

Sygn. akt: KIO/UZP 1185/09

**WYROK**  
**z dnia 1 października 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Małgorzata Rakowska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Izabela Niedziałek-Bujak</b>
	<b>Marzena Teresa Ordysińska</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Magdalena Pazura</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **PPUH BONUS Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach, Al. Spacerowa 42, 41-408 Mysłowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg i Mostów z siedzibą w Jaworznie, ul. Krakowska 9, 43-600 Jaworzno** protestu z dnia 4 sierpnia 2009 r.,

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Miejski Zarząd Dróg i Mostów z siedzibą w Jaworznie, ul. Krakowska 9, 43-600 Jaworzno i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez PPUH BONUS Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach, Al. Spacerowa 42, 41-408 Mysłowice,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Miejski Zarząd Dróg i Mostów z siedzibą w Jaworznie, ul. Krakowska 9, 43-600 Jaworzno** na rzecz **PPUH BONUS Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach, Al. Spacerowa 42, 41-408 Mysłowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **PPUH BONUS Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach, Al. Spacerowa 42, 41-408 Mysłowice**.

### **U z a s a d n i e n i e**

Miejski Zarząd Dróg i Mostów z siedzibą w Jaworznie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę ulicy Bohaterów Getta w Jaworznie na długości 379,45 m w zakresie nawierzchni jezdni chodnika z wjazdami do posesji i odwodnieniem, kanalizacją deszczową wraz z przebudową kolidującego uzbrojenia podziemnego”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 1 lipca 2009 r., poz. 217312.

Zamawiający w dniu 31 lipca 2009 r. (pismem z dnia 30 lipca 2009 r.) poinformował wykonawcę PPUH BONUS Sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach, zwanego dalej „Odwołującym” o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, iż Odwołujący mimo żądania przedłożenia wraz z ofertą zezwolenia wydanego w drodze decyzji administracyjnej przez organ właściwy ze względu na posiadane kompetencje na prowadzenie działalności w zakresie odzysku, transportu i gromadzenia odpadów pochodzących z remontów i przebudowy dróg w przypadku składowisk własnych wykonawcy, w ilości odpadów nie mniejszej niż pochodzących z realizacji przedmiotu zamówienia i/lub deklarację gotowości spisania umowy, uzyskaną z wysypiska innego niż własne, posiadającego stosowne zezwolenie dokumentu takiego nie przedłożył.

Nadto Zamawiający pismem tym poinformował Odwołującego o wyborze oferty Miejskiego Zakładu Drogowego Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworznie jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 3 sierpnia 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 4 sierpnia 2009 r.) Odwołujący wniósł protest na czynność odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. przywrócenie jego oferty,
2. ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż Zamawiający odrzucił jego ofertę ze względu na nieprzedłożenie dokumentu, który stanowi deklaracja spisania umowy z firmą posiadającą czynne wysypisko wraz ze stosownym zezwoleniem na prowadzenie działalności w zakresie odzysku transportu i gromadzenie odpadów pochodzących z remontów i przebudowy dróg jest bezpodstawne, gdyż Zamawiający nie zastosował art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i nie wezwał wykonawcy, który w określonym terminie nie złożył wymaganego dokumentu, do jego złożenia w określonym terminie.

Pismem z dnia 7 sierpnia 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest, poprzez jego oddalenie, podnosząc iż, w części VII, pkt 9 SIWZ żądał załączenia do oferty zezwolenia wydanego w drodze decyzji administracyjnej przez organ właściwy ze względu na posiadane kompetencje na prowadzenie działalności w zakresie odzysku, transportu i gromadzenia odpadów pochodzących z remontów i przebudowy dróg w przypadku składowisk własnych wykonawcy, w ilości odpadów nie mniejszej niż pochodzących z realizacji przedmiotu zamówienia i/lub deklarację gotowości spisania umowy, uzyskaną z wysypiska innego niż własne, posiadającego stosowne zezwolenie i takiego dokumentu Odwołujący nie przedłożył, zatem treść złożonej przez niego oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Nadto dodał, iż Zamawiający nie mógł wezwać Odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu, gdyż zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający może wezwać wykonawcę wyłącznie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak i oświadczeń i dokumentów składanych w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, których katalog został określony w rozporządzeniu 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. z 2006 r., Nr 67, poz. 605 z późn. zm.), zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, przy czym do dokumentów wymienionych w tym rozporządzeniu nie należy dokument żądany przez Zamawiającego.

Pismem z dnia 12 sierpnia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w dniu 12 sierpnia 2009 r., wpływ do Prezesa UZP w dniu

14 sierpnia 2009 r.; przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 12 sierpnia 2009 r.), podtrzymując zarzuty, wnioski oraz argumenty zawarte w proteście. Dodatkowo Odwołujący podniósł, że żądany przez Zamawiającego dokument – stosownie do art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – miał potwierdzać, iż oferowane roboty budowlane będą spełniały wymagania określone przez Zamawiającego i mimo, że nie był wprost wymieniony w rozporządzeniu w sprawie dokumentów to miał umocowanie w jego zapisach. Nadto dodał, iż dokument ten może być także oceniany jako „oświadczenie” wymienione w art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Ustalono, że Odwołujący, podnosząc zarzut podjęcia przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp czynności odrzucenia jego oferty, która była ofertą najtańszą, w sposób wystarczający wykazał uszczerbek w swoim interesie prawnym, związany z bezprawnym pozbawieniem go przez Zamawiającego szans na uzyskanie niniejszego zamówienia.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale VII SIWZ „Pozostałe dokumenty jakie Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć w ofercie” pkt 9 zamieścił wymóg złożenia wraz z ofertą „zezwolenia wydanego Wykonawcy w drodze decyzji administracyjnej przez organ właściwy ze względu na posiadane kompetencje, na prowadzenie działalności w zakresie odzysku, transportu i gromadzenia odpadów pochodzących z remontów i przebudowy dróg - w przypadku składowisk własnych Wykonawcy, w ilości odpadów nie mniejszej niż pochodzących z realizacji przedmiotu zamówienia i/lub deklarację gotowości spisania umowy, uzyskaną z wysypiska innego niż własne, posiadającego stosowne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku, transportu i gromadzenia odpadów pochodzących z remontów i przebudowy dróg. Umowę zawartą ze składowiskiem Wykonawca dostarczy Zamawiającemu (do wglądu) przed podpisaniem umowy na realizację zamówienia”. Nadto Zamawiający w rozdziale XII SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty”

pkt 11 dodał, iż „do oferty muszą zostać dołączone wszystkie oświadczenia i dokumenty wymagane postanowieniami zawartymi w części VI i VII SIWZ”.

Odwołujący w załączeniu do złożonej oferty takiego dokumentu nie złożył.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania; oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego nie później niż w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, a co za tym idzie, iż mamy do czynienia z dwoma sytuacjami, tj. uzupełnieniem dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu bądź potwierdzającego spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego.

Powyższe oznacza, iż złożenie dokumentu, z treści którego wynika niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, czy też niespełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego, bądź też niezłożenie takiego dokumentu w ogóle zobowiązuje Zamawiającego do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W niniejszym stanie faktycznym koniecznym jest więc ustalenie charakteru brakującego dokumentu w ofercie Odwołującego.

Izba stwierdziła, iż dokument żądany przez Zamawiającego w rozdziale VII SIWZ „Pozostałe dokumenty jakie Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć w ofercie” pkt 9, tj. deklaracja gotowości spisania umowy niewątpliwie nie jest, jak słusznie podniósł Zamawiający, dokumentem żądanym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Rozdział V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania spełnienia tych warunków” faktycznie określa warunki udziału wykonawcy w postępowaniu, doprecyzowując w rozdziale VI SIWZ jakie oświadczenia i jakie dokumenty wymagane są do potwierdzenia ich spełnienia i takiego dokumentu wśród nich nie wymienia.

Wobec tego należy ustalić, czy dokument ten jest dokumentem składanym przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Jak podniósł Zamawiający, brakujący dokument nie jest dokumentem składanym na potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego, co wynika z rozdziału VII SIWZ „Pozostałe dokumenty jakie wykonawca jest

zobowiązany przedłożyć w ofercie”. Z powyższym nie sposób się zgodzić. Nazwa rozdziału, w którym dokument, złożenia którego Zamawiający żądał w SIWZ, nie może bowiem przesądzać o jego charakterze. Analiza treści SIWZ wskazuje bowiem, iż dokument ten (w przypadku Odwołującego jest to deklaracja gotowości spisania umowy) istotnie jest dokumentem składanym na potwierdzenie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Świadczy o tym chociażby treść załącznika nr 4 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 3 „wymagania zamawiającego w stosunku do oferentów”, podpunkt 1, w którym Zamawiający wskazał, iż „wykonawca przy sporządzaniu oferty i realizacji przedmiotu zamówienia zobowiązany jest spełnić następujące wymagania i warunki”, podkreślając (litera f), iż „(...) Materiały rozbiórkowe (...) składować na płatnym wysypisku, posiadającym stosowne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku, transportu i gromadzenia odpadów pochodzących z remontów i przebudowy dróg”. Z literalnego brzmienia powyższego postanowienia wynika więc, iż przedłożenie stosownego zezwolenia lub deklaracji gotowości spisania umowy jest w istocie dokumentem potwierdzającym spełnienie wymogów Zamawiającego, zwłaszcza, że § 3 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie zawiera katalogu zamkniętego dokumentów, których Zamawiający może żądać na potwierdzenie spełnienia postawionych wymogów, a jedynie przykładowe wyliczenie. Tym samym brakujący dokument (zezwolenie lub deklaracja gotowości spisania umowy) jest dokumentem, w braku którego, Zamawiający zobowiązany był wezwać Odwołującego do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba pozostawiła bez oceny merytorycznej deklarację z dnia 11 sierpnia 2009 r. załączoną do odwołania, gdyż jej prawidłowość nie była przedmiotem zarzutu.

Izba stwierdziła naruszenie wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, zgodnie 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....