

Sygn. akt: KIO 163/11

Sygn. akt: KIO 164/11

WYROK
z dnia 10 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Ewa Rzońca

Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2011 r. w Warszawie odwołań skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2011 r. do łącznego rozpoznania wniesionych przez:

A. Rejon Utrzymania i Budowy Dróg sp. z o.o. w Krakowie w dniu 28 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO 163/11);

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Rejon Utrzymania i Budowy Dróg sp. z o.o. w Krakowie oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Radex sp. z o.o. w Bielsku Białej w dniu 28 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO 164/11);

w postępowaniu prowadzonym przez **gminę miasto Kraków**

przy udziale uczestnika postępowania - **Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o. we Wrocławiu**, który zgłosił przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturach akt **KIO 163/11 oraz KIO 164/11 po stronie zamawiającego;**

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 1 z 22

orzeka:

1. uwzględnić oba odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na części 4 i 5 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w tych częściach, w tym wezwanie wykonawcy Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o. we Wrocławiu do przedłożenia w formie pisemnej oświadczenia PL - Bitunova sp. z o.o. z dnia 10 stycznia 2011 r. w odniesieniu do części 4 oraz 5 zamówienia oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej na zadanie 4 oraz 5.

2. kosztami postępowania obciąża gminę miasto Kraków i nakazuje:

A. zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Rejon Utrzymania i Budowy Dróg sp. z o.o. w Krakowie** oraz zasądza od **gminy miasto Kraków** na rzecz **Rejonu Utrzymania i Budowy Dróg sp. z o.o. w Krakowie** kwotę **21 168 zł 50 gr** (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy sto sześćdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

B. zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Rejon Utrzymania i Budowy Dróg sp. z o.o. w Krakowie oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Radex sp. z o.o. w Bielsku Białej** oraz zasądza od **gminy miasto Kraków** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Rejon Utrzymania i Budowy Dróg sp. z o.o. w Krakowie oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Radex sp. z o.o. w Bielsku Białej** kwotę **21 168 zł 50 gr** (słownie: dwadzieścia jeden tysięcy sto sześćdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą uzasadnione koszty odwołującego 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. Nr 113, poz. 759), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

.....

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 2 z 22

.....

Sygn. akt: KIO 163/11

Sygn. akt: KIO 164/11

Uzasadnienie

Gmina miasto Kraków – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu, ul. Centralna 53, 31 – 586 Kraków zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie, którego przedmiotem są naprawy i remonty dróg zarządzanych przez ZIKiT w Krakowie oraz terenów należących do Gminy Miejskiej Kraków w zakresie infrastruktury drogowej.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 1 grudnia 2010 r. publikując ogłoszenie na stronie internetowej www.zikit.krakow.pl oraz wywieszając ogłoszenie w siedzibie zamawiającego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1 grudnia 2010 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 233-356402.

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 3 z 22

W dniu 19 stycznia 2011 r. za pośrednictwem faksu zamawiający poinformował wykonawców o wyborze na zadania 4 i 5 jako najkorzystniejsze oferty wykonawcy Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o. we Wrocławiu.

Sygn. akt: KIO 163/11

Dnia 28 stycznia 2011 r. wykonawca Rejon Utrzymania i Budowy Dróg sp. z o.o., ul. Lucjana Rydla 57, 30 – 130 Kraków (dalej „odwołujący Rejon Utrzymania i Budowy Dróg”) wniósł do Prezesa Izby odwołanie (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą). Kopię odwołania przekazał zamawiającemu dnia 27 stycznia 2011 r. (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą).

Odwołanie zostało wniesione od czynności zamawiającego z dnia 19 stycznia 2011 r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Heilit + Woerner Budowlana sp. z o. o. oraz wobec zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty Heilit + Woerner Budowlana sp. z o. o w części 4 zamówienia.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 8 Pzp, art. 26 ust. 2b Pzp, art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp poprzez:

- wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Heilit + Woerner Budowlana sp. z o. o. w części 4 przedmiotu zamówienia;
- nieodrzucenie oferty wykonawcy Heilit + Woerner Budowlana sp. z o. o. w części 4

przedmiotu zamówienia, pomimo że podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1,2,3,8 Pzp.

W związku z powyższym wniesiono o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Heilit + Woerner Budowlana sp. z o. o. w części 4 zamówienia;
2. nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części 4 zamówienia, a w konsekwencji:
 - nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Heilit + Woerner Budowlana sp. z o. o. w części 4 zamówienia;
 - nakazanie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego Rejon Utrzymania i Budowy Dróg w zakresie części 4.

