

WYROK

z dnia 18 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Katarzyna Prowadzisz

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe BBWW Sp. z o.o. ul. Wiewiórcza 66, 15-532 Białystok oraz BUDBAUM S.A. ul. Wojsk Ochrony Pogranicza 9B, 15-381 Białystok

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej

ul. Lipowa 190, 17-200 Hajnówka

protestu z dnia 5 lutego 2010 r.

przy udziale **SATO Sp. z o.o. ul. Antoniukowska 4, 15 – 845 Białystok**

zgłaszającej przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,**

2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej ul. Lipowa 190, 17-200 Hajnówka 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 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe BBWW Sp. z o.o. ul. Wiewiórcza 66, 15-532 Białystok oraz BUDBAUM S.A. ul. Wojsk Ochrony Pogranicza 9B, 15-381 Białystok,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej ul. Lipowa 190, 17-200 Hajnówka** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe BBWW Sp. z o.o. ul. Wiewiórcza 66, 15-532 Białystok oraz BUDBAUM S.A. ul. Wojsk Ochrony Pogranicza 9B, 15-381 Białystok** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe BBWW Sp. z o.o. ul. Wiewiórcza 66, 15-532 Białystok oraz BUDBAUM S.A. ul. Wojsk Ochrony Pogranicza 9B, 15-381 Białystok.**

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „termomodernizację budynków SP ZOZ w Hajnówce” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 21 grudnia 2009 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 436914,

sprostowanie nr 9652. Wartość zamówienia wynosi 4.569.766,05 zł, tj. 1.178.655,71 euro, jest więc mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z punktem III.1) ogłoszenia o zamówieniu wykonawcy musieli dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. posiadać zatrudnionych co najmniej 15 pracowników, w tym 5 pracowników posiadających uprawnienia budowlane i złożyć wykaz zatrudnionych pracowników etatowych, w tym wykaz pracowników posiadających uprawnienia budowlane.

Z rozdziału 8. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, iż wykonawcy biorący udział w postępowaniu musieli spełnić następujące warunki i potwierdzić ich spełnienie wskazanymi dokumentami, m.in. zgodnie z punktem 7. tabeli – „warunek do spełnienia”: „dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. posiadają zatrudnionych co najmniej 15 osób w tym 5 osób posiadających uprawnienia budowlane”, „nazwa dokumentu potwierdzającego” – „wykaz kadry i pracowników”.

Odwołujący złożył wraz z ofertą „Wykaz osób posiadających uprawnienia”, w którym wymienił 7 osób oraz załączył kserokopie ich uprawnień, a także kserokopię druku ZUS P DRA dla P.H.U. BBWW Sp. z o.o., z którego wynikało, iż liczba ubezpieczonych to 44 osoby oraz który zawierał imienną listę tych osób. Na liście tej figurowały tylko 4 spośród 7 osób wskazanych w „Wykazie osób posiadających uprawnienia”.

Pismem z 26 stycznia 2010 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień dotyczących „treści złożonej oferty”, tj. czy dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. posiada zatrudnionych co najmniej 15 osób, w tym 5 osób posiadających uprawnienia budowlane i na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – do złożenia dokumentów potwierdzających zatrudnienie minimum 15 osób w tym 5 z uprawnieniami budowlanymi.

W wyznaczonym terminie Odwołujący przedłożył oświadczenie dotyczące 15 wskazanych z imienia i nazwiska osób, w tym 5 z nich zostało wskazanych

jako posiadających wymagane uprawnienia załączając kopie druków ZUS P ZUA (z druków tych wynika, iż zostały one zgłoszone częściowo przez BBWW Sp. z o.o., a częściowo przez BUDBAUM S.A.).

1 lutego 2010 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta Sato Sp. z o.o., zwanej dalej także „Przystępującym” oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie „art. 23 ust. 4” ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających na dzień otwarcia ofert zatrudnienie 5 osób z uprawnieniami budowlanymi – przedstawił on dokumenty potwierdzające zatrudnienie (ZUS RCA) 4 osób z uprawnieniami budowlanymi oraz zgłoszenie ZUS ZUA z 15 października 2001 r. jednej osoby podlegającej ubezpieczeniu na 8 stycznia 2001 r.

Na tę czynność 5 lutego 2010 r. Odwołujący wniósł protest, który Zamawiający oddalił 12 lutego 2010 r.

