

Sygn. akt KIO/UZP 777/09

WYROK
z dnia 3 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

**Członkowie: Izabela Kuciak
Luiza Łamejko**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Czyścioch bis” Sp. z o.o., ul. Hubala 18, 16 – 400 Suwałki** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, Al. Warszawska 89, 10 – 083 Olsztyn** protestu z dnia **19 maja 2009 r.**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Czyścioch bis” Sp. z o.o., ul. Hubala 18, 16 – 400 Suwałki**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Czyścioch bis” Sp. z o.o., ul. Hubala 18, 16 – 400 Suwałki,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „Czyścioch bis” Sp. z o.o., ul. Hubala 18, 16 – 400 Suwałki.**

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

POSTĘPOWANIE

Zamawiający, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie Rejon w Ełku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia na zimowe utrzymanie dróg krajowych w Rejonie Ełk - zadanie nr 1 na sezon zimowy 2009/2010 i 2010/2011 do 15.05.2011.

WYBÓR OFERTY

W dniu **13.05.2009r.** zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Firmy Usługowej Henryk Chyliński, ul. Chopina 19/10, 19-300 Ełk.

PROTEST

W dniu **19.05.2009r.** Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "CZYŚCIOCH BIS" Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach wniosło protest na ww. czynność zamawiającego.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 8 ustawy oraz § 1 ust. 2 pkt 2, § 1 ust. 2 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. 605 ze zm.) i wniósł o:

1. uchylenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. wykluczenie Firmy Usługowej Henryk Chyliński w Ełku,
3. ponowne dokonanie oceny ofert i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

ewentualnie

4. unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu protestu podniesiono:

„ (...)

1. Firma Usługowa Chylińskiego Henryka w Ełku nie może ubiegać się o udzielenie zamówienia, ponieważ nie spełnia wymogów określonych w art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp, t.j : nie posiada niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego, a także nie dysponuje dostateczną ilością osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Spełnieniem warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia zgodnie z § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. 605 ze zm.) jest:

- należyte wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie" usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia,
- dysponowanie potencjałem technicznym i wystarczającą ilością osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Według Protestującego, Henryk Chyliński złożył nieprawdziwe oświadczenie o spełnieniu warunków określonych w art. 22 ust.1 pkt 2 Pzp.

Henryk Chyliński prowadzący Firmę Usługową w Ełku w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia nie wykonał usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Ponadto według złożonych dokumentów:

- nie dostateczna ilość osób przewidzianych na zapotrzebowany sprzęt,

- brak jest wskazania kwalifikacji zawodowych osób którymi dysponuje lub będzie dysponować Henryk Chiliński.

Z informacji posiadanych przez Protestującego wynika również, że:

- Leszek D. nie jest właścicielem pojazdu samochodowego marki LIAZ o nr rej. NEL 367H,
- Marek S. nie jest właścicielem pojazdu samochodowego marki KAMAZ o nr rej. NEL 128K,
- Mirosław J. nie jest właścicielem pojazdu samochodowego marki IVECO o nr rej. USD 324H ,

2. Wartość przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem przekracza wartość 133 tys. euro.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Przepis art. 26 ust. 1 Prawo zamówień publicznych zobowiązuje Zamawiającego przy wartości szacunkowej zamówienia powyżej 133 tys. EURO do żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Rodzaj tych dokumentów został określony w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.).

Według § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. 605 ze zm.); W celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać następujących dokumentów:

1) wykazu wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie;

2) wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia

postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie;

3) wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca;

3a) pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jeżeli w wykazie, o którym mowa w pkt 3, wykonawca wskazał narzędzia i urządzenia, którymi będzie dysponował;

4) informacji na temat przeciętnej liczby zatrudnionych pracowników lub liczebności personelu kierowniczego, w okresie ostatnich trzech lat, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane lub usługi;

5) 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;

5a) pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia, jeżeli w wykazie, o którym mowa w pkt 5, wykonawca wskazał osoby, którymi będzie dysponował;

6) stwierdzających, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień". "

Żądane dokumenty mają uwiarygodnić samo oświadczenie wykonawcy, że posiada wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny zapewniające realizację zamówienia.

Potwierdza to również liczne orzecznictwo.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 20 grudnia 2007 r. KIO/UZP/1421107 (Lex Polonica nr 1809719) "Art. 26 ust. 1 Pzp jasno określa, że Zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8".

Według wyroku Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 24 stycznia 2006 r. UZP/ZOIO-138/06 Lex Polonica nr 1121535" Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy -Prawo zamówień publicznych w przypadku wartości zamówienia powyżej 60 tys. Euro (obecnie 133 tys. Euro) , Zamawiający jest zobowiązany żądać dokumentów a nie oświadczeń."

W myśl wyroku Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 stycznia 2008r. ,KIO/UZP 11107 (LEX nr 393495)" Przepisy art. 25 ust. 1, art, 26 ust. 1 i 2 p.z.p. przewidują jednoznaczną sytuację, że w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej wartości progów unijnych zamawiający, jeśli stawia wykonawcom jakieś warunki udziału w postępowaniu, powinien bezwzględnie żądać na potwierdzenie tej okoliczności dokumentów. W zamówieniach o wartości poniżej tych progów zamawiający przy weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu może poprzestać jedynie na oświadczeniu wykonawcy".

Wybierając ofertę wykonawcy, który powinien być wykluczony, dokonał zamawiający rażącego naruszenia prawa mającego wpływ na wynik postępowania, co powoduje, że umowa z takim wykonawcą będzie nieważna po myśli art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 P.z.p.

Zaniechanie żądania dokumentów, bezwzględnie narusza postanowienia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji, w ocenie Protestującego, prowadzi do konieczności unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

(...)"

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W związku z brakiem rozstrzygnięcia protestu w terminie określonym w art. 183 ust. 1 pkt 3 ustawy, zgodnie z art. 183 ust. 3 protest należało uznać za oddalony w dniu **02.06.2009 r.**

ODWOŁANIE

Wobec oddalenia protestu, w dniu **05.06.2009 r.** Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "CZYŚCIOCH BIS" Sp. z o.o. z Suwałk wniosło odwołanie do Prezesa UZP.

W odwołaniu zarzucono zamawiającemu naruszenie:

- art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy, pkt.7.2.3 SIWZ, pkt.7.2.2 SIWZ, pkt.8.2.2 SIWZ , pkt.8.2.3 SIWZ., pkt.3.9 Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Robót Zimowego Utrzymania Dróg. Zadanie nr 1, załącznik do SIWZ.
- art. 26 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 8 Pzp, § 1 ust 2 pkt 2 ,§ 1 ust. 2 pkt 3a i § 1 ust. 2 pkt 5a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. 605 ze zm.),
- art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i pkt 6 ustawy, art. 26 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 8 Pzp, § 1 ust. 2 pkt. 2, § 1 ust. 2 pkt 3a i § 1 ust. 2 pkt 5a, ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania.
2. nakazanie powtórzenia czynności badania, oceny ofert oraz wykluczenie z udziału w postępowaniu Henryka Chylińskiego działającego pod nazwą: Firma Usługowa Chyliński Henryk, ul. Chopina 19/10 , 19-300 Ełk wraz z odrzuceniem jego oferty ,
3. nakazanie powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty .

ewentualnie

4. nakazanie unieważnienia postępowania,
5. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i nakazanie dokonania zwrotu tych kosztów przez Zamawiającego na rzecz Strony Odwołującej się.

Odwołujący podtrzymał wnioski i argumenty zawarte w proteście.

Dodatkowo w uzasadnieniu dla twierdzenia, iż wybrany wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, odwołujący podniósł, że Henryk Chyliński „(...) nie dysponował potencjałem technicznym do wykonania zamówienia i przedstawił nieprawdziwe zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia środków transportu i urządzeń.

Zgodnie z pkt.7.2.3 SIWZ "Wykonawca musi dysponować narzędziami i urządzeniami oraz środkami transportu, wymienionymi w formularzu cenowym lub przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do ich udostępnienia".

Oferent przedstawił pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia środków transportu i urządzeń, które w ocenie Odwołującego są nieprawdziwe. Leszek D., Marek S. i Mirosław J. złożyli oświadczenie, że udostępnią środki transportu, stanowiące ich własność. (...)"

Tymczasem z informacji posiadanych przez odwołującego, co zostało przedstawione już w proteście, ma wynikać, iż ww. osoby nie dysponują wskazanymi pojazdami.

Następnie odwołujący wskazał, iż wybrany wykonawca „(...) nie dysponował wystarczającą liczbą osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Zgodnie z pkt.7.2.2 SIWZ "Wykonawca musi mieć do dyspozycji osoby legitymujące się doświadczeniem i kwalifikacjami odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone lub przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia tych osób.

Wykonawca przedstawi w ofercie osoby do obsługi sprzętu (kierowcy i operatorzy), na każdą jednostkę sprzętową, w ilości zgodnej z ilością sprzętu przewidzianego do wykonania usługi na poszczególnych zadaniach".

Oferent wskazał 14 osób do wykonania zamówienia. Liczba ta jest niedostateczna do wykonania zamówienia, ponieważ nie uwzględnia zmianowości obsługi sprzętu.

Zgodnie z pkt.3.9 Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Robót Zimowego Utrzymania Dróg. Zadanie nr 1 "Wymagana jest całodobowa dyspozycyjność sprzętu. Zarówno przy odśnieżaniu jak i zwalczaniu śliskości. Nośniki muszą posiadać całodobową obsadę (operatorów)".

Czternaście osób nie zapewni całodobowej obsady sprzętu w sposób zgodny z ustawą z dnia 16 kwietnia 2004r. o czasie pracy kierowców (Dz.U nr 192, poz. 879 ze zm.).

Ponadto oferent nie wskazał w formularzu 3.2. Potencjał Kadrowy kwalifikacji zawodowych osób, zdolnych do wykonania zamówienia.(...)"

Uwzględniając dokumentację postępowania, a także stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby zarzuty protestu i odwołania są niezasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozważyła zarzuty protestu dotyczące naruszenia art. 22 ust. 1 i 2 ustawy w uzasadnieniu protestu sprowadzone, a w odwołaniu ograniczone do wskazania naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący w proteście stwierdził, iż Firma Usługowa Chylińskiego Henryka w Ełku nie może ubiegać się o udzielenie zamówienia, ponieważ nie spełnia wymogów określonych w art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp, t.j : nie posiada niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego, a także nie dysponuje dostateczną ilością osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Naruszenie, to miałyby więc polegać na dopuszczeniu przez zamawiającego do udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie spełnia warunków sformułowanych w powołanym wyżej przepisie, a ponadto przedstawił nieprawdziwe informacje w tym przedmiocie (poświadczył nieprawdę).

Po pierwsze, zdaniem odwołującego, wybrany wykonawca nie spełnia warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia, gdyż w przeciągu trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia nie realizował usług odpowiadających zakresem i wartością

usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Na dowód czego odwołujący przedstawił faktury VAT dotyczące usług o innym charakterze, które Henryk Chyliński świadczył na rzecz odwołującego.

Pomijając fakt, iż dowód ten nie dowodzi niczego poza tym, że Henryk Chyliński wykonywał na rzecz odwołującego usługi w fakturach opisane (w szczególności nie przesądza o innej działalności przedsiębiorcy), nie ma on żadnego znaczenia w sprawie. W związku z charakterem regulacji ustawowej w tym zakresie oraz postanowieniami siwz, stwierdzić należy, iż wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu nie musieli wykazywać się żadną wiedzą i doświadczeniem związanymi z wykonywaniem usług tego typu.

Konstrukcja norm zawartych w art. 22 ust. 1 Pzp przesądza, iż jedynie warunki wskazane w pkt 1 i 4 tego przepisu mają charakter warunków determinowanych i określanych (w różny sposób) przez odpowiednie przepisy. W przypadku wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy potencjału podmiotowego wykonawcy, uprawnieniem zamawiającego jest określenie minimalnego poziomu wiedzy, doświadczenia czy ilości środków finansowych (etc.) jaki uznaje za niezbędne dla wykonawcy dopuszczonego do ubiegania się o jego zamówienie. Jest to uprawnienie ograniczone tylko niejako „od góry” - zgodnie z ust. 2 art. 22 określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający nie może naruszać konkurencji i ograniczać dostępu do zamówienia ponad miarę, tzn. wyjść poza ich niezbędne minimum uzasadnione rodzajem i zakresem przedmiotu zamówienia. Z drugiej strony zamawiający ma pełną swobodę w rozszerzaniu kręgu podmiotów, które dopuszcza do wykonania swojego zamówienia, tzn. może nie stawiać żadnych warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie – uznając je np., za zbędne w danym przypadku z punktu widzenia ochrony jego interesów związanych z wykonaniem zamówienia, a niosące nadmierne ryzyko zawyżenia cen zamówienia... itp. To zamawiający decyduje o „niezbędności” czy „dostateczności”, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, i które należy przypisać wykonawcom w odniesieniu do danego zamówienia i z punktu widzenia interesów zamawiającego. Natomiast ewentualne ograniczenia dla braku jakichkolwiek restrykcji w dostępie do zamówienia należałoby szukać w zasad wyrażonych w ustawie o finansach publicznych, a nie w Pzp.

Tym samym, wobec braku w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jakichkolwiek wymagań, co do doświadczenia i wiedzy wykonawcy, stwierdzić należy, iż każdy wykonawca spełniający pozostałe warunki udziału w postępowaniu, nawet nie wykonujący dotychczas usług o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia, będzie uprawniony do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, a brak tego typu doświadczenia nie stanowi naruszenia przepisów art. 22 ust. 1 i 2 Pzp.

W odniesieniu do podnoszonego przez odwołującego poświadczenia nieprawdy w przedmiocie dysponowania sprzętem wykazany przez wybranego wykonawcę, tzn. jakoby

wskazane w proteście i odwołaniu osoby – wbrew załączonym do oferty, własnoręcznie podpisanym deklaracjom – nie były właścicielami podanych pojazdów, Izba stwierdziła, iż powyższe w żaden sposób nie zostało dowiedzione. Odwołujący poprzestał jedynie na gołosłownych twierdzeniach, iż opiera się na „posiadanych informacjach”. Pomijając brak dowodu na powyższą okoliczność, odwołujący nie wskazał nawet charakteru czy źródła swoich wiadomości w tym przedmiocie. Biorąc pod uwagę ogólne reguły dowodzenia wynikające z zasady ciężaru dowodu, Izba uznała powyższy zarzut za niepotwierdzony.

Zarzut, iż wybrany wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wynikających z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp ponieważ nie dysponował wystarczającą liczbą osób zdolnych do wykonania zamówienia jest chybiony w świetle wymagań siwz w tym zakresie oraz przepisów ustawy regulujących kwestię potwierdzania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w artykułach 22, 24, 25 i 26 i 44 ustawy oraz zgodności treści zobowiązania wykonawcy (treści oferty) z wymaganiami zamawiającego (treścią siwz), których dotyczą art. 87 i 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z pkt 7.2.2 siwz, według którego „Wykonawca musi mieć do dyspozycji osoby legitymujące się doświadczeniem i kwalifikacjami odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone lub przedstawić pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia tych osób. Wykonawca przedstawi w ofercie osoby do obsługi sprzętu (kierowcy i operatorzy), na każdą jednostkę sprzętową, w ilości zgodnej z ilością sprzętu przewidzianego do wykonania usługi na poszczególnych zadaniach.”

W świetle pierwszego zdania pkt 7.2.2 siwz, za spełniającego warunek uznany być powinien wykonawca posiadający jakąkolwiek osobę o jakichkolwiek kwalifikacjach, byle odpowiadających funkcji, która zostanie mu powierzona. Jeżeli natomiast zdanie drugie uznać za doprecyzowanie i rozwinięcie powyższego, czyli dookreślenie o jakiego rodzaju „funkcje” chodzi oraz wiążącego liczbę osób, którymi ma dysponować wykonawca z liczbą sprzętu, który sam w ofercie do wykonania zamówienia przewidział, to stwierdzić należy, iż Henryk Chyliński tak postawiony warunek jednoznacznie spełnia – przedstawił liczbę osób dokładnie odpowiadającą ilości jednostek sprzętowych, które przewidział do realizacji zamówienia (14). Spełnia więc jedyny warunek udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 dający się zrekonstruować na podstawie powołanych postanowień siwz.

Zdaniu drugie cytowanego punktu siwz posiada jednak również aspekt inny (zwłaszcza w świetle sformułowań użytych w formularzu 3.2 „Potencjał kadrowy” - załącznik do siwz, który stanowi, iż wymienionymi osobami wykonawca nie tylko dysponuje, ale również użyje je do wykonania zamówienia), nie odnoszący się do instytucji podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, ale dotyczący zobowiązania wykonawcy do określonego sposobu realizacji zamówienia przy pomocy konkretnych, wskazanych osób. W ten sposób warunki udziału w

postępowaniu przypisane do wykonawcy i dotyczący jego podmiotowych, umożliwiających mu ubieganie się o udzielenie danego zamówienia właściwości, przenoszone są do sfery przedmiotowej – przyszłych zobowiązań wykonawcy, co do wykonania zamówienia – niejako transponowane do treści oferty.

