

Sygn. akt KIO 250/11

WYROK
z dnia 18 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 7 lutego 2011 r. przez **Macieja Dobosza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa Maciej Dobosz, ul. Kuźniczka 32, 42-160 Krzepice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Gmina Namysłów, ul. Stanisława Dubois 3, 46-100 Namysłów,**

przy udziale wykonawcy **Jerzego Majorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe STEINBUDEX-J.M., ul. Wrocławska 50, 58-100 Świdnica,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z zastosowaniem przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Namysłów** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Macieja Dobosza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa Maciej Dobosz** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty przez **Gminę Namysłów ul** na rzecz **Macieja Dobosza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa Maciej Dobosz** kwoty **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Opolu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Namysłów – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Przebudowę dróg, chodników, placów parkingowych, kanalizacji deszczowej, oświetlenia w ciągu ul. Mickiewicza – Piłsudskiego – Dworcowa – Plac Wolności – Pocztowa – Podwale – B. Chrobrego – Oławska w miejscowości Namysłów.*

W dniu 7 lutego 2011 r. wykonawca – pan Maciej Dobosz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa Maciej Dobosz, wniósł odwołanie od czynności wykluczenia go z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 26 ust.3, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że nieprawdą jest, jakoby nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj.:

- 1) nie wykazał wykonania co najmniej dwóch podobnych robót wykonanych w strefie konserwatorskiej nawierzchni z kamienia naturalnego (kostki kamienne, płyty kamienne. Elementy kamienne) o powierzchni min. 15 tys m² każda wraz z oświetleniem, kanalizacją deszczową i małą architekturą o wartości min. 8 mln zł każda (zakres I),
- 2) nie wykazał wykonania co najmniej dwóch podobnych robót wykonanych nawierzchni bitumicznych wraz z chodnikami z kostki brukowej o wartości min. 2 mln zł każda (zakres II).

Taka ocena – zdaniem Odwołującego – była nieuzasadniona, Odwołujący bowiem, opierając się na przepisie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, powołał się na potencjał innych podmiotów (w części pierwszej zamówienia – Przedsiębiorstwo Kamieniarskie Wolski, w części II – Larix Sp. z o.o.), składając wraz z ofertą oświadczenia tych podmiotów o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia na okres wykonywania przedmiotowego zamówienia. W wykazach robót załączonych do oferty Odwołujący wykazał dwie roboty wykonane przez Przedsiębiorstwo Kamieniarskie Wolski oraz trzy roboty zrealizowane przez Larix Sp. z o.o., a wszystkie z tych robót spełniały wymagania określone przez Zamawiającego. Wobec powyższego czynność wykluczenia pozbawiona była – zdaniem Odwołującego – jakichkolwiek podstaw.

Odwołujący zakwestionował wyrażony przez Zamawiającego pogląd oparty na opinii UZP, że powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego jest dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu

zamówienia (co do zasady jako podwykonawca). Podniósł, że ustawodawca nie przewidział w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp rozróżnienia na zasoby, z którymi wiąże się obowiązek udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia i zasoby, których udostępnienie takiego obowiązku nie rodzi. Rozróżnienie takie występuje jedynie w rozporządzeniu w sprawie dokumentów, w kontekście prawa zamawiającego do żądania dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotów, które będą brać udział w realizacji zamówienia.

Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący podniósł, że przekazanie wiedzy i doświadczenia nie musi odbywać się poprzez udział w realizacji zamówienia, a wykonawca powołując się na potencjał innych podmiotów musi jedynie udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, należącymi do osób trzecich, przedkładając w tym celu stosowne zobowiązanie. Podmiot udostępniający zasoby nie musi być podwykonawcą, może przekazywać swoją wiedzę np. poprzez doradztwo (wyroki: KIO 2790/10, KIO/1245/10, KIO/1452/10, KIO/1671/10). Odwołujący wyjaśnił, iż Przedsiębiorstwo Kamieniarskie Wolski miało uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako doradca, poprzez przeszkolenie pracowników Odwołującego.

Odwołujący podniósł ponadto, że Zamawiający – w sytuacji stwierdzenia, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu – miał obowiązek wezwać do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czego nie uczynił. Ponadto – zdaniem Odwołującego – Zamawiający zobowiązany był przed dokonaniem czynności wykluczenia do żądania w trybie art. 87 ustawy Pzp.

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

W dniu 10 lutego 2011 r. Jerzy Majorek prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe STEINBUDEX-J.M. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

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

Zgodnie z punktem 5.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykonawcy zobowiązani byli wykazać wykonanie co najmniej dwóch podobnych robót w zakresie:

- wykonania w strefie konserwatorskiej nawierzchni z kamienia naturalnego (kostki kamienne, płyty kamienne, elementy kamienne) o powierzchni min. 15 tys. m² każda wraz z oświetleniem, kanalizacją deszczową i małą architekturą o wartości min. 8 mln zł każda – zakres I,
- wykonania nawierzchni bitumicznych wraz z chodnikami z kostki brukowej o wartości min. 2 mln zł każda – zakres II, do każdej pozycji wykazu musi być załączony dokument potwierdzający, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu należało przedłożyć wraz z ofertą wykaz 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 (pkt 6.2 SIWZ, wiersz 5 tabeli).

W odniesieniu do możliwości korzystania z zasobów innych podmiotów Zamawiający powtórzył w SIWZ regulację ustawową, zgodnie z którą wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim 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 (5.2 SIWZ).

W punkcie 6.3 SIWZ Zamawiający zapisał, że 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. 2 b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w wierszu 3 i 4 tabeli w pkt 6.2 SIWZ.

Odwołujący przedłożył w raz z ofertą dwa wykazy robót:

- a) dot. części I zamówienia (str. 8 oferty):
 - *Przebudowa średniowiecznego Rynku w Starym Sączu* o wartości 10.159.427,77 zł,
 - *Modernizacja płyty Rynku i ulic przyległych dla Urzędu Miasta Legnicy* o wartości 15.500.000 zł,
- b) dot. części II zamówienia (str. 17 oferty):

- Budowa odcinka drogi wojewódzkiej nr 424 Opole-Łącznik-Lubrza o długości 576 mb w miejscowości Górki-Wino w zakresie obejmującym odbudowę nasypu drogowego, budowę jednostronnego chodnika i kanalizacji deszczowej oraz przebudowę nawierzchni i przepustu drogowego, kategoria obiektów: XXV-drogi, XXVI-sieci kanalizacyjne, XXVIII- obiekty mostowe o wartości 2537987,47 zł,
- Wykonanie rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 901 w miejscowości Pietraszów o wartości 2461117,11 zł,
- Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 409 Dębina-Krapkowice-Strzelce Opolskie w m. Rożniątów" na odc. od km 40+024 do km 40+230 o wartości 2199734,27 zł.

Do wykazów zostały załączone referencje potwierdzające ich należyte wykonanie przez:

- Przedsiębiorstwo Kamieniarskie Wolski (roboty wymienione w wykazie na str. 8 oferty, dotyczącym zakresu I zamówienia),
- Larix Sp. z o.o. (roboty wymienione w wykazie na str. 17 oferty, dotyczącym zakresu I zamówienia)

oraz oświadczenia ww. podmiotów, że zobowiązują się oddać do dyspozycji Firmy Usługowo-Handlowej Maciej Dobosz (...) niezbędną wiedzę i doświadczenie na okres wykonywania zadania pn. *Przebudowę dróg, chodników, placów parkingowych, kanalizacji deszczowej, oświetlenia w ciągu ul. Mickiewicza – Piłsudskiego – Dworcowa – Plac Wolności – Pocztowa – Podwale – B. Chrobrego – Oławska w miejscowości Namysłów*

Zgodność przedstawionych w wykazie robót z wymaganiami określonymi w SIWZ nie została przez Zamawiającego zakwestionowana.

Ponadto wykonawca oświadczył (str. 5 oferty), że będzie polegać na zasobach innych podmiotów określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te nie będą brały udziału w realizacji części zamówienia.

W dniu 2 lutego 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w uzasadnieniu podając, że wykonawca nie wykazał wykonania robót wymaganych w pkt 5.1. SIWZ (w odniesieniu do obu części zamówienia). Zamawiający, powołując się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych, wskazał, że powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca).

Przed dokonaniem czynności wykluczenia Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

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, w postaci niezyskania zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując oceny prawidłowości czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania Izba uznała za nieuzasadnione twierdzenie Zamawiającego, że podmiot udostępniający zasoby winien uczestniczyć w realizacji zamówienia co do zasady jako podwykonawca. W ocenie Izby niezasadne jest utożsamianie udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia przez inny podmiot z podwykonawstwem. Podstaw do takiej tezy nie można wywieść z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Chociaż z przekazaniem zasobów (zwłaszcza nierozzerwalnie związanych z podmiotem udostępniającym) łączy się, zdaniem Izby, konieczność pewnego – bezpośredniego czy pośredniego – zaangażowania podmiotu udostępniającego, to zaangażowanie to może przybrać różnorakie formy, jak np. przekazanie know-how, konsultacje, doradztwo, co nie jest tożsame z udziałem w realizacji zamówienia sensu stricto. Warunkiem koniecznym powołania się na zasoby innych podmiotów jest wykazanie, że zostaną one udostępnione, nie zaś że podmiot udostępniający będzie brał udział w wykonywaniu przedmiotu umowy jako podwykonawca.

Bez względu na powyższe, dokumentów przedłożonych przez Odwołującego w ofercie nie można uznać za potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wykonawca powołujący się na zasoby innych podmiotów może wykazać dysponowanie nimi w szczególności poprzez złożenie zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji tych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie przepis ten nie określa minimalnej treści takiego zobowiązania, niemniej jednak formułuje on konieczność udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Należy zatem uznać, że musi to być zobowiązanie do realnego przekazania, połączonego z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia (co – jak wskazano powyżej – nie ogranicza się do udziału w realizacji zamówienia sensu stricto).

Oświadczenia złożone w ofercie Odwołującego nie określają w żaden sposób formy i zakresu udostępnienia zasobów, są więc niewystarczające w świetle powyższego przepisu jako dowód realnego oddania do dyspozycji potencjału innego podmiotu. Nie wynika z nich bowiem, do czego konkretnie zobowiązuje się podmioty je składające. Tymczasem wykonawca ma wykazać zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami.

Zobowiązanie o takiej treści jak przedłożone w ofercie Odwołującego nie dowodzi, że zasoby zostaną udostępnione. Odwołujący dopiero na rozprawie sprecyzował, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi poprzez stały nadzór, szkolenia i doradztwo. Jednak doprecyzowanie takie należy uznać za niezbędne już przy złożeniu oferty, nie zaś dopiero na etapie postępowania odwoławczego i na jego potrzeby, skoro przepis ustawy nakłada na wykonawcę ciężar udowodnienia zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Faktem jest, że Zamawiający w SIWZ ograniczył się do powtórzenia regulacji ustawowych dotyczących powoływania się na zasoby innych podmiotów, nie wskazując zakresu czy sposobu wykazania otrzymania do dyspozycji zasobów innego podmiotu, w związku z czym wykonawca uprawniony był przedstawić spełnienie warunku posiadania doświadczenia stosownie do swoich indywidualizowanych możliwości. Nie oznacza to jednak całkowitej dowolności wykonawcy, oderwanej od obowiązku udowodnienia, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami. Dopuszczenie możliwości wykazania dysponowania potencjałem poprzez złożenie oświadczenia nie zawierającego żadnego elementu potwierdzającego zobowiązanie się do określonego, realnego przekazania zasobów, prowadziłoby do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców nie dysponujących faktycznie zasobami niezbędnymi do jego realizacji, co byłoby oczywiście sprzeczne z celem normy określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Mimo to czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania należy uznać za nieuzasadnioną (co najmniej przedwczesną), jako niepoprzedzoną wezwaniem do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Izba nie stwierdziła, aby zaistniała którakolwiek z opisanych w tym przepisie okoliczności pozwalających odstąpić od procedury wezwania (konieczność odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania), zatem zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie stanowiło naruszenie ustawowego obowiązku.

Izba nie stwierdziła natomiast, aby Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dający możliwość wyjaśniania treści oferty, nie zaś kwestii związanych z wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu, któremu to celowi służą przepisy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

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:

.....

.....