

WYROK
z dnia 14 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Katarzyna Ronikier-Dolańska
Ewa Rzońca

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane PRZEM – GRI Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, 10-418 Olsztyn, ul. Przemysłowa 3** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Węgrowie, 07-100 Węgrów, ul. Szamoty 42 b,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, a tym samym unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Węgrowie, 07-100 Węgrów, ul. Szamoty 42 b** i:

- 1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane PRZEM – GRI Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, 10-418 Olsztyn, ul. Przemysłowa 3** tytułem wpisu od odwołania,

1

- 1.2. zasądza od **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Węgrowie, 07-100 Węgrów, ul. Szamoty 42 b** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwa Inżynieryjno – Budowlanego PRZEM – GRI Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, 10-418 Olsztyn, ul. Przemysłowa 3** 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 (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Siedlcach**.

Przewodniczący:

.....

.....

2

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Węgrowie,

zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Rozbudowę oczyszczalni ścieków w Węgrowie – zad. I Etap II, realizowana w ramach projektu pn. „Rozbudowa oczyszczalni ścieków, budowa i rozbudowa sieci kanalizacyjnej w Węgrowie i gminie Liw”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 stycznia 2012 r., poz. 28192.

W dniu 28 maja 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane PRZEM - GRI Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując, iż wykonawca ten nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu i nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem podmiotów trzecich. Wykonawca wykazując spełnianie kluczowego z punktu widzenia realizacji zamówienia – warunku udziału w postępowaniu, tj. w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego – zgodnie z pkt. 9.1.2.a) IDW oparł się wyłącznie na doświadczeniu podmiotów udostępniających mu – w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – zasoby wiedzy i doświadczenia w zakresie „udostępnienia wiedzy i doświadczenia na zasadzie know-how” (zobowiązania spółek METROMEX S.A. oraz EKOMELBUD S.A. – str. 12 i 22 oferty).

W dniu 31 maja 2012 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 31 maja 2012 r.) wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego, pomimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty odwołującego.

3

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. anulowanie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, przystąpienie do ponownego badania i oceny ofert,
2. dokonanie wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż obowiązkiem wykonawcy, w tym przypadku odwołującego jest przedłożenie stosownego oświadczenia w formie pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Takie też pisemne zobowiązania zostały dołączone do oferty odwołującego. Ustawodawca nie narzuca charakteru jaki musi obowiązywać pomiędzy stronami takiego stosunku prawnego, dał możliwość wykonawcy do swobodnego kształtowania takiego stosunku. Jest to związane z charakterem zawierania umów i swobody ich kształtowania pomiędzy stronami, a także swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Podejście zamawiającego, że bez wykazania podmiotów trzecich jako podwykonawców narusza zasadę art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz ogranicza wykonawcę w zakresie ubiegania się o zamówienie publiczne, a tym samym łamie podstawową zasadę zawartą w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

4

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie 9.1.2.a) IDW (Instrukcji dla Wykonawców) wskazał, iż „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące (...) posiadania wiedzy i doświadczenia. Warunek zostanie spełniony przez Wykonawcę, jeżeli wykaże on, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:

- a) 2 roboty polegające na budowie nowego, przebudowie lub rozbudowie istniejącego obiektu oczyszczalni ścieków o RLM>25 000 każda. Wykonawca wykaże, że co najmniej jedna robota prowadzona była na czynnym obiekcie oczyszczalni ścieków i co najmniej jedna robota prowadzona była na obiekcie oczyszczalni z udziałem ścieków mleczarskich.

Za wykonaną robotę należy rozumieć robotę, dla której wszelkie prace zostały zakończone i wystawiono Świadectwo Przejęcia/Protokół Odbioru końcowego robót”.

Odwolujący w załączeniu do oferty złożył m.in. „Wykaz wykonanych robót budowlanych” (str. 7 - 9), w którym pod poz. 1 wskazał robotę pn. „Polska Wieś Modernizacja oczyszczalni ścieków w Polskiej Wsi K. Mrągowo” oraz pod poz. 2 robotę pn. „Modernizacja i remont oczyszczalni ścieków w Lubawie w ramach realizacji projektu „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej na terenie gminy miejskiej Lubawa”, a dla których to w kolumnie 9 „Dokument potwierdzający wykonanie robót (nr strony w ofercie)” wskazał odpowiednio: dla poz. 1 „Referencja str. nr 21; zobowiązanie F.EKOMELBUD S.A. do oddania do dyspozycji zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia str. nr 22” i dla poz. 2 „Referencja str. nr 10-11; zobowiązanie F.METROMEX S.A. do oddania do dyspozycji zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia str. nr 12”.

W treści zobowiązania firmy EKOMELBUD S.A. z siedzibą w Mrągowie wskazano, iż firma ta zobowiązuje się oddać odwołującemu „do dyspozycji następujących niezbędnych zasobów w zakresie: wiedzy i doświadczenia (...) w zakresie: udostępnienia wiedzy i doświadczenia na zasadzie know-how” (str. 22 oferty).

W treści zobowiązania firmy METROMEX S.A. z siedzibą w Olsztynie wskazano, iż firma ta zobowiązuje się oddać odwołującemu „do dyspozycji następujących niezbędnych zasobów w zakresie: wiedzy i doświadczenia (...) w zakresie: udostępnienia wiedzy i doświadczenia na zasadzie know-how” (str. 12 oferty).

Pismem z dnia 30 kwietnia 2012 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego m.in. o „wyjaśnienie w jakich okolicznościach i jak będzie możliwe korzystanie przez wykonawcę z zasobów podmiotu trzeciego, poprzez wskazanie dokładnego zakresu zasady „know-how” w odniesieniu do zasobów podmiotu trzeciego, tj. firmy EKOMELBUD S.A. z siedzibą w Mrągowie i firmy METROMEX S.A. z siedzibą w Olsztynie.

5

Odwolujący, w odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 9 maja 2012 r. wskazał m.in., iż „w załączonych do oferty zobowiązaniach ww. firm wskazano sposób korzystania z zasady „know-how”. Umowa know-how upoważnia do korzystania z określonych praw podmiotowych – doświadczenia – posiadanego w zakresie związanego z budową oczyszczalni ścieków o RLM>25 000, a także doświadczenia administracyjno-organizacyjnego związanego z budową. Udzielający know-how mają obowiązek udostępnić wiadomości będące przedmiotem umowy oraz umożliwić korzystanie z odpowiedniej dokumentacji technicznej, przeszkolenia pracowników czy wiedzy na temat montażu urządzeń. (...) know-how określa całokształt wiadomości, czyli fachowej wiedzy oraz doświadczenia w zakresie technologii i

procesu dla określonego wyrobu, w tym przypadku rozbudowy oczyszczalni ścieków. Głównie przekazanie know-how przez wskazane podmioty polegać będzie na prowadzonych konsultacjach i doradztwie. W prawie europejskim definicja know-how zawarta jest w Rozporządzeniu nr 772/2004 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii (Dz. U.L. 123 z 27.04.2004 str. 11-17). Stanowi ona, iż know-how to pakiet nieopatentowanych informacji praktycznych, wynikających z doświadczenia i badań, które są: niejawne, istotne i zidentyfikowane. (...) oddanie do dyspozycji wykonawcy „wiedzy i doświadczenia” przez ww. firmy EKOMELBUD S.A. z siedzibą w Mrągowie oraz firmy METROMEX S.A. z siedzibą w Olsztynie nie jest związane z uczestnictwem tych podmiotów w realizacji części zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 28 maja 2012 r. poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż wykonawca ten nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem podmiotów trzecich. Wykonawca wykazując spełnianie kluczowego z punktu widzenia realizacji zamówienia – warunku udziału w postępowaniu, tj. w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego – zgodnie z pkt. 9.1.2.a) IDW oparł się wyłącznie na doświadczeniu podmiotów udostępniających mu – w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – zasoby wiedzy i doświadczenia w zakresie „udostępnienia wiedzy i doświadczenia na zasadzie know-how” (zobowiązania spółek METROMEX S.A. oraz EKOMELBUD S.A. – str. 12 i 22 oferty). Nadto zamawiający dodał, iż podejmując przedmiotową decyzję brał po uwagę przedmiot zamówienia, interpretacje UZP oraz orzecznictwo KIO.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia może powołać się na potencjał innych podmiotów (podmiotów trzecich) dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i to niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takim przypadku, a więc powołania się na potencjał innych podmiotów wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że

6

będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji 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.

W niniejszym stanie faktycznym odwołujący w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego) oparł się na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, a mianowicie spółek METROMEX S.A. oraz EKOMELBUD S.A., załączając do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu mu wiedzy i doświadczenia, zawierające jednoznaczne wskazanie, iż udostępnienie to nastąpi w zakresie: udostępnienia wiedzy i doświadczenia na zasadzie know-how.

Wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa i nie powinny być przedmiotem samodzielnego obrotu niezależnie od przedsiębiorstwa, niemniej jednak to ustawodawca dał wykonawcom prawo powoływania się w postępowaniu o zamówienie publiczne na know-how podmiotów trzecich, czyli ich wiedzę i doświadczenie, a art. 26 ust. 2b zdanie pierwsze ustawy Pzp wyraźnie uniezależnia prawo powoływania się na tę wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego od rodzaju stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim. Podstawę powoływania się na doświadczenie podmiotów trzecich stanowi więc jedynie konieczność udowodnienia zamawiającemu możliwości dysponowania przez wykonawcę tymi zasobami, które są niezbędne do realizacji zamówienia, na dowód czego wykonawca zobowiązany jest złożyć pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego. Zobowiązanie to – zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – odnosi się do oddania przez podmiot trzeci wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia, przy czym z dyspozycji wskazanego przepisu nie wynika, że podmiot trzeci będzie miał obowiązek w takiej sytuacji osobiście wykonywać bądź całość, bądź też jakąś część zamówienia na rzecz wykonawcy realizującego zamówienie w charakterze podwykonawcy. Powyższe nie znajduje żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach. W dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie dokonano bowiem zróżnicowania na zasoby, które mogą być wykazywane w ramach spełniania warunków podmiotowych przez podmioty trzecie z koniecznością występowania w toku realizacji

zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy oraz na zasoby, których wykorzystanie nie wiąże się z wymogiem podwykonawstwa. Przeciwnie ustawodawca w sposób jednakowy potraktował zasoby podmiotów trzecich, a więc zasoby wiedzy i doświadczenia, jak i inne zasoby odnoszące się do potencjału technicznego, osobowego, czy też zasoby finansowe podmiotów trzecich, niezależnie od charakteru tych zasobów, a więc te, z których wykonawcy w postępowaniu mogą korzystać na etapie spełniania warunków podmiotowych. Tak więc oddanie wiedzy i doświadczenia w tym zakresie może odbywać się zarówno na zasadzie podwykonawstwa, jak i w inny sposób (konsultacje,

7

doradztwo). Powyższe należy wywieść stąd, iż z treści art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, w którym ustawodawca nie posłużył się wprost określeniem „podwykonawca przy realizacji zamówienia”, a jedynie „uczestniczyć przy realizacji zamówienia”, co jest pojęciem szerszym obejmującym także uczestnictwo przy realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy, a nie wyłącznie w tym charakterze.

Odwolujący, powołując się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego (spółek METROMEX S.A. oraz EKOMELBUD S.A.), a więc uzyskane przez ten podmioty referencje jednoznacznie oświadczył, iż w realizacji zamówienia nie przewiduje udziału podwykonawców. Dotychczas – jak podkreślał na rozprawie - wielokrotnie korzystał z doświadczenia podmiotu trzeciego i zawsze odbywało się to na zasadzie współpracy. W tym postępowaniu odbywać to się będzie na zasadzie doradztwa i konsultacji i dotyczyć to będzie bardziej organizacji budowy niż wykonywania prac *sensu stricte*. Odwołujący posiada bowiem doświadczenie w realizacji tego typu inwestycji lecz nieco mniejszych niż inwestycje, jakich wymaga obecnie zamawiający.

Tak więc przedłożone przez odwołującego zobowiązania podmiotu trzeciego, na którego wiedzę i doświadczenie odwołujący powoływał się w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest wystarczające dla potwierdzenia spełniania tychże warunków przez odwołującego. Odwołujący w sposób dostateczny, nawet wprost przewidziany w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, udowodnił, że wskazany podmiot trzeci odda mu swoją wiedzę i doświadczenie do dyspozycji w okresie realizacji zamówienia, co w ocenie Izby może nastąpić także w formie doradztwa czy też konsultacji. O powyższym świadczy bowiem zarówno treść zobowiązania spółek METROMEX S.A. oraz EKOMELBUD S.A. odnośnie udostępnienia odwołującemu wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu ww. zamówienia, jak również konsekwentnie podnoszona przez odwołującego na rozprawie okoliczność, iż sam będzie realizował przedmiotowe zamówienie, nie przewidując podwykonawstwa, a co w świetle powyższych rozważań i obowiązujących w tym zakresie przepisów jest dopuszczalne. Tym samym brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

8

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i ograniczając je do wysokości 3.600,00 zł, stosownie do rachunku złożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

.....

9