

WYROK
z dnia 27 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 listopada 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2013 r. przez wykonawcę: **R..... C..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych Gazu oraz Centralnego Ogrzewania, ul. Morawskiego 9, 33-340 Stary Sącz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Podegrodzie, 33-386 Podegrodzie 248,**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy: R..... C..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych Gazu oraz Centralnego Ogrzewania w Starym Sączu i odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gmina Podegrodzie, 33-386 Podegrodzie 248, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: R..... C..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych Gazu oraz Centralnego Ogrzewania, ul. Morawskiego 9, 33-340 Stary Sącz tytułem wpisu od odwołania,**

2.2 zasądza kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Gmina Podegrodzie, 33-386 Podegrodzie 248** na rzecz wykonawcy: **R..... C..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacji Wodno-Kanalizacyjnych Gazu oraz Centralnego Ogrzewania, ul. Morawskiego 9, 33-340 Stary Sącz**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Podegrodzie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane p.n. „Odwodnienie terenu Poświętne w miejscowości Gostnica”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1 pod poz. 389940 w dniu 26.09.2013 r.

Wykonawca: R..... C..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacji Wodno Kanalizacyjnych, Gazu oraz Centralnego Ogrzewania z siedzibą w Starym Sączu wniósł odwołanie wobec czynności: wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „Pzp”:

- art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez przyjęcie, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania z powodu zalegania z uiszczeniem składek na ubezpieczenia społeczne, podczas gdy odwołujący wykazał w drodze zaświadczenia właściwego Oddziału ZUS, że zaległości takich nie posiada,
- art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp, poprzez nie sprecyzowanie w wezwaniu do uzupełnienia oferty, jaki dokument podlegać miał uzupełnieniu w celu wykazania posiadanego doświadczenia, a w dalszej kolejności uznanie, że przedłożony w odpowiedzi na wezwanie dokument jest błędny pomimo, że zamawiający, mając wątpliwości co do tego dokumentu, mógł skorzystać z możliwości wyjaśnienia jego treści,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu podczas, gdy odwołujący przedstawił wszystkie wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez przyjęcie, że oferta odwołującego złożona została przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu przy braku ustawowych przesłanek uzasadniających wykluczenie,
- art. 24 ust. 3 Pzp, poprzez podanie niezrozumiałych i niejasnych podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia odwołującego z postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego, a także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że pismem z dnia 5 listopada 2013 r. został powiadomiony o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zamawiający podał w uzasadnieniu, że wykonawca przedłożył do oferty błędne zaświadczenie o niezaleganiu ze składkami ZUS, a w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów przedłożył nowe zaświadczenie, wystawione po upływie terminu składania ofert, które zdaniem zamawiającego nie potwierdza braku zaległości na wymaganą przez ustawę chwilę upływu terminu składania ofert. Jako drugą przyczynę wykluczenia podano, że odwołujący w ofercie nie wykazał spełnienia warunku posiadania wymaganego doświadczenia, a na wezwanie przedłożył dokument zawierający „zmienioną treść ale tą samą datę co referencje załączone do oferty”. Taki dokument zdaniem zamawiającego wymagał wyjaśnienia, które jednak nie zostało przeprowadzone, bowiem oferta i tak podlega wykluczeniu z powodu zaległości odwołującego w składkach ZUS.

Wykluczenie odwołującego z postępowania podjęte zostało z rażącym naruszeniem przepisów prawa, a czynności zamawiającego są niekonsekwentne i wewnętrznie sprzeczne. Odwołujący wyjaśnił, że pierwotnie przedłożone z ofertą zaświadczenie o niezaleganiu ze składkami ZUS miało prawidłowy charakter i stwierdzało w sposób jednoznaczny, że wykonawca składający ofertę nie posiada żadnych zaległości. Zamawiający stwierdził, że dokument ten był błędny, gdyż zawiera przy nazwisku przedsiębiorcy dodatkowy człon oznaczenia firmy w brzmieniu innym niż ten występujący w pozostałych dokumentach załączonych do oferty.

Załączone do oferty zaświadczenie dotyczyło płatnika składek R..... C....., mającego NIP i REGON identyczny z tym podanym w dokumentach załączonych do oferty. Stosownie do art. 43(4) k.c. firmą osoby fizycznej jest zawsze jej imię i nazwisko. Ustawa dopuszcza zamieszczanie dodatkowych oznaczeń obok nazwiska przedsiębiorcy, ale nigdy nie prowadzi to do powstania odrębnej (innej) działalności gospodarczej. Innymi słowy dana osoba fizyczna jest zawsze jednym i tym samym przedsiębiorcą jednoosobowym, niezależnie od tego jaki dodatkowy człon figuruje obok jej imienia i nazwiska. W zakresie obowiązków publicznoprawnych przedsiębiorcę tego identyfikuje dodatkowo numer NIP i REGON. Skoro więc zaświadczenie stwierdza, że R..... C..... nie zalega ze składkami ZUS, to odnosiło się to do niego, jako osoby fizycznej, bez względu na to, jaki dodatkowy człon miałby znajdować się przy jego imieniu i nazwisku określającym firmę, pod którą działa. Odwołujący przywołał wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 lutego 2006 r. sygn. akt I FSK 571/2005, gdzie stwierdzono iż w postępowaniu podatkowym prawidłowe jest określenie podatnika, osoby fizycznej - przedsiębiorcy, wyłącznie imieniem i nazwiskiem, a nie także innymi danymi (określeniami). W uzasadnieniu tego wyroku NSA rozróżnił wyraźnie kwestię obowiązku podatkowego od kwestii oznaczenia przedsiębiorcy,

uznając, że samo imię i nazwisko wystarczająco identyfikuje przedsiębiorcę-podatnika. Na tej samej zasadzie w niniejszej sprawie zobowiązanym do opłacania składek z tytułu prowadzonej działalności jest osoba fizyczna - płatnik R..... C....., który wykazał, że nie zalega ze składkami ZUS. Dlatego nie było żadnych podstaw do wzywania wykonawcy do uzupełnienia zaświadczenia o niezaleganiu ze składkami. Mimo to, wykonawca chcąc uniknąć sporu z zamawiającym, przedłożył na wezwanie nowe zaświadczenie, zawierające obok nazwiska R..... C..... dodatkowe oznaczenie w brzmieniu identycznym jak to, które znajdowało się w pozostałych dokumentach oferty. Zamawiający uznał, że przedłożony dokument ma datę późniejszą niż dzień otwarcia ofert i tym samym nie potwierdza spełnienia warunków na wymaganą ustawą chwilę. Zdaniem odwołującego z uzupełnionego zaświadczenia wprost wynika, że przedsiębiorca R..... C..... ROB-ZIEM-WYK (...) - to ten sam podmiot co przedsiębiorca R..... C..... ZAKŁAD INSTALACJI WODKAN (...), posiadający identyczny NIP i REGON, adres, itp. Dokument ten potwierdza więc, że poprzednie zaświadczenie dotyczyło dokładnie tego samego przedsiębiorcy, który złożył ofertę.

Pismem z dnia 21.10.2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do przedłożenia także dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia. W treści ww. pisma podał, że ani z wykazu robót, ani z referencji złożonych do oferty nie wynika, czy wykonawca spełnia warunki udziału w zakresie doświadczenia. Zamawiający nie sprecyzował, który dokładnie dokument powinien zostać uzupełniony - wykaz robót, referencje czy jeszcze jakiś inny. W orzecznictwie KIO podkreśla się, że zamawiający ma obowiązek precyzyjnego i jednoznacznego formułowania wezwań, poprzez dokładne wskazanie jakiego dokumentu oczekuje od wykonawcy, tak aby nie było wątpliwości, w jaki sposób należy wykonać wezwanie (tak np. KIO 529/13, KIO 1659/12, KIO/UZP 1530/08). Pismo z dnia 21.10.2013 r. zobowiązywało jedynie do „wykazania czy zamówienie spełnia warunek”. Odwołujący musiał się domyślać, który ze złożonych dokumentów według zamawiającego jest niewystarczający. Odwołujący uznał, że przedłoży referencje bardziej szczegółowe niż poprzednio (z podaniem długości kanalizacji) przyjmując, że powinien to być dla zamawiającego najbardziej wiarygodny dokument w tym zakresie. Zamawiający jednak z niezrozumiałych przyczyn uznał, tym razem odwrotnie niż w przypadku zaświadczenia o niezaleganiu ze składkami ZUS, że data na dokumencie nie powinna być taka, jak w pierwotnie złożonych referencjach, skoro mają one inną treść. Zamawiający podał, że ww. dokument wymaga wyjaśnienia, co oznaczałoby, że wezwanie zostało wykonane w sposób prawidłowy, jakkolwiek wymagający dodatkowych informacji, a z drugiej strony - wskazał, że nie może drugi raz wezwać wykonawcy do uzupełnienia braków, co oznaczałoby, że wezwanie nie zostało w tym zakresie uznane za wykonane. Taki sposób prowadzenia postępowania jest chaotyczny,

niekonsekwentny oraz wzajemnie sprzeczny.

Zdaniem odwołującego uzasadnienie zawiadomienia o wykluczeniu nie odpowiada wymogom ustawowym. Oprócz już wspomnianych błędów, jako podstawę wykluczenia wskazano art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowiący, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Wynika z tego, że zamawiający ustalił, iż odwołujący ma zaległości w składkach ZUS, mimo że oba złożone zaświadczenia stwierdzają dokładnie odwrotny stan sprawy. Z powyższych względów zawiadomienie o wykluczeniu w stosunku do obu przyczyn jest całkowicie niejasne i niezrozumiałe, co winno skutkować unieważnieniem ww. czynności.

Zamawiający złożył w dniu 14.11.2013 r. odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako niezasadnego. Zamawiający wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 11 ofert. Oferta odwołującego przedstawia najniższą cenę.

W trakcie badania ofert zamawiający ustalił, że w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, opisanego w ust. 5 pkt 5.1. ppkt 2) lit.a) siwz odwołujący złożył w ofercie załącznik nr 4 (wykaz robót) wraz z dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie robót z dnia 21.10.2009 r. (sieć wodociągowa oraz kanalizacja sanitarna na budowie „Galerii Sandecja w Nowym Sączu”). Ze złożonych dokumentów nie wynika, że wykonana sieć miała wymaganą długość min. 200m. Pismem z dnia 21.10.2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do wykazania, czy przedmiotowe zamówienie spełnia powyższy warunek lub przedstawienia innego zadania, które będzie spełniało wymagany warunek. W wyniku wezwania odwołujący złożył referencje opatrzone tą samą datą, przy czym ich treść została zmieniona, co wzbudziło wątpliwości zamawiającego. Zaniechał on jednak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, gdyż podlegał on wykluczeniu z uwagi na niespełnienie innego warunku.

Zamawiający wyjaśnił, że w ust. 6 pkt 6.6. ppkt 4) siwz żądał złożenia przez wykonawców aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub KRUS potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonanie decyzji właściwego organu, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący złożył w ofercie zaświadczenie zawierające dane wnioskodawcy (płatnika składek), którego nazwa brzmi „ROB-ZIEM-WYK-INST-ZEW/WEWN/Csorich Roman/ul. Morawskiego 9, 33-340 Stary Sącz” Była to całkowicie inna nazwa firmy niż nazwa wykonawcy – odwołującego, który złożył ofertę. Zamawiający nie był w stanie stwierdzić, czy nazwa ta została podana nieprawidłowo, czy też NIP i REGON dotyczą innego podmiotu. Obie nazwy łączyło tylko to samo imię i nazwisko osoby przedsiębiorcy. Zamawiający w związku z tymi wątpliwościami

wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp (pismem z dnia 26.09.2013 r.) do złożenia wyjaśnień w zakresie danych dotyczących przedsiębiorcy - zawartych w złożonym zaświadczeniu lub uzupełnienia zaświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. W wyniku wezwania odwołujący złożył nowe zaświadczenie z ZUS z oddziału w Nowym Sączu wystawione dla ZAKŁ.INST.WOD-KANAL,GAZU ORAZ/Csorich Roman (dane odwołującego zgodnie z ofertą), które potwierdza niezaleganie z opłaceniem składek na dzień 23.10.2013 r., tj. 9 dni po terminie składania ofert. Wraz z uzupełnionym dokumentem odwołujący nie złożył żadnych wyjaśnień dotyczących zaświadczenia złożonego wraz z ofertą z dnia 14.10.2013 r. W tych okolicznościach zamawiający uznał, że oba zaświadczenia nie potwierdzają spełnienia warunku udziału. Zamawiający przyznał, że wystarczające byłoby wyjaśnienie ze strony wykonawcy, że zaświadczenie złożone pierwotnie wraz z ofertą zawiera błędną nazwę odwołującego, które nie zostało jednak złożone, pomimo wezwania przez zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający dodał, że prawidłowo i jasno sformułował wezwanie z dnia 21.10.2013 r. W decyzji o wykluczeniu odwołującego podał uzasadnienie prawne i faktyczne w sposób jasny i zrozumiały, wskazując powody wykluczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta złożona przez odwołującego w przedmiotowym postępowaniu podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą, w związku z czym odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, przy czym jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu jest - cena z wagą 100%.

Za zasadny należało uznać zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „siwz” oraz w konsekwencji przez wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu niewykazania przez odwołującego spełnienia warunku doświadczenia i niewykazania, że nie zalega z uiszczeniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne.

Treść opisu warunków udziału w postępowaniu i sposobu wykazania spełniania tych warunków, zawarta w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w ust. 5 pkt 5.1.ppkt2) lit.a siwz (warunek dotyczący doświadczenia) oraz w ust. 6 pkt 6.6. ppkt 4) siwz (brak podstaw do wykluczenia w zakresie, o którym mowa w art.24 ust. 1 pkt 3 Pzp) nie była sporna pomiędzy stronami.

W ramach warunku doświadczenia (ust. 5 pkt 5.1.ppkt 2) lit.a siwz) wykonawcy mieli wykazać m.in. wykonanie zadania obejmującego: budowę, remont, rozbudowę lub przebudowę kanalizacji deszczowej/burzowej lub sieci wodociągowej o długości min. 200m. Zamawiający wymagał przedłożenia wykazu robót i dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie takiego zadania. Zamawiający wymagał w wykazie podania „opisu wykonanego przedmiotu zamówienia”, „wartości wykonanych robót”, „daty wykonania” oraz „miejsca wykonania robót”.

W ofercie odwołujący złożył wykaz wykonanych robót budowlanych (str. 3 oferty), w którym wskazał jedno zadanie: „Sieć wodociągowa oraz kanalizacja sanitarna na budowie „Galeria Sadecja w Nowym Sączu” oraz list referencyjny z dnia 21 października 2009 r. (str. 4 oferty) potwierdzający należyte wykonanie tego zadania i wartość wykonanych robót. Z treści złożonego wykazu i z treści referencji nie wynika potwierdzenie wykonania kanalizacji lub sieci o wymaganej długości min. 200m.

Pismem z dnia 21.10.2013 r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp „do uzupełnienia dokumentów”. Zamawiający wskazał w treści ww. pisma, że z żadnego ze złożonych w ofercie ww. dokumentów nie wynika, czy wykonana sieć miała wymaganą długość min. 200m. Zamawiający nie wskazał w wezwaniu, który dokument podlega uzupełnieniu. Zamawiający podał w ww. wezwaniu, że jeżeli wskazane przez wykonawcę zadanie nie spełnia wymaganego warunku, to wykonawca powinien wykazać inne zadanie, które będzie go spełniało.

Odwołujący uzupełnił dokument referencji do zadania wskazanego w ofercie – pismo z dnia 21 października 2009 r. zawierające ponad treść podaną w referencjach złożonych w ofercie – m.in. określenie długości wykonanej sieci kanalizacyjnej (700m).

W ocenie Izby uzupełniony dokument – list referencyjny z dnia 21 października 2009r. potwierdza spełnianie warunku doświadczenia określonego w SIWZ. Uzupełniony dokument zawiera jednoznaczne potwierdzenie wykonania sieci kanalizacyjnej o wymaganej długości. Okoliczność, że dokument ten jest opatrzony tą samą datą co dokument złożony w ofercie nie ma istotnego znaczenia z punktu widzenia skuteczności tego dokumentu dla potwierdzenia spełniania wymaganego warunku. Wątpliwości zamawiającego co do treści tego dokumentu nie są uzasadnione - uzupełniony dokument może zawierać taką samą datę jego wystawienia, jak inny dokument, dotyczący tego samego zdarzenia. O ile nie ma podstaw do zakwestionowania prawdziwości lub autentyczności dokumentu, o tyle nie

można uznać, że fakt opatrzenia dwóch dokumentów o podobnej treści tą samą datą, wymaga wyjaśnienia przez wykonawcę. Żądanie takie, tj. w zakresie wyjaśnienia kwestii tej samej daty, nie ma uzasadnienia w przepisach, w tym w brzmieniu art. 26 ust. 3 Pzp. W tym miejscu należy zauważyć, że zamawiający nie sformułował wezwania w powyższym zakresie w sposób prawidłowy, gdyż nie sprecyzował, jaki dokument podlega uzupełnieniu. W świetle opisu warunku doświadczenia i sposobu jego wykazania, uzupełnieniu w tym przypadku podlegał dokument - wykaz wykonanych robót, a nie referencje. Referencje stanowią dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia, tj. dokument, który nie musi potwierdzać wszystkich wymogów postawionych w treści warunku udziału. Wymogi te, takie jak np. wartość wykonanego zamówienia, zakres, długość sieci kanalizacyjnej (w tym przypadku) powinny wynikać co do zasady z treści wykazu robót, czyli oświadczenia składanego przez wykonawcę. Wobec braku określenia przez zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, który dokument podlega uzupełnieniu, wykonawca nie posiadał jasnej informacji, w jaki sposób należy wykonać wezwanie. Ponadto podkreślić należy, że stosownie do brzmienia art. 180 ust. 2 Pzp, w postępowaniu o wartości poniżej tzw. progów unijnych, wykonawcy nie mogą wnosić odwołań wobec treści wezwania, gdyż w powyższym zakresie odwołanie nie przysługuje. Izba w pełni podziela stanowisko utrwalone w orzecznictwie KIO, że zamawiający ma obowiązek precyzyjnego formułowania wezwań, poprzez dokładne wskazanie jakiego dokumentu oczekuje od wykonawcy, tak aby nie było wątpliwości w jaki sposób należy wykonać wezwanie. Jak wskazano powyżej, ma to szczególnie doniosłe znaczenie w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W odniesieniu do warunku dotyczącego braku podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający wymagał przedłożenia zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne (ust. 6 pkt 6.6. ppkt 4) siwz).

W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w powyższym zakresie odwołujący złożył w ofercie zaświadczenie o niezaleganiu ze składkami ZUS (str. 15 oferty) z dnia 2 sierpnia 2013 r. potwierdzające, że wnioskodawca nie posiada zaległości według stanu na dzień 2 sierpnia 2013 r. Dokument ten zawiera wskazanie następujących danych płatnika: nazwa: ROB-ZIEM-WYK-KOP-INST-ZEW/WEWN, nazwisko i imię: C..... R..... oraz adres: ul. Morawskiego 9 33-340 Stary Sącz, NIP oraz REGON. Wskazana w tym dokumencie nazwa płatnika różni się od nazwy przedsiębiorcy wskazanej przez odwołującego w ofercie. Wszystkie pozostałe dane wskazane na złożonym zaświadczeniu pokrywają się w pełni z danymi przedstawionymi w ofercie, w innych dokumentach załączonych do oferty, zawierających dane identyfikujące przedsiębiorcę.

Firmą osoby fizycznej jest zawsze jej imię i nazwisko (art. 43⁴ k.c.). Ustawa

dopuszcza zamieszczanie dodatkowych oznaczeń obok nazwiska przedsiębiorcy co nie prowadzi to do powstania odrębnej działalności gospodarczej danej osoby fizycznej. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 16 ust. 3 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. 2004 Nr 173 poz. 1807 ze zm.), przedsiębiorca wpisany do rejestru przedsiębiorców albo ewidencji jest obowiązany umieszczać w oświadczeniach pisemnych, skierowanych w zakresie swojej działalności do oznaczonych osób i organów, numer identyfikacji podatkowej (NIP) oraz posługiwać się tym numerem w obrocie prawnym i gospodarczym. Ponadto identyfikacja przedsiębiorcy w poszczególnych urzędowych rejestrach następuje na podstawie numeru identyfikacji podatkowej (NIP). Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że w zakresie obowiązków publicznoprawnych przedsiębiorcę będącego osobą fizyczną identyfikuje oprócz imienia i nazwiska oraz nazwy firmy - dodatkowo numer NIP i REGON. Skoro zatem w złożonym przez odwołującego zaświadczeniu z dnia 2 sierpnia 2013 r. stwierdzono, że przedsiębiorca R..... C..... zamieszkały pod wskazanym adresem posiadający dany numer NIP i REGON nie zalega ze składkami ZUS, to należy uznać, że dane powyższe identyfikują przedsiębiorcę-płatnika składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne. Zgodnie z zaświadczeniem płatnik R..... C....., prowadzący działalność jako osoba fizyczna nie zalega ze składkami ZUS. Błąd w podanym w zaświadczeniu członie nazwie przedsiębiorcy podlegał niewątpliwie wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W ocenie Izby zamawiający powinien był wezwać odwołującego do wyjaśnienia treści tego dokumentu, a dopiero w przypadku, gdy wyjaśnienie nie rozwiałoby wątpliwości zamawiającego - wystosować wezwanie do uzupełnienia tego dokumentu. Zamawiający w wezwaniu z dnia 21 października 2013 r. pozostawił wykonawcy wybór co do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentu, a w związku z tym w sposób nieuprawniony de facto przerzucił na wykonawcę ocenę złożonego w ofercie dokumentu. Powyższe doprowadziło do błędnej czynności uzupełnienia przez odwołującego dokumentu wystawionego po terminie składania ofert.

W ocenie Izby w tych okolicznościach dokument uzupełniony – zaświadczenie ZUS z dnia 21 października 2013 r. nie powinien być brany pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku w zakresie braku podstaw do wykluczenia (dokument ma datę późniejszą niż dzień otwarcia ofert i tym samym nie potwierdza spełnienia ww. warunku), w szczególności uzupełniony dokument nie może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawcy w postaci wykluczenia odwołującego z postępowania. Dokument ten co najwyżej powinien zostać potraktowany przez zamawiającego jako kolejne potwierdzenie (poza dokumentami złożonymi w ofercie, w tym m.in. informacja z CEIDG), że przedsiębiorca działa aktualnie pod nazwą wskazaną w ofercie: R..... C..... ZAKŁAD INSTALACJI WODNO - KANALIZACYJNYCH, GAZU oraz CENTRALNEGO OGRZEWANIA, posiadający identyczny NIP i REGON, adres, itp. Dokument ten potwierdza zatem, że pierwotnie złożone w ofercie

zaświadczenie, stwierdzające brak zaległości na dzień otwarcia ofert, dotyczyło tego samego przedsiębiorcy, który złożył ofertę. W świetle powyższego Izba uznała, że zamawiający naruszył przepisy art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp, poprzez niesprecyzowanie w wezwaniu w sposób jednoznaczny, czy dokument podlegać miał wyjaśnieniu czy też uzupełnieniu, co miało istotny wpływ na sposób wypełnienia przez odwołującego czynności, do których był wzywany.

Z uwagi na stwierdzenie braku podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu należało uznać, że niezasadne było również odrzucenie przez zamawiającego oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 3 Pzp, poprzez podanie w zawiadomieniu o wykluczeniu z dnia 5 listopada 2013 r. niezrozumiałych i niejasnych podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia odwołującego z postępowania.

Odwołujący został powiadomiony o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zamawiający podał w uzasadnieniu, że wykonawca przedłożył do oferty błędne zaświadczenie o niezaleganiu ze składkami ZUS, a w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia tego dokumentu przedłożył nowe zaświadczenie, wystawione po upływie terminu składania ofert, które nie potwierdza braku zaległości na chwilę upływu terminu składania ofert. Ponadto wskazano, że odwołujący w ofercie nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia, a na wezwanie przedłożył dokument, który wymagał wyjaśnienia, którego nie przeprowadzono, gdyż wykonawca podlegał i tak wykluczeniu z postępowania.

Treść uzasadnienia zawiadomienia o wykluczeniu w ocenie Izby spełnia minimalne wymagania co do podania uzasadnienia prawnego i faktycznego, które w szczególności umożliwiały odwołującemu wniesienie odwołania wobec treści tej decyzji. Odnosząc się do wskazanej podstawy wykluczenia, tj. art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp, należy przyznać, że zamawiający nie ustalił jednoznacznie w oparciu o złożone przez wykonawcę dokumenty, iż odwołujący ma zaległości w składkach ZUS. Jednak decyzja o wykluczeniu podjęta przez zamawiającego w dniu 5 listopada 2013 r. bezsprzecznie miała związek z uznaniem, że odwołujący nie wykazał braku podstawy do wykluczenia, określonej w art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp. W ocenie Izby zamawiający winien był podać jako podstawę wykluczenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp. Nie można jednak uznać, że zawiadomienie o wykluczeniu jest całkowicie niejasne i niezrozumiałe, gdyż odzwierciedla stan faktyczny i prawny ustalony przez zamawiającego, zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez zamawiającego na rozprawie.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła,

jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: