

**WYROK**  
**z dnia 29 marca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący:           Bartosz Stankiewicz

Protokolant:               Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **F. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą MELKON F. G.** (Lider Konsorcjum) oraz **E. G.-R. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą WUSER SYSTEM E. G.-R.** (Partner Konsorcjum) mających siedzibę w Piasecznie przy ul. K. Pułaskiego 19A (05-501 Piaseczno) w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Piaseczno** z siedzibą w Piasecznie przy ul. Kościuszki 5 (05-500 Piaseczno)

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności z dnia 14 marca 2018 roku polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego dokonanej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) oraz wyborze najkorzystniejszej oferty;

1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Gminę Piaseczno** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **F. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą MELKON F. G.** (Lider Konsorcjum) oraz **E. G.-R. prowadzącą działalność**

**gospodarczą pod firmą WUSER SYSTEM E. G.-R.** (Partner Konsorcjum) mających siedzibę w Piasecznie tytułem wpisu od odwołania;

- 2) zasądza od zamawiającego **Gminy Piaseczno** kwotę w wysokości **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Gmina Piaseczno, zwana dalej: „zamawiającym” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Konserwacja rowów odwodnieniowych - eksploatacja studzienek, kanałów, wpustów ulicznych”, nr ref.: 26/2018, zwane dalej: „postępowaniem”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 lutego 2018 r. pod nr 516792-N-2018. W dniu 14 marca 2018 r. zamawiający opublikował informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty i przekazał ją wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

W dniu 19 marca 2018 r. wykonawca, który działał w konsorcjum składającym się z następujących podmiotów gospodarczych: F. G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą MELKON F. G. (Lider) oraz E. G.-R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą WUSER SYSTEM E. G.-R. (Partner) mających siedzibę w Piasecznie zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty i postawił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

W związku z postawionym zarzutem odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności zamawiającego odrzucenia jego oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazanie zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
2. wezwania odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
3. w przypadku potwierdzenia spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia z postępowania, dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia ponieważ doznał uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności prawem przepisanych, do wykonania których był zobowiązany. Wskazał, że złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę nie podlegającą odrzuceniu. W zakresie Zadania nr 2 oferta ta zawiera najniższą cenę oraz równie wysokie parametry

pozostałych kryteriów co inne złożone oferty. Wyjaśnił, że na wezwanie zamawiającego jest w stanie złożyć dokumenty potwierdzające nie podleganie wykluczeniu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykonanie przez zamawiającego żądań odwołania może doprowadzić do uzyskania zamówienia przez odwołującego.

Podał przy tym, że w obecnym stanie sprawy, może ponieść szkodę wynikającą z możliwości niezyskania zamówienia, a tym samym nieotrzymania wynagrodzenia w wysokości wynikającej ze złożonej oferty, to jest w kwocie 239 358,54 PLN.

Odwołujący wskazał, że zastosowana przez zamawiającego podstawa prawna odrzucenia jego oferty, a także wyjaśnienie jej podstaw faktycznych są chybione. Nie zgodził się ze stwierdzeniem o nieważności jego oferty na podstawie wskazanych przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U z 2018 r, poz. 398), zwanej dalej „uosdg”. Wyjaśnił, że pani E. G.-R. składając ofertę nie naruszyła ww. ustawy ani nie miała na celu jej obejścia. Podniósł, że zawieszenie działalności gospodarczej nie prowadzi do utraty statusu przedsiębiorcy. Przepisy uosdg wyraźnie tytułują mianem „Przedsiębiorca” podmiot znajdujący się w różnych fazach działalności, w tym także w okresie jej zawieszenia. Nie jest także prawdą, iż składanie ofert przez panią E. G.-R., świadczy samo w sobie o prowadzeniu czynnej (niezawieszanej) działalności gospodarczej co naruszałoby uosdg. Zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią art. 2 uosdg *działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły.*

Wyjaśnił, że zakres działalności prowadzonej przez panią E. G.-R. został określony w Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej (dalej zwanej „CEDIG”) pod następującymi kodami działalności gospodarczej: 42.99.Z, 25.62.Z, 43.34.Z, 43.39.Z, 43.99.Z, 47.91.Z, 47.99.Z.71.11.Z, 71.12.Z, 73.1 I.Z, 73.12.A, 73.12.B, 73.12.C, 73.12.D, 74.20.Z, 81.21.Z, 81.22.Z, 81.30.Z, 82.11.Z, 82.19.Z, 82.99.Z.

W związku z tym wywodził, że zakaz wykonywania działalności w okresie zawieszenia jej wykonywania odnosi się do zarobkowego wykonywania działalności o kodach wskazanych powyżej a także każdej innej działalności zarobkowej mieszczącej się w definicji zawartej w art. 2 uosdg. Zakaz ten nie odnosi się do żadnej innej aktywności przedsiębiorcy w tym w szczególności do obszarów opisanych w art. 14 ust. 4 uosdg. W myśl art. 14 ust. 4 pkt 1 uosdg, w okresie zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej przedsiębiorca ma prawo wykonywać wszelkie czynności niezbędne do zachowania lub zabezpieczenia źródła przychodów. Do takich czynności zalicza się przygotowanie i składanie ofert w postępowaniach przetargowych. Sama bowiem czynność

przygotowania i złożenia oferty nie jest czynnością zarobkową. Dopiero w wyniku uzyskania zamówienia może dojść do takiego zarobku poprzez realizację świadczenia niepieniężnego objętego zamówieniem. Wystarczające będzie zatem, gdy w wyniku otrzymania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej albo nawet zaproszenia do zawarcia umowy, pani E. G.-R. wznowi działalność gospodarczą co rzeczywiście zamierza w takim przypadku uczynić. Nie występuje tu zatem żadna czynność z ustawą sprzeczna.

Co się tyczy wskazanej podstawy prawnej odrzucenia jego oferty podniósł, że oferta jest oświadczeniem woli wykonawcy składanym w odpowiedzi na ogłoszenie zgodnie z warunkami opisanym w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej „SIWZ”). Żaden ze wskazanych przepisów uosdg nie zawiera zapisu którego naruszenie przez przedsiębiorcę lub inną osobę, niesłoby ze sobą skutek w postaci bezwzględnej nieważności jego oświadczeń ani czynności faktycznych. Sam zamawiający takiego wyводу ani tym bardziej dowodu w treści uzasadnienia odrzucenia oferty nie przeprowadził. Wszelkie działania pani E. G.-R. zostały oparte na legalnych podstawach. Zatem nie tylko wskazana podstawa prawna odrzucenia oferty, ale także jej część materialna oparta o przepisy uosdg są nietrafne.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, w tym biorąc pod uwagę pisemne stanowisko odwołującego zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole stanowiska stron, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem pismem z dnia 26 marca 2018 r. (sygn. RZP.271.26.2018.PB) w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz załącznikami;
- oferty odwołującego;
- pisma z dnia 14 marca 2018 r. (sygn. RZP.271.26.2018.BN) stanowiącego zawiadomienie o wyniku postępowania;

przedstawionych w toku rozprawy przez odwołującego:

- interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 3 września 2013 r. o sygn. IPPB5/423-447/13-3/RS;
  - wydruku z CEIDG dotyczącego partnera konsorcjum, wygenerowanego dnia 27 marca 2018 r. o godz. 10:02, w którym jego status indywidualnej działalności gospodarczej został oznaczony jako zawieszony;
  - wydruku z CEIDG dotyczącego partnera konsorcjum, wygenerowanego w dniu 27 marca 2018 r. o godz. 10:29, w którym jego status indywidualnej działalności gospodarczej został oznaczony jako aktywny
- stwierdzając, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony w ww. pismach procesowych adekwatnie.

Podkreślić należy, że rolą Krajowej Izby Odwoławczej jest ocena zgodności działań zamawiającego z przepisami Pzp. W rozpatrywanym postępowaniu odwoławczym przedmiotem oceny była czynność zamawiającego z dnia 14 marca 2018 r. polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego oraz wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła co następuje:

W dniu 14 marca 2018 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Czynność ta została odzwierciedlona pismem z tego samego dnia opatrzonym sygn. RZP.271.26.2018.BN. W piśmie tym oprócz informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający podał także uzasadnienie dla czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Z informacji zawartych w tym piśmie wynika, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp na podstawie odrębnych przepisów tj. uosdg. Zamawiający wskazał, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu żądał:

- odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp - na wezwanie zamawiającego, zgodnie z Cz. Va ust. 1 pkt 5 SIWZ.

Zgodnie z wyciągiem CEIDG załączonym do oferty odwołującego, indywidualna działalność gospodarcza partnera konsorcjum pani E. G.-R. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą WUSER SYSTEM E. G.-R. była zawieszona.

W związku z powyższym zamawiający stwierdził, że zgodnie „z art.4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej przedsiębiorcą jest osób fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna wykonująca działalność gospodarczą. Zgodnie z art. 14a ust 3 przedsiębiorcą nie może wykonywać działalności gospodarczej w okresie zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej. Zgodnie z art.33 istnieje domniemanie prawdziwości danych zawartych w CEIDG”.

Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. W orzecznictwie jak i doktrynie wskazuje się, że ważność oferty należy badać przede wszystkim na podstawie przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459, zwanej dalej „kc”), jest ona bowiem oświadczeniem woli wykonawcy w przedmiocie udziału w postępowaniu i chęci zawarcia umowy o zamówienie publiczne (por. wyr. SO w Łodzi z 20.10.2004 r., III Ca 919/04, niepubl.). Takie stanowisko wychodzi naprzeciw normie zawartej w art. 14 ust. 1 Pzp, która stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kc, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej.

W dotychczasowej praktyce, która miała przełożenie na orzecznictwo w sprawach związanych z ww. przesłanką odrzucenia oferty najistotniejsze znaczenie miały przepisy art. 78 kc stanowiącego o złożeniu własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli, a takim jest oferta oraz art. 82-87 kc traktujących o wadach oświadczenia woli.

Ponadto spośród przepisów kc w tej materii doniosłe znaczenie mają regulacje zawarte w jego art. 58 § 1 i 2. Zgodnie z art. 58 § 1 kc, czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Nieważna jest także czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 kc). Czynność prawna dotknięta sankcją nieważności na podstawie art. 58 § 1 i 2 kc jest czynnością bezwzględnie nieważną i jako taka nie wywołuje jakichkolwiek skutków prawnych od chwili jej dokonania. W związku z tym odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w nawiązaniu do art. 58 § 1 lub 2 kc wymaga ustalania czy oferta wykonawcy została sporządzona w sposób niezgodny z prawem (ewentualnie ma na celu obejście przepisów prawa) lub jest sprzeczna z zasadami uznawanymi za społecznie akceptowalne, narusza tzw. reguły słuszności.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego pominał przepisy kc

skupiając się wyłącznie na przepisach uosdg.

Zgodnie z przywołanym przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego art. 14a ust. 3 uosdg w okresie zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej przedsiębiorca nie może wykonywać działalności gospodarczej i osiągać bieżących przychodów z pozarolniczej działalności gospodarczej. Niemniej zakaz ten nie oznacza, że przedsiębiorca ma powstrzymać się od wykonywania wszelkich działań związanych z wykonywaną działalnością gospodarczą. Norma prawna określona w art. 14a ust. 4 uosdg określa jakie działania przedsiębiorca może podjąć w okresie zawieszenia działalności gospodarczej. W tym przepisie pkt. 1) stanowi, że ma on prawo wykonywać wszelkie czynności niezbędne do zachowania lub zabezpieczenia źródła przychodów. Z treści art. 14a ust. 4 pkt 1) uosdg wynika zatem, że katalog tych czynności nie jest zamknięty i może obejmować wiele takich niezbędnych czynności, które służą zachowaniu lub zabezpieczeniu źródła przychodów. Wśród tych czynności niezbędnych do zachowania lub zabezpieczenia źródła przychodów należy wskazać takie, które zmierzają do utrzymania w sprawności źródła przychodów, jego uchowania i uchronienia w taki sposób, aby przedsiębiorca mógł funkcjonować i uzyskiwać przychody w przyszłości.

Izba uznała, że wśród czynności, o których stanowi art. 14a ust. 4 pkt 1) uosdg mieści się także czynność przygotowania i złożenia oferty w postępowaniu przetargowym prowadzonym na podstawie przepisów Pzp. W związku z tym w ocenie Izby czynność zamawiającego podjęta na podstawie art. 14a ust. 3 uosdg, skutkująca odrzuceniem oferty odwołującego naruszała art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Ponadto zamawiający nie ustalił w sposób wystarczający, aby w przedmiotowym stanie faktycznym spełnione zostały przesłanki, które mogły skutkować uznaniem, że jednostronne oświadczenie woli odwołującego w postaci złożenia oferty było wadliwe zatem Izba uznała, że przedmiotowe odwołanie należy uwzględnić.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, wskazanego w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:** .....