

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 sierpnia 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **3 sierpnia 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **PHUP Agroplon Kazimierz Richert, ul. Puc 10, 03-400 Kościerzyna** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Powiatowe Centrum Oświaty w Kościerzynie, ul. Sikorskiego 1c, 83-400 Kościerzyna**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;**
- 2) powtórzenie czynności:**
 - a) oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,**
 - b) badania ofert,**
 - c) oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Powiatowe Centrum Oświaty w Kościerzynie, ul. Sikorskiego 1c, 83-400 Kościerzyna

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę PHUP Agroplon Kazimierz Richert, ul. Puc 10, 03-400 Kościerzyna, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez zamawiającego Powiatowe Centrum Oświaty w Kościerzynie, ul.**

Sikorskiego 1c, 83-400 Kościerzyna na rzecz wykonawcy **PHUP Agroplon Kazimierz Richert, ul. Puc 10, 03-400 Kościerzyna** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Powiatowe Centrum Oświaty w Kościerzynie, ul. Sikorskiego 1c, 83-400 Kościerzyna** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Budowa szklarni w Powiatowym Zespole Szkół Nr 1 w Kościerzynie«.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych **10.07.2012 r.** poz. **150221**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **01.08.2012 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Agro-Sur Wojciech Surowiec**, ul. Kościuszki 231, 42-582 Rogoźnik;
- 2) wykluczeniu wykonawcy **PHUP Agroplon Kazimierz Richert, ul. Puc 10, 83-400 Kościerzyna**, gdyż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu – art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Wykonawca **PHUP Agroplon Kazimierz Richert, ul. Puc 10, 83-400 Kościerzyna**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł **03.08.2012 r.** do Prezesa KIO odwołanie na bezpodstawne wykluczenie wykonawcy.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp;
- 2) art. 24 ust. 4 Pzp;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp;
- 4) art. 91 ust. 1 Pzp;
- 5) art. 26 ust. 2c Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) przywrócenie wykonawcy oraz jego oferty do postępowania przetargowego;
- 2) wskazanie zamawiającemu na wybór oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej;
- 3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający w wyniku oceny złożonej przez odwołującego oferty na podstawie art. 26 ust 3 Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty przez, złożenie dokumentów opisanych w punkcie 13.1.3 i 13.1.4 w zw. z punktem 12.1.4 lit. a i b specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia), to jest:

– informacji z banku o posiadanych środkach finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 170.000 złotych,

– opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

W odpowiedzi odwołujący w żądanym terminie (w dniu 27.07.2012 r.) uzupełnił braki oferty, przez złożenie:

– zaświadczenia z 25 lipca 2012 r. Banku Getin Nobel Bank S.A., w którym odwołujący posiada rachunek bankowy o zdolności kredytowej w zakresie określonym w specyfikacji (pkt 12.1.4 lit. a),

– dowodu opłacenia polisy odpowiedzialności cywilnej nr 903001474709 złożonej wraz z ofertą, które to łączenie spełniały wymóg określony w specyfikacji (pkt 12.1.4 lit. b).

W wyniku końcowej oceny oferty zamawiający stwierdził, że uzupełnione przez odwołującego dokumenty nie spełniają postanowień ujętych w specyfikacji.

Takie stanowisko zamawiającego jest błędne i doprowadziło w konsekwencji do bezpodstawnego odrzucenia oferty skarżącego.

Stwierdzić należy, że całość złożonych przez odwołującego dokumentów czyni zadość warunkom określonym w specyfikacji, a dokumenty złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 25 lipca 2012 r. spełniają wymagania wynikające z pkt 13.1.3 i 13.1.4 w zw. z pkt 12.1.4 lit. a i b specyfikacji, gdyż wynika z nich okoliczność posiadania w ramach podstawowego rachunku bankowego zdolności kredytowej nie mniejszej niż 170.000 złotych, a także okoliczność posiadania opłaconej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej zgodnej z wymaganiami specyfikacji.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **03.08.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **03.08.2012 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **10.08.2012 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

Zamawiający zażądał uzupełnienia dokumentów, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp.

1. Z informacji nie wynika o zdolności kredytowej, gdyż profesjonalny bank użył innego sformułowania, o którym nie ma mowy w art. 70 ust. 1 zdanie drugie ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe.

2. Data przelewu środków przez wykonawcę do ubezpieczyciela jest o 3 tygodnie późniejsza niż data wyznaczona przez ubezpieczyciela. Zamawiający nie ma pewności czy polisa została zawarta w sposób ważny.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut bezpodstawnego wykluczenia odwołującego – zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zamawiający w wyniku badania złożonej przez odwołującego oferty na podstawie art. 26 ust 3 Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty przez, złożenie dokumentów opisanych w punkcie 13.1.3 i 13.1.4 w zw. z punktem 12.1.4 lit. a i b specyfikacji, to jest:

– informacji z banku o posiadanych środkach finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 170.000 zł,

– opłaconej polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący w żądanym przez zamawiającego terminie złożył:

– zaświadczenie z 25 lipca 2012 r. Banku Getin Nobel Bank S.A., w którym odwołujący posiada rachunek bankowy o możliwości udzielenia kredytu w kwocie 170 000 zł, czyli równej kwocie określonej w pkt 12.1.4 lit. a specyfikacji, ponadto odwołujący złożył kopię przelewu na jego konto 200 tys. zł,

– dowód opłacenia polisy odpowiedzialności cywilnej nr 903001474709 złożonej wraz z ofertą, na spełnienie przez oba dokumenty wymogu określonego w pkt 12.1.4 lit. b specyfikacji.

W wyniku końcowego badania oferty odwołującego zamawiający stwierdził, że uzupełnione przez odwołującego dokumenty nie spełniają postanowień ujętych w specyfikacji, gdyż:

– w zaświadczeniu Banku Getin Nobel Bank SA wystawiający użył innych sformułowań niż znajdują się w przepisach ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe dotyczących zdolności kredytowej,

– odwołujący wniósł opłatę za polisę po terminie wymaganym w polisie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie wątpliwości, co do użycia przez wystawcę zaświadczenia o zdolności kredytowej innych sformułowań niż użyte w ustawie. W żadnym przepisie dotyczącym zdolności kredytowej nie występuje uzależnienie stwierdzenia istnienia zdolności kredytowej od sformułowań użytych przez bank, a także wnioskującego o kredyt czy jakkolwiek inny podmiot. Natomiast w rozpoznawanej sprawie nie miała znaczenia kopia przelewu na ponad 200 tys. zł, gdyż dokument ten nie potwierdza wysokości posiadanych środków finansowych ani zdolności kredytowej wykonawcy, co było wymagane przez zamawiającego zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Również druga podstawa wykluczenia odwołującego przytoczona przez zamawiającego nie może być uznana przez skład orzekający Izby za zasadnie zastosowaną. Zamawiający mając wątpliwości odnośnie dokumentów złożonych w wyniku wezwania do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, nie może automatycznie wykluczać wykonawcy z postępowania, a powinien starać się co najmniej wyjaśnić wątpliwe kwestie, zwłaszcza na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. W przypadku, gdy mimo uzupełnienia

dokumentów zamawiający dalej ma wątpliwości odnośnie spełnienia warunków – nie ma zakazu ponownego zwrócenia się o złożenie dokumentów, których cechy zamawiający powinien bardzo ściśle doprecyzować. Sam zamawiający stwierdził na rozprawie, że próbował wyjaśnić swoje wątpliwości w sposób operatywny na podstawie kontaktu telefonicznego. Jednak, zgodnie z zasadą pisemności postępowania sformułowaną w art. 9 ust. 1 Pzp, zamawiający powinien swoje czynności prowadzić z zachowaniem formy pisemnej, co wraz z odpowiedzią wykonawcy – ze względu na konieczność precyzji sformułowań pisemnych – mogłoby rozwiązać brak pewności zamawiającego i mogłoby sprzyjać podjęciu optymalnej decyzji przez zamawiającego.

Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 2c a w konsekwencji tych naruszeń zamawiający również naruszył art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 91 ust. 1 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....