

**WYROK**

**z dnia 1 lutego 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2017 r. przez **wykonawcę E. Spółka z o.o. z siedzibą w K.** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Starogard Gdański z siedzibą w Starogardzie Gdańskim**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **P.B.D. S. A. oraz R.B. Spółka z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Starogardzie Gdańskim zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert a także unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Starogard Gdański z siedzibą w Starogardzie Gdańskim i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę: E. Spółka z o.o. z siedzibą w K. tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) zasądza od **Gminy Miejskiej Starogard Gdański z siedzibą w Starogardzie Gdańskim** na rzecz **wykonawcy E. Spółka z o.o. z siedzibą w K.** kwotę **13 600 zł 00 gr.** (słownie: trzynaście 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 2015 r. poz. 2164 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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Starogard Gdański z siedzibą w Starogardzie Gdańskim prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Zachowanie wartości przyrodniczych i krajobrazowych korytarza ekologicznego doliny Wierzycy przez ochronę bioróżnorodności oraz ukierunkowanie wykorzystania tego obszaru”*.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 października 2016 r. nr 318430-2016.

Wykonawca E. Spółka z o.o. z siedzibą w K. (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 13 stycznia 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy: • art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu nie wykazania spełnienia warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego; • art. 7 ust. 1 i art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów oraz warunków innych niż opisane w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: • Unieważnienie czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, • dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający pismem z dnia 11 stycznia 2017 r. zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę E. Spółka z o.o. z siedzibą w K..

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy: E. Spółka z o.o. z siedzibą w K. jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika 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 13 stycznia 2017 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2017 r.) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P.B.D. S. A. oraz R.B. Spółka z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Starogardzie Gdańskim (zwanym dalej również: „Przystępującym”).

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła , co następuje:**

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

Izba oceniając zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z ww. postępowania - wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

Zamawiający - Gmina Miejska Starogard Gdański w prowadzonym postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, zaprojektuj i wybuduj w ramach zadania „Zachowanie wartości przyrodniczych i krajobrazowych korytarza ekologicznego doliny Wierzycy przez ochronę bioróżnorodności oraz ukierunkowanie wykorzystania tego obszaru” w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia do tego postępowania, wskazał w pkt 5 zatytułowanym: „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia”, że do oferty wykonawca dołącza oświadczenia, aktualne na dzień składania ofert, stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (pkt 5.1. SIWZ). Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy i przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą, wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ustawy Pzp.

Ponadto Zamawiający w pkt 5.8. SIWZ ppkt 4, wskazał, że: „W celu oceny czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający żąda dokumentów, które określają w szczególności:

- a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- c) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- d) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształceń i kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.” zaś w pkt 5.8. ppkt 8 SIWZ wskazano: „Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów”.

Zamawiający w dniu 30 listopada 2016 roku wybrał ofertę E. jako najkorzystniejszą. W dniu 13 grudnia 2016 roku Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty E. w celu ponownej oceny złożonych ofert.

Zamawiający w dniu 20 grudnia 2016 roku wykluczył na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy P.z.p. E. z postępowania uznając, że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwagi na przedstawienie wykazu 13 robót, podczas gdy zdaniem Zamawiającego Odwołujący powinien był przedstawić 2 roboty. W konsekwencji Zamawiający unieważnił postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp. Od decyzji o wykluczeniu Odwołujący wniósł odwołanie do KIO. Zamawiający uznał w całości zarzuty odwołania na posiedzeniu przed KIO w dniu 9 stycznia 2017 roku.

W dniu 11 stycznia 2017 roku Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania w związku z uwzględnieniem na posiedzeniu KIO w dniu 9 stycznia 2017 roku (sygn. akt KIO 2435/17) przez Zamawiającego w całości odwołania Odwołującego i dokonaniu ponownej oceny oferty ocenionej jako najkorzystniejsza w zakresie wykazania spełniania warunku zdolności technicznej.

W dniu tym samym dniu 11 stycznia 2017 roku Zamawiający podjął kolejną decyzję, tym razem o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp z powodu niewykazania spełniania warunku zdolności technicznej określonego w ogłoszeniu o zamówieniu SIWZ. Na podstawie art. 24 ust 4 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, zaś na podstawie 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający unieważnił postępowanie z uwagi na to, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, która Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący - E. nie zgodził się z decyzją Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2017 roku o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp i w związku z tym zaskarżył tą czynność Zamawiającego jako sprzeczną z ustawą Pzp.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że Zamawiający w podstawie wykluczenia do enigmatycznym i ogólnych stwierdzeń, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku zdolności technicznej, bowiem w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp Odwołujący złożył wykaz 13 robót budowlanych wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz oświadczeniem, że wykazując spełniania warunku polega na zasobach Przedsiębiorstwa E. M.Z.. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał dostępu do tych zasobów ze względu na niezłożenie zobowiązania, o którym mowa w art. 22 a ust 2 ustawy Pzp. Przedmiotowe zobowiązanie powinno zdaniem Zamawiającego zostać podpisane przez podmiot je udostępniający, zawierać wszystkie elementy przewidziane przepisami ustawy i nie może zostać zastąpione przez oświadczenie własne wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu. W uzasadnieniu zaskarżonej

decyzji Zamawiający wskazał także, że nie może ponownie wezwać wykonawcy do złożenia zobowiązania, o którym mowa w art. 22 a ust 2 ustawy Pzp, zaś wykonawca powinien był je złożyć wraz z pozostałymi dokumentami składanymi w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że wobec niewskazania w uzasadnieniu decyzji konkretnych uchybień, jakich w ocenie Zamawiającego dopuścił się Odwołujący - w tym zwłaszcza uchybień dotyczących przedłożonego w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego zobowiązania M.Z. z dnia 4 listopada 2016 r., o którym mowa w art. 22 a ust 2 ustawy Pzp. W pełni należy zgodzić się z Odwołującym, że nie może on domyślać się przesłanek wykluczenia go z postępowania. Zamawiający powinien w sposób precyzyjny i rzeczowy oraz bezpośredni wyjaśnić w uzasadnieniu przyczyny wykluczenia wykonawcy z postępowania. Podobna sytuacja wygląda w przypadku wezwania do uzupełnienia. W przeciwnej sytuacji uniemożliwiona to obronę wykonawcy podjęta na drodze postępowania odwoławczego.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że Zamawiający błędnie uznał, jakoby Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej określonej w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że przedstawił on takie zobowiązanie w postaci zobowiązania M.Z. z dnia 4 listopada 2016 r., pt.: „Zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia”, które Odwołujący załączył do oferty, wskazał w ofercie, że na potrzeby wykonania zamówienia będzie korzystał z zasobów innego podmiotu, tj. zasobów M.Z.. Zasoby te określone zostały w oświadczeniu M. Zblewskiego z dnia 4 listopada 2016 roku jako wiedza, doświadczenie, zdolność techniczna, referencje i środki finansowe. Zgodzić należy się z Odwołującym, że nie był wzywany przez Zamawiającego do wyjaśnienia, uzupełnienia czy poprawienia lub jakiegokolwiek innej czynności dotyczącej tego zobowiązania. Nie jest zatem zasadne przyjęcie przez Zamawiającego, że nie może ponownie wezwać Odwołującego do złożenia zobowiązania (bo w tej materii wezwanie było nieprecyzyjne), o którym mowa w art. 22 a ust 2 ustawy Pzp. Odwołujący otrzymał natomiast w toku postępowania dwa wezwania od Zamawiającego, ale obydwa dotyczyły w zakresie istotnym dla niniejszej sprawy - jedynie przedstawienia wykazu robót wraz z referencjami. Sam Zamawiający zresztą przyznał w treści uzasadnienia, że przedmiotem wezwania było złożenie wykazu robót wraz z dowodami.

W żadnym z powyższych wezwań nie było mowy o wezwaniu do przedłożenia wyjaśnień, przedstawienia uzupełnienia, poprawienia czy złożenia nowego zobowiązania, o którym mowa w art. 22 a ust 2 ustawy Pzp, czy dokonania jakiegokolwiek czynności dotyczącej tego

zobowiązania. Nie jest zatem zasadne uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący winien był złożyć zobowiązanie (nie wiadomo przy tym, czy Zamawiającemu chodzi o nowe zobowiązanie) wraz z pozostałymi dokumentami składanymi. Odwołujący odczytywał literalnie treść wezwań Zamawiającego - w żadnym wezwaniu Zamawiający nie nawiązywał do dokumentu w postaci zobowiązania, o którym mowa w art. 22 a ust 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego odwołujący, w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, przedłożył wykaz robót, a także dodatkowo dołączył do niego Zobowiązanie (z dnia 4 listopada 2016 roku), z uzupełnionym punktem 5 tego Zobowiązania. Zobowiązanie przedłożone przez Odwołującego zostało zwłaszcza podpisane w sposób prawidłowy przez M.Z.. Nie jest zatem słuszna sugestia Zamawiającego, że nie zostało ono podpisane przez podmiot je udostępniający. Zobowiązanie zawiera wszystkie elementy przewidziane przepisami ustawy Pzp.

Wobec powyższego – że wezwanie do uzupełnienia nie dotyczyło zobowiązania, a przedłożone zobowiązanie było prawidłowe - Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienia czynności oceny ofert a także unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

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 lit. b) ww. rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....