

Sygn. akt: KIO 1541/10

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Janusza Kłosowskiego, prowadzącego działalność pod nazwą: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Budowlanych INFRABUD w Koszalinie Janusz Kłosowski, 75-033 Koszalin, ul. Zwycięstwa 16** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Mielno, 76-032 Mielno, ul. Bolesława Chrobrego 10.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Mielno, 76-032 Mielno, ul. Bolesława Chrobrego 10 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Janusza Kłosowskiego, prowadzącego działalność pod nazwą: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Budowlanych INFRABUD w Koszalinie Janusz Kłosowski, 75-033 Koszalin, ul. Zwycięstwa 16,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 14 527 zł 74 gr (słownie: czternaście tysięcy pięćset dwadzieścia siedem złotych siedemdziesiąt cztery grosze) przez **Gminę Mielno, 76-032 Mielno, ul. Bolesława Chrobrego 10** na rzecz **Janusza Kłosowskiego, prowadzącego działalność pod nazwą: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Budowlanych INFRABUD w Koszalinie Janusz**

Kłosowski, 75-033 Koszalin, ul. Zwycięstwa 16 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, zastępstwa procesowego oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę KIO.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołujący – Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Budowlanych INFRABUD – Janusz Kłosowski uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego przedmiotem jest wybudowanie ulicy Bosmańskiej w miejscowości Chłopy Etap II, zarzucił zamawiającemu, którym jest Gmina Mielno, naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez przyjęcie, iż odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, pomimo, że wykazał się doświadczeniem w wykonaniu poprzednich zamówień publicznych w sposób należyty tj. wykazał co najmniej dwa zamówienia obejmujące roboty drogowe z oświetleniem i odwodnieniem o wartości nie mniejszej niż 4 000 000 zł w okresie 5 lat oraz jedno w terminie 105 dni, naruszenie art. 26 ust. 2 b ustawy, przez nie uwzględnienie doświadczenia podwykonawcy, który udostępnił swoje doświadczenie w tym zakresie i zadeklarował współpracę w realizacji przedmiotowego zamówienia łącznie z odwołującym oraz naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez stworzenie w specyfikacji sztucznych ograniczeń dostępu do zamówienia, polegających na stworzeniu bariery udziału w postępowaniu w postępowaniu dla wykonawców, którzy wykazą się nie mniejszym doświadczeniem niż realizacja zamówień podobnych zakresem, wartością, ale zrealizowanych w czasie dłuższym niż 105 dni z powodu różnych przeszkód.

Odwołujący wniósł o nakazanie powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem jego oferty.

Uzasadniając zarzuty i wnioski odwołujący wskazał na następujące okoliczności: Jednym z warunków udziału określonym w pkt 5 siwz jest wykazanie się wykonaniem co najmniej dwóch zamówień publicznych obejmujących roboty drogowe wraz z oświetleniem i odwodnieniem, o wartości nie mniejszej niż 4 000 000 zł każda, w tym jednej zrealizowanej w okresie nie dłuższym niż 105 dni lub odpowiednio dłuższym w przypadku robót o większej wartości. Na potwierdzenie tego warunku należało dołączyć wykaz wykonanych robót z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorów. Odwołujący złożył ofertę z wykazem robót, w tym jedną robotą wykonaną w terminie 105 dni z tym, że zamówienie to zrealizował wykonawca, który w niniejszym zamówieniu będzie podwykonawcą. Odwołujący dołączył zobowiązanie tego podmiot tj. EUROVIA Polska S.A. do współpracy przy realizacji zamówienia. W toku postępowania zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów, w tym dołączenia wykazu robót w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie 5 lat. Odwołujący stwierdził, że wykaz robót dołączył do oferty i wspólnie z firmą Eurovia spełnia wymagane warunki. Potwierdził oświadczenie, że firma jako podwykonawca będzie uczestniczyć we wszystkich robotach przedmiotowego zamówienia udostępniając przedsiębiorstwo wraz doświadczeniem, potencjałem

technicznym i ekonomicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zgłosił przy tym zastrzeżenia do wymaganego wykazania terminu wykonania w ciągu 105 dni jako naruszającego zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący został wykluczony z postępowania wskutek nie uznania doświadczenia podwykonawcy i stwierdzenia, że oświadczenie wykonawcy co do współpracy jest jednostronne i niewiążące, bowiem podwykonawca nie ponosi odpowiedzialności za zamówienie wobec zamawiającego.

Odwołujący wskazał na treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i stwierdził, że w niniejszej sprawie przedstawił pisemne zobowiązanie oddania zasobów do jego dyspozycji. Odwołujący stwierdził, że obowiązujące przepisy ustawy jednoznacznie uregulowały dopuszczalność wykorzystania doświadczenia innych podmiotów przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie publiczne, a zatem wykluczenie go z postępowania było sprzeczne z powołanym przepisem.

Zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wskazał na następujące okoliczności:

W wykazie wykonanych robót odwołujący wskazał robotę o wymaganej wartości i wymaganym maksymalnym okresie realizacji, jednak jest robota wykonana przez inny podmiot, który zobowiązuje się do oddania do dyspozycji wykonawcy wiedzy i doświadczenia. Zamawiający stwierdził, że ustanowił jeden niepodzielny warunek w zakresie doświadczenia i wiedzy adekwatnego do całego zamówienia tj. doświadczenia z realizacji wielobranżowych robót budowlanych w krótkich terminach. Wskazał, na treść opinii prawnych UZP, że *„powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca)”*. Dla zamawiającego oczywiste jest, że podwykonawstwo musi dotyczyć zakresu, w jakim podmiot trzeci „odpowiada” za spełnienie warunku przez wykonawcę, a nie o podwykonawstwo w dowolnym zakresie. Wskazał na opinię UZP, iż *„ograniczenie podwykonawstwa ogranicza możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich, gdyż ogranicza możliwości wykazania, iż zasobami podwykonawcy będzie można się posługiwać przy realizacji przedmiotu zamówienia, szczególnie w zakresie, w jakim udział w wykonaniu części zamówienia jest do tego niezbędny.”* oraz *„nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane.”* Zamawiający stwierdził, że wykonawca mógłby zatem korzystać z doświadczenia podmiotu trzeciego pod warunkiem faktycznego przekazania mu do podwykonawstwa zakresu zamówienia, którego dotyczy warunek – w tym wypadku jest to całe zamówienie, natomiast wykonawca oświadczył, że zamierza przekazać temu podmiotowi roboty drogowe w części. Zamawiający stwierdził również, że wskazanie przez

wykonawcę podmiotu trzeciego w wykazie podwykonawców nie jest wystarczające do powołania się na potencjał tego podmiotu, gdyż nie stanowi zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy własnych zasobów. Zauważył, że oświadczenia podmiotu trzeciego złożone w niniejszej sprawie nie zawierają zobowiązania do udziału w realizacji robót budowlanych w charakterze podwykonawcy. Stwierdził, że wyjaśnienie odwołującego, że wskazany w ofercie podmiot trzeci będzie podwykonawcą części wszystkich robót, co oznacza, że jego udział w robotach budowlanych polegał będzie na udostępnieniu całego przedsiębiorstwa, jest wyjaśnieniem jednostronnym, nie stanowi zobowiązania podmiotu trzeciego, a przede wszystkim pozostaje w sprzeczności z dokumentami załączonymi do oferty tj. propozycją zakresu podwykonawstwa oraz zobowiązaniami do współpracy podmiotu trzeciego (udostępnienie wiedzy i doświadczenia oraz pracownika). Zamawiający zauważył również, że wykonawca w prawidłowy sposób przedstawił dokumenty dotyczące innego podmiotu trzeciego udostępniającego całe przedsiębiorstwo jako podwykonawca robót elektrycznych. Wskazał przy tym, że podmiot trzeci, którego dotyczy spór, nie może być podwykonawcą części wszystkich robót, skoro roboty elektryczne ma wykonywać inny podmiot trzeci.

Zamawiający wskazał ponadto na znaczenie warunku wykonania robót w określonym terminie.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu sprawy na rozprawie z udziałem stron oraz uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego ustaliła, że Zamawiający w pkt 5 SIWZ określił warunek udziału w postępowaniu i opis sposobu oceny jego spełnienia, wskazując, że w przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, a w tym zakresie tj. wiedzy i doświadczenia „uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykonał w sposób należyty nie mniej niż dwa zamówienia publiczne obejmujące roboty drogowe wraz z oświetleniem i odwodnieniem, o wartości nie mniejszej niż 4 000 000 (brutto) każda, w tym jednej zrealizowanej w okresie nie dłuższym niż 105 dni lub odpowiednio dłuższym w przypadku robót o większej wartości (zamawiający zastosuje odpowiednią proporcję).”

Odwołujący się wykonawca na potwierdzenie spełnienia tego warunku wskazał taką inwestycję wykonaną przez inny podmiot tj. firmę Eurovia Polska S.A.

Do oferty załączył również dwa zobowiązania tego podmiotu o treści:

1/ *„Zobowiązujemy się do oddania na rzecz Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych i Budowlanych „INFRABUD” do dyspozycji następujących niezbędnych zasobów na okres*

korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pn. Budowa ulicy Bosmańskiej w Chłopach. Etap II – wiedza i doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia”,

2/ „Zobowiązujemy się do oddania na rzecz Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych i Budowlanych „INFRABUD” do dyspozycji następujących niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pn. Budowa ulicy Bosmańskiej w Chłopach. Etap II – naszego pracownika na stanowisko kierownika robót drogowych oraz zobowiązujemy się ,że w razie uzyskania zamówienia przez PRliB „Infrabud” wymieniona osoba będzie pracować przy jego realizacji”.

Zamawiający kwestionuje zobowiązania podmiotu trzeciego, uznając że zacytowane w pkt 1 zobowiązanie nie jest wystarczające.

Oceniając powyższe Izba stwierdza, że Odwołujący w dostateczny sposób wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przy uwzględnieniu doświadczenia podmiotu trzeciego.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi wprost o możliwości wykorzystania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie mu zamówienia m.in. wiedzy i doświadczenia innych podmiotów i to niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca powinien udowodnić zamawiającemu, że 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.

Treść przepisu wskazuje, że ustawodawca dopuścił także możliwość powoływania się w postępowaniu przez wykonawcę - w ramach spełniania warunków udziału w tym postępowaniu - na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego. Pomimo tej okoliczności, iż faktycznie wiedza i doświadczenie stanowią składniki przedsiębiorstwa i nie powinny być przedmiotem samodzielnego obrotu niezależnie od przedsiębiorstwa, ustawodawca dał wykonawcom prawo powoływania się w postępowaniu o zamówienie publiczne na ich wiedzę i doświadczenie. Przepis art. 26 ust. 2b zdanie pierwsze ustawy Pzp wyraźnie też 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 konieczność udowodnienia zamawiającemu możliwości dysponowania przez wykonawcę tymi zasobami, które są niezbędne do realizacji zamówienia. Jako szczególny przykład takiego dowodu ustawa Pzp wskazuje na pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego. Istotne w tym zakresie jest zatem to, aby podmiot trzeci złożył pisemne oświadczenie, zawierające określone zobowiązanie tego podmiotu.

Problem stanowiący przedmiot rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie odnosi się do zakresu tego zobowiązania. Stanowiąc o zasobach i wskazując na możliwość posługiwania się wiedzą i doświadczeniem, potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania

zamówienia, czy zdolnością finansową podmiotu trzeciego, ustawodawca dopuścił również możliwość posługiwania się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego nabytą przy wykonywaniu zadań. Należy zauważyć, że jak wyżej wskazano, również w postanowieniach siwz zamawiający oczekuje potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu właśnie w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Odnosząc to ustalenie do uprawnień wykonawcy wynikających z art. 26 ust. 2b można stwierdzić, że zasoby te w postaci wiedzy i doświadczenia jakiegoś przedsiębiorstwa mogą być wykorzystane przez wykonawcę w ramach potwierdzenia spełnienia podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, jeśli w okresie realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie, konieczne okaże się korzystanie z tego doświadczenia przy wykonywaniu zamówienia.

Jednocześnie należy zauważyć, że z treści wskazanego przepisu nie wynika, że podmiot trzeci będzie miał obowiązek w takiej sytuacji faktycznie osobiście wykonywać całość bądź jakąś część zamówienia na rzecz wykonawcy w charakterze podwykonawcy. Tym samym, niezależnie od faktu, iż wykonawca zadeklarował, że wskazany podmiot trzeci będzie podwykonawcą w zakresie realizacji części zamówienia, Izba stwierdza, że ewentualne podwykonawstwo nie jest warunkiem *sine qua non* spełnienia przesłanki dysponowania zasobami określonymi w art. 26 ust. 2b ustawy. Ustawodawca we wskazanym przepisie nie dokonał zróżnicowania na zasoby, które mogą być wykazywane w ramach spełnienia 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. W konsekwencji Izba nie może podzielić stanowiska zamawiającego, że w rozpatrywanej sprawie wykonawca mógłby korzystać z doświadczenia podmiotu trzeciego pod warunkiem faktycznego przekazania mu do wykonania całego zamówienia.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że przedłożone w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego, na którego doświadczenie Odwołujący powoływał się w ramach spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jest wystarczające dla potwierdzenia spełnienia tychże warunków przez Odwołującego. Odwołujący w dostateczny sposób, a nawet wprost przewidziany w art. 26 ust. 2b ustawy udowodnił, że wskazany podmiot odda mu swoją wiedzę i doświadczenie do dyspozycji w okresie realizacji zamówienia. O powyższym świadczy treść oświadczenia woli firmy Eurovia Polska S.A. wiedzy i doświadczenia przy wykonywaniu zamówienia. Nieistotne w tym przypadku jest to, czy z tą firmą Odwołujący zawrze stosowne umowy o realizację robot na zasadzie podwykonawstwa, czy też będzie korzystał z jej wiedzy i doświadczenia w drodze konsultacji, czy doradztwa na etapie realizacji robót.

W świetle powyższego Izba stwierdziła w niniejszej sprawie naruszenie w postępowaniu przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy.

Izba uznała, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp ma wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, tym samym w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp postanowiła odwołanie uwzględnić.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

.....