

Sygn. akt KIO 728/15

WYROK
z dnia 23 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2015 r. przez Intergraph Polska Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zielonogórskie Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o. w Zielonej Górze

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Intergraph Polska Sp. z o.o. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Intergraph Polska Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 w Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Zielonogórskie Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o. w Zielonej Górze - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa systemu informacji przestrzennej (GIS) w spółce Zielonogórskie Wodociągi i Kanalizacja Sp. z o.o. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 grudnia 2014 r. pod numerem 2014/S 245-432153. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 3 kwietnia 2015 r. informacji o wyniku postępowania o udzielanie zamówienia publicznego odwołanie wniósł Intergraph Polska Sp. z o.o. w Warszawie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo iż odwołujący spełniał warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i wiedzy, w wyniku dokonania błędnych ustaleń co do stanu faktycznego;
- art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących złożonej oferty, a także uzupełnienia oferty w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i wiedzy;
- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 26 ust. 2b Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo iż odwołujący spełniał warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i wiedzy, a zobowiązanie do użyczenia zasobów zostało sformułowane w sposób zgodny z żądaniem zamawiającego określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty MCX Telecom Sp. z o.o., dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty odwołującego oraz o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania, w tym w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ oraz treści złożonej oferty i korespondencji między zamawiającym a odwołującym. Z ostrożności procesowej odwołujący wniósł o wezwanie odwołującego do wyjaśnień dotyczących złożonej oferty i do uzupełnienia oferty w odniesieniu do spełniania warunku doświadczenia i wiedzy.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

W SIWZ w pkt 9.1.2.1 (str. 6) zamawiający w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagał, aby wykonawca wykonał co najmniej trzy wdrożenia systemu informatycznego GIS w przedsiębiorstwach wodociągowo-kanalizacyjnych obejmującego opracowanie projektu, opracowanie oprogramowania, prace instalacyjne i konfiguracyjne oprogramowania narzędziowego GIS.

Opisując wymagania związane z powołaniem się na zasoby innego podmiotu w pkt 9.11 SIWZ (str. 11) zamawiający ustalił zalecany wzór pisemnego zobowiązania do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (Załącznik Nr 7 do SIWZ). Żądał ponadto, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, złożenia z pisemnym zobowiązaniem dokumentów dotyczących:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia.

Wymaganie złożenia zobowiązania i dokumentów powiela również pkt 14.7 lit. g SIWZ (Opis sposobu przygotowania oferty, Zawartość oferty, str. 17 SIWZ).

Załącznik Nr 7 do SIWZ w przypadku wiedzy i doświadczenia nakazywał podanie pozycji wykazu usług głównych i również wskazywał na obowiązek złożenia powołanych dokumentów.

W odpowiedzi odwołujący złożył wraz z ofertą wykaz wykonanych usług zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SIWZ, w którym na potwierdzenie spełnienia wskazanego warunku powołał sporne usługi:

Poz. 1. „Wdrożenie systemu GIS na rzecz WATER-LINK w siedzibą w Antwerpii” , wykonane przez Intergraph Belgium NV/SA w Liege – Sclessin, Belgia.

Poz. 4. „Budowa systemu informacji przestrzennej (GIS)” zrealizowana na rzecz Górnośląskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów S.A. w Katowicach;

Odwołujący powołał się na zasoby Intergraph Belgium NV/SA. i wraz z ofertą złożył zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia zasobów zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do SIWZ (str. 96-97 oferty odwołującego). Złożył również dodatkowy dokument „Zobowiązanie innych podmiotów do użyczenia doświadczenia” w którym Intergraph Belgium NV/SA zobowiązał się do oddania do dyspozycji odwołującego wiedzy i doświadczenia na cały okres realizacji zamówienia i oświadczył, że będzie realizował zamówienie w charakterze konsultanta a zasoby zostaną udostępnione w postaci doradztwa merytorycznego i szkoleń pracowników wykonawcy (str. 98 oferty).

Intergraph Belgium NV/SA. i odwołujący należą do grupy kapitałowej HEXAGON AB (poz. 218 załącznika nr 6 do oferty odwołującego, na str. 39).

Pismem z 9 marca 2015 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający stwierdził, że odwołujący złożył zobowiązanie zgodnie z Załącznikiem Nr 7 do SIWZ, jednak nie przedstawił dokumentów na potwierdzenie:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący nie złożył nowych dokumentów, pismem z 13 marca 2015 r. udzielił odpowiedzi, że zarówno z Załącznika 7, jak również z treści zobowiązania zamieszczonego na stronie 98 oferty wynika w sposób oczywisty, jednoznaczny i bezsporny, w jaki sposób zostanie przekazana wiedza i doświadczenie na rzecz Intergraph Polska Sp. z o.o.:

- a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu - „wiedza i doświadczenie nabyte przez firmę Intergraph Belgium NV/SA w toku realizacji projektu na rzecz Water-Link w Antwerpii”;
- b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu - „doradztwo merytoryczne i szkolenia pracowników wykonawcy”;
- c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem - „umowa o współpracy”
- d) zakres i okres udziału innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia - „przy realizacji zamówienia, przez cały okres realizacji zamówienia”.

W toku postępowania zamawiający nie kierował do odwołującego pism wyjaśniających, czy Górnośląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów S.A. w Katowicach jest przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym (okoliczność bezsporna).

Zamawiający ocenił, że odwołujący nie wykazał warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Pismem z 3 kwietnia 2015 r. poinformował, że wykluczył odwołującego z postępowania. Uzasadnił, że odwołujący nie złożył wraz z zobowiązaniem innego podmiotu wymaganych dokumentów, lecz dwa zobowiązania, z treści których nie wynika jednoznacznie i bezspornie, na jakich zasadach wykonawca będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego. Zamawiający uznał, że Górnośląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów S.A. nie jest przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym, gdyż „prowadzi działalność jedynie w zakresie ujmowania, uzdatniania i dystrybucji wody przeznaczonej do spożycia (sprzedaje wodę przeznaczoną do spożycia po cenach hurtowych przedsiębiorstwom wodociągowo-kanalizacyjnym na Górnym Śląsku) i nie prowadzi działalności w zakresie odprowadzania i oczyszczania ścieków”. Ponadto wskazał, że „referencja wystawiona przez GPW SA dotyczy wdrożenia systemu informatycznego GIS w przedsiębiorstwie *de facto* wodociągowym, a nie wodociągowo-kanalizacyjnym.

Izba zważyła, co następuje:

Pomimo zastrzeżenia dokumentów dotyczących wiedzy i doświadczenia jako tajemnicy

przedsiębiorstwa odwołującego, Izba powołała ich treść w uzasadnieniu, ponieważ uczynił to sam odwołujący w uzasadnieniu odwołania, a jawność rozprawy nie została wyłączona.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie jest bezzasadne. Nie potwierdził się żaden z podniesionych zarzutów.

Istotą warunku udziału w postępowaniu jest, aby możliwość uzyskania zamówienia dostępna była tylko takim wykonawcom, którzy wykonali wcześniej umowy rodzajowo podobne do przedmiotu danego postępowania i jako wykonawcy wiarygodni powinni wykonać z należytą starannością kolejną umowę.

Dokonując wykładni warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 9.1.2.1. SIWZ Izba zważyła, że zamawiający wymagał wykonania usług referencyjnych na rzecz przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego, a nie wodociągowego, zatem uznanie za wystarczające wykonania umowy zawartej z przedsiębiorstwem wodociągowym jest niedopuszczalne. Zasady przejrzystości postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji sprzeciwiają się temu, aby na etapie oceny zdolności podmiotowej wykonawcy dokonać takiej wykładni warunku udziału postępowania, która prowadziłaby do zmiany wymagań zapisanych przez zamawiającego.

Zaopatrzenie w wodę jest działalnością innego rodzaju niż odprowadzanie ścieków. Potwierdza to już powołana przez odwołującego definicja zawarta w art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz. U. z 2001 r. Nr 72, poz. 747 ze zm.), wskazująca odrębnie obie te działalności. Również podmioty działające na tym rynku wskazują w swoich firmach, czy prowadzą działalność w zakresie zaopatrzenia w wodę (przedsiębiorstwa wodociągowe), czy w zakresie zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków (przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego).

Powołanie się przez odwołującego na definicję zawartą w art. 2 pkt 4 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków w istocie przemawia na jego niekorzyść. Zamawiający składając pismo Górnośląskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów S.A. z 21 kwietnia 2015 r. dowiódł, że działalność tego podmiotu nie jest zbiorowym zaopatrzeniem w wodę, ani zbiorowym odprowadzaniem ścieków w rozumieniu ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków.

Treść SIWZ nie zawęża wprawdzie wymagań zamawiającego wykonania umów na rzecz przedsiębiorstw wodociągowo-kanalizacyjnych prowadzących działalność w zakresie zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, zatem wystarczające byłoby wykazanie, że Górnośląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów S.A. prowadzi działalność w zakresie odprowadzania ścieków. Okoliczność ta nie została wykazana przez odwołującego, który powołał się wyłącznie na Polską Klasyfikację Działalności. Samo wskazanie, że Górnośląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów S.A. w Biuletynie Informacji Publicznej podaje kod PKD – 37.00Z jako przedmiot pozostałej działalności (podobnie jak m.in. rybołówstwo w wodach śródlądowych 03.12Z i

sprzedaży detalicznej ryb, skorupiaków i mięczaków prowadzonej w wyspecjalizowanych sklepach 47.23Z) nie oznacza, że podmiot ten prowadzi działalność gospodarczą tego rodzaju. Zgodnie z § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (Dz. U. z 2007 r. nr 251, poz. 1885 ze zm.) PKD przeznaczona jest bowiem do stosowania w statystyce, ewidencji i dokumentacji oraz rachunkowości, a także w urzędowych rejestrach i systemach informacyjnych administracji publicznej. Tymczasem fakt, że Górnośląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów S.A. zajmuje się poborem, dostarczaniem i uzdatnianiem wody do przedsiębiorstw wodociągowych działających na terenie aglomeracji śląskiej, a nie działalnością w zakresie oczyszczania i odprowadzania ścieków wynika z powołanego pisma z 21 kwietnia 2015 r.

Jeśli zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu był przekonany, że Górnośląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów S.A. nie jest przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym, nie był zobowiązany do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zastosowanie art. 26 ust. 4 Pzp nie jest obowiązkiem zamawiającego wynikającym z ustawy i zamawiający nie musi uzyskiwać wyjaśnień wykonawcy, jeśli z treści złożonych oświadczeń lub dokumentów wynika, że warunek udziału w postępowaniu nie został spełniony.

Brak wykazania warunków udziału w postępowaniu za pomocą złożonych oświadczeń i dokumentów pociąga natomiast za sobą obowiązek wezwania do uzupełnienia, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, chyba że zaistnieje któraś z przesłanek negatywnych określonych w tym przepisie. Zamawiający nie jest zobowiązany do dokonania wezwania jeśli postępowanie podlega unieważnieniu lub oferta podlega odrzuceniu.

W okolicznościach sporu taka sytuacja zaistniała, gdyż odwołujący podlega wykluczeniu z powodu niewykazania dysponowania zasobami innych podmiotów. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą *ex lege* zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp, co wyczerpuje przesłankę odrzucenia oferty, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący nie wykazał, że w toku wykonania zamówienia zasoby Intergraph Belgium NV/SA niezbędne do wykonania zamówienia będą mu realnie dostępne. Z pkt 9.11 SIWZ wynika jednoznacznie, że zamawiający uznał samo zobowiązanie o treści odpowiadającej zakresowi art. 26 ust. 2b Pzp za niewystarczające. Wbrew twierdzeniom odwołującego, treść dokumentów stanowiących str. 96-97 oraz str. 98 oferty jest zbieżna i za wyjątkiem powołania doradztwa i konsultacji nie przekracza zakresu przedmiotowego art. 26 ust. 2b Pzp. Zobowiązanie ze str. 98 oferty nie mogło być uznane za dokument, którego złożenia wraz z zobowiązaniem wymagał zamawiający wymagał.

Zamawiający respektując treść swoich wymagań zasadnie wezwał więc odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący nie złożył wymaganych dokumentów, zatem podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że treść wezwania była ogólna i nieprecyzyjna, gdyż z wezwania jasno wynikało, że zamawiający oczekuje informacji dotyczących zakresu

dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu w wykonywaniu zamówienia.

Darmo też oczekuje odwołujący, że zamawiający wskaże, jakie zasady i charakter prawny stosunków łączących wykonawcę z podmiotem użyczającym swoje zasoby będzie traktowany jako umożliwiający stwierdzenie realnej możliwości powoływania się na zasoby innego podmiotu.

Zamawiający w obecnym stanie prawnym nie jest uprawniony do tego, aby (zwłaszcza w postępowaniach mających za przedmiot usługi) reglamentować rodzaj więzi prawnej między wykonawcą a innym podmiotem i wymagać np. umowy o podwykonawstwo. Ustawodawca dopuszcza możliwość powołania się na różne powiązania między przedsiębiorcami z zastrzeżeniem udowodnienia zamawiającemu, że zasoby te będą dostępne dla wykonawcy w toku wykonania zamówienia.

Ogólnikowa treść zobowiązań Intergraph Belgium NV/SA nie konkretyzuje zakresu udostępnionych zasobów i sposobu ich wykorzystania przy realizacji zamówienia. Nie wiadomo, czego mają dotyczyć projektowane konsultacje, ani w jaki sposób mają wpłynąć na zdolność odwołującego do wykonania zamówienia. Nie można też w oparciu o treść obu zobowiązań ustalić zakresu udziału podmiotu udostępniającego potencjał w realizacji zamówienia, nie wskazano bowiem na te elementy przedmiotu zamówienia, przy których podmiot ten zobowiązał się wesprzeć wykonawcę.

Sam fakt przynależności Intergraph Polska Sp. o.o. do tej samej grupy kapitałowej nie stanowi gwarancji realnego udostępnienia i rzeczywistej możliwości wykorzystania potencjału' przy realizacji zamówienia. Dostrzec bowiem należy, że w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp ustawodawca dopuszcza możliwość konkurencyjnego podmiotów należących do grupy kapitałowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, pod warunkiem, że nie zakłóci to konkurencji. Rzeczą wykonawcy powołującego się na przynależność do grupy kapitałowej w celu udowodnienia dysponowania zasobami innego podmiotu jest wywiedzenie, w jaki sposób istniejące powiązania korporacyjne gwarantują mu dostępność tych zasobów, a tego odwołujący nie uczynił.

Trafnie zatem zamawiający ocenił, że oba zobowiązania nie dowodzą dostępności zasobów, zwłaszcza, że – jak podniósł odwołujący na rozprawie udostępnienie to miało być nastąpić bezpłatnie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Właściwym do rozpoznania skargi jest Sąd Gospodarczy właściwy dla miejsca siedziby zamawiającego, gdyż rozpoznane odwołanie dotyczyło podmiotów gospodarczych występujących zarówno po stronie uprawnionego, jak i zobowiązanego (za postanowieniem Sądu Najwyższego z 27 stycznia 2006 roku, III CZP 123/-5, LEX 1777303).

Przewodniczący: