Sygn. akt: KIO 1834/16

WYROK
z dnia 19 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2016 r. przez wykonawcę: **Priknauber spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w Legionowie (05-120), ul. Warszawska 59 lok. 8,** które zostało złożone w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. w Warszawie (02-015), pl. Starynkiewicza 5**

przy udziale wykonawcy: **Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacyjnych sp. z o.o. w Miętnem, ul. Garwolińska 3, 08-400 Garwolin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Priknauber spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w Legionowie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Priknauber spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w Legionowie** tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2. zasądza od wykonawcy: **Priknauber spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w Legionowie** na rzecz zamawiającego: **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 Warszawa.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1834/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Budowa *magistrali wodociągowej DN 400 mm/500 mm w ul.: Białołęckiej, Boreckiej, Szklarniowej, Rybackiej w Warszawie, na terenie Dzielnicy Białołęka z podziałem na zadania i etapy"* zostało wszczęte przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. w Warszawie, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym przez Zamawiającego Prezesowi Izby piśmie z dnia 4 października 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych

(t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2016/S 143-259715) w dniu 27 lipca 2016 r.

W dniu 30 września 2016 r. odwołanie wniósł wykonawca: Priknauber spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w Legionowie, zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacyjnych sp. z o.o. w Miętnem.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:
- „art. *87 ust. 1 zd. 2 p.z.p. w zw. z art. 84 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1) i 2) p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo tego, że Wykonawca dokonał istotnej zmiany oferty po upływie terminu do składania ofert; art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 91 ust. 1 p.z.p. poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców".*

Uzasadniając tak sformułowane twierdzenia, Odwołujący podnosił, że Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacyjnych sp. z o.o. w Miętnem w treści złożonej przez siebie oferty „wyraźnie *zaznaczył,* że *nie zamierza powierzać jakiemukolwiek podmiotowi trzeciemu do podwykonania* żadnej *części zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania oraz,* że *nie zamierza korzystać z zasobów innych podmiotów. Wykonawca ten nie wypełnił tym samym tabel, których wzór został zamieszczony*

---

na stronie 14 SIWZ, które to tabele miały określać informację, o których mowa w art, 36b p.z.p.". Będąc wezwany do uzupełnienia wykazu wykonanych robót budowlanych oraz wykazu wykonanych głównych usług, wykonawca ten miał przedstawić oświadczenia podmiotów trzecich, z których wynikać miało, zdaniem Odwołującego, że Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacyjnych sp. z o.o. w Miętnem będzie korzystał z doświadczenia, wiedzy oraz zasobów innych podmiotów. W ocenie Odwołującego takie działanie „w *sposób oczywisty stanowiło formę nieuprawnionej zmiany oferty po dacie upływu terminu do składania ofert. Powyższe stanowiło naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 zd. 2 p.z.p. oraz art. 84 ust. 1 p.z.p.* (...) *Wykonawca dokonał tym samym istotnej zmiany treści oferty, bowiem początkowo deklarował,* że *nie będzie korzystał z zasobów, wiedzy i doświadczenia jakichkolwiek innych podmiotów".* W tym kontekście Odwołujący podkreślał, że „wyjaśnienia *treści oferty – w trybie art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. – nie mogą zmierzać do wytworzenia nowej treści oferty".*

Dodatkowo Odwołujący twierdził, że „odnosząc *się jednocześnie do treści złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień zauważyć należy,* że *wyjaśnienia te w zakresie dotyczącym zamiaru korzystania z zasobów, wiedzy oraz doświadczenia* (...) *nie spełniają wymogów, o których mowa w treści SIWZ, co stanowi niejako samoistną przesłankę do odrzucenia oferty Wykonawcy".* Jak to podnosił Odwołujący, Zamawiający w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) miał wymagać m.in. opisania charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, tymczasem Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacyjnych sp. z o.o. w Miętnem miał złożyć zobowiązanie podmiotów trzecich, z których treści „nie *wynika, jaki stosunek będzie łączył Wykonawcę z powyższymi podmiotami".* Z jednej strony podmioty te miały oświadczyć, że w ramach współpracy udostępnią Wykonawcy pracowników, z drugiej zaś strony miały podkreślać, że nie będzie to wymagało bezpośredniego udziału podmiotu w realizacji, co Odwołującemu pozowało stwierdzić, że „trudno *tym samym wyobrazić sobie, na jakiej zasadzie podmiot trzeci miałby udostępniać Wykonawcy pracowników, skoro podmiot trzeci wyraźnie deklaruje,* że *nie będzie brał bezpośredniego udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia".* Nadto zdaniem Odwołującego wraz ze zobowiązaniami podmiotów trzecich powinny zostać złożone „dokumenty, *potwierdzające spełnianie przez te podmioty warunków niezbędnych do udziału w danym postępowaniu, nie wspominając o niezłożeniu odpisu z CEIDG* (...) *oraz odpisu z KRS* (...)", które Zamawiającemu nie zostały złożone.

Uwzględniając wszystkie te okoliczności Odwołujący stwierdził, że „zaniechanie *odrzucenia oferty Wykonawcy - spółki Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo -*

Kanalizacyjnych Sp. z o.o. - stanowiło naruszenie art. 87 ust. 1 zd. 2 p.z.p., art. 89 ust. 1

pkt 1) i 2) p.z.p. oraz art. 84 ust. 1 p.z.p., w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania, co wobec dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy powinno prowadzić do uwzględnienia odwołania".

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o „nakazanie *Zamawiającemu, aby unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucił ofertę Wykonawcy - Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo - Kanalizacyjnych Sp. z o.o., w trybie art. 89 ust. 1 pkt 1) i 2) p.z.p. w zw. z art. 87 ust. 1 zd. 2 p.z.p.".*

W dniu 6 października 2015 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył wykonawca: Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodociągowo-Kanalizacyjnych sp. z o.o. w Miętnem, zwany dalej Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, co do zasady przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane na wezwanie Prezesa Izby przez Zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 3.5 części I SIWZ – Instrukcji dla Wykonawców (IDW) Zamawiający dopuścił udział podwykonawców w realizacji przedmiotu zamówienia. Żądał przy tym w ofercie której wykonanie wskazania części zamówienia, powierzy podwykonawcom oraz podania nazw (firm) tych podwykonawców, na których zasoby wykonawca powoływał się będzie na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W pkt 5.1.2 IDW Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania wykonania dwóch robót budowlanych i dwóch usług projektowych, spełniających minimalne wymogi tam opisane.

W pkt 6.1.6 IDW Zamawiający określił minimalny zakres informacji, jakich wymagał od wykonawców polegających na zasobach innych podmiotów, w tym m.in. określenia charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem.

Zgodnie z pkt 9 pisemnego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyło Zamawiającemu dziesięciu wykonawców, w tym Odwołujący i Przystępujący.

W złożonej Zamawiającemu ofercie, w jej pkt 8 (w którym to punkcie Zamawiający wymagał zawarcia informacji o tym, czym wykonawca ma zamiar powierzyć do podwykonania określone przez siebie części zamówienia oraz wskazania na nazwy (firmy) podwykonawców, na których zasoby wykonawca miał się powoływać), Przystępujący nic nie wpisał. Nie skreślił też żadnego z zapisów tego punktu formularza oferty. Zgodnie z komentarzem zamieszczonym w formularzu oferty przez Zamawiającego „brak *skreślenia lub skreślenie obu wariantów odpowiedzi Zamawiający uzna za złożenie oświadczenia, że Wykonawca nie zamierza powierzyć do podwykonania* żadnej *części niniejszego zamówienia".*

Jak ustalił to Zamawiający, Przystępujący nie przedstawił wraz z ofertą wykazu

z którego wynikałoby zrealizowanie przez niego dwóch robót budowlanych (miał wykazać prawidłowo tylko jedną) i dwóch usług projektowych, spełniających minimalne wymogi opisane w SIWZ. Mając to na uwadze wezwał Przystępującego na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów i oświadczeń. Odpowiadając na to wezwanie Przystępujący poinformował Zamawiającego, że w okresie wykonywania zamówienia będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów. Przedstawił on też Zamawiającemu wykazy robót budowlanych i wykonanych głównych usług, które wskazywały odpowiednio na roboty i usługi zrealizowane przez inne podmioty. Do wykazów tych, obok nawiązujących do ich treści listów referencyjnych, załączone zostały również dwa pisemne zobowiązania, w których podmioty, które je wystawiły, zobowiązywały się do oddania Przystępującemu do dyspozycji wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia na okres korzystania z nich przy jego wykonywaniu. Podmioty te zobowiązały się m.in. do udostępnienia swoich pracowników Przystępującemu, co ich zdaniem nie miało wymagać bezpośredniego ich udziału w realizacji przedmiotu zamówienia.

Pismem z dnia 23 września 2016 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Wobec tej czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

W rozpoznawanej sprawie szczególnie istotną była okoliczność rozpoznawania przez Izbę wniesionego przez Odwołującego odwołania jedynie w granicach zarzutów w tym odwołaniu zawartych. Szczególnego podkreślenia wymagało to, że Odwołujący postawił jedynie zarzut zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego i przez pryzmat tego tylko twierdzenia formułował własne argumenty mające przemawiać za słusznością tak zakrojonego twierdzenia. W tym kontekście podkreślenia wymagało to, że o treści zarzutu decyduje wykonawca, który go stawia, a czyni to przez skonstruowanie twierdzenia o określonym kształcie i uzasadnienie go, w szczególności przez zakreślenie jego podstawy faktycznej oraz przypisanej kwalifikacji prawnej. Mając to na uwadze, wyłącznie w graniach tak sformułowanych w rozpoznawanym odwołaniu zarzutów Izba władna była, zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznać to odwołanie.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego z powodów w odwołaniu wyłuszczonych.

Co do zmiany pierwotnej treści oferty Przystępującego przez złożenie późniejszych dokumentów odnoszących się do innym podmiotów, do zasobów których Przystępujący postanowił się odwołać, którą to zmianę w pkt III uzasadnienia odwołania Odwołujący starał sie wykazać, Izba uznała, że w świetle zebranego materiału dowodowego, nie zostało wykazane, aby Przystępujący podjął choćby próbę wprowadzenia w treści złożonej przez niego oferty zmiany, o której pisał Odwołujący. Pamiętać przy tym należy, że na gruncie przepisów ustawy Pzp w brzmieniu, które znajduje tu zastosowanie, samo oświadczenie Przystępującego, co do tego, czy Wykonawca ten miał zamiar powoływać się na zasoby innych podmiotów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy też takiego zamiaru nie miał, nie jest samo w sobie kształtującym treść oferty, a służyć może ono co do zasady wykazaniu spełnienia warunków udziału

w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Jak sam to podnosił Odwołujący, w ofercie złożonej Zamawiającemu, Przystępujący w pkt 8 formularza oferty nie poczynił żadnych skreśleń, nie wpisał tam też żadnej treści.

Tym samym, zgodnie z założeniem poczynionym przez Zamawiającego, i zakomunikowanym wykonawcom w SIWZ, uznać można było, że nie zamierza on powierzyć do realizacji podwykonawcom żadnej części zamówienia. W ocenie Izby, z przedstawionych przez Przystępującego wraz z pismem złożonym Zamawiającemu w dniu 22 września 2016 r. zobowiązań dwóch innych podmiotów, nie wynikało, aby Przystępujący podjął próbę zmiany tego oświadczenia. W każdym z dwóch powołanych pisemnych zobowiązań znajduje się bowiem stwierdzenie, że współpraca podmiotu udostępniającego swoje zasoby z Przystępującym, na polach tam wskazanych, nie wymaga bezpośredniego udziału podmiotu trzeciego w realizacji – innymi słowy, tak Przystępujący, jak i podmioty udostępniające mu swe zasoby, nie przewidywały realizacji przez te podmioty części zamówienia jako podwykonawcy Przystępującego. Dostrzegać to musiał również sam Odwołujący, skoro jak sam twierdził w pkt IV uzasadnienia odwołania z treści powołanych zobowiązań, miało nie wynikać, jaki stosunek miał łączyć Przystępującego z podmiotami, których pisemne zobowiązania złożył. W takich okolicznościach, w ocenie Izby, brak było podstaw, do uznania, że Przystępujący choćby podejmował próbę zmiany treści pierwotnie złożonej Zamawiającemu oferty w omawianym tu zakresie.

Nie zostało też przez Odwołującego wykazane, z jakim konkretnym wymogiem określonym w treści SIWZ miałaby być sprzeczna treść oferty złożonej przez Przystępującego. Nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby Zamawiający kierował do Przystępującego wezwanie do wyjaśnienia treści oferty zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wezwanie z dnia 16 września 2016 r., do którego odnosił się Odwołujący, zostało przez Zamawiającego wysłane do Przystępującego z powołaniem się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i miało na celu uzupełnienie brakujących w ofercie złożonej przez tego Wykonawcę dokumentów o charakterze podmiotowym – wykazów składanych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dokumenty te, co do zasady, nie odnosiły się do strony przedmiotowej oferty – nie kształtowały zakresu świadczenia, do realizacji którego zobowiązywał się Przystępujący, a służyć miały jedynie wykazaniu, że Przystępujący ma prawo odwołać się do odpowiednich wiedzy i doświadczenia, których wymagał Zamawiający w SIWZ. Tego (podmiotowego) aspektu przedstawionych przez Przystępującego wraz z pismem złożonym Zamawiającemu w dniu 22 września 2016 r. Odwołujący nie kwestionował – we wniesionym przez siebie odwołaniu nie postawił on zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu z uwagi na fakt niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Dlatego też przywoływane przez Odwołującego dokumenty, w szczególności zobowiązanie innych w tym kontekście pryzmat wykazania podmiotów, właśnie (przez

przez Przystępującego spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia), nie mogły zostać przez Izbę zbadane i ocenione. Jeśli zaś chodzi o zarzucaną przez Odwołującego niezgodność powołanych dokumentów z treścią SIWZ, to Izba nie doszukała się, w granicach rozpoznawanych zarzutów, aby dokumenty te miały kształtować zobowiązanie Przystępującego w sposób nieodpowiadający wymogom SIWZ, a co za tym idzie, aby takiej ich ukształtowanie przemawiać miało za odrzuceniem oferty złożonej przez Przystępującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Z tych samych powodów Izba uznała, że nie zostało przez Odwołującego wykazane, aby fakt niezłożenia przez Przystępującego odnoszących się do podmiotów udostępniających mu swoje zasoby dokumentów „potwierdzających *spełnianie przez te podmioty warunków niezbędnych do udziału w danym postępowaniu",* mógł zostać uznany za podstawę do odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę. Dostrzeżenia w tym kontekście wymagał również fakt, że zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, nie żądał on w SIWZ

od wykonawców złożenia mu dokumentów podmiotowych odnoszących się do podmiotów udostępniających tym wykonawcom swe zasoby. Odwołujący nie wykazał, aby było inaczej.

Kierując się dokonanymi ustaleniami, Izba uznała, że nie zostało przez Odwołującego wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zaniechanie czynności, do których odnosił się Odwołujący w rozpoznawanym odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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 wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie

rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł).

Przewodniczący: ……