

Sygn. akt: KIO/UZP 137/10

WYROK
z dnia 12 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Sylwester Kuchnio

Izabela Kuciak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2010r. r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Henryka Lisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FOX SYSTEM, 40-648 Katowice, ul. Łętowskiego 20** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, 40-126 Katowice, ul. Grażyńskiego 5** protestu z dnia 28 grudnia 2009r.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu, w części OEB Nr 1 zamówienia: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania wykonawcy P.R.B. AGRO-SERVICE s.c. Piotr Kulak, Krystyna Kulak z siedzibą w Katowicach przy ulicy Obroki 130, dokonanie czynności powtórnego badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, 40-126 Katowice, ul. Grażyńskiego 5** 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 uiszczonego przez **Henryka Lisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FOX SYSTEM, 40-648 Katowice, ul. Łętowskiego 20,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, 40-126 Katowice, ul. Grażyńskiego 5** na rzecz **Henryka Lisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FOX SYSTEM, 40-648 Katowice, ul. Łętowskiego 20** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Henryka Lisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FOX SYSTEM, 40-648 Katowice, ul. Łętowskiego 20.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach, ul. Grażyńskiego 5; 40-126 Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług utrzymania czystości i porządku oraz utrzymania zieleni w obrębie nieruchomości administrowanych przez Komunalny Zakład Gospodarki Mieszkaniowej w Katowicach, w części dotyczącej Oddziału Eksploatacji Budynków nr 1”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 września 2009 roku, pod numerem 2009/S 180 – 258306.

Zamawiający dnia 16 grudnia 2009 roku poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, za która została uznana oferta złożona przez P.R.B. AGRO-SERVICE s.c. Piotr Kulak, Krystyna Kulak z siedzibą w Katowicach przy ulicy Obroki 130 (zwaną dalej „Agro-Service”).

Wykonawca Henryk Lis prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą FOX SYSTEM, 40-648 Katowice, ul. Łętowskiego 20 (zwany dalej „Odwołującym”) - dnia 28 grudnia 2009 roku wniósł do Zamawiającego protest zarzucając naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych wyrażonych w ustawie, a w szczególności:

1. Art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. Art. 7 ust. 3 prawo zamówień publicznych przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z ustawą prawo zamówień publicznych,
3. Art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 24 maja 2006 roku Nr 87, poz. 605 ze zm.) przez zaniechanie wykluczenia wykonawców nie spełniających warunków udziału w postępowaniu,
4. Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzajów dokumentów,

jakich może żądać Zamawiający od wykonawców oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane przez zaniechanie wykluczenia wykonawców pomimo, iż nie złożyli dokumentów prawidłowo potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

5. Art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 85 ust. 2 i 4 ustawy prawo zamówień przez zaniechanie wykluczenia Wykonawców, którzy pomimo otrzymania wezwania od Zamawiającego nie przedłożyli do dnia dzisiejszego dokumentów przedłużających ważność wniesionego wcześniej wadium, nie złożyli też nowego wadium w innej formie.
6. Art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wykluczenia wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych dokumentów pomimo otrzymania wezwania od Zamawiającego,
7. Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wskazując na powyższe zarzuty wniosł o :

1. Uchylenie czynności wyboru oferty Agro-Service w części dotyczącej OEB Nr 1,
2. Wykluczenie wykonawcy Agro-Service na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych,
3. Wykluczenie wykonawcy IMPEL CLEANING Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Ślęza 118 - na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w związku z art. 26 ust. 3 i art. 85 ustawy prawo zamówień publicznych,
4. Wykluczenie wykonawcy Wielobranżowy Zakład Usługowy Kazimierz Bartodziej i Wspólnicy s.j. z siedzibą w Rudzie Śląskiej przy ulicy Śmiłowickiej 24 - na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w związku z art. 26 ust. 3 i art. 85 ustawy prawo zamówień publicznych,
5. Odrzucenie oferty IMPEL CLEANING Sp z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy,
6. Dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych, nieodrzuconych, w części dotyczącej OEB nr 1 zgodnie z odpowiednimi postanowieniami s.i.w.z., ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz innych przepisów prawnych obowiązujących w Polsce.

Protestujący oświadczył, że ma interes prawny we wniesieniu protestu, albowiem w razie uwzględnienia protestu, jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą w świetle odpowiednich postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - przedmiotowego zamówienia.

Uzasadniając wskazał, iż:

1. W odniesieniu do wykonawcy Agro-Service.

- a) wykonawca przedłożył dokument „zaświadczenie z banku” nie potwierdzający posiadania przez wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej na wymagana sumę 400 000,00 zł na dzień składania i otwarcia oferty,
- b) wykonawca nie wskazał osób, które będą odpowiedzialne za prawidłowe wykonanie usługi oddzielnie dla danego OEB (rozdział III. ust. 10 SIWZ - w załączniku nr 3),
- c) nie przedłożył również uprawnień (prawo jazdy) do kierowania pojazdami wskazanymi w ofercie to jest: samochody dostawcze, pługi odśnieżające, maluch z pługiem. Obowiązek posiadania takich uprawnień wynika z przepisów ruchu drogowego, natomiast obowiązek dołączenia do złożonej oferty takich uprawnień wynika niezbitnie z postanowień rozdziału III ust. 10 s.i.w.z.

2. W odniesieniu do wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o.

- a) dołączona do oferty przez firmę IMPEL CLEANING Sp. z o. o. gwarancja zapłaty wadium wygasła w dniu 28.12.2009 roku. Wykonawca nie dostarczył do tego dnia zgody na przedłużenie wadium, nie wniósł też wadium w nowej formie,
- b) pomimo otrzymania wezwania od Zamawiającego, wykonawca nie dostarczył wykazu wykonanych usług odpowiadających rodzajem, zakresem oraz wartością przedmiotowi zamówienia.

3. W odniesieniu do wykonawcy Wielobranżowy Zakład Usługowy Kazimierz Bartodziej i Wspólnicy s.j.

- a) dołączona do oferty wykonawcy gwarancja zapłaty wadium wygasła w dniu 26.12.2009 roku. Wykonawca nie dostarczył do tego dnia zgody na przedłużenie ważności wadium, nie wniósł też wadium w nowej formie.

Zamawiający, pismem z dnia 6 stycznia 2009 roku (przekazanym protestującemu w dniu 7 stycznia 2010 roku) protest oddalił.

Uzasadniając wskazał, iż:

1) w odniesieniu do zarzutów wobec oferty wykonawcy Agro-Service:

- a) zamawiający wyjaśnił, że przedłożona w odpowiedzi na wezwanie do uzupełniania dokumentów opinia bankowa zdaniem zamawiającego potwierdza, że wykonawca Agro-Service posiada wymaganą zdolność kredytową. Zaświadczenie z banku z dnia 26.11.2009 r. poświadcza posiadanie bieżącej i perspektywicznej zdolności finansowej wykonawcy na żadaną przez zamawiającego kwotę 400 tys. zł.,

- b) zgodnie z zapisami s.i.w.z. (rozdział II, ust. 2, tiret 2), zamawiający nie wymagał przedstawienia wykazu osób oddzielnie dla każdego EB,
 - c) Zamawiający wyjaśnił, że zapisy rozdziału III s.i.w.z. (Dokumenty wymagane i stanowiące ofertę) należy rozpatrywać w nawiązaniu do treści rozdziału II s.i.w.z. (Warunki wymagane od wykonawców). W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wymagał dołączenia do oferty uprawnień (prawo jazdy) do kierowania pojazdami wskazanymi w ofercie,
- 2) w odniesieniu do zarzutów wobec oferty wykonawcy Impel Cleaning oraz Wielobranżowy Zakład Usługowy Kazimierz Bartodziej i Wspólnicy s.j. Zamawiający uznał je za bezprzedmiotowe, gdyż w związku z nie przedłużeniem okresu związania ofertą oraz nie przedłużeniem ważności wadium wykonawcy ci zostali wykluczeni z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Oferty w/w wykonawców zostały uznane za odrzucone, a tym samym zarzuty, w ocenie Zamawiającego są nieaktualne.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 18 stycznia 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa UZP, podtrzymując zarzuty i żądania zawarte w proteście. Dodatkowo Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień

publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku ze stanowiskiem Odwołującego, iż wycofuje zarzutu w odniesieniu do wykonawców Impel Cleaning oraz Wielobranżowy Zakład Usługowy Kazimierz Bartodziej i Wspólnicy s.j., Izba pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania.

Odnosząc się zaś szczegółowo do zarzutów stawianych w odniesieniu do wykonawcy Agro-Service, Izba stwierdziła, co następuje.

1. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, iż zarzut dotyczący niespełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszący się do opisanego przez Zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj. zdolności kredytowej - potwierdził się.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dział II opisał warunki udziału w postępowaniu. W ustępie 2 tiret 5 postawił warunek, iż wykonawca zobowiązany będzie do przedstawienia informacji z banku, w którym posiada podstawowy rachunek bankowy, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca musiał posiadać potwierdzoną wysokość środków finansowych lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż 200 000,00 zł dla każdej części zamówienia.

Na potwierdzenie spełniania postawionego warunku wykonawcy mieli obowiązek przedstawić informację z banku, w którym wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający podzielił zamówienie na dwie części: OEB 1 i OEB 5.

Termin składania ofert upływał dnia 27 października 2009 roku.

Wykonawca Agro-Service złożył ofertę na dwie części zamówienia.

Do oferty załączył Zaświadczenie z dnia 14 sierpnia 2009 roku o oznaczeniu MP-VF-91/7001/2008 wystawione przez Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski S.A.

Zaświadczenie powyższe nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dlatego też Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych wezwał wykonawcę do uzupełnienia brakującego dokumentu (pismo Zamawiającego z dnia 9 grudnia 2009 roku).

W odpowiedzi wykonawca Agro-Service złożył zaświadczenie wystawione przez PKO Bank Polski S.A. z dnia 26 listopada 2009 roku o oznaczeniu WMP-0582-VF-135/7001/2009, w którym osoby podpisujące zaświadczenie stwierdziły, iż cyt. *„1) Klient posiada bieżącą oraz perspektywiczną zdolność kredytową na kwotę 400 000,00 zł (słownie złotych: czterysta tysięcy), badaną w oparciu o wyniki finansowe za okres od stycznia 2009 roku do października 2009 (...)”*.

Powyższe zaświadczenie, w ocenie Izby nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tj. na dzień 27 października 2009 roku.

O powyższym świadczą przynajmniej dwie okoliczności.

Po pierwsze. W punkcie 2 w/w zaświadczenia Bank potwierdził, iż *„Obroty po stronie MA i WN za okres od 01.08.2009 r. do 31.10.2009 r. na w/w rachunku zamykały się kwotą 7 cyfrową”*. Powyższe świadczy o tym, iż okres, jaki Bank uwzględnił przy ocenie i badaniu rachunku wykonawcy Agro-Service obejmuje również dni 28, 29, 30 i 31 października 2009 roku, czyli okres po terminie składania ofert. Tym samym zaświadczenie powyższe nie odpowiada obowiązującym przepisom ustawy - Prawo zamówień publicznych, zwłaszcza przepisowi art. 26 ust. 3.

Po drugie. Jak wynika z treści samego zaświadczenia, wysokość zdolności kredytowej wyliczona została w oparciu o wyniki finansowe za okres od stycznia do października czyli od dnia 1 stycznia 2009 roku do dnia 31 października 2009 roku (zgodnie z art. 113 KC w związku z art. 14 Ustawy Pzp). Art. 113 ust. 1 Kodeksu cywilnego stanowi, iż *„Jeżeli termin jest oznaczony na początek, środek lub koniec miesiąca, rozumie się przez to pierwszy, piętnasty lub ostatni dzień miesiąca”*. Oznacza to, że wymagana wysokość zdolności kredytowej mogła być najwcześniej wyliczona na dzień 1 listopada 2009 roku.

Dopiero najwcześniej w tym dniu wykonawca Agro-Service dysponował zdolnością kredytową w wymaganej wysokości, zgodnie z treścią wydanego przez Bank zaświadczenia. To oznacza, iż zdolność kredytowa w wymaganej wysokości została uzyskana w części na podstawie okresu już po upływie terminu do złożenia ofert.

2. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, iż zarzut dotyczący niespełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszący się do opisanego przez

Zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. wykazu osób – nie potwierdził się.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dział II opisał warunki udziału w postępowaniu. W ustępie 2 tiret 2 postawił warunek, iż wykonawca musi dysponować osobą lub osobami posiadającą (-cymi) następujące kwalifikacje:

- minimum średnie wykształcenie w kierunku pielęgnacji i kształtowania terenów zielonych lub ogrodniczym,
- bhp i p.poż.

Na potwierdzenie spełniania w/w warunku Zamawiający żądał wskazania osób odpowiedzialnych za prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia na terenie danego EB. Wykonawcy mieli spełnić żądanie Zamawiającego wypełniając stosownie przygotowany przez Zamawiającego wykaz, wg wzoru określonego załącznikiem Nr 3 do s.i.w.z.

Odwołujący postawił zarzut, iż wykonawca Agro-Service winien na każdą część zamówienia złożyć odrębny wykaz (załącznik Nr 3).

W ocenie Izby postanowienie działu III ust. 10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia może sugerować, iż każdy z wykonawców, który będzie składał ofertę na dwie części zamówienia winien złożyć odpowiednio dwa wykazy. Jednakże w braku zakazu Zamawiającego, iż wykazywane przez wykonawców osoby, do każdej części zamówienia nie mogą być tymi samymi osobami, co na rozprawie potwierdził Odwołujący, powoduje sytuację, iż składający taki wykaz - w jednym egzemplarzu – wykonawca, który jednocześnie składa ofertę na dwie części zamówienia, wykazuje te same osoby do dwóch części zamówienia. Tak samo jak wykonawca, który składa dwa odrębne wykazy do dwóch części zamówienia, jednakże wykazy te wskazują na te same osoby. Skutek takich oświadczeń jest identyczny. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut Odwołującego nie potwierdził się, gdyż nie wywołuje żadnych skutków prawnych i faktycznych w przedmiotowym postępowaniu.

3. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, iż zarzut dotyczący niespełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszący się do opisanego przez Zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. braku przedstawienia uprawnień (prawo jazdy) – nie potwierdził się.

Biorąc pod uwagę treść warunku, jak i zakres żądanych dokumentów, które miały potwierdzać spełnianie postawionego warunku (jak w rozpoznaniu zarzutu Nr 2), Izba stwierdziła, że Odwołujący pozostaje w błędzie żądając, aby wykonawca Agro-Service przedstawił stosowne kwalifikacje dla osób, które będą obsługiwać sprzęt i urządzenia do wykonania robót objętych przedmiotowym zamówieniem – wymienionych w załączniku Nr 4 do s.i.w.z. (strona 40 oferty).

Jak wynika w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał jedynie uprawnień dla osób, które muszą posiadać stosowne kwalifikacje w zakresie:

- minimum średniego wykształcenia w kierunku pielęgnacji i kształtowania terenów zielonych lub ogrodniczym,
- bhp i p.poż.

I tylko dla tych osób konieczne było przedstawienie odpowiednich dokumentów poświadczających posiadanie powyższych kwalifikacji.

Powyższe zgodne jest, w ocenie Izby, z treścią § 1 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Dlatego też Izba uznała zarzut powyższy za bezzasadny.

Reasumując, Izba biorąc pod uwagę treść przepisu art. 191 ust. 1 a ustawy - Prawo zamówień publicznych, na podstawie przepisu art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....