Sygn. akt KIO 335/12

WYROK
z dnia 28 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2012 r. przez wykonawcę Romana Szczęchułę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa „Romus" Roman Szczęchuła w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Szczecin – Zakład Usług Komunalnych

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Romana Szczęchułę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa „Romus" Roman Szczęchuła i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Romana Szczęchułę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa „Romus" Roman Szczęchuła tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od Romana Szczęchuły, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa „Romus" Roman Szczęchuła na rzecz Gminy Miasta Szczecin – Zakładu Usług Komunalnych kwotę 4 124 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sto dwadzieścia cztery złote, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 335/12

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasto Szczecin Zakład Usług Komunalnych - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Konserwacja i utrzymanie zieleni miejskiej w Szczecinie (w podziale na części)".
Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 grudnia 2012 r., pod numerem 2011/S 242-392692.
Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

9 lutego 2012 r. zamawiający *via fax* przesłał informację o wynikach postępowania. Zamawiający unieważnił postępowanie w części III na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Wykluczył z postępowania Romana Szczęchułę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa „ROMUS" Roman Szczęchuła w Szczecinie – wykonawcę, który złożył ofertę na

część II i III postępowania - na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zamawiający wskazał, że wykonawca mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Nadto wskazał, iż wykonawca nie przedstawił podstawy dysponowania dla 3 z 6 osób wskazanych jako pilarze drzew ozdobnych i nie podał, które osoby będą realizowały zamówienie w poszczególnych częściach zatem brak jest możliwości ustalenia w której części wykonawca ewentualnie spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W odwołaniu wniesionym do Prezesa Izby 17 lutego 2012 r. Roman Szczęchuła, dalej jako „odwołujący" zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie odwołującego, a w rezultacie odrzucenie jego oferty oraz art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do wskazania w wykazie pilarzy, do której części zamówienia zostali przypisani, względnie art. 26 ust. 4 z art. 7 ust. 1 i 2 przez zaniechanie wystąpienia do odwołującego o wyjaśnienie kwestii dotyczących przypisania pilarzy do poszczególnych części zamówienia.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części III zamówienia oraz powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w części III zamówienia z udziałem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący, kwestionując czynność wykluczenia go z postępowania odwołujący podnosił, że:
- przedstawiając na dwukrotne wezwanie osoby (pilarzy) z właściwymi uprawnieniami wskazał 3 te same osoby, które wskazał w pierwotnej ofercie. Podstawa dysponowania, tj. zlecenie została wyraźnie wskazana. Kolejne trzy osoby (pilarze) zastąpili trzech pierwotnie wskazanych. W ich przypadku podstawa dysponowania nie uległa zmianie, też była nią umowa zlecenie;
- wzór załącznika nr 5 nie zawierał rubryki wskazującej na przeznaczenie danej osoby do określonej części. Wszyscy wykonawcy wypełniali ten załącznik dla wszystkich części łącznie;
- zamawiający dwukrotnie wzywając odwołującego nie wskazał, że w jego ofercie brak jest przypisania pilarzy do poszczególnych części zamówienia i jednocześnie, ani nie wzywał go do uzupełnienia w tym zakresie oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, ani nie zwracał się do odwołującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Tymczasem w rozstrzygnięciu przetargu zarzut taki przedstawił. Tym samym działanie zamawiającego było przedwczesne, gdyż zaniechał on wyżej wskazanych czynności czym uniemożliwił odwołującemu uzupełnienie dokumentów lub wyjaśnienie tej kwestii. Gdyby zwrócił się w tej kwestii do odwołującego to uzyskałby informację, że trzej pilarze wskazani od początku (tj. od złożenia oferty) przeznaczeni byli do realizacji III części zamówienia, a wskazana w ofercie (załącznik nr 5) podstawa dysponowania nowymi (uzupełnionymi) pilarzami jest taka sama, czyli umowa zlecenie.
Zamawiający otrzymał kopię odwołania w terminie wskazanym w art. 180 ust. 5 Pzp.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt V.1 c).A tiret 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „specyfikacja" zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał dysponowanie 3 pilarzami drzew ozdobnych posiadającymi uprawnienia uzyskane po ukończeniu kursów, szkolenia lub szkoły w zakresie cięcia drzew.
Zamawiający podkreślił w specyfikacji, że w przypadku składania przez wykonawcę oferty na dwie części nie dopuszcza możliwości łącznego spełniania warunku, co oznacza, że wykonawca jest zobowiązany wykazać dysponowanie osobami odrębnie dla każdej części, na którą składa ofertę (ta sama osoba nie może zostać wykazana w dwóch częściach).
W pkt V.2 4) specyfikacji zamawiający wymagał złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, zakresu wykonywanych

czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do specyfikacji.
Zamawiający pismem z dnia 24 stycznia 2012 r. wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu osób (pilarzy). Zamawiający wskazał, że z przedstawionego przez odwołującego wykazu osób (pilarzy) nie wynika, że co najmniej 3 to pilarze drzew ozdobnych z uprawnieniami, a osoby wykazane przez odwołującego posiadają uprawnienia operatorów pił spalinowych.
W odpowiedzi z 24 stycznia 2012r.odwołujący nie złożył wykazu, przedstawił jedynie dokumenty uprawnień pilarzy drzew ozdobnych dla 4 osób, w tym dla trzech wskazanych w wykazie złożonym wraz z ofertą: Dariusza K., Edmunda H., Piotra Ł.
Pismem z 1 lutego 2012r. zamawiający ponownie zwrócił się do odwołującego z żądaniem złożenia wykazu osób. Wskazał w jego treści, że wobec złożenia oferty na dwie części zamówienia, odwołujący winien wykazać dysponowaniem co najmniej 6 pilarzami drzew ozdobnych, posiadającymi uprawnienia po ukończeniu kursu, szkolenia lub szkoły w zakresie cięć drzew. Zamawiający podniósł, że osoby wskazane w wykazie złożonym wraz z ofertą jako pilarze posiadają ukończone kursy operatorów pił spalinowych.
W odpowiedzi udzielonej pismem z 2 lutego 2012 r. odwołujący nie złożył wykazu, lecz jedynie dokumenty uprawnień ponownie dla trzech osób wskazanych w wykazie złożonym wraz z ofertą, dla których dokumenty uprawnień złożył przy piśmie z 24 stycznia 2012r. oraz dokumenty uprawnień dla trzech nowych osób.
Izba dokonała ustaleń na podstawie specyfikacji, oferty odwołującego oraz przywołanych pism.

Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący, który w części III zamówienia złożył jedyną ofertę, spełnił przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp - ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, grozi poniesieniem przez niego szkody.

Odwołanie okazało się bezzasadne.
Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nakazuje wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.
Odwołujący obowiązany był wykazać spełnianie warunków zgodnie z opisem dokonanym przez zamawiającego. Opis ten nastąpił przez wskazanie w specyfikacji niezbędnych oświadczeń i dokumentów stosownie do wymagania zawartego w art. 25 ust. 1 Pzp. W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, odwołujący zobowiązany był złożyć wykaz osób. Wykazu żądał zamawiający w pkt V.2 4) specyfikacji, powielając w opisie sposobu wykazania spełniania

warunku oraz w treści Załącznika Nr 5 zakres informacji wymaganych w § 1 ust. 1 pkt 6) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz 1817). Wbrew twierdzeniu odwołującego zamawiający zawarł w specyfikacji obowiązek wskazania podstawy dysponowania powołanymi osobami.
Katalog oświadczeń i dokumentów wskazanych w § 1 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów i służących wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu ma charakter zamknięty, z wyjątkiem dokumentów potwierdzających posiadanie ubezpieczenia. W obecnym stanie prawnym zamawiający nie jest uprawniony do tego, aby żądać odrębnie dokumentów potwierdzających uprawnienia lub kwalifikacje osób niezbędnych do wykonania zamówienia.
Niesporne jest, że wykaz złożony wraz z z ofertą przez odwołującego nie zawierał informacji potwierdzających, że osoby przewidziane jako pilarze drzew ozdobnych posiadają kwalifikacje (mylnie nazywane „uprawnieniami") wymagane specyfikacją.
Prawidłowo zatem zachował się zamawiający wzywając odwołującego, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia wykazu zawierającego informacje potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wezwanie sformułował w sposób czytelny i jednoznaczny.
Odwołujący nie złożył wykazu, a jedynie dokumenty potwierdzające wymagane kwalifikacje trzech osób - nie wymagane w specyfikacji ani w wezwaniu. Zamawiający ponowił wezwanie wskazując odwołującemu, że winien wykazać posiadane kwalifikacje dla 6 osób –gdyż składa ofertę na dwie części zamówienia. Ponowne złożenie przez odwołującego wyłącznie dokumentów uprawnień, w tym dla trzech nowych osób powoduje sytuację, w której

zamawiający - mimo prawidłowego wezwania - nie dysponuje, wymaganym przepisami prawa oraz żądanym w specyfikacji, wykazem o treści potwierdzającej spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Nowo powołane osoby nie zostały wykazie ujęte w ogóle. Wykaz stanowi własne oświadczenie wykonawcy, dokumenty potwierdzające kwalifikacje nie mają takiego waloru. Z treści złożonych dokumentów zamawiający nie uzyskał niezbędnych informacji, w szczególności co do podstaw dysponowania nowo powołanymi osobami. Zamawiający nie miał żadnych danych, aby uznać – jak chciałby odwołujący – że nowo powołane osoby zastąpiły trzy wskazane w wykazie, a podstawą dysponowania nimi jest umowa zlecenie.
Co do zasady wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp ma charakter jednokrotny i nie może być ponawiane w odniesieniu do tej samej okoliczności bez obrazy art. 7 ust. 1 Pzp.
Izba ocenia, że zamawiający kierując do odwołującego 1 lutego 2012 drugie wezwanie o takiej samej jednoznacznej treści z dodatkowym podkreśleniem, że wymagana liczba osób z kwalifikacjami pilarzy wynosi sześć, wykazał się nie tylko szczególną starannością w prowadzeniu postępowania, ale też dał wyraz dobrej woli w stosunku do odwołującego.

Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż mimo wezwania w trybu art. 26 ust. 3 Pzp, nie złożył wymaganego wykazu, a ze złożonych dokumentów nie wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do części III zamówienia.
Darmo powołuje się odwołujący na możliwość wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, do jakiej części zamówienia przypisane są osoby wskazane w wykazie i posiadające wymagane kwalifikacje. Przywołany przepis służy wyłącznie wyjaśnieniu treści oświadczeń i dokumentów, nie zaś tworzeniu treści w nich uprzednio nie zawartych. Konieczność odrębnego wykazania spełniania warunku w przypadku składania oferty na kilka części zamówienia wynikała wprost z pkt V.1 c).A tiret 2 specyfikacji, przywołanego przez zamawiającego w wezwaniu z 1 lutego 2012r. Zostało to wskazane również przy uzasadnieniu konieczności wykazania dysponowania przez odwołującego 6 osobami z kwalifikacjami pilarzy drzew ozdobnych.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz dojazdu na posiedzenie na podstawie rachunku oraz biletów przedłożonych do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....