

Sygn. akt: KIO/UZP 292/10

WYROK
z dnia 29 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Izabela Kuciak

Emil Kuriata

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Bożena Staszulonek prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą ROBEN Zakład Usług Ogólnych Bożena Staszulonek, 59-850 Świeradów Zdrój, ul. Dolna 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miejska Świeradów – Zdrój, 59-850 Świeradów – Zdrój, ul. 11 – ego Listopada 35** protestu z dnia 2 lutego 2010 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórne dokonanie badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gmina Miejska Świeradów – Zdrój, 59-850 Świeradów – Zdrój, ul. 11 – ego Listopada 35 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawcę **Bożena Staszulonek prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą ROBEN Zakład Usług Ogólnych Bożena Staszulonek, 59-850 Świeradów Zdrój, ul. Dolna 2**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez zamawiającego **Gmina Miejska Świeradów – Zdrój, 59-850 Świeradów – Zdrój, ul. 11 – ego Listopada 35** na rzecz wykonawcy **Bożena Staszulonek prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą ROBEN Zakład Usług Ogólnych Bożena Staszulonek, 59-850 Świeradów Zdrój, ul. Dolna 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **3 056 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Bożena Staszulonek prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą ROBEN Zakład Usług Ogólnych Bożena Staszulonek, 59-850 Świeradów Zdrój, ul. Dolna 2.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Gmina Miejska Świeradów – Zdrój prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wywóz odpadów komunalnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 grudnia 2009 r. pod pozycją 432594-2009.

W dniu 26 stycznia 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Bożena Staszulonek prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą ROBEN Zakład Usług Ogólnych Bożena Staszulonek o wykluczeniu ww. wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp.

Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający stwierdził, że z urzędu posiadał wiedzę o zawieszeniu przez wykonawcę Bożena Staszulonek prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą ROBEN Zakład Usług Ogólnych Bożena Staszulonek zwanego dalej Odwołującym działalności gospodarczej w dniu 17 grudnia 2009 r. oraz złożeniu w dniu 28 grudnia 2009 r. wniosku o wznowienie działalności gospodarczej. Wobec powyższego, pomimo złożenia przez wykonawcę wraz z ofertą oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający powziął wątpliwość czy wykonawca ten dysponuje na dzień składania ofert tj. 29 grudnia 2009 r. osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W ocenie Zamawiającego, również złożone przez Odwołującego wyjaśnienia a także uzupełnione dokumenty nie potwierdziły, że na dzień składania ofert Odwołujący dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Jednocześnie Zamawiający poinformował wykonawcę o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący wnosząc w dniu 2 lutego 2010 r. protest wobec czynności polegających na:

- wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i odrzuceniu jego oferty,
- żądaniu w toku postępowania złożenia wyjaśnień oraz dokumentów nie wymienionych w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87 poz. 65 z późn. zm.),
- zatrzymaniu wadium.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 25 ust. 1, art. 26 ust 3 oraz art. 46 ust 4a ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że działania Zamawiającego polegające na żądaniu w pismach z dnia 8 i 18 stycznia 2010 r. od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz złożenia formularzy ZUS w formie deklaracji rozliczeniowej i imiennych raportów miesięcznych z potwierdzoną datą wpływu do ZUS dotyczących wymienionych z imienia i nazwiska osób były nieuprawnione, bowiem Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Dodatkowo, dokumenty te muszą być wymienione w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Ponadto, w opinii Odwołującego, fakt, że ww. dokumenty zobowiązany był złożyć wyłącznie Odwołujący, świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców i nie zachowaniu uczciwej konkurencji.

Niezrozumiała jest również, zdaniem Odwołującego, decyzja Zamawiającego o zatrzymaniu wadium, bowiem żadna czynność Odwołującego, w jego ocenie, nie mogła spowodować niemożności zawarcia umowy.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego,
- unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego,
- unieważnienie decyzji o zatrzymaniu wadium Odwołującego,
- dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert w ramach zadania nr 3, w oparciu o wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty wymienione w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- dokonanie powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach zadania nr 3.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 12 lutego 2010 r. przez jego uwzględnienie w zakresie żądania od Odwołującego złożenia wyjaśnień oraz dokumentów nie wymienionych w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz nie wymienionych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a także w zakresie zatrzymania wadium. W pozostałym zakresie tj. czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, Zamawiający protest oddalił.

Zamawiający oświadczył, że unieważnia czynność wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 18 stycznia 2010 r., a w konsekwencji, unieważnia czynność zatrzymania złożonego przez Odwołującego wadium.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, iż nieuprawnione jest żądanie wyjaśnień dotyczących oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że jego celem jest wybranie wykonawcy najtańszego, ale jednocześnie dającego rękojmię prawidłowego wykonania zadania. Zamawiający podtrzymał stanowisko, iż ze złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i posiadanych przez Zamawiającego informacji nie wynika jednoznacznie, iż na dzień złożenia oferty Odwołujący dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – z treści złożonych oświadczeń wynikało jedynie, iż wykonawca w przyszłości przy wykonywaniu zamówienia zapewni niezbędną liczbę osób.

W dniu 17 lutego 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec następujących czynności Zamawiającego:

- wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty,
- żądania w toku postępowania dokumentów nie wymienionych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz nie wymienionych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane,
- zatrzymania wadium,
- unieważnienia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień nr 2 z dnia 18 stycznia 2010 r.
- udaremnienia lub utrudnienia działania przez zaniechanie uniemożliwiający toczenie się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- podnoszenia wobec Odwołującego zarzutu braku rękojmi prawidłowego wykonania zadania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, 2 i 3, art. 22 ust.1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 46 ust. 4a, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu złożonej przez niego oferty,
- unieważnienia odstąpienia od decyzji o zatrzymaniu wadium,

- dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego i wybór zgodnie z przepisami ustawy Pzp oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ramach zadania nr 3.

