

Sygn. akt: KIO 276/12

**WYROK**

**z dnia 23 lutego 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**  
**Agnieszka Bartczak-Żuraw**  
**Renata Tubisz**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Kancelarię Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy sp. p., (lider konsorcjum) oraz Kancelaria Radcy Prawnego Anna Finke (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera: 00-582 Warszawa, Al. J. Ch. Szucha 8, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Szczecin, 70-456 Szczecin, Pl. Armii Krajowej 1,**

przy udziale wykonawcy **Kancelaria Adwokacka Igor Frydrykiewicz, ul. Ks. Kard. S. Wyszyńskiego 14, 70-201 Szczecin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Kancelarię Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy sp. p., (lider konsorcjum) oraz Kancelaria Radcy Prawnego Anna Finke (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera: 00-582 Warszawa, Al. J. Ch. Szucha 8, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Kancelarię Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy sp. p., (lider konsorcjum) oraz Kancelaria Radcy**

**Prawnego Anna Finke (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera: 00-582 Warszawa, Al. J. Ch. Szucha 8, tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Kancelarię Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy sp. p., (lider konsorcjum) oraz Kancelaria Radcy Prawnego Anna Finke (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera: 00-582 Warszawa, Al. J. Ch. Szucha 8, na rzecz Gminy Miasta Szczecin, 70-456 Szczecin, Pl. Armii Krajowej 1, kwotę 548 zł 00 gr (słownie: pięćset czterdzieści osiem złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.**

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

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Szczecin prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest Bieżąca obsługa prawna Gminy Miasto Szczecin. Przedmiot zamówienia został podzielony na cztery części.

Pismem z dnia 30 stycznia 2012 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej. W ramach części II wskazał, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy: Kancelaria Adwokacka Adwokat Igor Frydrykiewicz z siedzibą w Szczecinie. Tym samym pismem zamawiający poinformował, iż z przedmiotowego postępowania wykluczył wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kancelaria Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Sp. p. (lider konsorcjum) oraz Kancelaria Radcy Prawnego Anna Finke (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera w Warszawie [dalej także „konsorcjum Ćwik i Partnerzy”]. Jako podstawę prawną wskazał art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także „Pzp”].

Wobec takich czynności zamawiającego w dniu 9 lutego 2012 r. odwołanie złożyło konsorcjum Ćwik zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. „art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe i niezgodne ze stanem faktycznym zastosowanie, w szczególności przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu pomimo, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu, a w szczególności spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, wykazał spełnienie tychże warunków oraz przedłożył wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu pomimo, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu, w szczególności nie złożył żadnej nieprawdziwej informacji, a tym bardziej informacji nieprawdziwej, która w jakikolwiek miała bądź mogła mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
4. art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), poprzez nadinterpretację, tudzież niewłaściwe zrozumienie przepisu § 1 ust. 1 pkt 8 ww. rozporządzenia, a w konsekwencji żądanie

od Odwołującego dokumentów innych, niż wymagane w ogłoszeniu o zamówieniu (oraz specyfikacji), co nie znajduje umocowania w przepisach prawa oraz czynienie z tego faktu, szkody dla Odwołującego, w postaci pozbawienia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia,

5. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu, potwierdzającego spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, w sytuacji kiedy ocena Zamawiającego zmierzała do stwierdzenia niespełnienia warunków udziału w postępowaniu,
6. art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Kancelarii Adwokackiej - Adwokat Igor Frydrykiewicz z siedzibą w Szczecinie, jako niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty przez niego złożonej,
7. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia z naruszeniem zasad zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności przez naruszenie wyżej wskazanych przepisów prawa, jak również przez bezpodstawne i nie znajdujące uzasadnienie w przepisach prawa wykluczenie Odwołującego oraz odrzucenie oferty przez niego złożonej.

Brak naprawy zarzucanych Zamawiającemu naruszeń ustawy, doprowadzi w konsekwencji do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.”.

Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny złożonych w postępowaniu ofert,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny złożonych w postępowaniu oferty, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego,
4. nakazanie Zamawiającemu uznania oferty złożonej przez Odwołującego za niepodlegającą odrzuceniu,
5. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy - Kancelarię Adwokacką - Adwokat Igor Frydrykiewicz z siedzibą w Szczecinie,
6. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę -Kancelarię Adwokacką - Adwokat Igor Frydrykiewicz z siedzibą w Szczecinie,
7. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swego stanowiska odwołujący wskazywał m.in., że zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu, wykonawca miał się wykazać wykonaniem (względnie - wykonywaniem, przy czym w takim przypadku usługa powinna być zrealizowana na wartość nie mniejszą niż 200.000 zł brutto) minimum 1 usługi podobnej do objętych przedmiotem zamówienia, polegającej na świadczeniu bieżącej obsługi prawnej jednostki samorządu terytorialnego, przez okres co najmniej 24 miesiące, o wartości nie mniejszej niż 200.000 zł brutto. W ocenie odwołującego za błędne należało uznać założenie, że zrealizowanie usługi musi być równoznaczne z jednoczesnym dokonaniem płatności. Wywodzenie, iż wykonawca nie zrealizował usługi na kwotę 200.000 zł brutto wyłącznie z faktu, że „suma faktycznie zapłaconych wykonawcy należności (...) wynosiła tylko 187.017 zł brutto” jest w ocenie Odwołującego całkowicie chybione. Zamawiający wymagał wykazania się usługą zrealizowaną, a nie usługą rozliczoną. Dlatego też w ocenie odwołującego brak było podstaw do uznania, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W ocenie odwołujące nietrafny był również argument dotyczący konieczności świadczenia obsługi prawnej przez okres 24 miesięcy, w oparciu o jedną umowę. Zadaniem odwołującego, żadne z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie konkretyzowało przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu w taki właśnie sposób, a twierdzenia Wykonawcy - Adwokata Igora Frydrykiewicza, są daleko idącą nadinterpretacją postanowień specyfikacji oraz ogłoszenia o zamówieniu.

W zakresie żądania przedłożenia dokumentu potwierdzającego zdolność ekonomiczną i finansową odwołujący podnosił, iż jako podmiot niezobowiązany do sporządzania rachunku zysków i strat uprawniony był do złożenia innego dokumentu o którym mowa w rozporządzeniu w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający (...). Wbrew twierdzeniom zamawiającego w ocenie odwołującego za inny dokument w rozumieniu przedmiotowego rozporządzenia może być uznane również oświadczenie własne wykonawcy, który nie jest zobligowany do sporządzania rachunku zysków i strat.

Wobec stwierdzenia zamawiającego, że Odwołujący „nie, udowodnił, że spełniał warunek pracy podobnej” odwołujący podniósł, iż: „(...) zasadne jest ewentualne wezwanie odwołującego do uzupełnienia stosownego dokumentu. Nie ma przy tym najmniejszego znaczenia fakt, że odwołujący był wezwany w przedmiotowym zakresie do uzupełnienia (umowa o współpracy), albowiem w tym zakresie – w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu – odwołujący nie był wzywany ponieważ na etapie pierwszego wezwania, zamawiający nie twierdził, iż odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.”. Odwołujący wskazywał ponadto, iż treści z umowy zawartej z Kancelarią Radców Prawnych Z. Rogowski I. K. Wiśniewska Sp. P. z Katowic wynika jednoznacznie i

wprost, że „w razie jakichkolwiek wątpliwości strony oświadczają, iż udostępnienie, o którym mowa w ust. 1 zostaje realizowane poprzez oddanie do dyspozycji drugiej Strony niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.” (§ 1 ust. 3 umowy z dnia 15 grudnia 2011 roku).”.

W odniesieniu do zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji odwołujący podniósł, iż „(...) Zamawiający w żaden sposób nie podjął polemiki w zakresie wyjaśnień udzielonych dotychczas przez Odwołującego. Niniejsze świadczyć może o fakcie, że Zamawiający nie chce w żaden sposób odnieść się do argumentacji Odwołującego, uznając wyłącznie argumentację zainteresowanego w sprawie Adwokata Igora Frydrykiewicza. Powyższe potwierdza również fakt, że Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego posługuje się argumentami identycznymi co Adwokat Igor Frydrykiewicz, przy czym w żaden sposób nie odnosi się do podjętej przez Odwołującego polemiki, tudzież wyjaśnień. Odwołujący podkreślał, że żadna z informacji zawartych w złożone przez Kancelarię Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy sp. p. ofercie nie jest nieprawdziwa, a wszelkie operowanie faktami przez innych wykonawców uczestniczących w przedmiotowym zamówieniu, w szczególności mające na celu partykularne działania zmierzające do wyeliminowania nas jako konkurencji, nie powinny znajdować uznania samego Zamawiającego, który w sposób bezstronny, z zachowaniem należytej staranności, powinien przeprowadzić niniejsze postępowanie, co w naszej ocenie, ma do chwili obecnej miejsce.”.

W zakresie zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy – Adwokata Igora Frydrykiewicza, a w efekcie odrzucenia złożonej przez niego oferty z uwagi na nie wykazanie się w ostatnich trzech latach obrotowych średniorocznego obrotu netto w wysokości co najmniej 600 000 zł rocznie odwołujący podnosił, iż zsumowanie wartości za odpowiednio oczekiwane lata tj. 703973 + 54612 za rok 2009; 471767 za rok 2008 oraz 813038 + 21912 za 2010 rok dają kwotę 2 065 302 PLN. Jednakże – jak wynika z załączonych dokumentów urzędowych - powyższe kwoty są kwotami brutto, tym samym nie sposób zaprzeczyć, iż nie mogą one rozstrzygać o obrocie netto. Odwołujący wywodził, że 600.000 netto pomnożone przez 3 lata, musi dać wynik 1mln. 800tys. PLN, co brutto daje wartość 2.214.000 PLN. Zdaniem odwołującego wykonawca – Adwokat Igor Frydrykiewicz, osiągając obrót wskazany w ofercie 5 tj. 2.065.302,00 PLN brutto nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dlatego w ocenie Odwołującego ww. wykonawca podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a jego oferta podlega odrzuceniu, o co Odwołujący wniósł na wstępie.

## **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – Gmina Miasto Szczecin prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Bieżąca obsługa prawna Gminy Miasto Szczecin. Przedmiot zamówienia został podzielony na cztery części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 234-379431 w dniu 6 grudnia 2011 r.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału XV SIWZ przedmiot zamówienia został podzielony na cztery części. Ponadto zamawiający określił, iż wykonawca może złożyć ofertę tylko na jedną część zamówienia a za niedopuszczalne uznał złożenie oferty na więcej niż jedna część zamówienia.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ Rozdział V, pkt II zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu dla składających ofertę na część II zamówienia:

1. posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego zgodnie z ustawą z dnia 6 lipca 1982 r., o radcach prawnych lub zawodu adwokata zgodnie z ustawą z dnia 26 maja 1982 r. Prawo adwokaturze lub jest prawnikiem zagranicznym wykonującym stałą praktykę na podstawie ustawy z dnia 05.07.2002 roku o świadczeniu pomocy prawnej przez prawników zagranicznych w RP oraz posiada wpis na listę potwierdzającą wykonywanie zawodu adwokata lub radcy prawnego, prowadzoną przez Okręgową Izbę Radców Prawnych lub Okręgową Izbę Adwokacką. Ww. działalność może być prowadzona w formie indywidualnej Kancelarii prawnej bądź w formie spółki cywilnej lub spółek prawa handlowego.
2. posiada wiedzę i doświadczenie. Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum: 1 usługę podobną do objętych przedmiotem zamówienia polegającą na świadczeniu bieżącej obsługi prawnej jednostki samorządu terytorialnego, przez okres co najmniej 24 miesiące, o wartości nie mniejszej niż 200.000,00 zł brutto (wartość świadczenia samej obsługi prawnej bez zastępstwa procesowego). Jeżeli usługa jest trakcie wykonywania powinna być zrealizowana na wartość nie mniejszą niż 200.000,00 zł.

3. Dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponować:
  - a) Minimum 1 osobą posiadającą uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego Zgodnie z ustawą z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych lub zawodu adwokata zgodnie z ustawą z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze lub będącą prawnikiem zagranicznym wykonującym stałą praktykę na podstawie ustawy z dnia 05.07.2002 roku o świadczeniu pomocy prawnej przez prawników zagranicznych w RP oraz posiadającą wpis na listę potwierdzającą wykonywanie zawodu adwokata lub radcy prawnego, prowadzoną przez Okręgową Izbę Radców Prawnych lub Okręgową Izbę Adwokacką.
  - b) Licencją na system informacji prawnej obejmującą, co najmniej jedno stanowisko.
4. Sytuacji ekonomicznej i finansowej. Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:
  - a) Jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 1.000.000,00 zł,
  - b) Osiągnął w ostatnich 3 latach obrotowych (2008, 2009, 2010), a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej był krótszy - za ten okres, średnioroczny obrót netto w wysokości co najmniej 600 000 zł rocznie.

W ramach przedmiotowego postępowania swoje oferty na część II złożyli następujący wykonawcy:

1. Kancelaria Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Sp. p. (lider konsorcjum) oraz Kancelaria Radcy Prawnego Anna Finke (członek konsorcjum) z siedzibą dla lidera w Warszawie,
2. Kancelaria Adwokacka Adwokat Igor Frydrykiewicz z siedzibą w Szczecinie.

Celem potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia określonego w SIWZ, konsorcjum Ćwik i Partnerzy załączyło do oferty wykaz prac podobnych zgodnie z którym wskazuje na doświadczenie podmiotu trzeciego tj. Kancelarii Radców Prawnych Z. Rogowski, I. K. Wiśniewska Spółka partnerska z siedzibą w Katowicach, która świadczy bieżącą obsługę prawną jednostki samorządu terytorialnego – Gmina Bielsko-Biała – m.in. w zakresie procedur prywatyzacyjnych, zmian organizacyjno-prawnych i restrukturyzacji służby zdrowia. Usługa świadczona jest od 2004 r. do chwili obecnej a wartość wykonanych prac brutto zgodnie z wykazem wynosi „powyżej 200 000 PLN brutto”. Do oferty załączono



również zobowiązanie tegoż podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów, na czas niezbędny do realizacji zamówienia. Celem potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej konsorcjum Ćwik i Partnerzy załączyło do oferty oświadczenie o średniorocznym obrocie.

Izba ustaliła również, iż wykonawca Kancelaria Adwokacka Adwokat Igor Frydrykiewicz z siedzibą w Szczecinie celem potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej załączył do oferty zaświadczenia wydane przez Naczelnika Urzędu Skarbowego o wysokości dochodów uzyskanych (...) podlegających opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób fizycznych na zasadach ogólnych za lata 2008, 2009 oraz 2010.

Pismem z dnia 9 stycznia 2012 r., zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał konsorcjum Ćwik i Partnerzy do uzupełnienia m.in. dokumentów takich jak:

1. Rachunku zysku i strat (...) a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe (...). Zamawiający w wezwaniu stwierdził, iż w ofercie konsorcjum Ćwik i Partnerzy brak takich dokumentów;
2. Pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego na potencjał, którego powołuje się wzywany wykonawca. W wezwaniu zamawiający stwierdził, iż w załączonym do oferty zobowiązaniu podmiotu trzeciego brak określenia, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie, tj., jakie w szczególności zasoby podmiot trzeci oddaje do dyspozycji wykonawcy oraz w jaki sposób będzie wykonywane owo zobowiązanie (w jakim charakterze podmiot trzeci będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia).

W odpowiedzi na wezwanie konsorcjum Ćwik i Partnerzy złożyło m.in. potwierdzoną za zgodność kopię stosownego dokumentu określającego obroty za okres ostatnich trzech lat obrotowych tj. bilans aktualny potwierdzający średnioroczny obrót netto na poziomie wyższym niż wymagany w SIWZ oraz poświadczony notarialnie za zgodność z oryginałem odpis umowy o współpracy zawartej w dniu 15 grudnia 2011 r., nim a podmiotem trzecim na potencjał którego się powołuje.

Ponadto Izba ustaliła, iż wykonawca Kancelaria Adwokacka Adwokat Igor Frydrykiewicz z siedzibą w Szczecinie pismem z dnia 12 stycznia 2012 r. kierowanym do zamawiającego wniósł m.in. o wykluczenie konsorcjum Ćwik i Partnerzy z przedmiotowego postępowania. W uzasadnieniu swojego stanowiska wykonawca ten powoływał się na informację uzyskaną od Gminy Bielsko-Biała, z której wynika, iż podmiot trzeci na potencjał którego powołuje się konsorcjum Ćwik i Partnerzy świadczył na rzecz tej gminy w okresie od

2008 do 2011 roku obsługę prawną na podstawie 5 umów, których wykonanie określono łącznie na kwotę 187.017,00 zł brutto. Ponadto wykonawca ten stwierdził, iż podmiot trzeci w żadnym z 24 miesięcznych okresów świadczenia obsługi prawnej nie tylko nie uzyskał wynagrodzenia przewyższającego 200.000,00 zł, ale także nie zawarł umów, w których łączna wartość wynagrodzenia przewidziana dla tego wykonawcy byłaby wyższa niż 200.000,00 zł. Dodatkowo wykonawca Kancelaria Adwokacka Adwokat Igor Frydrykiewicz podniósł, iż jak wynika z pisma Urzędu Miasta Bielsko Biała wykonawca przedstawił 5 usług podobnych, z których żadna nie trwała dłużej niż 24 miesiące, ani też jej wartość nie była wyższa niż 200.000,00 zł brutto.

Pismem z dnia 30 stycznia 2012 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej. W ramach części II wskazał, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy: Kancelaria Adwokacka Adwokat Igor Frydrykiewicz z siedzibą w Szczecinie. Tym samym pismem zamawiający poinformował, iż z przedmiotowego postępowania wykluczył konsorcjum Ćwik i Partnerzy. Jako podstawę prawną wskazał art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto, Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 10 lutego 2012 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Kancelaria Adwokacka Adwokat Igor Frydrykiewicz, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron oraz uczestnika złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

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 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący

posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż za nieprawidłowe należało uznać działanie zamawiającego polegające na wykluczeniu odwołującego z uwagi na niewykazanie spełniania warunku znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Izba wskazuje, iż już pierwotnie odwołujący załączył do swojej oferty dokument z którego wynikało że osiągnął w ostatnich trzech latach średnioroczne obroty na poziomie wymaganym przez zamawiającego. Nie sposób podzielić stanowiska zamawiającego, iż innym dokumentem w rozumieniu rozporządzenia w sprawie dokumentów (...) nie może być uznane oświadczenie własne wykonawcy podczas gdy nie jest on zobowiązany do sporządzania sprawozdania finansowego w rozumieniu przepisów o rachunkowości. Niewątpliwie oświadczenie własne wykonawcy zawierające w sobie wszystkie informacje niezbędne do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nosić będzie cechy „innego dokumentu” w rozumieniu w/w rozporządzenia. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego i przystępującego, iż za inny dokument mogłoby być uznane wyłącznie zaświadczenie wystawione przez podmiot zewnętrzny natomiast oświadczenie własne wykonawcy za taki dokument uznane być nie może. Jeżeli za inny dokument uznane byłoby zeznanie roczne złożone przez wykonawcę do urzędu skarbowego i zawierające adnotację o przyjęciu to brak jest możliwości stwierdzenia, że będzie miało ono inne znaczenie niż oświadczenie własne wykonawcy. Należy stwierdzić, iż zeznania podatkowe składane do urzędu skarbowego są również niczym innym jak tylko oświadczeniem podmiotu tyle że złożonym na urzędowym druku.

W zakresie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w ocenie Izby literalne brzmienie warunku nakazuje stwierdzenie, że warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się wykonaniem, co najmniej 1 usługi polegającej na świadczeniu bieżącej obsługi prawnej jednostki samorządu terytorialnego przez okres co najmniej 24 miesiące, o wartości nie mniejszej niż 200.000,00 zł brutto a jeżeli usługa jest w trakcie wykonywania powinna być zrealizowana na wartość nie mniejszą niż 200.000,00 zł brutto. Tak postawiony warunek nie pozwala na przyjęcie, że możliwe było zarówno sumowanie wartości kilku umów, aby osiągnąć pułap określony przez zamawiającego ani też dodawanie czasu trwania kilku umów. O ile można zgodzić się, że jedna umowa może obejmować kilka usług o tyle nie sposób stwierdzić, iż jedna i ta sama usługa zawarta jest w kilku umowach. Choć strony w kolejnych latach zawierają następujące po sobie umowy to jednak każda umowa obejmować będzie taką samą usługę, ale nie tą samą. Przesądza to w ocenie Izby, iż warunek postawiony przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu byłby spełniony gdyby wykonawca wykazał się, co najmniej jedną usługą o określonej wartości, o określonym

czasie trwania. Zdaniem Izby brzmienie warunku nie dopuszczało możliwością sumowania posiadanego doświadczenia celem spełnienia postawionego warunku. Zamawiający nie określił warunku w ten sposób, że za jego spełnienie uznałby wykazanie się wykonywaniem usług trwających, co najmniej 24 miesiące o łącznej wartości ponad 200.000,00 zł brutto. Powyższa argumentacja nie pozwala na przyjęcie, że wykazana przez odwołującego usługa potwierdza spełnianie postawionego przez zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia. Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że zamawiający niestuszenie przyjął, iż ze złożonych przez odwołującego dokumentów nie wynika sposób wykonywania zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia swojego potencjału wiedzy i doświadczenia, tj., w jakim charakterze będzie brał udział podmiot trzeci w realizacji zamówienia. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, że tym samym odwołujący nie potwierdził, że spełnia warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia. Izba wskazuje, iż zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. Należy wskazać, iż odwołujący załączył do oferty pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp. Ponadto Izba wskazuje, iż korzystając z potencjału podmiotu trzeciego wykonawca nie jest zobowiązany do wykazania, że podmiot ten brał będzie faktycznie udział w realizacji zamówienia i w jakim charakterze. Podkreślić należy, iż z brzmienia § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów (...), jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 polega na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia(...) a contrario wynika, że podmiot na potencjał którego wykonawca się powołuje nie musi brać udziału w realizacji zamówienia.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego uznając w tym zakresie prawidłowość działań zamawiającego. Należy wskazać, iż informacje przedłożone przez odwołującego nie tylko nie potwierdzają spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, ale również należało je uznać za nieprawdziwe w zakresie wartości zrealizowanych usług na poziomie ponad 200.000,00 zł brutto. Swoje stanowisko Izba oparła na informacji Urzędu Miejskiego w Bielsku-Białej, z której wynika, że podmiot trzeci na którego potencjał powoływał się odwołujący wykonał usługi obsługi prawnej w ramach 5 umów w ramach których wypłacono wykonawcy łącznie 187.017,00 zł brutto. Istotne pozostaje to, iż zgodnie z umowami łączącymi podmiot trzeci z Gminą Bielsko-Biała, wynagrodzenie określone było według stawki godzinowej za faktyczne zaangażowanie kancelarii. Dla określenia wartości usług nie sposób brać maksymalnego dopuszczalnego

wynagrodzenia. Dodatkowo należy wskazać, iż wbrew twierdzeniom odwołującego, posłużenie się potencjałem podmiotu trzeciego będzie obciążać wykonawcę w sytuacji wykazania złożenia nieprawdziwych informacji a dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu. Skoro celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia odwołujący wskazał usługę, która według jego oświadczenia została zrealizowana na kwotę ponad 200.000,00 zł brutto a z dokumentów pochodzących od podmiotu na rzecz którego usługa ta była realizowana wynika, że zrealizowana została na kwotę niższą niż wymagana zgodnie z warunkiem postawionym w SIWZ to wykonawca taki nie tylko nie potwierdził spełniania warunku udziału ale również złożył nieprawdziwą informację we wspomnianym zakresie.

Wobec stwierdzenia prawidłowości działań zamawiającego, co do wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp niezasadnym był nakazywanie zamawiającemu zastosowania dyspozycji art. 26 ust. 3 w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia.

Powyższe przesądza również o braku podstaw do uznania zasadności zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Izba nie podzieliła również stanowiska odwołującego w zakresie zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Kancelaria Adwokacka Adwokat Igor Frydrykiewicz. W ocenie Izby z przedłożonych zaświadczeń wystawionych przez urząd skarbowy wynika spełnianie warunku w zakresie potencjału finansowego i ekonomicznego. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, iż kwoty ujęte w zaświadczeniach urzędu skarbowego winny być pomniejszone o podatek od towarów i usług. Takie stanowisko nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia. Nie znajduje potwierdzenia stanowisko odwołującego, że w ramach zeznań składanych przez podatnika o wysokości dochodów uzyskanych w roku kalendarzowym podlegających opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób fizycznych kwota przychodu celem wykazania obrotu netto winna być pomniejszona o należny podatek od towarów i usług podczas gdy kwota taka nie zawiera już tego podatku.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p.,  
tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....