

Sygn. akt: KIO 54/14

WYROK
z dnia 29 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 stycznia 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia **14 stycznia 2014 r.** wniesionego przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inwestycji i Budownictwa w Kielcach sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, ul. Sienkiewicza 53, 25-002 Kielce** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Świętokrzyski Urząd Wojewódzki, Al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego;
- 2) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 3) dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Świętokrzyski Urząd Wojewódzki, Al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inwestycji i Budownictwa w Kielcach sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, ul. Sienkiewicza 53, 25-002 Kielce**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Świętokrzyski Urząd Wojewódzki, Al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Inwestycji i Budownictwa w Kielcach sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, ul. Sienkiewicza 53, 25-002 Kielce** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984 i poz. 1047) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Świętokrzyski Urząd Wojewódzki, Al. IX Wieków Kielc 3, 25-002 Kielce** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Sprawowanie nadzoru inwestorskiego oraz koordynacja procesu realizacji robót budowlanych w trakcie realizacji przez Świętokrzyski Urząd Wojewódzki w Kielcach projektu pn. „Termomodernizacja budynków Świętokrzyskiego Urzędu Wojewódzkiego w Kielcach wraz z wymianą oświetlenia wewnętrznego na energooszczędne oraz robotami towarzyszącymi”, oraz udział nadzoru inwestorskiego w corocznych przeglądach gwarancyjnych zrealizowanej inwestycji przez okres trwania gwarancji«.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych **08.11.2013 r.** pod nrem **456160 – 2013**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984 i poz. 1047) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **10.01.2014 r.** o:

- 1) unieważnieniu postępowania, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, zgodnie z **art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp**;
- 2) wykluczeniu wykonawcy **Przedsiębiorstwo Inwestycji i Budownictwa w Kielcach sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, ul. Sienkiewicza 53, 25-002 Kielce (PIB)** na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**;
- 3) uznaniu za odrzuconą oferty wykonawcy PIB, zgodnie z **art. 24 ust. 4 Pzp**.

Wykonawca **Przedsiębiorstwo Inwestycji i Budownictwa w Kielcach sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, ul. Sienkiewicza 53, 25-002 Kielce (PIB)**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł **14.01.2014 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) wykluczenie odwołującego;
- 2) uznanie za odrzuconą oferty odwołującego;
- 3) unieważnienie postępowania, co było konsekwencją odrzucenia oferty odwołującego.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 26 ust. 3 Pzp;

- 2) art. 24 ust. 4 Pzp;
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego;
- 2) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania ofert.

Argumentacja odwołującego

Odwołujący złożył ofertę w zgodzie z wymogami określonymi w specyfikacji przez zamawiającego.

17.12.2013 r. zamawiający na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp** w związku z **art. 25 ust. 1 Pzp** oraz postanowieniami **rozdz. XIII ust. 2 pkt 2 specyfikacji** wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów przez złożenie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wg wzoru stanowiącego zał. nr 6 do specyfikacji.

Odwołujący uzupełnił wymagany wykaz w określonym przez zamawiającego terminie. Uzupełnienie polegało na wskazaniu, że oprócz osób wymienionych załączniku do oferty, odwołujący dodatkowo dysponuje jeszcze dwoma innymi osobami spełniającymi warunek posiadania uprawnień i doświadczenia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, tj. osobą M..... K..... i osobą M..... W..... Odwołujący wyraźnie wskazał podstawy dysponowania tymi osobami. W przypadku pani M..... K..... jest to umowa o dzieło, a w przypadku pana M..... W..... – umowa zlecenie.

10.01.2014 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**, a oferta jego zgodnie z **art. 24 ust. 4 Pzp** uznana została za odrzuconą.

W uzasadnieniu tej czynności zamawiający wskazał, że nie ma wiedzy, czy wykonawca dysponował osobą M..... K..... i osobą M..... W..... na dzień składania ofert tj. na 22.11.2013 r. Zatem, zdaniem zamawiającego, odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w związku z tym zachodzi przesłanka do wykluczenia go z postępowania. W konsekwencji wykluczenia odwołującego uznano ofertę odwołującego za odrzuconą.

W tym samym dniu zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania na podstawie **art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp**, tj. z tego powodu, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp jest przepisem niezwykle pojemnym i właśnie z tego względu może prowadzić do niewłaściwej jego interpretacji.

Warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków są określone w **rozdz. XII specyfikacji**. W **rozdz. XII ust. 1 pkt 4 specyfikacji** zamawiający określił szczegółowo warunek dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a „ocena spełnienia tego warunku nastąpi na podstawie złożonego oświadczenia z art. 22 ust. 1 Pzp oraz wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień”.

Zgodnie z **art. 26 ust. 3 Pzp**, złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Odwołujący zadośćuczynił wezwaniu zamawiającego. Złożył oświadczenie, którego wymagał zamawiający. Zamawiający określił w jakiej formie ma takie oświadczenie nastąpić: Wykaz osób (**zał. nr 6 do specyfikacji**) to tabela składająca się z pięciu rubryk. W rubryce nr 5 zamawiający wymagał wskazania podstawy dysponowania daną osobą – w przypadku wykonawcy – czy jest to umowa o pracę, umowa zlecenie, umowa o dzieło, czy samozatrudnienie osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą, a w przypadku innego podmiotu – czy jest to umowa przedwstępna, porozumienie, umowa o podwykonawstwo, czy jakaś inna podstawa. Takich i tylko takich informacji zamawiający żądał.

Zamawiający nie wymagał natomiast oświadczenia dotyczącego treści umów stanowiących podstawę dysponowania osobami fizycznymi. Zamawiającego nie interesowało na jak długo te umowy są zawarte, czy mają charakter stały, czy tymczasowy. Jedynie z samego faktu złożenia oświadczenia przed upływem terminu składania ofert zamawiający wywnioskował, i słusznie, że 22.11.2013 r. wykonawca dysponował wskazanymi osobami.

Nie wiadomo zatem, dlaczego zamawiający twierdzi, jakoby nie miał wiedzy, czy odwołujący dysponował osobą M..... K..... i osobą M..... W..... na dzień składania ofert tj. na 22.11.2013 r. W sytuacji, kiedy wykonawca na wezwanie zamawiającego oświadczył, że oprócz wskazanych osób dysponuje również innymi osobami tj. panią M..... K..... i panem M..... W....., zamawiający nie powinien mieć żadnych wątpliwości, czy te dwie osoby na 22.11.2013 r. były do dyspozycji wykonawcy.

Poza dyskusją pozostaje fakt, że zarówno pani M..... K....., jak i pan M..... W..... byli i są zatrudnieni u wykonawcy, a także, że są osobami, które posiadają wykształcenie, uprawnienia i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia.

Dowodem na powyższe są umowy, które zostają dołączone do odwołania.

Jeśli u zamawiającego powstały jakiegokolwiek wątpliwości, to jedynie dlatego, że zamawiający sam zawęził zakres żądanych informacji.

Jednak, z tego powodu wykonawca nie może ponosić ujemnych konsekwencji. Odwołujący nie godzi się na taką koncepcję, zgodnie z którą zamawiający sam ogranicza dostęp do informacji, by potem wykluczyć z postępowania wykonawcę za to, że jakiejś okoliczności wykonawca nie udowodnił.

Art. 26 ust. 4 Pzp umożliwia zamawiającemu wezwanie w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów. Przy czym inaczej niż w przypadku uzupełniania dokumentów, proces wyjaśniania może przybrać formę więcej niż jednego zapytania – skoro bowiem po złożeniu wyjaśnień zamawiający ma nadal wątpliwości lub pojawiły się kolejne zagadnienia wymagające wyjaśnienia, to nadal zachodzi okoliczność uprawniająca do wystąpienia o wyjaśnienie treści tych dokumentów (Małgorzata Stachowiak, „Komentarz do art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych, stan prawny na dzień 01.05.2012 r.”).

W rozpoznawanej sprawie zamawiający, choć miał takie możliwości, to nie wyjaśnił swoich wątpliwości w powyższym trybie, tylko *a priori* uznał, że wykonawca podlega wykluczeniu. Takie postępowanie należy uznać za sprzeczne nie tylko z literą, ale również z duchem prawa.

Nie da się obronić czynności wykluczenia wykonawcy z jeszcze jednego względu: Gdyby przyjąć, że zamawiający nie miał wiedzy o tym, że wykonawca dysponuje osobą M..... K..... i osobą M..... W..... przed terminem składania ofert, to nie mógł jej także mieć w odniesieniu do pozostałych osób wskazanych w wykazie. W obu przypadkach bowiem źródłem wiedzy zamawiającego było oświadczenie wykonawcy. Oświadczenie w ustalonej, a nie dowolnej formie. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie przewiduje żadnej gradacji ważności składanych oświadczeń, a więc wiedza uzyskana przez zamawiającego z oświadczenia złożonego wraz z ofertą ma taką samą moc jak wiedza z oświadczenia złożonego na wezwanie do uzupełnienia.

Ponadto, zamawiający miał wiedzę o tym, że brak jest podstaw do wykluczenia odwołującego na podstawie **art. 24 ust. 1 Pzp**, na co również zostało złożone stosowne oświadczenie.

Tym samym nie budzi wątpliwości, że odwołujący spełnia wszystkie warunki określone w specyfikacji. A zatem, czynność wykluczenia została dokonana z naruszeniem prawa i w konsekwencji doszło do nieprawego dokonania czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 13.01.2014 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 15.01.2014 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Zamawiający 28.01.2014 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Odwołujący 29.01.2014 r. złożył odpowiedź na odpowiedź na odwołanie wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** – przez wykluczenie odwołującego bez przeprowadzenia wyjaśnień na podstawie **art. 26 ust. 4 Pzp** – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający podczas badania ofert 17.12.2013 r. wystosował do odwołującego żądanie, na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp**, cyt.: „do złożenia [...] wykazu 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 postawie do dysponowania osobami – wg wzoru określonego w załączniku nr 6 do specyfikacji”.

W zakończeniu tego pisma zacytował treść **art. 26 ust. 3 zdanie drugie Pzp**.

Art. 26 ust. 3 Pzp brzmi „Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 [Pzp], lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 [Pzp], 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. 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”.

W wyznaczonym terminie 23.12.2013 r. odwołujący złożył uzupełnienie wykazu osób na formularzu załącznika nr 6 do specyfikacji. Odwołujący zaznaczył w rubryce 5, że podstawą dysponowania osobą jest umowa o dzieło (w przypadku p. M..... K.....) i umowa zlecenia (w przypadku p. M..... W.....). W formularzu tym zamawiający nie wymagał złożenia oświadczenia o terminie zawarcia umowy czy oświadczenia o obowiązywaniu takiej umowy w dniu otwarcia ofert. Dlatego odwołujący nie wpisał tych informacji do „Uzupełnienia”.

Zamawiający dysponując tylko informacjami przedstawionymi w „Uzupełnieniu”, gdzie występowała tylko data sporządzenia pisma – 23.12.2013 r. – uznał, że nie posiada informacji odnośnie możliwości dysponowania osobą M..... K..... i osobą M..... W..... na dzień składania ofert tj. na 22.11.2013 r. Konsekwencją tego było wykluczenie wykonawcy na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**, który brzmi: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Zamawiający stanął na stanowisku, że wyjaśnienia i uzupełnienia oferty na podstawie **art. 26 ust. 3 i 4 Pzp** można stosować tylko jeden raz, dlatego po żądaniu uzupełnienia oferty na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp** nie zażądał wyjaśnienia oferty (uzupełnienia) i – nie mogąc rozwiązać swoich wątpliwości czy w terminie składania ofert zamawiający spełniał warunek dysponowania określonymi osobami – zamawiający uznał, że wykonawca niewłaściwie uzupełnił ofertę, gdyż z uzupełnienia nie wynika w jakim terminie odwołujący dysponował określonymi osobami. Dlatego zamawiający wykluczył odwołującego bez podjęcia próby wyjaśnienia, na podstawie **art. 26 ust. 4 Pzp**, oświadczenia złożonego w

„Uzupełnieniu” z 23.12.2013 r. **Art. 26 ust. 4 Pzp** brzmi „Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 [Pzp]”.

Skład orzekający Izby stwierdza, że przepis **art. 26 ust. 4 Pzp** nakłada na zamawiającego obowiązek podjęcia próby wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów złożonych z ofertą lub złożonych w wyniku żądania uzupełnienia oferty, zgodnie z **art. 26 ust. 3 Pzp**. Wynika to z obowiązku zachowania należytej staranności, gdzie zamawiający mając prawną możliwość podjęcia czynności wyjaśnienia oferty czy dokumentów (**art. 26 ust. 4 Pzp czy art. 87 ust. 1 Pzp**) nie może zaniechać tej aktywności. Stwierdzenie, że zamawiający czegoś – dotyczącego oferty czy uzupełnienia – nie wie, bez podjęcia próby wyjaśnienia oferty nie może być uznane za działanie z należyłą starannością, do czego jest zobowiązany zamawiający.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** przez przedwczesne zastosowanie tego przepisu bez podjęcia próby wyjaśnień – zgodnie z ustawą – zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 24 ust. 4 Pzp** – przez uznanie za odrzuconą oferty odwołującego – zasługuje na uwzględnienie.

W związku ze stwierdzeniem przez skład orzekający Izby, że zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z postępowania przed podjęciem próby wyjaśnienia „Uzupełnienia” również zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia **art. 24 ust. 4 Pzp** – przez uznanie za odrzuconą oferty odwołującego. **Art. 24 ust. 4 Pzp** brzmi „Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp** – przez unieważnienie postępowania, co było konsekwencją odrzucenia oferty odwołującego – zasługuje na uwzględnienie.

W związku ze stwierdzeniem przez skład orzekający Izby, że zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z postępowania przed podjęciem próby wyjaśnienia „Uzupełnienia” również zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia **art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp** – przez unieważnienie postępowania, co było konsekwencją odrzucenia oferty odwołującego. **Art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp** brzmi „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3 [Pzp]”. Zamawiający wykluczył odwołującego bez zastosowania wszystkich możliwości do wyjaśnienia oferty (uzupełnienia). Z tego powodu dalsze czynności jak uznanie oferty odwołującego za odrzuconą czy unieważnienie

postępowania ze względu na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu brak jest również obarczone błędem. W związku z tym skład orzekający Izby, że zarzut naruszenia **art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp** zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 4 i art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....