Sygn. akt KIO 2598/15

WYROK
z dnia 8 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2015 r. przez Formację EU I. K. Sp. K. w Zabrzu w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Kontroli Skarbowej w Szczecinie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Formację EU I. K.Sp. K. w Zabrzu i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Formację EU I. K. Sp. K. w Zabrzu tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od Formacji EU I. K. Sp. K. w Zabrzu na rzecz Urzędu Kontroli Skarbowej w Szczecinie kwotę 556 zł 00 gr (słownie: pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiące uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

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 Szczecinie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2598/15

Uzasadnienie

Zamawiający - Urząd Skarbowy w Szczecinie - 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 świadczenie usług ochrony fizycznej obiektu położonego w Koszalinie przy ul. Zwycięstwa 140. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 294770 3 listopada 2015 r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 23 listopada 2015 r. informacji o wyniku postępowania wykonawca Formacja EU I. K. Sp. K. w Zabrzu wniósł odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez jego błędną interpretację, a polegającą na błędnym uznaniu, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz na odrzuceniu oferty odwołującego;
- błąd w ustaleniach faktycznych polegający na stwierdzeniu, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, podczas gdy w ofercie przekazanej zamawiającemu przez wykonawcę znajdują się pisemne zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Unia Sp. z o.o. oraz o nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka M. P. .

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu, że stwierdzenie zamawiającego dotyczące niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest błędne. Wykonawca złożył wraz z ofertą pisemne zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego dotyczącego dysponowania grupą interwencyjną. Przedmiotowe pisemne zobowiązania zostały dołączone do załącznika numer 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: „SIWZ").

Odwołujący wskazał, że wszystkie strony oferty złożonej przez niego zostały

---

ponumerowane, a w załączniku numer 3 do SIWZ wskazał, iż „dysponuje *potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia",* a nadto, że w załączeniu przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Odwołujący oświadczył, że złożył wszystkie wymagane dokumenty, w tym również pisemne zobowiązania innych podmiotów do udostępniania potencjału technicznego dotyczącego dysponowania grupą interwencyjną i znajdują się one u zamawiającego, gdyż zostały złożone wraz z załącznikiem numer 3 do SIWZ. Zarzucił, że twierdzenia zamawiającego, jakoby nie złożył pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępniania potencjału technicznego dotyczącego dysponowania grupą interwencyjną są zatem błędne. Należy przy tym wskazać, że z uwagi na fakt, iż wszystkie strony oferty złożonej przez odwołującego się zostały ponumerowane, wykazanie twierdzeń odwołującego jest możliwe po przedłożeniu przez zamawiającego kompletu dokumentacji przekazanej przez wykonawcę.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę. Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Odwołujący zmodyfikował drugi z podniesionych zarzutów. Oświadczył, że w ofercie nie znajdowało się zobowiązanie innego podmiotu, zarzucił jednak, że zamawiający nie miał prawa żądać dokumentów dotyczących dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt III ust. 1 lit. c zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia będzie realizowany w formie grupy interwencyjnej z możliwością dojazdu do obiektu w czasie 10 minut.

Zamawiający zastrzegł, że jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu będzie się powoływał na zasoby innych podmiotów na zasadzie art. 26 ust. 2b, zobowiązany jest do wykazania zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (Załącznik Nr 3 do SIWZ). Pisemne zobowiązanie zostało wskazane w pkt IX ust. 2 lit. m jako dokument składany w celu wykazanie przez wykonawcę, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania. Obowiązek złożenia takiego dokumentu wynika również z pkt VIII ust. 2 *in fine* SIWZ.

Załącznik Nr 3 do SIWZ w pkt 3 przewidywał oświadczenie wykonawcy, który miał wskazać, że dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, albo, że przedstawia w załączeniu zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia przez wykreślenie tego z nich, które nie dotyczy wykonawcy.

W formularzu ofertowym (Załącznik Nr 1 do SIWZ) zamawiający wymagał oświadczenia, czy wykonawca przedmiot zamówienia wykona samodzielnie, czy przy udziale podwykonawców.

W odpowiedzi odwołujący wskazał w formularzu ofertowym, że przedmiot zamówienia wykona przy pomocy podwykonawców. Nie złożył natomiast prawidłowego załącznika Nr 3 do SIWZ, gdyż nie wykreślił żadnego z oświadczeń przewidzianych w pkt 3. Nie złożył pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia.

Pismem z 17 listopada 2015 r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów w tym m.in. oświadczenia, że dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia bądź pisemnego zobowiązania

innych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów z powołaniem na oświadczenia wskazane w pkt 3 Załącznika Nr 3 do SIWZ.

W odpowiedzi odwołujący wskazał, że dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wskazał, że z usług podwykonawców (Solid Security Biuro w Koszalinie) będzie korzystał w zakresie czynności grupy interwencyjnej oraz alarmowego centrum odbiorczego. Nie złożył zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia zasobów.

Pismem z dnia 23 listopada 2015 r. zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu wskazał, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie złożył pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego dotyczącego dysponowania grupą interwencyjną.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że dokonana przez pełnomocnika

---

odwołującego na rozprawie modyfikacja zarzutu odwołania jest niedopuszczalna. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis ten wyznacza granice rozpoznania odwołania. Odwołujący jest uprawniony do tego, aby ograniczyć zakres rozpoznania odwołania przez wycofanie części zarzutów *(arg. a majorem ad minus* z art. 187 ust.8 *in initio* Pzp), może również aż do zamknięcia rozprawy zmienić żądania odwołania, gdyż te, mimo że po myśli art. 180 ust. 3 Pzp stanowią niezbędny element odwołania, nie wiążą Izby. Zmiana zarzutów odwołania jest natomiast niedopuszczalna. Dostrzec bowiem trzeba, że postępowanie odwoławcze ma charakter sporny i toczy się na zasadzie równości stron. Żadna ze stron postępowania przed Izbą nie ma żadnych przywilejów procesowych. Zachowaniu tych wymogów służy m.in. związanie Izby zarzutami odwołania. W przeciwnym razie zamawiający mógłby w badanej sprawie wskazywać nowe przyczyny dla których odwołujący podlega wykluczeniu, a odwołujący mógłby stawiać kolejne zarzuty wobec zamawiającego. W każdym z tych przypadków przeciwnik w sporze byłby pozbawiony możliwości przygotowania swego stanowiska, co nie ma miejsca w sytuacji, gdy granice zarzutów odwołania identyfikują okoliczności faktyczne i prawne podlegające badaniu w postępowaniu odwoławczym.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów i zważyła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Wbrew twierdzeniom odwołania odwołujący wraz z ofertą nie złożył zamawiającemu zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia potencjału technicznego i osób niezbędnych do wykonania zamówienia. W świetle oświadczenia złożonego na rozprawie okoliczność ta ma charakter bezsporny.

Odwołujący był zobowiązany do złożenia takiego zobowiązania, gdyż sam nie dysponował zasobami pozwalającymi mu na wykonanie zamówienia. Skoro bowiem przy czynnościach grupy interwencyjnej musi posiłkować się usługami podwykonawcy, to oczywistym jest, że sam nie posiada zasobów niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia, nie dysponuje osobami pozwalającymi mu na samodzielne wykonanie czynności grupy interwencyjnej. Okoliczności przeciwne nie zostały podniesione w odwołaniu, ani na rozprawie.

Z tego względu odwołujący błędnie oświadczył zamawiającemu, że dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, gdyż powinien przedstawić zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia.

Ponieważ zamawiający w pkt VIII ust. 2 *in fine,* w pkt IX ust. 2 lit. m oraz w pkt 3

Załącznika Nr 3 do SIWZ wskazywał pisemne zobowiązanie zasadnie zażądał go od

odwołującego w piśmie z 17 listopada 2015 r. Brak złożenia wymaganego dokumentu przez prawidłowo wezwanego wykonawcę powoduje obowiązek jego wykluczenia. Prawidłowo dokonane wezwanie do uzupełnienia dokumentu nie może być ponawiane.

Skoro odwołujący nie złożył pisemnego zobowiązanie innego podmiotu, nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu i został prawidłowo wykluczony przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

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, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: .....