

Sygn. akt V Ca 243/13

00010



**WYROK  
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 10 maja 2013 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący - **SSO Piotr Wojtysiak**  
Sędziowie **SO Joanna Wiśniewska-Sadomska**  
**SO Ewa Cylc (spr.)**

Protokolant **st. sekr. sąd. Małgorzata Andrychowicz**

po rozpoznaniu w dniu **10 maja 2013 r.** w Warszawie

na rozprawie

skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

z udziałem zamawiającego

w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 3 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2793/12

**oddala skargę.**



Na wyżej opisaną sprawę  
Za zgodność

SEKRETARZ SĄDU

Anna Kisiuk

VCa 243/13

### Uzasadnienie

Odwołujący się:

z siedzibą

złożył odwołanie od czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego- w Warszawie o udzielenie zamówienia na ochronę osób i mienia w w Warszawie, w zakresie wszystkich jego części, oferty Nr 2 złożonej przez w oraz i wniósł o nakazanie

Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,
2. wykluczeniu z postępowania, w trybie przewidzianym w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa pzp) w zw. z punktem 2.1 oraz 6.1 i 6.2 Rozdziału VI SIWZ, art. 24 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 154 pkt 5a ustawy,
3. powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że w dniu 7 grudnia 2012 r. Zamawiający przedstawił, informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zamawiający w Rozdziale VI w pkt. 6.1 SIWZ określił, iż jeżeli Wykonawca zgodnie z art. 26 ust. 2 b ustawy pzp będzie polegał na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów... zobowiązany jest do... przedstawienia pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie w pkt 6.2 zażądał, aby Wykonawca w odniesieniu do tych podmiotów przedstawił dokumenty wymienione w pkt 2 rozdziału VI tj. m.in. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia. Zobowiązanie w trybie art. 26 ust. 2b ustawy pzp., o którym mowa w pkt. 6.1 SIWZ w ofercie w oraz . przedstawił . podlegający wykluczeniu na podstawie art. 24. Ust. 1 pkt 1 w związku z art. 154 pkt 5a ustawy pzp.

Zdaniem odwołującego w postępowaniu została wybrana oferta podmiotu, który nie spełnia wymagań określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z punktem 2.1 oraz 6.1 i 6.2 VI rozdziału SIWZ. W związku z tym niedopuszczalny był wybór oferty tego podmiotu jako oferty najkorzystniejszej, ponieważ podmiot ten nie spełniał wymagań określonych w przetargu.

Zamawiający uznał, iż podmiot, którego oferty wybrano spełnia wymogi, ponieważ niejako posiłkuje się doświadczeniem, wymaganym w SIWZ, posiadanym przez podmiot, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 154 pkt 5a ustawy pzp. Podmiotem tym jest

W ocenie odwołującego Zamawiający dopuścił do usankcjonowania ewidentnej próby obejścia prawa. Przyjęcie, iż postępowanie Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym jest prawidłowe powoduje, że regulacje ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące eliminacji z postępowań podmiotów, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp są praktycznie „martwe”, ponieważ podmiot taki może w każdej chwili założyć spółkę zależną, niepodlegającą wykluczeniu na podstawie tego przepisu, a jeśli będą takiej spółce potrzebne określone kwestie, których ona nie spełnia (tak jak w przedmiotowym przetargu) to wystarczy oświadczyć, że podmiot podlegający wykluczeniu „wspomoże” ją w określonym, potrzebnym według SIWZ, zakresie. Należy zauważyć, że podmiot, którego oferty zostały wybrane nie spełnia wymogów postępowania, a wymogi te „uzupełnia” podmiot nie mogący brać udziału w postępowaniu przetargowym. W przedmiotowej sprawie Odwołujący wskazał, że oświadczeniem

. praktycznie potwierdził, że zmierza do ominięcia prawa, a . występuje w postępowaniu tylko dlatego, że nie jest podmiotem podlegającym wykluczeniu z przetargu, nie mając praktycznych możliwości wykonać zamówienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na możliwość polegania na zasobach innych podmiotów wynikającą z treści przepisu art. 26 ust. 2b ustawy pzp i wymóg udowodnienia dysponowania takimi zasobami. Zamawiający powołał także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów /.../ oraz postanowienia rozdziału VI siwz i stwierdził, że podmiot udostępniający zasoby

. nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, co wynika wprost z treści zobowiązania tego podmiotu. W związku z powyższym zamawiający stoi na stanowisku, że nie miał prawa wykluczyć z postępowania

sp. k. Stwierdził, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp z uwagi na restrykcyjny charakter podlega ścisłej interpretacji i nie dotyczy podmiotów trzecich, które nie będą uczestniczyć w realizacji zamówienia. Zauważył także, że wykaz wykonawców, o którym mowa w art. 154 pkt 5a ustawy pzp, prowadzony przez Prezesa UZP, ma charakter wyłącznie informacyjny, natomiast odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie stanowiska i jedynie powołał się na treść powyższego wykazu.

