Sygn. akt: KIO 2793/12

WYROK
z dnia 3 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Izabela Niedziałek - Bujak
Lubomira Matczuk – Mazuś

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **Agencja Ochrony K…….. Sp. z o.o., ul. Tuwima 1, 05-300 Mińsk Mazowiecki** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych III Oddział w Warszawie, Czerniakowska 16, 00-701 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Solid Sp. z o.o., Solid Group Sp. z o.o., Sp. k., ul. Tyniecka 18, 30-323 Kraków** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Agencję Ochrony K…… Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Agencję Ochrony Kowalczyk Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Warszawie.

Przewodniczący: ……..

……..

……..

Sygn. akt 2793/12

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych III Odział w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na ochronę osób i mienia w I Oddziale, II Oddziale i III Oddziale ZUS w Warszawie,

Odwołujący się: Agencja Ochrony „K……” Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim złożył odwołanie od czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, w zakresie wszystkich jego części, oferty Nr 2 złożonej przez Konsorcjum SOLID Sp. z o.o. w Krakowie oraz SOLID Group Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie, i wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,
2. wykluczeniu z postępowania, w trybie przewidzianym w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo

zamówień publicznych (dalej: ustawa pzp) w zw. z punktem 2.1 oraz 6.1 i 6.2 Rozdziału VI SIWZ, art. 24 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 154 pkt 5a ustawy, Konsorcjum SOLID z o.o. w Krakowie oraz SOLID Group Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie,
3. powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.
W dniu 7 grudnia 2012 r. Zamawiający przedstawił, informację o wyborze najkorzystniejszej oferty.
Zamawiający w Rozdziale VI w pkt. 6.1 SIWZ określił, iż jeżeli Wykonawca zgodnie z art. 26 ust. 2 b ustawy pzp będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów... zobowiązany jest do... przedstawienia pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.
Jednocześnie w pkt 6.2 zażądał, aby Wykonawca w odniesieniu do tych podmiotów przedstawił dokumenty wymienione w pkt 2 rozdziału VI tj. m.in. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia.
Zobowiązanie w trybie art. 26 ust. 2b ustawy pzp., o którym mowa w pkt. 6.1 SIWZ w ofercie Konsorcjum SOLID Sp. z o.o. w Krakowie oraz SOLID Group Sp. z o.o. Sp. k . przedstawił SOLID SECURITY Sp. z o.o., podlegający wykluczeniu na podstawie art. 24. Ust. 1 pkt 1 w związku z art. 154 pkt 5a ustawy pzp.
Tym samym należy podnieść, że w postępowaniu została wybrana oferta podmiotu, który nie spełnia wymagań określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z punktem 2.1 oraz 6.1

---

i 6.2 VI rozdziału SIWZ. W związku z tym niedopuszczalny był wybór oferty tego podmiotu jako oferty najkorzystniejszej, ponieważ podmiot ten nie spełniał wymagań określonych w przetargu.
Zamawiający uznał, iż podmiot, którego oferty wybrano spełnia wymogi, ponieważ niejako posiłkuje się doświadczeniem, wymaganym w SIWZ, posiadanym przez podmiot, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 154 pkt 5a ustawy pzp. Podmiotem tym jest SOLID SECURITY Sp. z o.o. w Warszawie. Tym samym Zamawiający dopuścił do usankcjonowania ewidentnej próby obejścia prawa. Przyjęcie, iż postępowanie Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym jest prawidłowe powoduje, że regulacje ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące eliminacji z postępowań podmiotów, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp są praktycznie „martwe", ponieważ podmiot taki może w każdej chwili założyć spółkę zależną, niepodlegającą wykluczeniu na podstawie tego przepisu, a jeśli będą takiej spółce potrzebne określone kwestie, których ona nie spełnia (tak jak w przedmiotowym przetargu) to wystarczy oświadczyć, że podmiot podlegający wykluczeniu „wspomoże" ją w określonym, potrzebnym według SIWZ, zakresie. Należy zauważyć, że podmiot, którego oferty zostały wybrane nie spełnia wymogów postępowania, a wymogi te „uzupełnia" podmiot nie mogący brać udziału w postępowaniu przetargowym.
Oświadczenie SOLID SECURITY Sp. z o.o. „jest wręcz kuriozalne" (cyt. za odwołującym). Podmiot ten oświadcza mianowicie, że nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia jednakże zobowiązuje się „do oddania Konsorcjum SOLID Sp. z o.o. - SOLID Group Sp. z o.o. Sp. k., do dyspozycji niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego i osób na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia". Tym oświadczeniem SOLID SECURITY Sp. z o.o. praktycznie potwierdził, że zmierza do ominięcia prawa, a Konsorcjum występuje w postępowaniu tylko dlatego, że nie jest podmiotem podlegającym wykluczeniu z przetargu, nie mając praktycznych możliwości wykonać zamówienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na możliwość polegania na zasobach innych podmiotów wynikającą z treści przepisu art. 26 ust. 2b ustawy pzp i wymóg udowodnienia dysponowania takimi zasobami. Zamawiający powołał także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów /…/ oraz postanowienia rozdziału VI siwz i stwierdził, że podmiot udostępniający zasoby tj. Solid Security Sp. z o.o. nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, co wynika wprost z treści zobowiązania tego podmiotu. W związku z powyższym zamawiający stoi na stanowisku, że nie miał prawa wykluczyć z postępowania konsorcjum firm Solid Sp. z o.o. i Solid Group Sp.

z o.o. sp. k. Stwierdził, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp z uwagi na restrykcyjny

charakter podlega ścisłej interpretacji i nie dotyczy podmiotów trzecich, które nie będą uczestniczyć w realizacji zamówienia. Zauważył także, że wykaz wykonawców, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy pzp, prowadzony przez Prezesa UZP, ma charakter wyłącznie informacyjny, natomiast odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie stanowiska i jedynie powołał się na treść powyższego wykazu.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. Zauważył, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp dotyczy nierzetelnych wykonawców, natomiast w niniejszej sprawie taka sytuacja nie ma miejsca.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika zważyła, co następuje.

W rozpoznawanym stanie faktycznym Izba uznaje, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o czym stanowi art. 179 ust. 1 pzp. Zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej określone w dziale VI ustawy pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący złożył ofertę na wszystkie trzy części zamówienia i jak zauważył przystępujący w części nr 1 oferta odwołującego zajęła trzecie miejsce w rankingu ofert, co wynika z zawiadomienia zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 7 grudnia 2012 r. W ocenie składu orzekającego także w tej części niesłuszne jest negowanie interesu odwołującego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Należy zauważyć, że w razie uwzględnienia odwołania, oferta odwołującego, w wyniku ponownej oceny ofert w tej części, *ceteris paribus,* zajęłaby drugie miejsce. W takiej sytuacji możliwe jest zajście okoliczności z art. 94 ust. 3 ustawy pzp tj. zawarcie umowy z wykonawcą, którego oferta nie została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza.
Odnosząc się do zarzutów i żądań odwołania, Izba uznaje je za niezasadne.
Stan faktyczny sprawy jest niesporny. Wybrany wykonawca na potwierdzenie spełnienia wymaganego warunku udziału w postępowaniu skorzystał z możliwości przewidzianej w art. 26 ust. 2 b ustawy pzp i przedstawił pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia,

potencjału technicznego i osób na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W zobowiązaniu tym (pismo Solid Security Sp. z o.o. z dnia 29 listopada 2012 r. załączone do oferty) wystawca oświadczył, że spółka nie będzie brała udziału w realizacji zamówienia. Z treści oferty (pkt 4 wypełnionego formularza ofertowego) wynika ponadto, że konsorcjum przystępującego nie będzie korzystać z podwykonawców.

Niesporne jest nadto w sprawie, że podmiot udostępniający zasoby jest wymieniony w wykazie wykonawców prowadzonym przez Prezesa UZP na podstawie art. 154 pkt 5a ustawy pzp. Jak wynika z wyjaśnień na stronie internetowej UZP umieszczenie danego wykonawcy w wykazie, o którym mowa w ma charakter informacyjny i jedynie potwierdza, że zachodzi w stosunku do wykonawcy podstawa wykluczenia z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. (http://www.uzp.gov.pl). Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. W rozpatrywanym postępowaniu nie wziął udziału wykonawca ujawniony w wykazie.
Istotne jest zwrócenie uwagi na fakt, że wykaz dotyczy wykonawców, a więc podmiotów

zdefiniowanych w art. 2 pkt 11 ustawy pzp, a w niniejszym postępowaniu podmiotowi udostępniającymi zasoby, nie można przypisać statusu wykonawcy. Już z tego względu zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego nie jest zasadny.
Izba nie podziela stanowiska odwołującego o obejściu prawa i zaniechaniu zastosowania w stosunku do przystępującego czynności wykluczenia go z postępowania. Postępowaniu Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym nie można zarzucić naruszenia przepisów ustawy pzp. Rozważania odwołującego o ewentualności zakładania przez podmioty podlegające wykluczeniu, podmiotu zależnego, niepodlegającego wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 są interesujące i nie można wykluczyć takiej sytuacji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy, jednakże w rozpatrywanym stanie faktycznym taka sytuacja nie zaistniała. W szczególności spółki przystępującego nie zostały założone w czasie i w związku z umieszczeniem podmiotu udostępniającego w wykazie, o którym wyżej mowa. Trudno też kwestionować powołaną wcześniej treść pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. W obrocie gospodarczym, w tym w zakresie wykonywania umów w sprawach zamówień publicznych znana jest praktyka udostępniania zasobów bez

---

bezpośredniego uczestnictwa podmiotu udostępniającego w realizacji całości lub części zamówienia.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji i oddalono odwołanie.
O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie rozporządzeniem 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: ……..

……..

……..