

WYROK
z dnia 3 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Coman Polska Sp. z o.o., Obras Coman S.A., al. Jerozolimskie 123a, 02-017 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Bolesławcu Sp. z o.o., ul. Bankowa 6d, 59-700 Bolesławiec,**

przy udziale wykonawcy **T. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Ogólnobudowlana "WOJTEK" T. Z., ul. Kwiatowej 7, 59-730 Nowogrodźcu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Coman Polska Sp. z o.o., Obras Coman S.A., al. Jerozolimskie 123a, 02-017 Warszawa, powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
2. **Kosztami postępowania obciąża Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Bolesławcu Sp. z o.o., ul. Bankowa 6d, 59-700 Bolesławiec i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Coman Polska Sp. z o.o., Obras Coman S.A., al. Jerozolimskie 123a, 02-017 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Towarzystwa Budownictwa Społecznego w Bolesławcu Sp. z o.o., ul. Bankowa 6d, 59-700 Bolesławiec** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Coman Polska Sp. z o.o., Obras Coman S.A., al. Jerozolimskie 123a, 02-017 Warszawa** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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 **Jeleniej Górze**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Bolesławcu Sp. z o.o., ul. Bankowa 6d, 59-700 Bolesławiec, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Budowa wielorodzinnego budynku mieszkalnego wraz z zagospodarowaniem terenu, przy ul. Staroszkolnej w Bolesławcu*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Zamawiający dnia 15 maja 2014 roku przekazał wykonawcom informację o wynikach prowadzonego postępowania.

Dnia 20 maja 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Coman Polska Sp. z o.o., Obras Coman S.A., al. Jerozolimskie 123a, 02-017 Warszawa (dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp, poprzez nie sprostowanie oczywistej i niezamierzonej omyłki w zobowiązaniach p. R. K. i p. J. W. przedłożonych przez odwołującego,
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia braków dotyczących zobowiązań do współpracy złożonych odwołującemu przez p. R. K. i p. J. W.;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu a w konsekwencji, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania;
4. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że zaistniały okoliczności do odrzucenia oferty odwołującego z postępowania; oraz
5. z ostrożności procesowej art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zobowiązań złożonych przez p. R. K. i p. J. W. do współpracy.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia jego czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty;

- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy „WOJTEK” Firma Ogólnobudowlana T. Z., ul. Kwiatowa 7, 59-730 Nowogrodzic („Firma WOJTEK”) i powtórzenia czynności badania i oceny ofert zgodnie z przepisami p.z.p. z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, którego dotyczy postępowanie. Uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie wykluczenia odwołującego dałoby mu szansę uzyskania zamówienia, gdyż odwołujący złożył najkorzystniejszą pod względem ceny ofertę niepodlegającą odrzuceniu. Ponadto prawdopodobnym następstwem naruszenia przepisów p.z.p. przez zamawiającego będzie szkoda w majątku odwołującego w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia oraz ryzyko utraty wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p.

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie wykonawca T. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Ogólnobudowlana "WOJTEK" T. Z., ul. Kwiatowej 7, 59-730 Nowogrodzcu – po stronie zamawiającego.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazał, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, jako że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazania, że dysponuje osobami przewidzianymi do kierowania robotami budowlanymi. Zamawiający wskazał, że w ofercie odwołującego na potwierdzenie powyższych warunków zostały wskazane trzy osoby: A. K., R. K. i J. W.. Jednak p. R. K. i J. W. oświadczyli, że udostępniają swój potencjał firmie Obras Coman Polska sp. z o.o., która nie jest członkiem konsorcjum. Zamawiający uznał, zatem, że pisemne zobowiązanie zostało złożone względem innego podmiotu niż odwołujący. Następnie zamawiający wskazał, że pisemne zobowiązania p. R. K. i p. J. W. nie były i nie są kwestionowane w związku z ich materialną treścią czy charakterem prawnym (stanowią jednostronne oświadczenie woli), ale ze względu na fakt, iż ww. osoby zadeklarowały zdaniem zamawiającego chęć współpracy innemu podmiotowi.

Odwołujący podniósł, iż *w złożonych zobowiązaniach znajdowało się zobowiązanie do współpracy na rzecz określonego podmiotu, jednak omyłkowo nazwa podmiotu na rzecz, którego zobowiązania zostały złożone została wskazana nieprawidłowo. Mianowicie w formularzu zobowiązania zamiast Coman Polska sp. z o.o. wpisano Obras Coman Polska sp. z o.o. (ten sam błąd zdarzył się również zamawiającemu m.in. w piśmie z dnia 5 maja 2014 r.). Jednak w treści zobowiązań p. R. K. i K. W. znajdowała się nazwa postępowania, pieczętka Coman Polska sp. z o.o. wraz z podpisem osoby uprawnionej do reprezentacji tejże spółki tj. Prezesa Zarządu p. S. D. A., który nie jest członkiem zarządu "Obras Coman Polska" sp. z o.o. Ponadto podmiot o firmie Obras Coman Polska sp. z o.o. nie istnieje. Zgodnie z odpisem z KRS funkcjonującym w obrocie jest jedynie spółka pod firmą podmiotem "Obras Coman Polska" sp. z o.o. Cudzystów jest istotnym elementem firmy spółki. Dnia 11 maja 2014 r. zostało skierowane do zamawiającego pismo przez wykonawcę, którego oferta nie została wybrana, jako najkorzystniejsza tj. przez Firmę WOJTEK. Na podstawie tego pisma zamawiający uznał, że zobowiązania p. R. K. i K. W. zostały wystawione na rzecz innego podmiotu niż odwołujący i w konsekwencji stwierdził, że odwołujący nie spełnił warunków postępowania, nie wezwał go również w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. do uzupełnienia oferty ani złożenia wyjaśnień, wykluczył z postępowania oraz odrzucił jego ofertę. Powyższa decyzja jest wadliwa i wydana z naruszeniem przepisów p.z.p. Odwołujący, mimo że jego oferta była w istocie najkorzystniejsza, został wykluczony z*

postępowania z powodu dokumentów, które jeśli by zostały prawidłowo przeanalizowane przez zamawiającego, okazałyby się dokumentami obciążonymi omyłką pisarską. Jeśli zamawiający stwierdziłby natomiast, iż nie jest to omyłka, a w konsekwencji dokumenty te obciążone są błędami lub w ogóle nie zostały złożone, wówczas, zamawiający powinien był wezwać odwołującego do uzupełnienia braków w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. Zamawiający w żadnym momencie nie wezwał odwołującego do uzupełnienia powyższych braków. Zamawiający, powinien był zatem dokonać interpretacji oświadczeń złożonych przez p. R. K. i p. J. W. w pierwszej kolejności z uwzględnieniem treści całego dokumentu, a zatem nie tylko z uwzględnieniem samej firmy podmiotu wskazanej w treści, ale również z uwzględnieniem pozostałych elementów dokumentu oraz kontekstu w jakim został przedłożony.

Warto podkreślić, że ratio legis wprowadzenia art. 87 ust. 2 p.z.p. była chęć uniknięcia licznych uprzednio przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek. W doktrynie podkreśla się, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad p.z.p. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy. Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dolożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia. Biorąc pod uwagę powyższe, omyłkowe wpisanie Obras Coman Polska sp. z o.o. w oświadczeniach złożonych przez p. R. K. i p. J. W. mogło być sanowane przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 1 p.z.p. Omyłka jest z założenia działaniem niezamierzonym i pozostającym poza świadomością działającego tj. przygotowującego ofertę. Z tego względu, aby można było uznać, że w ofercie doszło do omyłki tj. że jakaś jej część nie stanowi zamierzonego oświadczenia wykonawcy, musi to wynikać z treści oferty. Warto podkreślić także, że przyjmuje się, że racjonalnie działający wykonawca nie oferuje celowo zamawiającemu przedmiotu zamówienia niezgodnego z jego wymaganiami, ponosząc wysiłek i koszty związane z uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wiedząc przy tym, że konsekwencją takiego działania będzie odrzucenie jego oferty. Mając na względzie powyższe, skoro jednak Zamawiający nie skorzystał z możliwości przewidzianej w art. 87 ust. 2 pkt 1 p.z.p. na skutek powzięcia wątpliwości, co do tego czy zobowiązanie zostało złożone na rzecz prawidłowego podmiotu lub jeśli uznał, iż nie może poprawić tego elementu, bowiem nie jest to omyłka pisarska, powinien był wezwać Odwołującego do uzupełnienia braków w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.

Odwołujący podkreśla, że omyłkowe wpisanie w zobowiązaniach do współpracy przedłożonych przez p. R. K. i J. W. słowa „Obras” było wynikiem zwykłej omyłki (omyłki jak widać dość łatwej do popełnienia, popełnił ją bowiem również kilkukrotnie zamawiający

adresując pisma do Obras Coman Polska sp. z o.o., która przecież nie była wykonawcą np. w piśmie zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2014 r. oraz piśmie z 5 maja 2014 r.). Jakakolwiek inna interpretacja musiałaby doprowadzić zamawiającego do dwóch alternatywnych konkluzji: albo uznania, że odwołujący, jako nieracjonalny wykonawca celowo oferował zamawiającemu przedmiot zamówienia w sposób oczywisty niezgodny z jego wymaganiami, ponosząc jednak wysiłek i niemałe koszty związane z uczestnictwem w postępowaniu wiedząc jednak, że konsekwencją będzie odrzucenie jego oferty oraz ryzyko utraty wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p., albo uznania, że odwołujący zwyczajnie pomylił się, a w takiej sytuacji zamawiający powinien był zastosować w stosunku do kwestionowanych dokumentów wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.

Odnosząc się do argumentów przedstawionych przez zamawiającego w piśmie z dnia 15 maja 2014 r. uzasadniających wg. niego wykluczenie odwołującego, pragnę zauważyć, że nawet, jeśli zamawiający uznał, że złożone przez odwołującego zobowiązanie p. R. K. i J. W. nie zawiera błędów, bowiem jest to poprawne oświadczenie, ale złożone wobec innego podmiotu, zastosowanie wówczas ma druga z przedstawionych w art. 26 ust. 3 p.z.p. hipotez tj. sytuacja, w której wykonawca w ogóle nie złożył zobowiązania podmiotu trzeciego. Zarówno w tej sytuacji jak i przy uznaniu, że złożone zobowiązania obarczone były błędem w rozumieniu art. 26 ust. 3 p.z.p., zamawiający obowiązany był wezwać odwołującego do uzupełnienia braków, czego jednak zaniechał. Odmienna interpretacja tego przepisu prowadziłaby do naruszenia art. 7 ustawy p.z.p. Powyższy pogląd został także wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 24 sierpnia 2007 r. sygn. X Ga 223/07 oraz KIO w wyroku z dnia 23 grudnia 2012 r., KIO 2583/12. Zgodnie z poglądem wyrażonym zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie zaniechanie wezwania wykonawcy, który nie złożył przedmiotowych dokumentów do ich uzupełnienia stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 p.z.p.

W trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. w razie powzięcia wątpliwości, co do dokumentów stanowiących część oferty zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień. Wyjaśnienia takie służyć mają rozwianiu wątpliwości, które wynikają z niejasnych lub sprzecznych ze sobą treści dokumentów. Mając na uwadze powyższe rozważania należy podnieść, że poprawna interpretacja zobowiązań przedłożonych przez p. R. K. i p. J. W. tj. uwzględniająca wszystkie okoliczności i elementy złożonych przez nich dokumentów, powinna wzbudzić u Zamawiającego choćby wątpliwości, co do ich poprawności w wyniku, których Zamawiający powinien wezwać odwołującego do wyjaśnienia nieścisłości wynikających z przedłożonych dokumentów. Jednocześnie pragnę zaznaczyć, że art. 26 ust. 4 p.z.p. ma charakter bezwzględnie obowiązujący a zamawiający nie może wykluczyć z postępowania wykonawcy jeśli nie ma pewności co do niewykazania przez niego spełnienia bądź nie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko jak w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu odwołującego z postępowania. Wskazał, że traktował wszystkich wykonawców w sposób równy, gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. W jego ocenie oferta odwołującego nie zawiera oczywistej omyłki pisarskiej, nie daje się poprawić w trybie art. 87 ustęp 2 PZP. Ponadto zwrócił uwagę, że rzekoma omyłka dotyczy oświadczeń podmiotów trzecich, a nie samego odwołującego. W tym zakresie wyłączona jest możliwość dokonywania takiej czynności. Ponadto merytoryczna treść oświadczeń nie budziła wątpliwości, dlatego też niezasadne byłoby zastosowanie przepisu art. 26 ustęp 3 ustawy Pzp.

Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne.

Izba wskazuje, że zamawiający błędnie zinterpretował treść przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż pierwszeństwo zastosowania tego przepisu jest oczywista i została już ugruntowana w orzecznictwie. Pierwszeństwo zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przed zastosowaniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp znajduje swoje ograniczenie jedynie w przypadku konieczności zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który ma charakter bezwzględny, gdyż nie można wzywać wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, jeżeli z okoliczności sprawy, w tym w szczególności z dokumentów postępowania wynika, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje, które mogą mieć lub mają wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W pozostałych przypadkach zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oceniając całokształt dokumentów składanych wraz z ofertą wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, wynikająca z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wykluczył odwołującego z postępowania nie mając ku temu podstaw prawnych. Wskazać bowiem należy, że z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. 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.

Odwołujący do oferty załączył „zobowiązanie do współpracy” p. R. K. i p. J. W., które w swojej treści odnoszą się do oddania swoich zasobów (osób) jako współpracowników firmy Obras Coman Polska sp. z o.o. Zauważyć należy, że w przedmiotowym postępowaniu odwołujący złożył ofertę jako konsorcjum firm - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Coman Polska sp. z o.o. oraz Obras Coman S.A. Tym samym przedłożone do oferty oświadczenia – zobowiązania do współpracy - zostały ustanowione na rzecz innego podmiotu niż biorący udział w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc powyższe pod rozwagę zamawiający winien uznać, że zobowiązania do współpracy w ogóle nie zostały złożone, tym samym odwołujący nie złożył prawidłowych dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym zamawiający winien wezwać odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Dopiero wadliwe uzupełnienie brakujących dokumentów w omawianym zakresie może stanowić podstawę do wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Izba podkreśla, że tryb wyjaśnienia treści powyższych zobowiązań w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, w przedmiotowej sytuacji nie byłby właściwy, gdyż *de facto* prowadziłby i tak do uzupełnienia oferty o nowe treści, o nowe zobowiązania.

Izba nie uznała zarzutu dotyczącego zaniechania zamawiającego w zakresie sprostowania oczywistej omyłki w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, za zasadny, gdyż po pierwsze zamawiający samodzielnie nie był w stanie ustalić prawidłowej treści zobowiązania, po drugie tryb przewidziany ww. przepisem odnosi się do merytorycznej treści oferty, a nie do wyjaśniania dokumentów mających potwierdzać status podmiotowy wykonawcy i potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: