

Sygn. akt: KIO 2664/12

WYROK
z dnia 18 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2012 r. przez Odwołującego – KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o. w Pile, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Państwową Wyższą Szkołę Zawodową w Pile, przy udziale wykonawcy - POSBAU S.A. Budownictwo Uprzemysłowione w Poznaniu, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Państwowej Wyższej Szkole Zawodowej w Pile: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie w ramach tej oceny odwołującego na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej wymaganego w pkt. VI ust. 1 pkt. 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w sekcji III.3.5) ogłoszenia o zamówieniu,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Państwową Wyższą Szkołę Zawodową w Pile, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o. w Pile, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Pile, na rzecz Odwołującego – KMC Administrator Nieruchomości i Inwestycje Sp. z o.o. w Pile, kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Poznaniu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

I. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*Modernizację i remont budynku dydaktycznego F dla potrzeb Instytutu Ochrony Zdrowia*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.] wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 listopada 2012 r. pod nr 439672-2012.

II. Wobec czynności wykluczenia z postępowania Odwołujący w dniu 4 grudnia 2012 r. złożył odwołanie, zarzucając naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego oraz wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia wymaganego przez zamawiającego dokumentu, tj. opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 1.500.000,00 zł; a także obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Izby oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 zł.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, iż złożył ofertę załączając do niej opłaconą polisę potwierdzającą, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 1.000.000,00 zł. Odwołujący posiada jednak ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na łączną kwotę 2.000.000,00 zł, przy czym ubezpieczenie to wynika z dwóch różnych polis z sumą

ubezpieczenia po 1.000.000,00 zł każda. Odwołujący nie załączył do oferty drugiej z dwóch posiadanych polis omyłkowo.

Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i uznając jego ofertę za odrzuconą, nie wezwał go uprzednio do złożenia wymaganego przez zamawiającego dokumentu, tj. opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 1.500.000,00 zł.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawców którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy.

W ocenie Odwołującego, nawet jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika (tak jak w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia), że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, traktuje się te dokumenty jak dokumenty „zawierające błąd” i mimo, że nie ma wątpliwości co do ich treści, Zamawiający winien zastosować art. 26 ust. 3 ustawy, a tym samym mimo, że Odwołujący załączył do oferty opłaconą polisę potwierdzającą, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 1.000.000,00 zł, a nie na 1.500.000,00 zł jak tego wymagał Zamawiający, ten ostatni zobowiązany był do wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że Odwołujący jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 1.500.000,00 zł.

III. Pismem z dnia 10 grudnia 2012 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający w uzasadnieniu podniósł, iż Odwołujący złożył polisę, ale na inną kwotę niż wymagał zamawiający, na kwotę 1.000.000 zł. Zdaniem Zamawiającego, to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, iż spełnia warunki o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy oraz nie podlega wykluczeniu z powodów wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy. Tym samym, co do zasady to nie Zamawiający ma udowadniać podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne lecz to do wykonawcy należy wykazanie braku podstaw do wykluczenia, o ile oczywiście zamawiający tego żąda. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający żądał polisy na kwotę min. 1.500.000 zł złotych, a wykonawca warunku tego nie spełnił załączając polisę na kwotę 1.000.000 zł. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy

zamawiający zobowiązany jest wykluczyć wykonawców, którzy „nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.” Obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zachodzi tylko i wyłącznie na żądanie i w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Ze względu na znaczenie dla potencjalnych wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, zakres warunków, których potwierdzenia spełnienia żądano od wykonawców wskazywany jest już w treści ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z art. 41 pkt 7 ustawy ogłoszenie o zamówieniu powinno wymieniać warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Zgodnie natomiast z art. 25 ust. 1 ustawy ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać również oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Inaczej mówiąc, zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli ich wykazania nie żądał w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Warunki te zostały przez zamawiającego spełnione, gdyż w jasny i precyzyjny sposób określił jakich dokumentów żąda na potwierdzenie spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej, w ogłoszeniu jak i SIWZ.

Zamawiający podkreślił, że w Jego ocenie Zamawiający ma obowiązek wzywania wykonawców, którzy w wyznaczonym terminie nie złożyli dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, przy czym tryb określony w art. 26 ust. 3 dotyczy uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w przypadku, w którym wykonawca w ogóle nie złożył w określonym terminie dokumentów lub oświadczeń albo je złożył ale zawierają one błędy lub są wadliwe. Zdaniem Zamawiającego, dokument złożony przez wykonawcę nie nosił znamion powyższego. Polisa była aktualna, nie brakowało żadnych podpisów, formalne wymogi zostały spełnione, wyraźnie widniała suma ubezpieczenia oraz składka jaką wykonawca winien opłacić. Na dowód tego, że jest ona opłacona wykonawca załączył potwierdzenie wykonania operacji na kwotę 585,00 zł - wysokość składki. Zamawiający podkreślił, że w swoich wywodach sam Odwołujący przyznał się do omyłkowego niezłączenia drugiej polisy, zaś omyłkowo niezłączony dokument, który miałby stanowić całość z załączoną już poprawnie wystawioną polisą nie stanowi dokumentu błędnie wystawionego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca POSBAU S.A. Budownictwo Uprzemysłowione w Poznaniu, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Sporną w sprawie jest podstawa wykluczenia Odwołującego z postępowania wobec niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej.

Zamawiający, w pkt. III.3.5) ogłoszenia oraz w pkt. V. 1.4), VI. 1.4) XX. 1.10) specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Sytuacja ekonomiczna i finansowa - Opis sposobu oceny spełnienia tego warunku - postanowił, iż dla wykazania, że wykonawca znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej na realizację zamówienia obowiązany jest złożyć polisę lub inny dokument potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę minimum 1.500.000 zł.

Bezspornym jest, że Odwołujący nie złożył polisy potwierdzającej ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na wymaganą kwotę, a jedynie na 1.000.000 zł.

Zamawiający nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu, uznając, iż obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentu, wynikający z treści art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy sytuacji, gdy dokumentu w ogóle nie złożono lub gdy złożony dokument zawiera błędy, a nie sytuacji gdy złożony dokument jest poprawny, lecz z jego treści wynika, że nie potwierdza on spełnienia warunku stawianego przez Zamawiającego w postępowaniu.

Powyższe okoliczności przemawiały za uznaniem, iż właściwy był wniosek Zamawiającego, zgodnie z którym złożona w ofercie Odwołującego polisa nie potwierdza spełnienia postawionego wymagania. Powyższe jednak nie mogło automatycznie powodować wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Przepis art. 25 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych pozwala Zamawiającemu żądać dokumentów i oświadczeń dotyczących warunków udziału w postępowaniu a także oświadczeń i dokumentów potwierdzających, spełnienie przez oferowane dostawy, usługi i roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez niego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z kolei z art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych wynika obowiązek Zamawiającego do wyjaśnienia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych mają charakter bezwzględnie obowiązujący i nakładają na Zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia. Zamawiający nie może bowiem podjąć decyzji o wykluczeniu wykonawcy nie mając absolutnej pewności co do spełnienia lub niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, zarówno doktryna, jak i orzecznictwo przepis art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych interpretują jednoznacznie: jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, traktuje się te dokumenty i oświadczenia jak dokumenty „zawierające błąd” i mimo, że nie ma wątpliwości co do ich treści, Zamawiający winien zastosować art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.

Złożenie dokumentu, z którego treści wynika niespełnienie warunku udziału w postępowaniu zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Wskazany przepis dotyczy bowiem nie tylko sytuacji niezłożenia żadnego dokumentu czy złożenia dokumentów zawierających wady formalne, ale każdej sytuacji niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu [tak przykładowo wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1915/09, publ. w „Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze”, zeszyt nr 6, Warszawa, grudzień 2010 r., wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2011r., sygn. KIO 38/11, z dnia 25 stycznia 2011 r., sygn. 70/2011, wyrok z dnia 28 marca 2011 r. w spr. KIO 595/11]. Analogiczny pogląd, w odniesieniu do treści i warunków samej polisy, wynika także z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2012 r. w spr. KIO 1955/12, KIO 1956/12, KIO 1961/12.

Powyższe determinuje wniosek, że Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej, wymaganego w pkt. VI.1.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w sekcji III.3.5) ogłoszenia o zamówieniu, na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Zaniechanie powyższego stanowi naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych i doprowadziło do przedwczesnego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający jest zwolniony z obowiązku wzywania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W sprawie nie wykazano jednak, by zaistniała konieczność unieważnienia postępowania albo by oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu.

Reasumując, wykluczenie Odwołującego z powodu złożenia w ofercie dokumentu nie potwierdzającego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej wymaganego w pkt. VI.1.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz

w sekcji III.3.5) ogłoszenia o zamówieniu, bez uprzedniego wezwania do jego uzupełnienia było niezasadnym, a co najmniej przedwczesnym.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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]. Uwzględniono uzasadnione koszty poniesione przez Odwołującego, to jest w wysokości 13.600,00 zł, obejmujące wpis w wysokości 10.000 zł; a także wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości wynikającej ze złożonego rachunku, to jest 3.600,00 zł [§ 3 pkt 2 ppkt b) rozporządzenia]. Nie uwzględniono wniosku o zasądzenie kosztów postępowania, w części obejmującej koszty dojazdu pełnomocnika Odwołującego na posiedzenie i rozprawę w wysokości 119,50. Uwzględniono w powyższym zakresie okoliczność, że przepisy *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*, w § 3 pkt 2 wymieniają uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego [a także przystępującego, który złożył sprzeciw w razie uwzględnienia odwołania], wśród których, w sposób przykładowy, wyszczególniono jako koszty strony [ewentualnie przystępującego]: koszty związane z dojazdem na rozprawę, względnie posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej oraz wynagrodzenie pełnomocników, nie wyższe niż kwota 3 600 zł. Powyższe oznacza, że ustawodawca nie przewidział, by kosztem postępowania miał być koszt pełnomocnika, jak przykładowo koszt jego noclegu lub dojazdu na posiedzenie lub rozprawę, przyjmując że wyłącznie wynagrodzenie tego pełnomocnika ponoszone przez stronę w związku z jej zastępstwem stanowi koszt strony lub odpowiednio przystępującego, który złożył sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania [tak też: uzasadnienia wyroków, w części stanowiącej postanowienia o kosztach postępowania, z dnia 6 września 2012 r. w spr. KIO 1801/12, 13 września 2012 r. w spr. KIO 1840/12].

Przewodniczący: