

Sygn. akt KIO 1151/11

**WYROK**  
**z dnia 16 czerwca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2011 r. przez Dariusza Czaplę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Dariusz Czaplą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "DARO" w Gorzowie Wielkopolskim w postępowaniu prowadzonym przez Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Dariusza Czaplę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Dariusz Czaplą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "DARO" Gorzów Wielkopolski i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy uiszczoną przez Dariusza Czaplę, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Dariusz Czaplą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "DARO" w Gorzowie Wielkopolskim tytułem 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługa pełnienia nadzoru inwestorskiego w ramach realizacji zadania pod nazwą „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego w Słubicach”.

24 maja 2011r.(data stempla) zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty informację o wynikach postępowania.

Wobec czynności odrzucenia oferty odwołanie wniósł Dariusz Czaplą prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Dariusz Czaplą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „DARO” w Gorzowie Wielkopolskim. Zachowany został termin ustawowy oraz obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania wskazany w art. 180 ust. 5 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez błędne jego zastosowanie. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, unieważnienia czynności uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Zachodnie Centrum Konsultingowe EURO INVEST Sp. z o.o., dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że wobec wezwania dokonanego przez zamawiającego 20 maja 2011r., złożył w wyznaczonym terminie wymagany wypis z ewidencji działalności gospodarczej. Natomiast w celu potwierdzenia, iż dołączona do oferty polisa nr 901005716738 została opłacona przed terminem składania ofert, odwołujący złożył stosowne oświadczenie wystawcy polisy, załączył również korespondencje e-mail z przedstawicielem wystawcy polisy.

Odwołujący wywiódł, że wobec faktu, iż do ustawy Prawo zamówień publicznych odpowiednio stosuje się przepisy ustawy kodeksu cywilnego (art. 14 Pzp) oraz kodeksu postępowania cywilnego (art. 184 ust 7 Pzp), to stosownie do treści art. 60 oraz 61 k.c. należy uznać, iż korespondencja e-mail jest dopuszczalna w relacjach stron stosunku cywilno – prawnego, a w konsekwencji może stanowić środek dowodowy w świetle aktualnie obowiązujących przepisów. Na potwierdzenie prezentowanej tezy odwołujący powołał stanowisko piśmiennictwa i doktryny.

Odwołujący wskazał nadto na załączone do odwołania oświadczenie wystawcy polisy, potwierdzające prawdziwość oświadczeń dotyczących polisy złożonych w toku postępowania.

Podkreślił, że zastosował się do oczekiwań zamawiającego - przedstawił aktualną i opłaconą polisę odpowiadającą wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz aktualny odpis z właściwego rejestru, nie można zatem uznać twierdzenia, jakoby nie przedłożył w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu.

Z ostrożności procesowej odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wskazał, że zamawiający uzasadniając fakt odrzucenia oferty ograniczył się jedynie do krótkiej informacji, iż oferta podlega odrzuceniu z uwagi na nie uzupełnienie dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu w wyznaczonym terminie. Odwołujący ocenił, że stanowi to rażące naruszenie ustawy i jednocześnie powoduje istotne utrudnienie dla oferentów w dochodzeniu przysługujących im uprawnień.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, z udziałem zamawiającego. Odwołujący, prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia i rozprawy, nie stawił się.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z 10 maja 2011r. pod pozycją 107736.

W części XX ust. 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający ustalił cenę jako jedyne kryterium oceny ofert. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną.

W części XI ust 1 lit. d oraz ust 2 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zobowiązał wykonawców, w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, do złożenia aktualnej w dniu otwarcia ofert i opłaconej polisy oraz aktualnego odpisu z właściwego rejestru.

Wobec powyższego odwołujący wraz z ofertą złożył polisę wystawioną przez STU Ergo Hestia S.A. nr 901005716738 obejmującą okres ubezpieczenia od 29.07.2010 r. do 28.07.2011 r., w której, w rubryce potwierdzenia dokonania wpłaty, widnieje kwota 0 zł. Odwołujący nie złożył wypisu z ewidencji działalności gospodarczej, złożył zaświadczenie o nadaniu numeru REGON.

Termin składania ofert upływał 17 maja 2011 r.

Pismem z 20 maja 2011r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów przez złożenie aktualnego odpisu z właściwego rejestru oraz dowodu opłacenia polisy w terminie do 23 maja 2011 r. Zamawiający

W wyznaczonym terminie odwołujący złożył wymagany odpis z właściwego rejestru (co nie jest sporne) oraz oświadczenie Urszuli S. Menedżera Sprzedaży STU Ergo Hestia S.A. z 23 maja 2011 r. potwierdzające opłacenie składki ubezpieczeniowej z polisy nr 901005716738. Oświadczenie nie wskazuje daty opłacenia polisy. Ponadto odwołujący złożył wydruk z poczty elektronicznej w której Pani Iwona N. (Hanza Consulting) prosi Pana Marcina W. (marcin.w.@ergohestia.pl) o potwierdzenie opłacenia składki za polisę nr 901005716738 oraz odpowiedź, że polisa została opłacona 30 sierpnia 2010r.

Do odwołania załączone zostało oświadczenie Urszuli S. Menedżera Sprzedaży STU Ergo Hestia S.A. z 23 maja 2011 r. potwierdzające opłacenie składki ubezpieczeniowej z polisy nr 901005716738 w dniu 30 sierpnia 2010r.

Pismo z 23 maja 2011 r. zawierające informację o wynikach postępowania w części dotyczącej oferty odwołującego (oferta nr 4) głosi, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – na podstawie art. 26 ust. 3 wykonawca nie przedłożył w terminie wskazanym przez zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Izba dokonała ustaleń na podstawie przywołanych pism i dokumentów okazanych przez zamawiającego z oryginalnej dokumentacji postępowania (kopie w aktach sprawy).

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zamawiający błędnie wskazał podstawę prawną swego działania. Wynikiem negatywnej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego jest wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp ze wskazanym w art. 24 ust. 4 Pzp skutkiem uznania oferty za odrzuconą.

Izba oceniła zarzuty odwołania referując je do przepisu ustawy stanowiącego podstawę działania zamawiającego.

Art. 24 ust. 4 pkt 4 Pzp nakazuje wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wobec treści dokumentu polisy, zamawiający wykonując obowiązek wynikający z art. 26 ust. 3 Pzp prawidłowo wezwał odwołującego do uzupełnienia dowodu opłacenia polisy. Przywołany przepis nakazuje, aby uzupełnione oświadczenia lub dokumenty potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później, niż w dniu, w którym upływał termin składania ofert.

Oświadczenie z 23 maja 2011 r. złożone zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie, nie potwierdza faktu opłacenia polisy w terminie wymaganym ustawą.

Izba pominęła korespondencję elektroniczną, uznając, że w okolicznościach sprawy nie może stanowić ona dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Po pierwsze: przepisy nie wskazują w jaki sposób wykonawca ma wykazać zamawiającemu fakt opłacenia polisy. Niewątpliwie jednak korespondencja między pracownikiem ubezpieczyciela a pracownikiem nieznanego podmiotu nie może być uznana za dokument stanowiący oświadczenie wiedzy ubezpieczyciela, co do terminu opłacenia polisy.

Po drugie: Nietrafnie powołuje się odwołujący na art. 60 i 61 kodeksu cywilnego. Art. 14 Pzp pozwala na stosowanie do czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przepisów kodeksu cywilnego, jedynie jeśli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tymczasem forma dokumentów składanych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu została uregulowana w § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Przywołany przepis pozwala na złożenie dokumentu w formie oryginału, kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem lub dokumentów elektronicznych opatrzonych przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Korespondencja za pośrednictwem poczty elektronicznej nie odpowiada wymogom § 6 ust. 1 rozporządzenia.

Zamawiający zatem wobec stwierdzenia, że odwołujący, mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie złożył dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy w nie później, niż w dniu składania ofert, zasadnie uznał, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczył odwołującego z postępowania.

Załączenie do odwołania oświadczenia ubezpieczyciela potwierdzającego opłacenie polisy przed terminem składania ofert nie może przynieść skutku w postaci uznania, że odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu następuje nie tylko w oparciu o treść składanych oświadczeń i dokumentów, ale również przy zachowaniu wynikającej z przepisów formy oświadczeń i dokumentów oraz określonego terminu. Uzupełnienie dokumentów po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego w wezwaniu naruszyłoby art. 7 ust. 1 Pzp. Stawiałoby odwołującego w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do wykonawców, którzy wymagane dokumenty złożyli w terminie.

Izba uznała również, że informacja o wynikach postępowania, prawidłowo wskazuje okoliczności faktyczne leżące u podstaw decyzji zamawiającego i odpowiada dyspozycji art. 92 ust. 1 Pzp. Treść informacji nie ograniczyła odwołującego w możliwości obrony swoich praw w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie, orzekając o kosztach na podstawie art. 192 ust.9 i 10 Pzp – stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:.....**