

Sygn. akt: KIO/UZP 122/09

WYROK
z dnia 10 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 10 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Usługi Leśne LASPOL S.C., Usługi Leśno-Budowlane S.C., „WAND-MAL”, Zakład Usług Leśnych Stanisław Rogala, 97-371 Wola Krzysztoporska, Pawłów Górny 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Piotrków, 97-330 Sulejów, Łącznie 101** protestu ~~protestów~~* z dnia 12 stycznia 2009 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Piotrków, 97-330 Sulejów, Łącznie 101** 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 uiszczanego przez **Konsorcjum: Usługi Leśne LASPOL S.C., Usługi Leśno-Budowlane S.C., „WAND-MAL”, Zakład Usług Leśnych Stanisław Rogala, 97-371 Wola Krzysztoporska, Pawłów Górny 9,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Piotrków, 97-330 Sulejów, Łącznie 101** na rzecz **Konsorcjum: Usługi Leśne LASPOL S.C., Usługi Leśno-Budowlane S.C., „WAND-MAL”, Zakład Usług Leśnych Stanisław Rogala, 97-371 Wola Krzysztoporska, Pawłów Górny 9,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 **Konsorcjum: Usługi Leśne LASPOL S.C., Usługi Leśno-Budowlane S.C., „WAND-MAL”, Zakład Usług Leśnych Stanisław Rogala, 97-371 Wola Krzysztoporska, Pawłów Górny 9.**

U z a s a d n i e

Odwołujące się konsorcjum firm: Usługi Leśne „LASPOL” s.c. w Pawłowie Górnym, Usługi Leśno – Budowlane s.c. „WAND-MAL” w Radomsku i Zakład Usług Leśnych Stanisław Rogala w Prócheńsku Dużym, w imieniu którego występuje pełnomocnik Maria Biegańska, uczestniczące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Piotrków zaplanowane do wykonania w 2009 roku” prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uzasadniając zarzuty w treści protestu podtrzymanej w odwołaniu Odwołujący stwierdził, że został bezprawnie wykluczony z postępowaniu, a następnie jego oferta została uznana za odrzuconą.

Odwołujący wskazał, że dnia 5 stycznia 2009 r. otrzymał pismo informujące o wykluczeniu go z postępowania, a podstawą wykluczenia i uznania oferty za odrzuconą było ustalenie Zamawiającego, że złożone uprawnienia do obsługi urządzeń transportu bliskiego dotyczą osób, które nie zostały wymienione w wykazach osób i podmiotów uczestniczących w wykonaniu zamówienia (załącznik nr 4 do SIWZ).

W toku postępowania Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o uzupełnienie oferty przez przedłożenie dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą wykonywać zamówienie, posiadają wymagane uprawnienia zgodnie z zapisem w pkt 9. pkt 1 k SIWZ. Wymagane dokumenty zostały złożone wraz z pismem z dnia 19 grudnia 2008 r. jak załączniki 1-3.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zarzucił mu uchybienie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, natomiast zgodnie z powołanym przepisem odrzuceniu ulegają oferty, których treść, ale nie forma, nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oznacza to, że nie można odrzucić oferty, która nie została sporządzona na określonym przez Zamawiającego formularzu – załączniku nr 4 do SIWZ. W przedstawionym stanie faktycznym Odwołujący nie zachował jedynie wymaganej formy, lecz przedstawił wszystkie niezbędne elementy i informacje zamieszczając je nie załączniku nr 4 do SIWZ, ale w odpowiedzi na pismo Zamawiającego o uzupełnienie oferty. Odwołujący powołał również wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP 9/08 z dnia 31 stycznia 2008 r., zgodnie z którym żadne bezwzględne przepisy prawa nie nakładają i żadne zapisy SIWZ nie mogą nakładać obowiązku zatrudniania osób, które będą wykonywać zamówienie, na podstawie umów o pracę. W ocenie Odwołującego zostały spełnione wszelkie przesłanki SIWZ dla jego oferty, a w odpowiedzi dotyczącej uzupełnienia oferty wskazał on, iż osoby będące wykonywać zamówienie zostaną zatrudnione na podstawie umowy o pracę z chwilą podjęcia się wykonania zamówienia. Odwołujący wskazał na treść art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, który również wskazuje na przyszłą formę spełniania warunków przewidzianych w SIWZ. Wobec spełnienia wymogów ustawowych i zapisanych w specyfikacji, wykluczenie z postępowania i odrzucenie złożonej oferty Odwołujący uznał za czynności podjęte z naruszeniem art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie Odwołujący wskazał, że został wezwany do udokumentowania kwalifikacji dla osób do obsługi urządzeń transportu bliskiego. Osób takich nie wykazywał w ofercie, pomimo tego, że dysponował odpowiednią kadrą do obsługi tego sprzętu, a zatem na wezwanie wykazał nowe osoby i ich uprawnienia.

Wskazując powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania, unieważnienie czynności uznania oferty konsorcjum za odrzuconą oraz o dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że najpóźniej na dzień składania ofert, tj. 12 grudnia 2008 r. Wykonawca powinien wykazać, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący złożył na wezwanie informację z dnia 19 grudnia 2008 r., powołującą się na umowę z dnia 1 grudnia 2008 r. w sprawie dzierżawy sprzętu od dnia 10 grudnia 2008 r.

W informacji tej zapowiedziano zatrudnienie w przyszłości osób z uprawnieniami. Z treści złożonych dokumentów nie wynikało, iż Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu. Na wezwanie złożono dokumenty dotyczące innych osób niż wykazane w ofercie. Zamawiający nie kwestionował przy tym formy dokumentu, lecz treść, która nie potwierdza możliwości dysponowania osobami na dzień składania ofert. Zamawiający powołał pkt 9.1.k SIWZ dotyczący wymaganych dokumentów stwierdzających posiadanie wymaganych uprawnień.

W konsekwencji Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego została odrzucona zgodnie z prawem. Wskazał, że złożona w postępowaniu oferta nie zawiera w załączniku nr 4 do SIWZ dowodów posiadania wymaganych uprawnień przez osoby wskazane w tym załączniku, a które to uprawnienia są niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Mimo wezwania do uzupełnienia oferty, Odwołujący nie uzupełnił oferty w tym zakresie, a stwierdził jedynie w swoim wyjaśnieniu, że osoby ze stosownymi uprawnieniami zostaną zatrudnione z dniem rozpoczęcia realizacji zadania. Zamawiający wskazał, że wykonawca winien dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w dniu składania oferty, a przynajmniej najpóźniej w dniu składania oferty, powinien istnieć pomiędzy wykonawcą a osobami z uprawnieniami, stosunek prawny gwarantujący dysponowanie nimi.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie ustalił, co następuje.

Jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający pismem z dnia 18 grudnia 2008 r. wystąpił na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do pełnomocnika konsorcjum z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu tj. dokumentów stwierdzających, że osoby wymienione w załączniku nr 4, które będą wykonywać zamówienie, posiadają wymagane uprawnienia zgodnie z zapisem w punkcie 9 ust. 1 lit k SIWZ „Wykonawca udokumentuje posiadanie kwalifikacji na podstawie odbytych szkoleń i kursów dla osób wymienionych w ww. załączniku do obsługi urządzeń transportu bliskiego poświadczonych przez właściwy urząd.” W odpowiedzi na to pismo pełnomocnik w piśmie z dnia 19 grudnia 2008 r. poinformował, że operatorzy posiadający uprawnienia do obsługi sprzętu harvester i forwader nie byli dotychczas zatrudnieni, ponieważ nie było konieczności wykonywania usług ww. sprzętem. Stwierdził również, że w

perspektywie przyszłej współpracy z Nadleśnictwem Piotrków Konsorcjum firm zamierza użytkować ww. sprzęt w celu wykonywania zleconych zadań, a z dniem rozpoczęcia realizacji zamówienia zostaną zatrudnieni w firmie „WAND-MAL”- uczestnika konsorcjum, operatorzy sprzętu harwester i forwader. Do pisma załączono zaświadczenie kwalifikacyjne do obsługi transportu bliskiego na nazwisko Piotr L. i Artur M. oraz informację z dnia 19 grudnia 2008 r. dotyczącą zatrudnienia operatorów sprzętu harwester i forwader w związku z wydzierżawieniem sprzętu do wykonywania prac w Nadleśnictwie Piotrków Trybunalski.

Po przeanalizowaniu przedstawionych dokumentów Zamawiający postanowił odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy i uznać, że wykonawca zostaje wykluczony na mocy art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Uzasadniając decyzję Zamawiający stwierdził, że złożone uprawnienia do obsługi urządzeń transportu bliskiego dotyczą osób, które nie zostały wymienione wykazach osób i podmiotów uczestniczących w wykonaniu zamówienia (zał. Nr 4 do SIWZ).

Potwierdza się ustalenie, że osoby wskazane w odpowiedzi na wezwanie z 18.12.08 nie były wymienione w wykazie załączonym do oferty (zał nr 4 do SIWZ) i zostały wymienione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jest niesporne, że posiadają wymagane uprawnienia, a jednocześnie nie są zatrudnione przez uczestników konsorcjum i odwołujące się konsorcjum nie dysponuje nimi w terminie do dnia złożenia oferty.

W rozpatrywanej sprawie podstawowe i kluczowe znaczenie ma jednak ocena zakresu postawionych przed wykonawcami warunków podmiotowych w zakresie potencjału technicznego i osobowego oraz sposobu udokumentowania spełniania tych warunków. Jak wskazał Zamawiający w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 9. SIWZ określającym informacje o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu stwierdzono pkt 1 k), że oferta musi zawierać „dokumenty stwierdzające, że osoby, które będą wykonywać zamówienie, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień”. Wymóg ten nie został doprecyzowany w żadnym miejscu specyfikacji i stanowi w rzeczywistości jedynie przytoczenie treści przepisu § 1 ust. 2 pkt 6 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. 665 ze zm.). Analizując treść powyższego warunku należy się przede wszystkim odnieść do zasad prawidłowego określenia warunku udziału w postępowaniu – przede wszystkim powinien on być jak najbardziej jasny: precyzyjny, kompletny i jednoznaczny, co służy zrozumieniu i wypełnieniu przez wykonawców wymogów zamawiającego, a zamawiającemu – ich prostej i rzetelnej ocenie. Jako że to zamawiający jest autorem warunku i to na nim spoczywa wypełnienie postulat

jasności warunku, w orzecznictwie i piśmiennictwie przyjęto zasadę, iż przy odczytywaniu treści warunku nie stosuje się domniemania dotyczącego niewyrażonych w nim zamiarów czy intencji zamawiającego, a wątpliwości związane z jego treścią wyjaśnia się na korzyść wykonawców. Warto zauważyć, że w odniesieniu do niektórych dokumentów Zamawiający sprostował wymogowi ich doprecyzowania żądając np. w pkt 8 d) „Uwaga” przedłożenia zaświadczenie ukończenia opisanych w tym punkcie kursów i szkoleń.

Skonkretyzowanie wymogu ze wskazaniem żądania udokumentowania posiadania kwalifikacji do obsługi urządzeń transportu bliskiego poświadczonych przez właściwy urząd nastąpiło dopiero w piśmie z dnia 18 grudnia 2008 r., a zatem po terminie składania ofert. Jakkolwiek mogą być zrozumiałe intencje Zamawiającego w omawianym zakresie, należy stwierdzić, że w toku postępowania nastąpiło postawienie na etapie oceny i badania ofert dodatkowych szczegółowych wymogów nie wynikających z treści SIWZ. Zamawiający decyduje, jakie warunki powinien spełnić wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia oraz jakie dokumenty ma on załączyć do swojej oferty w celu potwierdzenia spełnienia tych warunków. Jest on jednak związany postanowieniami specyfikacji, co wyraża się m.in. w tym, że jeśli w określonych przez siebie warunkach udziału w postępowaniu nie zawarł jakiegoś wymogu, nie wolno mu żądać jego spełnienia na etapie oceny ofert. Z zagadnieniem tym wiąże się kwestia stosowania przez zamawiających przepisów art. 26 ust. 3 i 4 prawa zamówień publicznych, zgodnie z którymi zamawiający wzywa wykonawców do złożenia dokumentów lub wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów. Często w praktyce okazuje się, że zamawiający czynią z przywołanej regulacji narzędzie do korekty specyfikacji. Zgodnie natomiast z bardzo trafnym stanowiskiem SO w Poznaniu w wyroku z 28 kwietnia 2006 r. przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. nie może służyć poprawianiu i precyzowaniu oraz wyjaśnianiu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dookreślającym dokumenty wymagane przez zamawiającego od wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (II Ca 455/06).

Tym samym w niniejszej sprawie wykluczenie Odwołującego z powodu nie przedstawienia dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień, wobec braku opisu wymaganych dokumentów, nie było prawnie uzasadnione.

W świetle dokonanych ustaleń orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1165, z późn. zm.) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*