

**WYROK**

**z dnia 19 sierpnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Packo**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Technobud Sp. z o.o. ul. Ceramiczna 34, 22-100 Chełm, J..... L..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J..... L..... Zakład Usługowo-Handlowy Instalacji Sanitarnych i C.O. ul. Parkowa 11/33, 21-500 Biała Podlaska, J..... J..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J... J..... Przedsiębiorstwo Robót Budowlano-**

**-Instalacyjnych BUDOKAN ul. Berka Joselewicza 2, 08-200 Łosice**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Miasto i Gminę Łosice ul. Piłsudskiego 6, 08-200 Łosice**

przy udziale wykonawcy **AWAS-Systemy Sp. z o.o. ul. Żegańska 1, 04-713 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddała odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Technobud Sp. z o.o., J..... L..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J..... L..... Zakład Usługowo-Handlowy Instalacji Sanitarnych i C.O., J..... J..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J..... J..... Przedsiębiorstwo Robót Budowlano-Instalacyjnych BUDOKAN i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Technobud Sp. z o.o., J..... L..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J..... L..... Zakład Usługowo-Handlowy Instalacji Sanitarnych i C.O., J..... J..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J..... J..... Przedsiębiorstwo Robót Budowlano-Instalacyjnych BUDOKAN tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Technobud Sp. z o.o., J..... L..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J..... L..... Zakład Usługowo-Handlowy Instalacji Sanitarnych i C.O., J..... J..... prowadzący działalność gospodarczą nazwą J..... J..... Przedsiębiorstwo Robót Budowlano-Instalacyjnych BUDOKAN na rzecz Miasta i Gminy Łosice kwotę 1 200 zł 00 gr (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Siedlcach.

**Przewodniczący: .....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto i Gmina Łosice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „kompleksową kanalizację Miasta i Gminy – jako realizację programu ochrony środowiska wschodniego Mazowsza” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 9 maja 2013 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

7 czerwca 2013 r. odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Technobud Sp. z o.o., J..... L..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J..... L..... Zakład Usługowo-Handlowy Instalacji Sanitarnych i C.O. oraz J..... J..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą J..... J..... Przedsiębiorstwo Robót Budowlano-Instalacyjnych BUDOKAN wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 poprzez wadliwą wykładnię i błędne przyjęcie, iż odwołujący złożył nieprawdziwe informacje dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania co najmniej 170 przydomowych oczyszczalni ścieków przez W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ekobud, który zobowiązał się do współpracy w wykonaniu zamówienia wraz z odwołującym i w konsekwencji bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez odrzucenie oferty odwołującego,
3. § 7 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez wadliwe przyjęcie, iż złożone przez odwołującego dokumenty dotyczące zaangażowania W..... B..... mogły być żądane w oryginale, a nie w kopii poświadczonej za zgodność z takim oryginałem przez wykonawcę, w sytuacji, gdy analiza tych dokumentów na tle pozostałych dokumentów zgromadzonych w sprawie nie mogła nasuwać żadnych wątpliwości,
4. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do odrzucenia zgodnej

z prawem, prawidłowej i najkorzystniejszej oferty i wyboru oferty AWAS-Systemy Sp. z o.o., która nie była najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenia jego oferty, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o nakazanie zamawiającemu ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że bezpodstawne są twierdzenia zamawiającego, jakoby wobec uchybienia przez odwołującego § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, był on uprawniony do stwierdzenia, iż oferta złożona przez odwołującego była nieprawdziwa wobec wątpliwości co do zaangażowania W..... B....., który jako wykonawca 170 przydomowych oczyszczalni ścieków miał współpracować z odwołującym w wykonaniu zamówienia. § 7 ust. 3 rozporządzenia uprawnia zamawiającego do żądania przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości. Zamawiający nie wyjaśnił, na jakiej podstawie faktycznej powziął wątpliwość odnośnie prawdziwości dokumentów dotyczących W..... B....., a dopiero wówczas mógłby wywodzić uprawnienie do żądania przedstawienia oryginałów tych dokumentów. Z takiego zaniedbania zamawiający nie może wywodzić negatywnych skutków dla odwołującego i twierdzić, że skoro nie przedstawiono oryginałów dokumentów, to kopie poświadczają nieprawdę. Zamawiający nie może także twierdzić, że dokumenty są nieprawdziwe w sytuacji, gdy odwołujący z uwagi na deklarowany urlop W..... B....., nie mógł tych dokumentów w oryginale pobrać od swego potencjalnego podwykonawcy.

21 czerwca 2013 r. odwołującemu dostarczono oświadczenie W..... B..... o udzieleniu oferty współpracy innemu wykonawcy – wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: B..... B..... prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych GEO, Wielobranżowemu Zakładowi ROLBUD II M..... Ś....., S..... D..... Sp. j., H..... S..... prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Instalacje Ekologiczne EKOSOM oraz o nieudzielaniu propozycji współpracy innym oferentom biorącym udział w przetargu. Zdaniem odwołującego zamawiający

z łatwością mógł stwierdzić, iż to oświadczenie W..... B..... było nieprawdziwe, gdyż oferując swoją współpracę innemu wykonawcy pan B..... działał nie w swoim imieniu i na swój rachunek, a jako prezes zarządu AQUATECH Sp. z o.o. w imieniu i na rzecz tej spółki. Jasne jest zatem, że zobowiązanie z 6 czerwca 2013 r., które do swojej oferty załączył odwołujący, nie mogło budzić żadnych wątpliwości, bo to zobowiązanie pan B..... składał jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Ekobud. To więc dokumenty złożone przez tych wykonawców budziły uzasadnione

wątpliwości, nie zaś dokumenty złożone przez odwołującego. Nie było zatem żadnych podstaw, aby wdrażać w stosunku do odwołującego rygory z § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia i z naruszenia tego przepisu przez zamawiającego wywodzić, iż odwołujący złożył dokumenty potwierdzające nieprawdę odnośnie ewentualnego zaangażowania w proces inwestycyjny W..... B.....

Dokumenty, których zgodność z oryginałem poświadczył odwołujący, były mu znane jako oryginały, bowiem miał do nich wgląd w firmie pana B..... Z faktu, iż na bezpodstawne żądanie zamawiającego, aby dostarczyć mu oryginały dokumentów, odwołujący nie mógł zareagować, gdyż pan B..... był na urlopie, zamawiający nie mógł wnioskować, że dokumenty zawierają nieprawdę, skoro ich analiza zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, jednoznacznie wskazuje, że pan B..... pomylił się stwierdzając, iż udzielił swoich umiejętności i doświadczenia innemu oferentowi, a nie odwołującemu. Bowiem w przypadku tego oferenta zaangażowana była spółka AQUATECH, a w przypadku odwołującego W..... B..... jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, iż dotychczas nie otrzymał oryginałów żądanych dokumentów. Jest dla niego niezrozumiałe, że wykonawca nie ma oryginału oświadczenia o udostępnieniu zasobów. Wątpliwości co do przedstawionych przez odwołującego dokumentów powziął po otrzymaniu faksu od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych GEO, Wielobranżowy Zakład ROLBUD II M..... Ś....., S..... D..... Sp. j., H..... S..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Instalacje Ekologiczne EKOSOM z 21 czerwca 2013 r., do którego załączone było oświadczenie pana Babińskiego, iż w niniejszym postępowaniu udostępnił on wiedzę i doświadczenie jedynie firmie pani H..... S....., natomiast wobec żadnego innego wykonawcy występującego w niniejszym postępowaniu takiego zobowiązania nie uczynił i nie przedstawił dokumentów urzędowych (zaświadczeń z urzędu skarbowego, ZUS itd.). Zamawiający zwrócił się ze stosownym zapytaniem (pismo z 29 lipca 2013 r.) bezpośrednio do pana B....., jednak nie uzyskał odpowiedzi. Skontaktował się z panem B..... również telefonicznie, który w rozmowie z burmistrzem potwierdził, że takiego zobowiązania dla odwołującego nie wystawił. Obiecał przesłać oświadczenie w tej kwestii na piśmie, czego nie uczynił.

Co do przesłanych dokumentów dla dodatkowego podmiotu (pana C.....), stwierdził, iż ich nie uznał ze względu na brak dat na dokumentach, przy tym wykaz wiedzy i doświadczenia podpisany przez prezesa firmy Technobud posiada datę 26 lipca, czyli późniejszą niż termin składania ofert, który upłynął 11 czerwca 2013 r. Zobowiązanie do

współpracy pana C..... nie było opatrzone datą, tym samym odwołujący nie udowodnił, iż tym zasobem dysponował na dzień składania ofert.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił AWAS-Systemy Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania.

**W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny nie jest sporny pomiędzy stronami.

Zgodnie z przesłanym odwołującemu uzasadnieniem, podstawą wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty, było złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a tym samym niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca ten bowiem na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania 170 sztuk przydomowych oczyszczalni ścieków załączył do oferty zobowiązanie W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą EKOBUD do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zobowiązanie to, jak również inne dokumenty dotyczące pana B..... (oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o niepodleganiu wykluczeniu, referencje, zaświadczenia z US, ZUS, informacja z KRK itd.) zostały złożone w postaci kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Zamawiający – jak wyjaśnił podczas rozprawy, po otrzymaniu od innego z wykonawców oświadczenia pana B....., iż nie zobowiązywał się do udostępnienia odwołującemu swojego potencjału – powziął wątpliwość co do prawdziwości tych dokumentów, zażądał więc przedstawienia ich oryginałów lub kopii poświadczonych notarialnie. Odwołujący nie przedstawił dokumentów w takiej formie tłumacząc, iż nie ma do nich dostępu z powodu urlopu pana B..... W związku z powyższym zamawiający powziął kolejną wątpliwość, jak wykonawca mógł poświadczyć za zgodność z oryginałem dokumenty, których oryginałami nie dysponuje. W konsekwencji zamawiający stwierdził, iż W..... B.....

nie udostępnił ani nie zobowiązał się w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do udostępnienia odwołującemu swoich zasobów.

Zaistniały w niniejszej sprawie stan faktyczny należy rozważyć w dwóch aspektach: przedstawienia nieprawdziwych informacji oraz nieudowodnienia zamawiającemu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Co do przedstawienia przez odwołującego nieprawdziwych informacji w zakresie pana B....., jest to okoliczność, której nie można w oparciu o złożone dokumenty i wyjaśnienia ustalić bezspornie. W niniejszym postępowaniu występują bowiem wyłącznie kopie dokumentów – zarówno zobowiązania wobec odwołującego, jak i przesłanego przez konkurującego wykonawcę oświadczenia pana B..... (przesłanego zamawiającemu wyłącznie faksem) – oba te dokumenty mają (rzekomo) pochodzić od pana B..... Występuje też rozmowa telefoniczna z burmistrzem Miasta i Gminy Łosice osoby, która występowała jako W..... B..... (trudno telefonicznie sprawdzić tożsamość takiej osoby). Nie są to środki dowodowe, na których można oprzeć stanowisko, czy pan B..... zobowiązanie wobec odwołującego zaciągnął. Ewentualnie, czy po złożeniu ofert postanowił się z tego zobowiązania wycofać.

Izba rozważyła konieczność powołania W..... B..... na świadka (z urzędu, z braku wniosków stron), jednak stwierdziła, że wobec potwierdzenia się drugiej z przesłanek wykluczenia odwołującego, nie jest to konieczne dla rozstrzygnięcia.

Odwołujący zakwestionował w ogóle wezwanie go do przedstawienia oryginałów dokumentów. Jako zarzut odwołania jest on spóźniony, jednak kwestia ta została rozważona przez Izbę w ramach całokształtu sprawy.

Zdaniem Izby działanie zamawiającego w tym zakresie było poprawne. Po otrzymaniu od innego z wykonawców wiadomości o wystąpieniu w dokumentach złożonych przez odwołującego nieprawdziwych informacji popartych oświadczeniem podpisanym przez pana B..... (nawet jeśli na etapie rozprawy nie jest to wystarczający dowód), zamawiający nie mógł zignorować tego faktu, lecz powinien był podjąć jakieś działania wyjaśniające, które to działania podjął zarówno w stosunku do odwołującego, jak i pana B..... Żądanie oryginałów lub notarialnie poświadczonych kopii złożonych dokumentów było działaniem logicznym. Poza tym zamawiający może wezwać wykonawcę do przedstawienia oryginałów dokumentów, jeżeli kopie budzą jego wątpliwości co do prawdziwości i tak było w tym przypadku.

Co prawda nieprzedstawienie przez wykonawcę na takie żądanie oryginałów lub notarialnie poświadczonych kopii takich dokumentów nie jest w przepisach obarczone odrębną sankcją, lecz jak najbardziej może być rozpatrywane w kontekście art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo

zamówień publicznych, a w razie konieczności traktowane analogicznie do uzupełnienia dokumentów. Z tym, że oczywiście żądanie przedstawienia oryginału dokumentu ze swojej istoty oznacza, że musi być przedstawiony oryginał dokumentu, z którego wykonano kopię. Nieprzedstawienie oryginałów dokumentów (lub zastępczo kopii poświadczonych notarialnie) jak najbardziej może być traktowane jako nieudowodnienie, że wykonawca danym potencjałem dysponuje.

Izba również podziela zdziwienie zamawiającego, że odwołujący nie dysponuje oryginałem zobowiązania pana B..... O ile jeszcze bowiem rozumiałe jest, iż dany przedsiębiorca, w celu udziału w wielu przetargach, wykonuje liczne kopie odpłatnych zaświadczeń z urzędu skarbowego, ZUS, informacji z KRK itp. dokumentów urzędowych, czy też listów referencyjnych, które otrzymuje w jednym egzemplarzu, to jednak zobowiązanie jest dokumentem sporządzanym indywidualnie dla postępowania przez wykonawcę lub podmiot trzeci, które mogą nieodpłatnie sporządzić dla siebie dowolną liczbę dokumentów (oryginałów). Wyjaśnienie odwołującego, dlaczego nie dysponuje oryginałem tego zobowiązania także budzi wątpliwości – skoro je widział i uzyskał jego kopię, dlaczego od razu nie wziął od pana B..... oryginału, a jedynie kopię, a oryginał miał być dostany w późniejszym czasie.

Cała zresztą zaistniała sytuacja zdaje się potwierdzać, że odwołujący jednak nie może liczyć na udział pana B..... i jego firmy w wykonaniu zamówienia – skoro osoba ta, chociaż obiecała, nawet nie przesłała oryginałów dokumentów i to nie tylko przed złożeniem ofert, nie tylko w momencie żądania przez zamawiającego przedstawienia oryginałów, ale i do czasu rozprawy (czyli minimum od 11 czerwca do 19 sierpnia).

W tym momencie – ponieważ nie jest to pierwsza taka sytuacja, z którą Izba ma do czynienia – należy zwrócić uwagę, iż decydując się na dysponowanie w jakimkolwiek zakresie potencjałem innego podmiotu lub osoby nie będącej pracownikiem wykonawcy – wykonawca powinien dołożyć należytej staranności po pierwsze przy wyborze tego podmiotu (jego rzetelności), jak też zgromadzeniu, co najmniej dla celów dowodowych, odpowiednich dokumentów, nawet jeśli nie zostaną one dołączone do oferty – a więc tam, gdzie jest to możliwe oryginałów, ewentualnie kopii poświadczonych przez notariusza. To bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia zamawiającemu, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami zamawiającego. Ewentualne problemy z tymi podmiotami są wyłącznie ryzykiem wykonawcy – jest to jego wina w wyborze danego podmiotu czy osoby.

Odwołujący nie udowodnił zamawiającemu posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, również przy pomocy podmiotu trzeciego, na który się powołał, zatem wykluczenie w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych było prawidłowe.



Co zaś do przedstawionych przez odwołującego dokumentów dotyczących pana Z.....  
Ć....., Izba również uznała, że działania zamawiającego były poprawne. Po pierwsze  
bowiem wykonawca nie udowodnił, że dysponował tym potencjałem na dzień składania ofert,  
o czym stanowi art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Po drugie zaś, nie był  
wzywany do uzupełnienia dokumentów z powodu ich braku lub występujących w nich błędów  
co do treści, lecz do przedstawienia oryginałów dokumentów już złożonych jako kopie.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy  
Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt  
2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....