

WYROK
z dnia 25 września 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2012 roku przez wykonawcę **Okręgową Spółdzielnię Mleczarską w Bidzinach, 27 – 532 Wojciechowice, Bidziny 29** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej, 27 – 600 Sandomierz, ul. Schinzla 13**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Okręgową Spółdzielnię Mleczarską w Bidzinach, 27 – 532 Wojciechowice, Bidziny 29**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania;

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa Praga w **Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa artykułów ogólnospożywczych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 sierpnia 2012 r. pod numerem 290488-2012.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 153, poz. 113 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

- 1) art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 9 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez niezasadne wykluczenie odwołującego z przetargu, odrzucenie jego oferty i dokonanie wyboru oferty o 20.000 zł droższej, mimo, że Odwołujący prawidłowo wykazał, że spełnia wymogi dopuszczenia do udziału w postępowaniu.
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia badania i oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, iż w punkcie III.4.2 SWIZ jako wymóg wzięcia udziału w przetargu, postawiono warunek przedłożenia przez oferenta zaświadczenia wydawanego przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego i właściwy oddział Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, wystawione nie wcześniej niż 2 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. W dniu 14 sierpnia 2012 roku Odwołujący wystąpił do ZUS i US o wydanie tych zaświadczeń, a zgodnie z prawem urzędy te mają 7 dni na wydanie tych zaświadczeń. Odwołujący powyższych dokumentów nie dołączył do oferty.

W dniu 31 sierpnia 2012 roku Odwołujący został wezwany, w trybie art. 26

ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełniania ww. dokumentów w terminie do dnia 5 września 2012 roku do godz. 10.00. W dniu 3 września 2012 roku. odwołujący wniósł do siedziby Zamawiającego aktualne zaświadczenie z ZUS z dnia 20 sierpnia 2012 roku oraz z Urzędu Skarbowego z dnia 22 sierpnia 2012 roku. a także zaświadczenie z ZUS z dnia 30 kwietnia 2012 roku oraz Urzędu Skarbowego z dnia 11 maja 2012 roku.

W dniu 7 września 2012 roku Odwołujący został poinformowany, że jego ofertę wykluczono, ponieważ nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w ten sposób, że nie załączył do oferty aktualnych dokumentów US i ZUS, a na wezwanie Zamawiającego dostarczył dokumenty nie potwierdzające spełnienia warunków na dzień składania oferty.

Z powyższym rozstrzygnięciem Zamawiającego Odwołujący nie zgadza się wskazując, iż określenie przez Zamawiającego w SIWZ przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu, powinno odbywać się z uwzględnieniem dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowiącego, że określenie przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji. Natomiast ustalenie warunków udziału w postępowaniu - powiązanych z przedmiotem zamówienia - powinno wypełniać dyspozycję art. 22 ust. 2 ustawy Pzp oraz powiązanego z powyższym przepisem art. 25 ustawy Pzp, przy uwzględnieniu norm art. 7 ustawy Pzp. Tym samym ustalenie warunków faktycznej zdolności danego wykonawcy do wykonania zamówienia nie może prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji oferentów.

Zdaniem Odwołującego, zakreślenie tak krótkiego terminu do rozstrzygnięcia przetargu (ogłoszenie ukazało się w dniu 8 sierpnia 2012 roku a składanie ofert było wyznaczone na dzień 17 sierpnia br.), powodowało wykluczenie przedsiębiorców, którzy nie mają w swoich siedzibach aktualnych zaświadczeń z ZUS i US, gdyż czas oczekiwania na wydanie ich przez te organy wynosi 7 dni. W wypadku oferenta, którego siedziba od organu właściwego do wystawiania spornych zaświadczeń, jest oddalona o 80 km dochodzi jeszcze czas na wysłanie listu lub dojazd. Prowadzi to do nieuzasadnionej dyskryminacji oferentów, zwłaszcza tych małych.

Nadto Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający, z którym Odwołujący od dawna współpracował wiedział, że nigdy nie zalegał ze składami, bo wielokrotnie przedkładał mu takie zaświadczenia.

Odwołujący podniósł, iż z literalnego brzmienia ww. przepisów, jak też z celu, w jakim została wprowadzona regulacja z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (odformalizowania postępowania, pozwolenia wykonawcom, którzy złożyli oferty korzystne cenowo i merytorycznie na usunięcie uchybień w oznaczonym ustawą zakresie) wynika, że zaświadczenia uzupełnione w tym trybie mogą być oznaczone

datą późniejszą niż termin składania ofert. Oczywiście jest bowiem, że jeżeli wykonawca nie posiadał danego dokumentu na dzień składania ofert i ubiega się o taki dokument w wyniku wezwania przez zamawiającego, to dokument ten będzie oznaczony datą późniejszą niż termin składania ofert. Data ta jednak, jak wskazano powyżej, pozostaje bez znaczenia dla skuteczności uzupełnienia dokumentu, jeżeli potwierdza on w swej treści, że oferent opłaca składki. Nadto, Odwołujący przedłożył w uzupełnieniu poprzednie zaświadczenie z US i ZUS, potwierdzające, że jest solidnym przedsiębiorcom, co Zamawiający również wiedział, gdyż od wielu lat współpracował z Odwołującym.

Odwołujący wskazał, że ustawodawca wprowadzając wymóg przedstawienia powyższych zaświadczeń miał na celu potwierdzenie wiarygodności przedsiębiorcy. Odwołujący wyjaśnia, że poza zaświadczeniem z US z dnia 11 maja 2012 roku, a zaświadczeniem z dnia 22 sierpnia 2012 roku, pozostaje jedynie 6 dni różnicy pomiędzy ważnością pierwszego a aktualnego (natomiast w wypadku ZUS 17 dni), gdyż zgodnie z treścią § 2 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, za aktualne uznawane są zaświadczenia wydawane przez US i ZUS wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. W tych dniach nawet, biorąc pod uwagę okresy rozrachunkowe w ZUS i US niemożliwe byłoby, żeby powstały zaległości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W części III SIWZ w punkcie 6 Zamawiający wskazał, iż celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy zobowiązani są przedłożyć wraz z ofertą aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący nie spełnił powyższego wymogu, dołączając do oferty oświadczenie złożone w tym przedmiocie.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2012 roku, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, został wezwany m.in. do uzupełnienia aktualnych zaświadczeń wystawionych przez właściwego naczelnika urzędu skarbowego i właściwy oddział ZUS. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że należy przedłożyć „dokument wystawiony nie później niż na dzień składania ofert (załączone oświadczenie nie jest wystarczające)”.

Pismem z dnia 3 września 2012 roku Odwołujący doręczył Zamawiającemu zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach, stwierdzające stan na dzień 11 maja 2012 roku oraz 22 sierpnia 2012 roku, a także zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek, wystawione według stanu na dzień 20 sierpnia 2012 roku.

Pismem z dnia 7 września 2012 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, iż ofertę Odwołującego odrzucono, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ została złożona przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, jeśli wbrew wymogom Zamawiającego, nie zostały dołączone do oferty lub zawierają błędy. Przedmiotowy przepis, jakkolwiek został wprowadzony w celu zapobieżenia wykluczania wykonawców, którzy najczęściej omyłkowo nie przedłożyli wymaganych dokumentów, to jednak mimo uprawnienia do uzupełniania oferty po terminie składania ofert, jej weryfikacja następuje na moment składania ofert. W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż przepis ten ma charakter wyjątkowy, stanowi bowiem odstępstwo od zasady, wyrażonej w przepisie art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, że oferta podlega zmianie jedynie przed terminem składania ofert. Okoliczność ta ma niebagatelne znaczenie dla dokonywania wykładni przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przesadzając o braku możliwości dokonywania wykładni rozszerzającej. Jakkolwiek więc ustawodawca dopuszczając możliwość uzupełnienia ściśle określonych dokumentów, na żądanie zamawiającego, przez dopuszczenie samego zabiegu uzupełnienia, godzi się co do zasady na przedłożenie dokumentów i oświadczeń, wystawionych po terminie składania ofert, to jednak biorąc pod uwagę zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz obowiązek dokonywania oceny oferty na dzień składania ofert, weryfikacja wykonawcy następuje według stanu na dzień składania ofert.

Zwrócić należy również uwagę, że warunki udziału w postępowaniu stanowią pewne wymogi brzegowe, których spełnienie warunkuje możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu. Warunki te wykonawca jest zobowiązany spełnić najpóźniej w dniu składania ofert i okoliczność tę zobowiązany jest wykazać za pomocą odpowiednich oświadczeń lub dokumentów. Z tych względów nie ma miejsca na wykładnię celowościową wskazanego przepisu. Na przeszkodzie temu stoją wskazane wyżej zasady zamówień publicznych, ale również literalne brzmienie spornego przepisu, który wymaga, aby uzupełniane dokumenty lub oświadczenia potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

Oznacza to, że jakkolwiek ustawodawca dopuścił, w wyjątkowych przypadkach, możliwość uzupełnienia ofert, to nie zmienił terminu oceny zdarzeń, które uzupełnione dokumenty lub oświadczenia potwierdzają.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż skuteczne uzupełnienie przez Odwołującego brakujących dokumentów mogło nastąpić jedynie w ten sposób, że przedstawione przez Odwołującego zaświadczenia dokumentowałyby stan na dzień składania ofert. Przedłożenie zaś dokumentów potwierdzających określone okoliczności już po terminie składania ofert należy uznać za nieskuteczne. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, iż ustawodawca, a za nim Zamawiający wskazali, jakie dokumenty mają potwierdzać określone zdarzenia. Stąd też Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania oceny spornych okoliczności na podstawie innych dokumentów niż te, wymagane przez Zamawiającego, czy też na podstawie oświadczeń, których możliwości złożenia ustawodawca nie przewidział. Zamawiający, w świetle przepisu art. 24 ust. 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 3 i 4 powołanego rozporządzenia, nie jest również uprawniony do wywodzenia określonego stanu rzeczy na podstawie posiadanych informacji, czy też domniemywania określonych okoliczności. Stąd też nie można zaaprobować poglądu Odwołującego, iż Zamawiający mógł stwierdzić fakt niezalegania z opłacaniem podatków i składek z tytułu ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych, na podstawie wiedzy, wynikającej z wieloletniej współpracy z Odwołującym, czy też na podstawie terminów dokonywania wpłat rzeczonych podatków i składek.

Za niezrozumiały należy uznać zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, wskazuje bowiem na nierozróżnianie przez Odwołującego opisu przedmiotu zamówienia od warunków udziału w postępowaniu. Nie sposób się zgodzić również z twierdzeniem Odwołującego, że działania Zamawiającego, obligatoryjne w świetle art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, utrudniają uczciwą konkurencję, tym bardziej, że dokumenty, służące potwierdzeniu, wynikających z powołanego przepisu okoliczności, zostały określone przez Zamawiającego zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 3 i 4 powołanego rozporządzenia.

Zarzut ustalenia zbyt krótkiego terminu do złożenia ofert, licząc od dnia ogłoszenia o zamówieniu nie podlega rozpoznaniu, gdyż został zgłoszony po terminie. Mógłby być bowiem przedmiotem rozpoznania w postępowaniu odwoławczym toczącym się na skutek odwołania wniesionego wobec treści SIWZ. Na marginesie należy jedynie zwrócić uwagę, iż wykonawcy na składnię ofert mieli 9 dni, a więc biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego, iż właściwe organy są zobowiązane do wystawienia zaświadczenia w terminie 7 dni, termin ten nie jest niewystarczający. Okoliczność, iż Odwołujący podjął czynności zmierzające do wydania spornych zaświadczeń dopiero w 6. dniu od ogłoszenia o zamówieniu obciążać może tylko Odwołującego, tym bardziej, że jest profesjonalnym podmiotem, świadczącym dostawy na rzecz Zamawiającego, a brakujące dokumenty,

znajdują się w katalogu dokumentów, określonych przez ustawodawcę a przez to znanych wykonawcom i niezmiennych we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym zarzut naruszenia przepisów art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp należy uznać za nieuzasadniony. Na marginesie należy zwrócić uwagę, iż zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp okazał się bezprzedmiotowy, bowiem niniejszy stan faktyczny nie mieści się w hipotezie okoliczności zawartych w normie prawnej, wynikającej ze wskazanego przepisu.

Zarzut naruszenia przepisu art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy uznać za chybiony, nie sposób bowiem uznać za utrudnianie Odwołującemu dostępu do rynku w sytuacji, w której wobec wszystkich wykonawców żądano przedstawienia takich samych dokumentów, katalog tychże dokumentów wynika z przepisów prawa, a obowiązek ich przedłożenia był ograniczony terminem jednakowym dla wszystkich. Przy tym trudno sobie wyobrazić, aby zamawiający obowiązany był przewidywać, jakie są indywidualne możliwości wykonawcy, jeśli chodzi o czas dojazdu poszczególnych wykonawców do siedziby właściwego organu podatkowego i oddziału ZUS, skoro katalog tych dokumentów jest niezmienny w każdym postępowaniu. Niezależnie od powyższego, zarzuty dotyczące terminu składania ofert należy zgłaszać wobec treści SIWZ a nie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Za uzasadniony należy uznać zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Niewykazanie bowiem okoliczności, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, na dzień składania ofert, skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania, zaś ofertę wykonawcy wykluczonego, z mocy przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, uznaje się za odrzuconą, co oznacza, że skutek ten następuje z mocy samego prawa. Nie znajduje więc podstawy czynność Zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie mogło jednakże prowadzić do uwzględnienia odwołania z uwagi na przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Skoro bowiem za uzasadnione należało uznać wykluczenie Odwołującego z postępowania, to wskazanie wadliwej podstawy prawnej odrzucenia jego oferty, nie wpływa na wynik prowadzonego postępowania. Oferta Odwołującego nie podlega bowiem ocenie.

Zaś, prawidłowość czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania czyni nieuzasadnionym zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 7.500,00 zł.

Przewodniczący: