

Sygn. akt: KIO 413/13

WYROK

z dnia 11 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paulin Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Jantar 2 Spółka z o. o. w Słupsku, ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk (pełnomocnik wykonawców) i Jantar Spółka z o. o. z siedzibą w Słupsku** w postępowaniu prowadzonym przez

Wojewódzki Sąd Administracyjny, Aleja Zwycięstwa 16/17, 80-219 Gdańsk

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Jantar 2 Spółka z o.o. w Słupsku, ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk (pełnomocnik wykonawców) i Jantar Spółka z o. o. z siedzibą w Słupsku;**
2. kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Jantar 2 Spółka z o. o. w Słupsku, ul. Zygmunta Augusta 71, 76-200 Słupsk (pełnomocnik wykonawców) i Jantar Spółka z o. o. z siedzibą w Słupsku tytułem wpisu od odwołania;**

2.2. zasądza od **Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku** na rzecz **Jantar 2 Spółka z o. o. w Słupsku (pełnomocnik wykonawców) i Jantar Spółka z o. o. z siedzibą w Słupsku** kwotę 12 127 zł 05 gr (słownie: dwanaście tysięcy sto dwadzieścia siedem złotych sześćset złotych pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, w tym z tytułu wpisu od odwołania - 7 500 zł, wynagrodzenia pełnomocnika strony – 3 600 zł oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę – 1 027 zł 05 groszy.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku (Zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Całodobowa ochrona fizyczna osób i mienia”.

Konsorcjum: Jantar 2 Spółka z o. o. w Słupsku (pełnomocnik wykonawców) i Jantar Spółka z o. o. w Słupsku dalej zwane odwołującym wniosło odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego jako nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz zaniechaniu przez Zamawiającego czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp polegające na bezzasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego jako nie odpowiadającej treści siwz,
- art. 26 ust 3 pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia złożonych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, tj. wykazu usług i referencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, z ewentualnym zastosowaniem art. 26 ust. 3 lub 4 pzp w odniesieniu do dokumentów potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zawiadamiając o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez „Gwarant” Agencja Ochrony S.A., Zamawiający poinformował Odwołującego, że odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 pzp, jako nie odpowiadającą treści siwz, tj. warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

W ocenie Zamawiającego warunek zostanie uznany za spełniony jeżeli Wykonawca zgodnie z siwz wykaże, że należycie wykonał lub wykonuje przez co najmniej 12 m-cy, minimum 3 zamówienia, polegające na świadczeniu usług całodobowej ochrony osób i mienia, każda o wartości brutto minimum 180.000,00 PLN w obiektach użyteczności publicznej, a według Zamawiającego jedna z usług przedstawionych przez Odwołującego w wykazie, tj. świadczenie usług całodobowej ochrony osób i mienia realizowana na rzecz Muzeum

Pomorza Środkowego w Słupsku w okresie od 15.05.2011 r. do 14.05.2014r., o wartości 416.859,30 zł, nie spełnia tego warunku.

W ocenie Odwołującego, wbrew błędnemu twierdzeniu Zamawiającego, w/w usługa spełnia warunek w brzmieniu określonym w siwz. Niezależnie od powyższego, w sytuacji gdy Zamawiający uznał, że przedstawiony przez Odwołującego wykaz usług nie spełnia określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku, w myśl art. 26 ust. 3 pzp zobowiązany był wezwać Odwołującego do uzupełnienia oferty.

Natomiast Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust 3 pzp, a nadto powołując się na niespełnienie warunku, na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 pzp, odrzucił ofertę Odwołującego jako nie odpowiadającą treści SIWZ, przez co zdaniem Odwołującego naruszył obowiązujące przepisy.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami, w szczególności art. 26 ust. 3 pzp, Zamawiający jest zobowiązany do podjęcia czynności zmierzających do uzupełnienia ofert wykonawców.

Zamawiający wniósł na piśmie o oddalenie odwołania. Wskazał na postanowienia siwz dotyczące warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu doświadczenia w wykonywaniu przez co najmniej 12 miesięcy minimum trzech zamówień polegających na świadczeniu usług całodobowej ochrony osób i mienia, każde o wartości minimum 180 000 zł w obiektach użyteczności publicznej. Powołując treść oferty odwołującego, wskazał na wykaz usług, gdzie wykazano jedną usługę na okres trzech lat, podając wartość usługi w kwocie 680 336,59 za 1 rok, a w usłudze nr 3 na okres czterech lat, w pozycji wartość usługi podano kwotę 729 276,23 zł za 14 miesięcy (1.04.2011 r. do 31.05.2012 r.), co może wynikać z omyłki pisarskiej w zapisie daty końcowej wyszczególnionego okresu. W usłudze nr 2 na okres trzech lat jest wpisana kwota 461 859,30 zł bez podania, za jaki okres jest to wartość. Zamawiający zauważył, że tylko w tej usłudze nie dokonano przeliczenia za jeden rok. Zamawiający pismem z 11 lutego 2013 r. wystąpił do odwołującego o wyjaśnienie, czy wartość usługi dla Muzeum Pomorza Środkowego dotyczy całego czasu trwania umowy w celu ustalenia, czy jest to wartość wymagana postanowieniami siwz, a w konsekwencji, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jak stwierdził zamawiający w pytaniu jedynie podano błędną podstawę prawną tj. art. 87 ust. 1 zamiast art. 26 ust. 4 ustawy pzp.

Wobec braku odpowiedzi, zamawiający ustalił na podstawie załączonych do oferty referencji, że kwota 416 859,30 zł jest wartością usługi za okres trzech lat, co po przeliczeniu na 1 rok jest kwotą niższą od wymaganej w siwz.

W wyniku tych ustaleń odrzucił ofertę odwołującego jako nie odpowiadającą treści siwz.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron, uwzględniając dokumentację postępowania, zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba zauważa, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego zamawiający dokonał zaskarżonej czynności odrzucenia oferty, dotyczy zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp. Wykonawca miał zatem prawo do wniesienia odwołania od czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy i czynność ta podlega rozpatrzeniu przez Izbę.

Oceniając zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, zarzut należy uznać za uzasadniony. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi podstawę prawną odrzucenia oferty, jeżeli jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść oferty rozumianą jako oświadczenie woli złożone przez wykonawcę zamawiającemu.

W rozpatrywanej sprawie zamawiający za podstawę faktyczną zaskarżonej czynności przyjął fakt niespełnienia przez wykonawcę (odwołującego) warunku udziału w postępowaniu określonego w siwz jako wymóg doświadczenia w zakresie wykonania (wykonywania) 3 usług określonego rodzaju, w czasie co najmniej 12 miesięcy, każda o wartości brutto min. 180 000 zł, w obiektach użyteczności publicznej. Był to zatem warunek o charakterze podmiotowym oparty na przepisie art. 22 ustawy pzp odnoszący się do jego umiejętności i doświadczenia, nie zaś treść oferty rozumianej jako deklaracja wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z siwz. Należy zauważyć, że na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy składają określone oświadczenia lub dokumenty wymagane postanowieniami siwz w granicach wynikających z przepisów art. 25 ustawy i rozporządzenia wykonawczego do art. 25 ust. 2 ustawy w sprawie rodzajów dokumentów /.../. Brak w ofercie takich oświadczeń lub dokumentów nie oznacza niezgodności oferty z siwz lecz rodzi po stronie zamawiającego obowiązek przeprowadzenia procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ew. 26 ust. 4 ustawy. Negatywny wynik takiej procedury także nie daje podstaw do odrzucenia oferty, lecz prowadzi do czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ustawy pzp.

Tym samym niezależnie od wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przy braku wezwania wykonawcy do potwierdzenia spełniania warunków udziału, zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, co stało się przyczyną uznania odwołania za uzasadnione.

W świetle powyższego uznając, że odrzucając ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, zamawiający naruszył wskazany przepis, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: