

Sygn. akt: KIO 623/12

WYROK
z dnia 16 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 kwietnia 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **30 kwietnia 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **WUPRINŻ SA z siedzibą w Poznaniu, ul. Straży Ludowej 35, 60-465 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o., ul. Kępa 19, 97-200 Tomaszów Mazowiecki**

przy udziale wykonawcy **PU-P SANBUD, ul. Karpacka 12, 62-800 Kalisz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **WUPRINŻ SA z siedzibą w Poznaniu, ul. Straży Ludowej 35, 60-465 Poznań**
i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **WUPRINŻ SA z siedzibą w Poznaniu, ul. Straży Ludowej 35, 60-465 Poznań**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **WUPRINŻ SA z siedzibą w Poznaniu, ul. Straży Ludowej 35, 60-465 Poznań** na rzecz zamawiającego **Zakład Gospodarki**

Wodno-Kanalizacyjnej z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o., ul. Kępa 19, 97-200 Tomaszów Mazowiecki stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Zakład Gospodarki Wodno-Kanalizacyjnej z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim Sp. z o.o., ul. Kępa 19, 97-200 Tomaszów Mazowiecki wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Projektowanie i budowa kanalizacji sanitarnej dla zadania 5, 6, 10 objętego Projektem pt. „Modernizacja oczyszczalni ścieków i skanalizowanie części aglomeracji Tomaszowa Mazowieckiego” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej – Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007-2013 pod numerem CCI 2007PL161PO002«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14.12.2011 r. pod nrem 2011/S 240-389078.

Zamawiający zawiadomił 20 marca 2012 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy SANBUD;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Eko-Bet Sp. z o.o. z siedzibą w Złocienicach, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz wykonawcy PRI 7 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 3) wykluczeniu wykonawcy Ekolobud SA z siedzibą w Suwałkach gdyż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i PBI Machnik gdyż wykonawca ten złożył ofertę z rażąco niską ceną, na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Wykonawca WUPRINŻ SA z siedzibą w Poznaniu, ul. Straży Ludowej 35, 60-465 Poznań, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 30 marca 2012 r. do Prezesa KIO odwołanie na to, że zamawiający:

- 1) dokonał wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne SANBUD Edward Rataj (zwanego dalej wykonawcą SANBUD);

- 2) zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy SANBUD i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 3) zaniechał wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4;
- 3) art. 26 ust. 2a i ust. 2b zdanie drugie Pzp;
- 4) art. 90 ust. 1 Pzp;
- 5) § 2 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz § 6 ust. 2 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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) zwanego dalej w skrócie rozporządzeniem w sprawie dokumentów.

Zamawiający naruszył także następujące postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

- 1) Tom 1 – Instrukcji dla Wykonawców (dalej IDW): postanowienia 10.1 pkt I ppkt 2 lit. d i e;
- 2) postanowienia 10.1 pkt I ppkt 3 litera c Ekspert 2 i 7;
- 3) postanowienie 10.1 pkt I ppkt 4 litera b;
- 4) postanowienia 10.4 pkt 3 i 4 w związku z postanowieniem 10.2 zdanie trzecie;
- 5) postanowienie 10.8 IDW.

Naruszenia ww. przepisów ustawy i rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz ww. postanowień IDW miały istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o wydanie wyroku nakazującego zamawiającemu dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) wykluczenia wykonawcy SANBUD z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 3) wyboru oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

Odwołujący dokonał przeglądu dokumentacji przetargowej i stwierdził, że oferta tego wykonawcy nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, bowiem wykonawca ten powinien zostać przez zamawiającego wykluczony z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej.

Zamawiający dostrzegł niektóre braki w ofercie wykonawcy SANBUD i wezwał tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. Uczynił to między innymi pismem z 13 lutego 2012 r. znak: L.Dz.JRP/DD/478/2012. W pkt 3 tego pisma zamawiający wezwał do uzupełnienia aktualnych zaświadczeń właściwych naczelników urzędów skarbowych potwierdzających, że Panowie Tomasz S, Władysław T i Andrzej B nie zalegają z opłacaniem podatków lub uzupełnienia zaświadczeń, że ww. Panowie uzyskali przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymano w całości wykonanie decyzji właściwego organu. Dokumenty musiały być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W pkt 4 tego pisma zamawiający wezwał do uzupełnienia aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że Zakład Projektowo-Usługowy PROBUD S Tomasz & T Władysław & B Andrzej nie zalega z opłaceniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że podmiot ten uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymano w całości wykonanie decyzji właściwego organu. Dokument musiał być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Panowie Tomasz S, Władysław T i Andrzej B prowadzący wspólną działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą Zakład Projektowo-Usługowy PROBTomasz & T Władysław & B Andrzej, zobowiązali się do udostępnienia wykonawcy SANBUD swoich zasobów w postaci: osób zdolnych do wykonania zamówienia w osobach: Władysław T do pełnienia funkcji Ekspert 2 (str. 17 oferty) i Jan Hoff do pełnienia funkcji Ekspert 7 (str. 30 oferty) oraz zdolności finansowej (str. 65 oferty).

W wykazie osób wykonawca SANBUD wykazał 2 osoby udostępnione przez wykonawcę PROBUD, tj. Władysława T i Jana H (str. 11-14 oferty). Wykonawca SANBUD do oferty załączył także opinię banku prowadzącego rachunek podmiotu PROBUD (str. 66 oferty). Jednocześnie w zobowiązaniu z 17 stycznia 2012 r. (str. 46 oferty) współwłaściciele podmiotu PROBUD stwierdzili, że podmiot PROBUD zobowiązuje się współpracować z wykonawcą SANBUD jako podwykonawcą, zaś wykonawca SANBUD w formularzu ofertowym wskazał, że projektowanie kanalizacji sanitarnej powierzy podwykonawcom.

Zamawiający wymagał w postanowieniu 10.4 IDW, aby wykonawcy, w przypadku korzystania z zasobów innych podmiotów biorących jednocześnie udział realizacji w części zamówienia, załączyli do oferty dokumenty podmiotowe wymienione w postanowieniu 10.4 IDW.

Wykonawca SANBUD załączył do oferty część wymaganych dokumentów. Nie załączył zaświadczeń naczelnika urzędu skarbowego właściwego dla współników spółki cywilnej, jaką

jest podmiot PROBUD, i nie załączył zaświadczenia właściwego oddziału ZUS dotyczącego spółki cywilnej PROBUD.

Po wezwaniu przez zamawiającego, wykonawca SANBUD uzupełnił dokumenty, ale nie spełniające wymagań ustawy ani rozporządzenia w sprawie dokumentów, a także ustaw branżowych, w oparciu o które wystawiane są zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego i oddziału ZUS.

§ 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi, że zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego ma być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Zatem zaświadczenie ma być wystawione przed terminem składania ofert, a nie po upływie terminu składania ofert. Wystawienie zaświadczenia blisko miesiąc po upływie terminu składania ofert nie wypełnia wymogu wystawienia nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Ponadto zgodnie z art. 306a § 3 Ordynacji podatkowej, w oparciu o którą wystawiane są zaświadczenia niezaleganiu w podatkach, zaświadczenie potwierdza stan faktyczny lub prawny istniejący w dniu jego wydania, nie może zatem potwierdzać stanu faktycznego istniejącego w dniu o blisko 3 miesiące wcześniejszym.

Wykonawca SANBUD uzupełnił 3 oddzielne zaświadczenia dla każdego ze współników podmiotu PROBUD wystawione przez Naczelnika Pierwszego Urzędu Skarbowego w Kaliszu. Zaświadczenia te wystawione zostały 15 lutego 2012 r., czyli po terminie składania ofert (termin składania ofert upłynął 23 stycznia 2012 r.) i potwierdzają stan faktyczny na 8 listopada 2011 r., a nie na dzień ich wydania. Data wystawienia zaświadczeń jest niezgodna z wymaganą w ww. rozporządzeniu w sprawie dokumentów, zaś treść zaświadczeń jest niezgodna z Ordynacją podatkową.

Zaświadczenia te zostały wystawione przez urzędniczkę Pierwszego Urzędu Skarbowego w Kaliszu, działającej z upoważnienia naczelnika tego Urzędu, z naruszeniem ustawy Ordynacja podatkowa.

Zaświadczenia te są zatem obojętne dla oceny wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, bowiem ze względu na zasadnicze ich wady prawne nie mogły zostać przez zamawiającego uznane jako wypełniające wymagania § 2 ust. 1 pkt 3 ww. rozporządzenia w sprawie dokumentów i postanowienia 10.4 pkt 3 IDW.

Dokument wystawiony przez Inspektorat ZUS w Kaliszu obarczony jest jeszcze większymi wadami, niż zaświadczenia Naczelnika US.

Dokument ten nie jest nawet zaświadczeniem, jest bowiem informacją.

Ustawa o systemie ubezpieczeń społecznych z dnia 13 października 1998 r. (Dz. U. z 2009 r. Nr 205, poz. 1585 ze zm.) i Kodeks postępowania administracyjnego, na których postawie wydawane są zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek, nie znają pojęcia

„informacja” w przypadku potwierdzania niezalegania w opłaceniu składek. Jedynym dokumentem, który potwierdzać może fakt niezalegania jest zaświadczenie.

Nie chodzi w tej sprawie wyłącznie o nazwę dokumentu. Zaświadczenia o niezaleganiu w opłaceniu składek wydawane są przez terenowe jednostki organizacyjne ZUS na centralnie drukowanych blankietach, które to blankiety są drukami ścisłego zarachowania i posiadają stosowne zabezpieczenia, przede wszystkim zawierają 2-literowy numer serii i 7-cyfrowy kolejny numer. Wydawane płatnikowi zaświadczenie oznaczone jest indywidualnym 18-znakowym numerem. Zaświadczenie o niezaleganiu w opłaceniu składek potwierdza, że na dzień wydania zaświadczenia płatnik nie zalega w opłaceniu składek. Informacja o nazwie „Uzyskiwanie zaświadczeń o niezaleganiu w opłaceniu składek”, uaktualniona na 31 stycznia 2012 r., pochodzi z oficjalnej strony internetowej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, adres linku:

http://e-inspektorat.zus.pl/sprawy.asp?id_profilu=l&pomoc=3&menu=3&id_sprawy=158.

Między innymi w świetle tej informacji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, należy zauważyć, że uzupełniony dokument z Inspektoratu ZUS nie jest zaświadczeniem, tylko informacją. Dokument nie był wystawiony przed upływem terminu składania ofert, tylko po upływie terminu – 15 lutego 2012 r. (termin składania ofert upłynął 23 stycznia 2012 r.). Dokument nie jest wystawiony na specjalnym zabezpieczonym blankiecie, tylko wypisany indywidualnie na komputerze i wydrukowany na zwykłym papierze. Dokument nie jest oznaczony 2-literowym numerem serii i 7-cyfrowym kolejnym numerem, tylko oznaczono go numerem dziennika Inspektoratu w Kaliszu. Dokument nie poświadcza stanu faktycznego na dzień wydania tego dokumentu, tylko na dzień 8 listopada 2011 r. Taki dokument nie może być uznany przez zamawiającego za wypełniający wymagania § 2 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów i postanowienia 10.4 pkt 4 IDW.

Dowodem na to, że ZUS potwierdza stan faktyczny na dzień wydania zaświadczenia, a nie na inny dzień wskazany przez płatnika składek ubiegającego się o zaświadczenie, jest treść wniosku o wydanie zaświadczenia. Formularz tego wniosku, podobnie jak formularz zaświadczenia, ma formę i treść uniwersalną dla całego kraju, i wyłącznie wniosek złożony na tym uniwersalnym formularzu stanowi podstawę do wydania zaświadczenia o niezaleganiu w opłaceniu składek. W treści formularza wniosku nie ma miejsca na wpisanie dnia (daty), na który wnioskodawca chciałby w zaświadczeniu uzyskać potwierdzenie o niezaleganiu z płatnościami.

Następną kwestią jest brak poświadczenia za zgodność z oryginałem uzupełnionych przez wykonawcę SANBUD kopii zaświadczeń Naczelnika Pierwszego US w Kaliszu i kopii

informacji Inspektoratu ZUS w Kaliszu, o których mowa wyżej, przez uprawniony do tego podmiot, jakim są wspólnicy podmiotu PROBUD.

Pan Edward Rataj, właściciel wykonawcy SANBUD, bezpodstawnie poświadczył za zgodność z oryginałem kopie tych dokumentów.

Podobna sytuacja jest także z załączonymi do oferty kopiami dokumentów dotyczących podmiotu PROBUD. Wszystkie kopie dokumentów dotyczących podmiotu PROBUD załączone do oferty poświadczył za zgodność z oryginałem także Pan Edward Rataj. Odwołujący odnosi się wyłącznie do kopii obowiązkowych dokumentów, które znajdują się w ofercie wykonawcy SANBUD na stronach: 47-49, 53-57, 62-64 i 66.

Zamawiający zgodnie z § 6 ust. 2. rozporządzenia w sprawie dokumentów zawarł w postanowieniu 10.8 IDW wymóg: „W przypadku oferty wspólnej kopie dokumentów dotyczących poszczególnego wykonawcy są poświadczone za zgodność z oryginałem przez tego wykonawcę. Powyższe ma zastosowanie również do podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3 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”.

Podmiotami, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, są podmioty, które udostępniają wykonawcy swoje zasoby i które jednocześnie będą brać udział w realizacji części zamówienia. Takim podmiotem jest podmiot PROBUD. Zatem to wspólnicy podmiotu PROBUD powinni poświadczać za zgodność z oryginałem wszystkie kopie dokumentów dotyczących ich samych i spółki cywilnej PROBUD.

Wobec nieuzupełnienia żądanych dokumentów spełniających wymagania ustawowe i IDW dotyczących podwykonawcy PROBUD, wykonawca SANBUD nie może polegać na zasobach tego podwykonawcy. Wykonawca SANBUD zamierzał polegać na zasobach podmiotu PROBUD w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia i zdolności finansowej. W zaistniałej sytuacji zamawiający powinien uznać, że wykonawca SANBUD nie wykazał spełniania ww. warunków udziału w postępowaniu i zamawiający powinien wykluczyć tego wykonawcę z postępowania.

Zamawiający nie może już powtórnie wezwać wykonawcy SANBUD do uzupełnienia tych samych dokumentów, bowiem czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest czynnością jednorazową, podobnie jak sama czynność uzupełnienia dokumentów.

Wykonawca SANBUD w wykazie robót wykazał nie tylko własne roboty, ale także roboty wykonane przez podmiot PROBUD. Są to usługi projektowe zamieszczone na potwierdzenie doświadczenia w zakresie projektowania. W ofercie brak jest zobowiązania podmiotu PROBUD do udostępnienia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia.

Zobowiązanie współwłaścicieli podmiotu PROBUD zamieszczone na stronie 46 oferty ma zastąpić właściwe zobowiązanie, o którym stanowi art. 26 ust. 2b zdanie drugie Pzp. W treści zobowiązania ze strony 46 oferty czytamy, że podmiot PROBUD zobowiązuje się do udostępnienia 3 wymienionych tam referencji. Nie ma tam ani słowa o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wskazuje na różnicę pomiędzy 3 referencjami opisującymi zakres i sposób wykonania określonych robót od wiedzy i doświadczenia nabytego przy wykonywaniu tych robót. Z treści zobowiązania wynika, że podmiot PROBUD zobowiązał się do udostępnienia dokumentów w postaci referencji, nie zaś do udostępnienia wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający uznając, że zobowiązanie ze strony 46 oferty wykonawcy SANBUD wypełnia wymagania art. 26 ust. 2b zdanie drugie Pzp, naruszył ten przepis ustawy. Zamawiający mógłby wezwać wykonawcę SANBUD do uzupełnienia zobowiązania o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia oraz znajdujących się w ofercie niewłaściwie poświadczonych za zgodność z oryginałem dokumentów, do których uzupełnienia jeszcze nie wzywał, ale taka czynność byłaby bezprzedmiotowa z uwagi na to, że wykonawca SANBUD i tak musi zostać wykluczony z postępowania ze względu na niezpełnienie w terminie, na podstawie wezwania zamawiającego z 13 lutego 2012 r., dokumentów, o które toczy się przedmiotowy spór.

Zamawiający uznając, że wykonawca SANBUD wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, naruszył art. 26 ust. 2a Pzp. Zamawiający nie wykluczając wykonawcy SANBUD z postępowania, naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zamawiający nie uznając oferty wykonawcy SANBUD za odrzuconą, naruszył art. 24 ust. 4 Pzp.

Zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawcy SANBUD jako najkorzystniejszej, mimo że wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna być uznana za odrzuconą, naruszył art. 90 ust. 1 Pzp.

Zamawiający nie przestrzegając ustanowionych przez siebie postanowień IDW i nie przestrzegając przepisów ustawy z korzyścią dla wykonawcy SANBUD, naruszył w rażący sposób art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy SANBUD, którego powinien wykluczyć z postępowania, a jego ofertę uznać za odrzuconą, doprowadził w bezpośredni sposób do prawdopodobieństwa udzielenia temu wykonawcy zamówienia, czym naruszył art. 7 ust. 3 Pzp.

Dodatkowo zamawiający naruszył § 2 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, a także postanowienia 10.1 pkt I ppkt 2 litera d i e, 10.1 pkt I ppkt 3 litera c Ekspert 2 i 7, 10.1 pkt I ppkt 4 litera b, 10.4 pkt 3 i 4 w związku z postanowieniem 10.2 zdanie trzecie oraz 10.8 IDW przez ich nieprzestrzeganie przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę SANBUD.

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 3 kwietnia 2012 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Wykonawca PU-P SANBUD, ul. Karpacka 12, 62-800 Kalisz złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 4 kwietnia 2012 r. po stronie zamawiającego.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 12 kwietnia 2012 r. (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

23 lutego 2012 r. zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

1. Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz art. 26 ust. 3 zdanie drugie Pzp istotne jest aby treść dokumentu potwierdzała spełnienie warunku w zakresie niezalegania wykonawcy z uiszczaniem podatków.

2. Zaświadczenia wydawane przez naczelnika urzędu skarbowego w zakresie wspólników wykonawcy PROBUD są niezgodne z art. 306a § 3 Ordynacji podatkowej. Jednak jest to zarzut niewłaściwy. Organ administracji ma obowiązek stosować się do art. 218 § 1 Kpa, a zamawiający ma obowiązek respektować takie zaświadczenie.

3. Odwołujący nie wskazuje konkretnego naruszenia przepisów ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych ani Kodeksu postępowania administracyjnego. A załączone do oferty zaświadczenie jest zgodne z art. 217 § 1, art. 217 § 2 pkt 2 i art. 218 § 1 Kpa. Nie ma znaczenia, że zaświadczenie nie zostało sporządzone na standardowym formularzu.

4. Odwołujący nie bierze pod uwagę treści art. 26 ust. 3 Pzp.

5. Wykonawca SANBUD ma prawo potwierdzać za zgodność kopie dokumentów podwykonawcy PROBUD, co jest zgodne z § 6 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zamawiający może co najwyżej zażądać oryginału, zgodnie z § 6 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

6. Podwykonawca PROBUD, na str. 46 oferty wykonawcy SANBUD, złożył dokument „Zobowiązanie”, które spełnia warunek zamawiającego. Jeżeli uznać, że dokument ten jest niewystarczający, to zamawiający powinien być zobowiązany do wystąpienia o uzupełnienie oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy bezpodstawnego wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne SANBUD Edward Rataj – nie zasługuje na uwzględnienie.

Wykonawca SANBUD zamierzał polegać na zasobach podmiotu PROBUD w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia i zdolności finansowej. Jednak wykonawca SANBUD w swojej ofercie nie wykazał spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu przez podmiot PROBUD i dlatego zamawiający wezwał 13 lutego 2012 r. (znak pisma L.Dz.JRP/DD/478/2012) do złożenia dodatkowych dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odnosnie uzupełnionych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp odwołujący zarzuca, że dokumenty, które na wezwanie zamawiającego złożył wykonawca SANBUD nie spełniają wymogów określonych w § 2 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Zastrzeżenia dotyczą zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego dla wspólników spółki cywilnej PROBUD i zaświadczenia oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych dla spółki cywilnej PROBUD.

Odwołujący stwierdza, że zaświadczenia wystawione przez Naczelnika Urzędu Skarbowego zostały wystawione 15 lutego 2012 r., czyli po terminie składania ofert (termin składania ofert upłynął 23 stycznia 2012 r.) i potwierdzają stan faktyczny na 8 listopada 2011 r., a nie na dzień ich wydania. Data wystawienia zaświadczeń jest niezgodna z wymaganą w

ww. rozporządzeniu w sprawie dokumentów, zaś treść zaświadczeń jest niezgodna z Ordynacją podatkową. Ponadto zaświadczeń nie podpisał naczelnik, ale inna osoba.

Odwołujący nie uwzględnił, że przepis art. 26 ust. 3 zdanie drugie Pzp stanowi, że złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, jednak przepis ten nie odnosi się do dat wystawiania dokumentów. Dlatego podczas badania ofert możliwe jest uwzględnienie dokumentów, które zostały wystawione po upływie terminu składania ofert, ale potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu składania ofert. I właśnie taka sytuacja zaistniała w rozpoznawanym postępowaniu, gdzie uzupełniany dokument został wystawiony po upływie terminu składania ofert, ale potwierdzał spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu składania ofert, czyli został wystawiony 15 lutego 2012 r. i potwierdzał stan faktyczny na dzień 8 listopada 2011 r. W związku z tym, że termin składania ofert upływał 23 stycznia 2012 r. kwestionowany dokument spełniał warunek uregulowany w § 2 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Podobne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej m.in. zapadły 16 marca 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 474/11, cyt. »[...] co do zasady możliwe jest wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez dokumenty wystawione po terminie składania ofert, jednak wyłącznie pod warunkiem, że dokumenty te potwierdzają stan przypadający nie później niż na dzień składania ofert« czy 11 lutego 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 293/11, cyt. »Zgodnie z § 26 ust. 3 Pzp uzupełnione na wezwanie zamawiającego dokumenty mają potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień otwarcia ofert – [...] nie oznacza to, że mają być wystawione przed tą datą. Mogą być wystawione z datą późniejszą, lecz z ich treści powinno w sposób niebudzący wątpliwości wynikać, że w dniu otwarcia ofert wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu«.

Również odwołujący nie wykazał, że treść kwestionowanych zaświadczeń jest niezgodna z art. 306a Ordynacji podatkowej.

Jednak skład orzekający Izby stwierdza, że art. 306a § 4 Ordynacji podatkowej stanowi, że zaświadczenia wydaje się w granicach żądania wnioskodawcy. Dlatego każde zaświadczenie powinno być sporządzane indywidualnie, zależnie od treści żądania wnioskodawcy. W postępowaniach w sprawie zamówień publicznych informacje, które mają potwierdzać zaświadczenia są ujednocicone, na podstawie § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów i dlatego w postępowaniach w sprawach zamówień publicznych podmioty mają do czynienia zwykle ze standartowymi formularzami. Jednak nie wyklucza to wydawania zaświadczeń bez użycia formularzy czy z treściami innymi niż zwykle spotykanymi w różnych procedurach.

Skład orzekający Izby stwierdza, że wprowadzenie ogólnopolskich formularzy niektórych zaświadczeń zostało dokonane ze względu na oszczędność czasu organów wystawiających zaświadczenia jak i osób posługujących się tymi formularzami, a nie ze względu na powszechnie obowiązujący przepis – opublikowany w odpowiednim organie promulgacyjnym. Dlatego w zaświadczeniach treść konkretnych sformułowań czy opisy zaświadczanych okoliczności mogą być różne, byleby tylko na ich podstawie zamawiający mógł stwierdzić spełnienie warunków.

Ponadto odwołujący zarzuca, że dokument nie został podpisany przez naczelnika, ale przez pracownika Urzędu Skarbowego. W rzeczywistości na dokumencie figuruje podpis urzędnika, jednak jest on opatrzony odciskiem pieczęci o treści cyt. »Z up. Naczelnika«. Odwołujący nie starał się nawet dowieść wadliwości tego upoważnienia, a więc skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający zasadnie uznał na podstawie przedstawionych zaświadczeń spełnianie przez wykonawcę SANBUD warunków udziału w postępowaniu.

Następnie odwołujący zarzuca, że również dokument wystawiony przez inspektorat ZUS obarczony jest wadami. Dokument ten jest informacją sporządzoną nie na blankiecie ścisłego zarachowania i bez zachowania procedury obowiązującej w ZUS o nazwie „Uzyskiwanie zaświadczeń o niezaleganiu w opłacaniu składek” opublikowanej na oficjalnej stronie internetowej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, która odnosi się do formularzy wniosków o wydanie zaświadczenia i formularzy samych zaświadczeń.

Również odwołujący zarzuca, że dokument był wystawiony 15 lutego 2012 r. a poświadczono w nim stan na dzień 8 listopada 2011 r.

ZUS jest obowiązany do stosowania przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, a w tym przepisu art. 217 § 7 Kpa. Przepis ten nakazuje organowi wydawanie zaświadczeń na żądanie osoby ubiegającej się o zaświadczenie, a więc zaświadczenie odpowiednie co do treści i faktów, o które chodzi petentowi.

Zgodnie z art. 218 § 1 Kpa organ obowiązany jest wydać zaświadczenie, gdy chodzi o potwierdzenie faktów albo stanu prawnego, wynikających z danych znajdujących się w posiadaniu tego organu. Dlatego ZUS obowiązany jest udzielać zaświadczeń w zakresie indywidualnie sprecyzowanych stanów. Jednak ze względu na szybkość i ekonomikę postępowania ZUS wprowadził w często występujących stanach ujednoliczone formularze wniosków i ujednoliczone formularze zaświadczeń. Nie znaczy to jednak, że podmiot ten nie może wydawać i nie wydaje innych zaświadczeń na inaczej sformułowane wnioski dotyczące innych danych niż powszechnie żądane. Jedynym ograniczeniem jest tutaj przytaczany przepis art. 218 § 1 Kpa, który dozwala wydawania i jednocześnie obliguje do wydawania zaświadczeń cyt. »gdy chodzi o potwierdzenie faktów albo stanu prawnego, wynikających z

prowadzonej przez ten organ ewidencji, rejestrów bądź z innych danych znajdujących się w jego [tego organu] posiadaniu».

Zgodnie ze stwierdzeniami odwołującego zaświadczenia z ZUS powinny być wydawane na centralnie drukowanych blankietach, będących drukami ścisłego zarachowania i posiadających zabezpieczenia, przede wszystkim w postaci 2-literowego numeru serii i 7-cyfrowego kolejnego numeru, wydawane płatnikowi zaświadczenie oznaczone jest indywidualnym 18-znakowym numerem.

Oznaczanie zaświadczeń specjalnymi znakami literowymi i cyfrowymi nie powoduje, że dokumenty nie posiadające takich znaków nie są wiarygodne i że zamawiający nie mogą innych dokumentów brać pod uwagę podczas badania ofert.

