

WYROK
z dnia 18 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Wioletta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jan Gutkowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma GUTKOWSKI Jan Gutkowski, ul. 17 Stycznia 17, 64 -100 Leszno** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, Al. Papieża Jana Pawła II 42, 70-415 Szczecin** protestu z dnia 9 października 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, Al. Papieża Jana Pawła II 42, 70-415 Szczecin 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 uiszczonego przez **Jan Gutkowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma GUTKOWSKI Jan Gutkowski, ul. 17 Stycznia 17, 64 -100 Leszno,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, Al. Papieża Jana Pawła II 42, 70-415 Szczecin** na rzecz **Jan Gutkowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma GUTKOWSKI Jan Gutkowski, ul. 17 Stycznia 17, 64 -100 Leszno,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 538 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jan Gutkowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma GUTKOWSKI Jan Gutkowski, ul. 17 Stycznia 17, 64 -100 Leszno.**

Uzasadnienie

Zamawiający: Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie postępowanie o publicznego prowadzi udzielenie zamówienia pn.: przetargu - stacji pomp" w "Niekończycza odbudowa (modernizacja) trybie nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 18

W dniu 6 października 2009 r. odwołujący otrzymał informację: o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej Pzp, o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrębnym pismem o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający uznał, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ odwołujący w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych uprawnień przez osobę wskazaną w ofercie do pełnienia funkcji kierownika budowy i robót w specjalności wodno-melioracyjnej oraz specjalności sieci i instalacji elektroenergetycznych, wskazał inne osoby do pełnienia ww. funkcji oraz złożył wymagane dokumenty dotyczące tych osób. Zamawiający uznał, że osoby te nie były wskazane pierwotnie w ofercie, zatem powyższe uzupełnienie stanowiłoby niedopuszczalną zmianę treści oferty. W związku z tym, że cena oferty wybranej jako najkorzystniejsza przekracza kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zamawiający unieważnił postępowanie.

Jan Gutkowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Gutkowski Jan Gutkowski wniósł protest na powyższe czynności. Zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp żądając unieważnienia czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia postępowania oraz powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Wykonawca podniósł, że uzupełnienie oferty o osoby inne niż pierwotnie wskazane w ofercie nie stanowi zmiany treści oferty i nie narusza art. 87 ust. 1 Pzp. Przywołał orzeczenia KIO: wyrok z dnia 1 października 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 992/08 oraz wyrok z dnia 30 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 04/08. Stwierdził, iż treść złożonej oferty odpowiada treści siwz, a ponadto zaoferowana cena jest niższa od kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający oddalił protest uznając zarzuty za niezasadne. Wyjaśnił, że w ofercie odwołujący przedłożył dokumenty dotyczące określonej osoby, której uprawnienia nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego. Po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów odwołujący przedłożył dokumenty dotyczące dwóch osób, jednakże z treści przedłożonych oświadczeń nie wynika czy odwołujący dysponował tymi osobami na chwilę składania ofert, tj. czy spełniał warunek udziału w postępowaniu. Przywołał orzecznictwo KIO. Stwierdził, iż złożone oświadczenia nie zawierają wskazania daty złożenia przez wskazane osoby oświadczenia woli w zakresie wyrażenia zgody na wykorzystanie ich uprawnień i danych w toku postępowania.

Jan Gutkowski wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Podtrzymał w dowołaniu zarzuty zawarte w proteście, dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
3. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia
4. powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej

Wskazał, że brak daty złożenia oświadczeń woli przez osoby, którym wykonawca będzie dysponował przy realizacji zamówienia, nie skutkuje ich dyskwalifikacją prowadzącą do odrzucenia oferty. Kluczowe jest to na jaki dzień aktualne są informacje zawarte w złożonym dokumencie. Oświadczenie było aktualne zarówno na dzień wszczęcia postępowania, jak i na dzień składania ofert i pozostaje aktualne do tej pory, co potwierdzają w jego treści słowa "w ramach postępowania". Zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia zasobów zostało złożone w wymaganej formie pisemnej oraz wynika z niego, że wykonawca będzie dysponował odpowiednimi zasobami przy wykonywaniu zamówienia. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 5 lutego 2007r. sygn. akt X Ga 2/07,

X Ga 4/07 stwierdził, że na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający może uznać brakujące dokumenty uzupełnione później, jednakże tylko wtedy, gdy wynika z nich, że stan, jaki potwierdzają, istniał także na dzień otwarcia ofert. Osoby, których dotyczą oświadczenia, udostępniły odwołującemu swoje uprawnienia oraz zaświadczenia z Izby Inżynierów potwierdzone za zgodność z oryginałem na dzień 7 września 2009 r. czyli przed dniem otwarcia ofert, co potwierdza, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w terminie składania ofert i brak jest podstaw do odrzucenia oferty.

Odwołujący zaznaczył, że niezrozumiałe jest w jego ocenie dążenie zamawiającego do unieważnienia postępowania, pomimo, że cena oferty odwołującego mieści się w środkach, którymi dysponuje zamawiający.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

4

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty. Oferta odwołującego w kryterium - cena z wagą 100% - sklasyfikowana byłaby na pierwszej pozycji. Odrzucając ofertę odwołującego z naruszeniem obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający pozbawiłby odwołującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się, że odrzucenie oferty zostało dokonane z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

Stosownie do brzmienia art. 184 ust. 1a pkt 3 i 4 Pzp w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, na etapie oceny ofert, przysługuje wykonawcy odwołanie wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego: wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia oferty. Z uwagi na wartość przedmiotowego zamówienia powyższy przepis ma zastosowanie do rozpoznawanego odwołania, które Izba rozpoznała wyłącznie w powyższym zakresie.

Dnia 14 września 2009 r. po raz pierwszy zamawiający dokonał oceny ofert w postępowaniu i poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty z powodu niespełniania warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. W dniu 16 września 2009 r. odwołujący wniósł protest m.in. żądając wezwania do uzupełnienia oferty zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający uznał protest za zasadny i wezwał odwołującego (pismem z dnia 29 września 2009 r.) do złożenia stosownych dokumentów. Odwołujący w wyznaczonym terminie, w dniu 1 października 2009 r. uzupełnił dokumenty potwierdzające spełnianie postawionych przez zamawiającego warunków. W tym celu przedłożył nowy wykaz osób obejmujący dwie osoby wraz z uprawnieniami tych osób jak i ich zobowiązaniami do udziału w realizacji zamówienia w ramach przedmiotowego postępowania. Wykaz osób przewidzianych do pełnienia funkcji Kierownika budowy i robót w specjalności wodno-melioracyjnej oraz specjalności sieci i instalacji elektroenergetycznych, został podpisany przez odwołującego z datą 7 września 2009 r. Wskazane w wykazie osoby udostępniły odwołującemu swoje uprawnienia oraz zaświadczenia z Izby Inżynierów, które odwołujący potwierdził za zgodność z oryginałem w dniu 7 września 2009 r. Oświadczenia złożone przez te osoby na piśmie, w zakresie zobowiązania się do udziału w realizacji zamówienia, nie zostały opatrzone datą.

Bezsporny jest w sprawie fakt, że wskazane osoby spełniają wymogi specyfikacji w zakresie przygotowania zawodowego - posiadanych uprawnień oraz przynależności do właściwej Izby Inżynierów Budownictwa - zamawiający nie kwestionował powyższych okoliczności w postępowaniu.

5

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp wykonawca powinien dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawić zobowiązanie innych podmiotów do

udostępnienia takich osób. Każde z ww. wymagań powinno zostać spełnione w dniu składania ofert. Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, uzupełnione dokumenty, złożone zatem z datą późniejszą, powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

W rozpoznawanej sprawie podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia ma kwestia, czy złożone przez odwołującego, w ramach uzupełnienia, oświadczenia osób: Michała D. i Włodzimierza S. w zakresie zobowiązania się przez te osoby do udziału w realizacji zamówienia potwierdzają, iż odwołujący w dniu składania ofert dysponował zobowiązaniem wskazanych osób do udziału w wykonaniu zamówienia, skoro złożone na piśmie oświadczenia nie zawierają terminu ich złożenia.

W ocenie Izby, ze złożonych przez odwołującego w ramach uzupełnienia oświadczeń i dokumentów (Zobowiązanie innych podmiotów, osób kluczowego personelu wykonawcy do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia) wynika, iż odwołujący na dzień składania ofert w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego tj. w dniu 9 września 2009 r. posiadał zobowiązanie osób zdolnych do wykonania zamówienia.

Izba uznała, iż wobec braku jednoznacznego wskazania w treści badanych oświadczeń, że stan, jaki potwierdzają, istniał także na dzień upływu terminu składania ofert podlegają one wykładni w oparciu o zasady określone w art. 65 k.c. Zgodnie z art. 65 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Odnosnie zasad tłumaczenia (interpretacji) oświadczeń woli wielokrotnie wypowiadał się Sąd Najwyższy. W orzecznictwie SN utrwalone zostały zasady, iż „podstawę wykładni oświadczeń woli mających formę pisemną stanowi tekst dokumentu, w którym ujęto oświadczenie woli. W procesie jego wykładni podstawowa rola przypada językowym regułom znaczeniowym, przy czym wykładni poszczególnych wyrażen dokonuje się z uwzględnieniem kontekstu, w którym zostały użyte. Uwzględnieniu podlegają także okoliczności, w jakich oświadczenie woli zostało złożone, oraz cel oświadczenia woli wskazany w tekście bądź możliwy do ustalenia na podstawie postanowień umowy. Tekst dokumentu nie stanowi przy tym wyłącznej podstawy wykładni ujętych w nim oświadczeń woli.” (vide postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2008 r. sygn. akt II CSK 263/08 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 1995 r. o sygn. akt III CZP 66/95). Biorąc pod uwagę powyższe, Izba dokonała wykładni złożonych oświadczeń w oparciu o następujące ustalenia.

6

W treści obu oświadczeń wskazano w sposób literalny, iż zobowiązanie dotyczy „realizacji zamówienia w ramach postępowania [...]” z podaniem nazwy zadania i oznaczeniem zamawiającego. Zdaniem Izby powyższe potwierdza, że omawiane zobowiązania zostały podjęte w celu przedstawienia ich przez odwołującego w ofercie złożonej w przedmiotowym postępowaniu, a zatem w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, co uprawdopodobnia, iż zobowiązanie powstało przed upływem terminu składania ofert. Potwierdzają powyższe także inne okoliczności. W szczególności fakt, iż złożony w ramach uzupełnienia wykaz osób potwierdza stan istniejący w dniu 7 września 2009 r. z uwagi na datę wystawienia ww. wykazu. W tym samym dniu odwołujący poświadczył zgodność z oryginałem dokumentów potwierdzających przygotowanie zawodowe tych osób oraz zaświadczeń Izby Inżynierów Budownictwa. Przedstawione powyżej okoliczności wskazują w sposób spójny, iż odwołujący najpóźniej w tym dniu uzyskał zobowiązanie ww. osób do udziału w realizacji zamówienia. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołujący złożył dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu upływu terminu składania ofert. Nie ma znaczenia zatem brak daty sporządzenia pism zawierających oświadczenie skoro ich treść potwierdza w danych okolicznościach, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Biorąc pod uwagę powyższe, brak jest przesłanek do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, co zamawiający wskazał, jako uzasadnienie do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Nie złożenie przez wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału

w postępowaniu, co, jak wykazano wyżej, nie ma miejsca w odniesieniu do odwołującego, stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy oraz uznania oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Niezgodność treści oferty z treścią siwz zachodzi bowiem wówczas, gdy merytoryczna treść oferty, złożonej przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu, w szczególności np. w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia lub sposób spełnienia świadczenia, nie odpowiada wymaganiom określonym w specyfikacji. Zatem, w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający błędnie podał podstawę prawną w odniesieniu do podniesionych okoliczności, które dotyczą spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie treści oferty. Tym samym, należało uznać, że poprzez wyeliminowanie odwołującego z postępowania (odrzućenie oferty) zamawiający naruszył zarówno przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, jak i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z przedstawionych względów należało uznać w konsekwencji za zasadny zarzut naruszenia w postępowaniu zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

7

Naruszenie wskazanych wyżej przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj. na wybór najkorzystniejszej oferty i w konsekwencji unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, co stosownie do dyspozycji przepisu art. 191 ust. 1a Pzp wyczerpuje przesłankę do uwzględnienia odwołania. W oparciu o powyższe ustalenia, Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała powtórzenie czynności oceny ofert. Wobec faktu, iż cena oferty odwołującego jest niższa od kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podstawa unieważnienia postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp) przestaje być aktualna. Nie mniej jednak nie oznacza to, iż w przypadku zaistnienia innej przesłanki unieważnienia postępowania zamawiający może je unieważnić.

W danym stanie faktycznym Izba nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 Pzp.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1, ust. 1a oraz ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 ze zm.) wysokość wpisu od odwołania wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego wartość jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach, wynosi 10 000,00 zł. Postępowanie o zamówienie publiczne, w którym zostało wniesione odwołanie, obejmuje roboty budowlane, a jego wartość jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Jednocześnie w przedmiotowym postępowaniu odwołujący się wykonawca Jan Gutkowski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Gutkowski Jan Gutkowski wniósł wpis od odwołania w wysokości 20 000,00 zł, tj. w wysokości przewyższającej należną kwotę. Z uwagi na powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zwrot na rzecz odwołującego - łącznie kwoty 15 538,00 zł - obejmującej nadpłatę ponad należną kwotę wpisu.

8

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....