

Sygn. akt KIO/UZP 103/07

**WYROK**  
**z dnia 23 stycznia 2008 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**  
**Członkowie: Barbara Bettman**  
**Dagmara Gałczewska-Romek**  
**Protokolant: Edyta Skowrońska**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie\* w dniu / w ~~dniach~~\* 23 stycznia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Firma Usługowo-Handlowa „IZOLSUSZ” Usługi Ogólnobudowlane Janusz Łukaszewski, ul. Sportowa 6, Wałbrzych** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Męcinka, Męcinka 11** protestu / ~~protestów~~\* z dnia 10 grudnia 2007 r.

przy udziale ..... zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego..... po stronie odwołującego się oraz .....  
- po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, i nakazuje ponowne dokonanie czynności badania, i oceny ofert z zastosowaniem art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku, Nr 223, poz 1655) oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Męcinka, Męcinka 11**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Firmę Usługowo-Handlową „IZOLSUSZ” Usługi Ogólnobudowlane Janusz Łukaszewski, ul. Sportowa 6, Wałbrzych**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy zł) przez **Gminę Męcinka, Męcinka 11** na rzecz **Firmy Usługowo-Handlowej „IZOLSUSZ” Usługi Ogólnobudowlane Janusz Łukaszewski, ul. Sportowa 6, Wałbrzych**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz kosztów zastępstwa procesowego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty ..... zł ... gr (słownie:.....) przez ..... na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Firmy Usługowo-Handlowej „IZOLSUSZ” Usługi Ogólnobudowlane Janusz Łukaszewski, ul. Sportowa 6, Wałbrzych**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Gmina Męcinka prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest termomodernizacja budynków użyteczności publicznej w gminie Męcinka. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 października 2007 roku (BZP nr 1000 poz. 189811).

Janusz Łukaszewski - Firma Usługowo-Handlowa IZOLSUSZ Usługi Ogólno-Budowlane w dniu 6 grudnia 2007 roku powziął wiadomość o wykluczeniu go z postępowania oraz o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Usługowo-Produkcyjno-Handlowy „GRAND” Andrzej Rygiel.

Zamawiający uznał, że złożona wraz z ofertą przez Janusza Łukaszewskiego - Firma Usługowo-Handlowa IZOLSUSZ Usługi Ogólno-Budowlane opinia banku, w którym wykonawca posiada rachunek nie potwierdza zdolności kredytowej w wysokości 1.000.000 PLN wymaganej przez Zamawiającego w pkt 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ust.1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku, Nr 223, poz 1655). Pismem z dnia 10 grudnia 2007 roku Janusz Łukaszewski - Firma Usługowo-Handlowa IZOLSUSZ Usługi Ogólno-Budowlane złożył protest na czynności wykluczenia go z postępowania oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu protestu powołując się na cel nowelizacji ustawy oraz na stanowisko doktryny wywiódł, że czynność wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy powinna być obligatoryjnie poprzedzona wezwaniem go do uzupełnienia dokumentów stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy.

Protestujący wskazał ponadto, że treść opinii bankowych złożonych wraz z ofertami przez Zakład Usługowo-Produkcyjno-Handlowy „GRAND” Andrzej Rygiel oraz „DOMI POLSKA” Sp. z o.o. również nie potwierdza w sposób jednoznaczny, iż posiadają one zdolność kredytową w wysokości wymaganej przez Zamawiającego. Fakt uznania przez Zamawiającego, że wykonawcy ci spełniają warunki udziału w postępowaniu świadczy o wybiórczym stosowaniu przepisów prawa oraz warunków postawionych w SIWZ.

Protestujący podniósł również, że Zamawiający uwzględnił złożony przez niego protest z dnia 26 listopada 2007 roku, którego żądanie obejmowało unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. W związku z tym Zamawiający był zobowiązany jedynie do dokonania ponownej oceny ofert. Działanie Zamawiającego, który ponownie dokonał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wszystkich wykonawców i ponownie dokonał czynności wykluczenia nie jest prawidłowe i zmierza do z góry ustalonego przez Zamawiającego wyniku postępowania.

Wywodząc powyższe Protestujący wskazał, że doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy i wniósł o:

- unieważnienie czynności wykluczenia (odrzućenia złożonej przez niego oferty) z postępowania,
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty protestującego.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 17 grudnia 2007 roku.

Zamawiający wskazał, że treść dokumentów złożonych przez Zakład Usługowo-Produkcyjno-Handlowy „GRAND” potwierdza spełnianie przez niego warunków, zaś z dokumentów złożonych przez Protestującego jednoznacznie wynika, że tych warunków nie spełnia. Wobec faktu, że postanowienie pkt 5 SIWZ nie było przedmiotem wątpliwości w postępowaniu, Zamawiający uznał, że wobec braku po stronie Wykonawcy wątpliwości co do treści żądanych przez niego dokumentów, nie był zobowiązany do żądania od Protestującego wyjaśnień odnośnie tych dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy. Powołując się na brzmienie art. 26 ust. 3 wskazał, że w przypadku dokumentu złożonego przez Odwołującego nie można mówić o błędzie i zastosowanie tego przepisu nie jest możliwe.

Zamawiający podniósł również, że protest w odniesieniu do wyboru najkorzystniejszej oferty jest spóźniony, gdyż podniesione zarzuty winny być zgłoszone bezpośrednio po 22 listopada 2007 roku, gdy Protestujący przeglądał oferty złożone w postępowaniu.

Wskazując na powyższe ustalenia Zamawiający odrzucił protest.

Pismem z dnia 20 grudnia 2007 roku Janusz Łukaszewski - Firma Usługowo-Handlowa IZOLSUSZ Usługi Ogólno-Budowlane wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w proteście.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń stron złożonych na rozprawie Krajowa Izba Odwoławcza zważyła i ustaliła, co następuje:

Janusz Łukaszewski - Firma Usługowo-Handlowa IZOLSUSZ Usługi Ogólno-Budowlane posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną. Cena zgodnie z pkt 20.2 SIWZ jest w postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert. Odwołujący jest związany złożoną przez siebie ofertą. Oferta jest zabezpieczona wadium do dnia 31 marca 2008 roku.

Odwołujący zabezpieczył swój interes prawny w postępowaniu przez złożenie protestu na czynność unieważnienia postępowania z dnia 7 stycznia 2008 roku.

W postępowaniu zostało złożonych osiem ofert.

Zamawiający dwukrotnie dokonywał wyboru najkorzystniejszej oferty. Dwukrotnie wybierał ofertę złożoną przez Zakład Usługowo-Produkcyjno-Handlowy „GRAND” Andrzej Rygiel.

Dokonując czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 26 listopada 2007 roku Zamawiający wykluczył pozostałych siedmiu wykonawców biorących udział w postępowaniu. Na czynność wykluczenia i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej protest wnieśli Odwołujący oraz firma Przedsiębiorstwo Projektowo Budowlane „PROJBUD” Stanisław Kwiatkowski. Do protestu złożonego przez Przedsiębiorstwo Projektowo Budowlane „PROJBUD” Stanisław Kwiatkowski przyłączył się „DOMI – POLSKA” Sp. z o.o. oraz Odwołujący.

Pozostali wykonawcy nie wnieśli środków ochrony prawnej ani też nie przyłączyli się do postępowania protestacyjnego. W związku z tym po upływie terminu określonego w art. 180 ust. 2 ustawy stracili status uczestników postępowania o udzielenie zamówienia.

W dniu 3 grudnia 2007 roku Zamawiający uwzględnił oba protesty.

