

WYROK

z dnia 25 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 października 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2012 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A..... i T..... M..... spółka cywilna, Bydgoszcz**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Białe Błota**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania A..... i T..... M..... spółki cywilnej, a także powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem tych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Białe Błota i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: A..... i T..... M..... spółkę cywilną – tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: Gminy Białe Błota na rzecz odwołującego: A..... i T..... M..... spółki cywilnej z Bydgoszczy kwotę 14059 zł 69 gr (słownie: czternaście tysięcy pięćdziesiąt dziewięć złotych sześćdziesiąt dziewięć**

Sygn. akt KIO 2238/11

groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika i koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Białe Błota – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na *wykonanie usług wyceny nieruchomości w formie operatów szacunkowych dla potrzeb Urzędu Gminy Białe Błota* (oznaczenie sprawy IR.2710.26.2012.ZP2).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 28 września 2012 r. pod nr 371362-2012, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.bip.bialeblota.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

10 października 2012 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – A..... i T..... M..... spółce cywilnej – zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp.

15 października 2012 r. (pismem z tej daty) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, zarzucając Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp – polegające na wykluczeniu Wykonawcy z udziału w postępowaniu z uwagi na niewłaściwą datę przedłożonego dokumentu, pomimo faktu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.
2. Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy pzp – przez uznanie, że przedłożone na wezwanie zaświadczenie nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania.
2. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Dokonania ponownej oceny i wyboru oferty zgodnie z wymogami s.i.w.z. i przepisami ustawy pzp.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające

wniesienie odwołania:

Zamawiający wykluczył Odwołującego wskazując, że oferta nie spełniała wymogów s.i.w.z., a w konsekwencji oferta została odrzucona. Jako podstawę Zamawiający wskazał art. 92 ust. 1 pzp – powołując się na fakt, że zaświadczenie wystawione zostało w dniu 9 października 2012 r., tj. po terminie otwarcia ofert. 11 października 2012 r. Odwołujący za pośrednictwem poczty email złożył informację o błędach w postępowaniu, do której Zamawiający się nie ustosunkował.

Zamawiający błędnie i bezprawnie dokonał wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Bezsprzecznie Odwołujący nie złożył aktualnego zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego niezaleganie z opłacaniem podatków. Jednakże w odpowiedzi na wystosowane przez Zamawiającego 8 października 2012 r. w trybie art. 26 ust. 3 pzp wezwanie – przedłożono dokument wystawiony z datą 9 października 2012 r., potwierdzający fakt, że Odwołujący nie zalega z opłacaniem podatków na dzień 4 października 2012 r., tj. przed dniem składania ofert. W ocenie Zamawiającego taki dokument nie potwierdza spełniania warunków z powodu daty jego wystawienia.

Tymczasem oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawców 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 składania ofert lub termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w orzeczeniu z 19 lutego 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1860/09), wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentu, może złożyć dokument, w tym oświadczenie z datą bieżącą, natomiast treść ma zaświadczać, iż wymóg potwierdzenia wymagań na dzień złożenia oferty został dotrzymany. W wyroku tym Izba potwierdziła stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 5 lutego 2007 r. (sygn. akt: X Ga 2/07), zgodnie z którym, skoro z dokumentów wynika, że wykonawca posiada możliwość wykonania zamówienia, to nie ma znaczenia, że dokumenty potwierdzające ten fakt na dzień otwarcia ofert, zostały wystawione po tej dacie. Stanowisko to potwierdza również wyrok z 15 października 2009 roku (sygn. akt KIO/UZP 1249/09), w którym Izba uznała, że z trybu uzupełniania dokumentów uregulowanego w art. 26 ust. 3 ustawy pzp wynika, że wystawienie zaświadczenia potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu przetargowym z datą późniejszą niż data składania ofert spełnia wymogi zamawiającego.

Zamawiający przed zajęciem stanowiska na rozprawie nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

17 października 2012 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną pozostałym wykonawcom kopię odwołania. Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło jakiegokolwiek zgłoszenie przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i przy braku odmiennych wniosków na posiedzeniu – Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, natomiast Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w środkach ochrony prawnej, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów skierowanych przeciwko wykluczeniu go z postępowania. Jednocześnie taka czynność Zamawiającego naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła

dowody z: s.i.w.z., oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów i odpowiedzi na to wezwanie Odwołującego, zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania, a także z protokołu postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut bezpodstawnego dokonania przez Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z postępowania z powołaniem się na przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp – z powodu złożenia w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego wystawionego po dniu, w którym upływał termin składania ofert.

Zamawiający w sposób oczywiście błędny interpretuje zdanie drugie przepisu art. 26 ust. 3 pzp, z którego wynika, że złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Wbrew pogładowi Zamawiającego przepis art. 26 ust. 2 pzp nie odnosi się w ogóle do dat wystawiania dokumentów. Dzięki temu podczas badania ofert należy uwzględnić dokumenty, które choć zostały wystawione po upływie terminu składania ofert, to jednak potwierdzają spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu składania ofert. Taka właśnie sytuacja zaistniała niniejszej sprawie: uzupełniany dokument został wystawiony po upływie terminu składania ofert, ale potwierdzał spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu składania ofert, czyli został wystawiony 9 października 2012 r. i potwierdzał stan faktyczny na dzień 3 października 2012 r. Ponieważ termin składania ofert upływał 8 października 2012 r. kwestionowany dokument spełniał warunek uregulowany w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Wyrok z 16 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 612/12) został przez Zamawiającego przywołany błędnie. Podobne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej m.in. zapadły 16 marca 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 474/11: *co do zasady możliwe jest wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez dokumenty wystawione po terminie*

Sygn. akt KIO 2238/11

składania ofert, jednak wyłącznie pod warunkiem, że dokumenty te potwierdzają stan przypadający nie później niż na dzień składania ofert; z 11 lutego 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 293/11: Zgodnie z § 26 ust. 3 Pzp uzupełnione na wezwanie zamawiającego dokumenty mają potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień otwarcia ofert – [...] nie oznacza to, że mają być wystawione przed tą datą. Mogą być wystawione z datą późniejszą, lecz z ich treści powinno w sposób niebudzący wątpliwości wynikać, że w dniu otwarcia ofert wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji. Z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia innych niż wykluczenie Odwołującego z postępowania czynności dokonanych przez Zamawiającego, który powinien tego dokonać z własnej inicjatywy, wykonując niniejszy wyrok.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 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), obciążając Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania, na które złożyły się: wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu w wysokości wynikającej ze złożonego na rozprawie rachunku.

Przewodniczący: