

Sygn. akt: KIO/UZP 1772/09

**WYROK**  
**z dnia 27 stycznia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

**Członkowie: Andrzej Niwicki**

**Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Dariusza Pożuczka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Usługi Remontowo – Budowlane „Ciepły Dom” Dariusz Pożuczek, Karnków nr 15 A, 57 – 130 Przeworno** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Wiązów, Pl. Wolności 37, 57-120 Wiązów** protestu z dnia 10 listopada 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Jarosława Nowaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Now – Bud Jarosław Nowak, ul. Chrobrego 122/33, 55-200 Oława** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża Dariusza Pożuczka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Usługi Remontowo – Budowlane „Ciepły Dom” Dariusz Pożuczek, Karnków nr 15 A, 57 – 130 Przeworno i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Dariusza Pożyczka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Usługi Remontowo – Budowlane „Ciepły Dom” Dariusz Pożuczek, Karnków nr 15 A, 57 – 130 Przeworno;**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Dariusza Pożyczka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Usługi Remontowo – Budowlane „Ciepły Dom” Dariusz Pożuczek, Karnków nr 15 A, 57 – 130 Przeworno.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Dariusz Pożuczek, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Usługi Remontowo – Budowlane „Ciepły Dom” Dariusz Pożyczek z siedzibą Karnków, zwany dalej „Odwołującym”, złożył protest i odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Remont budynku szkoły podstawowej w Wawrzyszowie*”, prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „*ustawa Pzp*”) przez Gminę Wiązów (dalej: „*Zamawiający*”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 października 2009 r. (nr ogłoszenia: 345934).

Pismem z dnia 6 listopada 2009 r., doręczonym Odwołującemu drogą mailową w dniu 9 listopada 2009 r., Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej (Zakład Usługowo Produkcyjno – Handlowy GRAND z siedzibą w Jasiennej) oraz m.in. o odrzuceniu oferty Odwołującego. W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający wskazał, że oferta ta została odrzucona z uwagi na niespełnienie warunku określonego w pkt 8 lit. d SIWZ, tj.: „posiadanie zdolności finansowej do realizacji przedmiotu umowy” oraz z tego powodu, że wykonawca ten nie określił okresu rękojmi oraz gwarancji na wykonany przedmiot zamówienia, tym samym nie spełnił też warunku określonego w pkt 8 lit. e SIWZ, tj.: „udzielenie, w przypadku wyboru oferty, rękojmi i okresu gwarancyjnego nie krótszego niż 36 miesięcy”.

Na tę czynność Odwołujący pismem z dnia 10 listopada 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący złożył protest, w którym wskazał na naruszenie przez Zamawiającego dotyczące:

1) dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego

2) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu złożonego protestu podniósł, że Zamawiający nie doczytał formularza ofertowego (pierwsza strona lit. c), gdzie Odwołujący wpisał okres gwarancji i rękojmi 60 miesięcy, jako wymagany, nie krótszy niż termin 36 miesięcy.

Podniósł też, że Zamawiający nie wypełnił ciążącego na nim obowiązku wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów, które zawierają błędy. Powyższe odnosiło się do dokumentu potwierdzającego wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę nie mniejsza niż 200 000 zł, wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, tj. 27 października 2009 r. W tym przedmiocie do protestu załączył nowy dokument potwierdzający ten warunek z datą wystawienia 15 października 2009 r.

Podnosząc wskazane zarzuty i argumentację Odwołujący w treści protestu wniósł o: powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako oferty nie podlegającej odrzuceniu i dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty spośród nie podlegających odrzuceniu.

O złożonym proteście Zamawiający poinformował wykonawców w piśmie z dnia 12 listopada 2009 r., wzywając ich do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca: Jarosław Nowak, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Now-Bud Jarosław Nowak z siedzibą w Oławie (dalej: „Przystępujący”), w dniu 16 listopada 2009 r. złożył przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wnosząc o oddalenie zarzutów podniesionych w proteście.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia 16 października 2009 r., doręczonym Odwołującemu w tej samej dacie. Protest ten co do zarzutu braku określenia terminu gwarancji i rękojmi uznał w części protest, co do zarzutu dotyczącego braku wezwania Odwołującego do uzupełniania dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp protest oddalił.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu co do oddalenia zarzutu Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego nie spełnia warunku określonego w pkt 8 lit. d SIWZ, co do zdolności finansowej. Podkreślił, że Odwołujący do swojej oferty dołączył informację z Banku PEKAO S.A. z dnia 30 października 2008 r., z której wynikało, że Odwołujący nie posiada wystarczających środków finansowych dla wypełnienia wymogu określonego w SIWZ (200 000 zł). Według tej informacji Odwołujący posiada zabezpieczenie wolnych środków w wysokości: 174 629,36 zł, co nie jest wystarczającym zabezpieczeniem. Podkreślił, że w ofercie Odwołujący złożył wymagany dokument, który jednak został wystawiony w okresie późniejszym niż 3 miesiące (termin określony w SIWZ i wynikający z przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców oraz ich form), a dodatkowo dokument ten nie potwierdził spełniania warunku określonego przez Zamawiającego w SIWZ (pkt 8 lit d). Stwierdził też, że w takiej sytuacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie ma zastosowania.

Odwołujący w dniu 20 listopada 2009 r. (data nadania przesyłki w urzędzie pocztowym operatora publicznego) złożył do Prezesa UZP odwołanie, przekazując w tej samej dacie jego kopię Zamawiającemu.

W odwołaniu został podtrzymany zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentu, a tym samym naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, z racji nie uwzględnienia zarzutu dotyczącego braku dokumentu co do zdolności finansowej Odwołującego, podtrzymując również w tym zakresie swoją dotychczasową argumentację.

Podnosząc wskazany zarzut zażądał:

- 1) uwzględnienia odwołania;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia Odwołującego;
- 3) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert;
- 5) zasądzenia kosztów postępowania stosowanie do treści art. 191 ust. 6 ustawy Pzp wraz z uwzględnieniem kosztów pełnomocnika.

Pismem z dnia 4 grudnia 2009 r., które wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 9 grudnia 2009 r. Jarosław Nowak, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą NOW – BUD (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz Przystępującego, zaprezentowanych w proteście, odwołaniu rozstrzygnięciu protestu oraz w przystąpieniach do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i postępowania odwoławczego, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z kopii dokumentacji postępowania potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego i załączonej do akt sprawy oraz przedłożonej przez Zamawiającego w toku rozprawy do wglądu Izby w oryginale, w tym przede wszystkim z treści ogłoszenia o zamówieniu i treści postanowień SIWZ oraz oferty Odwołującego, jak również z oświadczeń i stanowisk stron postępowania i jego uczestnika, złożonych w toku postępowania z użyciem środków ochrony prawnej na piśmie oraz ustnie do protokołu.

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów podniesionych w odwołaniu, skład orzekający Izby uznał, że zarzuty podniesione w odwołaniu potwierdziły się. W ocenie Izby brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

W oparciu o dokumentację postępowania ustalono, że w pkt 9.4 SIWZ Zamawiający zażądał - na potwierdzenie spełniania warunku zdolności finansowej do realizacji przedmiotu umowy - pisemnej informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej prowadzącego rachunek wykonawcy, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę nie mniejszą niż 200 000 zł, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Ustalono też, że w ofercie Odwołującego na str. 58 znajduje się informacja z Banku PEKAO S.A. datowana na dzień 30 października 2008 r., wystawiona na rzecz Odwołującego, z której wynika, że obroty na rachunku tego wykonawcy kształtują się w następujący sposób:

- po stronie WN 3 087 335, 12 PLN
- po stronie MA 3 261 964, 48 PLN

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że faktycznie przedłożony wraz z ofertą dokument nie spełnia wymogu określonego przez Zamawiającego w pkt 9.4 w zw. z pkt 8 lit. d SIWZ – tak co do wymaganej kwoty, potwierdzającej zdolność finansową wykonawcy, jak i co do aktualności dokumentu, mającego potwierdzać wymóg Zamawiającego.

Powyższe jest zgodne ze stanowiskiem Zamawiającego w tym zakresie, jednak skład orzekający Izby wywodzi z tego odmienne skutki prawne dla wykonawcy w niniejszym postępowaniu w związku ze wskazanymi brakami. W ocenie Izby, powyższe braki nie mogą skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego, a wyłącznie koniecznością skierowania przez Zamawiającego do Odwołującego wezwania do uzupełnienia dokumentów, wystosowanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie ze wskazanym przepisem ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełniania dokumentów, jeśli:

- 1) dokumentu w ogóle nie złożono lub
- 2) dokument zawiera błędy.

Z drugą z wymienionych sytuacji mamy właśnie do czynienia w niniejszej sprawie. Przedłożony przez Odwołującego dokument zawiera błędy, tak co do jego aktualności, jak i co do kwestii związanej ze spełnianiem warunku udziału w postępowaniu. Dyspozycja wskazanego przepisu nie określa dokładnie co należy rozumieć przez pojęcie: „*błądu*”, stąd też należy w tym przypadku pojęcie to rozumieć szeroko, również w tym kontekście, że błąd w dokumencie wyraża się poprzez brak wykazania w nim spełniania warunku udziału w postępowaniu. Przyjęcie odmiennej wykładni wskazanego przepisu pozwalałoby na żądanie uzupełniania dokumentu, w sytuacji gdy wykonawca w ogóle nie przedłożył jakiegokolwiek dokumentu i tym samym lepszą sytuację takiego wykonawcy, który w ogóle nie wypełnił wymogu Zamawiającego od sytuacji wykonawcy, który przedłożył określony dokument, ale z jakiś względów nie potwierdza on spełniania warunku określonego przez Zamawiającego. Powyższe stanowisko Izby potwierdza doktryna oraz bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, dotyczące interpretacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Stosowanie do przywołanego przepisu ustawy Pzp Zamawiający nie wzywa jednak do uzupełniania do dokumentów, które miałyby potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy mimo złożenia tych dokumentów oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Mianowicie – jak okazało się w toku rozprawy – Odwołujący, co przyznał na rozprawie, nie załączył do swojej oferty Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego, który był wymagany przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ (pkt 17 i 18 oraz jako załącznik nr 5 do SIWZ).

Dokument ten nie jest dokumentem składanym na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych w postępowaniu i jako nie objęty katalogiem dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, nie podlega uzupełnieniu, a stanowi o merytorycznej treści oferty. Harmonogram ten – jak Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania – zgodnie z § 1 ust. 1 lit. a) projektu umowy miał również stanowić o szczegółowym opisie przedmiotu umowy. Na jego podstawie Zamawiający miał też dokonywać oceny ceny ofertowej wykonawcy. Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby nie mógł pominąć tej okoliczności, która w jego ocenie stanowi o sprzeczności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, co wypełnia dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. O tej okoliczności – zdaniem Izby – Zamawiający powinien był poinformować Odwołującego w informacji o wynikach postępowania z dnia 6 listopada 2009 r., a co najmniej na etapie rozstrzygnięcia protestu. Niewątpliwe uchybienie w tym zakresie ze strony Zamawiającego nie może jednak prowadzić do konwalidowania oferty Odwołującego, która z powodu przyznanego na rozprawie przez Odwołującego braku, nie może być również poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Powyższa okoliczność z uwagi na zasadę ekonomiki i szybkości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a przede wszystkim treść art. 191 ust. 1a ustawy Pzp musi być wzięta pod uwagę przez Izbę z urzędu przy wydaniu niniejszego orzeczenia. Zgodnie ze wskazanym przepisem Izba uwzględnia odwołanie jedynie w sytuacji, gdy stwierdzone przez Izbę naruszenie miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby niewątpliwe doszło w niniejszym postępowaniu do naruszenia przepisów ustawy Pzp w postaci zaniechania przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do uzupełniania dokumentu, potwierdzającego jego zdolność finansową, jednakże nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełniania braku dokumentu, nie miałyby wpływu na wynik postępowania bowiem i tak oferta Odwołującego, jako sprzeczna z SIWZ, podlega odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę powyższe i zgromadzony w sprawie materiał dowodowy skład orzekający Izby stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przywoływanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, tj. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże z uwagi na treść art. 191 ust. 1a ustawy Pzp odwołanie oddalił.

Na marginesie tylko Izba zwraca uwagę, że stwierdzenie w ofercie braku spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji podmiotowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenia zamówienia winno skutkować wykluczeniem wykonawcy z udziału w postępowaniu, a nie odrzuceniem oferty – jak w przedmiotowej sprawie ustalił to Zamawiający. Zamawiający w niniejszym postępowaniu myli bowiem czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę od oceny treści oferty pod kątem wypełnienia przez nią wymogów merytorycznych co do zakresu, terminu i sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. W pierwszym przypadku, jeśli Zamawiający stwierdza, że warunki udziału (np. zdolność finansowa, czy ekonomiczna) nie są wypełnione przez wykonawcę lub wykonawca nie załączył dokumentów potwierdzających ich spełnianie, powinien wykluczyć wykonawcę z udziału w postępowaniu, w drugim zaś przypadku, jeśli stwierdzi sprzeczność oferty z SIWZ powinien ofertę odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższe uchybienie formalne, polegające na wskazaniu podstawy do odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) zamiast postawy do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp), jednak nie miało wpływu na sytuację Odwołującego (oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu) i nie ograniczało mu prawa do wnoszenia środków ochrony prawnej, co Izba niniejszym orzeczeniem potwierdziła (potwierdził się zarzut nieuprawnionego wykluczenia / odrzucenia wykonawcy z powodu nie spełnienia warunku dotyczącego zdolności finansowej). Powyższe ustalenia Izby mają jednak – jak podniesiono - charakter marginalny.

Uwzględniając powyższe Izba działając na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....