

Sygn. akt: KIO/2523/10

WYROK

z dnia 30 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 19 listopada 2010 r. przez **Pro Acta Łukanowski i Wspólnicy Sp. J., 02-017 Warszawa, al. Jerozolimskie 125/127** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Zdrowia - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, 00-184 Warszawa, ul. St. Dubois 5A.**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Pro Acta Łukanowski i Wspólnicy Sp. J., 02-017 Warszawa, al. Jerozolimskie 125/127 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Pro Acta Łukanowski i Wspólnicy Sp. J., 02-017 Warszawa, al. Jerozolimskie 125/127** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Pro Acta Łukanowski i Wspólnicy Sp. J., 02-017 Warszawa, al. Jerozolimskie 125/127** na rzecz **Ministerstwa Zdrowia - Centrum Systemów Informacyjnych Ochrony Zdrowia, 00-184 Warszawa, ul. St. Dubois 5A** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego 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. Nr 119, 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Systemów Informatycznych, Ochrony Zdrowia, Ul. Stanisława Dubois 5A, 00-184 Warszawa, (zwany dalej: „Zamawiającym”) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Opracowanie architektury referencyjnej rejestru medycznego oraz specyfikacji zestawu (zbioru) usług dla medycznych rejestrów przedmiotowych, projektu P2, Platforma udostępniania on-line przedsiębiorcom usług i zasobów cyfrowych rejestrów medycznych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 23 lipca 2010 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 lipca 2010 r., pod numerem 2010/S 143-220732.

Ponadto ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 27 lipca 2010 r., zaś Specyfikacja została zamieszczona na stronie internetowej od dnia 28 lipca 2010 r.

Wykonawca Pro Acta Łukanowski i Wspólnicy Sp. J., Al. Jerozolimskie 125/127, 02-017 Warszawa (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 19 listopada 2010 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność Zamawiającego, t.j. na bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenie jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,
- art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- 1) przeprowadzenie dowodu z polisy OC Odwołującego na okoliczność spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej realizację zamówienia,
- 2) nakazanie Zamawiającemu:
 - unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
 - unieważnienia czynności zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego,
 - unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika Odwoływającego w wysokości 3.600 zł,
4) ponadto, niezależnie od wyników sprawy - zwrot nadpłaconej części wpisu -7.500 zł, którą Odwoływający uiszczył z daleko posuniętej ostrożności procesowej (postępowanie zostało oznaczone przez Zamawiającego jako przekraczające wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, pomimo że całkowitą wartość przedmiotu zamówienia Zamawiający określił na 222 644,40 PLN bez VAT; stąd zdaniem Odwoływającego niniejsze odwołanie poddaje się, tak co do terminu wniesienia, jak i wysokości wpisu -rygorom jak dla zamówień poniżej tzw. progów unijnych.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwoływający wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

W ocenie Odwoływającego, czynność wykluczenia go z postępowania została dokonana przez Zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. z art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 25 ust. 1 pkt 1 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Według Odwoływającego uwadze Zamawiającego uszło bowiem, iż w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IV, podrozdział 1, pkt 1 ppkt 3b SIWZ należało złożyć „opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Dokumenty te winny potwierdzać fakt ubezpieczenia, najpóźniej od terminu wyznaczonego na składanie ofert.” (zgodnie z wersją SIWZ po zmianie dokonanej w dniu 12 sierpnia 2010 r.). Zdaniem Odwoływającego Zamawiający wymagał więc w SIWZ przedłożenia wyłącznie samej polisy, a nie dowodu jej opłacenia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, biorąc pod uwagę zasady kierujące postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, zwłaszcza art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający nie może żądać od wykonawców przedłożenia dodatkowych dokumentów, innych niż wyraźnie wymienione w SIWZ (por. wyrok KIO z dn. 29 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1459/09, opubl. KWANTUM.77731 oraz wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1683/09, opubl. KWANTUM.79825). Potwierdzenie przelewu składki ubezpieczeniowej stanowi natomiast taki odrębny, dodatkowy, niewymieniony w SIWZ dokument, przy czym w obrocie gospodarczym to właśnie polisa pozostaje zwyczajowym i wystarczającym dowodem zawarcia umowy ubezpieczenia i objęcia ochroną ubezpieczeniową. W opinii Odwoływającego skoro Odwoływający złożył przy ofercie w prawem przepisanej formie, opłaconą polisę OC, potwierdzającą fakt ubezpieczenia w wymaganym przez Zamawiającego okresie, to tym samym na chwilę składania ofert spełniał warunek udziału w postępowaniu. Jeśli natomiast Odwoływający powziął wątpliwość co do faktów wynikających z wymaganego przez siebie dokumentu (tj. co

do stanu opłacenia polisy) - powinien zdaniem Odwołującego przed wykluczeniem wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a nie wzywać go do złożenia dodatkowego dokumentu (potwierdzenie przelewu), nieprzewidzianego w SIWZ, oraz który nie jest przewidziany w katalogu dokumentów określonym w § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn. 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817). Według Odwołującego *wykluczenie wykonawcy z postępowania winno zostać poprzedzone wezwaniem, do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli załączone do oferty dokumenty budzą jego wątpliwości* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2010 r., KIO/UZP 691/10, KWANTUM.85660). Zdaniem Odwołującego żądanie uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dowodu zapłaty składki od polisy OC pozostawało tym samym niedopuszczalne, bowiem nie jest to dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu - por. uzasadnienie wyroku KIO z dn. 16 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 358/10, opubl. KWANTUM.84279, a także wyroku KIO z dn. 24 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1432/09, opubl. KWANTUM.77335. W opinii Odwołującego dowód opłacenia polisy nie zawiera się w katalogu dokumentów określonym w § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn. 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817). Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający może żądać wyłącznie niezbędnych do przeprowadzenia postępowania dokumentów wymienionych w w/w rozporządzeniu. Zdaniem Odwołującego skoro Zamawiający powziął wątpliwość co do treści przedłożonej przez Odwołującego polisy lub rzeczywistego objęcia go ochroną ubezpieczeniową w wymaganym w SIWZ terminie, mógł skorzystać z trybu wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wyjaśnienia składane w tym trybie mogą przybrać także formę oświadczenia złożonego przez samego ubezpieczyciela, co dopuszcza orzecznictwo KIO (por. powołany powyżej wyrok z dn. 16 kwietnia 2010 r. oraz uzasadnienie wyroku KIO z dn. 8 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1401/09, opubl. KWANTUM.77106).

Według Odwołującego przedłożona przez Odwołującego polisa OC bezspornie potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale IV, podrozdział 1, pkt 1 ppkt 3b SIWZ. Z jej treści wynika bowiem wprost, iż Odwołujący jest ubezpieczony w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia (działalność usługowa w zakresie informacji), a suma ubezpieczenia wynosi 200.000 zł. Okres ubezpieczenia jest również zgodny z wymaganiami Zamawiającego,

bowiem Odwołujący jest objęty ochroną ubezpieczeniową od 1 września 2010 r. W ocenie Odwołującego Zamawiający niezasadnie uznał zatem, iż Odwołujący nie spełnia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, a co za tym idzie - dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Jeśli Zamawiający powziął wątpliwość co do faktów wynikających z przedłożonych dokumentów - winien skorzystać z trybu wezwania do złożenia wyjaśnień. Według Odwołującego skoro Zamawiający skorzystał z niewłaściwego trybu wezwania Odwołującego, przesłany faksem dowód opłacenia polisy należy co najwyżej oceniać pod kątem przepisów, które powinny znaleźć doń zastosowanie, gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego w we właściwym trybie, tj. przepisów odnośnie wyjaśnień składanych w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wyjaśnienia w tym trybie mogą zaś zostać złożone za pomocą faksu (taką formę komunikacji dopuszcza SIWZ), a przesłane w ten sposób przez Odwołującego potwierdzenie przelewu rozwiewa ewentualne wątpliwości co do faktu opłacenia polisy i powinno zostać potraktowane jako czyniące zadość prawu wyjaśnienie co do treści dokumentu załączonego do oferty. W opinii Odwołującego nie tylko realnie spełniał on na dzień otwarcia ofert wszystkie wymogi udziału w przedmiotowym postępowaniu, postawione przez Zamawiającego, w tym w szczególności wymóg dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, ale ponadto dołączył do oferty właściwe dokumenty na potwierdzenie ww. warunku, odpowiadające rodzajom dokumentów wskazanych w SIWZ oraz w rozporządzeniu ws. dokumentów. Stąd w jego ocenie, jego wykluczenie z postępowania zostało dokonane z obrazą dla wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp i jako wadliwa czynność Zamawiającego - nie może się ostać.

Wedle Odwołującego w związku z niedopuszczalnością zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jako podstawy żądania uzupełnienia dowodu opłacenia polisy OC, Zamawiający dopuścił się także obrazy art. 46 ust. 4a ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego. Odwołujący podniósł, iż według niego decyzja Zamawiającego dotycząca zatrzymania wadium jest decyzją w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i co do jej zasadności podlega ocenie Krajowej Izby Odwoławczej. Od czynności zatrzymania wadium przysługują wykonawcy środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp (por. uzasadnienie wyroku KIO z dn. 27 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1990/10, opubl. KWANTUM.96983).