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

**Wyrokiem z dnia z dnia 3 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2793/12 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie .**

Krajowa Izba Odwoławcza uznała zarzuty i żądania odwołania za niezasadne zważyła, że wybrany wykonawca na potwierdzenie spełnienia wymaganego warunku udziału w postępowaniu skorzystał z możliwości przewidzianej w art. 26 ust. 2 b ustawy pzp i przedstawił pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego i osób na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W zobowiązaniu tym (pismo Solid Security Sp. z o.o. z dnia 29 listopada 2012 r. załączone do oferty) wystawca oświadczył, że spółka nie będzie brała udziału w realizacji zamówienia. Z treści oferty (pkt 4 wypełnionego formularza ofertowego) wynika ponadto, że konsorcjum przystępującego nie będzie korzystał z podwykonawców. Za niesporne uznano także, że podmiot udostępniający zasoby jest wymieniony w wykazie wykonawców prowadzonym przez Prezesa UZP na podstawie art. 154 pkt 5a ustawy pzp. Jak wynika z wyjaśnień na stronie internetowej UZP umieszczenie danego wykonawcy w wykazie, o którym mowa w ma charakter informacyjny i jedynie potwierdza, że zachodzi w stosunku do wykonawcy podstawa wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, (<http://www.uzp.gov.pl>). Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. W rozpatrywanym postępowaniu nie wziął udziału wykonawca ujawniony w wykazie. KIO zwróciła też uwagę na fakt, że wykaz dotyczy wykonawców, a więc podmiotów zdefiniowanych w art. 2 pkt 11 ustawy pzp, a w niniejszym postępowaniu podmiotowi udostępniającymi zasoby, nie można przypisać statusu wykonawcy. Już z tego względu zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego nie jest zasadny.

Izba nie podzieliła też stanowiska odwołującego o obejściu prawa i zaniechaniu zastosowania w stosunku do przystępującego czynności wykluczenia go z postępowania. Uznała bowiem, że postępowaniu Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym nie można zarzucić naruszenia przepisów ustawy pzp. Twierdzenia odwołującego o ewentualności zakładania przez podmioty podlegające wykluczeniu, podmiotu zależnego, niepodlegającego wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 są interesujące i nie można wykluczyć takiej sytuacji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w oparciu o obowiązujące przepisy, jednakże w rozpatrywanym stanie

faktycznym taka sytuacja nie zaistniała. W szczególności spółki przystępującego nie zostały założone w czasie i w związku z umieszczeniem podmiotu udostępniającego w wykazie, o którym wyżej mowa. Trudno też kwestionować powołaną wcześniej treść pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. W obrocie gospodarczym, w tym w zakresie wykonywania umów w sprawach zamówień publicznych znana jest praktyka udostępniania zasobów bez bezpośredniego uczestnictwa podmiotu udostępniającego w realizacji całości lub części zamówienia.

**Na powyższy wyrok skargę wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych.**

Zarzucił orzeczeniu naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.art. 26 ust. 2b ustawy pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że z zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia publicznego zasób wiedzy i doświadczenia nie musi wynikać zapewnienie bezpośredniego, rzeczywistego uczestnictwa tego podmiotu w realizacji całości lub części zamówienia, podczas gdy z treści art. 26 ust. 2b ustawy pzp wynika, iż dla skutecznego wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na realny udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia publicznego.

Wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania oraz rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego i jednocześnie nie obciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102)

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga pozbawiona jest uzasadnionych podstaw prawnych.

Zdaniem Sądu Okręgowego argumentacja zawarta w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia zasługuje na aprobatę

Przed wszystkim należy stwierdzić, że skarga oparta jest na błędnej interpretacji art. 26 ust 2b p.z.p. Przepis ten przewiduje, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji 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 na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

W ocenie Sądu Okręgowego postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wysoce sformalizowany co skutkować musi literalną niemal wykładnią przepisów prawa zamówień publicznych . Z treści przywołanego wyżej przepisu

nie wynika, aby podmiot udostępniający zasoby wykonawcy musiał osobiście uczestniczyć w realizacji zamówienia.

Nie budzi wątpliwości, że wykonawcę i podmiot trzeci może łączyć stosunek o dowolnym charakterze prawnym, a zatem może to być także taki stosunek, z którego nie wynika dla podmiotu udostępniającego obowiązek udziału w realizacji zamówienia. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą do udostępnienia potencjału jest stosunek prawny pomiędzy wykonawcą a tym podmiotem, przy czym ustawa nie stawia żadnych ograniczeń czy wymogów wobec tego stosunku. Podmiot taki może więc być podwykonawcą wykonawcy, mogą wiązać go stosunki korporacyjne (np. spółka matka udostępnia swój potencjał finansowy spółce córce) lub umowy cywilnoprawne (np. najmu sprzętu). Wykonawca może więc wykazać w procedurze oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, że dysponuje lub będzie dysponował zasobami innego podmiotu w zakresie m.in.: potencjału technicznego czy osób zdolnych do wykonania zamówienia - w zespole wykonawcy znajdują się osoby, które udostępnia mu inny podmiot( vide wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lutego 2011r V Ca 3036/10)

Istotne znaczenie ma zatem fakt, iż **podmiot udostępniający swój potencjał w postępowaniu nie jest wykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy prawo zamówień publicznych**. Słusznie wskazała więc KIO, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p. nie dotyczy podmiotów trzecich, które nie będą uczestniczyć w realizacji zamówienia i ma zastosowanie jedynie do wykonawców.

W tym stanie rzeczy skoro wykaz prowadzony przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 154 pkt 5a ustawy pzp. dotyczy jedynie wykonawców, a więc podmiotów zdefiniowanych w art. 2 pkt 11 ustawy pzp, a w niniejszym postępowaniu podmiotowi udostępniającymi zasoby nie można przypisać statusu wykonawcy to już z tego powodu zarzut zaniechania wykluczenia :

. nie jest zasadny.

Z tych wszystkich względów na podstawie art. 198f ust. 2 pzp orzeczono jak w sentencji. O kosztach rozstrzygnięto na podstawie art. 98 § 1, 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198a ust. 2 pzp



Na oryginalne właściwe podpis  
Zgodność  
SECRETARZ SĄDOWY

Anna Misiuk