Sygn. akt: KIO 1203/14

WYROK
z dnia 26 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2014 r. przez wykonawcę **S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe PAGA-PRO S. P., ul. Piastowska 16, 47-303 Krapkowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Cisek, ul. Planetorza 52, 47-253 Cisek**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje **Gminie Cisek, ul. Planetorza 52, 47-253 Cisek** powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty **S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe PAGA-PRO S. P., ul. Piastowska 16, 47-303 Krapkowice;**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Cisek, ul. Planetorza 52, 47-253 Cisek** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe PAGA-PRO S. P., ul. Piastowska 16, 47-303 Krapkowice** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Gminy Cisek, ul. Planetorza 52, 47-253 Cisek** na rzecz wykonawcy **S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe PAGA-PRO S. P., ul. Piastowska 16, 47-303 Krapkowice** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 w Opolu.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1203/14

Uzasadnienie

I. Gmina Cisek (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. inwestycji pod nazwą budowa kanalizacji sanitarnej w Landzmierzu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 2 kwietnia 2014 r., poz. 110730 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest 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; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 13 czerwca 2013 r. S. P., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą

Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe PAGA-PRO S. P., w Krapkowicach (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość odrzucenia jego oferty i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 22 ust. 1 pkt. 2, art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 26 ust. 2b , art. 89 ust. 1 pkt. 5 oraz art. 91 ust. i 2 Prawa zamówień publicznych, co nastąpiło w ocenie Odwołującego przez brak zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców i uznanie, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, wskutek braku możliwości korzystania z wiedzy i doświadczenia firmy BINSTAL jako nie swoich i braku przedłożenia dokumentów potwierdzających realny dostęp do zasobu, wskutek czego złożone w ofercie dokumenty i wyjaśnienia nie umożliwiały uznania, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, skutkiem czego nastąpiło wykluczenie i finalnie odrzucenie oferty Odwołującego. W konsekwencji wnosił o powtórzenie badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego

---

zostałaby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

W celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Odwołujący załączył do oferty zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia firmy BINSTAL (podmiotu trzeciego) wraz z poświadczeniem należytego wykonania umowy z dnia 11 czerwca 2013 roku (Zamawiający nie kwestionował okoliczności, że wykonanie tejże umowy odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu). Zobowiązanie upoważniało Odwołującego do wykorzystania, na etapie realizacji zamówienia, posiadanych zasobów podmiotu trzeciego odnoszących się do wiedzy i doświadczenia, w zakresie wynikającym z potrzeb i na zasadzie porozumienia pomiędzy podmiotem trzecim a Wykonawcą (zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, strona 10 oferty Odwołującego; kopia oferty i innych dokumentów wskazanych w uzasadnieniu w aktach sprawy).

W dniu 14 maja 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, celem wskazania, czy w zakresie wykonania kanalizacji sanitarnej w Gminie Sławno była wykonywana kanalizacja sanitarna - ciśnieniowa oraz na jakiej zasadzie nastąpi udostępnienie zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia w toku wykonania zamówienia przez podmiot trzeci. W odpowiedzi, pismem z dnia 19 maja br. Odwołujący w sposób szczegółowy opisał, na jakich zasadach będzie realizowany dostęp do zasobów podmiotu trzeciego, przez jaki okres czasu oraz w jakiej formie (stała delegacja pracownika podmiotu trzeciego, który stale i na bieżąco będzie podejmował czynności umożliwiające podejmowanie działań inwestycyjnych; stale będzie obecny na realizowanym obiekcie). Powyższe zostało potwierdzone pismem podmiotu trzeciego z dnia 16 maja 2014 r.

Następnie w dniu 10 czerwca 2014 r. Zamawiający uznał, że Odwołujący na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych podlega wykluczeniu. Było to, zdaniem Zamawiającego, wynikiem tego, że dokumenty złożone przez Odwołującego nie potwierdzają realnego przekazania zasobu podmiotu trzeciego. Zamawiający wskazywał, że ,,powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje jest dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca)”.

Wobec powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że można zrozumieć obawy Zamawiającego, iż wobec treści przepisu art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych, może się zdarzyć, że przedmiot zamówienia będzie realizował podmiot nieposiadający żadnego doświadczenia, a wsparcie podmiotu trzeciego będzie jedynie iluzoryczne. Z drugiej strony, na podstawie obowiązujących przepisów Odwołujący, sam nieposiadając odpowiedniego doświadczenia, może ubiegać się o udzielenie zamówienia, posługując się potencjałem podmiotu trzeciego. Wykształcił się w doktrynie i orzecznictwie pogląd, że udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia powinien być realny – niemniej trudno sprecyzować, na czym ta ,,realność" ma polegać. Odwołujący słusznie wskazywał na rozprawie, że gdyby wiedział, jakie dokładnie zapisy w zobowiązaniu podmiotu trzeciego usatysfakcjonują Zamawiającego, to zostałyby one wprowadzone. Wobec braku wskazówek w tym zakresie, czy to w ustawie, czy w SIWZ, trudno czynić na obecnym etapie zarzut Odwołującemu, że zobowiązanie podmiotu trzeciego jest zbyt mało szczegółowe. Ustawa wskazuje na okoliczność, że rodzaj powiązań (charakter prawny stosunków) między wykonawcą składającym ofertę a podmiotem trzecim nie może mieć wpływu na ocenę oferty (spełnienia warunków udziału w postępowaniu).

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z posłowania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

……