Ponadto Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 23 lipca 2010 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 lipca 2010 r., pod numerem 2010/S 143-220732.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi postanowienia:

- Rozdział I pkt IV, ppkt 2 – „Forma przekazania informacji, oświadczeń i dokumentów w postępowaniu”) – forma pisemna zastrzeżona jest dla złożenia oferty wraz z załącznikami, w tym oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych przez Zamawiającego, a także zmiany lub wycofania oferty.

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 29 września 2010 r.

Do upływu terminu składania ofert zostały złożone oferty przez 8 wykonawców, w tym ofertę złożył również Odwołujący.

Do oferty Odwołującego załączono m. in. polisę, z której wynikało iż składka roczna za umowę wynosiła 420,00 zł, oraz że składka za ubezpieczenie w wysokości 420,00 zł płaćna przelewem do dnia 07.09.2010 r.

Zamawiający pismem z dnia 19 października 2010 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wystąpił do Odwołującego o uzupełnienie dowodu opłacenia składki polisy. Przedmiotowy dokument należało przesłać do dnia 22 października 2010 r. do godz. 14.00.

Pismem z dnia 22 października 2010 r. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie przesłał potwierdzenie przelewu stanowiące dowód opłacenia składki. Dowód dokonania przelewu został przesłany przez Odwołującego za pośrednictwem faksu.

Ponadto Zamawiający pismem z dnia 28 października 2010 r. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wystąpił do Odwołującego o wyjaśnienie dlaczego dowodu opłacenia składki nie dostarczono Zamawiającemu w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Przedmiotowe wyjaśnienia należało złożyć do dnia 2 listopada 2010 r.

Pismem z dnia 2 listopada 2010 r. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnił, iż dowód opłacenia składki polisy został przesłany faksem z zastrzeżeniem, że w przypadku uznania przez Zamawiającego, że załączony dokument winien być złożony jako część oferty, t.j. wezwanie Pro Acta do uzupełnienia w tym zakresie, wykonawca przedłoży w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie oryginał przedmiotowego dokumentu lub kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem. Aby rozwiązać wszelkie wątpliwości Zamawiającego Odwołujący załączył do niniejszego pisma

oryginał dokumentu stanowiący dowód opłacenia składki, ten sam który odwołujący przesłał faksem w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 19 października 2010 r.

Pismem z dnia 15 listopada 2010 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Wskazując podstawę faktyczną Zamawiający stwierdził, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawca wraz z ofertą nie przedłożył dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy ubezpieczeniowej, co zdaniem Zamawiającego było niezbędne do wykazania spełnienia warunku posiadania zdolności finansowej i ekonomicznej zapewniającej wykonanie zamówienia. Załączona polisa bez przedmiotowego dokumentu nie stanowiła potwierdzenia ww. warunku w postępowaniu, zaś Zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dowodu opłacenia polisy ubezpieczeniowej, odwołujący zaś przekazał przedmiotowy dokument za pomocą faksu, co według Zamawiającego było niezgodne z zapisem Rozdziału I, podrozdziału IV, pkt 2 SIWZ.

Na powyższą czynność Odwołujący w dniu 19 listopada 2010 r. złożył do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 22 listopada 2010 r.

Do niniejszego postępowania nie przystąpił żaden wykonawca.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę Odwołującego jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Zdaniem Izby Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż czynności podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania a polegające na wykluczeniu Odwołującego oraz odrzuceniu jego oferty mogą pozbawić go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym narażają go na poniesienie szkody.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

Ponadto odwołanie, wobec niestwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto w związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że istnieją podstawy do rozpoznania odwołania na rozprawie.

Mając powyższe na względzie, Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie rozpoznając przedmiotowe odwołanie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie nie jest zasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Przechodząc do szczegółowego omówienia zarzutów w pierwszej kolejności Izba ustaliła, że istota rozpoznania niniejszego odwołania sprowadza się do oceny czy Zamawiający w sposób właściwy zastosował procedury przewidziane ustawą Pzp i czy w konsekwencji zgodnie z przepisami ustawy dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Następnie Izba zajęła się rozpoznaniem zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu skoro według Odwołującego spełniał on warunki udziału w postępowaniu.

Odnosnie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w sekcji III.2.2 pkt b Ogłoszenia o zamówieniu, Odwołujący złożył polisę, z której wynikało iż składka roczna za umowę wynosiła 420,00 zł, składka za ubezpieczenie w wysokości 420,00 zł płaćta przelewem do dnia 07 września 2010 r.

Dlatego też Zamawiający, pismem z dnia 19 października 2010 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku jw. przez złożenie dowodu opłacenia składki polisy. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego, Odwołujący przesłał potwierdzenie przelewu stanowiące dowód opłacenia składki. Dowód dokonania przelewu został przesłany przez Odwołującego za pośrednictwem faksu.

Ponadto Zamawiający pismem z dnia 28 października 2010 r. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wystąpił do Odwołującego o wyjaśnienie dlaczego dowodu opłacenia składki nie dostarczono Zamawiającemu w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Przedmiotowe wyjaśnienia należało złożyć do dnia 2 listopada 2010 r.

Pismem z dnia 2 listopada 2010 r. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnił, iż dowód opłacenia składki polisy został przesłany faksem z zastrzeżeniem, że w przypadku uznania przez Zamawiającego, że załączony dokument winien być złożony jako część oferty, t.j. wezwanie Pro Acta do uzupełnienia w tym zakresie,

wykonawca przedłoży w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie oryginał przedmiotowego dokumentu lub kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem. Aby rozwiać wszelkie wątpliwości Zamawiającego Odwołujący załączył do niniejszego pisma oryginał dokumentu stanowiący dowód opłacenia składki, ten sam który odwołujący przesłał faksem w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 19 października 2010 r.

Odwołujący, nie godząc się z decyzją Zamawiającego wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Analizując przedmiotowe odwołanie, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, iż po pierwsze Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych uchybił terminowi na zgłaszanie zarzutu w powyższym zakresie.

Przepis art. 182 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 (art. 182) wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Stanowisko powyższe wynika z faktu, iż okoliczności stanowiące podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 19 października 2010 roku, tym samym termin na wniesienie odwołania mijał w dniu 29 października 2010 roku.

Jak wynika z treści uzasadnienia odwołania, Odwołujący kwestionuje zasadność wezwania Odwołującego, przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Z hipotezy wyżej przytoczonej normy wynika, iż procedurę wzywania do uzupełniania dokumentów Zamawiający wszczyna, gdy stwierdzi, że brak jest w ofercie odpowiednich dokumentów lub dokumenty złożone, zawierają błędy.

Tym samym wezwanie, wystosowane przez Zamawiającego daje jasny sygnał wzywaniemu wykonawcy, że dokumenty przedłożone nie będą brały udziału w ocenie wykonawcy, lub ocena taka jest niemożliwa z powodu braku załączenia takich dokumentów. Skoro więc Odwołujący zajmuje stanowisko, iż przedłożone na etapie składania ofert dokumenty są prawidłowe i nie zawierają żadnych błędów, to w ocenie Izby ma ustawowe uprawnienie do kwestionowania czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów. Pozostawienie takiej sytuacji bez reakcji ze strony Odwołującego, uniemożliwia mu następnie – po ogłoszeniu wyników oceny ofert - kwestionowanie pierwotnej oceny dokumentów załączonych do oferty. W ocenie Izby przyjęcie przez Odwołującego wyników oceny dokumentów, pierwotnie załączonych do oferty, wyrażonej przez Zamawiającego poprzez wezwanie do ich uzupełnienia, świadczy o przyjęciu wyników tej oceny i przyznaniu, że faktycznie dokumenty te nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu (pismo z dnia 2 listopada 2010 r., str. 10).

Tym samym na etapie późniejszym, po ogłoszeniu wyników oceny ofert, podnoszenie zarzutów do skuteczności wezwania jest czynnością spóźnioną.

Jako, że przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych nie przewidują możliwości częściowego odrzucenia odwołania, Izba wyraziła stanowisko, odnośnie zarzutu naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jak wyżej.

W następnej kolejności Izba zajęła się rozpoznaniem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz w konsekwencji również naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty.

Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i w konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie potwierdził się w zebranych materiale dowodowym. Izba dokonując analizy materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, w tym przede wszystkim postanowień SIWZ oraz treści oferty złożonej przez Odwołującego stwierdziła, że odwołanie pozbawione jest uzasadnionych podstaw prawnych.

Okolicznością sporną jest, czy w stanie faktycznym niniejszej sprawy dopuszczalne było – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - przekazanie dowodu opłacenia składki polisy mającego potwierdzać spełnianie przez Odwołującego jednego z warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 Pzp, za pośrednictwem faksu uwzględniając fakt, iż dokument faksem został przesłany przed upływem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego, natomiast w formie pisemnej wpłynął do Zamawiającego po jego upływie.

Analiza zarówno SIWZ jak i ustawy oraz rozporządzenia prowadzi do wniosku, iż na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

Bezspornym jest, iż Zamawiający wezwał Odwołującego o uzupełnienie dowodu opłacenia składki polisy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Jak wynika z przywołanego przepisu ustawy Pzp Zamawiający wzywając wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów lub złożyli je z błędami, zobowiązany jest wyznaczyć termin do ich złożenia. Natomiast forma dokumentów przedkładanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu została określona w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 25 ust.2 ustawy Pzp delegującego uprawnienie do określenia form, w jakich dokumenty te mają być składane, na Prezesa Rady Ministrów. Brzmienie § 6 ust. 1 rozporządzenia jednoznacznie wskazuje, iż dokumenty i oświadczenia należy składać w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Ponadto zgodnie z postanowieniami SIWZ IV(Rozdział I pkt IV, ppkt 2 – „Forma przekazania informacji, oświadczeń i dokumentów w postępowaniu”) – forma pisemna zastrzeżona jest dla złożenia oferty wraz z załącznikami, w tym oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych przez Zamawiającego, a także zmiany lub wycofania oferty.

Zamawiający pismem z dnia 15 listopada 2010 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ponieważ wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca wraz z ofertą nie przedłożył dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy ubezpieczeniowej, co zdaniem Zamawiającego było niezbędne do wykazania spełnienia warunku posiadania zdolności finansowej i ekonomicznej zapewniającej wykonanie zamówienia. Załączona polisa bez przedmiotowego dokumentu nie stanowiła potwierdzenia ww. warunku w postępowaniu, zaś Zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dowodu opłacenia polisy ubezpieczeniowej, odwołujący zaś przekazał przedmiotowy dokument za pomocą faksu, co według Zamawiającego było niezgodne z zapisem Rozdziału I, podrozdziału IV, pkt 2 SIWZ.

Izba podziela pogląd Zamawiającego, iż wymagane wezwaniem o uzupełnienie dokumenty Odwołujący zobowiązany był przedłożyć Zamawiającemu w formie określonej w rozporządzeniu oraz w Rozdział I pkt IV, ppkt 2 SIWZ tj. w oryginale bądź poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii.

Trzeba zatem podkreślić, iż wezwaniem o uzupełnienie dokumenty Odwołujący powinien złożyć w formie oryginału bądź poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zgodnie z rozporządzeniem oraz SIWZ. Zasada ta obowiązuje bez względu na stadium postępowania o udzielenie zamówienia. Inne rozumienie rozporządzenia byłoby sprzeczne z literalnym jego brzmieniem i mogłoby prowadzić do nieuzasadnionego rozróżnienia sytuacji wykonawców, w zależności od tego, kiedy przedłożyli wymagane dokumenty (wykonawcy, którzy złożyli dokumenty wraz z oferta byłiby zobligowani do przedkładania ich w formie kwalifikowanej tj. oryginału lub potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii, podczas gdy wykonawcy wezwani w trakcie postępowania do uzupełnienia – mogliby poprzestać na dokumencie przekazanym za pośrednictwem faksu mającym de facto status kopii), co wprost stałoby w sprzeczności z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, iż Odwołujący powinien doręczyć Zamawiającemu dowód opłacenia polisy ubezpieczeniowej w formie oryginału bądź potwierdzonej przez siebie za zgodność z oryginałem kopii do dnia 22 października 2010 r., g.14.00. Tymczasem oryginał wpłynął do Zamawiającego w dniu 2 listopada 2010r., zatem z uchybieniem terminu.

W zakresie zarzutu dotyczącego art. 26 ust. 4 ustawy Izba zauważa, iż Zamawiający wezwał Odwołującego o wyjaśnienie, jednak Izba przypomina, że Zamawiający w świetle przepisów ustawy może wezwać wykonawcę tylko raz, a poprzez złożenie wyjaśnień nie można omijać dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy, dlatego też Izba podziela pogląd iż niezłożenie wymaganego dokumentu w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność skutkować mogło jedynie wykluczeniem Odwołującego z postępowania.

W konsekwencji, biorąc pod uwagę stan faktyczny niniejszej sprawy, Izba stwierdziła, iż zarzuty odwołania nie potwierdziły się. Zamawiający prawidłowo postąpił wykluczając Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z niewykazaniem przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zastosował dyspozycję art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w tym także co do uzasadnionych kosztów Zamawiającego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, z ograniczeniem ich wysokości do kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....