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 4 z 22

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, powołując się na § 5 pkt 13 istotnych postanowień umowy (załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia), iż zamawiający nie dopuścił powierzenia zamówienia podwykonawcom w zakresie robót leżących w profilu działania wykonawcy. Odwołujący Rejon Utrzymania i Budowy Dróg wskazał, iż postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) ograniczające możliwość zatrudniania podwykonawców tylko do zakresu zadań, które nie leżą w profilu działalności wykonawcy, można rozumieć w różny sposób. Z jednej strony jako profil działania wykonawcy może zostać uznana kwalifikacja działalności wykonawcy określona w jego statucie i wykazana w Krajowym Rejestrze Sądowym poprzez nadanie właściwych kodów Polskiej Klasyfikacji Działalności. W przedmiocie działalności wykonawcy Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o. (Dział 3 Rubryka 1 Przedmiot działalności Ip.11 odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 19 października 2011 r.) znajdują się roboty związane z budową obiektów inżynierii lądowej i wodnej o numerze odpowiadającym dz. 42 Polskiej Kwalifikacji Działalności (PKD). Powierzniowe utrwalanie nawierzchni tłuczniowych grysem i emulsją niewątpliwie jest robotą drogową tj. robotą związaną z budową obiektów inżynierii lądowej w rozumieniu dz. 42 PKD. Z drugiej strony za profil działalności wykonawcy może być również uznany faktyczny zakres działalności wykonawcy, obejmujący te branże, w których rzeczywiście prowadzi on działalność gospodarczą. Profil ten nie musi pokrywać się przy tym z zakresami kodów PKD, które są wskazane przez przedsiębiorcę w KRS lub właściwej ewidencji. Z oferty Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o., w tym z referencji wynika, że wykonuje on oraz wykonywał roboty drogowe w także m. in. podbudowę tłuczniową oraz nawierzchnię tłuczniową - pobocza w ramach zadania: Budowa obwodnicy Nowej Rudy w ciągu drogi wojewódzkiej nr 381 - Etap I (referencje wystawione w dniu 7 września 2007 r. dla Heilit+Woerner Budowlana sp. z o.o. przez Dolnośląski Zarząd Dróg Wojewódzkich). Każda z powyższych interpretacji pojęcia profil działalności wykonawcy wskazuje, że prowadzi on działalność w zakresie robót drogowych. W zakresie robót drogowych mieści się także utrwalanie nawierzchni tłuczniowych grysem i emulsją wg technologii określonej w Ogólnych Specyfikacjach Technicznych (OST) D05.03.19 KNR 2-31 t 1002/01. Tym samym zdaniem odwołującego Rejonu Utrzymania i Budowy Dróg stosownie do treści siwz - § 5 pkt 13 istotnych postanowień umowy - w przedmiotowym postępowaniu wykonawca w zakresie robót drogowych nie mógł korzystać z podwykonawców. Tymczasem Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o. w pkt. 8 swojej oferty - formularz oferty oświadczył, że wykonanie powierzchniowego utrwalenia nawierzchni tłuczniowych grysem i emulsją zamierza zlecić podwykonawcom. W konsekwencji należy uznać, że treść oferty w zakresie pkt. 8 formularza oferty Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o. jest niezgodna z treścią siwz -

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 5 z 22

§ 5 pkt 13 istotnych postanowień umowy i oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Dalej odwołujący Rejon Utrzymania i Budowy Dróg wskazał, iż oferta Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 3 oraz 8 Pzp, gdyż jest ona niezgodna z art. 83 ust. 3 Pzp w związku z częścią I pkt 3 siwz, jej

złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a ponadto jest nieważna na podstawie art. 58 § 1 kc. W części I pkt 3 siwz zamawiający, korzystając z uprawnienia określonego w art. 83 ust. 3 Pzp, ustanowił ograniczenie, zgodnie z którym wykonawca mógł złożyć ofertę tylko na dwie spośród ośmiu części przedmiotu zamówienia. W postępowaniu oferty na cztery części przedmiotu zamówienia złożyły spółki należące do jednej grupy kapitałowej (Strabag sp. z o.o. i Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o.). Spółki są ze sobą ściśle powiązane kapitałowo i organizacyjnie. Należą one do holdingu - grupy kapitałowej Strabag S.E., który działa na polskim rynku budowlanym poprzez kilkanaście spółek zależnych, w tym Strabag sp. z o.o., Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o. i PL-Bitunova sp. z o.o. Zgodnie z dokumentami firmowymi koncernu Strabag (raport za rok 2009 oraz foldery informacyjne, dostępne na stronach internetowych Strabag.pl), grupa ta działa wykorzystując szereg marek budowlanych, które umożliwiają koncernowi świadczenie kompleksowych, wielobranżowych usług w zakresie budownictwa. Ponadto obie firmy są ze sobą powiązane organizacyjnie. Świadczy o tym duża liczba przetargów (zwłaszcza przetargów na roboty budowlane w zakresie dróg), w których w ostatnim okresie obie firmy startowały jako konsorcjum. W szczególności Strabag sp. z o.o. oraz Heilit - Werner Budowlana sp. z o.o. realizują wspólnie budowę odcinków dróg krajowych A1, A2, A8, S1 i S8. Ponadto, powiązania między oboma spółkami mają też charakter personalny. Panowie Kurt Shritterwieser oraz Damian Kublik, którzy są członkami dwuosobowego zarządu Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o. są jednocześnie pełnomocnikami firmy Strabag sp. z o.o., o czym świadczą m.in. dokumenty składane przez tę firmę w przedmiotowym postępowaniu oraz w innych przetargach na roboty drogowe, w szczególności organizowane przez GDDKiA. Z przedstawionej argumentacji w ocenie odwołującego Rejonu Utrzymania i Budowy Dróg wynika, że mimo formalnej odrębności działania firm Strabag sp. z o.o., Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o. (a także PL-Bitunova sp. z o.o.) nie są działaniami odrębnych podmiotów prawa. Całokształt ich działalności, dokumenty firmowe koncernu i inne okoliczności faktyczne świadczą o tym, że działają one także w tym postępowaniu jak części jednego organizmu gospodarczego, jakim jest spółka Strabag S.E. W szczególności świadczy o tym wspólne rozliczanie się tych podmiotów (raport za rok 2009 oraz foldery informacyjne, dostępne na stronach internetowych Strabag.pl). O ścisłym charakterze współpracy spółek świadczy także

