

WYROK
z dnia 2 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2015 r. przez Fagus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Praskich Terenów Publicznych w Dzielnicy Praga Północ m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Miastu Stołecznemu Warszawa - Zarządowi Praskich Terenów Publicznych w Dzielnicy Praga Północ m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Prace związane z utrzymaniem czystości i porządku na terenie dzielnicy Praga Północ m.st. Warszawy” oraz powtórzenie oceny ofert w postępowaniu, w tym wezwanie Fagus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
2. kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Praskich Terenów Publicznych w Dzielnicy Praga Północ m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez Fagus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Miasta Stołecznego Warszawa - Zarządu Praskich Terenów Publicznych w Dzielnicy Praga Północ m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie na rzecz Fagus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Praskich Terenów Publicznych w Dzielnicy Praga Północ m.st. Warszawy z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Prace związane z utrzymaniem czystości i porządku na terenie dzielnicy Praga Północ m.st. Warszawy”.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W dniu 15 stycznia 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach – odrzuceniu wszystkich ofert oraz unieważnieniu postępowania.

W dniu 19 stycznia 2015 r. przez Fagus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem czynności Zamawiającego polegających na:

- odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo braku przesłanek do dokonania odrzucenia,
- wadliwym przeprowadzeniu czynności oceny ofert,
- unieważnieniu postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia z powodu błędnego uznania, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, w związku z czym nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z postanowieniami SIWZ, które wynikało z nieuprawnionego przyjęcia przez Zamawiającego, iż nieprzedstawienie przez Odwołującego dokumentu potwierdzającego posiadanie wymaganego doświadczenia stanowi podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z SIWZ,
2. art. 25 ust. 1 pkt 1 poprzez jego niezastosowanie i błędne uznanie, iż wskazane przez Zamawiającego w pkt 3.2.1. c SIWZ protokoły odbioru robót potwierdzające posiadane

doświadczenie stanowią element oferty, a nie dokument podmiotowy potwierdzający spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

3. art. 26 ust. 3 polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
4. art. 7 ust. 1 poprzez rażące naruszenie powyżej wskazanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, na skutek czego doszło do naruszenia uczciwej konkurencji w postępowaniu i niedokonanie wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego,
4. nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w trybie określonym w art. 26 ust 3 ustawy,
5. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Prace związane z utrzymaniem czystości i porządku na terenie Dzielnicy Praga Północ m. st. Warszawy”. W przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych pięć ofert.

Pismem datowanym na dzień 14 stycznia 2015 r., doręczonym Odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 15 stycznia 2015 r., Zamawiający poinformował Odwołującego, iż na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP odrzucił oferty wszystkich wykonawców (w tym ofertę Odwołującego) ponieważ treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazana niezgodność wynikała z niespełnienia następującego warunku, określonego w pkt 3.2.1. c SIWZ: „w przypadku złożenia referencji wymagany jest przynajmniej jeden protokół odbioru robót w przedmiocie zamówienia na kwotę 100.000 zł”.

Po dokonaniu odrzucenia wszystkich złożonych ofert, Zamawiający unieważnił postępowanie, zapewne na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP (Zamawiający jako podstawę unieważnienia wskazał art. 93 ust. 1 ustawy PZP - bez wskazania żadnego z punktów wymienionych w tym przepisie).

Czynności dokonane przez Zamawiającego są wadliwe z następujących przyczyn.

1. Jak wynika z punktu 3.2.1. SIWZ, niedołączony przez Odwołującego do oferty protokół robót potwierdzający realizację prac będących przedmiotem zamówienia na kwotę 100.000 zł, jest dokumentem podmiotowym o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, potwierdzającym posiadanie przez wykonawców wymaganego doświadczenia.

2. Zgodnie z jednolitym i powszechnie aprobowanym stanowiskiem, dokumenty potwierdzające spełnianie przez wykonawcę warunków podmiotowych podlegają uzupełnieniu w trybie określonym w art. 26 ust 3 ustawy PZP. Dopiero jeżeli w wyniku wezwania do uzupełnienia brakującego lub wadliwego dokumentu wykonawca nie złoży go w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, w takim przypadku wykonawca podlegałby wykluczeniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP.

[...]

3. W związku z powyższym, nieprzedstawienie przez wykonawcę dokumentu mającego potwierdzić spełnianie warunków podmiotowych nie skutkuje odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. W tej przesłance odrzucenia oferty nie mieszczą się takie przypadki, które mogą spowodować wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu, a wiążą się z niespełnieniem przez niego podmiotowych warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1-5 ustawy). Wskazany dokument nie stanowi bowiem elementu oferty.

A zatem, w przypadku gdy Odwołujący nie dołączył do oferty dokumentu potwierdzającego posiadanie wymaganego doświadczenia, Zamawiający zamiast odrzucenia oferty winien wezwać Odwołującego do uzupełnienia ww. dokumentu, w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy PZP.

4. Wynika stąd, że zaskarżona czynność odrzucenia oferty była działaniem błędnym, nie znajdującym oparcia w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Z uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wynika bowiem, że w niniejszej sprawie zaistniały przesłanki uprawniające do zastosowania wskazanego przepisu. Jeżeli Zamawiający w toku badania ofert ustalił, iż Odwołujący nie złożył wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków podmiotowych, Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP jako niezgodnej z treścią specyfikacji. [...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Pismem datowanym na dzień 14 stycznia 2015 r., doręczonym Odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 15 stycznia 2015 r., Zamawiający poinformował Odwołującego i innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, „*że na podstawie art. 93 ust. 1, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 cyt. wyżej ustawy unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.*

Podstawą prawną unieważnienia postępowania jest odrzucenie wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, bowiem treść tych ofert nie odpowiada wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uzasadnienie:

Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W p. 3.2.1 c specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zapisał: ...”w przypadku złożenia referencji wymagany jest przynajmniej jeden protokół odbioru robót w przedmiocie zamówienia na kwotę 100.000 zł”. Ponieważ treść wszystkich ofert nie odpowiada treści zapisanej w siwz Zamawiający postanowił unieważnić postępowanie.”

Powyższe stanowi całość informacji przekazanej Odwołującemu w przedmiocie odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania.

Powoływany pkt 3.2.1 c specyfikacji istotnych warunków zamówienia mieści się w rozdziale dotyczącym opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i odnosi się do wykazania wymaganego doświadczenia w wykonywaniu robót tam wskazanych.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia niezgodności oferty i SIWZ wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób

niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Elementem sporządzanej i przedstawianej przez wykonawcę oferty są w tym kontekście również tzw. dokumenty przedmiotowe potwierdzające zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Konsekwentnie ich nieprzedstawienie albo przedstawienie dokumentów nieprawidłowych spowoduje niezgodność treści oferty z SIWZ.

Częścią oferty w powyższym rozumieniu nie są natomiast tzw. dokumenty podmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1, a potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Dokumenty tego typu odnoszą się do podmiotowych cech wykonawcy, badanych na potrzeby jego dopuszczenia do ubiegania się o udzielenie zamówienia i możliwości przyjęcia jego oferty. Dokumenty te nie są więc częścią oświadczenia woli wykonawcy zmierzającym do zaciągnięcia zobowiązania w określonym kształcie i zakresie (oferty) – przeważnie nie są elementem oświadczenia to opisującym czy dookreślającym (przypadki szczególne i wyjątki zależą od brzmienia dokumentów przetargowych, które np. mogą nakładać na wykonawcę zobowiązanie do wykorzystania w trakcie realizacji zamówienia określonego potencjału podmiotowego, który wykazywał w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu).

Brak dokumentów wskazanych w pkt 3.2.1 c SIWZ potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu ewidentnie nie może więc być zakwalifikowany jako niezgodność treści oferty z SIWZ – okoliczności faktyczne podane jako podstawa odrzucenia oferty Odwołującego nie mieszczą się w zakresie normowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Należy w tym zakresie w pełni podzielić stanowisko Odwołującego. Zamawiający powoływał i wskazywał na braki w wykazaniu spełniania podmiotowych warunków udziału w

postępowaniu, a nie niezgodność oświadczenia woli wykonawcy, jakim jest oferta, z treścią SIWZ.

Tym samym, Zamawiający mógłby ewentualnie wyeliminować wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez jego wykluczenie, a nie odrzucenie jego oferty jako niezgodnej z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jednakże w takim wypadku – i tu również należy przyznać pełną rację Odwołującemu – wykluczenie wykonawcy mogłoby dokonać się dopiero po obligatoryjnym przeprowadzeniu procedury uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp.

Natomiast odnośnie obowiązku wystosowania wezwania na podstawie ww. przepisu, Izba wskazuje, iż zachodzi on zarówno w przypadku fizycznego braku przedstawienia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedstawienia dokumentów zawierających błędy, jak też dokumentów, które nie potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu opisanych przez Zamawiającego. Przedstawienie dokumentów, które nie potwierdzają spełniania warunków w postępowaniu lub są dokumentami innymi niż dokumenty wymagane i opisane przez Zamawiającego, jest równoważne z brakiem przedstawienia dokumentów wymaganych i skutkuje koniecznością wezwania wykonawcę do ich uzupełnienia.

W związku z powyższym nakazano Zamawiającemu przeprowadzenie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o które Odwołujący wnosił.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....