

Sygn. akt: KIO 1880/10

**WYROK**  
**z dnia 15 września 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Marcina Flisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FLIS Marcin Flis, 23-300 Janów Lubelski, ul. Ochotników Węgierskich 1a/123** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, 37-450 Stalowa Wola, ul. Hutnicza 15**

przy udziale **Stalprzem Sp. z o.o., 37-450 Stalowa Wola, ul. Spacerowa 1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wykluczenia i odrzucenia oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem uzupełnionych dokumentów przez Marcina Flisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FLIS Marcin Flis.**
  
2. **Kosztami postępowania obciąża Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, 37-450 Stalowa Wola, ul. Hutnicza 15**

i nakazuje:

- 1) **zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez Marcina Flisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FLIS Marcin Flis, 23-300 Janów Lubelski, ul.**

**Ochotników Węgierskich 1a/123,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji, 37-450 Stalowa Wola, ul. Hutnicza 15** na rzecz **Marcina Flisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FLIS Marcin Flis, 23-300 Janów Lubelski, ul. Ochotników Węgierskich 1a/123** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnobrzegu**.

**Przewodniczący:**

.....

**UZASADNIENIE**

Zamawiający: Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Stalowej Woli prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pod nazwą „wykonanie przebudowy stadionu piłkarskiego MOSiR - Etap I - zadanie trybuny od ul. Hutniczej” (znak sprawy MOSiR/04/2010). Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 09 sierpnia 2010 r. pod numerem 214289-2010. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 4.845.000,00 euro.

W dniu 24 sierpnia 2010 r. zamawiający wezwał wykonawcę odwołującego - Marcina Flisa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „FLIS” Marcin Flis - do złożenia, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, w terminie do dnia 26 sierpnia 2010 r. do godz. 10:00 brakujących dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów przesłane zostało do odwołującego faksem. Odpowiadając na wezwanie, odwołujący w dniu 26 sierpnia 2010 r. Wykonawca wysłał do siedziby MOSiR w Stalowej Woli komplet brakujących dokumentów. Oddelegowani w tym celu pracownicy firmy „FLIS” Marcin Flis doręczyli dokumenty Zamawiającemu tego samego dnia. Sporny w niniejszej sprawie jest dokładny czas doręczenia dokumentów.

Odwołujący twierdzi, iż dokumenty zostały doręczone przed godziną 10:00. W ten sposób zachowany został termin na uzupełnienie dokumentów. Pracownicy odwołującego otrzymali potwierdzenie złożenia dokumentów, opatrzone jednak godziną 10:02.

Zamawiający w ciągu niecałych dwóch godzin od upływu terminu na uzupełnienie dokumentów przekazał firmie „FLIS” Marcin Flis zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty. Zamawiający nie dokonał wcześniej oceny pozostałych ofert. Do dnia wniesienia odwołania Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podnosi niezgodność z ustawą czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższa czynność została dokonana bezpodstawnie, na skutek błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania (względnie zaniechania zastosowania) art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 3, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 92 ust. 1 ustawy oraz art. 5 i art. 58 KC w zw. z art. 14 ustawy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego;
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. Dokonania czynności oceny ofert przy udziale oferty Odwołującego;
4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania. W dniu 03 września 2010 r. Wykonawca Stalprzem sp. z o.o. wniósł przystąpienie do niniejszego postępowania po stronie zamawiającego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron, zeznania świadków złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Potwierdzenie okoliczności, iż zamawiający bezzasadnie wykluczył i odrzucił ofertę odwołującego, oznaczałoby dla odwołującego możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy, w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Z brzmienia tego przepisu wynika, że wybór formy, w jakiej składane mają być oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje należy do Zamawiającego, a wybór ten powinien zostać dokonany w SIWZ.

W niniejszej sprawie formę przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji, Zamawiający określił w pkt. 6.1 SIWZ. Zgodnie z treścią tego punktu, Zamawiający jako podstawową wprowadził formę pisemną. Zamawiający dopuścił możliwość składania pism w formie transmisji faksowej, jednakże dotyczyło to wyłącznie ściśle określonych przypadków. Z uwagi na fakt, że Zamawiający enumeratywnie wymienił przypadki, w których możliwe jest przesyłanie dokumentów za pomocą faktu, w ocenie Izby nie jest dopuszczalna rozszerzająca wykładnia tych przypadków.

Wśród dokumentów, jakie mogą zostać przesłane za pomocą faksu, Zamawiający nie wymienił wezwania wykonawców do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Tym samym wezwanie to, z uwagi na jednoznaczne brzmienie pkt. 6.1 SIWZ powinno zostać dokonane w formie pisemnej.

W odniesieniu do Odwołującego Zamawiający nie dopełnił przewidzianej przez siebie w SIWZ formy wysłania wezwania. Skierowane do Odwołującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów zostało wysłane faksem w dniu 24 sierpnia 2010r., a w formie pisemnej zostało doręczone Odwołującemu w dniu 30 sierpnia 2010r. Ponieważ wysłanie tego wezwania faksem zostało dokonane w sposób sprzeczny z wymogami SIWZ w zakresie formy przesyłania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji, wysłanie wezwania faksem w dniu 24 sierpnia 2010r. w ocenie Izby nie wywołało skutków prawnych. Skutki prawne związane z wezwaniem dokonany przez Zamawiającego powstały dopiero z chwilą doręczenia tego wezwania Odwołującemu w formie pisemnej, co nastąpiło w dniu 30 sierpnia 2010r.

W ocenie Izby wezwanie wykonawców do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, jest oświadczeniem woli Zamawiającego, gdyż bezpośrednio zmierza do wywołania skutków prawnych. Skutkiem tym może być w szczególności odrzucenie oferty wykonawcy, który nie uzupełnił dokumentów objętych wezwaniem Zamawiającego – spełniających wymogi SIWZ i w terminie wskazanym przez Zamawiającego.

Stosownie do treści art. 61 § 1 kodeksu cywilnego, oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią.

Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej.

Tym samym oświadczenie woli Zamawiającego wzywające Odwołującego do uzupełnienia dokumentów zostało złożone z chwilą, z którą Odwołujący mógł zapoznać się z treścią tego wezwania, złożonego w formie przewidzianej w SIWZ. Ponieważ zgodnie z treścią SIWZ jedyną dopuszczalną formą, w jakiej to wezwanie mogło zostać złożone była forma pisemna, Odwołujący mógł zapoznać się z treścią tego oświadczenia z chwilą, w której to oświadczenie w formie pisemnej zostało Odwołującemu doręczone. Nastąpiło to dopiero w dniu 30 sierpnia 2010 r. Ponieważ w chwili doręczenia wezwania Odwołującemu wyznaczony termin uzupełnienia dokumentów już upłynął (został wyznaczony na dzień 26 sierpnia 2010 r.), Odwołujący nie mógł skutecznie zastosować się do jego treści, czyli uzupełnić dokumentów w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie.

W świetle powyższych okoliczności nie może być mowy o przekroczeniu przez Odwołującego terminu na uzupełnienie dokumentów, skoro wezwanie we właściwej formie dotarło dopiero po terminie wyznaczonym przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów. W niniejszej sprawie podkreślenia wymaga fakt, iż odwołujący dokumenty uzupełnił, pomimo wadliwej formy wezwania przez zamawiającego. Wszelkie negatywne skutki związane z naruszeniem przez Zamawiającego zapisów SIWZ ponosić może wyłącznie Zamawiający.

Niezgodny z treścią SIWZ sposób wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów jest okolicznością wskazującą na nieprawidłowe wykluczenie odwołującego. Okoliczność ta jest uzupełnieniem zarzutu niezgodnego z ustawą wykluczenia wykonawcy. Nie ma więc racji zamawiający twierdząc, że odwołujący nie może powoływać się na taką okoliczność. Zakres zaskarżenia jest taki sam. Odwołujący w odwołaniu podniósł zarzut dotyczący art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a więc naruszenia przez zamawiającego określonej w ustawie procedury wezwania w wyznaczonym terminie do uzupełnienia dokumentów. Na rozprawie odwołujący uzupełnił ten zarzut podnosząc dodatkowo naruszenie przez zamawiającego procedury określonej w tym przepisie i naruszenie formy, w jakiej to wezwanie powinno nastąpić, skutkiem czego było bezskuteczne wyznaczenie terminu na uzupełnienie dokumentów.

Niezależnie od powyższego Izba pragnie zauważyć, że nawet gdyby wezwanie do uzupełnienia dokumentów zostało dokonane przez Zamawiającego skutecznie w dniu 24 sierpnia 2010 r., to odwołanie i tak zasługiwałoby na uwzględnienie.

W ocenie Izby Zamawiający w tak ważnej sprawie nie dochował należytej staranności przy przyjmowaniu dokumentów i nie posiada dowodu na okoliczności, które wskazywałyby, iż Odwołujący uzupełnił dokumenty po wyznaczonym terminie, tj. po dniu 26 sierpnia 2010 r. godzina 10:00, co

stanowiło podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Przedstawiony przez Zamawiającego na tę okoliczność dowód w postaci zeznania świadka w ocenie Izby nie dowodzi tej okoliczności. Zeznania świadka są bowiem wewnętrznie sprzeczne.

Z treści oświadczeń składanych przez Zamawiającego nie wynika, w oparciu o jakie obiektywne mierniki czasu Zamawiający ustalił godzinę złożenia dokumentów przez Odwołującego. W trakcie rozprawy Zamawiający ani razu nie powołał się np. na weryfikację tego czasu za pomocą zegara (naręcznego, komputerowego itp.). Ma to o tyle istotne znaczenie, że Zamawiający jako godzinę złożenia dokumentów przez Odwołującego bardzo precyzyjnie wskazał godzinę 10.02. Taka precyzja w podaniu czasu w ocenie Izby powinna zostać zweryfikowana za pomocą obiektywnego miernika czasu, na co jednak Zamawiający ani się nie powołał, ani też tego nie udowodnił.

Znamienne jest, że pracownica sekretariatu dokonywała w czasie odbioru dokumentów szeregu innych czynności, nie związanych z przyjmowaniem gości czy dokumentów. Świadek zeznała, że nie dokonywała osobiście odbioru dokumentów oraz że nie nosi zegarka. Okoliczności te sprawiają, że zeznania świadka są w ocenie Izby mało wiarygodne i nie mogą dowodzić czasu złożenia dokumentów przez Odwołującego. Wykonując jednocześnie tyle czynności, nie odbierając faktycznie dokumentów od przedstawicieli Odwołującego, nie weryfikując czasu odbioru dokumentów - świadek miała być najlepiej poinformowana o tym, iż w chwili przyjęcia dokumentów była dokładnie godzina 10:02. W ocenie Izby jest to całkowicie niewiarygodne.

Podkreślenia wymaga także fakt, iż pracownica sekretariatu Zamawiającego nie posiadała zegarka, a kłopot sprawiało jej podanie aktualnej godziny nawet w trakcie trwania rozprawy i to pomimo faktu, iż w sali rozpraw znajdował się zegar podający aktualny czas.

Ponadto podkreślić należy, iż radio nie jest zegarynką, nie podaje czasu w każdej minucie. Cały czas aktualne pozostaje pytanie, na jakiej podstawie Zamawiający ustalił, iż w chwili składania dokumentów przez Odwołującego była dokładnie godzina 10:02.

Co więcej, jak powszechnie wiadomo, stacje radiowe podają wiadomości o różnych porach, podają także zapowiedzi tych wiadomości, które mogą być mylone z wiadomościami podstawowymi. Jak ustaliła Izba, radio może rozpoczynać wiadomości przed pełną godziną, dotyczy to także stacji radiowej RMF FM, na którą powoływał się Zamawiający.

Na uwagę zasługuje fakt, iż Zamawiający powinien był dochować należytej staranności przy przyjmowaniu dokumentów. W szczególności, gdy miała miejsce okoliczność tak istotna dla niniejszej sprawy, jak złożenie w uzupełnieniu dokumentów o czasie lub po jego upływie.

W niniejszej sprawie Zamawiający nie sporządził żadnego protokołu z chwili dokonania tej czynności. Przekonującą dla Izby okolicznością było sporządzenie przez przedstawicieli odwołującego

dokumentu – oświadczenia, które może wskazywać na fakt, iż po stronie Zamawiającego miało miejsce uchybienie w zakresie właściwego przyjęcia dokumentów, jakie składał Odwołujący.

Na naruszenie przez Zamawiającego zasady bezstronności i równego traktowania wykonawców wskazują zeznania świadka Damiana L., z których wynika, że zastępca dyrektora ds. technicznych Zamawiającego potraktował przedstawicieli Odwołującego w sposób niegrzeczny, nie przyjął oświadczenia sporządzonego przez przedstawicieli odwołującego oraz nie udzielił informacji, iż tego rodzaju oświadczenia należy złożyć w sekretariacie. Ponadto zamierzał skontaktować się telefonicznie z innym wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu – w formie telefonicznej, niedopuszczalnej w świetle treści SIWZ. Tego rodzaju zachowanie może podważać bezstronność, obiektywność i równe traktowanie wykonawców przez przedstawiciela Zamawiającego.

Zgodnie z brzmieniem art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Zamawiający, który jedynie informuje odwołującego o wykluczeniu lub odrzuceniu go z postępowania, nie przedstawiając jednocześnie z tym zawiadomieniem pozostałych informacji, wymaganych prawem, w szczególności o wyborze oferty najkorzystniejszej, dopuszcza się naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy. Niedopuszczalne jest także informowanie o wykluczeniu wykonawcy lub odrzuceniu jego oferty w chwili, gdy ocenie podlegają jeszcze inne oferty.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....