

Sygn. akt: KIO/UZP 686/08

WYROK
z dnia 18 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **P.W. TAKO Sp. z o.o., 42-680 Tarnowskie Góry, ul. Batalionów Chłopskich 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Rejonowy Zakład Infrastruktury, 30-901 Kraków, ul. Mogilska 85** protestu z dnia 19 czerwca 2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie postępowania,

2. kosztami postępowania obciąża Rejonowy Zakład Infrastruktury, 30-901 Kraków, ul. Mogilska 85 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **P.W. TAKO Sp. z o.o., 42-680 Tarnowskie Góry, ul. Batalionów Chłopskich 2,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Rejonowy Zakład Infrastruktury, 30-901 Kraków, ul. Mogilska 85** na rzecz **P.W. TAKO Sp. z o.o.,**

42-680 Tarnowskie Góry, ul. Batalionów Chłopskich 2 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **P.W. TAKO Sp. z o.o., 42-680 Tarnowskie Góry, ul. Batalionów Chłopskich 2.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Mogilska 85 w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest przebudowa bazy paliw i remont zbiorników na olej napędowy i benzynę w kompleksie wojskowym w Niedźwiedziu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą pzp”.

Ogłoszenie o niniejszym postępowaniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12 czerwca 2008 roku pod nr 127038 - 2008.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została udostępniona na stronie internetowej Zamawiającego www.rzikrakow.internetdsl.pl od dnia 12 czerwca 2008 roku.

Pismem z dnia 19 czerwca 2008 roku Odwołujący P.W. TAKO Sp. z o.o. złożył protest na wadliwe, jego zdaniem opracowanie ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu na:

1. ustanowienie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków sprzecznego z art. 22 ust. 2, art. 26 ust. 1 w związku z art. 36 ust. 1 pkt. 5 i 6, oraz art. 41 pkt. 7 ustawy pzp.
2. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób faworyzujący produkt bez dopuszczenia składania ofert równoważnych, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 2, 30 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp.
3. żądanie od wykonawców złożenia wraz z ofertą oświadczeń i dokumentów, które są sprzeczne z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku, w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2006 roku nr 87 poz. 605), co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 2, oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wymaga złożenia wraz z ofertą decyzji administracyjnej odpowiedniego starosty zatwierdzającej plan gospodarowania odpadami, która jest niezbędna do realizacji przedmiotowego zamówienia.

W załączniku nr 5 „Założenia wyjściowe do kosztorysowania” w pkt. 5.3. oraz 5.4. Zamawiający opisał sposób postępowania z odpadami, powołując się przy tym na ustawę z dnia 27.04.2001 roku o odpadach (tj. Dz. U z 2007 roku nr 9 poz. 251 z późn. zm.), i wskazując, że wytwórcą odpadów powstałych w trakcie budowy jest wykonawca. Zgodnie zaś z przepisami ustawy o odpadach na wytwórcy odpadów (wykonawcy robót polegających na czyszczeniu zbiorników), ciąży obowiązek posiadania zatwierdzonego w formie decyzji administracyjnej programu gospodarki odpadami. Zamawiający nie wspomniał jednak w treści specyfikacji i ogłoszeniu o posiadaniu wymienionej decyzji. W ocenie Odwołującego, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp Zamawiający jest zobowiązany do przedstawienia opisu (wszystkich) warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków a uprawnienie do gospodarowania odpadami należy uznać za obowiązkowe.

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części III Sporządzanie Ofert w pkt 6 żąda dołączenia do oferty „aktualnego zaświadczenia z właściwego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne ...”, zaś rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te

dokumenty mogą być składane dopuszcza żądanie tego dokumentu, lecz w zakresie ubezpieczenia zdrowotnego i społecznego.

Podobnie niezgodne z treścią rozporządzenia jest wymaganie określone w pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie Zamawiający żąda aktualnego zaświadczenia z właściwego Urzędu Skarbowego, podczas gdy rozporządzenie dopuszcza żądanie zaświadczenia, lecz wystawionego przez właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego.

W ocenie Odwołującego wskazane uchybienia powodują naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 6, a ponieważ Zamawiający nie może w tym zakresie modyfikować treści specyfikacji chybień te skutkować muszą unieważnieniem postępowania.

Zamawiający pismem z dnia 26 czerwca 2008 roku, doręczonym Odwołującemu tego samego dnia protest w całości oddalił.

Zamawiający wyjaśnił, że nie wymaga na etapie składania ofert posiadania decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami niebezpiecznymi wytwarzanymi w trakcie prowadzonych robót, dopuszcza bowiem opracowanie programu gospodarki odpadami i uzyskanie jego zatwierdzenia w okresie po rozstrzygnięciu przetargu i przed przystąpieniem do robót. W ocenie Zamawiającego takie postępowanie umożliwia udział większej ilości Wykonawców (zwłaszcza, że może być niemożliwe uzyskanie decyzji Wojewody Małopolskiego w terminie złożenia oferty). Jednocześnie Zamawiający, mając na uwadze przestrzeganie przepisów ochrony środowiska zobowiązuje Wykonawcę do ich nienaruszania, co ma odzwierciedlenie w zapisach założeń wyjściowych do kosztorysowania w punkcie nr 5.4.4 oraz w zapisach projektu umowy w punkcie 4 (zał. nr 4 i 5 specyfikacji), które zobowiązują Wykonawcę do przedstawienia dokumentów potwierdzających działanie zgodne z przepisami.

W odniesieniu do zarzutu niezgodnego z przepisami ustawy opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, że zarówno w ogłoszeniu jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia dopuszcza zastosowanie innych – równoważnych (lub lepszych) technologii, spełniających wskazane w dokumentacji parametry i wymagania w stosunku do technologii Tank System.

W zakresie kolejnych uchybień Zamawiający wyjaśnił, że oczywistym jest, że zgodnie z obowiązującymi przepisami zaświadczenie zostanie wydane przez naczelnika właściwego Urzędu Skarbowego, a zatem sformułowanie „zaświadczenie Urzędu Skarbowego” nie ma wpływu na możliwość dostarczenia właściwego zaświadczenia. Wskazanie przez zamawiającego, że żąda zaświadczenia o nie zaleganiu z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne, a nie zdrowotne i społeczne, nie stanowi naruszenia zasady

uczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał także, że żąda od wszystkich wykonawców jednakowych zaświadczeń, zaś omyłka w terminologii i nie wskazanie Naczelnika Urzędu Skarbowego jako organu nie ma wpływu na możliwość nie zrozumienia treści specyfikacji. Zamawiający podniósł również, że nie wystąpił z żądaniem dostarczenia szerszego zakresu zaświadczeń niż wymienione w rozporządzeniu z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 2 lipca 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty zawarte w proteście, odstępując jednocześnie od zarzutu naruszenia art. 29 ust.2 i 30 ust.4 ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i unieważnienie postępowania, ze względu na fakt, iż na podstawie art. 38 ust. 5 ustawy pzp modyfikacja treści specyfikacji nie może dotyczyć warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceniania ich spełnienia, a postępowanie prowadzone ze wskazaną wadą nie może prowadzić do zawarcia ważnej umowy.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, treść ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, zainteresowany udziałem w niniejszym postępowaniu i wskazujący naruszenie przepisów ustawy przez Zamawiającego posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, uprawniający go do złożenia odwołania.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych:

W sekcji III.2 pkt 5 i 6 ogłoszenia o zamówieniu publicznym (Biuletyn Zamówień Publicznych z dnia 12 czerwca 2008 roku, nr 127038 – 2008) informacja o oświadczeniach i

dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz w części III. 5 i 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał od wykonawców przedstawienia wraz z ofertą m.in.:

1. Aktualnego zaświadczenia z właściwego Urzędu Skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem podatków lub, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.
2. Aktualnego zaświadczenia z właściwego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Jednocześnie Zamawiający nie wymagał załączenia wraz z ofertą decyzji administracyjnej zatwierdzającej program gospodarki odpadami.

Skład orzekający zważył co następuje:

Brak wymogu w specyfikacji i ogłoszeniu co do konieczności złożenia wraz z ofertą decyzji zatwierdzającej plan gospodarowania odpadami należy uznać za działanie nie naruszające przepisów ustawy. Zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 ustawy pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Istotnie ustawa o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 roku (Dz. U. 2007 roku, nr 9, poz. 251) wymaga, aby wytwórca odpadów posiadał zatwierdzony program gospodarki odpadami niebezpiecznymi. Zgodnie z art. 19 ustawy o odpadach wytwórca odpadów winien przedłożyć właściwemu organowi wniosek o zatwierdzenie programu na dwa miesiące przed rozpoczęciem działalności powodującej powstawanie odpadów niebezpiecznych lub zmianą tej działalności wpływającą na rodzaj, ilość wytwarzanych odpadów niebezpiecznych lub sposób gospodarowania nimi.

Dla rozstrzygnięcia spornej kwestii istotne znaczenie ma również interpretacja treści art. 25 ust.1 oraz art. 26 ust. 1 ustawy. Ustawodawca zezwala bowiem na żądanie od Wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów koniecznych do przeprowadzenia postępowania, co oznacza że Zamawiający nie może wymagać dokumentów, które uzna za zbędne do przeprowadzenia procedury. Zamawiający nie musi żądać wszystkich dokumentów

wyszczególnionych w rozporządzeniu, może ograniczyć swoje żądanie jedynie do dokumentów, które uzna za niezbędne.

W ocenie składu orzekającego Izby wymaganie złożenia wraz z ofertą dokumentu zatwierdzającego program gospodarowania odpadami nie jest konieczne dla przeprowadzenia procedury i wyboru Wykonawcy spełniającego wszystkie wymagania Zamawiającego i dającego gwarancję należytego i zgodnego z przepisami prawa wykonania zamówienia publicznego.

Ponadto istotnym jest okoliczność, że wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia publicznego, została określona zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 8 lipca 2008 roku, znajdującym się w aktach sprawy w wysokości 19 680 228 zł, co stanowi równowartość 5 076 017,64 Euro czyli nie przekracza ona kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 roku w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w § 1 ust. 1 b formułuje obowiązek przekazywania ogłoszeń do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w przypadku, gdy wartość zamówienia odpowiednio dla robót budowlanych jest równa lub przekracza kwotę 5 150 000 euro.

Ustalenie tej okoliczności jest istotne z uwagi na zakres żądanych dokumentów, wymaganych w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie bowiem z treścią art. 26 ust. 2 ustawy pzp w postępowaniach, których wartość nie przekracza kwot wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Zamawiający może ale nie musi żądać dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a ocenę podmiotową wykonawcy może oprzeć tylko i wyłącznie na oświadczeniach. Ustawodawca pozostawia zatem przy wartości zamówienia nie przekraczającej równowartości kwoty 5 150 000 euro - dla robót budowlanych swobodę Zamawiającemu co do tego czy będzie żądał dokumentów potwierdzających spełnienie warunków i jaki będzie ich zakres.

W świetle powyższego należy uznać za zasadne stanowisko Zamawiającego co do braku żądania decyzji zatwierdzającej program gospodarowania odpadami i wystarczające w tym zakresie żądanie na etapie składania ofert wyłącznie oświadczenia potwierdzającego posiadanie wszelkich uprawnień niezbędnych do realizacji zamówienia publicznego.

Należy zgodzić się w tej kwestii z Zamawiającym, że wymaganie złożenia wskazanej decyzji wraz z ofertą mogłoby w sposób istotny ograniczyć udział potencjalnych wykonawców w przedmiotowym zamówieniu.

Ponadto stanowisko Zamawiającego co do żądania wskazanej decyzji dopiero po wyborze jest słuszne z uwagi na podnoszoną przez niego konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jednak skład orzekający Izby wskazuje, że

żądanie takiej decyzji dopiero po podpisaniu umowy a przed przystąpieniem do realizacji może spowodować brak wykonania zamówienia w sytuacji, gdy Wykonawca nie uzyska stosownej decyzji administracyjnej.

Nie można zgodzić się z zarzutem dotyczącym sprzecznego z rozporządzeniem określenia wymagania co do dokumentu potwierdzającego nie zaleganie z opłaceniem podatków i opłat. Wskazana przez Odwołującego różnica w terminologii podmiotu wydającego stosowaną decyzję „urząd skarbowy” zamiast jak określono w rozporządzeniu „naczelnik urzędu skarbowego” jest uchybieniem formalnym, nie mającym wpływu na zakres, rodzaj i ocenę zgodności z przepisami wydanego zaświadczenia. Oczywistym jest bowiem fakt, że organem wydającym stosowne decyzje potwierdzające nie zaleganie z uiszczeniem podatków i opłat jest nie urząd skarbowy jako instytucja ale właśnie naczelnik urzędu skarbowego.

Zarzut naruszenia art. 26 ust.1 oraz art. 7 ust.1 ustawy pzp nie znalazł potwierdzenia.

Na uwzględnienie nie zasługuje również zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 oraz 41 pkt 7 ustawy pzp, bowiem Zamawiający opisał w części III specyfikacji oraz w treści ogłoszenia warunki udziału w postępowaniu i sposób ich oceny oraz określił wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Znalazł potwierdzenie zarzut żądania dokumentu określonego w pkt 6 części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. zaświadczenia wystawionego przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych i potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z uiszczeniem składek na ubezpieczenie społeczne zamiast jak określono w przywołanym rozporządzeniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. W ocenie składu orzekającego Izby ograniczenie zakresu wymaganego zaświadczenia wyłącznie do potwierdzenia nie zalegania ze składkami na ubezpieczenie społeczne stoi w sprzeczności do postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku, w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2006 roku nr 87 poz. 605). Ustawodawca wyraźnie wskazał w § 1 ust. 1 pkt 3 przywołanego rozporządzenia, że zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych ma dotyczyć łącznie potwierdzenia nie zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Oceny tego stanu prawnego nie zmienia fakt, że przy tak ustalonej wartości zamówienia Zamawiający może a nie musi żądać przedstawienia dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem składu orzekającego Izby, Zamawiający decydując się na żądanie

dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału, mimo iż nie jest do tego zobowiązany przepisami prawa, musi stosować literalnie przepisy rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów..., które to rozporządzenie określa zamknięty katalog dokumentów. Zatem mimo, że Zamawiający nie był zobowiązany do żądania od Wykonawców zaświadczenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, decydując że potwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu będzie właśnie ten dokument jest zmuszony określić jego zakres i wymaganą treść zgodnie z przepisami rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 roku, w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Zatem znalazł potwierdzenie zarzut naruszenia art. 22 ust. 2 ustawy pzp i określenie wymaganego dokumentu w sposób sprzeczny z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Z uwagi na treść art. 38 ust. 5 ustawy Pzp nie jest możliwa modyfikacja warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków, zatem postępowanie należy unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*