16 lutego 2010 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia tego protestu żądając: unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, unieważnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodnie z warunkami postępowania określonymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia – oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący stwierdził, iż już wraz z ofertą wykazał spełnienie powyższego warunku, jednak aby nie pozostawiać bez odpowiedzi wezwania Zamawiającego do „wyjaśnienia treści oferty” poszerzono zakres przekazywanych informacji poza wymagania określone przez Zamawiającego i ujęte w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dołączenie dodatkowo deklaracji ZUS, stanowiących potwierdzenie zatrudnienia wskazanych w wykazie osób. Dlatego decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie znajduje

żadnej podstawy prawnej. Zgodnie z postanowieniami § 1 ust. 2 pkt 5 i 6 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, Zamawiający miał prawo żądać wykazu osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie żądał wszystkich tych informacji, jedynie wykazu osób. Rozporządzenie *w sprawie dokumentów, w zakresie dotyczącym zatrudnienia*, wskazuje na uprawnienie Zamawiającego tylko do żądania „informacji”, bez uprawnienia do możliwości żądania dokumentów potwierdzających fakt zatrudnienia określonych osób.

Wykonawca zobowiązany jest do takiego sposobu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak żąda tego Zamawiający w treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonując oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie może już po złożeniu ofert żądać jakichkolwiek innych, dodatkowych dokumentów, nie wskazanych w ogłoszeniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie ujętych w przepisach rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, a braku takich, dodatkowych, nie wymaganych dokumentów przyjmować za podstawę do negatywnej oceny potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę i wykluczeniu wykonawcy z postępowania.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wskazał, iż Odwołujący przedstawił jedynie „Wykaz osób posiadających uprawnienia”, w którym ujął 5 osób z uprawnieniami budowlanymi, a do tego wykazu załączone były dokumenty potwierdzające uprawnienia oraz druk deklaracji rozliczeniowej ZUS P DRA RCA i RSA potwierdzający opłacenie składek do ZUS w miesiącu styczniu

2010 za 44 pracowników. Zamawiający przyjął na podstawie dokumentów potwierdzających opłacenie składek ZUS, mimo nie przedstawienia w ofercie wykazu zatrudnionych 15 osób, iż wykonawca zatrudnia minimum 15 osób. Jednak nie mógł tego uczynić w stosunku do 5 osób z uprawnieniami budowlanymi, ponieważ w zestawieniu opłaconych składek ZUS figurują tylko 4 z 7 osób z uprawnieniami budowlanymi wskazanych w „Wykazie osób posiadających uprawnienia”. W związku z powyższym na podstawie art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych, zażądał wyjaśnień i, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał do złożenia dokumentów potwierdzających zatrudnienie minimum 15 osób, w tym 5 z uprawnieniami budowlanymi. Zamawiający zgodnie z literą prawa nie mógł i nie wskazywał, jaki to ma być dokument. Po przeanalizowaniu uzupełnionych dokumentów Zamawiający ponownie ustalił, iż Odwołujący udokumentował zatrudnienie 4 osób z uprawnieniami budowlanymi, lecz nie znalazł w złożonych dokumentach dodatkowych dokumentu potwierdzającego zatrudnienie piątej osoby z uprawnieniami budowlanymi Adama K., gdyż Odwołujący w stosunku do tej osoby przedstawił jako dokument potwierdzający zatrudnienie druk zgłoszenia ZUS ZUA z 15 października 2001 r., którego Zamawiający nie mógł przyjąć, ponieważ dokument ten nie stwierdza, iż osoba ta jest zatrudniona na dzień składania ofert, a jedynie, że była zatrudniona w październiku 2001 r. Wykonawca powinien spełniać warunki udziału w postępowaniu już na dzień składania ofert – „dysponować” minimum 5 osobami z uprawnieniami budowlanymi. Pojęcie „dysponowanie” jest pojęciem szerokim, w ramach którego mieszczą się różne stosunki prawne wiążące wykonawcę z osobą, która wchodzi w skład jego potencjału kadrowego, wystarczyło więc udokumentować, iż Odwołujący dysponuje osobą na podstawie umowy o pracę, zlecenia lub innych stosunków cywilnoprawnych. W związku z powyższym Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie złożył mimo wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 tej ustawy dokumentów potwierdzających zatrudnienie 15 osób, w tym 5 osób z uprawnieniami budowlanymi, a jego ofertę uznał za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu, jego rozstrzygnięcia, odwołania, przystąpień, a także na podstawie oświadczeń Stron i Przystępującego złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zasadniczo przyznaje rację twierdzeniom Odwołującego, jakkolwiek zarzuty dotyczące treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wezwania do uzupełnienia dokumentów uznaje za spóźnione, co wynika bezpośrednio z dyspozycji art. 180 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a argumentacja w dalszej części uzasadnienia odnosi się do tych czynności tylko o tyle, o ile jest to konieczne ze względu na okoliczności towarzyszące wykluczeniu Odwołującego.

Po pierwsze należy stwierdzić, iż Zamawiający nie żądał w ogłoszeniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani wezwaniu do uzupełnienia innych dokumentów niż wykaz osób. Jakkolwiek wymóg dotyczący wykazu jest sformułowany nieco odmiennie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu (jest tam szerzej opisany), dla przedmiotowej sprawy nie ma to istotnego znaczenia.

Druki ZUS-owskie Odwołujący przedstawił z własnej inicjatywy – wraz z ofertą zamiast – czy też jako – wymagany wykaz osób, co mógł uczynić w postaci listy – oświadczenia, jak zrobił to w przypadku osób posiadających uprawnienia budowlane.

Fakt, iż nie wszystkie osoby z listy osób z uprawnieniami figurują na ogólnej liście osób zatrudnionych, spowodował wątpliwości Zamawiającego, do wyjaśnienia których oczywiście miał on prawo. Jednak podjął on nieadekwatne do celu środki – pomijając fakt, iż wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczy art. 26 ust. 4, a nie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – powinien był on w wezwaniu do wyjaśnień wskazać okoliczności, które wzbudziły jego obiekcje, po to, aby Odwołujący mógł udzielić wyjaśnień w oczekiwanym przez Zamawiającego kierunku, tj. co do jakich okoliczności, a nie starać domyślić się, dlaczego nie uznał on przedstawionych

dokumentów i przedstawiać kolejne, niepotrzebne dokumenty. Tak samo powinien postąpić Zamawiający przy żądaniu uzupełnienia dokumentów – w jakim zakresie mają być one uzupełnione. Tym bardziej, że Odwołujący wskazał w dokumentach złożonych wraz z ofertą 7 osób z uprawnieniami budowlanymi i 44 osoby zatrudniane przez BBWW Sp. z o.o., a uzasadnienie faktyczne wezwania zostało przez Zamawiającego wskazane dopiero w rozstrzygnięciu protestu. Gdyby zaś Zamawiający podjął adekwatne do jego wątpliwości środki, tj. zadał Odwołującemu konkretne pytanie, mógłby on uzyskać na nie odpowiedź, np. iż pan Adam K. nie figuruje w informacji dla ZUS sporządzonej przez BBWW Sp. z o.o., gdyż, jak wynika z druku ZUS przekazanego w uzupełnieniu dokumentów, zatrudniony jest w Budbaum S.A. i stwierdzić, iż żądanie uzupełnienia dokumentów jest niepotrzebne.

Co zaś do wskazanej przyczyny wykluczenia – rzeczywiście, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uzupełnione dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Jednak w niniejszym przypadku dokumentami tymi są wykazy osób – bo to one były wymagane przez Zamawiającego, a nie druki ZUS przedstawione w uzupełnieniu, dlatego fakt, czy są one aktualne, nie ma znaczenia dla sprawy. Odwołujący wraz z ofertą złożył stosowne oświadczenie „Wykaz osób posiadających uprawnienia budowlane” i wykaz pracowników (druk ZUS), zatem wskazał te osoby na dzień składania ofert (kwestionowany pan Adam K. figurował w obu wykazach osób posiadających uprawnienia).

Co zaś do twierdzenia Przystępującego, iż sam wykaz osób nie jest wystarczającym potwierdzeniem zatrudnienia wskazanych w nim osób, to rzeczywiście, deklaracje przekazywane ZUS-owi są lepszym na to dowodem, jednak dokumentem wskazanym zarówno przez Zamawiającego, jak i w rozporządzeniu *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, jest wykaz osób.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 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. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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 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 Białymstoku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....