Zobowiązania wykonawcy wyrażone w oświadczeniu woli co do sposobu wykonania zamówienia jakim jest oferta, należy oceniać w świetle regulacji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W takim zakresie i w odniesieniu do dyspozycji ww. przepisu należałoby oceniać spełnianie przez składane oferty (podawane w nich informacje i zobowiązania) wymagań wynikających ze specyfikacji technicznych ZUD o całodobowej dostępności sprzętu w trakcie realizacji zamówienia i wynikającej z tego konieczności zapewnienia jego obsady. Zaproponowany przez wykonawcę sposób wykonania zamówienia, który ma gwarantować spełnienie przedmiotowych wymagań zamawiającego co do jakości, czasu trwania czy sposobu wykonania (itp.) zamawianych usług, stanowi element treści oferty, i jako taki powinien być oceniany pod kątem zgodności treści oferty z treścią siwz, nie podlega natomiast regulacji przepisów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie postawił żadnych warunków udziału odnoszących się do zapewnienia całodobowej dyspozycyjności sprzętu i związanej z tym wymaganiami jego odpowiedniej obsady.

W związku z powyższym, w odniesieniu do podnoszonego, iż liczba osób przedstawionych do obsługi sprzętu przedstawiona przez Henryka Chylińskiego „jest niedostateczna do wykonania zamówienia, ponieważ nie uwzględnia zmienności obsługi sprzętu”, co ma być niezgodne z dyspozycją art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba stwierdziła brak zarzucanego naruszenia przepisu. Jak już wskazano, kwestię taką należałoby oceniać w świetle ewentualnej zgodności/niezgodności oferty z treścią siwz. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty ze względu na tego typu okoliczność, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaproponowanie sposobu wykonania zamówienia uniemożliwiającego jego prawidłową i zgodną z siwz realizację, nie został jednak sformułowany w odwołaniu i proteście, i tym samym nie podlegał rozpatrywaniu przez Izbę.

W odniesieniu do zarzutu braku podania przez wybranego wykonawcę informacji na temat kwalifikacji osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wymaganych w pkt 8.2.2. siwz i załączniku do siwz - Formularzu 3.2 (Potencjał kadrowy), Izba ustaliła, iż odwołujący ani w proteście, ani w odwołaniu czy w trakcie rozprawy nie wskazał na czym miałby polegać ów brak wskazania kwalifikacji zawodowych, np. czy są to informacje fałszywe, nieadekwatne, niewłaściwe, które nie odpowiadają wymaganiom siwz w tym zakresie...(?) etc...

W związku z powyższym oraz z faktem, iż pewne informacje nt. kwalifikacji osób referujące do ich doświadczenia w rubryce „Kwalifikacje zawodowe” odpowiedniego załącznika do oferty się znajdują, Izba uznała ww. zarzut za niepotwierdzony.

Zarzuty naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie przez zamawiającego żądania przedłożenia wszystkich dokumentów wymienianych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w związku z faktem, iż wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, nie znajdują potwierdzenia w świetle norm prawnych rzeczywiście wynikających z cytowanych przepisów. Niewątpliwie zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 zobowiązany jest do żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a nie tylko oświadczeń w postępowaniach o wartości w przepisach wskazanych. Niemniej jednak powyższe dotyczy obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wynikających z samych przepisów, tj. warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 4 Pzp (czyli dokumentów wymienionych w § 1 ust. 1 ww. rozporządzenia) oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, które w ogóle w postępowaniu występują (dokumenty wymienione w § 1 ust. 2 i 3 rozporządzenia). Żądanie dokumentów zbędnych, np. potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które nie zostały przez zamawiającego postawione, należałoby ocenić jako niezgodne z art. 25 ust. 1 ustawy.

W związku z faktem, iż nie potwierdziły się wskazywane zarzuty naruszenia przepisów w trakcie prowadzonego postępowania, Izba nie dopatrzyła się wystąpienia przesłanek art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, tj. konieczności unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia.

Ponadto Izba wskazuje, iż ze względu na charakter regulacji art. 146 ust. 1 Pzp jako przepisu dotyczącego zawartych umów o udzielenie zamówienia, do orzekania o jego naruszeniach i zastosowaniu powołane są sądy powszechne.

Zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, tym samym wszystkie inne zarzuty naruszenia przepisów wskazane w odwołaniu, a nie sformułowane w proteście, pozostawiono bez rozpoznania.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy, orzeczono 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 (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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....