

Sygn. akt: KIO 14/12

WYROK
z dnia 16 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2012 r. przez wykonawcę Józefa Lipińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MICROS” Józef Lipiński, 85-147 Bydgoszcz, Dąbrowa 20 w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Bydgoszczy, 85-224 Bydgoszcz, ul. Św. Trójcy 33

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie konsorcjum firm: Impel Security Polska Sp. z o.o. i Impel Security Provider Sp. z o.o. ze wspólną siedzibą we Wrocławiu, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118 zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 14/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. wykonawcy Józefa Lipińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MICROS” Józef Lipiński oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert niepodlegających odrzuceniu.
2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Bydgoszczy, 85-224 Bydgoszcz, ul. Św. Trójcy 33 i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Józefa Lipińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MICROS” Józef Lipiński, 85-147 Bydgoszcz, Dąbrowa 20 tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Bydgoszczy, 85-224 Bydgoszcz, ul. Św. Trójcy 33 na rzecz wykonawcy Józefa Lipińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MICROS” Józef Lipiński, 85-147 Bydgoszcz, Dąbrowa 20 kwotę **19.134 zł. 58 gr.** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto trzydzieści cztery złote pięćdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszty strony poniesione w związku z wpisem od odwołania, a także wynagrodzeniem pełnomocnika oraz dojazdem na posiedzenie Izby.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Bydgoszczy na *całodobową ochronę fizyczną budynków i posesji oraz pracowników i osób trzecich przebywających w budynkach Oddziału ZUS w Bydgoszczy i podległych terenowych jednostkach organizacyjnych* - numer postępowania ZAP/3510/I/12/2011 – wobec czynności wykluczenia z postępowania wykonawca Józef Lipiński (Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MICROS” Józef Lipiński) wniósł w dniu 2 stycznia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 14/12). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 2.01.2012 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23.12.2011 r., przekazanego wykonawcom faksem oraz przesyłkami poleconymi. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań przekraczających kwotę określoną w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla dostaw i usług.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, będące wynikiem wadliwego wykluczenia odwołującego z postępowania oraz wadliwej oceny najkorzystniejszej oferty. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą oraz nakazanie powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący wskazał na zakres wezwania do uzupełnienia dokumentu – wykazu osób zawartego w piśmie z dnia 23.11.2011 r., w którym zamawiający wskazał, iż z wykazu załączonego do oferty nie wynika, która z osób w nim ujętych będzie wykonywała czynności grupy interwencyjnej. W odpowiedzi na to wezwanie, odwołujący przedłożył prawidłowo uzupełniony załącznik nr 4 do siwz. Odwołujący nie zgodził się z oceną zamawiającego, który z faktu opatrzenia wykazu późniejszą od terminu składania ofert datą, wywodził stwierdzenie, iż wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tj. 13.10.2011 r. Widniejąca na uzupełnionym dokumencie data 29.11.2011 r. stanowi datę złożenia oświadczenia wiedzy (sporządzenia dokumentu). W ocenie odwołującego, zamawiający nie był uprawniony do stwierdzenia, iż wykonawca nie spełniał warunków udziału w postępowaniu pod datą 13 października 2011 r. Powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w którym podkreśla się, iż treść

dokumentu, a nie data jego sporządzenia ma znaczenie przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert (wniosków).

W dniu 12 stycznia 2012 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: konsorcjum w składzie Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron Izba ustaliła, iż zamawiający przekazał wykonawcy zgłaszającemu przystąpienie do postępowania odwoławczego informację o wniesionym odwołaniu z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu w piśmie nadanym listem poleconym w dniu 4 stycznia 2012 r. Ponieważ do dnia otwarcia posiedzenia zamawiający nie otrzymał zwrotnego potwierdzenia doręczenia zawiadomienia, przy braku opozycji stron wobec zgłoszenia przystąpienia, Izba uznała za skuteczne przystąpienie wniesione do Izby na piśmie w dniu 12.01.2012 r.

Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła przesłanka jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i rozpoznała odwołanie merytorycznie po przeprowadzeniu rozprawy.

Izba stwierdziła, iż kwestionowana czynność zamawiającego godziła w interes odwołującego, którego oferta, przy uznaniu zasadności podnoszonych zarzutów mogłaby być uznana za najkorzystniejszą w kryterium oceny ofert (najtańsza spośród ofert nieodrzuconych), co wypełniało przesłankę do wniesienia odwołania wskazaną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie podnoszonych zarzutów dotyczyło ustalenia, czy odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu – dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający uznał, iż brakujące dokumenty zostały złożone, jednak nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień

składania ofert, tj. 13.10.2011 r. (dokumenty opatrzone datą 29.11.2011 r.). W odpowiedzi na odwołanie, zamawiający dodatkowo podniósł, iż wykonawca złożył nowe oświadczenie na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które zgodnie z art. 44 i 26 ust. 3 ustawy Pzp winno zostać sporządzone najpóźniej w dniu 13.10.2011 r.

Zamawiający żądał od wykonawców wykazania się dysponowaniem co najmniej dziesięcioma osobami z licencją pracownika ochrony fizycznej I stopnia lub licencją II stopnia w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia, posiadającymi aktualne zaświadczenie stwierdzające odbycie szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych, a także dysponowaniem w każdym miejscu świadczenia usługi „grupą interwencyjną” (pkt 5.3 lit a i b siwz). W celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykonawcy byli zobowiązani przedłożyć „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, 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 (załącznik nr 4 do cz. I SIWZ)” oraz dodatkowo oświadczenia o posiadaniu wymaganych pracowników ochrony oraz grupy interwencyjnej (załączniki nr 5 i 6 do cz. I SIWZ). W ofercie odwołujący przedłożył sporządzony według wzoru wykaz osób, na którym wymienionych zostało 43 pracowników ochrony zatrudnionych na podstawie umów o pracę (w tym trzy osoby wskazane do wykonywania czynności kierowniczych). W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, odwołujący przedłożył wykaz zawierający dane tych samych osób, co wskazane w dokumencie złożonym w ofercie oraz dane dwóch dodatkowych osób. W stosunku do treści pierwotnej w wykazie wskazano pięć osób, które miałyby wykonywać czynności patrolu interwencyjnego oraz wskazano dwie nowe osoby pozostające w stosunku pracy, które również miałyby wykonywać czynności patrolu interwencyjnego. Uzupełniony dokument został opatrzone datą 29.11.2011 r.

W ocenie składu orzekającego, z daty sporządzenia dokumentu uzupełnianego trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie można w sposób kategoryczny wywodzić, iż wykonawca nie wykazał dysponowania na dzień złożenia oferty wymaganym potencjałem osobowym koniecznym do świadczenia usługi ochrony w tym postępowaniu. Wymienione w uzupełnionym dokumencie osoby od początku były wskazywane do realizacji przedmiotu umowy w charakterze pracowników ochrony. Zmiana wprowadzona w uzupełniony dokumencie w żaden sposób nie wpływała na możliwość przyjęcia, iż osoby wskazane do pełnienia czynności w ramach patrolu interwencyjnego pozostawały w stosunku zatrudnienia już w dacie złożenia oferty przez odwołującego, co wskazuje na dysponowanie tymi pracownikami. Ponieważ zamawiający wymagał wykazania się co najmniej dziesięcioma pracownikami ochrony, którzy mieli wykonywać czynności w ramach tzw. stałej ochrony osób

i mienia, zamawiający nie miał podstaw do odmowy uznania, iż wykonawca spełniał warunek udziału w postępowaniu, na okoliczność którą przedłożył stosowne oświadczenie (str. 14 oferty) oraz wykaz osób (str. 9-13 oferty), w którym przedstawił 16 pracowników ochrony, posiadających licencje oraz zaświadczenia o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych (pozycje od 1 do 16 wykazu złożonego w ofercie). W uzupełnionym dokumencie, odwołujący uzupełnił opis kwalifikacji dla osób wskazanych w pozycjach 38, 39 i 40, wskazując, iż posiadają one licencje I stopnia, a także zaświadczenia stwierdzające odbycie szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych i dodatkowo przedstawił trzy nowe osoby spełniające wymagania zamawiającego. Łącznie odwołujący wykazał się 22 pracownikami ochrony, posiadającymi stosowne licencje oraz zaświadczenia o przeszkoleniu, z których siedmiu przypisano czynności patrolu interwencyjnego. Nawet odrzucając nowe osoby wskazane po upływie terminu składania ofert, w ofercie odwołującego nadal pozostało 19 pracowników ochrony spełniających wymagania zamawiającego, wykazanych w pierwotnym wykazie, z których pięciu miałyby wykonywać czynności patrolu interwencyjnego. Izba nie znalazła żadnego uzasadnienia, dla stwierdzenia, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy również zaznaczyć, iż w ogóle zamawiający nie sprecyzował żadnych wymagań dotyczących patrolu interwencyjnego, jego liczebności, czy też predyspozycji personalnych. W tej sytuacji wystarczające było wskazanie do świadczenia usługi „grupą interwencyjną” tych pracowników ochrony, którzy spełniali warunek opisany w pkt 5.3 lit a siwz, co uczynił odwołujący w drodze uzupełnienia wykazu osób. Uzupełnienie informacji w tym zakresie dopiero po wezwaniu zamawiającego nie miało wpływu na stwierdzenie dysponowania przez odwołującego pracownikami w wymaganej ilości w dacie złożenia oferty, wymienionymi w załączniku do oferty z imienia i nazwiska. Ponieważ uzupełniony wykaz korespondował z treścią dokumentu złożonego w ofercie, w części dotyczącej składu osobowego, późniejsze oświadczenie o powierzeniu czynności patrolu interwencyjnego złożone przez wykonawcę po wezwaniu zamawiającego, nie wpływało na stwierdzenie, iż osoby, których dotyczyło uzupełnienie pozostawały w dyspozycji wykonawcy w dniu złożenia oferty. Uzupełniony wykaz nie zmieniał w istotny (pod względem ustalenia minimalnej wymaganej liczby pracowników), sposób treści dokumentu złożonego w ofercie, a jedynie doprecyzowywał, którzy z wymienionych w ofercie pracowników będą wykonywać czynności w ramach patrolu interwencyjnego, należało zatem uznać, iż wykonawca wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu – dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

W tych okolicznościach, czynność wykluczenia odwołującego z postępowania została dokonana z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż faktycznie wykonawca wykazał za pomocą wymaganych dokumentów spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wykluczenie odwołującego z postępowania miało istotny wpływ na wynik postępowania, w którym za najkorzystniejszą uznana została oferta konsorcjum firm: Impel Security Polska Sp. z o.o. Ochrona Osób i Mienia i Impel Security Provider Sp. z o.o. Ochrona Osób i Mienia, droższa od oferty odwołującego. Przywrócenie oferty odwołującego do postępowania może zmienić jego wynik, co prowadziło do uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazania powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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). Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę stanowiącą uzasadniony koszt strony poniesiony z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika (w wysokości ograniczonej do kwoty maksymalnej ustalonej w rozporządzeniu) oraz dojazdu na posiedzenie Izby na podstawie złożonego przez zamknięciem rozprawy rachunku.

Przewodniczący: