

Sygn. akt: KIO/UZP 1217 /08

WYROK
z dnia 12 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Agnieszka Trojanowska**
Renata Tubisz

Protokolant: **Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 listopada 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o. ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Nowy Korczyn ul. Krakowska 1, 28-136 Nowy Korczyn** protestu z dnia **8 października 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie oświetlenia drogowego wraz z dobudowami oraz iluminacjami wybranych obiektów na terenie Gminy Nowy Korczyn ogłoszonego w BZP nr 1 poz. 249881 z dnia 03.10.2008 r.

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Nowy Korczyn ul. Krakowska 1, 28-136 Nowy Korczyn** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o. ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Nowy Korczyn ul. Krakowska 1, 28-136 Nowy Korczyn** na rzecz **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o. ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o. ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie oświetlenia drogowego wraz z dobudowami oraz iluminacjami wybranych obiektów na terenie Gminy Nowy Korczyn, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, w dniu 8 października 2008 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Thorn Lighting Polska Sp. z o.o. z Wrocławia na postanowienia zawarte w sekcji III.2 oraz III.3 ogłoszenia o zamówieniu, określające warunki udziału w postępowaniu wraz z wykazem dokumentów na potwierdzenie ich spełnienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Gminie Nowy Korczyn naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) jak również naruszenie przepisów § 3 ust. 1 rozporządzenia 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. Nr 87, poz. 605), przez żądanie dołączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu ważnych decyzji Urzędu Dozoru Technicznego, zezwalających na eksploatację sprzętu przeznaczonego do realizacji zamówienia, to jest dwóch samochodowych podnośników montażowych i jednego żurawia. Zdaniem Odwołującego żądane dokumenty nie są konieczne do przeprowadzenia postępowania i wykraczają poza zamknięty katalog dokumentów jakie mogą być wymagane od wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w przetargu, ani nie są objęte powołanym rozporządzeniem w zakresie udokumentowania, iż towary i usługi spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Ponadto wymienione świadectwa Urzędu Dozoru Technicznego będą zdolni złożyć jedynie wykonawcy, którzy posiadają własny sprzęt. Zatem kwestionowany wymóg ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy korzystają z wynajmowanego sprzętu.

Pismem z dnia 20 października 2008 r. Zamawiający oddalił protest jako bezzasadny. Podniósł, że błędy czy nieścisłości w tekście ogłoszenia nie stanowią naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, natomiast powołany § 3 ust. 1 rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 r. nie wypowiedza się w kwestii dokumentu poświadczającego, że sprzęt którym dysponuje wykonawca jest właściwy do wykonywania zamówienia.

W odwołaniu wniesionym dnia 22 października 2008 r. z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, Odwołujący podtrzymał zarzuty protestu wraz z wnioskami o:

1) wykreślenie z ogłoszenia o przetargu żądania przedstawienia decyzji Urzędu Dozoru Technicznego zezwalającej na eksploatację samochodowych podnośników montażowych oraz żurawi (tj. zapisów z punktu 8 – Tabela pkt 3 podpunkt e ogłoszenia, stanowiących dokumenty wychodzące poza zamknięty katalog dokumentów, których Zamawiający może żądać, zgodnie z wskazanymi przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r.

2) w przypadku nieuwzględnienia wniosku zawartego w pkt 1, o unieważnienie postępowania z uwagi na rażące naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ogłoszenie ukazało się 3 października 2008 r. Protesty na ogłoszenie można było wnosić w terminie 7 dni od publikacji w BZP. Zamawiający rozstrzyga protesty zgodnie z art. 183 ust. 1 pkt 1 Pzp, w terminie 10 dni od upływu terminu na oprotestowanie treści ogłoszenia. Z tego względu Zamawiający rozstrzygając protest w dniu 20 października 2008 r. dochował ustawowego terminu.

Skład orzekający Izby na podstawie dokumentacji akt sprawy i wyjaśnień pełnomocników stron złożonych do protokołu rozprawy ustalił co następuje.

Przedmiotem postępowania jest zaprojektowanie i wykonanie oświetlenia drogowego - modernizacja i dobudowa opraw i źródeł światła – 945 sztuk, punktów świetlnych, zaprojektowanie i wybudowanie oświetlenia drogowego na odcinku 370 mb oraz iluminacja 3 obiektów zabytkowych. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w dniu 3 października 2008 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1 pod pozycją 249881 w sekcji III. 2 dopuścił do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy między innymi dysponują potencjałem technicznym zdolnym do wykonywania zamówienia, w tym odpowiednim sprzętem budowlanym. Zamawiający wymagał aby wykonawca składający wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dołączył wykaz, że dysponuje sprzętem niezbędnym do realizacji zamówienia, który nazwał „potencjał techniczny,” zawierający dane: opis, rodzaj, producent (nazwa) liczba jednostek, rok produkcji, właściciel (załącznik nr 7 do ogłoszenia zamieszczonego w siedzibie Zamawiającego).

W odniesieniu do dwóch samochodowych podnośników montażowych oraz żurawia Zamawiający wymagał w sekcji III.3 lit e ogłoszenia w BZP dołączenia do wniosku ważnej decyzji Urzędu Dozoru Technicznego, zezwalającej na eksploatację wymienionego sprzętu. Warunki te Zamawiający zamieścił również w punkcie 3 lit. e tabeli w punkcie 8 ogłoszenia, wywieszzonego w swojej siedzibie, o następującej treści: wymagany jest wykaz sprzętu przewidzianego do realizacji wraz z oświadczeniem, że stanowi on własność wykonawcy, lub

że wykonawca będzie jego dysponentem przy realizacji zadania. Należy dołączyć kserokopie decyzji UDT dla samochodowego podnośnika montażowego oraz żurawi.

Rozpatrując sprawę Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje.

Opisane wyżej wymagania Zamawiającego odnoszą się do określenia dokumentów w oparciu, o które Zamawiający będzie kwalifikował wykonawców ubiegających się o zamówienie do etapu złożenia oferty.

Zastosowanie w sprawie znajdują zatem przepisy art. 25 ust. 1 pkt 1 oraz art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7 Pzp.

W ogłoszeniu winien się znaleźć opis warunków udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, jak również informacja o oświadczeniach lub dokumentach jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Z kolei art. 25 ust. 1 Pzp zawiera szczególne podkreślenie, że Zamawiający może żądać wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Stosownie do art. 26 ust 2 Pzp jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty kwalifikujące wymienione zamówienia do ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, Zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Podstawowe znaczenie ma zdefiniowanie pojęcia oświadczenia lub dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania, za które należy przyjmować dokumenty mające bezpośredni związek z postępowaniem, zgodnie z opisem jego przedmiotu.

Krajowa Izba Odwoławcza w pełni podziela stanowisko Odwołującego, że przy wyznaczaniu dokumentów na potwierdzenie dysponowania potencjałem technicznym potrzebnym w celu wykonania zamówienia, Zamawiający winien kierować się jedynie przepisem § 1 ust 2 pkt 3 rozporządzenia 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. Nr 87, poz. 605). Może to być jedynie wykaz niezbędnych narzędzi i urządzeń jakim dysponuje wykonawca, w postaci oświadczenia wykonawcy. Przedmiotu zamówienia nie stanowi dostawa podnośników montażowych ani żurawi dźwigowych, zatem przepis § 3 powołanego rozporządzenia nie znajduje zastosowania.

Z redakcji przepisu § 1 powołanego rozporządzenia wynika wprost, że podany tam katalog dokumentów ma charakter zamknięty, co stanowi pogląd ugruntowany zarówno w orzecznictwie jak i w doktrynie dotyczącej tego przedmiotu.

Dokonana wykładnia prowadzi do stwierdzenia, że Zamawiający bezprawnie wymaga dołączenia do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, kserokopii decyzji Urzędu Dozoru Technicznego dla podnośników montażowych i żurawi (ogłoszenie w siedzibie i w BZP rozbieżnie podaje rodzaj i liczbę sprzętu z wymaganą decyzją UDT).

Z tych względów Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że Zamawiający naruszył postanowienia art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz § 1 ust. 2 pkt 3 powołanego wyżej rozporządzenia.

Rację ma również Odwołujący, czyniąc Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 7 ust.1 Pzp. Decyzja Urzędu Dozoru Technicznego, dopuszczająca do użytku sprzęt budowlany, podlegający procedurom określonym w przepisach ustawy z dnia 21 grudnia 2000 r. o dozorcze technicznym (Dz.U. nr 122 poz. 1321 , że zm.), jest wydawana właścicielowi. Skoro wykonawca w wykazie według załącznika nr 7 może podać sprzęt własny lub będący we władaniu zależnym, wymóg taki oznacza w praktyce preferowanie wykonawców posiadających własny sprzęt. Słusznie Odwołujący wskazuje, iż optymalizacja kosztów, która umożliwia złożenie korzystnej cenowo oferty wymaga od wykonawców ekonomicznie uzasadnionych, przy tym dostępnych rynkowo form wykorzystywania sprzętu budowlanego, np. w postaci najmu czy zawierania umów leasingowych.

Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że wykonawca wybrany do wykonania robót ponosi wszelką odpowiedzialność z tytułu użytkowania sprzętu, na podstawie stosownych dopuszczeń.

Zakaz zmian statuowany w art. 38 ust. 5 Pzp odnosi się do określenia warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełnienia. Żądane dokumenty aczkolwiek zostały wymienione w sekcji ogłoszenia o warunkach udziału, to służą jedynie jako narzędzie przy weryfikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu. Ustawodawca wprost w art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7 rozróżnia pojęcia opis warunków udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków, od informacji o dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zatem nie można utożsamiać wprost samych dokumentów, ze sposobem oceny spełnienia warunków.

Termin składania wniosków w ogłoszeniu o zamówieniu został ustalony na 13.10.2008 r. Zamawiający mimo, iż wiedział o wniesieniu protestu w dniu 08.10.2008 r. nie przesunął terminu składania wniosków na czas uwzględniający ostateczne rozstrzygnięcie wymienionego protestu na treść ogłoszenia, wykorzystując art. 11 ust 4 Pzp. Odwołujący nie złożył wniosku ponieważ kwestionował wymagane dokumenty - decyzje UDT na wskazany sprzęt budowlany. Tak ustalony sposób udokumentowania warunków udziału uniemożliwił zatem złożenie wniosku Odwołującemu.

Izba uznała, że nie zachodziły przeszkody prawne do wykreślenia kwestionowanych zapisów z dokumentacji przetargowej (ogłoszenia), jednakże biorąc pod uwagę stan zaawansowania przedmiotowego postępowania i okoliczność, że zostały już złożone wnioski przez 5 wykonawców o dopuszczenie do udziału w przetargu, w oparciu o wadliwe warunki podane w ogłoszeniu, Izba nie może nakazać wykreślenia nieprawidłowych wymagań odnoszących się do żądanych w ogłoszeniu dokumentów.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało, iż doszło do rażącego naruszenia przepisów ustawy, ograniczającego dostęp do zamówienia, mających wpływ na wynik postępowania, zatem postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp .

W tym stanie rzeczy Izba unieważniła postępowanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

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 Kielcach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....