Ponadto, Odwołujący wniósł o zawiadomienie prokuratury o nieprawidłowościach w postępowaniu i wskazanie tych nieprawidłowości oraz o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego na podstawie rachunku.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący, jako wykonawcy, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Podstawą zarzutów w przedmiotowym postępowaniu jest żądanie skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego do złożenia dokumentów nie wymaganych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz niewłaściwa, w ocenie Odwołującego, ocena tych dokumentów.

Na wstępie należy zauważyć, że Zamawiający rozstrzygając protest wniesiony przez Odwołującego uwzględnił zarzut dotyczący żądania dokumentów nie wymienionych w Specyfikacji oraz w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a co za tym idzie, unieważnił czynność wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 18 stycznia 2010 r. Zamawiający uwzględnił również zarzut

dotyczący zatrzymania wadium unieważniając tę czynność. Stanowisko zaprezentowane w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający potwierdził na rozprawie. Wobec powyższego, Odwołujący, zgodnie z jego oświadczeniem złożonym na rozprawie, nie pottrzymał ww. zarzutów, wobec czego Izba pozostawiła zarzuty te bez rozpoznania.

Izba zważyła, że w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający żądając potwierdzenia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Zamawiający wymagał jedynie złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków (Rozdział 10 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, pkt 5, zadanie nr 3, strona 8). Odwołujący złożył wraz z ofertą stosowne oświadczenie (strona 4-5 oferty).

Zamawiający, jak wynika z treści zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 16 stycznia 2010 r., z urzędu posiadał wiedzę o zawieszeniu przez Odwołującego w dniu 17 grudnia 2009 r. działalności gospodarczej oraz o złożeniu w dniu 28 grudnia 2009 r. wniosku o jej wznowienie. W tych okolicznościach Zamawiający powziął wątpliwość czy wykonawca ten na dzień złożenia oferty tj. 29 grudnia 2009 r. dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W toku postępowania Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w dniu 8 stycznia 2010 r. o udzielenie wyjaśnień m.in. odnośnie osób zdolnych do wykonania zamówienia, jakimi dysponuje Odwołujący jako podstawę wskazując art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 13 stycznia 2010 r. złożył oświadczenie, że dysponuje składem osobowym do wykonania zamówienia. Dodatkowo, Odwołujący stwierdził, że przy wykonaniu zamówienia zapewni niezbędną liczbę osób wymieniając je z imienia i nazwiska, zapewniającą sprawne wykonanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący zwrócił też uwagę, że stosowne oświadczenie w przedmiotowym zakresie złożył wraz z ofertą.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na znaczenie słowa „dysponować”, którego użył ustawodawca w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Określenie to nie posiada legalnej definicji, jednak wydaje się, że należy je definiować jako realną możliwość zaangażowania poszczególnych osób w realizację zamówienia. Tym samym, nie istnieje obowiązek sformalizowania stosunku pomiędzy daną osobą a wykonawcą przez np. nawiązanie stosunku pracy.

Należy również wyraźnie zaznaczyć, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać jedynie tych oświadczeń lub dokumentów, które wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz jedynie tych, które są niezbędne dla przeprowadzenia postępowania. Zakres dokumentów,

jakich może żądać zamawiający wyznacza rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Co za tym idzie, ocena spełniania warunku przez wykonawcę powinna się odbywać wyłącznie na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawcę, a wcześniej wskazanych w ww. dokumentach opracowanych przez zamawiającego, bowiem zamawiający nie może przekraczać granic wyznaczonych przez ustawodawcę i własne działanie. Podobnie, wyjaśnienia udzielane przez wykonawców na żądanie zamawiającego, nie mogą prowadzić do domagania się przez zamawiającego złożenia dodatkowych dokumentów.

W ocenie Izby, wobec zawartego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymogu potwierdzenia spełniania warunków jedynie przez złożenie oświadczenia przez wykonawcę, nieuprawnione było wezwanie do wyjaśnienia przez Odwołującego, jakimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia dysponuje. Powyższe jest zasadne tym bardziej, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 stycznia 2010 r. ponownie złożył oświadczenie, że dysponuje w pełni niezbędnym sprzętem, który wymagany będzie przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego oraz składem osobowym do jego wykonania (pismo z dnia 13 stycznia 2010 r.). Dodatkowo, Odwołujący wskazał z imienia i nazwiska osoby, które będą zaangażowane w realizację zamówienia. Powyższe, w ocenie Izby, wobec wymagań Zamawiającego postawionych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w sposób wystarczający potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego. W tym miejscu należy również podkreślić, że Odwołujący nie składał oświadczenia, że przy wykonywaniu zamówienia będzie korzystał z potencjału innych podmiotów, stąd brak było również podstaw do wymagania złożenia przez Odwołującego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Pzp Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty podniesione w odwołaniu wobec czynności udaremnienia lub utrudnienia działania przez zaniechanie uniemożliwiające toczenie się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz podnoszenia wobec Odwołującego zarzutu braku rękojmi prawidłowego wykonania zadania, bowiem zarzuty te nie zostały podniesione w proteście.

Mając na powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Zamawiającego, uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Jeleniej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....