

Sygn. akt KIO/72/11

WYROK
z dnia 26 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 stycznia 2011 r. przez **Stanisława Bielaszka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowo-Usługowe „Bielaszka”, 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Pszczyńska 8** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna, 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 56**

przy udziale wykonawców **Roberta Ryś i Jerzego Ryś** wspólników spółki cywilnej pod nazwą: **Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś, 44-337 Jastrzębie Zdrój, ul. Wyzwolenia 105B** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Stanisława Bielaszka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowo-Usługowe „Bielaszka”, 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Pszczyńska 8 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Stanisława Bielaszka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowo-Usługowe „Bielaszka”, 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Pszczyńska 8 tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 597 zł 75 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt siedem złotych i siedemdziesiąt pięć groszy) przez **Stanisława Bielaszka** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowo-Usługowe „Bielaszka”, 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Pszczyńska 8** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółki Akcyjnej, 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 56** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na kompleksową eksploatację stacji przeładunkowych odpadów górniczych z wagonów kolejowych wraz z obsługą placu budowy obiektu budowlano-ziemnego do rzędnej +320 m n.p.m. na terenie składowiska „Kościelniok” JSW S.A. KWK „Pniówek”.

W dniu 5 stycznia 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku ponownego badania i oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców Roberta Ryś i Jerzego Ryś wspólników spółki cywilnej pod nazwą: Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś.

W dniu 14 stycznia 2011 r. Stanisław Bielaszka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowo-Usługowe „Bielaszka” zwany dalej Odwołującym wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- wyboru wykonawców - Roberta Ryś, Jerzego Ryś wspólników spółki cywilnej pod nazwą Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś, pomimo że osoby te nie złożyły oferty w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z przepisami ustawy i specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy - Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś jako złożonej przez podmiot nie mający zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych, a zatem niezgodnej z ustawą i bezwzględnie nieważnej, alternatywnie zaniechania wykluczenia (w konsekwencji uznania za odrzuconą) oferty wykonawcy Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś jako złożonej przez podmiot nie mający zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych, a zatem złożonej przez podmiot nie spełniający wymogów określonych w ustawie oraz wskazanych przez Zamawiającego,

ewentualnie

- przy założeniu, że zasadnie Zamawiający przyjął, iż ofertę złożyli wykonawcy - Robert Ryś, Jerzy Ryś wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś
- zaniechania wykluczenia ww. wykonawców, pomimo tego, że przedłożyli niezgodne z przepisami ustawy i specyfikacji istotnych warunków zamówienia zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego potwierdzające, że wykonawcy nie zalegają z opłacaniem podatków oraz Oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, że ww. wykonawcy nie zalegają z opłacaniem

składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne oraz nie złożyli wadium i nie przedłużyli okresu ważności wadium, bądź nie wnieśli nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, a tym samym zaniechania odrzucenia oferty wykonawców - Roberta Ryś, Jerzego Ryś wspólników spółki cywilnej pod nazwą Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś oraz wybór oferty ww. wykonawców jako oferty najkorzystniejszej,

ewentualnie

- zaniechania unieważnienia postępowania z uwagi na brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy ze względu na upływ przedłużonego terminu związania ofertą wykonawców przed dniem wyboru najkorzystniejszej oferty oraz przed upływem terminu, w jakim możliwe jest zawarcie umowy o zamówienie publiczne, a co za tym idzie brak ważnej oferty wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp przez prowadzenie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

- art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasady, zgodnie z którą zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp,

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie w zw. z art. 7 ust. 1 i 3, art. 14 ustawy Pzp oraz art. 65 i 58 kc przez ich niewłaściwe niezastosowanie przejawiające się tym, że Zamawiający przyjął i wybrał w postępowaniu wykonawców - Roberta Ryś, Jerzego Ryś wspólników spółki cywilnej pod nazwą Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś jako składających ofertę najkorzystniejszą pomimo tego, że osoby te nie złożyły oferty w postępowaniu, a tym samym dokonanie czynności prawnej bezwzględnie nieważnej,

- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1, z art. 2 pkt 11, art. 14 ustawy Pzp, art. 33, art. 33¹, art. 860 kc oraz art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 ze zm.) przez przyjęcie, że wykonawca - Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś wykazał, że może ubiegać się o udzielenie zamówienia i posiadać status wykonawcy w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, wymagań Zamawiającego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ww. przepisów prawa,

- art. 24 ust.4 ustawy Pzp przez nieuznanie oferty wykonawcy Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś podlegającego wykluczeniu za odrzuconą,

- art. 89 ust. 1 pkt. 1, 2, 5, 8 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 22 ust. 1, art. 14, art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, art. 33, art. 33¹, art. 860 kc oraz art. 4 ustawy o swobodzie działalności

gospodarczej przez błędne ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś jako sprzecznej z przepisami ustawy Pzp, ww. przepisów prawa, specyfikacji istotnych warunków zamówienia - złożonej przez podmiot nie mający osobowości prawnej, a zatem zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych, podlegający wykluczeniu,

- art. 24 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez przyjęcie, że wykonawcy - Robert Ryś, Jerzy Ryś wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś nie zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, mimo nie przedłożenia zaświadczeń z urzędu skarbowego i Zakładu Ubezpieczeń Społecznych,

- art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 45 ust. 1, 3, 6 pkt 4, art. 85 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. z 2010 r. Nr 11, poz. 66 ze zm.), art. 33, art.33¹, art. 58, art. 353 kc przez przyjęcie, że wykonawcy - Robert Ryś, Jerzy Ryś wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś nie podlegają wykluczeniu z postępowania, pomimo że nie wnieśli wadium przed upływem terminu składania oferty, nie przedłużyli okresu ważności wadium bądź nie wnieśli nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą,

- art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez nieuznanie oferty wykonawców - Robert Ryś, Jerzy Ryś wspólników spółki cywilnej pod nazwą Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś podlegających wykluczeniu za odrzuconą,

- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez ich niewłaściwe zastosowanie przejawiające się tym, że Zamawiający nie wybrał oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz ustalonymi przez siebie kryteriami wyboru oferty,

ewentualnie

- art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3, art. 14, art. 85 ust. 2, art. 94 ust. 1 pkt 1, art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. 58 przez ich niewłaściwe niezastosowanie przejawiające się w tym, że Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty pomimo tego, że przedłużony na okres maksymalny termin związania ofertą wykonawców upłynął przed terminem wyboru najkorzystniejszej oferty oraz terminem, w jakim możliwe jest zawarcie umowy o zamówienie publiczne, co skutkuje niemożliwą do usunięcia wadą i brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy o zamówienie publiczne z wybranym wykonawcą.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 2 pkt. 11 ustawy Pzp wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub

zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Wobec treści ww. definicji, zdaniem Odwołującego, spółka cywilna nie posiada statusu wykonawcy. Odwołujący wskazał na art. 860 kc podkreślając, że spółka cywilna nie tworzy odrębnych podmiotowych struktur organizacyjnych, jest jedynie umową zawartą przez jej wspólników, której żaden przepis kc nie przyznaje zdolności prawnej odrębnej od zdolności jej wspólników. Wbrew powyższemu, jak zauważył Odwołujący, ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożyła Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś. Odwołujący wskazał, że w dniu 16 listopada 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś. Tym samym, Zamawiający oraz osoby reprezentujące wybranego wykonawcę zgodnie oświadczyły, że składającym ofertę, ubiegającym się o wykonanie zamówienia i wybranym wykonawcą jest Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś.

W ocenie Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że Zamawiający powinien był wykluczyć ww. wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem jako podmiot nie mający osobowości prawnej, zdolności prawnej, zdolności do czynności prawnych nie może być wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 33, art. 33¹ kc i art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz wymaganych przez Zamawiającego zgodnie z pkt IX.A) ppkt I) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jego oferta powinna być uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził również, że oferta Spółki Cywilnej „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - jest sprzeczna z art. 2 pkt 11 w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 33, art. 33¹, art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, art. 860 kc, złożona przez podmiot nieistniejący, niemogący zaciągać ważnych zobowiązań, a zatem jest też nieważna na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 11, art. 14 ustawy Pzp, art. 33, art. 33¹, art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i art. 58 kc, sprzeczna z pkt IX.A) ppkt I) specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, o czym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze, Zamawiający powinien był wykluczyć wykonawcę Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś (w konsekwencji uznać jego ofertę za odrzuconą), alternatywnie ww. ofertę odrzucić.

Zamawiający zaniechał powyższego, w następstwie czego w dniu 5 stycznia 2011 r. poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców - Roberta Ryś, Jerzego Ryś wspólników spółki cywilnej pod nazwą Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś,

Jerzy Ryś, pomimo że osoby te nie złożyły oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Działaniem swym Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, bowiem ofertę w postępowaniu złożył wykonawca Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś. Co za tym idzie, wybór najkorzystniejszej oferty dokonany w dniu 5 stycznia 2011 r. stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz jest czynnością prawną bezwzględnie nieważną na podstawie art. 58 kc, czynnością dokonaną z naruszeniem ww. przepisów ustawy Pzp, a także zmierzającą do obejścia przepisów ustawy Pzp przez próbę konwalidowania bezwzględnie nieważnej czynności prawnej - oferty Spółki Cywilnej „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś i wyboru tej oferty przez Zamawiającego.

Przyjmując założenie, że Zamawiający w sposób uprawniony uznał, że oferta złożona przez Spółkę Cywilną „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś stanowi *de facto* ofertę wykonawców - Roberta Ryś, Jerzego Ryś wspólników spółki cywilnej pod nazwą Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś, dokonany wybór nastąpił, w ocenie Odwołującego, z naruszeniem art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp. Za zbędną uznał Odwołujący czynność wezwania wykonawców - Roberta Ryś, Jerzego Ryś wspólników spółki cywilnej pod nazwą Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś do uzupełnienia zaświadczeń z urzędu skarbowego i Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i przyjęcia tych dokumentów jako prawidłowe z uwagi na okoliczność, że ww. zaświadczenia wydane z datą po terminie składania ofert potwierdzają *de facto* stan faktyczny lub prawny istniejący w dniu wydania, nie w terminie składania ofert. Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył również art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem powinien był ocenić, że Robert Ryś i Jerzy Ryś wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem nie wykazali, że nie zalegają z podatkami i składkami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne najpóźniej na dzień składania ofert. Co za tym idzie, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oferta ww. wykonawców powinna zastać uznana za odrzuconą, alternatywnie za sprzeczną z treścią pkt. VIII. 1 ppkt 3) i 4) specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W konsekwencji, oferta ta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp. Powyższego Zamawiający zaniechał z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł również zarzut, że wykonawcy Robert Ryś i Jerzy Ryś wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś podlegają wykluczeniu także na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 45 ust. 1, 3, 6 pkt. 4 ustawy Pzp oraz art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy o działalności ubezpieczeniowej, art. 33, art.33¹, art. 65, art. 353 kc, bowiem nie przedłożyli wadium - w ofercie złożonej przez Spółkę Cywilną „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś na stronie 31 załączono kopię gwarancji ubezpieczeniowej, gdzie jako zleceniodawca gwarancji wskazana jest Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś.

Dodatkowo, gwarancja ta jest nieważna z uwagi na nieczytelny podpis gwaranta. Z powyższego Odwołujący wywiódł, że ww. gwarancja została dokonana na zlecenie podmiotu nie mającego zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych i zabezpiecza zobowiązania w postępowaniu, których ten podmiot podjąć nie może zgodnie z art. 33, art. 33¹ kc w zw. z art. 860 kc i art. 58 kc, art. 353 kc w zw. z art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy o działalności ubezpieczeniowej. Wobec braku czytelnego podpisu na gwarancji, z jej treści nie wynika przez jaki podmiot i na podstawie jakich uprawnień została ona wystawiona. Wobec powyższego, ww. wykonawcy podlegają wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 45 ust. 1, 3, 6 pkt.4 ustawy Pzp, a ich oferta powinna być uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, również zgodnie z pkt XII akapit 3 strona 9 specyfikacji.

Kolejny zarzut dotyczy zaniechania przedłużenia wadium bądź wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą przez wykonawców - Roberta Ryś i Jerzego Ryś wspólników spółki cywilnej pod nazwą Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś. Z powyższego Odwołujący wywiódł, że oferta ww. wykonawców powinna zostać wykluczona zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał powyższej czynności naruszając art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego, Zamawiający miał podstawy do unieważnienia postępowania ze względu na nieusuwalną wadę implikującą brak możliwości zawarcia ważnej umowy zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3, art. 14, art. 85 ust. 2, art. 94 ust. 1 pkt 1, art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. 58 kc. Odwołujący zauważył, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako termin związania ofertą wskazano okres od dnia 7 lipca 2010 r. do dnia 3 września 2010 r. Pismem z dnia 2 listopada 2010 r. Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś złożyła oświadczenie o przedłużeniu związania ofertą o dalsze 60 dni. Termin ten upłynął najdalej dnia 3 stycznia 2010 r. Co za tym idzie, w momencie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy nie byli związani ofertą. Podobnie, wykonawcy nie będą związani ofertą również w dniu, w którym najwcześniej można by zawrzeć umowę o zamówienie publiczne. W ocenie Odwołującego, zaniechanie przez Zamawiającego unieważnienia postępowania prowadzi do zawarcia umowy bezwzględnie nieważnej zgodnie z art. 58 kc. Tym samym, Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, gwarantujący konkurencyjność postępowania poprzez wybór najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

- nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawców - Robert Ryś, Jerzy Ryś wspólników spółki cywilnej pod nazwą Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś, a w konsekwencji uznania ich oferty za odrzuconą, alternatywnie nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawców - Robert Ryś, Jerzy Ryś wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy - Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej, w rozumieniu przepisów ustawy Pzp i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, ewentualnie
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania.

W dniu 17 stycznia 2011 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnieśli wykonawcy - Robert Ryś, Jerzy Ryś wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś.

Izba ustaliła co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 maja 2010 r. pod pozycją 2010/S 100-152571.

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 30 384 740,25 zł, co stanowi równowartość 7 914 753,91 euro (Protokół postępowania o udzielenie zamówienia, DRUK ZP-1).

W dniu 15 września 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Stanisława Bielaszka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowo-Usługowe „Bielaszka” oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oferty wykonawców Roberta Ryś i Jerzego Ryś wspólników spółki cywilnej pod nazwą Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś.

Na ww. czynność Zamawiającego odwołanie wnieśli wykonawcy Robert Ryś i Jerzy Ryś wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Spółka Cywilna „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś. Orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w tej sprawie zostało ogłoszone w dniu 7 października 2010 r. (sygn. akt KIO/2081/10).

W dniu 16 listopada 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach ponownej oceny ofert, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Spółki Cywilnej „RYŚ” Robert Ryś, Jerzy Ryś.

W dniu 26 listopada 2010 r. odwołanie wniósł wykonawca Stanisław Bielaszka prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowo-Usługowe „Bielaszka”. Orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej zostało ogłoszone w dniu 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt KIO/2556/10).

W ofercie na stronie 2 Przystępujący złożył oświadczenie o treści „Uważamy się za związanych niniejszą ofertą przez czas wskazany w SIWZ, czyli przez okres 59 dni od upływu terminu składania ofert, tj. od dnia 07.07.2010 r. do dnia 03.09.2010 r.”.

Pismem z dnia 2 września 2010 r. Przystępujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 2 listopada 2010 r.

W dniu 2 listopada 2010 r. Przystępujący złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o dalsze 60 dni.

Na rozprawie Strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie, uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i jego uczestnika zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą zasadności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego. Odwołujący złożył drugą pod względem oceny ofert dokonanej na podstawie ustanowionych kryteriów ofertę, zatem ewentualne potwierdzenie się podnoszonych zarzutów dawałoby Odwołującemu szansę na uzyskanie niniejszego zamówienia.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący treści zaświadczeń z Urzędu Skarbowego i Zakładu Ubezpieczeń Społecznych złożonych przez Przystępującego w ramach uzupełnienia dokonanego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ww. zaświadczenia zostały wydane przez właściwe organy oraz w swej treści jednoznacznie potwierdzają opłacanie podatków i składek na ubezpieczenie na dzień 5 lipca 2010 r. Obowiązek zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń

i dokumentów wynika wprost z art. 26 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp. Dokumenty, których uzupełnienia może żądać zamawiający to wyłącznie dokumenty przewidziane w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, których katalog wyznacza rozporządzenie 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).

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp określa też ściśle okoliczności, w których zamawiający może odstąpić od ww. wezwania tj. sytuacja, w której mimo uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictwa oferta podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Wobec nie wystąpienia ww. okoliczności, zamawiający nie może odstąpić od wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictwa.

Izba wzięła pod uwagę treść art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać 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. Jednocześnie, w myśl § 2 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, za aktualne uznawane są zaświadczenia wydawane przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego i właściwy oddział Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Zarówno z literalnego brzmienia ww. przepisów, jak też z celu, w jakim została wprowadzona regulacja z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp tj. odformalizowania postępowania, pozwolenia wykonawcom, którzy złożyli oferty korzystne cenowo i merytorycznie na usunięcie uchybień w oznaczonym ustawą zakresie, wynika, że zaświadczenia uzupełnione w tym trybie mogą być oznaczone datą późniejszą niż termin składania ofert – istotne jest wykazanie spełniania warunku na określony dzień, zatem treść dokumentu, a nie data jego wystawienia. Oczywiste jest bowiem, że jeżeli wykonawca nie posiadał danego dokumentu na dzień składania ofert i ubiega się o taki dokument w wyniku wezwania przez zamawiającego, to dokument ten będzie oznaczony datą późniejszą niż termin składania ofert. Data ta jednak, jak wskazano powyżej, pozostaje bez znaczenia dla skuteczności uzupełnienia dokumentu, jeżeli potwierdza on w swej treści spełnianie warunku na dzień składania ofert.

W ocenie Izby, w stanie faktycznym niniejszej sprawy brak jest podstaw do podważania zaświadczeń złożonych przez Przystępującego wydanych przez Urząd Skarbowy i Zakład Ubezpieczeń Społecznych. Zaświadczenia wydane przez ww. organy władzy publicznej działające na podstawie przepisów prawa potwierdzają w sposób jednoznaczny spełnianie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu na dzień 5 lipca 2010 r. tj. okres przed składaniem ofert, zgodny z terminem określonym w § 2 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Izba nie uwzględniła również zarzutu dotyczącego zaniechania przedłużenia przez Przystępującego terminu związania ofertą. Z akt sprawy wynika, że Przystępujący trzykrotnie składał oświadczenie o związaniu ofertą – w treści samej oferty (strona 2 oferty), gdzie wskazał okres związania ofertą od dnia 7 lipca do dnia 3 września 2010 r., w piśmie z dnia 2 września 2010 r., gdzie Przystępujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 2 listopada 2010 r. oraz w piśmie z dnia 2 listopada 2010 r., w którym Przystępujący złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o dalsze 60 dni. Izba stwierdziła, że, dwa pierwsze z ww. oświadczeń jednoznacznie określają termin, do którego wykonawca jest związany ofertą, zatem mimo dyspozycji art. 85 ust. 1 oraz art. 182 ust 6 ustawy Pzp nie może on ulec przedłużeniu poza datę wskazaną w oświadczeniu. Jednocześnie 60-dniowy termin związania ofertą liczony od dnia 3 listopada 2010 r. uległ zawieszeniu w okresie od dnia 26 listopada 2010 r. (wniesienie odwołania) do dnia 9 grudnia 2010 r. (ogłoszenie orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą sygn. akt KIO/2556/10) oraz od dnia 14 stycznia 2011 r. (wpływ odwołania) do dnia 26 stycznia 2011 r. (data ogłoszenia orzeczenia w niniejszej sprawie). W tym miejscu należy zwrócić uwagę na treść art. 182 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia. Wobec powyższego, w ocenie Izby, nie ma wątpliwości, że Przystępujący w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej tj. w dniu 5 stycznia 2011 r. pozostawał związany ofertą; termin związania Przystępującego ofertą mija w dniu 28 stycznia 2011 r. Tym samym, nie znalazło potwierdzenia stanowisko Odwołującego o podstawie do unieważnienia postępowania z uwagi na upływ terminu związania Przystępującego ofertą przed dniem wyboru oferty najkorzystniejszej tj. dniem 5 stycznia 2011 r.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty Odwołującego opierające się na złożeniu oferty i poszczególnych dokumentów przez Przystępującego jako spółkę cywilną, a nie jej współników uznając zarzuty te za spóźnione. Izba stwierdziła, że o oznaczeniu Przystępującego w treści oferty jako spółki cywilnej oraz o stanowisku Zamawiającego w tym przedmiocie Odwołujący powziął wiedzę już w dniu 14 września 2010 r., tj. w dniu pierwszej

informacji o wynikach postępowania. Potwierdzenie powyższego Odwołujący pozyskał w informacji z dnia 16 listopada 2010 r. o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Podobnie, spóźniony jest zarzut dotyczący nie przedłużenia przez Przystępującego ważności wadium lub nie wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą – powyższy zarzut Odwołujący powinien podnieść na wcześniejszym etapie postępowania, w tym np. składając odwołanie w dniu 26 listopada 2010 r. Tym samym, przekroczone zostały terminy na wniesienia środka ochrony prawnej w tym zakresie określone w art. 192 ustawy Pzp.

Odwołanie nie podlega również rozpoznaniu w zakresie zarzutu nieuzasadnionego wezwania Przystępującego do uzupełnienia zaświadczeń z urzędu skarbowego i Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Czynność powyższa dokonana została przez Zamawiającego zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/2556/10 i na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp nie może podlegać rozpoznaniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 597 zł 75 gr.

Przewodniczący:

.....