

Sygn. akt: KIO 1997/11

WYROK
z dnia 28 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2011 r. przez wykonawcę Gardinia Sp. z o.o., 55-040 Domasław, ul. Oławska 4 w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Szczecinie, 70-530 Szczecin, ul. Jana Matejki 22

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Gardinia Sp. z o.o., 55-040 Domasław, ul. Oławska 4 i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Gardinia Sp. z o.o., 55-040 Domasław, ul. Oławska 4 tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od wykonawcy Gardinia Sp. z o.o., 55-040 Domasław, ul. Oławska 4 na rzecz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Szczecinie, 70-530 Szczecin, ul. Jana Matejki 22 kwotę **3.867 zł 50 gr.** (słownie: trzy tysiące osiemset sześćdziesiąt siedem złotych, pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez stronę z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz jego dojazdu na rozprawę.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Szczecinie na *dostawę i montaż żaluzji pionowych oraz rolet wewnętrznych – zaciemniających, sterowanych elektrycznie w budynku oddziału ZUS w Szczecinie przy ul. A.Citroena* (numer postępowania 370/PN/D/18/2011), wobec czynności wykluczenia z postępowania wykonawca – Gardinia Sp. z o.o. wniósł w dniu 16 września 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1997/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 15 września 2011 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia o wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty z dnia 13 września 2011 r. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań nieprzekraczających kwoty określonej w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla dostaw i usług.

W odwołaniu postawione został zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych i § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) poprzez bezzasadne ich zastosowanie względem odwołującego. W wyniku wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej nie będącej najkorzystniejszą co stanowiło obrazę przepisu art. 91 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się.

Podstawą dla której odwołujący został wykluczony z postępowania, wskazaną w zawiadomieniu była ocena dokumentów złożonych w celu potwierdzenia niezalegania z opłaceniem podatków oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne. Przedłożone zaświadczenia – naczelnika właściwego urzędu skarbowego wystawione zostało na dzień 29.08.2011 r., natomiast zaświadczenie naczelnika właściwego oddziału ZUS wystawione zostało na dzień 26.08.2011 r. Zamawiający uznał, iż skoro oba zaświadczenia opiewają na dzień przypadający po dniu składania ofert, to należy przyjąć, że ich nie ma. Stanowisku temu sprzeciwił się odwołujący, wskazując, iż przepis ustawy wymaga jedynie, aby zaświadczenia nie były „starsze” niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Swoje stanowisko w sprawie poparł orzeczeniem KIO z dnia 16.09.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1899/10.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

Kierując odwołanie do rozpoznania na rozprawie, Izba nie stwierdziła wystąpienia okoliczności mogących prowadzić do odrzucenia odwołania na posiedzeniu niejawnym i rozpoznała zarzuty merytorycznie. Interes odwołującego we wniesieniu odwołania wyraża się w dążeniu do przywrócenia jego oferty do oceny i jej wyboru jako najkorzystniejszej, spośród złożonych w postępowaniu.

Zarzuty w odwołaniu skierowane są wobec czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej zwana ustawą Pzp) i uznania jego oferty za odrzuconą, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego w kwocie EURO wynosi 33.017,97 (netto w złotych 126.756,00), co wyznaczało sposób prowadzenia postępowania przewidziany dla zamówień o wartości nie przekraczającej progu, od którego uzależnione jest zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, a także w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił zakres żądanych, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawców z postępowania, dokumentów, wskazując między innymi na obowiązek przedłożenia: aktualnego zaświadczenia naczelnika właściwego urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenia, 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 oraz aktualnego zaświadczenia z właściwego oddziału ZUS lub KRUS potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, 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.

Do oferty, odwołujący nie załączył wymienionych powyżej dokumentów, co skutkowało wszczęciem procedury określonej w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwaniem wykonawcy pismem z dnia 23.08.2011 r. do uzupełnienia dokumentów.

W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca przedłożył w wyznaczonym terminie zaświadczenia stwierdzające brak zaległości według stanu ustalonego w dacie ich wystawienia, tj. odpowiednio na dzień 26.08.2011 r. (zaświadczenie ZUS) oraz 29.08.2011 r. (zaświadczenie z US).

Mając na uwadze ustalony stan faktyczny, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a argumentacja odwołującego nie znajdowała uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp., w tym w szczególności w art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w przedmiotowej sprawie miało nastąpić za pomocą oświadczeń i dokumentów wskazanych w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak dokumentów, przy takim sposobie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, skutkowało zatem uznaniem, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, niezależnie od rzeczywistej sytuacji tego podmiotu. Skoro w postępowaniu żądane były dokumenty na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu musiała być dokonana w oparciu o treść składanych w ofercie dokumentów. W przypadku stwierdzenia braku dokumentów w ofercie, lub złożenia w ofercie dokumentów zawierających błędy, na zamawiającym spoczywał obowiązek wszczęcia procedury określonej w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zmierzającej do ich uzupełnienia, co zostało dokonane w piśmie z dnia 23.08.2011 r. W kontekście podnoszonych zarzutów, decydujące znaczenie miała treść przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w którym w ostatnim zdaniu ustawodawca wprowadził wymóg, aby składane na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty potwierdzały spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...), nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Mając na uwadze przywołaną treść przepisu, niezasadne było twierdzenie odwołującego, iż w ustawie wymaga się jedynie, aby zaświadczenia nie były „starsze” niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W przypadku uzupełnienia dokumentów po otwarciu ofert, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie, dla oceny ich aktualności znaczenie miało nie tylko ustalenie, że zostały wystawione w terminie nie późniejszym od wskazanego w rozporządzeniu, ale również stwierdzenie, że potwierdzały one stan istniejący najpóźniej na dzień składania ofert. Uzupełnione przez odwołującego dokumenty potwierdzały stan ustalony na dzień

odpowiednio 26 i 29 sierpnia 2011 r. i nie pozwalały na przeprowadzenie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty, co wypełniało przesłankę do jego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Nie było sporne, iż uzupełnione przez odwołującego zaświadczenia potwierdzały stan ustalony na dzień ich wystawienia, co nastąpiło po upływie terminu wyznaczonego do złożenia oferty. Odwołujący dopiero po otrzymaniu wezwania od zamawiającego do uzupełnienia dokumentów wystąpił do właściwych organów o ich wystawienie. Skoro już w ogłoszeniu, a następnie również w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający określił, jakie dokumenty mieli złożyć wykonawcy w celu wykazania braku podstaw do ich wykluczenia z postępowania, obowiązkiem wykonawców było ich uzyskanie i złożenie w ofercie. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jest przepisem o charakterze szczególnym, umożliwiającym uzupełnienie dokumentów, które powinny być złożone razem z ofertą, a więc przed upływem terminu wyznaczonym w ogłoszeniu o zamówieniu. Uzupełnienie dokumentów po otwarciu ofert stanowi wyjątkową sytuację przewidzianą w ustawie, która wymaga ścisłego przestrzegania przepisu. Przewidziana w ustawie procedura nie może prowadzić do umożliwienia wykonawcom późniejszego, tj. po otwarciu ofert gromadzenia dokumentów, które powinny być w posiadaniu wykonawcy już w dacie składania oferty (podobnie w wyroku Sąd Okręgowy w Warszawie, sygn. akt V Ca 2307/09 z dnia 08.12.2009 r.). W przypadku oferty odwołującego, wezwanie do uzupełnienia dokumentów pozwalało wykonawcy na przedłożenie nie załączonych do oferty dokumentów. Skierowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów nie stanowiło okoliczności sanującej wadliwość postępowania wykonawcy, który dopiero po otrzymaniu wezwania podjął kroki zmierzające do uzyskania potrzebnych dokumentów. O ich wystawienie winien on wystąpić, już w momencie ustalenia treści ogłoszenia, co pozwalałoby na ich skompletowanie i złożenie wraz z ofertą lub najpóźniej w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Jak wynika z okoliczności faktycznych, czas potrzebny na uzyskanie zaświadczeń, pozwalał na ich uzupełnienie w terminie krótszym od wyznaczonego w wezwaniu do uzupełnienia (7 dni), a zatem nie można było mówić o ewentualnych przeszkodach niezależnych od wykonawcy, które uniemożliwiły odwołującemu uzyskanie zaświadczeń przed upływem terminu do złożenia oferty. To odwołujący nie dochował należyte staranności przygotowując ofertę. Pomimo świadomości nieaktualności posiadanych zaświadczeń, tj. wystawionych wcześniej niż 3 miesiące przed wyznaczonym terminem składania ofert, odwołujący zwlekał z ich uzyskaniem, aż do momentu otrzymania wezwania zamawiającego. Odwołujący swoim zaniedbaniem doprowadził do złożenia oferty, której uzupełnienie z zachowaniem wymogów ustawowych w praktyce okazało się niemożliwe i skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Pozostałe zarzuty związane z podstawowym zarzutem Izba oddaliła, uznając czynność wyboru oferty najkorzystniejszej za prawidłową.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Izba orzekła o kosztach postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), i obciążyła kosztami postępowania odwołującego. Izba zliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości należnej, tj. 7.500 zł., zgodnie z §1.1 pkt 1 rozporządzenia oraz uzasadnione koszty zamawiającego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz jego dojazdem na rozprawę, na podstawie złożonych do akt sprawy rachunków. Nadpłacona kwota wpisu w wysokości 2.500 zł. podlega zwrotowi na rzecz odwołującego.

Przewodniczący: