

Sygn. akt: KIO 1663/15

WYROK

z dnia 13 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 sierpnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ADAC – LEWAR Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Przystajń, ul. Słoneczna 11, 42-141 Przystajń (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu, ul. 24 kwietnia 4, 47-200 Kędzierzyn - Koźle (partner konsorcjum) i A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A. B. z siedzibą w Głubczycach, ul. Sosnowiecka 11, 48-100 Głubczyce (partner konsorcjum)** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu, ul. Oleska 127, 45-231 Opole**

przy udziale wykonawcy **DROG – BUD Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Lubojenka, ul. Prosta 88/90, 42-209 Częstochowa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1663/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ADAC – LEWAR Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Przystajń, ul. Słoneczna 11, 42-141 Przystajń (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu, ul. 24 kwietnia 4, 47-200 Kędzierzyn - Koźle (partner konsorcjum) i A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A. B. z siedzibą w Głubczycach, ul. Sosnowiecka 11, 48-100 Głubczyce (partner konsorcjum)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ADAC – LEWAR Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Przystajń, ul. Słoneczna 11, 42-141 Przystajń (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu, ul. 24 kwietnia 4, 47-200 Kędzierzyn - Koźle (partner konsorcjum) i A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A. B. z siedzibą w Głubczycach, ul. Sosnowiecka 11, 48-100 Głubczyce (partner konsorcjum)** tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ADAC – LEWAR Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Przystajń, ul. Słoneczna 11, 42-141 Przystajń (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu, ul. 24 kwietnia 4, 47-200 Kędzierzyn - Koźle (partner konsorcjum) i A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A. B. z siedzibą w Głubczycach, ul. Sosnowiecka 11, 48-100 Głubczyce (partner konsorcjum)** na rzecz **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu, ul. Oleska 127, 45-231 Opole** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset 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 (Dz. U. z 2013 r., 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 **Opolu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 416 w miejscowości Pietna od km 1 + 144 do km 3 + 893”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 maja 2015 r., nr 2015/S 086-154428.

W dniu 31 lipca 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ADAC – LEWAR Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Przystajń (lider konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu (partner konsorcjum) i A. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A. B. z siedzibą w Głubczycach (partner konsorcjum), zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu oferty jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu podniósł, iż lider konsorcjum ADAC – LEWAR Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Przystajń oświadczył w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”, że dysponuje osobami zaproponowanymi na stanowiska kierownika robót elektrycznych i kierownika robót telekomunikacyjnych. Tymczasem w toku badania i oceny ofert zamawiający został poinformowany, że nie dysponuje tymi osobami na potrzeby wykonania tego zamówienia, co zostało potwierdzone załączonym do pisma oświadczeniem firmy OMEGA ELEKTRO jako pracodawcy. Wówczas zwróci się do zaproponowanych osób celem potwierdzenia ww. faktu. W odpowiedzi otrzymał informację, że osoby zaproponowane na te stanowiska nie zostały udostępnione żadnemu z członków konsorcjum. Nadto konsorcjum, odpowiadając na pytanie zamawiającego na jakiej zasadzie dysponuje wskazanymi osobami zaproponowanymi na stanowiska kierownika robót elektrycznych i kierownika robót telekomunikacyjnych, podało, że zawarło z P. O. i A. S. umowę w formie ustnej. Reasumując zamawiający podniósł, iż nie dał i nie może dać wiary złożonym przez konsorcjum wyjaśnieniom. Są one sprzeczne i naiwne. Zarówno P. O. i A. S., jak i OMEGA ELEKTRO, jednoznacznie twierdzą, że nie udostępniali swoich zasobów konsorcjum ani żadnemu z członków konsorcjum. A ponadto zasoby, na które powołuje się konsorcjum zostały udostępnione innym wykonawcom w tym samym postępowaniu i do tych ofert załączono

zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia w formie oryginałów.

W dniu 3 sierpnia 2015 r. (pismem z dnia 2 sierpnia 2015 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 3 sierpnia 2015 r.) od podjętych przez zamawiającego następujących czynności:

1. wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp wobec złożenia przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania i niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu;
2. określenia w protokole postępowania wartości zamówienia będącego jego przedmiotem;

zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust 3 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp a w konsekwencji także przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
2. art. 32 ust. 4 ustawy Pzp i § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”.

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym oferty odwołującego.

Nadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, załączonych do niego lub znajdujących się w dokumentacji postępowania, oraz o wezwanie na rozprawę i przesłuchanie w charakterze świadków następujących osób:

1. R. B., zam. w Kędzierzynie-Koźlu;
2. P. O., zam. w Opolu;
3. A. S., zam. w Opolu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. 4.2 lit. d) i e) SIWZ, odwołujący w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć wykonaniu zamówienia”, wskazał P. O. i A. S., jako legitymujących się uprawnieniami i doświadczeniem kierowników, odpowiednio, robót elektrycznych i robót telekomunikacyjnych, podając jednocześnie, że dysponuje

wymienionymi osobami na innej podstawie niż poleganie na udostępnionych zasobach innego podmiotu.

Podstawą wskazania w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć wykonaniu zamówienia” P. O., jako kierownika robót elektrycznych i A. S., jako kierownika robót telekomunikacyjnych była ta oto okoliczność, że przed złożeniem przez odwołującego w dniu 10 czerwca 2015 r. oferty w postępowaniu, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. działająca przez swego prokurenta samoistnego R. B., zawarła z P. O. i za jego pośrednictwem z A. S. umowę cywilnoprawną w formie ustnej, na mocy której:

1. P. O. i A. S. zobowiązali się do pełnienia funkcji, odpowiednio, kierownika robót elektrycznych i kierownika robót telekomunikacyjnych przy wykonywaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania w razie udzielenia tego zamówienia odwołującemu;
2. strony ustaliły, że umowie tej nadadzą formę pisemną w terminie późniejszym. W związku z zawarciem powyższej umowy odwołujący zrezygnował ze skorzystania ze złożonych mu wcześniej zobowiązań innych podmiotów, a to spółki cywilnej „Energetyk” M. B. i Z. C., Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego „Elmax” A. H. oraz A-TEL A. B., do udostępnienia ich zasobów w osobach kierowników robót elektrycznych i telekomunikacyjnych na potrzeby realizacji zamówienia będącego przedmiotem wskazanego na wstępie postępowania.

Powyższa umowa stanowiła wystarczającą podstawę do wskazania P. O. i A. S. w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć wykonaniu zamówienia”, jako osób, którymi odwołujący dysponuje do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania, a to z następujących względów:

1. przedmiotowa umowa jest umową o świadczenie usług, do której na mocy art. 750 Kodeksu cywilnego stosuje się odpowiednio przepisy tego Kodeksu o zleceniu, a te nie zastrzegają dla ważności umowy zlecenia zachowania formy pisemnej;
2. odwołujący nie miał przesłanek do żywienia obaw, że P. O. lub A. S. będą kwestionować fakt zawarcia z nimi tej umowy bądź odstąpią od niej w sytuacji, gdy zarówno ADAC-LEWAR – Sp. z o.o., jak i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. zatrudniały i zatrudniają wymienionych jako, odpowiednio, kierownika robót elektrycznych i kierownika robót telekomunikacyjnych lub teletechnicznych, będących przedmiotem innych zamówień wykonywanych samodzielnie lub wspólnie przez te spółki;
3. P. O. zawarł z Przedsiębiorstwem Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. w dniu 8 czerwca 2015 r. w formie ustnej, co strony potwierdziły w formie pisemnej w dniu 16 lipca 2015 r., inne umowy cywilnoprawne, w których zobowiązał się do pełnienia funkcji kierownika robót elektrycznych w przypadku udzielenia odwołującemu

zamówień, będących przedmiotem innych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego.

W dniu 15 lipca 2015 r. P. O. poinformował telefonicznie R. B., że odmawia potwierdzenia faktu zawarcia z Przedsiębiorstwem Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. ustnej umowy cywilnoprawnej i do odmowy tej namówił go bezpośrednio lub za pośrednictwem J. O., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą OMEGA ELEKTRO inż. J. O. z siedzibą w Opolu i będącego pracodawcą zarówno P. O., jak i A. S. oraz ojcem pierwszego i teściem drugiego z nich, T. K. - wiceprezes Zarządu Spółki DROG-BUD. Rzeczoną odmowę P. O. potwierdził podczas bezpośredniego spotkania z R. B. w dniu 16 lipca 2015 r., podczas którego podpisał jednak zawarte w dniu 8 czerwca 2015 r. w formie ustnej umowy cywilnoprawne z Przedsiębiorstwem Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o., o pełnienie funkcji kierownika robót elektrycznych w przypadku udzielenia odwołującemu zamówień, będących przedmiotem innych postępowań prowadzonych przez zamawiającego. Z kolei A. S. podczas bezpośredniego spotkania z R. B. w dniu 17 lipca 2015 r., również odmówił potwierdzenia faktu zawarcia z Przedsiębiorstwem Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. ustnej umowy cywilnoprawnej, a także innych podobnych umów zawartych z nim przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. na wypadek udzielenia odwołującemu zamówień będących przedmiotem innych postępowań prowadzonych przez zamawiającego, przy czym z przytoczonego przez A. S. uzasadnienia tej odmowy wynikało, że pozostaje ona w związku namowami ze strony T. K., sygnalizowanymi przez P. O. .

Odwołujący złożył zamawiającemu w dniu 20 lipca 2015 r. obszernie pisemne wyjaśnienia, w których przytoczył ww. okoliczności i potwierdził je odpowiednimi dokumentami, jak również wyraził nadzieję, że jeżeli źródło i treść pozyskanej przez zamawiającego informacji o rzekomym niedysponowaniu przez odwołującego P. O. i A. S. do wykonania zamówienia będącego przedmiotem postępowania pozostają w związku z namowami ze strony T. K. sygnalizowanymi odwołującemu przez J. O. i A. S., to zamawiający uwzględni charakter tych namów, jako czynu nieuczciwej konkurencji, zarówno do oceny wyjaśnień odwołującego, jak i ofert odwołującego i spółki DROG-BUD złożonych w postępowaniu.

Odwołujący podniósł także, że pismem z dnia 24 lipca 2015 r., zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie i umożliwienie skopiowania protokołu postępowania i wszystkich załączników do niego, które po myśli art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp udostępniane są dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W piśmie tym prosił także o udzielenie informacji, czy wartość zamówienia będącego przedmiotem postępowania jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.

8 ustawy Pzp, czy też jest mniejsza niż te kwoty. Motywem prośby odwołującego była wątpliwość w tym zakresie wynikająca z następujących okoliczności:

1. ani w ogłoszeniu o zamówieniu będącym przedmiotem postępowania, ani w SIWZ zamawiający nie określił wprost, czy wartość tego zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, czy też jest mniejsza niż te kwoty;
2. wprawdzie z faktu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu będącym przedmiotem postępowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz z treści pkt. 24.7. SIWZ można by, w kontekście przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2013 r. poz. 1735) oraz art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp, wnioskować, że wartość tego zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, to jednak z drugiej strony podana przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert złożonych w postępowaniu kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia będącego przedmiotem postępowania, wskazywała na to, że wartość tego zamówienia jest jednak niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Powyższe wątpliwości Odwołującego nasiliły się po zapoznaniu się przez niego w dniu 24 lipca 2015 r. z niezatwierdzonym, co prawda przez kierownika zamawiającego lecz podpisanym przez członków powołanej przez niego komisji przetargowej protokołem postępowania, w którym zamawiający podał wartość zamówienia będącego przedmiotem postępowania w kwocie znacząco niższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp i nie zaznaczył, że zamówienie to jest udzielane w częściach. Wyjaśnienie tych wątpliwości miało dla odwołującego istotne znaczenie, bo od tego wyjaśnienia zależało ustalenie w kontekście art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, czy odwołującemu od czynności wyboru przez zamawiającego oferty wykonawcy DROG-BUD, jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu, przysługuje odwołanie wnoszone stosownie do art. 181 ust. 1 pkt 1 P.z.p. w terminie 10 dni od przesłania odwołującemu przez zamawiającego w dniu 23 lipca 2015 r. informacji o rozstrzygnięciu postępowania, który to termin, liczony stosownie do art. 111 i art. 115 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp, upływa w dniu 3 sierpnia 2015 r., czy też odwołujący jest uprawniony wyłącznie do poinformowania zamawiającego na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp o podjęciu lub zaniechaniu przez niego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp określonych czynności przy wyborze oferty wykonawcy DROG-BUD, jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu, którą to informację odwołujący winien wnieść do

zamawiającego, stosownie do art. 181 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 2 i art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w terminie 5 dni od dnia przesłania odwołującemu przez zamawiającego w dniu 23 lipca 2015 r. informacji o rozstrzygnięciu postępowania, który to termin, liczony zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego i ustawy Pzp, upływał w dniu 28 lipca 2015 r. Ponieważ do dnia 28 lipca 2015 r. odwołujący nie otrzymał od zamawiającego informacji o wartości zamówienia będącego przedmiotem postępowania, o którą odwołujący prosił w swoim piśmie do zamawiającego z dnia 24 lipca 2015 r., założywszy na podstawie informacji o wartości zamówienia będącego przedmiotem postępowania, zawartej w protokole postępowania i omówionej wyżej w pkt. 11 *in fine*, że wartość tego zamówienia jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp - uznał, że nie przysługuje mu odwołanie od wyboru przez zamawiającego oferty wykonawcy DROG-BUD, jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu, i w konsekwencji ograniczył się do złożenia zamawiającemu w dniu 28 lipca 2015 r. pisma zawierającego obszernie uzasadnioną informację o czynnościach podjętych i zaniechanych przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp przy wyborze oferty wykonawcy DROG-BUD, jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu.

Zamawiający wartość zamówienia będącego przedmiotem postępowania określił w protokole postępowania niezgodnie z art.32 ust. 4 P.z.p. i § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458). Zaniechał przy tym wskazania w protokole, że zamówienie będące przedmiotem postępowania jest zamówieniem udzielanym w częściach, i podaniu w tym protokole wartości zamówienia będącego przedmiotem postępowania, która jest niższa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, jako wartości zamówienia, którego zamówienie będące przedmiotem postępowania jest częścią. W konsekwencji Odwołujący aż do otrzymania w dniu 29 lipca 2015 r. pisma zamawiającego znak WP.3211.16.2015 z dnia 29 lipca 2015 r., z którego wynikało, że wartość zamówienia będącego przedmiotem postępowania, ustalona zgodnie z zasadami określonymi w art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, jest wyższa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp pozostawał w błędnym przekonaniu, że wartość ta jest niższa od rzeczonych kwot i wobec tego nie przysługuje mu w świetle art. 180 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie od podjętej przez zamawiającego czynności wyboru oferty wykonawcy DROG-BUD, jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu. Tym samym Zamawiający wprowadził odwołującego w błąd co do możliwości skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej, przez co naruszył przepisy art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 4 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku

wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe wezwanie wykonawca DROG-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Lubojenka, zwany dalej „wykonawcą DROG – BUD”, otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 7 sierpnia 2015 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca DROG-BUD zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

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 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust 3 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp a w konsekwencji także przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający podał, iż „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki zawarte w art. 22 ust. 1 i nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp oraz spełniają poniższe warunki. (...)

4.2. OSOBY ZDOLNE DO WYKONANIA ZAMÓWIENIA

Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków.

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że dysponuje osobami, którym zostanie powierzone wykonanie niniejszego zamówienia na stanowiskach wymienionych poniżej: (...)

d) kierownik robót elektrycznych (sieć elektroenergetyczna) posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi i doświadczenie minimum 3 lata – 1 osoba

e) kierownik robót telekomunikacyjnych (sieć telekomunikacji przewodowej) posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi i doświadczenie minimum 3 lata – 1 osoba (...).”

Odwołujący w załączeniu do oferty złożył „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” (str. 33 oferty), w którym wskazał: na stanowisko kierownika robót elektrycznych P. O. (poz. 4 wykazu) a na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych A. S. (poz. 5 wykazu).

Pismem z dnia 3 lipca 2015 r. wykonawca DROG-BUD powiadomił zamawiającego m.in. o tym, że według jego wiedzy P. O. oraz A. S. wskazani, odpowiednio, na stanowiska kierownika robót elektrycznych oraz kierownika robót telekomunikacyjnych nie wyrazili zgody na uczestniczenie w realizacji zamówienia dla konsorcjum ADAC-LEWAR Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. oraz A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych A. B. na przedmiotowym zadaniu. Osoby te są pracownikami firmy OMEGA – ELEKTRO J. O., która to firma złożyła zobowiązanie do oddania do dyspozycji DROG – BUD przy realizacji przedmiotowego zadania obu tych osób, co potwierdza zobowiązanie dołączone do jego oferty. Złożył także zapewnienie z firmy OMEGA – ELEKTRO J. O., iż firma ta nie udostępniała osób P. O. oraz A. S. do dysponowania przez konsorcjum.

Zamawiający, pismami z dnia 9 lipca 2015 r., zwrócił się do P. O. oraz A. S. z prośbą o podanie informacji czy udostępnił swoje zasoby konsorcjum, w szczególności podpisując zobowiązanie do oddania do dyspozycji swojej osoby, odpowiednio, jako kierownika robót elektrycznych oraz kierownika robót telekomunikacyjnych lub też czy nie łączy ich jakaś umowa cywilno-prawna, dzięki której konsorcjum mogło w swojej ofercie oświadczyć, że wskazana osoba jest w jego dyspozycji.

P. O. oświadczył, w piśmie z dnia 14 lipca 2015 r., iż nie udostępnił swoich zasobów konsorcjum, którego liderem jest ADAC – LEWAR sp. z o.o. i nie łączy go z nim umowa cywilno – prawna w tym zakresie.

A. S. oświadczył, w piśmie z dnia 14 lipca 2015 r., iż nie udostępnił swoich zasobów konsorcjum, którego liderem jest ADAC – LEWAR sp. z o.o. i nie łączy go z nim umowa cywilno – prawna w tym zakresie.

Zamawiający, pismem z dnia 13 lipca 2015 r., zwrócił się do firmy OMEGA – ELEKTRO J. O. z prośbą o podanie informacji czy podmiot udostępnił swoje zasoby konsorcjum, w szczególności podpisując zobowiązanie do oddania do dyspozycji P. O. i A. S., odpowiednio, jako kierownika robót elektrycznych oraz kierownika robót telekomunikacyjnych odrębnie dla któregoś z członków konsorcjum.

J. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą OMEGA – ELEKTRO J. O. oświadczył w piśmie z dnia 14 lipca 2015 r., iż nie udostępnił swoich zasobów żadnemu z członków konsorcjum, którego liderem jest ADAC – LEWAR sp. z o.o.

Zamawiający, pismem z dnia 16 lipca 2015 r. zwrócił się do konsorcjum, którego liderem jest ADAC – LEWAR sp. z o.o. o podanie na jakiej zasadzie dysponuje osobami P. O. i A. S., zgodnie ze złożonym oświadczeniem..

Odwołujący, pismem z dnia 20 lipca 2015 r., wyjaśnił m.in., iż przed złożeniem oferty, w dniu 10 czerwca 2015 r., zawarł z P. O. i A. S. umowę w formie ustnej, mocą której:

1. P. O. i A. S. zobowiązali się do pełnienia funkcji, odpowiednio, kierownika robót elektrycznych i kierownika robót telekomunikacyjnych objętych zamówieniem będącym przedmiotem postępowania w razie udzielenia tego zamówienia konsorcjum
2. strony ustaliły, że umowie tej nadadzą formę pisemną w terminie późniejszym.

W dniu 31 lipca 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Dla wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp koniecznym jest stwierdzenie, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje i informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a ponadto wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Za nieprawdziwą informację należy uznać taką informację, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości i w tym stanie faktycznym taka sytuacja ma miejsce. Złożony przez odwołującego wykaz osób zawiera bowiem informację, z której wynika, że dysponuje on osobami P. O. i A. S., mimo, że faktycznie nimi nie dysponował. Taki stan rzeczy wynika bowiem z oświadczeń tych osób, jak i pisemnego oświadczenia złożonego przez ich pracodawcę J. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą OMEGA ELEKTRO inż. J. O. z siedzibą w Opolu. Obaj wskazani przez odwołującego w wykazie osób oświadczyli, składając w tym celu zamawiającemu pisemne oświadczenia z dnia 14 lipca 2015 r., że nie udostępnił swoich zasobów konsorcjum, którego liderem jest ADAC LEWAR Sp. z o.o. i nie łączy ich umowa cywilno – prawna w tym zakresie. Natomiast odwołujący nie przedstawił żadnego dokumentu, z którego to udostępnienie w postaci własnego zasobu by wynikało. Odwoływał się tylko do ustnej umowy

cywilnoprawnej zawartej przez partnera konsorcjum, tj. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu z osobami P. O. i A. S., mocą której osoby te zobowiązały się do pełnienia funkcji, odpowiednio, kierownika robót elektrycznych i kierownika robót telekomunikacyjnych przy wykonywaniu zamówienia będącego przedmiotem tego postępowania. Umowę tę (ustną) zawarł – jak wynika z zeznań świadka Pana R. B. prokurenta Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie – Koźlu – P. O., działając w imieniu własnym i A. S., przy czym żadne pełnomocnictwo tego ostatniego nie zostało mu okazane. Zawieranie tego typu umów w formie ustnej a więc bez zachowania formy pisemnej było praktyką w jego firmie. Najpierw zawierano umowy ustne a dopiero po uzyskaniu zamówienia potwierdzano je na piśmie. Niemniej jednak w tym konkretnym stanie faktycznym ani P. O., ani też A. S. okoliczności tej nie potwierdzili. Przeciwnie – jak wynika z zeznań Pana R. B. – odmówili oni potwierdzenia zawarcia ustnej umowy, składając na piśmie oświadczenia przeciwne. Oświadczenia te są jednoznaczne. Wprost z nich wynika, że nie udostępniali swoich zasobów konsorcjum, którego liderem jest ADAC LEWAR Sp. z o.o. i nie łączy ich umowa cywilno – prawna w tym zakresie. Brak jest więc jakiegokolwiek dowodu ich zawarcia. Faktu tego (zawarcia ustnej umowy) nie potwierdza także złożona przez odwołującego umowa z dnia 8 czerwca 2015 r.. Nie wynika z niej bowiem ani to, że jest potwierdzeniem wcześniej zawartej umowy ustnej, ani też, że została zawarta dopiero w dniu 16 lipca 2015 r.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, a jedną z jego naczelných zasad jest pisemność postępowania. Dlatego też fakt udostępnienia własnych zasobów powinien być stwierdzony pismem. Tymczasem w tym stanie faktycznym nie doszło do zawarcia umowy w formie pisemnej. Nie doszło także do zawarcia umowy w formie ustnej. Niemniej jednak, nawet gdyby do zawarcia takiej umowy doszło, jednak faktu tego odwołujący nie wykazał, to umowa w formie ustnej nie może stanowić dowodu na dysponowanie przez odwołującego określonymi osobami, w tym przypadku osobami zdolnymi do wykonywania zadań na stanowisku kierownika robót elektrycznych i kierownika robót telekomunikacyjnych. W takim przypadku nie jest bowiem możliwe zweryfikowanie faktu rzeczywistego dysponowania tymi osobami.

Izba uznała również, że odwołujący nie dołożył należytej staranności, wypełniając wykaz osób i składając zamawiającemu informację o dysponowaniu osobami P. O. i A. S. . W dacie składania tego wykazu nie posiadał bowiem pisemnego oświadczenia tych osób. Odwołujący, będąc profesjonalistą nie może powoływać się na to, że posiadał ustne zapewnienia tych osób. W postępowaniach o udzielenie zamówienia biorą udział profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego, którzy powinni przykładać szczególną uwagę w dbałości o własne interesy. Skoro więc odwołujący posiadał pisemne zobowiązania innych podmiotów to z ich potencjału powinien skorzystać, wykazując spełnienie warunku

udziału w postępowaniu. Jeśli zaś korzystał z udostępnienia swego zasobu przez wskazane w wykazie osoby, to powinien był zadbać o swoje interesy, doprowadzając do podpisania stosownych umów. A ponieważ „art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy klasycznej, (...) nie zawęża postaci winy wyłącznie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Nie ma zatem podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku niedbalstwa wykonawcy” (wyrok KIO z dnia 11 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 177/15), tym samym odwołującemu, w tym konkretnym stanie faktyczny, można przypisać co najmniej niedbalstwo.

