

WYROK

z dnia 20 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2014 r. przez **wykonawcę: AG-Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Legionowski z siedzibą w Legionowie**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie (dla części 1 zamówienia) i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawcy R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ROBSON-R. C., Arciechów 10, Stare Załubice, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy R. C. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą ROBSON-R. C. zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, zgodnie z wymaganiami pkt III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz analogicznie zgodnie z wymaganiami pkt VII ppkt 11 SIWZ z zastosowaniem procedury określonej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Powiat Legionowski z siedzibą w Legionowie i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Powiatu Legionowskiego z siedzibą w Legionowie** na rzecz **wykonawcy: AG-Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze 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

Zamawiający – Powiat Legionowski z siedzibą w Legionowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Zimowe utrzymanie dróg powiatowych na terenie Powiatu Legionowskiego w sezonie zimowym 2014/2015 r. z podziałem na części - numer sprawy ZPU.272.27.2014 - cz. nr 1.*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca AG-Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej „*Odwołującym*”) w dniu 6 lipca 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność zaniechania wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. wykonawcy R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ROBSON-R. C., Arciechów 10, Stare Załubice, ewentualnie wezwania wykonawcy R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ROBSON-R. C., Arciechów 10, Stare Załubice, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy R. C. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą ROBSON-R. C. zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, zgodnie z wymaganiami pkt III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz analogicznie zgodnie z wymaganiami pkt VII ppkt 11 SIWZ z zastosowaniem procedury określonej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 3 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 poz. 231), poprzez dokonanie nieprawidłowego badania ofert w części nr 1 zamówienia, tj. zaniechanie wezwania Wykonawcy R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Robson R. C., wybranego do realizacji części nr 1 zamówienia do przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego udostępniającego temu Wykonawcy zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, czego wymagał Zamawiający

zgodnie z pkt III. 1.3) (ogłoszenia o zamówieniu oraz analogicznie w pkt VII ppkt 11 SIWZ, co skutkowało niezgodnym z art. 91 ustawy Pzp wyborem oferty złożonej przez w/w Wykonawcę w tej części zamówienia;

2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Robson R. C. w części nr 1 zamówienia z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na nieprzedstawienie dokumentów o których mowa w pkt III. 1.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz analogicznie w pkt VII ppkt 11 SIWZ, w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia,

3) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Robson R. C. w części nr 1 zamówienia, jako wykluczonego z udziału w postępowaniu;

4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu poprzez udzielenie części nr 1 zamówienia Wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z pkt III. 1.3) ogłoszenia o zamówieniu (analogicznie pkt VII ppkt 11 SIWZ);

5) art. 91 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru w części 1 zamówienia oferty niespełniającej wymagań zawartych w treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ, a zatem oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części nr 1 zamówienia i nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Robson R. C. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, a w przypadku nieuzupełnienia przez w/w Wykonawcę dokumentów: wykluczenie z udziału w postępowaniu w/w Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia (brak dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia dla podmiotu udostępniającego zasoby, który będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia) i odrzucenie złożonej przez niego oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego w części nr 1 jako najkorzystniejszej.

Zaniechanie wezwania Wykonawcy R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Robson R. C. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby wiedzy i doświadczenia w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, a w przypadku nieuzupełnienia przez w/w Wykonawcę dokumentów wykluczenia wykonawcy R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Robson R. C. z postępowania stało się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę AG-Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający pismem z dnia 19 listopada 2014 r. odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami odwołania, jednocześnie wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Robson R. C. jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 7 listopada 2014 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił – w terminie przewidzianym w ustawie – żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „*Zimowe utrzymanie dróg powiatowych na terenie Powiatu Legionowskiego w sezonie zimowym 2014/2015 r. z podziałem na części - numer sprawy ZPU.272.27.2014 - cz. nr 1.*”.

Zgodnie z pkt 5 SIWZ w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy, Zamawiający żądał przedstawienia następujących dokumentów:

- 1) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia (wypełnić załączony druk so SIWZ);
- 2) aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
- 3) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu -wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
- 4) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia 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 - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
- 5) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
- 6) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
- 7) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Pkt 11 SIWZ – Jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający

żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt 5.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że zarówno Odwołujący: AG-Complex Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawca R. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Robson R. C. złożyli oferty w niniejszym postępowaniu:

- oferta nr 1 złożona przez: AG - Complex Sp. z o. o. z ceną: 423.701,11 zł;

- oferta nr 3 złożona przez: R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Robson R. C. z ceną: 390.222,04 zł.

Wykonawca R. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Robson R. C. do oferty załączył m. in.:

- wykaz wykonanych usług, w którym wpisał dwie usługi realizowane na rzecz Zamawiającego w okresach: 2012/2013 i 2013/2014;
- zobowiązanie Pana B. C. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia - wiedzy i doświadczenia zgodnie z art. 26 ust 2b ustawy Pzp.

Zobowiązanie załączone do oferty Wykonawcy było zobowiązaniem blankietowym to jest odpowiadającym jedynie treści art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 17 października 2014 r. wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust 4 i art. 87 ust 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rodzaju prac wskazanych w wykazie wykonanych usług oraz wyjaśnień potwierdzających oddanie swojej wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci do dyspozycji Wykonawcy, tj. w jaki/sposób oraz w jakim zakresie będą wykorzystanie zasoby podmiotu trzeciego przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca wskazał, iż podmiot trzeci będzie „koordynował i nadzorował każdy wyjazd związany z akcją „zima”, jak również przekazuje pracowników - kierowców do realizacji zamówienia”.

Zamawiający pismem z dnia 27 października 2014 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty dla zadania nr 1: oferty wykonawcy R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Robson R. C. .

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Robson R. C. z ww. postępowania - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów, w tym także na wiedzy i doświadczeniu, o ile będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia oddanymi mu do dyspozycji na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Z w/w przepisu wynika, że Wykonawca ma zapewnić i jednocześnie udowodnić Zamawiającemu możliwość korzystania z zasobu podmiotu trzeciego.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, jak i SIWZ, Zamawiający wymagał, aby Wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na zasoby innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, złożył także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla Wykonawcy (dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia) (pkt 11 SIWZ), a Wykonawca składając ofertę wyraził zgodę na warunki prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określone w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Niewątpliwie z treści zobowiązania przedstawionego przez B. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. C. wynika, iż zasoby wiedzy i doświadczenia będą wykorzystane poprzez koordynowanie i nadzorowanie każdego wyjazdu oraz poprzez przekazanie pracowników - kierowców na etapie realizacji zamówienia. Zatem „koordynacja”, „nadzorowanie” i „przekazanie pracowników” świadczy o tym, iż podmiot trzeci udostępniający zasoby będzie aktywnie brał udział w realizacji przedmiotowego zamówienia w sposób zorganizowany i ciągły. Wobec tego będzie to rzeczywiste udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego.

Wobec powyższego w niniejszym stanie faktycznym należy uznać, że Zamawiający otrzymał zapewnienie o udziale podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, a „przekazanie pracowników” nastąpi poprzez ich oddelegowanie do wykonywania zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, wobec treści SIWZ (pkt 11), należało uznać, iż Wykonawca R. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Robson R. C. nie

potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia poprzez niewykazanie braku podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego tj. Pana B. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. C. . Z uwagi na brak dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia dot. podmiotu udostępniającego zasoby, Zamawiający nie miał możliwości prawidłowej weryfikacji postawionych przez siebie wymagań.

Z tych też względów, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności badania i oceny ofert a także powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawcy R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ROBSON-R. C., Arciechów 10, Stare Załubice, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy R. C. prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą ROBSON-R. C. zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, zgodnie z wymaganiami pkt III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz analogicznie zgodnie z wymaganiami pkt VII ppkt 11 SIWZ z zastosowaniem procedury określonej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 b) ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....