

Sygn. akt: KIO 1044/11

**WYROK**  
z dnia 31 maja 2011r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2011r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2011r. przez wykonawcę **Przemysława Perygę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Przembud” Przemysław Peryga, 42-253 Janów, ul. Przyrowska 19/3** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Powiatu w Bełchatowie, 97-400 Bełchatów, ul. Pabianicka 17/19,**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Przemysława Perygę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Przembud” Przemysław Peryga, 42-253 Janów, ul. Przyrowska 19/3** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przemysława Perygę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Przembud” Przemysław Peryga, 42-253 Janów, ul. Przyrowska 19/3** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Piotrkowie Trybunalskim.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Malowanie pomieszczeń na I, II, III piętrze Domu Pomocy Społecznej przy ul. Dąbrowskiego 2 w Bełchatowie” przez Odwołującego – Przemysława Perygę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Przembud” Przemysław Peryga i dotyczy następujących czynności: (1) wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentacji; (2) wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą; oraz (3) dokonania wyboru, jako oferty najkorzystniejszej oferty firmy „ROL-BUD” Elżbieta Grabiszewska. Zdaniem wykonawcy, skutkiem tych czynności Zamawiający - Powiat Bełchatowski, reprezentowany przez Zarząd Powiatu w Bełchatowie dokonał naruszenia następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Z 2010 r. nr 113, poz.759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp]: (1) art. 27 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w formie nieprzewidzianej w SIWZ; (2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie terminu do uzupełnienia dokumentów wcześniejszego niż data dokonania wezwania; (3) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na niezastosowanie się przez Odwołującego do wezwania dokonane przez Zamawiającego w tym samym dniu, w którym nastąpiło wykluczenie z postępowania; (4) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastosowanie bezprawnych działań jedynie wobec Odwołującego; oraz (5) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybranie wykonawcy mimo bezprawnego wykluczenia Odwołującego. Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentacji; (2) powtórzenie czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentacji; (3) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania; (4) unieważnienie czynności wyboru, jako oferty najkorzystniejszej oferty firmy „ROL-BUD” Elżbieta Grabiszewska; (5) powtórzenie czynności oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego; oraz (f) dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odwołania podał, że zgodnie z pkt 6.1.1 SIWZ jednym z dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 PZPU jest „opłacona polisa, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności (OC deliktowe i OC kontraktowe) związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 100.000 zł”. Odwołujący dołączył do swojej oferty wymaganą polisę. Podał także, że zgodnie z pkt 7.4 SIWZ „Zamawiający dopuszcza składanie korespondencji za pomocą faksu”. W dniu 29 kwietnia 2011 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego drogą e-mailową skan

niepodpisanego wydruku komputerowego, w którym zostało sformułowane wezwanie do dostarczenia, w terminie do dnia 06 maja 2011 r. do godz. 9.00, dokumentu potwierdzającego spełnianie przez Odwołującego wymagań określonych w pkt 6.1.1 ppkt 3 SIWZ. W ocenie Zamawiającego z przedłożonej przez Odwołującego polisy nie wynikało, że dotyczy ona odpowiedzialności cywilnej deliktowej i kontraktowej. W dniu 06 maja 2011 r. Odwołujący wysłał do Zamawiającego e-maila wraz ze skanem pisma wyjaśniającego oraz ogólnymi warunkami ubezpieczenia, z których wynikało, że przedłożona polisa obejmuje odpowiedzialność deliktową i kontraktową. Tego samego dnia Odwołujący wysłał Zamawiającemu oryginał pisma wyjaśniającego wraz z ogólnymi warunkami ubezpieczenia. W dniu 10 maja 2011 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo, podpisane przez Starostę Powiatu Bełchatowskiego, datowane na dzień 28 kwietnia 2011 r., wzywające do dostarczenia, w terminie do dnia 06 maja 2011 r. do godz. 9.00, dokumentu potwierdzającego spełnianie przez Odwołującego wymagań określonych w pkt 6.1.1 ppkt 3 SIWZ. W ocenie Zamawiającego z przedłożonej przez Odwołującego polisy nie wynikało, że dotyczy ona odpowiedzialności cywilnej deliktowej i kontraktowej. W tym samym dniu, tj. 10 maja 2011 r. na stronie internetowej Zamawiającego zostało zamieszczone „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty”, z którego wynikało, że Odwołujący został wykluczony z postępowania. Pismo informujące o wynikach postępowania wykonawca odebrał w siedzibie Zamawiającego w dniu 12 maja 2011 r.. Z treści pisma wynikało, że podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania była okoliczność nieuzupełnienia dokumentów potwierdzających, że Odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej deliktowej i kontraktowej. W świetle opisanego powyżej stanu faktycznego zdaniem Odwołującego niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione. Zgodnie z art. 27 ust. 1 Pzp: „W postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną”. W pkt 7.4 SIWZ Zamawiający dopuścił, obok formy pisemnej, możliwość komunikowania się przy pomocy faksu. Należy, zatem stwierdzić, że wezwanie, przekazane Odwołującemu drogą e-mailową w dniu 29 kwietnia 2011 r., dotknięte było wadą w postaci braku wymaganej przez SIWZ formy (poza tym, że załączony wydruk nie został przez nikogo podpisany). Doszło tym samym do naruszenia art. 27 ust. 1 Pzp powodującego nieskuteczność dokonanego wezwania. Skutki prawne wezwania nastąpiły dopiero w dniu 10 maja 2011 r., tj. z momentem otrzymania przez Odwołującego wezwania w formie pisemnej. Skoro wezwanie zostało skutecznie dokonane dopiero w dniu 10 maja 2011 r., a wskazywało datę 06 maja 2011 r., jako termin uzupełnienia dokumentów, to należy uznać, że wezwanie zostało dokonane z naruszeniem art. 26 ust. 3 Pzp. Przepis ten nie dopuszcza, bowiem - całkowicie irracjonalnej - sytuacji, w której w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów zamawiający wyznacza termin wcześniejszy niż data dokonania

wezwania. Dokonanie wezwania z naruszeniem art. 26 ust. 3 Pzp nakazuje uznać, że wykluczenie Odwołującego z przetargu zostało dokonane w sposób sprzeczny z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zamawiający nie mógł, bowiem w dniu 10 maja 2011 r. stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, skoro dopiero w tym dniu dokonał skutecznego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Wykluczenie Odwołującego w dniu 10 maja 2011 r., mimo że dopiero w tym dniu zostało skutecznie dokonane wezwanie do uzupełnienia dokumentów, nastąpiło z naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp, wymagającego prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wobec pozostałych uczestników postępowania, a zwłaszcza wobec uczestnika, którego oferta została wybrana, Zamawiający nie podjął bezprawnej decyzji o wykluczeniu. Jednocześnie doszło do naruszenia art. 7 ust. 3 PZP, zgodnie, z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybrał, bowiem wykonawcę, któremu udzielił zamówienia, z pogwałceniem przepisów Pzp, w sposób bezprawny wykluczając Odwołującego.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że z uwagi na posiadaną wiedzę, iż Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "PRZEM-BUD" nie posiada faksu, chcąc zachować zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich uczestników postępowania przetargowego, w myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, pomimo warunku zawartego w SIWZ, w punkcie 7 (Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z Wykonawcami) ppkt 7.4 i 7.5, dopuszczającego porozumiewanie się faksem lub drogą pisemną, postanowił uzyskać od Odwołującego adres e-mail w celu przesłania informacji podanych wcześniej drogą telefoniczną - dowód - wydruk raportu (bilingu rozmów) w celu skrócenia czasu realizacji uzupełnienia dokumentów. Oryginał pisma Odwołujący otrzymał pocztą w wersji papierowej. Przesłany dokument miał format pliku "PDF" a nie jak Odwołujący przedstawił w odwołaniu - "SKAN" dokumentu. Plik ten był w wersji nieedytowalnej i miał charakter informacyjny. W ocenie Zamawiającego przesłanie informacji drogą elektroniczną było w przypadku braku faksu jedynym sposobem umożliwiającym Odwołującemu w jak najkrótszym czasie przygotowanie i uzupełnienie wymaganych dokumentów, jednak niezwalniającym go od stosowania zasad i reguł zawartych w SIWZ. Zamawiający w ślad za informacją elektroniczną w dniu 29.04.2011 r. wysłał drogą listowną pismo wzywające do uzupełnień - dowód wysłania - zwrotka z datą nadania. Podkreślił, że Odwołujący już w dniu 29.04.2011 r. znał termin składania uzupełnień oraz że została wysłana informacja pisemna. Stwierdził także, że przedmiotowe pismo było dwukrotnie awizowane przez pocztę w dniu 2 i 4 maja, na potwierdzenie, czego w toku rozprawy przedłożył raport z placówki pocztowej. Stwierdził także, że w dniu 6 maja 2011 r. przed godziną 9.00 Odwołujący mailem z

niepodpisaną treścią uzupełnienia, w wersji edytowalnej - plik open Office a nie jak Odwołujący przedstawił w odwołaniu - SKAN dokumentów [dowód - wydruk raportu ze skrzynki e-mail pracownika Zamawiającego]. Podkreślił także, że do godziny 9.00 dnia 6 maja 2011 r. nie otrzymał on oryginalnych lub poświadczonych za zgodność z oryginałem dokumentów podpisanych przez osobę upoważnioną, przesłanych faksem lub pocztą. Przedmiotowe dokumenty zostały dostarczone do siedziby Zamawiającego w dniu 9 maja 2011 r. W związku z powyższym Zamawiający zasadnie zastosował wobec Odwołującego art.24 ust. 2 pkt. 4 wykluczając go z postępowania.

**Rozpatrując niniejsze odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza [KIO lub Izba] miała na względzie następujące okoliczności faktyczne i prawne:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wartość niniejszego zamówienia stanowi kwotę 31.333,48 euro i tym samym jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U.z 20101 r. nr 113 poz.759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp]. To oznacza, że do tego postępowania ma zastosowanie przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie z którym odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, oraz (4) odrzucenia oferty odwołującego. Izba stwierdziła że, w odwołaniu podniesiono trzy zarzuty. Pierwszy dotyczący wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentacji z naruszeniem art. 27 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w formie nieprzewidzianej w SIWZ oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie terminu do uzupełnienia dokumentów wcześniejszego niż data dokonania wezwania. Drugi z kolei dotyczy - wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na niezastosowanie się przez Odwołującego do wezwania dokonanego przez Zamawiającego w tym samym dniu, w którym nastąpiło wykluczenie z postępowania, w związku z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastosowanie bezprawnych działań jedynie wobec Odwołującego. Trzeci natomiast dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty firmy „ROL-BUD" Elżbieta Grabiszewska z naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybranie wykonawcy mimo bezprawnego wykluczenia Odwołującego.

Wobec treści art. 180 ust.2 ustawy Pzp nie podlega rozpatrzeniu przez Izbę zarzut pierwszy - dotyczący naruszenia art. 27 ust.1 i art. 26 ust.3 ustawy Pzp, zarzut drugi w części związanej z naruszeniem art. 7 ust.1 Pzp oraz zarzut trzeci - dotyczący naruszenia art. 7 ust.3 ustawy Pzp.

Rozpoznając drugi z zarzutów dotyczący wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie ma zastosowanie przepis art. 182 ust.1 pkt 1 zgodnie z którym odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego, stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust.2 ustawy Pzp, albo w terminie 10 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy Pzp.

Tak jak ustaliła Izba, zgodnie z pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający dokonując wyboru formy porozumiewania się dopuścił obok formy pisemnej także drogę transmisji Foxem. Wymaga także podkreślenia, że zgodnie z pkt 7.3 specyfikacji, Zamawiający przede wszystkim wymagał aby korespondencja była kierowana do niego w formie pisemnej. Tym samym termin na wniesienie odwołania został dochowany, albowiem informacja pisemna o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia została w formie pisemnej doręczona w dniu 12 maja 2011r. a odwołanie zostało wniesione w dniu 20 maja 2011 r. Tym samym 10 –co dniowy termin, mający w niniejszej sprawie zastosowanie został dochowany.

Izba ustaliła także, że Odwołujący został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia, z uwagi na niezuzpełnienie dokumentów potwierdzających ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej deliktowej i kontraktowej w zakresie prowadzonej działalności.

Rozpoznając ten zarzut Izba miała na względzie postanowienie pkt 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zgodnie z tym punktem - jak wskazano powyżej - Zamawiający dokonując wyboru formy porozumiewania się dopuścił obok formy pisemnej także drogę faxową. Niemniej jednak pismo z dnia 28 kwietnia 2011 r. [doręczone 10 maja 2011 r.], stanowiące wezwanie do uzupełnienia dokumentów zostało w pierwszej kolejności w dniu 29 maja 2011 r. przekazane elektronicznie, albowiem Odwołujący fax-u nie posiadał. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca – nie kwestionując wezwania - elektronicznie w dniu 6 maja 2011 r. przekazał pismo wyjaśniające oraz Ogólne Warunki Umowy w formie pdf. Izba ustaliła także, że oryginał pisma wyjaśniającego, powołującego się na Ogólne

Warunki Ubezpieczenia Warta oraz informującego o ich dołączeniu został dostarczony do Zamawiającego w dniu 9 maja 2011 r. Jednakże do tego pisma nie zostały doręczone powoływane w jego treści OWU. Wskazanie adresu strony internetowej Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji S.A. WARTA z informacją, że także tam znajdują się powyższe warunki nie wypełnia wymagań w zakresie uzupełnienia dokumentów w procedurze określonej w art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Takiej procedury nie przewidywała także specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Wymaga podkreślenia, że zgodnie z pkt 10.3 lit. d, specyfikacji, Zamawiający wymagał, aby dokumenty i oświadczenia były przedkładane w formie oryginałów lub kserokopii poświadczonych za zgodność z oryginałem. W tym stanie faktycznym wykonawca dostosował się do zmodyfikowanej przez zamawiającego formy porozumiewania się z uwagi na brak faxu - co nie jest przedmiotem orzekania przez Izbę w związku z art. 180 ust.2 ustawy Pzp - i przedłożył dokumenty określone w wezwaniu drogą elektroniczną, jednakże przed dniem podjęcia decyzji o wykluczeniu, Odwołujący nie przekazał w formie wymaganej specyfikacją. W konkluzji Izba stwierdza, że w tych okolicznościach faktycznych uzasadnione było wykluczenie wykonawcy z powodu nieuzupełnienia dokumentów w postępowaniu i tym samym nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp a odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na względzie 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.

**Przewodniczący:**

.....



