



*T20
02.03.2011
11.11.11*



L.Dz. Con-Kr/475/2011

Kraków, dnia 17.03.2011

Krakowski Holding Komunalny S.A.
w Krakowie
ul. J. Brożka 3, 30-347 Kraków

Dnia: **2011 -03- 17**

Wpłynęło

L. dz. **218** Ilość załączników

Sz. P. Klaudia Szczytowska - Maziarz
Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17 a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

SOCOTEC POLSKA Sp. z o.o.

Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa

Tel. 22 314 50 50

Fax 22 314 66 49

e-mail: socotec@socotec.pl oraz adam.bieniek@socotec.pl

Zamawiający:

Krakowski Holding Komunalny Spółka Akcyjna w Krakowie

ul. Jana Brożka 3, 30-347 Kraków

Tel. 12 269 15 05

Fax 12 269 15 10

e-mail: biuro@khk.krakow.pl

Przystępujący :

EKO - KONSULTING - PROJEKT „CONSEKO - BBM - DESIGN” S.A.

ul. Wiedeńska 114, 30-147 Kraków

Tel. 12 636 71 33

Fax 12 636 73 12 w. 11

e-mail: biuro@conseko.pl

Dotyczy:

Odwołania wniesionego w dniu 11.03.2011 roku w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego; Kontrakt nr 5 Pomoc techniczna dla jednostki realizującej projekt dla projektu pn.; „Program gospodarki odpadami komunalnymi w Krakowie” numer referencyjny nadany sprawie przez instytucję zamawiającą TZ/9/2010.

**PRZYSTĄPIENIE DO POSTĘPOWANIA
TOCZĄCEGO SIĘ W WYNIKU WNIESIENIA ODWOŁANIA**

Działając w imieniu Przystępującego - EKO-KONSULTING-PROJEKT "CONSEKO-BBM-DESIGN" S.A., na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku

Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm. – dalej jako ustawa pzp),

**zglaszam przystąpienie po stronie Zamawiającego
do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania
przez Odwołującego-
SOCOTEC POLSKA Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa**

i wnoszę o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów:

- **zaniechania czynności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału przez wykonawców składających wniosek nr 9,**
- **zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców składających wniosek nr 9,**
- **bezpodstawne zaproszenia do złożenia oferty wykonawców składających wniosek nr 9,**

z uwagi na bezzasadność oraz błędne sformułowanie w/w zarzutów.

Przystępujący, jako Wykonawca, którego wniosek przeszedł pomyślnie weryfikację w zakresie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu a co za tym idzie został zaproszony przez Zamawiającego do składania ofert, posiada **interes prawny** we wnioskowanym rozstrzygnięciu odwołania, a tym samym w utrzymaniu w mocy decyzji Zamawiającego o zaproszeniu Wykonawcy EKO-KONSULTING-PROJEKT "CONSEKO-BBM-DESIGN" S.A. do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu.

W dniu 14.03.2011 roku, w wyniku informacji przekazanej przez Zamawiającego, Przystępujący powziął wiadomość o wniesieniu przez Odwołującego odwołania m.in. na czynność zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawców składających wniosek nr 9 z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz na czynność bezpodstawnego zaproszenia wykonawców składających wniosek nr 9 do składania ofert w niniejszym postępowaniu.

Na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy pzp, Przystępujący może w terminie 3 dni od dnia otrzymania informacji o wniesieniu odwołania, przyłączyć się do postępowania toczącego się w wyniku jego wniesienia, tak więc zgodnie z zasadami obliczania terminów, wynikającymi z Kodeksu cywilnego, przystąpienie niniejsze należy uznać za wniesione w terminie.

I. W odniesieniu do zarzutów podniesionych przez Odwołującego, stwierdzamy ich bezzasadność, z uwagi na niżej wymienione okoliczności:

W odniesieniu do zarzutu nie uzupełnienia przez wykonawcę dokumentów potwierdzających odpowiednio, że w stosunku do firmy SAFEGE S.A. nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono jego upadłości, nie zalega z uiszczeniem podatków, opłat składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Zgodnie z brzmieniem pkt C sekcja III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu „Wykonawca może polegać na 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.”

Z kolei w przypadku gdy wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu polega na zdolnościach finansowych innych podmiotów, jednak podmiot udostępniający swoje zasoby finansowe nie będzie brał udziału w wykonaniu zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest jedynie do przedłożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których dany podmiot posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (§ 1 ust 3 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 z 2009 roku), z tak sprecyzowaną normą prawa korespondują zapisy pkt E sekcji III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu.

Zgodnie z powyższym Przystępujący we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zawarł oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby finansowe na okres wykonania niniejszego zamówienia (oświadczenie spółki SAFEGE S.A. – str. 70 wniosku) jak również załączył stosowne dokumenty poświadczające umocowanie osób składających niniejsze oświadczenie do składania oświadczeń w imieniu i na rzecz SAFEGE S.A. (pełnomocnictwo udzielone przez dyrektora generalnego spółki SAFEGE S.A. – str. 71 wniosku, odpis z rejestru handlowego spółek sporządzony dla SAFEGE S.A. wraz z tłumaczeniem na język polski – str. 72 do 82 wniosku). Dokumenty niniejsze miały poświadczać, jak już wspomniano, prawidłowe umocowanie do działania w imieniu podmiotu oddającego do korzystania zasoby finansowe Przystępującemu tj. EKO – KONSULTING – PROJEKT „CONSEKO – BBM – DESIGN” S.A

Załączenie tych dokumentów do wniosku nr 9 złożonego przez Przystępującego w żadnej mierze nie uzasadnia twierdzenia jakoby podmiot EKO – KONSULTING – PROJEKT „CONSEKO – BBM – DESIGN” S.A oraz podmiot SAFEGE S.A. występowały wspólnie po stronie wykonawcy w niniejszym postępowaniu lub podmiot SAFEGE S.A. miałaby realizować część zamówienia. Tylko w takich sytuacjach tj. wspólnego ubiegania się o realizację zamówienia albo uczestniczenia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby finansowe w realizacji zamówienia, uzasadnionym jest żądanie m.in. dokumentów

potwierdzających że wobec danego podmiotu nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono jego upadłości, nie zalega z uiszczeniem podatków, opłat składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

W oświadczeniu złożonym przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego z dnia 11.02.2011 roku w odniesieniu do kwestii określenia czy podmiot SAFEGE S.A. będzie brał udział w realizacji zamówienia, w dniu 16.02.2011 roku, Przystępujący jednoznacznie wskazał, iż spółka SAFEGE S.A. nie będzie brała udziału w realizacji zamówienia. Dołączenie dokumentów statutowych spółki miało na celu jedynie wykazanie powiązań formalnych pomiędzy podmiotami i zostało dokonane z czystej ostrożności, jak również w celu wyjaśnienia wszelkich okoliczności rzutuujących na powiązania obu podmiotów, bowiem w doktrynie podkreśla się, iż „Dysponowanie wymienionymi w przepisie art. 26 ust. 2b p.z.p. zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu oraz czy podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście je posiada. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego przez zamawiającego.” (wyrok KIO z dnia z dnia 7 września 2010 r. sygn. akt.: KIO/UZP 1807/10).

Dążenie przez Przystępującego do udzielenia Zamawiającemu klarownych Informacji rzutuujących na sposób pozyskania udostępnianych przez podmiot trzeci zasobów finansowych, w żaden sposób nie uprawnia do traktowania obu podmiotów jako wykonawców wspólnie występujących w niniejszym postępowaniu, co za tym idzie wysnuwania zarzutów o brakach formalnych złożonego przez Przystępującego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w dalszej kolejności formułowania zarzutów o zaniechaniu czynności wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego formułowanie twierdzenia jakoby wniosek nr 9 został złożony przez dwóch wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców, na co wskazują sformułowania użyte w zarzutach, gdzie Odwołujący wskazuje na „wykonawców składających wniosek nr 9” a nie wykonawcę składającego wniosek nr 9, jest zupełnie nieuzasadnione i jako takie stanowi o bezpodstawności i błędnym sformułowaniu wniesionych w odwołaniu zarzutów.

II. W odniesieniu do zarzutu braku dokumentów podmiotów udostępniających osoby wskazane we wniosku Przystępującego jako osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, Przystępujący wskazuje co następuje;

Zgodnie z pkt C i D sekcja III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wskazał, iż „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia 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." (pkt C) oraz w określonych okolicznościach tj. w sytuacji gdy „(...) wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 u.p.z.p., polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w pkt C, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia (...)” zamawiający żądał przedstawienia dokumentów wymaganych od wykonawcy potwierdzających złożenie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia (pkt D). Powyższe wymagania ujęte w ogłoszeniu o zamówieniu korespondują z normą wyrażoną w § 1 ust 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) stanowiącą; „Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2.”

W świetle przywołanego brzmienia § 1 ust. 2 rozporządzenia podkreślić należy, iż przepis ten znajduje zastosowanie w przypadku ziszczenia się dwóch następujących warunków. Po pierwsze wymagane jest, aby wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polegał na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Po drugie wymagane jest, aby podmioty te brały udział w realizacji części zamówienia. Przy czym, co szczególnie istotne, warunki te muszą być spełnione kumulatywnie. Tak więc obowiązek złożenia wymaganych dokumentów może dotyczyć tylko i wyłącznie sytuacji, w której wykonawca wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach podmiotów trzecich oraz gdy z okoliczności wynika, iż dla wykazania dysponowania zasobami niezbędnymi dla realizacji zamówienia konieczny jest udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. W innym przypadku, mianowicie wtedy, gdy podmiot udostępniający zasoby nie będzie brał udziału w realizacji przynajmniej części zamówienia żądanie wzmiankowanych dokumentów od podmiotu trzeciego jest działaniem sprzecznym z prawem.

W tym miejscu należy podkreślić, iż w myśl normy art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Jednocześnie ustawa pzp nie zastrzega żadnej szczególnej formy prawnej dla pojęcia „dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia”. Istotnym jest zatem to, czy dany wykonawca ma gwarancję, że dana osoba może świadczyć określone usługi na jego rzecz. Swego rodzaju gwarancją są oświadczenia złożone przez osoby fizyczne o gotowości realizacji określonych usług w przypadku uzyskania przez wykonawcę zamówienia do realizacji. Tak więc o tym, czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a tymi osobami (osobą).

W przypadkach, gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobami, na dysponowanie którymi wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Przy czym bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. czy mamy tu do czynienia przykładowo z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną, czy też z samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą itd.

(vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2009 r. KIO/UZP 766/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2009 r. KIO/UZP 639/09; KIO/UZP 659/09).

Co szczególnie istotne to sam wykonawca ocenia, czy danym potencjałem już dysponuje, czy też dopiero będzie dysponował; „W tym względzie istotny jest również fakt, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku, w przedmiocie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający może żądać jedynie wykazu osób lub pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia tych osób na podstawie § 1 ust. 2 pkt 5 i 5a powołwanego rozporządzenia. Zakres oświadczeń składanych na tę okoliczność określa sam wykonawca. Wykonawca bowiem ocenia, którymi osobami dysponuje, a które pozostają w dyspozycji innych osób i którymi może się co prawda posłużyć w celu potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku, ale w stosunku do których powinien złożyć zobowiązanie. Zakwestionowanie faktu dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest możliwe poprzez przedstawienie dowodu przeciwnego do oświadczenia złożonego przez wykonawcę” (wyrok KIO z dnia 20 marca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 277/09).

Mając na uwadze powyższe podkreślić należy, iż warunkami uzasadniającymi trafność sformułowanego zarzutu Odwołującego było by wykazanie, że co najmniej:

- nie istnieje żadna więź prawna stanowiąca o możliwości bezpośredniego dysponowania przez wykonawcę (przystępującego) osobami wskazanymi we wniosku przystępującego jako osoby zdolne do wykonania zamówienia.
- oświadczenia niniejsze nie mogły zostać złożone przez osoby fizyczne a jedynie przez podmioty dysponujące w sposób władczy wiedzą i doświadczeniem tych osób,
- osoby trzecie będą brały czynny udział w realizacji niniejszego zamówienia.

Żadna z powyżej powołanych okoliczności nie została wykazana przez odwołującego, który opierając się o nagłówki zawarte w oświadczeniach załączonych do wniosku Przystępującego, pomijając treść tych oświadczeń, ograniczył się do stwierdzenia, iż osób fizycznych nie można traktować jako podmioty, wobec czego twierdzenia o istnieniu więzi pośredniej pomiędzy wykonawcą – Przystępującym a osobami zdolnymi do wykonania zamówienia są uzasadnione w związku z czym konieczne jest przedstawienie dokumentów podmiotów trzecich dysponujących osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W tym miejscu Przystępujący podkreśla, iż dla interpretacji znaczenia przedłożonych wraz z wnioskiem oświadczeń osób zdolnych do wykonania zamówienia istotna jest ich treść a nie tytuł czy nagłówek dokumentu. Przystępujący zwraca uwagę, iż złożone oświadczenia należy odczytywać jako oświadczenia osób fizycznych, które zobowiązują się, w przypadku powierzenia Przystępującemu do realizacji niniejszego zamówienia, świadczyć określone usługi w toku realizacji zamówienia, wykorzystując przy tym swą wiedzę i doświadczenie. Osoby składające niniejsze oświadczenia zobowiązały się do udostępnienia swych zasobów na rzecz Przystępującego we własnym imieniu, z tego też względu nie można odczytywać niniejszych oświadczeń jako oświadczeń złożonych przez podmioty zewnętrzne dysponujące tymi osobami, z którymi wiąże je stosunek zależności



uzasadniający; istnienie pośredniej więzi pomiędzy tymi osobami a Przystępującym oraz żądanie złożenia dodatkowych oświadczeń podmiotów trzecich.

Biorąc pod uwagę powyższe, wnosimy jak na wstępie.

Kopia niniejszego przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu, co zostało potwierdzone w załącznikach do niniejszego przystąpienia.

Z poważaniem

Dominika Poprawska-Brudziana

V - ca Prezes Zarządu

Ludwik Bernacki

Prezes Zarządu

Załączniki:

1. Aktualny odpis z KRS.
2. Dowód przekazania kopii Przystąpienia Zamawiającemu oraz Odwołującemu.