

WYROK
z dnia 27 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Członkowie: Emil Kuriata

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 października 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 15 października 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Zakład Robót Górniczych „GÓRREM” spółka jawna Tadeusz Warzocha i Piotr Zdebel, 40-045 Katowice, ul. Astrów 10 (lider), 2) BUDOSERWS Z.U.H. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-500 Chorzów, ul. Kościuszki 31, 3) Bytomski Zakład Usług Górniczych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-808 Zabrze, ul. Młodego Górnika 2B** od czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego: **Kompania Węglowa Spółka Akcyjna, 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Zakład Robót Górniczych „GÓRREM” spółka jawna Tadeusz Warzocha i Piotr Zdebel, 40-045 Katowice, ul. Astrów 10 (lider), 2) BUDOSERWS Z.U.H. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-500 Chorzów, ul. Kościuszki 31, 3) Bytomski Zakład Usług Górniczych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-808 Zabrze, ul. Młodego Górnika 2B i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Zakład Robót Górniczych „GÓRREM” spółka jawna Tadeusz Warzocha i Piotr Zdebel, 40-045 Katowice, ul. Astrów 10 (lider), 2) BUDOSERWS Z.U.H. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-500 Chorzów, ul. Kościuszki 31, 3) Bytomski Zakład Usług Górniczych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-808 Zabrze, ul. Młodego Górnika 2B.**

Sygn. akt KIO 2238/10

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt KIO 2238/10

Uzasadnienie

Zamawiający: Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp”

lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na usługę pn. *Likwidacja szybu II w KW S.A. Oddział KWK „Śośnica-Makoszowy” Ruch Makoszowy.*

6 października 2010 r. (pismem z 5 października) Zamawiający poinformował za pośrednictwem faksu Odwołującego, konsorcjum w składzie: 1) Zakład Robót Górniczych „GÓRREM” spółka jawna Tadeusz Warzocha i Piotr Zdebel z Katowic (lider), 2) BUDOSERWIS Z.U.H. spółka z o.o. z siedzibą w Chorzowie, 3) Bytomski Zakład Usług Górniczych spółka z o.o. z siedzibą w Zabrze (zwane dalej również „Konsorcjum”), o następujących czynnościach: 1) wykluczeniu Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a pzp i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 pzp, 2) zatrzymaniu wniesionego przez Konsorcjum wadium na podstawie art. 46 ust. 4a pzp, 3) unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp.

15 października 2010 r. (pismem z 14 października 2010 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, 14 października 2010 r. przekazując jego kopię Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu:

1. Nieprawidłowe uznanie za niepotwierdzające spełnianie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez dokumenty złożone wraz z ofertą, wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz odrzucenie jego oferty, przez co naruszone zostały przepisy pzp: art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5.
2. Brak uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu Odwołującego, przez co naruszono art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp.
3. Bezpodstawne zatrzymanie wadium Odwołującemu, przez co naruszono art. 46 ust. 4a pzp.
4. Nieuzasadnione unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy oferta Odwołującego nie przekracza kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, przez co naruszony został art. 93 ust. 1 pkt. 4 pzp.
5. Nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przez co naruszony został art. 7 ust. 1 pzp

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

3

Sygn. akt KIO 2238/10

1. Unieważnienie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty.
2. Uznanie informacji skierowanej do Odwołującego o zatrzymaniu wadium za naruszającą przepis art. 46 ust. 4a pzp dający podstawę do zatrzymania wadium.
3. Uznanie za bezpodstawne unieważnienie postępowania na mocy art. 93 ust. 1 pkt. 5 pzp.
4. Nakazanie Zamawiającemu dokonania badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Wykonawcy Górnicze Przedsiębiorstwo Inwestycyjne sp. z o.o.
5. Nakazanie zmiany decyzji o unieważnieniu postępowania.
6. Wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.
lub
7. unieważnienie przedmiotowego postępowania w sytuacji, „gdy wykazane rozbieżności w interpretacji niejasnych, niewyczerpujących i niezawierających wszystkich wymagań i okoliczności w treści SIWZ uniemożliwiają zachowanie zasady legalizmu i zawarcie ważnej umowy na realizację przedmiotowego zamówienia”.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, Odwołujący podniósł między innymi następujące okoliczności.

Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, albowiem w terminie do dnia złożenia ofert przedstawił wymaganą ilość osób posiadających wykształcenie, doświadczenie i pozytywne wyniki badań. Zamawiający tymczasem w żadnym momencie postępowania, ani w żadnym dokumencie skierowanym do Odwołującego – także w rozstrzygnięciu – nie przedstawił przyczyn, dla których w jego ocenie osoby wskazane przez Odwołującego nie spełniają warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej w skrócie „s.i.w.z.”) Rozstrzygnięcie, jak i postępowanie obarczone są wadą prawną polegającą na braku uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia Odwołującego.

W ocenie Odwołującego osoby wskazane w wykazie załączonym do oferty spełniały i spełniają wymogi określone w s.i.w.z. Zamawiający co prawda w wezwaniu z 27 sierpnia 2010 r.

stwierdził, iż jego zdaniem warunki spełnia jedynie Piotr P., nie wskazując jednocześnie powodów nieuznania pozostałych osób za spełniających te wymagania. Z uwagi jednak na fakt, iż takie oświadczenie Zamawiającego nie stanowi jego decyzji podlegającej zaskarżeniu, gdyż jest nią dopiero rozstrzygnięcie zawierające uzasadnienie zarówno faktyczne jak i prawne, Odwołujący wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego, przedłożył dodatkowy wykaz zawierający jeszcze inne osoby, które także spełniają postawione wymogi.

Za ugruntowany uznać należy pogląd, iż w przypadku, gdy Zmawiający odmawia określonym wykazom bądź oferowanym przedmiotom przymiotów lub cech wymaganych w s.i.w.z. winien to dostatecznie jasno i precyzyjnie uzasadnić w wezwaniu do uzupełnienia. Wykonawca nie może bowiem domyślać się, jakimi intencjami kierował się Zamawiający i wykazania jakich okoliczności oczekuje od wykonawcy. W przedmiotowej sprawie Zamawiający, cytując w wezwaniu

4

Sygn. akt KIO 2238/10

do uzupełniania treść ogłoszenia i s.i.w.z., *de facto* nie dokonał czynności wezwania w rozumieniu art. 26 ust. 3 pzp, a jedynie wyraził swój pogląd w sprawie i przedstawił go Odwołującemu. Zamawiający nie dokonał zatem wezwania w sposób i zakresie określonym przepisami prawa, zatem dalsze czynności, które wywodzą swój byt i uzasadnienie z oświadczenia Zamawiającego, mylnie uznawanym za wezwanie, nie mogą wywołać skutków prawnych w nich zamierzonych. Powyższe oznacza, iż gdyby Zamawiający prawidłowo wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a nie jedynie ogólnie wyraził „jakiś” brak w dotychczas złożonych, wówczas dopiero mógłby powoływać się na tę okoliczność i wynikające z niej skutki prawne.

W związku z powyższym – wszystkie następne czynności Zamawiającego są bezwzględnie wadliwe i nieważne. Skutkiem takiego działania jest stan, że Odwołujący w praktyce nadal nie wie, które z wymienionych osób w wykazie (str. 91-92 oferty) w poz. 29-35, jakiego z wymienionych trzech wymagań opartych na treści rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r., nie spełniają. Brak tego uzasadnienia w wezwaniu, tym bardziej w podstawie wykluczenia, nie daje Odwołującemu możliwości udowodnienia, że warunek udziału spełniał i nadal z pełną stanowczością twierdzi, że spełnia. Jeżeli Zamawiający otrzymał wykaz osób, w którym na str.91-92 oferty są wymienione osoby, potwierdzające spełnienie warunku udziału, także załączone w stosunku dla każdej z nich odpowiednie dokumenty, potwierdzające wymagania wskazane w warunku udziału z podstawą prawną wynikającą z rozporządzenia Ministra Gospodarki, jednocześnie w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów Odwołujący załącza kolejne cztery osoby wraz ze stosownymi dokumentami, wniosek jest jeden – Zamawiający ma do oceny spełnienia warunku udziału aż 12 osób, z czego na pewno wyeliminował dwie – panów Nabrdalika oraz Sówkę, pozostało więc 10 innych.

Wobec powyższego uzasadnienia braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, czynność zatrzymania wadium Odwołującego, w oparciu o art. 46 ust. 4a pzp, nie znajduje zastosowania. Zatrzymanie wadium przez Zamawiającego może nastąpić jedynie w sytuacji, gdy w wyniku wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wykonawca nie złoży w wyznaczonym terminie tych dokumentów, lub gdy z załączonych dokumentów i oświadczeń wynika, że nie potwierdza on spełnienia warunku udziału w postępowaniu, chyba że wykaże iż wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Odwołujący nie dość, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, to także w wyniku wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, kolejne dokumenty załączył. Zatrzymanie wadium jest więc czynnością nieuprawnioną i szkodliwą wobec Odwołującego.

Procedury o udzielenie zamówienia publicznego są wysoce sformalizowane, a czynności Zamawiającego muszą być dokonywane w poszanowaniu generalnych zasad, jakie cechują przepisy ustawy pzp. Jedną z nich jest zasada równego traktowania wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący stara się wykazać wiele wadliwych czynności oraz zaniechań Zamawiającego, które mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Do

5

Sygn. akt KIO 2238/10

Zamawiającego wpłynęły dwie oferty. Odwołującemu trudno się odnieść do okoliczności, które nie są mu znane, bowiem nie są wskazane uzasadnienia w zawiadomieniach, wezwaniach czy informacjach. Jednakże Odwołujący chce wykazać te czynności, które zostały wykonane i są mu znane w kontekście zaniechań Zamawiającego wobec drugiego wykonawcy, tj. Górniczego

Przedsiębiorstwa Inwestycyjnego sp. z o.o. będącego uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Takim naruszeniem było zaniechanie badania i oceny ofert tego Wykonawcy, który w myśl zasady równego traktowania wykonawców mógł także, hipotetycznie, podlegać wykluczeniu, oferta odrzuceniu, a tym samym zatrzymaniu wadium. Zamawiający jednakże nie dokonał tych czynności z należytą starannością, tym samym naruszył fundamentalną zasadę równego traktowania wykonawców.

Zamawiający przekazał kopię odwołania drugiemu wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu oraz wezwał go do przystąpienia do postępowania odwoławczego, jednak wykonawca ten nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia.

Przed otwarciem rozprawy Zamawiający nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po ustaleniu z urzędu, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, natomiast Odwołujący wniósł o jego uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu (sektorowym) zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 7 kwietnia 2010 r. pod nr 2010/S 67-101397, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.kwsa.pl), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 7.710.000,00 zł, co stanowi równowartość 2.008.335,50 euro.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia znajdują się następujące postanowienia istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

6

Sygn. akt KIO 2238/10

W pkt. XI. *Warunki wymagane od Wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków*, w pkt. 2 ppkt. 1 lit. b wskazano, iż o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, „to znaczy: dysponują lub będą dysponować osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia: co najmniej pięć osób spełniających wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych - załącznik nr 4 pkt.5.29.2., tj. posiadających:

- wykształcenie górnicze co najmniej zawodowe,
- pozytywne wyniki badań psychologicznych dla pracowników zatrudnionych przy pracach na wysokościach,
- półroczny staż przy pomocniczych robotach w oddziałach szybowych.

W pkt. XIV. natomiast określono, iż w celu wykazania przez wykonawcę spełnienia określonego w pkt XI warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający żąda dołączenia do oferty następujących dokumentów:

„Wykaz 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 podstawie do dysponowania tymi osobami, np. zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ”. /pkt 1/

„Kopie dokumentów potwierdzających posiadane kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, wykształcenie osób wyszczególnionych w wykazie, o którym mowa w pkt 1 - *na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 2) Ustawy Prawo zamówień publicznych*,

(...)

W zakresie osób określonych w pkt. XI ust.2 pkt. 1) lit. b) SIWZ – świadectwo ukończenia szkoły, aktualne pozytywne wyniki badań psychologicznych dla pracowników zatrudnionych przy pracach na wysokościach oraz oświadczenie wystawione przez pracodawcę i/lub świadectwo pracy, potwierdzające półroczny staż przy pomocniczych robotach w oddziałach szybowych". /pkt 2/

W ofercie znajdują się następujące informacje istotne dla rozstrzygnięcia sprawy:

W załączonym do oferty wykazie osób, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia w poz. od 29 do 36 Odwołujący wymienił 8 osób dla których załączył następujące typy dokumentów:

- 1) zaświadczenie lub zaświadczenia o ukończeniu kursu przygotowania do zawodu, podnoszenia kwalifikacji zawodowych w instytucji zajmującej się doskonaleniem kadr;

7

Sygn. akt KIO 2238/10

- 2) świadectwo posiadania kwalifikacji do zatrudnienia na stanowisku wydane przez Urząd Górniczy;
- 3) świadectwo ukończenia szkoły;
- 4) orzeczenie psychologiczne.

Z załączonych świadectw ukończenia szkół zasadniczych wynika, iż wymienione w wykazie osoby ukończyły naukę w wymienionych poniżej szkołach zawodowych w następujących zawodach:

- 1) Janusz B.: Szkoła Zasadnicza Zespołu Szkół Zawodowych Huty „Zygmunt” S.A., modelarz odlewniczy;
- 2) Janusz D.: brak świadectwa ukończenia szkoły;
- 3) Marian G.: Zespół Szkół Zawodowych – Szkoła Zawodowa we Wrześni, mechanik maszyn i urządzeń przemysłowych;
- 4) Waldemar L.: Szkoła Zasadnicza Zabrzańskiej Fabryki Maszyn Górniczych „POWEN”, mechanik maszyn i urządzeń górniczych;
- 5) Mirosław L.: Szkoła Zawodowa w Zespole Szkół Mechaniczno-Elektrycznych im. F. Dzierżyńskiego w Dąbrowie Górniczej, monter aparatury radiowo-telewizyjnej;
- 6) Adam L.: Zespół Szkół Zawodowych im. Mikołaja Kopernika w Rudzie Śląskiej, malarz;
- 7) Jacek I.: Zasadnicza Szkoła Zawodowa dla Pracujących ZGH „Orzeł Biały” w Piekarach Śląskich, mechanik-kierowca pojazdów samochodowych;
- 8) Piotr P.: Zasadnicza Szkoła Górnicza Nr 2 Kopalni Węgla Kamiennego „Czerwone Zagłębie”, mechanik maszyn i urządzeń górnictwa podziemnego.

W załączonym Orzeczeniu Psychologicznym Nr 13/08/2007 z 13 sierpnia 2007 r. dotyczącym Waldemara L. zamieszczono między innymi informację o treści: „następne badanie: 2010-08-06”.

Pismem z 27 sierpnia 2010 r. Zamawiający powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy pzp wezwał Odwołującego między innymi do uzupełnienia oferty w zakresie wykazu osób, wskazując, iż „z dołączonego do oferty wykazu nie wynika, że Wykonawca dysponuje lub będzie dysponować osobami, o których mowa w pkt XI.2.1)b. SIWZ”, przytaczając to postanowienie i stwierdzając, iż „spośród przedstawionych w wykazie osób tylko jedna z nich, tj. Piotr P. spełnia powyższe warunki”. Jednocześnie Zamawiający wezwał do złożenia „kopii dokumentów potwierdzających posiadane kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, wykształcenie osób wyszczególnionych w wykazie”.

6 września 2010 r. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie w powyższym zakresie przedłożył wykaz obejmujący kolejne 4 osoby wraz z załączonymi dokumentami analogicznych rodzajów jak do wykazu załączonego do oferty.

Z załączonych świadectw ukończenia szkół wynika, iż wymienione w wykazie osoby

8

Sygn. akt KIO 2238/10

ukończyły naukę w wymienionych poniżej szkołach zawodowych w następujących zawodach lub ukończyły inne szkoły i uzyskały następujące tytuły:

- 1) Andrzej N.: Policealne Studium Zawodowe Ministerstwa Górnictwa i Energetyki w Katowicach, technik mechanik o specjalności eksploatacja maszyn i urządzeń górnictwa podziemnego;

- 2) Krystian S.: Zasadnicza Szkoła Górnicza im. Stanisława Schwallenberga Kopalni Węgla Kamiennego „Rozbark” w Bytomiu, górnik kopalni węgla kamiennego;
- 3) Krzysztof S.: Zasadnicza Szkoła Górnicza Kopalni Węgla Kamiennego „Katowice” w Katowicach, mechanik maszyn i urządzeń górnictwa podziemnego;
- 4) Jacek Ś.: Technikum Górnicze im. W. Hankego W.W.K. w Chorzowie, technik- mechanik o specjalności eksploatacja maszyn i urządzeń mechanicznych górnictwa podziemnego.

Załączone Orzeczenie Psychologiczne Nr 14/09/2010 dotyczące Andrzeja Nabrdalika oraz Orzeczenie Psychologiczne Nr 13/09/2010 dotyczące Krystiana Sówki zostały wystawione 3 września 2010 r. po przeprowadzonych w tym dniu badaniach psychologicznych.

Pismem z 5 października 2010 r. Zamawiający zawiadamiając Odwołującego o wykluczeniu z postępowania wskazał jako podstawę prawną art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 25 ust. 2a ustawy pzp, w uzasadnieniu wskazując, iż „Wykonawca zarówno w ofercie jak i w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia oferty nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 13.08.2010 r. bowiem orzeczenia psychologiczne dotyczące pozytywnych wyników badań psychologicznych dla pracowników zatrudnionych przy pracach na wysokościach dla Andrzeja Nabrdalika i Krystiana Sówki wystawione zostały w dniu 03.09.2010 r.”

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w dokumentacji postępowania, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. oferty Odwołującego oraz przywołanych powyżej pism i dokumentów.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania: Odwołującego zawarte w treści odwołania, a także złożone ustnie przez Odwołującego i Zamawiającego w toku rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia po 29 stycznia 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustawy: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w

9

Sygn. akt KIO 2238/10

sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż potwierdzenie zasadności zarzutów odwołania oznaczałoby, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, ponosząc jednocześnie szkodę. W ocenie Izby, Odwołujący legitymuje się tym interesem, skoro złożył najtańszą ofertę, a cena stanowi jedyne kryterium oceny, gdyż uwzględnienie zarzutów odwołania otworzyłoby mu realną możliwość uzyskania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o jego udzielenie. Natomiast odrzucenie jego oferty naraża go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpoznaniu, Izba uznała, iż odwołanie nie może zostać uwzględnione.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut, iż bezzasadne było wykluczenie Odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp z uwagi na niepotwierdzenie spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie określonym w pkt. XI.2 ppkt 1 lit. b s.i.w.z.

Izba stoi na stanowisku, iż ustalenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynekowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie

spełnia"). W oczywisty sposób ustalone przez zamawiających warunki i sposób oceny ich spełniania wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych przez wymóg powiązania tych warunków (sposobu oceny ich spełniania) z przedmiotem zamówienia oraz zachowania proporcjonalności do przedmiotu zamówienia. Ponieważ sformułowanie sposobu oceny spełnienia warunków ma kluczowe znaczenie, obowiązująca zasada pisemności postępowania powinna zapewniać, iż każdy warunek i sposób dokonywania oceny jego spełniania musi w wyczerpujący sposób zostać wyrażony przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom, gdyż z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy kierować się wyłącznie literalnym brzmieniem odpowiednich postanowień s.i.w.z. lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny jego spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili do udziału we wszczętym postępowaniu. Literalne brzmienie

10

Sygn. akt KIO 2238/10

oznacza kierowanie się zwykłym znaczeniem słów, wyrażań i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składni języka polskiego. Jednocześnie oznacza to, iż dla interpretacji tych warunków, co do zasady, nie powinien mieć znaczenia opis przedmiotu zamówienia, a intencje zamawiających niewyrażone wprost w s.i.w.z. nie mogą działać na niekorzyść wykonawców.

Z zamieszczonego w punkcie pkt. XI.2 ppkt 1 lit. b s.i.w.z. postanowienia wynika warunek dysponowania co najmniej pięcioma osobami spełniającymi wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych – załącznik nr 4 pkt 5.29.2., to jest posiadającymi: po pierwsze – wykształcenie górnicze co najmniej zawodowe, po drugie – pozytywne wyniki badań psychologicznych dla pracowników zatrudnionych przy pracach na wysokościach, po trzecie – półroczny staż przy pomocniczych robotach w oddziałach szybowych.

Wbrew stanowisku Odwołującego, iż łącznie w postępowaniu przedstawił aż 12 osób spełniających powyższe wymaganie, w rzeczywistości tylko dla trzech osób Odwołujący przedłożył dokumenty odpowiednio to potwierdzające. W odniesieniu do trzech osób: Waldemara L., Andrzeja N. i Krystiana S., zabrakło ważnych na dzień składania ofert pozytywnych wyników badań psychologicznych, gdyż w odniesieniu do pierwszej z osób, wskazanej w wykazie załączonym do oferty – badania te były już nieaktualne w tym dniu, natomiast w przypadku dwóch pozostałych osób, wykazanych w wyniku wezwania do uzupełnienia – badania te były wykonane po tym dniu.

Kluczowe znaczenie dla przedmiotowej sprawy miało jednak brak wykazania aż dla 7 osób z wykazu załączonego do oferty, to jest wszystkich oprócz Piotra P. – posiadania wykształcenia górniczego co najmniej zawodowego. W aspekcie dotyczącym wykształcenia postanowienie pkt. XI.2 ppkt 1 lit. b punkt pierwszy s.i.w.z. przez wymaganie posiadania wykształcenia górniczego, różni się od pkt. 5.29.2 ppkt 1 załącznika nr 4 do wymienionego powyżej rozporządzenia Ministra Gospodarki, gdzie mowa jest tylko o posiadaniu odpowiedniego wykształcenia zawodowego. W toku rozprawy Zamawiający oświadczył, iż świadomie na potrzeby prowadzonego postępowania uściślił „odpowiednie wykształcenie zawodowe” ograniczając je do wykształcenia górniczego, gdyż było to jego zdaniem uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. Na rozprawie okazało się również, iż Odwołujący miał świadomość odmienności brzmienia wymagania wynikającego z s.i.w.z. w stosunku do rozporządzenia, jednak uważając takie wymaganie Zamawiającego za nieuzasadnione i niejasne, uznał, iż wystarczającym jest spełnienie wymagania w brzmieniu wynikającym z rozporządzenia. Z uwagi na to, iż odwołanie zostało złożone dopiero na czynność wykluczenia z postępowania, Izba nie oceniała czy Zamawiający był uprawniony do wprowadzenia w s.i.w.z. takiego odmiennego, niż wynikające z powszechnie obowiązujących specjalistycznych przepisów, wymagania, ani nie badała czy był on uprawniony do żądania na podstawie przepisu art. 138c ust. 1 pkt 2 pzp do żądania świadectwa ukończenia szkoły jako niezbędnego dla oceny

11

Sygn. akt KIO 2238/10

spełniania tego warunku. Natomiast Izba zważyła, czy wprowadzona odmiennność zawężyła krąg osób, które mogą spełnić wymagany w s.i.w.z. warunek wykształcenia do osób posiadających

wykształcenie górnicze.

Biorąc zatem powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, iż z literalnego brzmienia warunku określonego w pkt. XI.2 ppkt 1 lit. b punktor pierwszy s.i.w.z., wynika, iż wymagane jest posiadanie wykształcenia górniczego (co najmniej zawodowego). Natomiast z pkt. XIV.2 s.i.w.z. wynika, iż potwierdzenie posiadania takiego wykształcenia będzie oceniane wyłącznie na podstawie świadectwa ukończenia szkoły. Choć termin „wykształcenie górnicze” nie ma obecnie jakiegoś szczególnego normatywnego znaczenia, to przymiotnik „górnicze” w oczywisty sposób wskazuje, iż wykształcenie to musi polegać na ukończeniu szkoły (co najmniej zawodowej) kształcącej w zakresie górnictwa, o profilu górniczym, na co wskazywać może już nazwa szkoły posiadająca taki przymiotnik w nazwie, lub nazwa uzyskanego zawodu (tytułu zawodowego), lub nazwa wykładanych przedmiotów – wszystkie te informacje są zawsze uwidaczniane na świadectwie ukończenia szkoły, a zatem w dokumencie wymaganym przez Zamawiającego w s.i.w.z. na potrzeby prowadzonego postępowania. Izba uznała zatem za nieprzekonujące i nieprzystające do przywołanych postanowień s.i.w.z. stanowisko Odwołującego zajęte na rozprawie, iż brak w treści s.i.w.z. wyjaśnienia, iż wykształcenie górnicze co najmniej zawodowe oznacza ukończenie szkoły zawodowej o profilu górniczym, uprawniał do rozumowania, iż potwierdzeniem jego posiadania może być świadectwo ukończenia (jakiegokolwiek) szkoły zawodowej wraz z zaświadczeniami potwierdzającymi ukończenie odpowiednich kursów specjalistycznych.

Wobec odmiennego brzmienia warunku określonego w s.i.w.z., również przedłożona przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego interpretacja Departamentu Prawnego Wyższego Urzędu Górniczego (zawarta w piśmie z 13 października 2010 r.) terminu „odpowiednie wykształcenie zawodowe” nie może mieć bezpośredniego przełożenia na rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy. Stanowisko, iż przez ten użyty w przepisie rozporządzenia termin należy rozumieć każde wykształcenie zawodowe, które dało przygotowanie do pracy w górnictwie, niekoniecznie *stricte* górnicze, nie przystaje do przedmiotowego postępowania, w którym Zamawiający wymagał właśnie takiego wykształcenia, tylko je uznając za odpowiednie, czemu dał wprost wyraz w postanowieniach s.i.w.z. Natomiast WUG zajął też stanowisko, iż posiadanie dodatkowych dokumentów potwierdzających odbycie odpowiednich szkoleń lub kursów, bądź stwierdzających kwalifikacje określone w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 11 czerwca 2002 r. w sprawie kwalifikacji wymaganych od osób kierownictwa i dozoru ruchu zakładów górniczych, mierniczego górniczego i geologa górniczego oraz wykazu stanowisk w ruchu zakładu górniczego, które wymagają szczególnych kwalifikacji (Dz.U. Nr 84, poz. 755, z późn. zm.), nie ma wpływu na zmianę statusu osoby, a może być tylko dodatkowym argumentem przemawiającym za uznaniem, iż dana osoba jest odpowiednio przygotowana do wykonania robót szybowych – co koresponduje z wymaganiem przez Zamawiającego wyłącznie dokumentu świadectwa ukończenia

12

Sygn. akt KIO 2238/10

szkoły na potwierdzenie wymagania posiadania określonego w s.i.w.z. wykształcenia górniczego.

Z tych względów, ponieważ Odwołujący przedstawił w wykazie załączonym do oferty oraz w uzupełnionym wykazie łącznie pięć osób legitymujących się wykształceniem górniczym, z których jednak dwie nie posiadały aktualnych na dzień składnia ofert badań psychologicznych – Zamawiający wykluczając Odwołującego oraz odrzucając jego ofertę nie naruszył przepisów art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp.

Izba uznała również za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 pzp, wynikający *de facto* z treści uzasadnienia odwołania. Z dokumentacji postępowania w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wynika, iż pismem z 27 sierpnia 2010 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty w zakresie 5 rodzajów dokumentów, w tym do uzupełnienia wykazu osób oraz kopii dokumentów potwierdzających posiadane kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, wykształcenie osób wyszczególnionych w tym wykazie, wskazując przy tym wyraźnie, iż dokonuje tego w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Izba zważyła również, iż w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy, sposób wskazania braków przez Zamawiającego, choć daleki od wzorcowego, był wystarczająco precyzyjny. Zamawiający rzeczywiście dopiero na rozprawie wskazał szczegółowo w stosunku do każdej z 7 spośród 8 osób ujętych w wykazie jakich braków się dopatrył – okazało się, iż w stosunku do wszystkich osób chodziło o brak potwierdzenia wymaganego wykształcenia a tylko w stosunku do jednej z osób o brak potwierdzenia posiadania aktualnych badań psychologicznych, przy czym dla wszystkich osób w ofercie prawidłowo wykazano wymagany półroczny staż przy pomocniczych robotach w

oddziałach szybowych. Natomiast uzasadnienie wezwania wskazywało, iż jedynie 8. osoba wymieniona z imienia i nazwiska spełnia wszystkie wymagania określone w przytoczonym pkt. XI.2 ppkt 1 lit. b s.i.w.z., a więc zakreślało ten brak potencjalnie szerzej, niż miał on miejsce w rzeczywistości. Tym niemniej w ten sposób Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż spośród wymaganych co najmniej 5 osób, Odwołujący w ofercie potwierdził spełnianie wymaganego warunku wyłącznie w stosunku do jednej osoby, którą mógł zidentyfikować. Odwołujący nie zakwestionował dokonanego w ten sposób wezwania, ani nie domagał się w tym zakresie dalszych informacji, a nie było żadnych przesłanek by przyjąć, iż ma ono jedynie charakter nieformalnego „poglądu w sprawie” Zamawiającego, który może zostać zmieniony w inny sposób niż przez wniesienie środków zaskarżenia na dokonaną formalnie czynność. Natomiast sposób dokonania uzupełnienia wskazuje, iż Odwołujący miał świadomość, iż musi przedstawić jeszcze 4 dodatkowe nowe osoby legitymujące się wymaganym w s.i.w.z. wykształceniem. Odwołujący wskazał bowiem dodatkowe 4 osoby, wszystkie posiadające, tak jak jedyna spośród osób w wykazie załączonym do oferty, wykształcenie górnicze, zmieniając przy tym układ dokumentów wymienionych w uzupełnionym wykazie w ten sposób, iż dokument potwierdzający wykształcenie został wymieniony na pierwszym miejscu, podczas gdy w wykazie osób załączonych do oferty w

13

Sygn. akt KIO 2238/10

ogóle nie wymieniano załączonych odrębnie świadectw ukończenia szkół. Wobec takiego przebiegu procedury uzupełnienia dokumentów, nie ma podstaw do uznania, iż została przeprowadzona w sposób, który nie dał Odwołującemu realnej możliwości uzupełnienia braków w zakresie potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt. XI.2 ppkt 1 lit. b s.i.w.z.

Wobec niepotwierdzenia się powyższych zarzutów nie może być również uwzględniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp sformułowany przez Odwołującego, gdyż to nie jego podlegająca odrzuceniu oferta była podstawą do unieważnienia postępowania z uwagi na przekraczanie środków, które Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Potwierdził się natomiast częściowo zarzut braku uzasadnienia prawnego i faktycznego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Zamawiający w piśmie z 5 października 2010 r. wskazał co prawda wyczerpująco podstawę prawną wykluczenia przez odniesienie do przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a pzp, natomiast w podstawie faktycznej wskazał jedynie, iż orzeczenia psychologiczne dla dwóch zidentyfikowanych z imienia i nazwiska osób z uzupełnionego wykazu wystawione zostały dopiero w dacie przypadającej po wezwaniu. W ocenie Izby jest to nadmiernie skrótowe opisanie podstawy faktycznej tak istotnej czynności jak wykluczenie z postępowania, gdyż powinno ono zawierać szczegółowe wyniki negatywnej weryfikacji zdolności podmiotowej Odwołującego do wykonania zamówienia, jak to zostało przedstawione przez Zamawiającego na rozprawie, i odnosić się nie tylko do etapu postępowania po dokonaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów. Tym niemniej, nie można stwierdzić, iż Zamawiający nie wskazał w ogóle podstawy faktycznej dokonanego wykluczenia, a Odwołujący nie miał możliwości zaskarżenia tej decyzji, co uczynił w odwołaniu, które stało się przedmiotem rozpoznania Izby w niniejszej sprawie. Częściowa zasadność tego zarzutu nie miała zatem żadnego wpływu na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