Reasumując stwierdzić należy, że podane przez odwołującego informacje, co jest niewątpliwe, miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 32 ust. 4 ustawy Pzp i § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający na stronie 1 „Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego” (DRUK ZP-PN), punkt 2 „Przedmiot zamówienia”, podpunkt 2 „Wartość” podał „została ustalona na kwotę 10.760.911,13 PLN netto, co stanowi równowartość 2.547.021,50 EURO, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających została ustalona na kwotę 978.264,65 PLN, co stanowi równowartość 231.547,41 EURO”.

Zamawiający nie wypełnił przy tym rubryki „jest to zamówienie udzielane w częściach, a wartość udzielanego zamówienia została ustalona na kwotę ... zł, co stanowi równowartość ... euro”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Z treści protokołu postępowania nie wynika, że przedmiotowe postępowanie jest częścią dużego zamówienia. Przeciwnie treść protokołu jednoznacznie wskazuje na to, że to postępowanie jest postępowaniem o wartości niższej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Tymczasem – zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp – jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Tak więc w treści kwestionowanego protokołu taka informacja powinna się znaleźć. To zamówienie – jak oświadczył zamawiający na rozprawie - stanowi część dużego zamówienia. Zamawiający dla każdej z części zamówienia ustalił wartość zamówienia i po zsumowaniu tych wartości (wartości dla poszczególnych części) prowadzi postępowanie - zgodnie z przepisami właściwymi dla całości zamówienia - w odniesieniu do każdej z części zamówienia. Wartość całego zamówienia determinowała więc konieczność przeprowadzenia postępowania zgodnie z przepisami dotyczącymi

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. W takim też trybie przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż wskazany brak uniemożliwił mu skorzystanie w pełnym zakresie ze środków ochrony prawnej. Z treści SIWZ (rozdział 24 „Pouczenie o środkach ochrony prawnej”, pkt 24.7.) jednoznacznie bowiem wynika, że „odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób”, a więc, że to postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Postanowienie to wprost podaje terminy na wniesienie odwołania, właściwe dla postępowań powyżej, tzw. progów unijnych.

Okoliczność ta, tj. charakter i wartość zamówienia wynikała niewątpliwie – jak słusznie podniósł zamawiający – nie tylko z ww. postanowienia SIWZ (24.7.), ale także z szeregu innych postanowień, np. dotyczących okresu związania ofertą i okresu ważności wadium (rozdział 13 i 14 SIWZ), a przede wszystkim miejsca publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Publikacja ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej jest informacją wskazującą na to, że postępowanie, którego ogłoszenie dotyczy jest postępowanie powyżej, tzw. progów unijnych. Odwołujący nie mógł więc nie zdawać sobie sprawy w jakim postępowaniu ubiega się o udzielenie zamówienia. To, że zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o potwierdzenie w jakim trybie to postępowanie się toczy dopiero w dniu 24 lipca 2015 r. świadczy raczej o braku staranności skoro dopiero na tym etapie postępowania (po dokonaniu badania i oceny ofert), mimo jednoznacznych postanowień SIWZ, jak i ogłoszenia o zamówieniu, takie wątpliwości powziął. Dowodu na to, że wskazane w odwołaniu zapisy protokołu wprowadzały wykonawców w błąd, nie stanowi pismo jednego z wykonawców ubiegających się także o udzielenie tego zamówienia, tj. Przedsiębiorstwa Drogowego „TRAKT” J. Ż., A. S., K. B. spółka jawna z siedzibą w Kluczborku. Pismo to opatrzone jest datą „28.07.2025 r.” i jest informacją o zauważonych przez wykonawcę nieprawidłowościach, co więcej opartą na błędnych podstawach prawnych („art. 81 ust. 1 ustawy Pzp”) i sporządzoną w sposób sprzeczny z rozdziałem SIWZ dotyczącym wnoszenia środków ochrony prawnej, gdzie wprost podano terminy na wniesienie odwołania, właściwe do postępowań powyżej, tzw. progów unijnych. To, że dany wykonawca nie skorzystał z instytucji właściwych dla tego trybu nie może stanowić przesłanki przemawiającej na korzyść odwołującego. Zdarza się bowiem często, że wykonawcy zamiast wnosić odwołanie, także w postępowaniach powyżej, tzw. progów

unijnych, składają wszelkiego rodzaju pisma informujące o błędach zauważonych przez nich w danym postępowaniu, a więc korzystają z instytucji właściwej dla postępowań, tzw. podprogowych. Reasumując Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: