w zakresie obsługi pojazdów specjalnych marki PROTEC-FIRE, jak również dokumenty uzupełnione na wezwanie zamawiającego pochodzące od podmiotu zobowiązanego do świadczenia usług serwisowych dla pojazdów specjalnych marki PROTEC-FIRE – oświadczenie z dnia 17.12.2010 r. Mając na uwadze sposób sformułowania zarzutów w odwołaniu, Izba uznała, iż sprowadzały się one do oceny możliwości przyjęcia, w celu wykazania wymaganego od wykonawcy doświadczenia, dokumentów dotyczących podwykonawcy oraz podmiotu trzeciego (mającego świadczyć usługi serwisowe). Jak zostało to wyartykułowane powyżej, taka możliwość jest prawnie dopuszczalna na podstawie art. 26 ust. 2 bu ustawy. W badanej ofercie nie zachodziła sytuacja, na jaką wskazywał odwołujący, tj. złożenia oferty wspólnej przez kilka podmiotów. W świetle oświadczenia złożonego w ofercie przez wykonawcę o udziału w zamówieniu podwykonawcy, nie budziło wątpliwości Izby, iż ofertę w postępowaniu złożył samodzielnie wykonawca EUROSOF Sp. z o.o. Wykonawca zgodnie z wymaganiem zamawiającego, załączył pisemne zobowiązania podmiotów trzecich (str. 28 oferty i oświadczenie uzupełnione w odpowiedzi na wezwanie), jak również odpis wypis z rejestru handlowego w Madrycie (str. 31-34 oferty) i oświadczenie przedsiębiorcy w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy (w uzupełnieniu dokumentów). Skoro odwołujący nie kwestionował poprawności dokumentów dotyczących podwykonawcy, jak i podmiotu świadczącego na rzecz podwykonawcy usługi serwisowe, to należało przyjąć iż ich ocena, pod względem zgodności z opisem wymagań zamawiającego nie była sporna i potwierdzała spełnianie warunku

dotyczącego doświadczenia. Izba za głosowne przyjęła oświadczenie odwołującego złożone do protokołu rozprawy, kwestionujące rzetelność świadczenia usług serwisowych przez wskazany w ofercie podmiot – KADIMEX. Niezależnie od braku możliwości uwzględnienia subiektywnych odczuć odwołującego, Izba wskazuje, iż w specyfikacji zamawiający nie żądał złożenia referencji dotyczących świadczonych usług serwisowych, a zatem ten aspekt zdolności do wykonania zamówienia nie miał znaczenia z punktu widzenia oceny, czy wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W oparciu o powyższe żaden z zarzutów podnoszonych odwołaniu nie zasługiwał na uwzględnienie, a odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 5 ust. 3 pkt 1) 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), i obciążyła kosztami postępowania odwołującego. Izba zasądziła na rzecz zamawiającego koszty poniesione przez stronę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....