Nie ulega wątpliwości, że ZUS prowadzi ewidencje składek na ubezpieczenie społeczne, ubezpieczenie zdrowotne oraz FPiFGŚP, dlatego obowiązany (i uprawniony) jest wydać takie zaświadczenie, zgodnie z art. 218 § 1 Kpa. Jeżeli wniosek nie jest standardowy, bo dotyczy, jak w rozpoznawanym przypadku, np. stanu faktycznego sprzed kilku miesięcy, to wniosek taki musi być złożony w sposób zindywidualizowany, a również zaświadczenie nie może być wydane na powszechnie stosowanych formularzach, tylko treść tego zaświadczenia musi być opracowana jednostkowo, a więc na zwykłym papierze, a nie na powszechnie stosowanym formularzu.

Skład orzekający Izby stwierdza, że na podstawie kwestionowanych dokumentów sporządzonych przez ZUS i naczelnika Urzędu Skarbowego zamawiający mógł stwierdzić spełnienie warunków przez wykonawcę SANBUD.

Kolejnym problemem podnoszonym przez odwołującego jest brak poświadczenia za zgodność z oryginałem uzupełnionych przez wykonawcę SANBUD kopii zaświadczeń naczelnika urzędu skarbowego i kopii informacji oddziału ZUS oraz załączonych do oferty kopii dokumentów dotyczących podmiotu PROBUD, przez współników spółki cywilnej PROBUD, a poświadczenie za zgodność z oryginałem kopii tych dokumentów przez wykonawcę SANBUD. Odwołujący wskazał, że takie działanie jest sprzeczne z postanowieniem 10.8 IDW.

Skład orzekający Izby stwierdza, że bez względu na nieprecyzyjne postanowienia specyfikacji (IDW) w postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, a także powszechnie obowiązujących norm, a w tym § 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Przepis ten stanowi, że dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Nie ulega kwestii, że wszystkie kwestionowane dokumenty zostały poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Wreszcie odwołujący zarzucił, że wykonawca SANBUD w wykazie robót wykazał nie tylko własne roboty, ale także roboty wykonane przez podmiot PROBUD, a w ofercie brak jest zobowiązania podmiotu PROBUD do udostępnienia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia.

Skład orzekający Izby stwierdza, że na str. 46 oferty wykonawcy SANBUD znajduje się zobowiązanie podpisane przez wszystkich współwłaścicieli podmiotu PROBUD ze stwierdzeniami o udostępnieniu trzech referencji dla wykonawcy SANBUD cyt. »przy realizacji zamówienia na wykonanie zadania inwestycyjnego pn. „Projektowanie i budowa kanalizacji sanitarnej dla zadania 5, 6, 10 objętego Projektem pt. „Modernizacja oczyszczalni ścieków i skanalizowanie części aglomeracji Tomaszowa Mazowieckiego” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej – Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007-2013 pod numerem CCI 2007PL161PO002”«. I dalej podmiot PROBUD zobowiązuje się współpracować z wykonawcą SANBUD jako podwykonawca. Z oświadczenia tego wynika, że wykonawca SANBUD udowodnił zamawiającemu, że wykonawca ten będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, gdyż przedstawił pisemne zobowiązanie podmiotu PROBUD do oddania mu do dyspozycji referencji i współpracy podczas wykonywania zamówienia bez żadnego ograniczenia, bo informacja o jakimkolwiek ograniczeniu nie została zawarta ani zasugerowana w przedmiotowym piśmie. Została więc spełniona norma art. 26 ust. 2b Pzp. Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że treść tego zobowiązania należy tłumaczyć zgodnie z art. 65 § 1 Kc, czyli jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, a zwyczajem jest, że dokumenty w ofercie składa się na potwierdzenie spełnienia warunków lub wymogów postawionych przez zamawiającego. W innym przypadku wiele mniej precyzyjnych dokumentów nie mogłoby być w ogóle branych pod uwagę.

Biorąc pod uwagę wyżej przytoczone okoliczności, skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut pierwszy – bezpodstawnego wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy SANBUD – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy SANBUD i uznania jego oferty za odrzuconą i dlatego także zarzut drugi – zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą – nie zasługuje na uwzględnienie.

W związku z tym, że zamawiający dokonał prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty również zarzut trzeci – zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....