W ocenie Izby zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp. Znalazła bowiem potwierdzenie podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż tylko w odniesieniu do niego Zamawiający przeprowadził kompletną ocenę spełniania warunków postępowania, natomiast w stosunku do drugiego wykonawcy, który złożył ofertę, Zamawiający poprzestał na wezwaniu do uzupełnienia dokumentów. W toku rozprawy Zamawiający twierdził co prawda, że badał obu wykonawców i ich oferty, jednak przyznał jednocześnie, iż wobec stwierdzenia podstaw do wykluczenia Odwołującego, odstąpił od wyjaśnienia wątpliwości dotyczących zdolności podmiotowej wykonawcy, który złożył droższą ofertę, unieważniając postępowanie z powodu niewystarczających środków finansowych. Zdaniem Izby obowiązkiem Zamawiającego było prowadzenie postępowania do samego końca, to jest do wyłonienia najkorzystniejszej oferty,

14

spośród niepodlegających odrzuceniu ofert wykonawców niepodlegających wykluczeniu, a dopiero następnie ewentualne unieważnienie postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp. Wobec niekompletności dokonanej oceny spełniania warunków przez drugiego wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu, Zamawiający zaniechał ustalenia czy również nie podlegał on wykluczeniu, a zatem niewykluczone, iż postępowanie podlegałoby unieważnieniu na innej podstawie prawnej, wynikającej z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp, z uwagi na niezłożenie żadnej oferty podlegającej odrzuceniu. Przede wszystkim jednak, odstąpienie od oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu doprowadziło do sytuacji, w której Odwołującemu zatrzymano wadium, podczas gdy możliwe, iż Zamawiający postępując analogicznie w stosunku do drugiego wykonawcy również podjąłby decyzję o zatrzymaniu jego wadium. Wobec zasadności wykluczenia z postępowania Odwołującego oraz podleganiu unieważnieniu postępowania, nawet jeżeli potencjalnie z innej podstawy prawnej i faktycznej, Izba uznała, iż opisane powyżej naruszenie zasady równego traktowania wykonawców nie miało wpływu na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba uznała, iż pomimo zasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania, Zamawiający w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie był uprawniony do zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego na podstawie przepisu art. 46 ust. 4a pzp. W przedmiotowej sprawie nie zaistniała zarówno sytuacja braku w ogóle jakiejkolwiek reakcji na wezwanie, ani sytuacja złożenia w odpowiedzi przypadkowych dokumentów, nie dotyczących potwierdzenia spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący złożył dokumenty, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 pkt. 1 pzp, to jest dokumenty dotyczące potwierdzenia spełniania przez niego warunku opisanego w pkt. XI.2 ppkt 1 lit. b s.i.w.z. Oprócz uzupełniającego wykazu obejmującego 4 osoby, Odwołujący złożył dla każdej z nich komplet dokumentów w celu potwierdzenia, iż każda z tych osób spełnia wymagania dotyczące wykształcenia i pozytywnych wyników badań psychologicznych. Natomiast Odwołującemu nie udało się potwierdzić w stosunku do dwóch osób, iż spełniały one wymóg posiadania pozytywnych wyników badań psychologicznych na dzień składania ofert. W ocenie Izby takie uchybienie Odwołującego, dążącego w sposób rzeczywisty do uzyskania zamówienia, nie stanowi wypełnienia dyspozycji przepisu art. 46 ust. 4a pzp. Ponieważ czynność zatrzymania wadium nie ma wpływu na wynik postępowania, nieuprawnione zatrzymanie wadium przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu również nie może być podstawą do uwzględnienia odwołania w niniejszej sprawie.

Mając powyższe na uwadze, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień, obciążając Odwołującego kosztami uiszczonych wpisów.

15

Sygn. akt KIO 2238/10

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

16