Dokonując ponownie czynności, których dotyczyły zarzuty protestu Zamawiający winien dokonać ich tylko w odniesieniu do wykonawców uczestniczących w tym dniu w postępowaniu, którymi byli: Zakład Usługowo-Produkcyjno-Handlowy „GRAND” Andrzej Rygiel, Odwołujący, Przedsiębiorstwo Projektowo Budowlane „PROJBUD” Stanisław Kwiatkowski, „DOMI – POLSKA” Sp. z o.o.

Czynności polegające na wyborze oferty po dokonaniu ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, nawet tych którzy z powodów przytoczonych wyżej w postępowaniu już nie uczestniczą, nie są prawidłowe i powinny zostać unieważnione.

Czynności wykluczenia Zamawiający winien dokonywać w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy)

Odnosząc się do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy i w konsekwencji naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Izba stwierdza, iż znalazł on potwierdzenie.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub którzy złożyli dokumenty zawierające błędy do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania; oświadczenia lub 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 wyznaczonym przez Zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Nałożenie na Zamawiającego ww. obowiązku wynika z celu, jaki stawiał sobie ustawodawca przy formułowaniu obecnego brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy. W tym zakresie Izba podziela wywody zawarte w proteście. Intencją ustawodawcy było, aby jak najwięcej ofert podlegało merytorycznej ocenie oraz by uchybienia, które mogłyby być naprawione nie powodowały eliminacji wykonawców z postępowania.

Ten cel legislacyjny widoczny jest zwłaszcza in fine przepisu. Ustawodawca zezwala, aby dokumenty złożone w wyniku wezwania potwierdzały stan na dzień wyznaczony przez Zamawiającego (a więc inny niż w przypadku wykonawców nie wezwanych).

Zamawiający nie powinien a priori zakładać, że wykonawca nie spełnia postawionych przez niego warunków. Jest to szczególnie uzasadnione w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdyż ciężar dowodu w zakresie istnienia przesłanek wykluczenia obciąża Zamawiającego.

Izba stwierdza, że złożona wraz z ofertą przez Odwołującego opinia Polskiej Kasy Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna Oddział I w Wałbrzychu z dnia 30 października 2007 roku (znak: MP-7000247/2007) potwierdza posiadanie przez niego zdolności kredytowej bez określenia jej limitu. Należy to uznać za błąd, gdyż Zamawiający wymagał wskazania kwoty zdolności kredytowej. Odwołujący oświadczył na rozprawie, że posiada zdolność kredytową w wysokości wymaganej przez Zamawiającego i przedłożył na tę okoliczność opinię Polskiej Kasy Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna Oddział I w Wałbrzychu z dnia 21 stycznia 2008 roku – stwierdzającą możliwość ubiegania się o kredyt w wysokości 1 000 000 PLN.

Z powyższego wynika, że Odwołujący był w stanie wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej do realizacji zamówienia.

Zamawiający nietrafnie wskazuje, że dokument złożony przez Odwołującego jednoznacznie potwierdza brak spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu, co uzasadnia zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia prawidłowego dokumentu. Takie rozumienie przepisu prowadziłoby do przyjęcia, że dla wykonawców korzystniejsze byłoby niezłożenie dokumentu, niż złożenie dokumentu, który w sposób niejednoznaczny potwierdza spełnienie wymagań Zamawiającego. Taki pogląd stoi w sprzeczności z ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 ustawy. W ocenie Izby Zamawiający bezprawnie zaniechał zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy.

Zamawiający poinformował pismem z dnia 7 stycznia 2008 roku (znak: GP/ZP-341/15-30/07/08) o unieważnieniu postępowania. Odwołujący w dniu 14 stycznia 2008 roku wniósł protest na tę czynność. Zarzuty w tym zakresie są przedmiotem odrębnego postępowania.

Mając na uwadze powyższe ustalenia należało orzec jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając koszty Odwołującego z tytułu zastępstwa procesowego w wysokości 3 600 zł stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2b Rozporządzenia z dnia 12 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym na podstawie złożonego rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Wałbrzychu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\* *niepotrzebne skreślić*