

WYROK

z dnia 4 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2015 r. przez Odwołującego – Z. U. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „U.” Z. U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie, Ferroser Infraestructuras S.A. z siedzibą w Madrycie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Z. U. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „U.” Z. U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – Z. U. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „U.” Z. U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego – Z. U. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „U.” Z. U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim na rzecz Zamawiającego – Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Gdańsku z podziałem na 5 części” (nr referencyjny: O.Gd.Z-1.2412.01.2015), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 kwietnia 2015 r. pod numerem 2015/S 068-121402.

W dniu 10 sierpnia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 2 zamówienia, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie, Ferroser Infraestructuras S.A. z siedzibą w Madrycie (dalej: „Konsorcjum FB”) oraz o wykluczeniu wykonawcy Z. U. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „U.” Zenon U. z siedzibą w Makowie Mazowieckim.

W dniu 20 sierpnia 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie ww. wykonawcy (dalej: „Odwołujący”), w którym zarzucił on Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp przez wykluczenia Odwołującego z Postępowania pomimo nie zalegania przez niego z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz złożenia w piśmie z dnia 28 lipca 2015 r. wyjaśnień w tym zakresie oraz dokonania uzupełnienia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie,
2. art. 24 ust. 2. pkt. 4 i ust. 4 pzp przez wykluczenie Odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą pomimo wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu przez złożenie oświadczenia oraz wskazanie na dokumenty, z których wynika spełnianie warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty,
2. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

a nadto o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym w szczególności kosztów zastępstwa procesowego wykonywanego przez radcę prawnego w kwocie 3.600,00 zł.

W sytuacji gdyby poniższa argumentacja okazała się niewystarczająca do udowodnienia okoliczności opisanych w uzasadnieniu, a w szczególności udowodnienia faktu nie zalegania przez Odwołującego z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści zaświadczeń ZUS z dnia 2 marca i 1 czerwca 2015 r., które załączył do odwołania.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Odwołujący podkreślił, że nie zalega i nie zalegał na dzień otwarcia ofert z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne i o istnieniu takiego stanu zapewnił Zamawiającego w piśmie z dnia 28 lipca 2015 r. W powołanej korespondencji wskazał na stosowne i istniejące zaświadczenia ZUS i wymienił je podając ich datę w samym piśmie oraz spisie załączników. Jedynie przez niefortunną pomyłkę pełnomocnika do pisma zostało załączone niewłaściwe zaświadczenie ZUS (wystawione z podobną datą dnia i miesiąca, ale rok wcześniej – stąd powstała pomyłka). Pełnomocnik, który dysponował wieloma zaświadczeniami (wykonuje stałą obsługę prawną) jedynie przez fatalną pomyłkę i dokonywanie zmian w ww. piśmie w trybie pilnym, dokonał błędu technicznego, który nie powinien skutkować negatywnie dla sytuacji Odwołującego się oraz dla wybrania oferty faktycznie najkorzystniejszej.

Dodać należy, że zaświadczenia te istniały w dniu otwarcia ofert – zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek wydawane są na centralnie drukowanym blankiecie, który jest drukiem ścisłego zarachowania i posiada stosowne zabezpieczenia, przede wszystkim zawiera 2 literowy numer serii i 7 cyfrowy kolejny numer. Zaświadczenie takie oznaczone jest indywidualnym, 18-znakowym numerem, pieczęcią organu wydającego zaświadczenie, imienną pieczęcią służbową wraz podpisem osoby upoważnionej. Potwierdzanie autentyczności zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu składek wydanych po 3 kwietnia 2009 r. możliwe jest pod adresem <https://ssi.zus.pl/zn/>. Zaświadczenia były przekazane przez Odwołującego pełnomocnikowi, a pełnomocnik o ich istnieniu poinformował Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego w powyższych okolicznościach Zamawiający uchybił również przepisom art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w oparciu o następującą argumentację.

Podał, że zgodnie z pkt 8.3.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp, należało – pod rygorem wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp – złożyć m.in. aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W wyniku analizy oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że nie załączono do niej żadnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego. W związku z tym Zamawiający skierował do Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwanie (znak O.Gd.D-3.JW.241.1121.2015) do uzupełnienia m.in. aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, zgodnie z postanowieniem pkt 8.3.4 SIWZ. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący w dniu 28 lipca 2015 r. złożył zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek wg stanu na dzień 01 kwietnia 2014 r., podczas gdy termin składania ofert upłynął w dniu 1 czerwca 2015 r. W związku z powyższym Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w Postępowaniu, ponieważ nie wykazał on spełniania warunków udziału na dzień składania ofert. Oferta Odwołującego została ponadto uznana za odrzuconą zgodnie z dyspozycją art. 24 ust 4 Pzp.

Zamawiający, w powołaniu na orzecznictwo Izby, zwrócił uwagę na konieczność ścisłej wykładni przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, a także płynącą z niego zasadę jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów. Podkreślił, że spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie można dokonywać, jak chce tego Odwołujący, w oparciu o zapewnienia osób uprawnionych do jego reprezentacji.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosiło Konsorcjum FB wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymały dotychczasową argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska ww. zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba, wobec spełnienia przez Konsorcjum FB przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła ponadto, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w części 2 kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp (w części 1 Odwołujący złożył ofertę, która plasowała go na dalszej pozycji – ustaleniu temu Odwołujący nie przeczył).

Izba ustaliła następujące okoliczności stanu faktycznego.

Zgodnie z pkt 8.3.4. SIWZ wykonawca, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z Postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp, miał obowiązek, pod rygorem wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, złożyć aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący nie załączył do oferty żadnego dokumentu potwierdzającego powyższą okoliczność, wobec czego – pismem z dnia 20 lipca 2015 r. (znak pisma: O.Gd.D.-3.JW.241.1121.2015) – został wezwany do uzupełnienia tego dokumentu zgodnie z pkt 8.3.4. SIWZ w terminie do dnia 28 lipca 2015 r.

W wyznaczonym terminie Odwołujący złożył pismo, w którym potwierdził, że do oferty nie załączył wymaganego dokumentu. Oświadczył również, że nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne oraz zdrowotne na dzień 1 czerwca 2015 r., co potwierdzać miały zaświadczenia wystawione przez ZUS Oddział w Płocku w dniach 2 marca i 1 czerwca 2015 r. (załączniki nr 16 i 17 do korespondencji Odwołującego). Za pismem przesłano jednak zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek datowane na 1 kwietnia 2014 r.

Powyższe okoliczności stanowiły podstawę wykluczenia Odwołującego, o czym Zamawiający poinformował pismem z dnia 10 sierpnia 2015 r. (znak pisma: O.Gd.D.-3.JW.241.1211.2015), stanowiącym zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Biorąc pod uwagę przedstawiony stan faktyczny Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp obliuguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy nie wykaże on spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ustawodawca położył zatem nacisk na udowodnienie spełniania warunków, czemu służy przedstawianie dokumentów, o których mowa w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231), zwanego dalej „Rozporządzeniem”. Co do zasady dokumenty takie składane są wraz z ofertą, ewentualnie – w razie ich niezałączenia – przedstawiane w określonym terminie na wezwanie zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Przepis ów konstytuuje po stronie zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, który wyłączony jest li tylko w ściśle określonych sytuacjach (*vide* art. 26 ust. 3 zd. pierwsze *in fine* Pzp). Istotne jest przy tym, że co do zasady zamawiający może skorzystać z takiego wezwania jednokrotnie w odniesieniu do danej okoliczności. Kolejne wezwanie dotyczące tej samej okoliczności może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, gdy poprzednie wezwanie było nieprecyzyjne, bądź nasuwało wątpliwości interpretacyjne. Zaistnienia takich okoliczności Odwołujący *ad casum* nie podnosił.

W konsekwencji skład orzekający doszedł do przekonania, że w warunkach prawidłowego wezwania do uzupełnienia dokumentu w postaci zaświadczenia ZUS obowiązkiem Odwołującego było przedstawienie dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia. Bezsprzecznie Odwołujący dokumentu takiego w odpowiedzi na wezwanie nie przedstawił, wobec czego Zamawiający był uprawniony do wykluczenia go z Postępowania. Sytuacji Odwołującego nie zmienia okoliczność, że powodem nieuzupełnienia właściwego dokumentu była pomyłka pełnomocnika, ponieważ postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego toczy się z udziałem profesjonalistów, od których należy oczekiwać wyższego, niż przeciętny, poziomu staranności. Podobnie należało ocenić argument o zapewnieniu Zamawiającego o niezaleganiu z uiszczaniem składek, bowiem ustaleniu tej okoliczności służy określony w § 3 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia dokument.

Izba nie uwzględniła wniosków dowodowych Odwołującego stwierdzając, że postępowanie odwoławcze nie służy dokonywaniu czynności, które zamawiający ma obowiązek wykonać w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tj. badanie braku podstaw wykluczenia Odwołującego z Postępowania, które to *nota bene* miało miejsce), a ocenie zgodności z przepisami podjętej przez zamawiającego czynności. W przedmiotowej sprawie ocenie takiej podlegało wykluczenie Odwołującego z uwagi na nie wykazanie spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Izba uznała, że skoro Odwołujący nie wykazał braku podstaw do wykluczenia (czemu nie przeczył w toku rozprawy) w przewidzianym do tego trybie, tj. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, to decyzja Zamawiającego, oparta na przepisie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, była prawidłowa. W konsekwencji nie mogło również dojść do naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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.2010.41.238).

Przewodniczący: