

Sygn. akt: KIO/UZP 816/10

WYROK
z dnia 20 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Aneta Mlącka

Emil Kuriata

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BUD-LAS Sp. z o.o., Wiartel 3, 12-200 Pisz** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Pisz, ul. Gdańska 24, 12-200 Pisz** protestu z dnia 12 kwietnia 2010 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża **BUD-LAS Sp. z o.o., Wiartel 3, 12-200 Pisz** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **BUD-LAS Sp. z o.o., Wiartel 3, 12-200 Pisz**,
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Pisz prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania (zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp") – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Pisz w 2010 roku (podzielone na 11 części).

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 06.11.2009 r.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

W dniu 02.04.2010 r. zamawiający poinformował o wyborze w części 8 zamówienia jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grzegorz Ryszard Ostrowski, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne Ostrowski Grzegorz Ryszard oraz Bogdan Samul, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne Bogdan Samul, zwanych dalej „Konsorcjum”.

PROTEST

W dniu 12.04.2010 r. BUD-LAS Sp. z o.o. wniosła protest wobec ww. czynności zamawiającego, domagając się wyboru jej oferty po uprzednim wykluczeniu Konsorcjum z postępowania (zarzucając zamawiającemu bezprawne zaniechanie wykluczenia Konsorcjum).

Protestujący podniósł, iż wybrane Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających dysponowanie wymaganymi osobami wskazało p. Aleksandra B., – osobę spełniającą wymagania siwz w zakresie posiadania wykształcenia średniego leśnego – jednakże wbrew dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp nie potwierdziło, iż dysponowało jęgo osobą w chwili składania ofert.

Przedstawiono jedynie oświadczenie wyżej wymienione o wyrażeniu zgody na wykorzystywanie jego danych osobowych w przetargu przez Konsorcjum, co nie jest równoznaczne ze zgodą na dysponowanie jego osobą. Ponadto oświadczenie to zostało złożone w dniu uzupełnienia dokumentów, a nie na dzień składania ofert, a więc choćby z tego względu nie można przyjąć, iż jest wystarczające.

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU

W dniu 19.04.2010 zamawiający ww. protest w całości oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu podniesiono, m.in., iż wybrany wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, przedstawił p. Aleksandra B., którego świadectwo dojrzałości z technikum leśnego załączył.

Po ww. uzupełnieniu dokumentów zamawiający dokonał oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu na podstawie ww. świadectwa, które potwierdza, iż p. Aleksander B. wymagane średnie wykształcenie leśne posiada od roku 1959, a więc daleko przed datą składania ofert w niniejszym postępowaniu. Tym samym zamawiający uznał, że Konsorcjum wykazało spełnianie warunku dysponowania osobami upoważnionymi do kontaktów z zamawiającym posiadającymi co najmniej wykształcenie średnie leśne.

Ponadto zamawiający wskazał, iż oświadczenie o możliwości dysponowania danymi osobowymi nie było przez niego wymagane i jako takie nie było przez niego brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

ODWOŁANIE

W dniu 28.04.2010 r. BUD-LAS wniosła odwołanie podtrzymując zarzuty i żądani protestu.

Odwołujący podkreślił, iż na podstawie przedłożonych przez Konsorcjum zamawiający uznał, że wskazana osoba dysponuje wymaganym wykształceniem, co jest poza sporem. Wykształceniem tym, osoba ta, dysponowała od dnia 27 maja 1959r. i na tej podstawie zamawiający dokonał błędnej oceny, że z tą datą Konsorcjum dysponowało przedmiotową osobą tj. przed datą składania ofert. Tymczasem z treści art. 26 ust. 3 wprost wynika, że wykonawca powinien dysponować osobą spełniającą wymogi siwz, co najmniej na dzień składania ofert, a nie jakkolwiek osoba powinna spełniać te warunki w tym czasie.

Cytowany wyżej przepis stanowi, że wykonawca, na żądanie zamawiającego, winien udokumentować fakt spełnienia warunku ubiegania się o zamówienie i to w dacie tam określonej. Od wykonawcy zależy jakimi dokumentami powyższe potwierdzi. Wybrane Konsorcjum takiego dokumentu na wezwanie zamawiającego nie przedłożyło, a tym samym, nie udokumentowało spełnienia wskazanych wyżej wymogów. Ponadto czynność tej nie można konwalidować, w żadnym zakresie, w terminie późniejszym.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W pkt 8.2.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) zamawiający w ramach sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu wymagał przedłożenia: „Wykaz osób upoważnionych do kontaktów w terenie z przedstawicielami zamawiającego w trakcie realizacji zamówienia – minimum 1 osoba z co najmniej średnim wykształceniem leśnym na złożoną ofertę.

Wyrokiem z dnia 11 marca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 121/10, 122/10, 123/10) Krajowa Izba Odwoławcza uznając, iż pierwotnie wskazane przez Konsorcjum osoby nie legitymują się wymaganym wykształceniem, nakazał zamawiającemu wezwanie Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazania dysponowania osobami upoważnionymi do kontaktów z zamawiającym posiadającymi co najmniej wykształcenie średnie leśne, o których mowa w pkt. 8.2.2.2 siwz

Wykonując ww. wyrok Izby zamawiający w dniu 01.04.2010 r. zwrócił się do Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazania dysponowania osobami upoważnionymi do kontaktów z zamawiającym posiadającymi co najmniej wykształcenie średnie leśne, o których mowa w pkt. 8.2.2.2 siwz (w zakresie części 8 zamówienia).

W odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego pismem z dnia 02.04.2010 (przekazanym zamawiającemu w tym samym dniu) Konsorcjum wskazało, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy uzupełnia ofertę o wykaz osoby upoważnionej do kontaktów z zamawiającego posiadającej wykształcenie średnie leśne. Do pisma przewodniego załączono kopię Świadectwa Dojrzałości z dnia 27.05.1959 r. p. Aleksandra B z Technikum Leśnego w Warcinie oraz jego oświadczenie złożone z datą 02.04.2010 r., w którym oświadczył, że wyraża zgodę na podanie własnych danych osobowych w przedmiotowym przetargu.

Uwzględniając powyższe, Izba 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.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy 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.

Następnie zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy 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.

Zdanie drugie powołanego przepisu stanowi, iż złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Wobec klarownego brzmienia ww. przepisu w odniesieniu do wymogu, aby uzupełnione oświadczenia i dokumenty potwierdzały spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu składania ofert, nie ma potrzeby dokonywania jego jakiegokolwiek pogłębionej wykładni w zakresie daty, w której warunki udziału w postępowaniu winny być spełnione. Jakkolwiek wątpliwości interpretacyjne odnośnie zakresu i sposobu dopuszczalnych uzupełnień rozstrzygnęło dopiero orzecznictwo, przesądzając o możliwości przedkładania zupełnie nowych, zmienionych wykazów sprzętu, osób czy doświadczenia, to odnośnie daty, w której warunki winny być spełniane i co powinno zostać potwierdzone w wyniku uzupełnienia, żadne wątpliwości w praktyce stosowania ustawy nigdy nie występowały. Przyjmuje się więc możliwość przedłożenia w ramach uzupełnienia, np. wykazu zrealizowanych robót zawierającego pozycje zupełnie inne niż wykazywane pierwotnie, albo przedłożenia zmienionego wykazu osób, który pierwotnie spełniania warunków nie potwierdzał. Jednakże w świetle powołanego przepisu za oczywiste uznać należy, że wykazywane (uzupełniane) w ten sposób na potwierdzenie wymaganych zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy doświadczenia czy potencjału personalnego – roboty powinny zostać zrealizowane przed dniem składania ofert/wniosków, a nowymi/uzupełnionymi osobami wykonawca powinien dysponować również w tej dacie lub w tej dacie posiadać zobowiązanie innych podmiotów, że takie osoby mu udostępnią.

Ustawa nie określa natomiast formalnego sposobu wykazania, iż uzupełnione dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu na daną datę. Przepisy nie opisują szczegółowo w jaki sposób uzupełnione dokumenty mają tą okoliczność oddawać i

wyrażać. O ile np. w przypadku realizacji robót czy dostaw czas ich ukończenia wynika z żądanych oraz podawanych zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 i 2 rozporządzenia 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. 605 oraz Dz. U. z 2008 Nr 188, poz. 1155) - dat ich wykonania, to w przypadku żądania zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 5 ww. rozporządzenia wykazania osób, którymi dysponuje wykonawca brak jest konieczności oddzielnego potwierdzenia czy wskazywania ram czasowych „dysponowania” czy określania i wykazywania w jaki sposób (za pomocą jakiego węzła obligacyjnego czy faktycznego) wymienione w przepisach rozporządzenia oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy „dysponowanie” realizuje się oraz na czym polega. Przyjmuje się więc, iż wystarczające jest samo przedłożenie stosownego wykazu osób w tym przedmiocie, przy pomocy którego wykonawca te okoliczności potwierdza. W przypadku aktualnego dysponowania osobami zamawiający, jak i wykonawca mogą poprzestać na deklaracji tego ostatniego w tym przedmiocie (inaczej niż w przypadku przyszłego udostępniania osób, gdzie zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 5a ww. rozporządzenia wymagane jest przedłożenie 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 dopiero dysponował w przyszłości).

Brak więc również podstaw do twierdzenia, iż w ramach uzupełniania wykazu osób, którymi dysponuje wykonawca, winien on składać jakieś oddzielne deklaracje czy dokumenty potwierdzające w jaki sposób oraz kiedy wykazywanymi osobami dysponował, gdy z samej treści oraz kontekstu zastosowania wykonywanej w tej sytuacji dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp wynika, że przedkładany, stosowny wykaz (a więc dokument prywatny będący w rzeczywistości oświadczeniem własnym wykonawcy) odnosi się i potwierdza spełnianie warunku dysponowania stosownymi osobami oraz że potwierdzenie to następuje na dzień składania ofert.

Ponadto w niniejszym postępowaniu wybrane w części 8 zamówienia Konsorcjum deklarację odnoszącą się do daty na którą potwierdzało spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w uzupełnieniu z dnia 02.04.2010 w rzeczywistości złożyło. W rzeczonym piśmie stwierdzono, iż wskazuje się nową osobę (uzupełnia wykaz) zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Tym samym biorąc pod uwagę treść przepisu, na który powołał się wykonawca, przyjąć należy, że potwierdził w ten sposób również okoliczność spełniania warunku w wymaganej dacie w treści tego przepisu zawartą.

W świetle powyższego uzupełnienie dokumentów oraz potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganymi osobami dokonane przez Konsorcjum uznać należy za formalnie poprawne, tj. potwierdzające dysponowanie określoną osobą w dacie składania ofert powołanej w art. 26 ust. 3 ustawy.

Powyższego w żadnym razie nie przekreśla oświadczenie Aleksandra B. o zgodzie na wykorzystanie danych osobowych złożone w dacie uzupełnienia a nie składania ofert i przedstawione zamawiającemu przez wykonawcę. Z treści tego zbędnego w świetle przepisów ustawy, które nie było również żądane przez zamawiającego, oświadczenia, nie wynika, że wykonawca nie dysponował wskazaną osobą w dacie składania ofert – wyrażona w danym momencie zgoda na wykorzystanie w konkretnych okolicznościach danych osobowych nie przesądza, iż uprzednio nie istniały faktyczne lub prawne okoliczności, które pozwoliłyby na zakwalifikowanie stosunku pomiędzy wykonawcą a daną osobą jako „dysponowanie”.

W treści swojego protestu i odwołania BUD-LAS Sp. z o.o. zdawała się skupiać na formalnym aspekcie dokonanego przez Konsorcjum uzupełnienia, tj. wskazywała, że zabrakło tam wymaganego w art. 26 ust. 3 Pzp potwierdzenia czy wskazania, że podaną osobą wybrani wykonawcy dysponowali na dzień składania ofert (do czego Izba odniosła się w powyżej). Odwołujący nie wskazał natomiast żadnych dowodów czy okoliczności, które świadczyłyby o materialnym niespełnieniu opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania daną osobą w wymaganym ustawowo momencie, tj. nie wykazał, iż Konsorcjum osobą p. Aleksandra B. w grudniu zeszłego roku (w dacie składania ofert) w rzeczywistości nie dysponowało. Nie przedstawił np. oświadczenia wyżej wymienionego, które przeczyłoby jego „związkom” z Konsorcjum, nie wnioskował o jego przesłuchanie w charakterze świadka... etc... - co mogłoby niewątpliwie potwierdzić brak spełniania warunku udziału w postępowaniu w terminie ustawowym i stanowić o konieczności wykluczenia Konsorcjum w tej sytuacji. Ponadto nie wskazał okoliczności faktycznych lub prawnych, które przynajmniej stanowiłyby poszlakę, iż współpraca (dysponowanie) pomiędzy Aleksandrem B. a Konsorcjum w owym czasie była niemożliwa czy chociażby nieprawdopodobna, a tego typu wątpliwości mogłyby stanowić przynajmniej podstawę do nakazania zamawiającemu zwrócenia się do wykonawcy o stosowne wyjaśnienia w tym przedmiocie.

Biorąc pod uwagę powyższe zważenia jeszcze raz podkreślić należy, że Konsorcjum dokonało zgodnego z ustawą uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w znaczeniu formalnym, tj. przedłożyło dokumenty w sposób z ustawie opisany, potwierdzające i odnoszące się do okoliczności w ustawie i siwz wymaganych. Ponadto biorąc pod uwagę zasadę rozkładu ciężaru dowodu (art. 6 Kodeksu cywilnego) w przedmiocie udowodnienia okoliczności skutkujących materialną oceną faktu spełniania bądź niespełniania warunków udziału w postępowaniu, stwierdzić należy, iż brak podstaw do uznania, że wybrane Konsorcjum podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 bądź 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....