

WYROK

z dnia 15 października 2012 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska

**Protokolant:** Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2012 roku przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „TELKAZ” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Szczecinku**

przy udziale wykonawcy **E..... O.....-M.....** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **Biuro Obsługi Inwestycji E..... O.....-M.....** we **Wrocławiu**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa – Państwowemu Gospodarstwu Leśnemu Lasy Państwowe Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Szczecinku** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego TELKAZ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i dokonanie ponownej oceny ofert
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Regionalną Dyrekcję Lasów Państwowych w Szczecinku** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „TELKAZ” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego – **Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Szczecinku** na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego „TELKAZ” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Szczecinku – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie rozpoznania i oczyszczania saperskiego dla Części zamówienia nr I – Nadleśnictwo Borne Sulinowo realizowanego w ramach projektu „Rekultywacja na cele przyrodnicze terenów zdegradowanych, popoligonowych i powojkowych zarządzanych przez PGL LP.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 1 października 2012 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe TELKAZ Sp. z o.o. w Warszawie (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w toku postępowania:

1. dokonania wyboru w zakresie części I oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,
2. bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp a w konsekwencji uznania oferty odwołującego za odrzuconą, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,

Z uwagi na powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 oraz wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert (Część 1) z uwzględnieniem oferty odwołującego,
3. wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 1 postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że złożył ofertę w zakresie Części 1 oferując realizację tej części zamówienia za cenę brutto 13 920 119,14 PLN. W zakresie tej części zamówienia wpłynęła jeszcze jedna oferta wykonawcy Biuro Obsługi Inwestycji E.....

O..... M..... z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Sempołowskiej 29, która zawierała cenę wyższą od zaferowanej przez odwołującego, tj. 15 897 311,75 PLN brutto. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający odczytał kwotę 18 156 670,24 PLN brutto.

W ww. piśmie z dnia 22 sierpnia 2012 r. zamawiający w pkt 1 ppkt 2 wezwał do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp m.in.: dokumentów wymaganych w Rozdziale X pkt 7 SIWZ dla podmiotów na zasobach których wykonawca polega, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia. Zgodnie z wymogami SIWZ sformułowanymi w pkt X 5 i 6 zamawiający wymagał przedstawienia ww. dokumentów. Z treści oferty wynika jednoznacznie (punkt 7 str. 2 oferty, że przedmiotowe zamówienie zrealizuje przy udziale podwykonawców w zakresie; „ części robót wykonania rozpoznania saperskiego ”. Uzupełnione dokumenty należy przesłać w terminie 3 dni od otrzymania wezwania.

Ponieważ odwołujący polega na zasobach 2 podmiotów: (1) D..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PUH „DIKAR\*’ D..... K.....i oraz (2) Sapper Support Sp. z o.o. i oba te podmioty będą brały udział w realizacji zamówienia (co zostało wskazane w treści oferty), odwołujący uzupełnił wymagane dokumenty (na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia) składając je w formie pisemnej w siedzibie zamawiającego w Szczecinku w dniu 24 sierpnia 2012 r.

Wśród uzupełnionych dokumentów odwołujący przedłożył zaświadczenie wystawione 14 maja 2012 r. przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Biuro Terenowe w Gliwicach, stwierdzające iż Sapper Support Sp. z o.o. nie figuruje w rejestrze płatników składek KSI ZUS. W piśmie z dnia 3 września 2012 r. odwołujący w wyznaczonym terminie udzielił zamawiającemu wyjaśnień (pismo z dnia 4 września 2012 r.

Zamawiający 24 września 2012 r. podjął ostatecznie decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania ze względu na zaświadczenie ZUS dla podwykonawcy Saper Support Sp. z o.o. przedłożone zamawiającemu w dniu 24 sierpnia 2012 r. Jako podstawę faktyczną wykluczenia zamawiający przyjął zaświadczenie z ZUS stwierdzające, iż spółka Saper Support Sp. z o.o. nie figuruje w Rejestrze Płatników Składek KSI ZUS. Zdaniem Zamawiającego zaświadczenie to nie może być przyjęte, gdyż: podstawy do wykluczenia z postępowania zostały enumeratywnie wskazane w ustawie Pzp i muszą być interpretowane ściśle, zgodnie z literalną wykładnią tych przepisów. Ustawa Pzp oraz rozporządzenie nie dopuszcza możliwości, aby okoliczność o zaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne mogła zostać zweryfikowana przez zamawiającego na podstawie innego dokumentu niż zaświadczenie właściwego organu. Zamawiający jest zobowiązany do

wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu (art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Weryfikacja tej przesłanki odbywa się w oparciu:

- albo o oświadczenie własne wykonawcy, o braku podstaw do wykluczenia (dopuszczalne w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych),
- albo o oświadczenie własne wykonawcy, o braku podstaw do wykluczenia poparte dodatkowo aktualnym zaświadczeniem właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającym, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzeniem, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionym nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu (...) składania ofert § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia 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 Ponieważ zamawiający prowadzi postępowanie powyżej progów unijnych, dlatego też oprócz oświadczenia dla potwierdzenia przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp należało złożyć także zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (dalej: „ZUS”). Odwołujący przedłożył dla podwykonawcy Sapper Support Sp. z o.o. zarówno oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia (w załączeniu) jak i zaświadczenie właściwego oddziału ZUS potwierdzające że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne. Należy zwrócić uwagę, iż rozporządzenie o dokumentach wymaga przedłożenia zaświadczenia:

- a) aktualnego, tzn. potwierdzającego aktualny stan faktyczny,
- b) wystawionego przez właściwy organ,
- c) potwierdzającego okoliczność braku zaległości w opłaceniu składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne względnie potwierdzającego zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności.
- d) wystawionego w określonym przedziale czasowym.

Przepisy rozporządzenia o dokumentach nie wskazują na konkretne zaświadczenie, nie regulują treści zaświadczenia. Nie narzucają druku na jakim to zaświadczenie ma zostać wystawione w celu przedłożenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Nie wskazują też, że potwierdzenie braku zaległości w opłaceniu składek ma

być wyrażone wprost czy pośrednio. Zaświadczenie musi po prostu dowodzić braku zaległości (względnie zwolnienie odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności). Zaświadczenie przedłożone przez Odwołującego dla podwykonawcy taką okoliczność bezwzględnie potwierdza. Odwołujący wyjaśnił to dodatkowo w piśmie z dnia 4 września 2012 r.:

**Izba stwierdziła, że stan faktyczny przedstawiony w odwołaniu jest zgodny z ustaleniami dokonanyymi przez Izbę.**

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków, gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu. Z przepisem tym koresponduje przepis § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – przedłożyć aktualne zaświadczenie z właściwego organu, jakim jest Zakład Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Z kolei – w myśl § 1 ust. 2 wskazanego rozporządzenia – jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2.

Analiza cytowanych wyżej przepisów wskazuje, iż wykonawcy, którzy składają ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązani są złożyć zaświadczenie:

- 1) aktualne, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert,
- 2) wystawione przez właściwy organ
- 3) potwierdzające, że wykonawca nie zalega w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, chyba że zachodzą okoliczności, o których mowa w przepisie § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia, tzn., że uzyskali oni zwolnieni, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności.

Zaświadczenie przedłożone przez odwołującego się, dotyczące jego podwykonawcy – Sapper Support Sp. z o.o. jest wydane w terminie wymaganym rozporządzeniem, wydane zostało przez właściwy organ – Zakład Ubezpieczeń Społecznych i potwierdza okoliczność niezalegania z płatnościami składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. Izba, dzieląc w tym zakresie pogląd wyrażony w wyroku z dnia 25 marca 2010 roku sygn. akt: KIO/UZP 250/10, stwierdziła, iż nie jest uprawniona do kwestionowania stanowiska wyrażonego w dokumencie urzędowym, wystawionym przez właściwy organ, który stwierdził, że Sapper Support nie figuruje w Komputerowym Systemie Informatycznym ZUS jako płatnik składek. Oznacza to, że nie może w tym systemie figurować jako dłużnik wobec Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w zakresie opłacania składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego, wyrażonej na rozprawie, iż w przypadku, gdyby Izba nakazała powtórzenie oceny ofert, odwołujący się i tak zostałby wykluczony z uwagi na fakt, iż przedłożył nieprawidłowe zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia ich zasobów, Izba stwierdza, że okoliczność ta nie może mieć wpływu na wynik niniejszego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Zamawiający wykluczył odwołującego się powołując się wyłącznie na okoliczność braku stosownego zaświadczenia ZUS dla podwykonawcy Sapper Support i ta czynność została zaskarżona wniesionym odwołaniem. Zamawiający nie dokonał żadnych innych czynności zmierzających do pozbawienia odwołującego się możliwości brania udziału w postępowaniu. Żadne okoliczności, które hipotetycznie mogą się zdarzyć, ale jeszcze nie miały miejsca, nie mogą stanowić skutecznej obrony zamawiającego w toku postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....