

Sygn. akt: KIO 1487/13

WYROK

z dnia 9 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **19 czerwca 2013 r.** przez wykonawcę: **M..... D.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **FMD D..... M..... ul. Zygmuntowska 12, 39-300 Mielec**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Ośrodek Sportu i Rekreacji „Huragan” w Wołominie ul. Korsaka 4, 05 - 200 Wołomin**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego M..... D..... firmę FMD D..... M..... ul. Zygmuntowska 12, 39-300 Mielec,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **M..... D.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **FMD D..... M..... ul. Zygmuntowska 12, 39-300 Mielec**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7

dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1487/13

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Świadczenie kompleksowych usług związanych z utrzymaniem czystości w obiekcie krytej Pływalni Ośrodka Sportu i Rekreacji „Huragan” w Wołominie przy ul. Korsaka 4. ” (BZP poz. 204284 z dnia 27.05.2013 r.), w dniu 19 czerwca 2013 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: M..... D....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FMD D..... M....., z siedzibą w Mielcu, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia drogą elektroniczną w dniu 14 czerwca 2013 r. o odrzuceniu złożonej oferty i wyborze oferty wykonawcy: AMLUX Sp. z o.o. ul. Grójecka 77, 02-094 Warszawa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Ośrodkowi Sportu i Rekreacji „Huragan” w Wołominie, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm., dalej ustawa Pzp), które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez odrzucenie złożonej oferty.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody skutkiem niezgodnych z ustawą Pzp czynności zamawiającego, skarżący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że w dniu 14 czerwca 2013 r. został powiadomiony o odrzuceniu jego oferty z uwagi na brak udokumentowania posiadania sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia oraz nieprzedstawienie wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający uznał tym samym, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że skarżona czynność zamawiającego jest bezpodstawna i narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Argumentował dalej, że istotą regulacji dającej zamawiającemu prawo do odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wykazanie, że zakwestionowana oferta jest sporządzona w sposób odmienny, niż określają to postanowienia SIWZ. Użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sformułowania „treść oferty” i „treść SIWZ” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia. Treść oferty - to jednostronne

zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (tak orzekła m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 5 marca 2010 roku, KIO/KD 15/10, publ. Lex Polonica 2227032). Odwołujący zaznaczał, że stanowisko wyrażone w powołanej powyżej uchwale jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednolite i ogólnie należy przyjąć, że o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości. Sformułowania „treść oferty” i „treść SIWZ” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów - wyrok KIO z 29.08.2008 r., KIO/UZP 847/08, KIO/UZP 851/08/). Odwołujący przekonywał, że na gruncie niniejszej sprawy niewątpliwie jest, że nie można mówić o niezgodności złożonej oferty z SIWZ, bowiem zakres zobowiązania wykonawcy pokrywa się w całości z przedmiotem zamówienia. Natomiast przy stwierdzaniu niezgodności oferty z treścią SIWZ nie należy brać pod uwagę spełniania warunków udziału w postępowaniu, ani zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Te sprawy reguluje przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, nakazujący wykluczyć wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przy czym, ewentualna czynność wykluczenia powinna zostać poprzedzona wezwaniem do złożenia wymaganych przez zamawiającego dokumentów, w zakresie udokumentowania posiadania sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia oraz wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Odwołujący podsumował, że odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi naruszenie przepisów tej ustawy, czym naruszono także obowiązek zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie ma więc podstaw do stwierdzenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 20 czerwca 2013 r. za pośrednictwem faksu w dniu 21 czerwca zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca AMLUX Sp. z o.o. ul. Grójecka 77, 02-094 Warszawa, który wnosił o oddalenie odwołania i powołał się na interes w utrzymaniu czynności zamawiającego wyboru złożonej oferty do realizacji zamówienia.

Izba nie dopuściła zgłaszającego przystąpienie wykonawcy AMLUX Sp. z o.o., gdyż przystąpienie zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym, weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się do stron.

Przystąpienie złożone w inny sposób (faksem) nie wywołuje skutków prawnych.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Postępowanie jest prowadzone w procedurze poniżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, jednakże dotyczy odrzucenia oferty odwołującego, jest więc dopuszczalne przepisem art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 5 lipca 2013 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie, z następującym uzasadnieniem „*W dniu 14.06.2013 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w związku z nie udokumentowaniem posiadania sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia oraz braku wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia, z uwagi na niezgodność w tym zakresie oferty Odwołującego z treścią SIWZ.*

W myśl art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p., treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. wskazuje natomiast, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Nie ulega żadnej wątpliwości, że oferta Odwołującego w zakresie posiadanego sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia i całkowity brak wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia różni się od postanowień zawartych w SIWZ.

Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia tejże przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, właściwości, warunków realizacji i innych elementów, którym zamawiający nadał rangę istotnych - dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego spełnienia zamawiający oczekuje - zgodnie z

postanowieniami SIWZ (uzasadnienie Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 20 marca 2013 r. KIO 538/13).

Skoro postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane, a na etapie oceny ofert brak było podstaw do rewidowania ich treści, zatem wszyscy uczestnicy przetargu, jak i sam zamawiający - byli związani opisem przedmiotu zamówienia i sposobu spełnienia wymagań, zamieszczonym w SIWZ

Oferta, aby spełnić warunek określony jako niezbędny w art. 66 § 1 k.c. (czyli warunek określania istotnych postanowień umowy), musi w pełni odpowiadać wymaganiom określonym w specyfikacji. Za element oferty w postępowaniach, w których składanie ofert nie jest poprzedzone wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, należy uznać również dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dopiero z treści tych elementów można bowiem wywnioskować, czy oferta odpowiada wymaganiom udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Aby zamówienie mogło być udzielone (mogła być zawarta umowa), oferta musi odpowiadać wszystkim wymaganiom SIWZ, w szczególności potwierdzać, czy wykonawca spełnia w ogóle warunki udzielenia zamówienia. Bez takiego potwierdzenia w ofercie (warunków udzielenia zamówienia), nie mamy do czynienia z ofertą w pełni odpowiadającą definicji kodeksu cywilnego.

W przypadku składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, chcąc złożyć ofertę nie podlegającą odrzuceniu, muszą uwzględnić wymagania ustawy oraz wymagania zamawiającego określone w SIWZ

Zgodnie z treścią pkt 2.2.4.2 SIWZ „Świadczenie usługi przez Wykonawcę odbywać się będzie w oparciu o pracowników zatrudnionych zgodnie z prawem polskim, którzy stanowić będą stały skład personelu zatrudnionego przez Wykonawcę przez cały okres obowiązywania umowy. Wykonawca nie może powierzyć wykonania umowy osobom trzecim”. Pkt 2.2.4.4 SIWZ stanowi, iż „Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia imiennej listy pracowników przewidzianych do realizacji zadania”. Zgodnie z pkt 2.2.4.5. „Wykonawca zobowiązany jest do wskazania 2 osób przewidzianych jako przyszłego kierownika serwisu sprzątającego oraz jego zastępcę(...)”.

Natomiast zgodnie z pkt. 2.2.4.16 SIWZ „Wykonawca udokumentuje posiadanie sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia:(...)”.

Dowód: treść SIWZ

Tym samym Odwołujący nie wykazał dwóch rzeczy, co było przesłanką zastosowania wobec niego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., a mianowicie posiadania sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Z szeroko rozumianej ostrożności procesowej podnoszę, iż wbrew stanowisku Odwołującego w wypadku zaistnienia przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w sytuacji kiedy rzeczony przetarg jest nieograniczony, Zamawiający nie ma obowiązku poprzedzać czynności odrzucenia oferty wezwaniem Odwołującego do złożenia wymaganych dokumentów w zakresie udokumentowania posiadania sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia oraz wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia.”

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z zestawienia złożonych ofert, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty odwołującego.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przetarg obejmuje: „Świadczenie kompleksowych usług związanych z utrzymaniem czystości w obiekcie krytej Pływalni Ośrodka Sportu i Rekreacji „Huragan” w Wołominie przy ul. Korsaka 4.”

Rozdział II. Pkt 2.2. SIWZ .Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

Pkt 2.2.4.2 SIWZ. Świadczenie usługi przez Wykonawcę odbywać się będzie w oparciu o pracowników zatrudnionych zgodnie z prawem polskim, którzy stanowić będą stały skład personelu zatrudnionego przez Wykonawcę przez cały okres obowiązywania umowy. Wykonawca nie może powierzyć wykonania umowy osobom trzecim.

Pkt 2.2.4.4 SIWZ stanowi, iż Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia imiennej listy pracowników przewidzianych do realizacji zadania.

Zgodnie z pkt 2.2.4.5. SIWZ. Wykonawca zobowiązany jest do wskazania 2 osób przewidzianych jako przyszłego kierownika serwisu sprzątającego oraz jego zastępcę(...).

Pkt. 2.2.4.15. SIWZ. Rodzaj, jakość i wydajność sprzętu, określonego w załączniku nr 2 do umowy gwarantuje prawidłową i płynną realizację przedmiotu umowy.

Zgodnie z pkt. 2.2.4.16 SIWZ Wykonawca udokumentuje posiadanie sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia:(...).

W rozdziale III SIWZ zamawiający podał, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Pkt 3. Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia spełniającymi wymagania wraz z kwalifikacjami – załącznik nr 5 do

SIWZ.

W zakresie potencjału technicznego, zamawiający w SIWZ warunków udziału nie sprecyzował.

W rozdziale V SIWZ zamawiający wśród dokumentów, które zobowiązany był złożyć wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wymienił pkt B) Wykaz osób, 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 oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (...) wg zał. nr 5 do SIWZ.

Termin składania ofert wyznaczono na dzień 6.06.2013 r.

W rozdziale XVIII SIWZ jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena.

Formularz ofertowy według załącznika nr 1 do SIWZ, zawiera oświadczenie wykonawcy pkt V, że załącznikami do niniejszej oferty są wszystkie załączniki wymienione w SIWZ.

W wykazie załączników do SIWZ, str. 11 SIWZ, wymienia się między innymi załączniki do wzoru umowy - nr 2 (wykaz niezbędnego sprzętu przeznaczonego do realizacji zamówienia, załącznik nr 3 - (wykaz niezbędnych materiałów i środków czystości przeznaczonych do realizacji zamówienia).

Wzór umowy stanowi zał. nr 6 do SIWZ.

Oświadczenie wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, stanowi zał. nr 2 do SIWZ.

W § 2 ust. 3 wzoru umowy, zamawiający podał, że usługi, o których mowa w § 1 będą wykonywane przez pracowników wykonawcy i przy użyciu sprzętu technicznego, materiałów i środków czystości zakupionych z własnych środków finansowych wykonawcy, a określonych szczegółowo w zał. nr 2 (wykaz niezbędnego sprzętu przeznaczonego do realizacji zamówienia), załącznik nr 3 (wykaz niezbędnych materiałów i środków czystości przeznaczonych do realizacji zamówienia).

Wykaz niezbędnego sprzętu przeznaczonego do realizacji zamówienia, którym dysponuje wykonawca, powinien zawierać: dane dotyczące producenta, rodzaju, modelu, ilość sztuk, rok produkcji, przynależność, opis funkcji urządzenia.

W objaśnieniach do tabeli podano: Wymagania dotyczące sprzętu. Wykonawca udokumentuje, że posiada sprzęt niezbędny do realizacji zamówienia: podwodny odkurzacz basenowy (...) 2 szt., maszyna dyskowa do czyszczenia powierzchni poziomych 1 szt., myjka ciśnieniowa (...) 1 szt., maszyna szorująca akumulatorowa bębnowa 1 szt. Wykonawca wykaże również, że dysponuje lub będzie dysponował następującym sprzętem

niezbędnym do realizacji zamówienia: kombajn sprzątający o zasilaniu akumulatorowym (2 szt.), myjka ciśnieniowa (1 szt.), agregat pary do dezynfekcji 1 szt., ściągaczki gumowe do ściągania zastoju wodnych 2 szt., profesjonalne wózki serwisowe 2 szt.

W odpowiedzi na zapytanie do SIWZ z dnia 2 czerwca 2013 r. proszę o podanie w jaki sposób zleceniobiorca ma udowodnić, że posiada wymieniony sprzęt, zamawiający podał, że zgodnie z SIWZ – zał. nr 2 do umowy – ma przedstawić wykaz sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia (np: umową, fakturą zakupu).

Oferty złożyło 3 wykonawców.

1. Odwołujący podał cenę brutto 101 603,51 zł,
2. Zgłaszający przystąpienie wykonawca AMLUX Sp. z o.o. podał cenę brutto 120 387,60 zł,
3. Koloryt Plus Sp. z o.o. podał cenę brutto 132 898,94 zł.

W ofercie odwołującego brak:

1. wypełnionego wykazu osób, które będą realizować zamówienie; wykonawca złożył jedynie niewypełniony formularz,
2. załącznika nr 2 (wykaz niezbędnego sprzętu przeznaczonego do realizacji zamówienia) wraz z np.: umową, fakturą zakupu.

Zamawiający nie wzywał odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego ma następującą treść: *„Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych (...) zawiadamiam, że oferta złożona przez firmę FMD D..... M..... (...) w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, na „Świadczenie kompleksowych usług związanych z utrzymaniem czystości w obiekcie krytej Pływalni Ośrodka Sportu i Rekreacji „Huragan” w Wołominie przy ul. Korsaka 4” została odrzucona z postępowania. Uzasadnienie: wykonawca nie udokumentował posiadania sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia oraz nie przedstawił wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia. Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.*

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp skoro jego oferta, jako zawierająca korzystniejszą cenę niż wybranego wykonawcy - została odrzucona i nie podlegała ocenie w ustalonym kryterium. Był zatem uprawniony aby skarżyć - jak dowodził - niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny złożonej oferty, które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać odwołującego na poniesienie szkody.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania, dotyczących odrzucenia oferty

odwołującego, Izba miała na uwadze następujące regulacje ustawowe.

Art. 22. 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące, między innymi:

- dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

3. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu,

4. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

5. Warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią (...) usługi (...), zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.

Art. 24 ust 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy:

4) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Art. 25. 1. Pzp. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) warunków udziału w postępowaniu,

2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Art. 26 ust. 1. 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.

Art. 26 ust. 2. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 zamawiający może żądać dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Art. 26 ust 2a. Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień (...) składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1. (...).

Art. 44 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków, a jeżeli są żądane to składa również dokumenty na potwierdzenie spełniania tych warunków.

Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z przytoczonych regulacji ustawowych wynika, że zamawiający bada zdolność wykonawcy do należytej realizacji zamówienia poprzez kryteria i wymagania wskazane w opisie sposobu dokonania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podanych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, stosownie do wymagań art. 41 pkt 7 ustawy Pzp, na podstawie przedłożonych wraz z ofertą oświadczeń i dokumentów. Przepisy art. 48 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 6 tej ustawy, ustanawiają obowiązek wskazania w ogłoszeniu oraz w SIWZ wykazu wymaganych dokumentów, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), w celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać wymienionych dokumentów, w tym:

- 3) wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług (...),
- 7) wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu czynności oraz informacji o podstawie dysponowania,

Katalog tych dokumentów nie jest zamknięty i zamawiający może żądać także innych dokumentów, które powinien zdefiniować (czy określić odpowiedniki), zachowując jednakże ich związek z przedmiotem zamówienia.

Oceniając materiał dowodowy tej sprawy, Izba uznała, że wymaganie przedstawienia wykazu osób oraz wykazu niezbędnego sprzętu przeznaczonego do realizacji zamówienia, którym dysponuje wykonawca i przy pomocy którego zamierza wykonywać zamówienie,

odnosi się zarówno do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i określenia treści oferty.

Z przytoczanych postanowień SIWZ, wynika, że szczególnym elementem, na który zamawiający kładł nacisk był wykaz specjalistycznego sprzętu niezbędnego dla prawidłowej realizacji usługi utrzymania czystości w obiekcie oraz osób, które będą to zamówienie wykonywać. Zostało to przewidziane w przytoczanych postanowieniach SIWZ Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz w wymaganych załącznikach m.in. załączniku nr 2 do wzoru umowy. Bezsprzeczne pozostawało, że odwołujący nie złożył wszystkich dokumentów wyspecyfikowanych w SIWZ.

W szczególności przy usługach, stawiane wymaganie może odnosić się zarówno do spełniania warunków udziału, ale też do treści oferty. Wówczas załącznik wykazu sprzętu, czy załącznik wykazu osób przeznaczonych do realizacji zamówienia - stanowiący oświadczenie własne wykonawcy, że zrealizuje on usługę tym właśnie sprzętem i przy pomocy oznaczonych osób, odnosić należy również do treści oferty. Oświadczenie wykonawcy odpowiada wówczas nie tylko na pytanie „kim i czym dysponuje wykonawca”, ale również na pytanie „kim i czym zrealizuje zamówienie”. Odmiennie najczęściej bywa przy dostawach, czy robotach budowlanych, gdzie treść oferty stanowi zaoferowanie dokładnie zdefiniowanego wyrobu, czy zaoferowanie zrealizowania obiektu według dokumentacji budowlanej.