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 6 z 22

fakt, że są one objęte ochroną ubezpieczeniową w ramach jednej polisy, wystawionej przez TU Generali S.A. na zlecenie Strabag sp. z o.o. (polisa stanowi załącznik do oferty). Wg treści tego dokumentu ochroną ubezpieczeniową w ramach jednej umowy są objęte wszystkie spółki koncernu Strabag, w tym Strabag sp. z o.o., Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o., czy PL-Bitunova sp. z o.o. Odrębny start w przedmiotowym przetargu został wymuszony wprowadzonym przez zamawiającego ograniczeniem pozwalającym złożyć ofertę częściową na nie więcej niż dwa zadania. Wobec tego należy uznać, że jest to działanie zmierzające do obejścia siwz i ustawy, a jako takie jest ono sprzeczne z art. 83 ust. 3 Pzp w związku z częścią I pkt 3 siwz, co powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Ponadto oferta powinna zostać odrzucona także w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 58 § 1 kc. Opisane działanie stanowi także w opinii odwołującego Rejonu Utrzymania i Budowy Dróg czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) (dalej „ustawy Znk”). Działanie holdingu - grupy kapitałowej Strabag w przedmiotowym postępowaniu narusza interes odwołującego Rejonu Utrzymania i Budowy Dróg odbierając mu możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, co jest działaniem sprzecznym z prawem (art. 83 ust. 3 Pzp w zw. z częścią I pkt 3 siwz) oraz dobrymi obyczajami stanowiąc czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy Znk. Działanie to prowadzi do niezgodnego z prawem ograniczenia dostępu do rynku dla innych wykonawców, w szczególności odwołującego Rejonu Utrzymania i Budowy Dróg, który uzyskałby przedmiotowe zamówienie, gdyby nie udział jednostek holdingu - grupy kapitałowej Strabag w więcej niż dwóch częściach przetargu.

Odwołujący Rejon Utrzymania i Budowy Dróg podniósł także, iż dokument, na podstawie którego Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o. powołuje się na doświadczenie innego podmiotu (PL-Bitunova sp. z o.o.), został złożony w formie i treści niezgodnej z art. 26 ust. 2b Pzp w związku z art. 78 § 1 kc, gdyż oświadczenie PL-Bitunova sp. z o.o. jest kopią

potwierdzoną za zgodność z oryginałem i jako takie jest nieprawidłowe, gdyż nie spełnia warunków art. 26 ust. 2b Pzp w związku z art. 78 § 1 kc. Wadliwa jest również zdaniem odwołującego Rejon Utrzymania i Budowy Dróg treść dokumentu wystawionego przez spółkę PL-Bitunova sp. z o.o., a składanego przez Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o. wraz z ofertą. Z brzmienia zawartego w nim oświadczenia wynika bowiem, że PL-Bitunova sp. z o.o. zobowiązuje się „udostępnić firmie Heilit – Woerner, na potrzeby realizacji zamówienia (...) całą swoją wiedzę, doświadczenie i „know-how” w zakresie realizacji robót polegających na: wykonaniu utrwalenia powierzchniowego nawierzchni tłuczniowych grysem i emulsją asfaltową”. Z oświadczenia spółki PL-Bitunova sp. z o.o. nie wynika sposób, w jaki ma ona uczestniczyć w realizacji zamówienia i tym samym tak sformułowane oświadczenie

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 7 z 22

nie stanowi dowodu tego, że Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o. będzie mogło rzeczywiście wykorzystać doświadczenie i wiedzę nabytą przez PL-Bitunova sp. z o.o. w trakcie jej działalności.

Odwołujący Rejon Utrzymania i Budowy Dróg stwierdził również, iż zaniechanie odrzucenia oferty Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o. oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o. narusza zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Jest także niezgodna z art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż zamawiający uznał ofertę Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o. za najkorzystniejszą w sytuacji, gdy zgodnie z siwz oraz przepisami Pzp, powinna zostać ona odrzucona, a za ofertę najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez odwołującego Rejon Utrzymania i Budowy Dróg.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 163/11 po stronie zamawiającego zgłosił pismem z dnia 28 stycznia 2011 r. (wpływ do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą w dniu 31 stycznia 2011 r.) wykonawca Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o., ul. Lipowa 5A, 52 – 200 Wrocław, kopię przystąpienia przekazując zamawiającemu i odwołującemu.

Sygn. akt: KIO 164/11

Dnia 28 stycznia 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Rejon Utrzymania i Budowy Dróg sp. z o.o., ul. Lucjana Rydla 57, 30 – 130 Kraków oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Radex sp. z o.o., ul. Cegielniana 25, 43 – 300 Bielsko Biała (dalej „odwołujący konsorcjum Radex”) wnieśli do Prezesa Izby odwołanie (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą). Kopię odwołania przekazano zamawiającemu dnia 27 stycznia 2011 r. (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą).

Odwołanie zostało wniesione od czynności zamawiającego z dnia 19 stycznia 2011 r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Heilit + Woerner Budowlana sp. z o. o. oraz wobec zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty Heilit + Woerner Budowlana sp. z o. o w części 5 zamówienia.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 8 Pzp, art. 26 ust. 2b Pzp, art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp poprzez:

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 8 z 22

- wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Heilit + Woerner Budowlana sp. z o. o. w części 5 zamówienia;
- nieodrzuconie oferty wykonawcy Heilit + Woerner Budowlana sp. z o. o. w części 5 zamówienia, pomimo że podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1,2,3,8 Pzp.

W związku z powyższym wniesiono o uwzględnienie odwołania i:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Heilit + Woerner Budowlana sp. z o. o. w części 5 zamówienia;
2. nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części 5 zamówienia, a w konsekwencji:

- nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Heilit + Woerner Budowlana sp. z o. o. w części 5 zamówienia;
- nakazanie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego konsorcjum Radex w zakresie części 5.

Argumentacja odwołującego konsorcjum Radex jest tożsama z tą zaprezentowaną w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 163/11 przez odwołującego Rejon Utrzymania i Budowy Dróg.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika obu postępowań odwoławczych złożone podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez obu odwołujących wpisów, podlegają rozpoznaniu.

Izba ustaliła, iż do postępowań o sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 skutecznie po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Heilit + Woerner Budowlana sp. z o. o. (dalej „przystępujący”).

Zważywszy brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołań, Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 9 z 22

Izba ustaliła, iż zarówno odwołujący Rejon Utrzymania i Budowy Dróg, jak i konsorcjum Radex, legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Uwzględnivszy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uwzględniła obydwa odwołania.

Za podstawę rozstrzygnięci zostały przyjęte następujące ustalenia faktyczne:

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 8 części. Każdy z wykonawców mógł złożyć ofertę na nie więcej niż dwie części zamówienia (część I pkt 3 siwz).

Zamawiający w § 5 pkt 13 istotnych postanowień umowy (załącznik nr 2 do siwz) stwierdził, iż: „W przypadku wystąpienia robót nie leżących w profilu działania Wykonawcy dopuszcza się możliwość ich podzlecenia za pisemną zgodą Zamawiającego innym podmiotom na odpowiedzialność Wykonawcy za jakość wykonanych prac”. Zamawiający sporządził także wzór formularza oferty (załącznik nr 1 do siwz), w którego pkt. 8 wymagał wskazania części zamówienia, którą wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom. Wypełniony formularz oferty (sporządzony wg załącznika nr 1) należało załączyć do oferty (Cześć IV pkt 2c siwz). Zarówno w siwz, jak i w ogłoszeniu nie zostały sformułowane przez zamawiającego żadne postanowienia dotyczące udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, poza przytoczonymi.

Zamawiający wskazał także, iż dokumenty „wymagane w niniejszej specyfikacji muszą być przedstawione w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę” (część IV, pkt 7 siwz).

Wśród dokumentów wymienionych w siwz brak pisemnego oświadczenia, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy.

Uwzględnivszy tak ukształtowane postanowienia siwz ofertę w postępowaniu złożyły m.in. przystępujący na część 4 i 5 oraz Strabag sp. z o.o. na część 2 i 8.

Przystępujący w pkt. 8 formularza oferty oświadczył, że wykonanie powierzchniowego utrwalenia nawierzchni tłuczniowych grysem i emulsją zamierza zlecić podwykonawcom (k. 2 oferty). Do oferty przystępującego załączono m.in. następujące dokumenty:

- odpis z Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 19 października 2010 r., w którym w przedmiocie działalności przystępującego (Dział 3 Rubryka 1 Przedmiot działalności, Ip. 11) znajdują się roboty związane z budową obiektów inżynierii lądowej i wodnej o nr odpowiadającym dz. 42 Polskiej Kwalifikacji Działalności (PKD); wśród członków zarządu wymieniono (Dział 2, Rubryka) Panów Kurta Shrittwieser oraz Damiana Kublika (k. 8 – 15 oferty);
- referencje z dnia 7 września 2007 r. wystawione dla przystępującego przez Dolnośląski Zarząd Dróg Wojewódzkich, w których wskazano, iż przystępujący wykonywał w ramach zadania: Budowa obwodnicy Nowej Rudy w ciągu drogi wojewódzkiej nr 381 - Etap I m.in. podbudowę tłuczniową oraz nawierzchnię tłuczniową pobocza (k. 41 – 42 oferty);
- polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z dnia 21 grudnia 2010 r. wystawionej przez Generali T.U. S.A. na zlecenie (ubezpieczający) Strabag sp. z o.o., w której jako ubezpieczonych wskazano kilkanaście spółek w tym Strabag sp. z o.o., przystępującego oraz PL – Bitunova sp. z .o.o. (k. 62 – 65 oferty);
- oświadczenie PL-Bitunova sp. z o.o. z dnia 10 stycznia 2011 r. (w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem), w którym stwierdzone zostało, iż PL-Bitunova sp. z o.o. zobowiązuje się „udostępnić firmie Heilit + Woerner Budowlana sp. z o.o., na potrzeby realizacji zamówienia, będącego przedmiotem postępowania o zamówienie publiczne o nazwie: naprawy i remonty dróg zarządzanych przez ZIKiT w Krakowie oraz terenów należących do Gminy Miejskiej Kraków w zakresie infrastruktury drogowej, całą naszą wiedzę, doświadczenie i „know-how” w zakresie realizacji robót polegających na: wykonaniu utrwalenia powierzchniowego nawierzchni tłuczniowych grysem i emulsją asfaltową” (k. 48 oferty).

Do oferty Strabag sp. z o.o. zostało załączone datowane na dzień 7 grudnia 2009 r. pełnomocnictwo dla Pana Kurta Shrittwieser oraz Pana Damiana Kublika m.in. do reprezentowania Strabag sp. z o.o. w postępowaniach o zamówienia publiczne.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejsze w zakresie zadań 4 i 5 oferty przystępującego, co zostało zakwestionowane przez odwołujących Rejon Utrzymania i Budowy Dróg oraz konsorcjum Radex. Na rozprawie odwołujący podtrzymali swoje stanowiska, natomiast zamawiający oraz przystępujący wnieśli o oddalenie obu odwołań.

W świetle powyższego Izba zważyła, co następuje:

Sygn. akt KIO 163/10

Zarzut 1. Nieuprawnione zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, mimo sprzeczności jej treści (pkt 8 formularza oferty przystępującego) z treścią siwz - § 5 pkt 13 istotnych postanowień umowy.

Izba rozpoznając zarzut 1 odwołania ustaliła, iż kluczowe znaczenie dla jego rozstrzygnięcia przyznać należy treści siwz, będącej dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Trzeba podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie w odniesieniu do wyartykułowanych w siwz oraz wyjaśnień do niej wymagań zamawiającego, na podstawie kryteriów oceny ofert w siwz zawartych. Jednocześnie należy wyrazić pogląd, iż zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom siwz inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. Nie jest dopuszczalne także w toku badania ofert

doprecyzowywanie przez zamawiającego postanowień siwz oraz formułowanie dodatkowych wymagań w treści siwz nie zawartych.

Uwzględnwszy przedstawione zasady trzeba podzielić pogląd przystępującego, iż wynikającą z art. 36 ust. 5 Pzp regułą jest możliwość powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w siwz, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Na gruncie rozpoznawanej sprawy rozstrzygnięcie sporu wymaga ustalenia, czy zamawiający w siwz wprowadził ograniczenia, co do możliwości powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcom i ewentualnie w jakim zakresie.

Analiza treści siwz (w tym załącznika 1 i 2 do niej) prowadzi do wniosku, iż – wbrew stanowisku odwołującego Rejonu Utrzymania i Budowy Dróg - zamawiający nie ograniczył udziału podwykonawców w realizacji zamówienia. Przeciwnie, brzmienie pkt. 8 formularza

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 12 z 22

oferty wskazuje, iż żadne ograniczenia nie zostały przez zamawiającego co do udziału podwykonawców wprowadzone. Natomiast postanowienie § 5 pkt 13 istotnych postanowień umowy ma tylko to znaczenie, iż w toku realizacji umowy, w przypadku gdyby wystąpiły roboty nie leżące w profilu działania wykonawcy, zamawiający dopuszcza – po uzyskaniu jego pisemnej zgody – możliwość ich podzlecenia innym podmiotom na odpowiedzialność wykonawcy za jakość wykonanych prac. Biorąc pod uwagę pozostałą treść siwz, w szczególności pkt 8 formularza oferty oraz uwzględnwszy fakt, iż istotne postanowienia umowy regulują relacje między zamawiającym a wykonawcom w fazie realizacji zamówienia, a nie składania ofert, zasadnym jest przyjęcie, iż także powoływany przez odwołującego § 5 pkt 13 istotnych postanowień umowy nie statuuje jakiegokolwiek ograniczenia, które dotyczyłoby dopuszczalności zlecenia realizacji jakiegokolwiek części zamówienia podwykonawcy. Literalne brzmienie analizowanego postanowienia siwz określa procedurę, która musi zostać przez wykonawcę zachowana, aby mógł skorzystać ze wsparcia podwykonawcy na etapie realizacji zamówienia (konieczność uzyskania zgody w okolicznościach opisanych w § 5 pkt 13 istotnych postanowień umowy tj. w przypadku zlecenia robót nie leżących w profilu działania wykonawcy). Zatem stwierdzić należy, iż treść istotnych postanowień umowy w omawianej kwestii pozostaje bez wpływu na ocenę możliwości zlecenia części prac podwykonawcy. Wszelkie ograniczenia w tym zakresie powinny wprost wynikać z treści siwz. Mimo, iż istotne postanowienia umowy stanowią jej element, to uwzględnwszy fakt, iż regulują prawa i obowiązki stron umowy, a nie wymagania dotyczące etapu składania ofert, nie jest uprawnione formułowanie na ich podstawie nie wyartykułowanych w odniesieniu do fazy składania ofert ograniczeń dla wykonawców. Aprobata takich praktyk prowadziłoby do naruszenia wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Trzeba także dodatkowo podkreślić, iż postanowienia siwz (istotne postanowienia umowy) dotyczące zakresu prac, który może być powierzony podwykonawcom, zostały przez zamawiającego sformułowane w sposób mogący powodować rozbieżności interpretacyjne, w zależności od przyjętych przez dokonującego ich wykładni założeń. Stanowiska stron oraz przystępującego prezentowane podczas rozprawy to potwierdziły. Niewątpliwie wykonawcy mogli mieć trudności w ustaleniu, co należy rozumieć przez „roboty nie leżące w profilu działania Wykonawcy”, gdyż pojęcie to nie zostało przez zamawiającego zdefiniowane w siwz. Istotnie, wykonawcy w spornym zakresie zaniechali zadawania pytań w odniesieniu do brzmienia siwz, które wydawałyby się zasadnymi, biorąc pod uwagę ujawniające się już na gruncie postępowania odwoławczego niedoskonałości regulacji siwz. Powyższe jednak nie zdejmuje z zamawiającego odpowiedzialności za poprawne przygotowania postępowania i

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 13 z 22

prawidłowe opracowanie siwz. Izba podziela pogląd przystępującego, iż w takiej sytuacji nieścisłości oraz brak precyzji w formułowaniu treści siwz przez zamawiającego nie może obciążać wykonawców i musi być interpretowany w sposób dający się pogodzić z zasadami

wskazanymi w art. 7 ust. 1 Pzp. Innymi słowy nie może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla któregośkolwiek z wykonawców składających ofertę w przekonaniu, iż działają zgodnie z wytycznymi zawartymi w siwz. Od zamawiającego wykonawcy mają prawo oczekiwać należytej staranności w przygotowaniu i prowadzeniu postępowania. Zatem ryzyko sporządzenia siwz zawierającej postanowienia, które mogą być rozumiane w sposób różnorodny, spoczywa na zamawiającym. Izba przynajmniej w tym kontekście, iż zarówno znaczenie nadane kwestionowanym postanowieniom siwz przez odwołującego Rejon Utrzymania i Budowy Dróg, jak i przystępującego (ograniczenie dotyczy wyłącznie formy wyrażenia zgody w odniesieniu do robót leżących w profilu działania wykonawcy) zdaje się mieć podstawy w niejednoznacznych, mogących wydawać się niespójnymi, postanowieniach siwz. Izba nie akceptuje poglądu odwołującego Rejonu Utrzymania i Budowy Dróg sprowadzającego się do przerzucenia ryzyka związanego z nieprecyzyjnymi postanowieniami siwz na wykonawców. Konsekwencją zaprezentowanego przez Izbę stanowiska jest stwierdzenie, iż zarzut 1 odwołania nie może być przez Izbę uwzględniony.

Zarzut 2. Nieuprawnione zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 3 oraz 8 Pzp, mimo iż jest ona niezgodna z art. 83 ust. 3 Pzp w związku z częścią I pkt 3 siwz, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a ponadto jest nieważna na podstawie art. 58 § 1 kc.

Zarzut odwołującego Rejon Utrzymania i Budowy Dróg wymaga odpowiedzi na pytania: czy przystępujący złożył więcej ofert częściowych, niż dopuścił w siwz zamawiający, czy złożenie ofert częściowych przez przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz czy oferty częściowe przystępującego są nieważne na podstawie art. 58 § 1 kc?

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 14 z 22

Izba po wszechstronnym rozważeniu argumentów zaprezentowanych przez strony oraz przystępującego na tak postawione pytania udziela odpowiedzi negatywnej nie znajdując podstaw do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 3 oraz 8 Pzp.

Nie jest sporne, iż zamawiający, korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 83 ust. 3 Pzp, sprecyzował w części I pkt 3 siwz, iż wykonawca może złożyć ofertę na nie więcej niż dwie części zamówienia. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom odwołującego Rejonu Utrzymania i Budowy Dróg, przystępujący złożył oferty na dwie części zamówienia tj. pakiet 4 oraz 5, zatem nie wykroczył poza ograniczenia sformułowane przez zamawiającego w siwz. Nie ma racji odwołujący Rejon Utrzymania i Budowy Dróg podnosząc, iż powiązania kapitałowe, osobowe i organizacyjne pomiędzy przystępującym a Strabag sp. z o.o. dowodzą złożenia przez przystępującego ofert częściowych na cztery zadania, co winno skutkować odrzuceniem oferty przystępującego. Ustawa nie limituje udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotów powiązanych kapitałowo, finansowo czy organizacyjnie. Wykonawca Strabag sp. z o.o. stanowi odrębną od przystępującego osobę prawną, w tym postępowaniu mającą status wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp. Każdy z podmiotów biorących udział w postępowaniu był uprawniony do złożenia oferty częściowej na nie więcej niż dwa zadania i z uprawnienia tego skorzystali zarówno przystępujący, jak i Strabag sp. z o.o. Teza postawiona przez odwołującego Rejon Utrzymania i Budowy Dróg nie znajduje uzasadnienia przede wszystkim dlatego, że nie sposób wywieść, iż przystępujący oraz Strabag sp. z o.o. stanowią na gruncie badanej sprawy jednego wykonawcę. Izba wyraża pogląd, iż w świetle ustawy nie można przyjąć domniemania, że działania wykonawców powiązanych ze sobą kapitałowo, organizacyjnie, finansowo czy personalnie należy każdorazowo kwalifikować jako działania jednego podmiotu. Zatem zarzut naruszenia przez przystępującego art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 83 ust. 3 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Przechodząc do rozważań, czy złożenie ofert częściowych w niniejszym postępowaniu przez przystępującego oraz Strabag sp. z o.o. stanowi czyn nieuczciwej

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 15 z 22

konkurencji, o którym mowa w art. 3 i 15 ustawy Znk wskazać trzeba, iż zamawiający prawidłowo dokonał oceny ofert częściowych przystępującego uznając, iż ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu powołanych przepisów.

Komentowane przepisy definiują czyn nieuczciwej wskazując na działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, jak również utrudnianie dostępu do rynku.

Na potwierdzenie zasadności swoich twierdzeń odwołujący Rejon Utrzymania i Budowy Dróg powoływał powiązania kapitałowe, organizacyjne, jak również osobowe pomiędzy przystępującym, a Strabag sp. z o.o., które to powiązania nie były przez zamawiającego i przystępującego kwestionowane i Izba uważa je za udowodnione. Odwołujący Rejon Utrzymania i Budowy Dróg dowodził, iż działanie holdingu – grupy kapitałowej Strabag w niniejszym postępowaniu narusza jego interes odbierając możliwość uzyskania zamówienia, co uznaje za sprzeczne z prawem (art. 83 ust. 3 Pzp) oraz dobrymi obyczajami, w konsekwencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy Znk. Ponadto działanie to prowadzi do niezgodnego z prawem ograniczenia dostępu do rynku dla innych wykonawców, w tym odwołującego Rejon Utrzymania i Budowy Dróg, który uzyskałby zamówienie, gdyby nie udział jednostek holdingu – grupy kapitałowej Strabag w więcej niż dwóch częściach przetargu.

Zdaniem Izby nie znalazło uzasadnienia w zebranych w sprawie materiale dowodowym stanowisko odwołującego Rejon Utrzymania i Budowy Dróg, iż działania przystępującego wypełniają znamiona jakiegokolwiek czynu nieuczciwej konkurencji. Teza ta nie została przez odwołującego Rejon Utrzymania i Budowy Dróg nawet uprawdopodobniona. Każdy z wykonawców, nie wyłączając wnoszącego odwołanie Rejonu Utrzymania i Budowy Dróg, był na równych zasadach uprawniony do złożenia oferty. Odwołujący Rejon Utrzymania i Budowy Dróg ograniczył argumentację do wykazywania powiązań kapitałowych, organizacyjnych, osobowych czy finansowych nie przedstawiając żadnych dowodów mających potwierdzać tezę o utrudnianiu dostępu do rynku przez odwołującego Rejon Utrzymania i Budowy Dróg i Strabag sp. z o.o. czy zawarciu niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego. Nie stanowi wystarczającego uzasadnienia zarzutów odwołującego Rejonu Utrzymania i Budowy Dróg w tym zakresie fakt złożenia ofert częściowych przez przystępującego na zadania 2 i 4, a Strabag sp. z o.o. na

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 16 z 22

pakiety 2 i 8 zamówienia. Odwołujący Rejon Utrzymania i Budowy Dróg twierdził, iż skoro powołani wykonawcy często występują w postępowaniach przetargowych wspólnie jako konsorcjanci (dowód: załączone do odwołania wykazy wykonywanych inwestycji drogowych oraz przedstawione na rozprawie zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, przykładowo - zawiadomienie z dnia 9 grudnia 2010 r. czy z dnia 13 sierpnia 2010 r.), to i w przedmiotowym postępowaniu powinni złożyć wspólną ofertę. Fakt złożenia ofert częściowych na odrębne zadania osobno przez przystępującego oraz Strabag sp. z o.o. (w sytuacji, gdy nawet z załączonego do odwołania wykazu realizowanych inwestycji drogowych wynika, iż nie zawsze Strabag sp. z o.o. oraz przystępujący składali oferty wspólnie), nie stanowi uzasadnienia dla zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Przedstawiony przez odwołującego Rejon Utrzymania i Budowy Dróg wydruk ze strony internetowej Strabag sp. z o.o. stanowiący wyciąg z raportu rocznego za rok 2009 także nie dowodzi popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Z dokumentu tego nie wynika nic więcej, poza faktem, iż jedną z marek „grupy Strabag” jest przystępujący oraz, iż podmioty grupy kapitałowej Strabag przygotowują „wspólnione sprawozdania finansowe”. Nie sposób na tej podstawie stwierdzić, iż podmioty te działają w postępowaniu jako jeden wykonawca w rozumieniu art. 83 ust. 3 Pzp czy złożenie przez nich ofert częściowych na odrębne zadania stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w znaczeniu nadanym ustawą Znk. Także okoliczność, iż te same osoby zarządzają jedną spółką, a jednocześnie reprezentują w postępowaniu o udzielenie zamówienia inną spółkę kapitałową tej samej grupy, nie stanowi wystarczającego dowodu uzasadniającego twierdzenie o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji.

Należy podkreślić, iż uznanie zachowania danego wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga analizy i oceny konkretnego stanu faktycznego. Nie można z góry

założyć, że wykonawcy powiązani kapitałowo, personalnie czy korporacyjnie nie mogą brać udziału w tym samym postępowaniu przetargowym. Przepisy ustawy nie dają podstaw do stwierdzenia, iż złożenie ofert przez spółki działające w ramach jednej grupy kapitałowej stanowi samodzielną podstawę do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. Izba wyraża pogląd, iż w świetle ustawy nie można przyjąć domniemania, że złożenie przez wykonawców stanowiących jedną grupę kapitałową ofert w jednym postępowaniu należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w znaczeniu ustalonym ustawą Znk. Nie można arbitralnie założyć, że wykonawcy powiązani ze sobą kapitałowo nie dysponują samodzielnością w prowadzeniu działalności gospodarczej, w tym polityki handlowej związanej z udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Ustalenie, czy określone powiązania kapitałowe, organizacyjne, osobowe miały wpływ na treść ofert przedstawionych przez zainteresowanych wykonawców w ramach tego samego postępowania przetargowego, wymaga rozpatrzenia okoliczności faktycznych

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 17 z 22

sprawy. Na gruncie badanej sprawy Izba nie dopatrzyła się uchybienia przez zamawiającego przepisowi art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp

Odwolujący Rejon Utrzymania i Budowy Dróg nie udowodnił także nieważności ofert częściowych przystępującego złożonych na zadania 4 i 5. Nie przedstawił żadnych argumentów, które uzasadniałyby twierdzenie, iż oferta przystępującego jest sprzeczna z ustawą lub ma na celu jej obejście (art. 58 § 1 kc), co obligowałoby zamawiającego do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Zważywszy przedstawioną argumentację w świetle dokonanej przez Izbę oceny materiału dowodowego należy wyrazić opinię, iż zamawiający prawidłowo ocenił ofertę przystępującego nie stwierdzając podstaw do jej odrzucenia opisanych w art. 89 ust. 1, 3 i 8 Pzp.

Zarzut 3. Nieuprawnione uznanie przez zamawiającego, iż oświadczenie PL-Bitunova sp. z o.o. załączone do oferty przystępującego jest prawidłowe, mimo iż nie spełnia warunków art. 26 ust. 2b Pzp zarówno co do treści, jak i formy (art. 78 § 1 kc).

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, o ile udowodni zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Jednym ze środków dowodowych przewidzianych przez komentowany przepis jest pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do ich oddania wykonawcy do dyspozycji na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Należy wyrazić pogląd, iż ustawodawca pozostawił woli i decyzji podmiotów współpracujących (wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu i osobie trzeciej, na której zasobach on polega) określenie charakteru prawnego wzajemnych stosunków ich łączących. Wskazane jako przykładowe oświadczenie ma potwierdzić istnienie relacji o charakterze prawnym pomiędzy podmiotem udostępniającym swoje zasoby, a wykonawcą polegającym na tych zasobach, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykorzystania tych zasobów w realizacji zamówienia. Tym samym każdy dokument, który potwierdza zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów, w celu wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia, należy uznać za wystarczający, przy

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 18 z 22

czym odnośnie oświadczenia mającego stanowić zobowiązanie podmiotu trzeciego niezbędne jest zachowanie formy pisemnej.

Odnosząc przedstawione rozważania do okoliczności faktycznych rozpoznawanego odwołania zasadnym jest wskazanie na dwa aspekty sprawy wyłaniające się z treści odwołania w kontekście postawionego zarzutu.

Pierwszy dotyczy formy załączonego do oferty przystępującego oświadczenia PL-Bitunova sp. z o.o. W tym kontekście trzeba zgodzić się z odwołującym Rejonem Utrzymania i Budowy Dróg, iż oświadczenie wskazane w art. 26 2b ustawy nie należy do kategorii dokumentów wymienionych w rozporządzeniu Prezesa rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), zatem nie znajduje do niego zastosowanie § 6 ust. 1 powołanego rozporządzenia dopuszczający składanie dokumentów w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Jak wynika z art. 78 § 1 kc w zw. z art. 14 Pzp dla zachowania formy pisemnej niezbędne jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Wymagana forma oświadczenia nie została zachowana, co determinowało konieczność zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 Pzp i wezwania przystępującego do uzupełnienia brakującego oświadczenia. Zważywszy powyższe Izba stwierdza uchybienie przez zamawiającego przepisowi art. 26 ust. 2b Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy i za zasadne uznaje wezwanie przystępującego do uzupełnienia omawianego dokumentu.

Izba za nietrafne uważa stanowisko wyrażone przez przystępującego na rozprawie, iż wobec nie sformułowania przez odwołującego Rejon Utrzymania i Budowy Dróg wniosku o wykluczenie przystępującego z postępowania w związku z zarzutem złożenia nieprawidłowego oświadczenia przez PL - Bitunova sp. z o.o., nakazanie przez Izbę dokonania takiej czynności (wykluczenia z postępowania) byłoby niedopuszczalne.

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 19 z 22

Podkreślenia wymaga, iż Izbę wiążą zarzuty podniesione w odwołaniu, co znajduje wyraz w treści przepisu art. 192 ust. 7 Pzp. W świetle przepisów ustawy brak podstaw do przyjęcia zasady związania Izby wnioskami wnoszącego odwołanie.

Ustosunkowując się do treści załączonego do oferty przystępującego oświadczenia PL-Bitunova sp. z o.o. w kontekście sprecyzowanego w odwołaniu zarzutu wymaga podkreślenia, iż – jak wprost wynika z jego brzmienia – PL-Bitunova sp. z o.o. zobowiązała się udostępnić przystępującemu na potrzeby realizacji konkretnie w treści wskazanego zamówienia całą wiedzę, doświadczenie i „know – how” w zakresie realizacji robót polegających na wykonywaniu utrwalenia powierzchniowego nawierzchni tłuczniowych grysem i emulsją asfaltową. Zasadnym jest podkreślenie, iż uczestnictwo w realizacji zamówienia nie musi przybrać formy podwykonawstwa, jednakże w okolicznościach rozpoznawanej sprawy niewątpliwym jest, iż podmiot udostępniający swoje zasoby PL-Bitunova sp. z o.o. będzie podwykonawcą przystępującego, na co wskazuje treść pkt. 8 formularza oferty, w którym przystępujący oświadczył, iż zaangażuje do prac polegających na wykonywaniu utrwalenia powierzchniowego nawierzchni tłuczniowych grysem i emulsją asfaltową podwykonawcę. Zdaniem Izby woła udostępnienia konkretnych zasobów (wiedza, doświadczenie, know – how) na okres realizacji zamówienia przez PL-Bitunova sp. z o.o. przystępującemu w określonym zakresie (roboty polegające na wykonywaniu utrwalenia powierzchniowego nawierzchni tłuczniowych grysem i emulsją asfaltową) wynika wprost z treści oświadczenia. Zatem jest ono w świetle brzmienia przepisu art. 26 ust. 2b Pzp wystarczające dla udowodnienia przez przystępującego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego. Przystępujący słusznie wskazał, że art. 26 ust. 2b ustawy nie wymagał, ażeby w oświadczeniu podmiotu trzeciego określona była forma współpracy. Istotnym jest natomiast, żeby udostępnienie zasobów było realne, co na gruncie badanej sprawy zostało przez Izbę ustalone. Tym samym w tej części zarzut 3 uznać należy za nietrafiony.

Zarzut 4. Nieuprawnione zaniechanie odrzucenia oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, co narusza zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp i jest niezgodne z art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż zamawiający uznał ofertę przystępującego za najkorzystniejszą w sytuacji, gdy zgodnie z siwz oraz przepisami Pzp, powinna zostać

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 20 z 22

odrzucona, a za ofertę najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez

odwołującego Rejon Utrzymania i Budowy Dróg.

W świetle uwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2b w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp wobec zaniechania wezwania przez zamawiającego przystępującego do uzupełnienia oświadczenia PL-Bitunova sp. z o.o. złożonego w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, potwierdził się sformułowany przez odwołującego Rejon Utrzymania i Budowy Dróg zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Wskazane przez Izbę uchybienie zamawiającego skutkowało naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców prowadząc do wyboru wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy.

Odwołujący Rejon Utrzymania i Budowy Dróg nie udowodnił naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 Pzp, nie wskazał bowiem na żadne okoliczności faktyczne wskazujące na dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty na podstawie kryteriów oceny ofert innych niż określonych w siwz.

Sygn. akt KIO 164/11

Argumentacja Izby i ocena podniesionych przez odwołującego Radex zarzutów jest tożsama z przedstawioną przez Izbę w odniesieniu do odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 163/11 wywołanego odwołaniem Rejonu Utrzymania i Budowy Dróg.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp uwzględniła obydwie odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba zasądziła dla odwołujących od zamawiającego poza wpisem także kwotę 2 337 zł stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika, o którym mowa w § 3 pkt 2 b) powołanego rozporządzenia. Izba nie zaliczyła w poczet kosztów postępowania

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 21 z 22

odwoławczego kwoty 2 570 zł stanowiącej wynagrodzenie za sporządzenie odwołań, gdyż postępowanie odwoławcze zostaje wszczęte wraz z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby, zatem nie mogą być zaliczone do jego kosztów te poniesione wcześniej.

Ustosunkowując się do opinii odwołujących, iż od obu odwołań należało pobrać jedne wpisy, bowiem dotyczą one jednego postępowania, Izba wskazuje, iż każde z odwołań zostało wniesione przez inny podmiot. Zgodnie z art. 187 ust. 1 pkt 2 ustawy odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli uiszczono wpis. Wpis zatem uiszczyć należy od odwołania. Na gruncie badanej sprawy bark podstaw do przyjęcia, iż odwołania wniesione przez dwóch różnych odwołujących (każde na inną część zamówienia) stanowią jedno odwołanie, co determinowało by obowiązek wniesienia jednego wpisu.

.....
.....
.....

Sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11 Strona 22 z 22