

Sygn. akt: KIO 379/12

WYROK
z dnia 7 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Józefa Chamota, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe Handel Żłosem Józef Chamot** oraz **Leszka Kuchno, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma "Partner" Import-Export Leszek Kuchno, 37 – 430 Jeżowe** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Ustrzyki Dolne, 38 – 700 Ustrzyki Dolne, ul. Mikołaja Kopernika 1**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie decyzji o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Józefa Chamota, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe Handel Żłosem Józef Chamot** oraz **Leszka Kuchno, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma "Partner" Import-Export Leszek Kuchno, 37 – 430 Jeżowe** z postępowania oraz powtórzenie badania i oceny ofert z zastosowaniem procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w odniesieniu do dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Ustrzyki Dolne, 38 – 700 Ustrzyki Dolne, ul. Mikołaja Kopernika 1, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Józefa Chamota, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe**

Handel Złomem Józef Chamot oraz Leszka Kuchno, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma "Partner" Import-Export Leszek Kuchno, 37 – 430 Jeżowe, tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2** zasądza od **Gminy Ustrzyki Dolne, 38 – 700 Ustrzyki Dolne, ul. Mikołaja Kopernika 1** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Józefa Chamota, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe Handel Złomem Józef Chamot oraz Leszka Kuchno, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma "Partner" Import-Export Leszek Kuchno, 37 – 430 Jeżowe** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Krośnie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Gmina Ustrzyki Dolne (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Rekultywacja składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Brzegach Dolnych, gmina Ustrzyki Dolne.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 stycznia 2012 r., poz. 28614 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 24 lutego 2012 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Józef Chamot, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe Handel Złotem Józef Chamot oraz Leszek Kuchno, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma „PARTNER” Import-Export Leszek Kuchno (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wykluczenia ich z postępowania i zarzucili Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie czynności wzywających Odwołującego do przedłożenia właściwych dokumentów.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zamawiający w ocenie Odwołującego nieprawidłowo uznał, że z przedstawionych referencji nie wynika, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych Zamawiający jest zobowiązany do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów albo zawierają one błędy.

Zaniechanie czynności określonych w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przez Zamawiającego stanowi naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia i sprecyzowania przedłożonych dokumentów w celu wykazania wartości jednego zadania odpowiadającego swoim rodzajem i wartością robót budowlanych.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o:

1. zakaz zawierania umowy na wykonanie zadania objętego przetargiem.
2. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W części III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali, że wykonali „co najmniej jedno zadanie odpowiadające swoim rodzajem i wartością robót budowlanych w wysokości minimum 30% (netto) stanowiącym przedmiot zamówienia. Zamawiający uznaje również jako odpowiadające swoim rodzajem wykonanie robót, jak: roboty drogowe”.
2. Odwołujący do oferty załączył referencje z dnia 12 stycznia br., z których wynikało, że jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonał w roku 2011 prace „związane z budową i remontem dróg” na określonej kwotę, w tym prace z zakresu robót drogowych, roboty w zakresie naprawy i konserwacji dróg oraz roboty odwadniające.
3. Zamawiający nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia bądź wyjaśnienia złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Pismem z dnia 17 lutego br. (przesłaną listem poleconym) poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, ponieważ z przedstawionych przez niego referencji nie wynika, że wykonał jedno zadanie spełniające wymogi Zamawiającego, jedynie opisano wartość robót w skali roku.

Wobec powyższych ustaleń, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, to oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych), przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych).

W konsekwencji, jeżeli wykonawca w ofercie nie wykaże, że spełnia warunek udziału w postępowaniu (za pomocą dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych), to przepis art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia oświadczeń lub dokumentów. Pogląd, że Zamawiający ma obowiązek wezwać do uzupełnienia dokumentów, bez względu na to, czy takich dokumentów nie złożono, czy też złożone dokumenty zawierają błędy bądź nie potwierdzają one spełnienia warunków w postępowaniu (dokument niepotwierdzający spełnienia warunków udziału w postępowaniu można potraktować jak niezłożenie dokumentu), został już ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Natomiast art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przewiduje możliwość żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, równocześnie stanowiąc, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie zmian w jej treści innych niż poprawienie oczywistych omyłek pisarskich, omyłek rachunkowych oraz innych omyłek (których poprawienie nie powoduje zmian w treści oferty).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powoływał się na orzeczenie wyrok z dnia 13 września 2010 r., sygn. akt KIO 1863/10, wskazując, że przy podejmowaniu decyzji o wykluczeniu oparł się na stanowisku zaprezentowanym tamże, w którym wskazano, że wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Rzeczywiście, Izba w przywołanym orzeczeniu stwierdziła, że „zamawiający nieprawidłowo zastosował w wezwaniu z dnia 16 sierpnia 2010 r. tryb wyjaśnień określony w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia w tym trybie mogą dotyczyć wyłącznie treści oferty. Przepis ten nie ma zastosowania do

wyjaśniania treści dokumentów lub oświadczeń, składanych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podstawą prawną do wyjaśniania treści ww. oświadczeń i dokumentów jest art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto, wyjaśnienia nie mogą prowadzić w rzeczywistości do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu, która nie została w nim zawarta. Wyjaśnienia służyć mają natomiast rozwianiu wątpliwości, które wynikają z niejasnych lub sprzecznych ze sobą treści dokumentów. Wyjaśnienia podające treść, której w ogóle nie ma w dokumencie lub oświadczeniu stanowią de facto – jego uzupełnienie.”. Jednak cytowanym uzasadnieniu Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający błędnie zastosował jako podstawę wezwania do wyjaśnień art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, podczas kiedy powinien był zastosować tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w istocie wzywał do wyjaśnień/uzupełniał dokumenty potwierdzające spełnienie warunków podmiotowych, a nie treść oferty.

Należy wyraźnie odróżnić treść oferty (którą można i należy wyjaśniać w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, lecz wyjaśnienia te nie mogą prowadzić do jej zmiany) od dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (które Zamawiający zobowiązany jest uzupełnić i wyjaśnić na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych). W niniejszym stanie faktycznym, wobec braku potwierdzenia przez referencje załączone do oferty, czy wykonane prace stanowiły jedno zadanie, Zamawiający powinien był wezwać do ich uzupełnienia/wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych.

Konsekwencje odróżnienia treści oferty od dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu są o tyle doniosłe, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest podstawą odrzucenia oferty w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (przy czym podkreśla się, że treść oferty w kontekście podstawy do jej odrzucenia powinna być rozumiana w wąskim znaczeniu, w zakresie odpowiadającym temu pojęciu stosowanemu w prawie cywilnym, tj. jako zakres świadczenia wykonawcy), a niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest przyczyną wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

Równocześnie zauważyć należy, że określając podstawę faktyczną wykluczenia Odwołującego z postępowania w piśmie z dnia 17 lutego 2012 r., Zamawiający wskazał jedynie, że z referencji załączonej do oferty nie wynika, że wykonano jedno zadanie, bowiem mówi ona o wartości robót w skali roku. Tymczasem na rozprawie Zamawiający rozszerzył postawę faktyczną wykluczenia, podnosząc, że zakres prac przedmiotowo nie odpowiadał jego wymogom. Izba podkreśla, że Zamawiający wykluczając wykonawcę z postępowania, powinien wskazać wyraźnie wszystkie podstawy prawne i faktyczne wykluczenia wykonawcy z postępowania, a zanim to nastąpi, powinien wezwać go do wyjaśnień bądź uzupełnienia

dokumentów – i wezwanie to powinno również być precyzyjne, tj. opisywać wszystkie oczekiwania Zamawiającego wobec złożonych dokumentów. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie może bądź wyjaśnić/uzupełnić złożony już dokument, bądź złożyć nowy dokument, potwierdzający wykonanie innych prac, które potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu (podobnie przykładowo wyrok KIO z dnia 1 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 992/08 – odnoszący się do uzupełnienia uprawnień nowej osoby, uprzednio nie ujętej w wykazie).

Na marginesie Izba wskazuje, że Zamawiający powinien opisując sposób oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu określić swoje wymagania przez wskazanie skonkretyzowanej kwotowo wartości wykonanych prac, tymczasem w tym postępowaniu Zamawiający określił wartość „w wysokości 30% (...) przedmiotu zamówienia”.

Izba nie przychyliła się do żądania odwołania, w którym Odwołujący wnosił o wydanie zakazu zawierania umowy na wykonanie zadania objętego przetargiem, ponieważ z mocy art. 183 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Zamawiający nie może do dnia wydania orzeczenia przez Izbę zawrzeć umowy, o ile wniesiono odwołanie.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, lecz doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, a naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....