

Sygn. akt: KIO 2785/14

WYROK
z dnia 14 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ewa Sikorska**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2014 r. przez **SPECTARE Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Miastu Stołecznemu Warszawa Zarządowi Dróg Miejskich w Warszawie** – dokonanie unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności wykluczenia z **postępowania SPECTARE Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i uznania jego oferty za odrzuconą i dokonanie ponownej oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Dróg Miejskich 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 **SPECTARE Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od **Miasta Stołecznego Warszawa Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie** na rzecz **SPECTARE Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością 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 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie odwodnienia Al. Jerozolimskich i węzła Al. Jerozolimskie – ul. Łopuszańska wraz z obiektami i urządzeniami towarzyszącymi.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwaną dalej ustawą Pzp.

W dniu 24 grudnia 2014 roku wykonawca SPECTARE Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu:

- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego, pomimo że wykazał on spełnianie warunków udziału,
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów, które nie powinny podlegać uzupełnieniu,
- art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, pomimo że odwołujący nie podlegał wykluczeniu,
- art. 7 ust. 1 oraz 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania oraz wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp,
- § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane poprzez żądanie dostarczenia dokumentów poświadczonych przez podmioty, które nie są wykonawcą w niniejszym postępowaniu,
- innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty P.B.I. PeBIS Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
- nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- nakazanie unieważnienia czynności uznania oferty odwołującego za odrzuconą,
- nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty odwołującego.

Odwołujący uzasadnił swój interes w złożeniu odwołania faktem, iż jego oferta była ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz) na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej (pkt 7.3.4.1 siwz) wykonawca powinien wykazać, iż:

uzyskał średni przychód za ostatnie 3 lata obrotowe (na podstawie rachunków zysku i strat pozycja przychód netto ze sprzedaży i produktów, towarów i materiałów lub przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi) w wysokości nie mniejszej niż 450.000,00 zł (słownie: czterysta pięćdziesiąt tysięcy złotych)

Na potwierdzenie powyższego wykonawcy winni przedstawić (pkt 8.1.5 siwz):

Sprawozdanie finansowe albo jego część, a jeżeli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości, również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu albo jego części) a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności - za okres nie dłuższy niż ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli 1 okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres.

Odwołujący wraz z ofertą złożył podsumowanie KPiR za lata 2011-2013 (str. 13-15 oferty), poświadczony za zgodność z oryginałem przez A. . członka zarządu odwołującego.

Zamawiający w dniu 11 grudnia 2014 r. wystosował pismo do odwołującego, w którym, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzić 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, wskazując następujące braki:

1. na załączonym do oferty przez odwołującego wyciągu z księgi przychodów i rozchodów (przedłożonym na potwierdzenie warunku postawionego w punkcie 8.1.5 siwz) brak było podpisu dwóch współwłaścicieli spółki,
2. odwołujący nie załączył dowodu opłaty składki dotyczącej aneksu nr 1 do polisy 43600034453 (na podstawie pkt. 8.1.6 siwz wykonawcy w niniejszym postępowaniu winny byli złożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem niniejszego zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż wymagana przez zamawiającego (zawierającą potwierdzenie zapłaty ubezpieczenia oraz
3. odwołujący dołączając do oferty Załącznik nr 5 nie wskazał w nim informacji, czy należy (lub nie należy) do grupy kapitałowej, na podstawie art. 26 ust. 2d ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią powyższego pisma zamawiającego, wskazane braki należało uzupełnić do dnia 16 grudnia 2014 r. (godz. 12. 00).

Odwołujący, w odpowiedzi na wskazane pismo, w dniu 12 grudnia 2014 r. przedłożył następujące dokumenty:

1. Wyciąg z księgi przychodów i rozchodów za okres ostatnich trzech lat obrotowych z podpisami dwóch współwłaścicieli spółki,
2. Dowód opłaty składki dotyczącej aneksu nr 1 do polisy 43600034453,
3. Załącznik nr 5 ze wskazaniem informacji o braku przynależności do grupy kapitałowej. ”

W nowo przedłożonym wyciągu z księgi przychodów i rozchodów za okres ostatnich trzech lat odwołujący zamieścił podsumowanie KPiR za rok 2012 r. oraz dwukrotnie podsumowanie KPiR za rok 2013 r.

Pismem z dnia 18 grudnia 2014 roku odwołujący poinformował zamawiającego, że w uzupełnieniu z dnia 12 grudnia 2014 roku zostały dołączone omyłkowo kopie wyciągów z księgi przychodów i rozchodów z właściwymi podpisami za rok 2012 i podwójnie za rok 2013, zamiast egzemplarza za rok 2011 i 2013. Pomyłka wynikła z powodu błędu kserokopiarki.

Na tej podstawie oraz w związku z art. 92 ust 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp zamawiający w dniu 19 grudnia 2014 r. wykluczył odwołującego z postępowania oraz uznał za odrzuconą jego ofertę, a następnie dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jaką według Zarządu Dróg Miejskich w Warszawie złożył P.B.I. PeBIS Sp. z o.o, ul. Rumiankowa 22, 02-495 Warszawa.

W dniu 21.11.2014 r., na podstawie art. 562 §1 w zw. z art. 551 §§ 2 i 3 K.S.H., uchwałą Nr 1/2014 wspólników spółki cywilnej Spectare Spółka Cywilna A. M., M. B. z siedzibą w Warszawie została przekształcona w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do składania środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W celu wykazania spełniania warunku wskazanego w pkt. 7.3.4.1 siwz odwołujący złożył podsumowanie KPiR za lata 2011-2013 Spectare Spółki Cywilnej A. M., M. B. z siedzibą w Warszawie. Samo złożenie tego rodzaju dokumentu nie było przez zamawiającego kwestionowane. Wątpliwości zamawiającego powstały w związku z tym, iż złożone dokumenty nie zostały podpisane przez wspólników spółki cywilnej.

Istotą postępowania jest zatem rozstrzygnięcie, czy podsumowanie KPiR jest dokumentem wymagającym dla swej ważności podpisania przez wspólników spółki cywilnej.

Na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć przecząco. Zasady prowadzenia podatkowej księgi przychodów i rozchodów zawarte są w rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 26 sierpnia 2003 roku w sprawie prowadzenia podatkowej księgi przychodów i rozchodów (Dz. U. z 2014 roku, poz. 1037). Załącznikiem nr 1 do wskazanego rozporządzenia jest wzór podatkowej księgi przychodów i rozchodów. Ze wzoru tego nie wynika obowiązek podpisywania księgi. Obowiązku takiego nie przewiduje również żaden z przepisów rozporządzenia.

Obowiązku takiego nie sposób wywieść również z przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zamawiający argumentował swoje stanowisko tym, iż zarówno ustawa Pzp w art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3, jak i rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, używają sformułowania „dokument”, co jest jednoznaczne z koniecznością zawarcia na składanych dokumentach podpisów osób uprawnionych.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego. Księgę przychodów i rozchodów można prowadzić w formie elektronicznej. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, prowadzi się co do zasady z zachowaniem formy pisemnej., zgodnie zaś z art. 82 ust. 2 *in principio* ustawy Pzp ofertę składa się, pod

rygorem nieważności, w formie pisemnej. Przepisy te służą m.in. realizacji zasady jawności postępowania, która oznacza, że każdy uprawniony podmiot powinien mieć dostęp do akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazany wymóg nie jest jednak równoznaczny z koniecznością tworzenia odrębnych dokumentów na piśmie, opatrzonych własnoręcznym podpisem lub podpisami osób uprawnionych do reprezentacji wykonawcy, jeżeli dokumenty te nie mają oryginalnie formy pisemnej. W ocenie Izby dołączenie do oferty wydruku takiego dokumentu jest wystarczające dla uznania, że forma pisemna została zachowana.

Warto przy tym podkreślić, iż dokumenty, których uzupełnienia żądał zamawiający, dotyczyły podmiotu, który formalnie już nie istnieje. Spółka cywilna Spectare została bowiem przekształcona w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością. Dokumenty spółki cywilnej, które nie powstały w czasie, kiedy spółka istniała, nie mogą powstać w chwili, w której spółka nie istnieje. Wskazać należy, iż w czasie istnienia i funkcjonowania spółki cywilnej również nie było obowiązku sporządzania żądanych przez zamawiającego dokumentów w formie pisemnej w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego, tj. zaopatrzonych we własnoręczne podpisy wspólników spółki cywilnej. Przyjęcie argumentacji zamawiającego prowadziłoby do tego, że spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, która jest następcą prawnym spółki cywilnej, nie mogłaby aktualnie powoływać się na zasoby spółki cywilnej.

Podkreślenia wymaga, że sama treść KPiR nie była przez zamawiającego kwestionowana. Zamawiający kwestionował jedynie formę złożonego dokumentu. Odrzucając argumentację zamawiającego przyjąć należy, że odwołujący wykazał, iż spełnia warunek wskazany w pkt. 7.3.4.1 siwz.

Bez znaczenia w ocenie Izby jest fakt, iż odwołujący złożył wymagane dokumenty dotyczące lat 2012 i 2013. Złożenie tych dokumentów nie jest równoznaczne z przyjęciem, iż odwołujący był zobowiązany do ich złożenia. Izba ocenia zasadność zarzutów nie na podstawie subiektywnych przekonań i działań uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Z tych zaś nie wynika obowiązek składania dokumentów w formie wskazywanej przez zamawiającego.

Tym samym Izba uznała odwołanie za zasadne.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów, które nie powinny podlegać uzupełnieniu. Zarzut ten został podniesiony z naruszeniem terminu do jego wniesienia (wezwanie do uzupełnienia dokumentów odwołujący otrzymał w dniu 11 grudnia 2014 roku), a ponadto zarzut ten nie dotyczy czynności, o których mowa w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Wartość przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a zatem odwołanie przysługuje jedynie wobec czynności wskazanych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, tj.:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- 4) odrzucenie oferty odwołującego.

Wniesienie odwołania z uchybieniem terminu lub wobec innych czynności niż wskazane w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp jest podstawą do jego odrzucenia. Ustawa Pzp nie przewiduje jednak odrzucenia tylko niektórych zarzutów w sytuacji, gdy pozostałe są podniesione w sposób właściwy. Ugruntowane orzecznictwo Izby wskazuje na konieczność pozostawienia zarzutów dotkniętych wadliwością bez rozpoznania.

Powyższe pozostaje jednak bez wpływu na rozstrzygnięcie Izby. Izba dokonywała oceny zasadności wykluczenia odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie dokumentów złożonych wraz z ofertą. W związku z tym, iż oferta odwołującego w zakresie KPiR od momentu jej złożenia odpowiadała prawu, czynności zamawiającego zmierzające do jej uzupełnienia w tym zakresie nie miały znaczenia dla zapadłego rozstrzygnięcia.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....