

Sygn. akt: KIO 2823/12

**WYROK**  
**z dnia 3 stycznia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Izabela Niedziałek-Bujak</b>
<b>Członkowie</b>	<b>Lubomira Matczuk-Mazuś</b> <b>Andrzej Niwicki</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Rafał Komoń</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2012 r. przez Wykonawcę **M..... Sp. z o.o.**, 87-860 Chodecz, ul. Kaliska 11 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie**, 20-407 Lublin, Al. Piłsudskiego 15

przy udziale Wykonawcy **K..... M.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego „M.....”**, 33-380 Krynica-Zdrój, Mochnaczka Wyżyna 59 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 17.12.2012 r. wezwania Wykonawcy M..... Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów – wykazu robót budowlanych.**
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie, 20-407 Lublin, Al. Piłsudskiego 15 i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Molewski Sp. z o.o., 87-860 Chodecz, ul. Kaliska 11 tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od Zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie, 20-407 Lublin, Al. Piłsudskiego 15 na rzecz Wykonawcy Molewski Sp. z o.o.,

87-860 Chodecz, ul. Kaliska 11 kwotę **23.600 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego strony poniesione w związku z wpisem od odwołania i 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 w Lublinie.**

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie na *zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych wg Standardów Warunków Kontraktowych FIDIC („żółta książka”) dla Kontraktu 23B: „Modernizacja (przebudowa) systemu zaopatrzenia w wodę i doprowadzania ścieków w Lublinie”* (nr postępowania OZ/321/87/12), wobec czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, Wykonawca M..... Sp. z o.o. wniósł w dniu 19 grudnia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2823/12).

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 19.12.2012 r.

Odwołujący został wezwany do uzupełnienia dokumentów pismem z dnia 17.12.2012 r.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 03.10.2012 r., numer 2012/S 190-312149. Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwoty określonej w rozporządzeniu wykonawczym dla robót budowlanych, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej”.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym art. 26 ust. 3 ustawy w związku z czynnością wezwania do uzupełnienia dokumentów określoną pismem z dnia 17.12.2012 r. pomimo tego, że wykonawca w sposób właściwy i zgodnie z wymogami określonymi w siwz potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 9.1.2a) IDW, za pomocą dokumentów wymienionych w IDW.

Ze względu na treść wezwania, w którym nie wskazano powodów odnoszących się do art. 22 ust. 1 pkt 1 i/lub art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i braku wskazania na czym polega „błąd” w załączonych do oferty dokumentach, Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy.

W odwołaniu postawiony został również zarzut naruszenia art. 5 kc w zw. z art. 14 ustawy zgodnie z którym nie można czynić ze swojego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem lub zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanym w piśmie z dnia 17.12.2012 r.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów Odwołujący wskazał na treść wezwania z dnia 17.12.2012, w którym Zamawiający stwierdził, iż złożone w ofercie dokumenty i wyjaśnienia z dnia 4.12.2012 r. nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jako przyczynę wezwania, Zamawiający wskazał na brak wykazania podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia jako podwykonawcy przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Z przywołanych postanowień 9.1.2a), 9.1.3 a), 9.1.4 b), 10.1.2., 10.3, 9.4, 10.5 IDW wynika, że jeżeli wykonawca korzysta z zasobów podmiotu trzeciego to podmiot ten musi brać udział w realizacji części zamówienia, wskazując zakres wykonywanych czynności w zobowiązaniu stanowiącym załącznik nr 3a do IDW. Treść złożonego przez Odwołującego zobowiązania jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, zawiera wszystkie przewidziane prawem informacje dla stwierdzenia możliwości faktycznego dysponowania udostępnionymi zasobami, w tym również żądany „zakres czynności, który podmiot zobowiązuje się wykonać”. Wątpliwości Zamawiającego nie budzą informacje zawarte w wykazie wykonanych robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Odwołujący dołączył wszystkie wymagane dokumenty na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia dla podmiotu udostępniającego zasoby – spółki WIERTMAN.

Zdaniem Odwołującego treść IDW w zakresie potwierdzenia spełniania warunków została jasno określona w rozdziałach 9 i 10 IDW. W załączniku nr 3a należało podać zakres czynności, który podmiot zobowiązuje się wykonać w przypadku, gdy zasoby dotyczyły wiedzy i doświadczenia. Nie było obowiązku wpisywania tych informacji w formularzu oferty. Wskazując na potencjał podmiotu trzeciego Odwołujący wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu i nie było podstaw do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy w stosunku do dokumentów przedmiotowych.

W odczuciu Odwołującego, dążenie do eliminacji z postępowania podmiotu, który spełnia warunki, poza naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy może być uznane za nadużycie prawa w rozumieniu jakiegoś pojęcia temu nadaje art. 5 kodeksu cywilnego, czynność wezwania w sytuacji spełnienia warunków przez podmiot trzeci jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa, jakim jest udzielenie zamówienia publicznego podmiotowi, który nie podlega wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu.

Z ostrożności Odwołujący wskazał na ewentualną podstawę do uznania braku wskazania w formularzu ofertowym zakresu czynności, których podmiot zobowiązuje się wykonać, jako błąd formalny odnoszący się do treści oferty, a nie warunków udziału w postępowaniu. Gdyby uznać, że obowiązek wpisania informacji zawartych w załączniku nr 3a wynikał z IDW, to w stanie faktycznym możliwe byłoby zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, bowiem wszelkie konieczne informacje znajdują się w treści oferty.

## Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) 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), tekst jednolity Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., zwanej dalej „ustawą”. Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Molewski Sp. z o.o. i wezwania do uzupełnienia dokumentów z 17.12.2012 r., Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przystępując do rozpoznania merytorycznego zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie Wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących jak wskazano powyżej, materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Uwzględniając konsekwencje dla Wykonawcy, z jakimi wiązało się skierowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 17.12.2012 r., Izba uznała, iż nieuzasadnione wezwanie Wykonawcy mogło prowadzić do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i narażać na uszczerbek w postaci utraty korzyści związanych z realizacją umowy. Zamawiający skierował do Wykonawcy, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wezwanie do złożenia dokumentu wymaganego na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 9.1.2.a) IDW – wykazu robót budowlanych, pod rygorem wykluczenia z postępowania. Już na etapie wezwania Zamawiający rozstrzygnął, iż złożone w ofercie dokumenty i wyjaśnienia zawarte w piśmie nr 11/12/2012 z dnia 04.12.2012 r. nie potwierdzają, że Wykonawca spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia. W tej sytuacji Wykonawca miał możliwość zareagowania na czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów, która w jego ocenie nie była prawidłowa. Czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów, stanowi czynność podejmowaną w toku oceny ofert i ma bezpośrednie znaczenie dla wyników oceny ofert. Jest pierwszą z czynności, z której Wykonawca ma

możliwość ustalenia kierunku w jakim zmierza ocena jego oferty. W ocenie Izby, w interesie Wykonawcy jest zapewnienie prawidłowego przebiegu czynności badania i oceny ofert, a czynność wezwania, jak i zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów, może naruszać interes Wykonawcy, a w konsekwencji narażać na uszczerbek w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązałoby się wykonanie zamówienia. Naruszającym interes Wykonawcy jest nieuzasadnione wezwanie do uzupełnienia prawidłowo złożonych dokumentów, a wniesienie odwołania już na tym etapie postępowania ma na celu uchronienie Wykonawcy przed wykluczeniem go z postępowania, czy też utratą wadium.

Przechodząc do zarzutów podniesionych w odwołaniu, sprowadzały się one do kwestionowania prawidłowości czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów – wykazu wykonanych robót.

Zamawiający w piśmie wzywającym z dnia 17.12.2012 r. w uzasadnieniu negatywnej oceny dokumentów przedłożonych w ofercie – pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego oraz treści formularza ofertowego, w którym nie wskazano, jako części zamówienia powierzonej podwykonawcy, czynności, co do których udostępniony został zasób podmiotu WIERTMAR Sp. z o.o., uznał, iż złożenie samego zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia nie udowodniało dysponowania wymaganym zasobem. W konsekwencji, Zamawiający stwierdził, iż złożone w ofercie dokumenty i wyjaśnienia jakich udzielił Odwołujący w piśmie z dnia 04.12.2012 r., nie potwierdzają spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia i wezwał Wykonawcę do uzupełnienia wykazu wykonanych robót w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Czynnością poprzedzającą wezwanie z dnia 17.12.2012 r., było wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w tym charakteru w jakim podmiot WIERTMAR Sp. z o.o. będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, gdyż z pkt 4.5 formularza oferty nie wynika, że podmiot będzie realizował część zamówienia w charakterze podwykonawcy.

W wyjaśnieniach z dnia 04.12.2012 . Odwołujący wskazał, iż podmiot udostępniający swój potencjał przewidziany jest do realizacji wszystkich czynności związanych z renowacją rurociągu, co jednoznacznie wynika z treści załącznika 3a. i odwołał się do treści pkt 10.3 IDW.

Izba uznała, iż wezwanie do uzupełnienia wykazu robót, uzasadnione tym, iż Odwołujący nie wskazał w formularzu oferty powierzenia podmiotowi udostępniającemu swoją wiedzę i doświadczenie jako podwykonawcy, wykonania prac, było nieprawidłowe. W sytuacji kiedy Odwołujący złożył sporządzone zgodnie z wytycznymi Zamawiającego dokumenty, w tym w szczególności zobowiązanie podmiotu udostępniającego swoją wiedzę i doświadczenie, nie było podstaw do zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy. W zobowiązaniu tym wskazany został zakres czynności, do których wykonania zobowiązała się spółka

WIERTMAR – renowacja rurociągów. Zarówno z postanowień IDW (pkt 10.3), jak i przepisu art. 26 ust. 2b ustawy nie wynika obowiązek zapewnienia udziału podmiotu udostępniającego swój potencjał w realizacji zamówienia wyłącznie w charakterze podwykonawcy. Stąd brak wskazania w formularzu oferty w pkt 4.5, jako robót powierzonych do wykonania podwykonawcy – renowacji rurociągów, nie oznaczał, iż Odwołujący zamierzał samodzielnie wykonać tą część prac. Z wyjaśnień Zamawiającego wynikało, iż jedyną podstawą do odmowy uznania wiedzy i doświadczenia oddanego do dyspozycji Wykonawcy, był brak wskazania tej części robót, jako realizowanych z udziałem podwykonawcy. Zamawiający przyjął jako prawidłowe zobowiązanie tego samego podmiotu, przedstawione przez innego wykonawcę w tym postępowaniu, tylko dlatego, iż w formularzu oferty wykonawca ten wskazał renowację rurociągów, jako roboty powierzone podwykonawcy. Izba uznała, iż ocena spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu została dokonana przez Zamawiającego z naruszeniem zasad ustalonych w postępowaniu. Zamawiający nie narzucił, jako jedynej dopuszczalnej formy współpracy wykonawcy i podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie na etapie realizacji zamówienia, podwykonawstwa. Nie mógł zatem, oceniać spełnienia warunku udziału w postępowaniu pod tym kątem. Ponieważ podstawa wezwania do uzupełnienia dokumentów nie wynikała z negatywnej oceny złożonych dokumentów, Izba w swoim stanowisku nie dokonała oceny dokumentów pod kątem zgodności z warunkami udziału w postępowaniu.

Uwzględniając odwołanie Izba uznała, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów dokonane z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy mogło wpływać na wynik postępowania. Skierowanie wezwania uzasadnione wadliwą oceną Zamawiającego może skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, w sytuacji kiedy nie uzupełniłby on dokumentów w taki sposób, aby wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Uchylenie tej czynności oznacza, iż podstawę oceny stanowią dokumenty złożone w ofercie. Izba uznała, iż wskazana przez Zamawiającego przyczyna skierowania wezwania, faktycznie nie odnosiła się do treści warunku udziału w postępowaniu i dokumentów potwierdzających jego spełnienie, lecz treści oferty. Jak wskazano powyżej, brak wskazania zakresu prac do realizacji przez podwykonawcę, nie mógł prowadzić do negatywnej oceny oświadczenia podmiotu trzeciego, który zobowiązał się do wykonania części prac. Ponieważ udział w realizacji prac nie musi koniecznie przybrać postaci podwykonawstwa, lecz każdej innej formy współpracy, nie zachodzi sprzeczność pomiędzy oświadczeniem Wykonawcy i podmiotu trzeciego.

Mając na uwadze prezentowaną powyżej argumentację, odwołanie podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 20 tys. zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego stwierdzone rachunkiem złożonym do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....