Oferta odwołującego nie spełnia zatem dyspozycji normy art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, która nakazuje aby treść oferty odpowiadała treści SIWZ. Oferta, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, powinna być zupełna i kompletna, gdyż oferowane usługi utrzymania czystości w obiekcie powinny być objęte zobowiązaniem wykonawcy, w taki sposób aby spełniały wymagania - co do sposobu jej świadczenia. Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego w odniesieniu do specyficznych warunków wykonywania usługi podczas normalnego użytkowania obiektu pływalni. Nieodzowne jest zapewnienie osób dla obsługi stref szatni damskiej i męskiej. Osoby te mają dostęp do pomieszczeń niedostępnych dla innych osób tj. użytkowników pływalni. Dlatego też zamawiający chciał mieć wiedzę co do składu osobowego tych osób. Konieczne również jest posiadanie przez wykonawcę odpowiedniego sprzętu, który pozwala w krótkim czasie dokonać wszystkich czynności sprzątających i uzdatniających obiekt pływalni do prawidłowego przeznaczenia. Obiekt jest pod stałym nadzorem sanepidu. Ośrodek ma podpisane umowy o udostępnianie i świadczenie usług na rzecz innych użytkowników np. szkół i w związku z tym ma zapewnione finansowanie z tego tytułu. Zrozumiałym jest, że użytkownicy, stawiają określone wymagania odnośnie utrzymania obiektu w czystości - zgodnie z przepisami. Ze względu na ustalony ścisły harmonogram zajęć, zamawiający nie może pozwolić, aby doszło

do przerw w funkcjonowaniu pływalni, ze względu na niedopełnienie warunków umowy przez firmę sprzątającą.

Obowiązek dopuszczenia do realizacji zamówienia wyłącznie wykonawców zweryfikowanych i zdolnych należycie wykonać zamówienie, wynika wprost z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Żadne zatem postanowienia SIWZ, nie mogą wyłączyć stosowania tego przepisu. Sytuacja w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, na co powoływał się zamawiający, jest o tyle odmienna, że zaproszenie do złożenia oferty, otrzymują jedynie wykonawcy, którzy uprzednio wykazali zdolność do realizacji zamówienia.

Należało zważyć, iż niektóre wymagania zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne mogą mieć dwojaki charakter, poświadczając zarówno spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jak i poświadczając wymaganą treść oferty, rozumianą jako oznaczony sposób realizacji umowy. W tym postępowaniu, takie znaczenie zamawiający nadał żądaniu, aby usługa była wykonywana przy pomocy opisanego w SIWZ sprzętu, co w sposób jednoznaczny wynika z wzoru umowy i jej załączników. Tak samo wymagania co do osób, zawarte w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia odnoszą się do odpowiadającej im istotnej treści oferty.

Jeżeli jednak, oznaczony dokument, zarazem stanowi potwierdzenie spełnienia warunków udziału w przetargu, a dysponowanie potencjałem technicznym i osobowym koniecznym do realizacji zamówienia ma taki charakter z mocy prawa, zamawiający może pominąć regulację art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i zaniechać wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakującego dokumentu, wyłącznie w sytuacji, gdy mimo ich złożenia, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Postanowienia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zabraniają zmiany treści oferty i dokonywania jej jakichkolwiek uzupełnień, po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia, stanowiąc, że w toku badania i oceny ofert, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz (...) dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Nie można było pominąć dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy (...), albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy (...) do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Brak złożenia w dokumentach oferty załącznika nr 2 do wzoru umowy i załącznika wykazu osób, stanowiących zobowiązanie wykonawcy, potwierdza, że odwołujący nie zaoferował świadczenia usługi w sposób wymagany przez zamawiającego, przy pomocy opisanego przez zamawiającego sprzętu oraz osób o stosownych kwalifikacjach, zdolnych należycie wykonać zamówienie. Jest to brak nieusuwalny, gdyż dotyczy istotnej treści oferty.

Z wymienionych względów, zamawiający był zwolniony z mocy przytaczanego wyżej przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, od wzywania odwołującego do uzupełnienia dokumentów (wykazu osób i wykazu sprzętu), traktowanych jako dokumenty podmiotowe, gdyż oferta odwołującego podlegała odrzuceniu. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, gdy jej treść nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający nie jest uprawniony, aby w trakcie oceny ofert odstępować od warunków SIWZ, które ustanowił i traktować odstępstwa w treści oferty - wyłącznie jako naprawialny brak - wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W konsekwencji biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne - uwzględnione przez Izbę - należało podzielić stanowisko prezentowane przez zamawiającego, że odrzucając ofertę odwołującego w niniejszym postępowaniu nie uchybił przepisom art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ani nie złamał zasad art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało oddalone, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania uiszczony przez odwołującego wpis na podstawie § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

