

**WYROK**

**z dnia 1 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 kwietnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2014 r. przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: P..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo-Usługowe Ekoinżbud P..... P....., PRI Inżbud Sp. jawna J..... H....., A..... K....., C..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. BOMARD C..... K....., adres dla lidera konsorcjum: ul. Targowa 54, 99-210 Uniejów, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Gmina Uniejów, ul. Błogosławionego Bogumiła 13, 99-210 Uniejów

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz czynności wykluczenia Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: P..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Ekoinżbud P..... P....., PRI Inżbud Sp. jawna J..... H....., A..... K....., C..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. BOMARD C..... K....., adres dla lidera konsorcjum: ul. Targowa 54, 99-210 Uniejów z postępowania i powtórzenie czynności oceny oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Gmina Uniejów, ul. Błogosławionego Bogumiła 13, 99-210 Uniejów, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: P..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Ekoinżbud P..... P....., PRI Inżbud Sp. jawna J..... H....., A..... K....., C..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. BOMARD C..... K....., adres dla lidera konsorcjum: ul. Targowa 54, 99-210 Uniejów tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Gmina Uniejów, ul. Błogosławionego Bogumiła 13, 99-210 Uniejów, na rzecz **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: P..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Ekoinżbud P..... P....., PRI Inżbud Sp. jawna J..... H....., A..... K....., C..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. BOMARD C..... K....., adres dla lidera konsorcjum: ul. Targowa 54, 99-210 Uniejów, kwotę **13 867 zł 29 gr** (słownie: trzynaście tysięcy osiemset sześćdziesiąt siedem złotych dwadzieścia dziewięć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 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 **Sieradzu**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 581/14**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Zmiana ukształtowania terenu na obszarze zabytkowego zespołu zamkowo-parkowego i przyległym – budowa mobilnego systemu ochrony przeciwpowodziowej.*” Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 lutego 2014 r. pod numerem 26945.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego i unieważnienia postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że złożone w siedzibie Zamawiającego pismo zostało przyjęte przez pracownika Urzędu Gminy Uniejów i opatrzone pieczętką z podpisem pracownika gminy. Z adnotacji tej wynika oświadczenie pracownika gminy, że potwierdza on fakt złożenia przez Odwołującego w dniu 11 marca 2014 r. pisma wraz z wymienionymi w nim załącznikami, w tym z aktualnym zaświadczeniem z ZUS. Przedmiotowe zaświadczenie, jak wyjaśnia Odwołujący, wystawione zostało i znajdowało się w posiadaniu Odwołującego przed upływem terminu składania ofert i omyłkowo nie zostało dołączone do złożonej oferty. Odwołujący podkreślił, że nie posiada wiedzy, dlaczego Zamawiający twierdzi, że aktualne zaświadczenie z ZUS nie zostało złożone w wyznaczonym przez niego terminie. Odwołujący przypuszcza, że któryś z pracowników Zamawiającego zagubił przedmiotowy dokument.

Odwołujący podkreślił, że udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wiąże się z poddaniem wykonawców różnym rygorom i wymaga dochowania szczególnej staranności, jednakże takiej samej staranności wymaga się również od Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, nie może mieć miejsca sytuacja, kiedy błąd pracownika Zamawiającego próbuje się naprawić poprzez dokonywanie negatywnych czynności w stosunku do wykonawcy. Niedopuszczalna jest sytuacja, kiedy uprawniony pracownik Zamawiającego składa na piśmie oświadczenie, z którego wynika, że przyjął on w określonej dacie pismo wraz z wymienionymi w nim dokumentami, a w następnej kolejności Zamawiający dokonuje czynności wykluczenia wykonawcy twierdząc, że któregoś z tych dokumentów nie było. Zamawiający, tak samo jak wykonawca, musi brać odpowiedzialność

za wykonywane przez siebie czynności. Muszą być one przemyślane i spójne. Przyjętą i wymaganą praktyką od organów użyteczności publicznej w tym urzędów gmin, często określaną w instrukcjach kancelaryjnych, jest sprawdzanie kompletności składanych w danym urzędzie pism. Jeżeli petent/wykonawca składa pismo powołując się na załączniki dołączone do tego pisma, obowiązkiem przyjmującego pismo jest sprawdzenie kompletności załączników. W przypadku jakichkolwiek braków na złożonym piśmie powinna znaleźć się odpowiednia adnotacja. Odwołujący wyjaśnia, że w przedmiotowej sprawie, pracownik Zamawiającego, przyjmujący pismo od Odwołującego, na jego prośbę, przejrzał całość złożonych dokumentów, co ze względu na małą ilość załączników nie było trudne i poinformował ustnie, że dokumenty są uzupełnione prawidłowo oraz dokonał odpowiedniej adnotacji na kopii pisma przewodniego.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego oraz wykonawcę w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy k.c. Zgodnie z art. 6 k.c., w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, który z faktu tego wywodzi skutki prawne. W opinii Odwołującego, Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił faktu, że Odwołujący nie złożył wymienionego w potwierdzonym piśmie, aktualnego zaświadczenia z ZUS. W uzasadnieniu ograniczył się tylko do twierdzeń niepopartych żadnymi dowodami.

Jednocześnie Odwołujący stwierdza, że w możliwie dostępnym sobie sposób udowodnił, że aktualne zaświadczenie z ZUS zostało złożone w siedzibie Zamawiającego w wyznaczonym przez niego terminie. Na potwierdzenie tej okoliczności Odwołujący przedłożył potwierdzenie złożonego pisma, z którego niewątpliwie wynika fakt, że pismo to wraz z załącznikami zostało złożone. Odwołujący przedstawił również posiadane przez siebie zaświadczenie z ZUS z dnia 10 stycznia 2014 r., które potwierdza fakt, że znajdowało się ono w posiadaniu Odwołującego w dniu składania ofert. Jeżeli więc Odwołujący posiadał przedmiotowy aktualny dokument to należy stwierdzić, że nie miał on żadnego interesu w niezłożeniu tego dokumentu w ramach uzupełnienia. Zaniechania i błędy Zamawiającego nie mogą być podstawą do dokonywania negatywnych czynności w stosunku do wykonawcy.

Odwołujący konstatuje, że Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy określonych w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W efekcie braku podstaw do wykluczenia Odwołującego nie zaistniała przesłanka unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Wykonawcy potwierdzając brak przesłanek do wykluczenia z postępowania zostali zobowiązani do przedłożenia m.in. aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu

Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia 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 (rozdział VI lit. B4. SIWZ).

Odwołujący wraz z ofertą przedłożył rzeczony zaświadczenie dotyczące P..... P....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. „EKOINŻBUD” P..... P....., opatrzone datą 24 września 2013 r.

Pismem z dnia 5 marca 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, m.in. do przedłożenia aktualnego zaświadczenia, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Dokumenty należało złożyć w siedzibie Zamawiającego.

W odpowiedzi (pismo z dnia 10 marca 2014 r.) Odwołujący wskazał, że uzupełnia brakujące dokumenty, wymieniając je w treści pisma, tj. Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, aktualne zaświadczenie z ZUS, informacje dotyczące grupy kapitałowej, pełnomocnictwo.

Nadto, Izba ustaliła, że Odwołujący na dzień składania ofert dysponował aktualnym zaświadczeniem z ZUS ( z dnia 10 stycznia 2014 r.), dotyczącym P..... P..... .

Pismem z dnia 19 marca 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp unieważnia postępowanie, bowiem nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wskazując, że *„w trakcie badania uzupełnionych dokumentów komisja stwierdziła, że pomimo wyszczególnienia w złożonym piśmie nie została załączona kopia aktualnego zaświadczenia z ZUS dotyczącego P.P.H.U. „EKOINŻBUD” P..... P..... . W zawiązku z powyższym komisja stwierdza, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.”*

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Bezsporne w niniejszej sprawie jest, że Odwołujący odpowiedział na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów. Oś sporu stanowi zaś zakres uzupełnień. Zamawiający stoi bowiem na stanowisku, że Odwołujący nie uzupełnił wymaganego zaświadczenia z ZUS, choć w treści pisma, złożonego u Zamawiającego, wskazano, iż uzupełnienie obejmuje sporny dokument.

W niniejszej sprawie istotne jest, że Odwołujący złożył w siedzibie Zamawiającego pismo, z którego wynika, że przedmiotem uzupełnienia, oprócz trzech innych dokumentów,

jest sporne zaświadczenie. Pismo przewodnie wskazujące na zakres uzupełnień opatrzone jest prezentatą Zamawiającego wskazującą na datę przyjęcia przedmiotowego pisma i liczbę dziennika, pod którą zarejestrowano wpływ przedmiotowej korespondencji.

W tych okolicznościach za udowodnione należy uznać, że Odwołujący doręczył przedmiotowe pismo w określonej dacie. Z faktem doręczenia rzeczzonego pisma, należy wiązać domniemanie doręczenia również załączników wskazanych w jego treści. Doświadczenie życiowe i zasady logiki wskazują bowiem, że pismo przewodnie ma charakter jedynie informacyjny a istotne znaczenie mają jego załączniki. Celem działania nadawcy nie jest więc przedłożenie pisma przewodniego, ale dokumentów, które mają rozstrzygające znaczenie dla sprawy. Z tych przyczyn należało przyjąć, że Odwołujący odpowiadając na wezwanie Zamawiającego i wskazując na zakres uzupełnień, mając jednocześnie na uwadze konsekwencje braku prawidłowego wypełnienia wezwania, doręczył Zamawiającemu sporne zaświadczenie z ZUS. Tym bardziej, że Zamawiający nie stwierdził niedoręczenia wszystkich wymienionych w piśmie przewodnim załączników, co mogłoby wskazywać, że nie doręczono w ogóle załączników, a stwierdza jedynie brak jednego, w którego posiadaniu, na moment uzupełnienia, Odwołujący się znajdował.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Odwołujący dostarczył do siedziby Zamawiającego określone dokumenty a fakt odbioru korespondencji został potwierdzony przez Zamawiającego przybiciem pieczęci zarówno na egzemplarzu pisma składanym Zamawiającemu, jak i na kopii Odwołującego. Nie należy zapominać, że opatrzenie pisma prezentatą rodzi daleko idące skutki, stanowi bowiem dowód doręczenia pisma w określonej dacie i rodzi domniemanie przedłożenia wraz z tym pismem załączników, jeśli wyraźnie zostały wskazane w jego treści. Okoliczność, że pracownik Zamawiającego nie odnotował na prezentacie ilości składanych załączników nie może obciążać Odwołującego i być podstawą do przyjęcia, że jeden z tychże załączników nie został przedłożony. Rażący brak staranności pracownika Zamawiającego, który nie czyni adnotacji na prezentacie zgodnie z jej treścią powoduje w istocie, że Zamawiający odebrał sobie możliwość wykazania okoliczności przeciwnych (obalenia przyjętego domniemania faktycznego).

W tym miejscu należy wskazać, że omawiana problematyka, była przedmiotem rozważań orzecznictwa. Wskazano, że *„jeśli jednak adresat przesyłki twierdzi, że nie doręczono mu części pism wymienionych na formularzu, których przyjęcie pokwitował, powinien ten fakt udowodnić”* (postanowienie NSA z dnia 31 marca 2010 r., I FSK 1929/09, M. Praw. 2010, nr 9, s. 476). Nadto, SN w postanowieniu z dnia 28 lutego 2001 r., I CZ 157/00) uznał, że *„dopuszczalne jest przesyłanie kilku pism sądowych w jednej przesyłce listowej (kopercie). Odbierając przesyłkę adresat (upoważniony pracownik kancelarii adwokackiej) ma wówczas obowiązek sprawdzić jej zawartość i zgłosić ewentualne zastrzeżenia listonoszowi.”*

Reasumując stwierdzić należy, że w okolicznościach niniejszej sprawy uzasadnione jest przyjęcie, że Odwołujący objął zakresem uzupełnień sporne zaświadczenie z ZUS i przedłożył je wraz z innymi dokumentami z pismem przewodnim z dnia 10 marca 2014 r. Domniemanie to (*praesumptio hominis, praesumptio facti*), jakkolwiek wzruszalne, nie zostało przez Zamawiającego obalone, stąd też należało uznać, że Zamawiający nie wykazał, że zaktualizowały się przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania, co stanowi o naruszeniu przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie stwierdzenie braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania czyni zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp uzasadnionym. Unieważnienie postępowania nie było bowiem zasadne.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 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. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 10.000,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł oraz koszty związane z dojazdem na rozprawę w kwocie 267,29 zł.

**Przewodniczący:** .....