Sygn. akt: KIO 2182/11

WYROK
z dnia 21 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2011 r. przez **Zbigniewa Kubaczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Zbigniew Kubaczyk w Połczynie-Zdroju** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Karlino w Karlinie**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Zbigniewa Kubaczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Zbigniew Kubaczyk w Połczynie-Zdroju i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Zbigniewa Kubaczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Zbigniew Kubaczyk w Połczynie-Zdroju tytułem wpisu od odwołania.
2.2. zasądza od Zbigniewa Kubaczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany Zbigniew Kubaczyk w Połczynie-Zdroju na rzecz Gminy Karlino w Karlinie kwotę 4 784 zł 04 gr (słownie: cztery tysiące siedemset osiemdziesiąt cztery złote, cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, 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 Koszalinie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2182/11

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Termomodernizację i rozbudowę budynku świetlicy wiejskiej w Gościnku"* z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący w dniu 30 września 2011 r. otrzymał informację o wykluczeniu z postępowania i unieważnieniu postępowania, zaś w dniu 10 października 2011r. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:
1. odrzuceniu oferty jako niespełniającej kryteriów postępowania na podstawie art. 24 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. unieważnieniu postępowania przetargowego na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego, polegającej na unieważnieniu postępowania przetargowego oraz ponownego powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, iż po otwarciu złożonych ofert, tylko oferta Zakładu Remontowo-Budowlanego Zbigniewa Kubaczyka z Połczyna-Zdroju spełniała kryteria progu finansowego środków jakie Zamawiający przeznaczył na sfinalizowanie zamówienia. W trakcie oceny ofert Zamawiający uznał, że oferta złożona przez Zakład Remontowo-Budowlany Zbigniew Kubaczyk z Połczyna-Zdroju wymaga uzupełnienia na podstawie art. 26 ust 3 ustawy. Zamawiający uznał, że oferta nie spełnia wymogów pkt 10.3 SIWZ i pismem z dnia 21.09.2011 wezwał Zakład Remontowo-Budowlany do uzupełnienia oferty przetargowej o wykaz innych osób wyznaczonych do kierowania robotami budowlanymi i elektrycznymi z uprawnieniami bez ograniczeń, wyznaczając jednocześnie czas na złożenie dokumentów do 26.09.2011. W dniu 26.09.2011 Odwołujący złożył uzupełnienie oferty przetargowej w siedzibie Zamawiającego załączając nowy wykaz osób w całości wraz z uprawnieniami do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie bez ograniczeń oraz przynależnością do Izby Zawodowej. Nowy wykaz osób datowany był, zgodnie z treścią wezwania, na dzień 25.09.2011, a Zamawiający w drodze oceny złożonych dokumentów uznał je jako niespełniające warunków określonych w SIWZ, uznając datę wystawienia wykazu, jako czas od którego oferent dysponuje wskazanymi osobami. Odwołujący podał, że na dzień składania

ofert dysponował wykazanymi osobami przedstawionymi w nowym wykazie. W ocenie Odwołującego, błędem jest traktowanie daty wystawienia wykazu osób jako potwierdzenia daty dysponowania pracownikami. Data wystawienia wykazu osób jest tylko datą wystawienia wykazu, antydatowanie jest przestępstwem zagrożonym sankcjami karnymi. Gdyby Zamawiający zażądał oświadczenia, od kiedy Odwołujący dysponuje tymi osobami to otrzymałoby ono treść, że dysponował nimi przed terminem składania ofert. W tej sytuacji brak jest jakichkolwiek dowodów potwierdzających prezentowane przez Zamawiającego stanowisko, a dokonana przez Zamawiającego czynność oceny złożonego uzupełnienia oferty przetargowej i w konsekwencji unieważnieniu postępowania przetargowego narusza interes prawny oferenta oraz przepisy ustawy w tym art. 87, art. 93 pkt 1, 4 a w szczególności art. 91 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania, jako złożonego po upływie pięciodniowego terminu do jego wniesienia, wskazując że termin do wniesienia odwołania należy liczyć od przesłania informacji o czynności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania za pomocą faksu, względnie – o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w tym w ogłoszenia publicznego, szczególności postanowienia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę Odwołującego wraz z uzupełnieniem dokumentów, ustalono i zważono, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie podzielono argumentacji Zamawiającego wskazującej na zaistnienie podstawy do odrzucenia odwołania: Zamawiający nie wykazał, by informacja z dnia 30 września 2011 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania którą próbowano przesłać faksem dotarła do Odwołującego. Złożone wydruki transmisji faksowej wskazują na nieskuteczne połączenia: raporty z transmisji wskazują na: *„błąd komunik. 351”* oraz *„brak odpowiedzi”.* Nie jest także wystarczającym potwierdzeniem, by informacja została faksem przesłana do Odwołującego treść notatki Zamawiającego, zgodnie z którą w dacie połączenia faksem stawił się w siedzibie Zamawiającego Odwołujący w celu wyjaśnienia zgodności dokonanych przez Zamawiającego czynności dotyczących wykluczenia z postępowania. Stąd należało uwzględniać dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania, oraz przekazanie jego kopii Zamawiającemu, to jest z uwzględnieniem przesłania informacji listem poleconym (30 września 2011 r.).

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez Odwołującego może skutkować uzyskaniem przez Odwołującego zamówienia.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, na gruncie analizowanej sprawy, w zakresie wyznaczonym treścią postawionych w odwołaniu zarzutów brak jest podstaw do przypisania działaniom Zamawiającego w postępowaniu takich naruszeń ustawy.
I tak, uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych zarzutów uwzględniono okoliczności:

Zamawiający, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił wymaganie dotyczące dysponowania osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje. W odniesieniu do osób wskazanych w ofercie na stanowiska kierownika robót budowlanych oraz kierownika robót elektrycznych Zamawiający, dostrzegając niezgodności z postawionym warunkiem wezwał Odwołującego do uzupełnienia złożonych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 21 września 2011 r. do uzupełnienia dokumentów wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, Odwołujący złożył min. nowy wykaz osób datowany na dzień 25 września 2011 r. Wykaz ten wskazuje na trzy osoby dedykowane na stanowiska: kierownika robót instalacyjnych, kierownika robót budowlanych oraz kierownika robót elektrycznych, z podaniem doświadczenia tych osób oraz podstawy do dysponowania. W samym wykazie brak jest jakichkolwiek informacji dotyczących momentu, od którego wykonawca dysponuje osobami, które wykazano w miejsce tych, które Zamawiający zakwestionował. W końcowej części wykazu Odwołujący zawarł oświadczenie: „Oświadczamy, *że osoby wymienione w powyższej tabeli, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia."* oraz opatrzył dokument podpisem i datą: 25 września 2011 r.

W świetle powyższego, bezspornym jest, że Zamawiający wymagał uzupełnienia wykazu osób jak i to że ten dokument, uzupełniony przez Odwołującego nie nawiązuje w swej treści do stanu na moment składania ofert. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych: „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." Przepis ten stawia zatem wymaganie, by uzupełniany dokument miał taką treść, z której będzie wynikała informacja, że dokumentuje on stan najpóźniej na moment składania ofert.

Nie ma przeszkód do uznania, że ewentualne uzupełnione dokumenty mogą być wystawione już po upływie wyznaczonego terminu na składanie ofert, jeśli tylko potwierdzają spełnianie warunków na konkretny, wskazany przez ustawodawcę i jednolity dla wszystkich wykonawców termin – najpóźniej na dzień składania ofert. Ustawodawca w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazał bowiem, iż mogą to być jedynie dokumenty wystawione przed upływem terminu składania ofert. Zarówno z literalnego brzmienia ww. przepisów, jak też z celu, w jakim została wprowadzona regulacja z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. odformalizowania postępowania, dopuszczenia by wykonawcy, którzy złożyli oferty korzystne cenowo i merytorycznie usunęli uchybienia w oznaczonym ustawą zakresie, wynika, że dokumenty uzupełnione w tym trybie mogą być oznaczone datą późniejszą niż termin składania ofert – istotne jest wykazanie spełniania warunku na określony dzień, zatem decyduje treść dokumentu, a nie data jego wystawienia. Treść wykazu osób złożonego przez Odwołującego, datowanego na 25 września 2011 r. nie pozwala jednak uznać, by dokument ten potwierdzał stan na dzień składania ofert; nie zawiera on żadnej wzmianki odnoszącej się do momentu, na jaki moment potwierdzazawarte w nich informacje. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie będzie stanowiło antydatowania kwalifikowanego w prawie karnym wystawienie dokumentu z datą jego sporządzenia, jeśli w jego treści potwierdzony zostanie

stan mający miejsce wcześniej, to jest na dzień najpóźniej składania ofert.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że powszechnie przyjmuje się, że wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu w postępowaniu powinno mieć miejsce tylko raz. Powyższe wyznacza zasada równego traktowania przez zamawiającego wykonawców w postępowaniu. Dostrzec trzeba, że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W sprawie Odwołujący był wzywany do uzupełnienia spornego dokumentu, co powoduje, że ponowne wezwanie w tym zakresie byłoby niedopuszczalne.

Zarzuty dotyczące unieważnienia postępowania nie mogły być rozpatrywane – wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem odwołanie przysługuje – w myśl art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:
1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;

---

2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
4) odrzucenia oferty odwołującego.

Zatem, w zakresie unieważnienia postępowania, zarzuty nie mogły być brane pod uwagę.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się – podniesione w odwołaniu – zarzuty naruszenia art. 87, art. 93 pkt 1, 4 a w szczególności art. 91 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i unieważnienie postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). Orzekając o kosztach uwzględniono wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego na podstawie złożonego rachunku, do wysokości wynikającej z przywołanego rozporządzenia, tj. 3.600,00 zł a także udokumentowane rachunkiem koszty przejazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej.

Przewodniczący: