

WYROK
z dnia 25 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie* w dniu /w dniach* 21 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum „budchem” – Cestar reprezentowane przez „budchem” Sp. z o.o., 72-010 Police, ul. Kuźnicka 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Prawobrzeże” Sp. z o.o., 70-770 Szczecin, ul. Batalionów Chłopskich 61 b** protestu /protestów* z dnia 16 października 2008 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Budowlanego "Calbud" Sp. z o.o., 71-602 Szczecin, ul. Kapitańska 2** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego. po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z udziałem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Prawobrzeże” Sp. z o.o., 70-770 Szczecin, ul. Batalionów Chłopskich 61 b

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum „budchem” – Cestar reprezentowane przez „budchem” Sp. z o.o., 72-010 Police, ul. Kuźnicka 1,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **9 106 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy sto sześć złotych zero groszy) przez **Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Prawobrzeże” Sp. z o.o., 70-770 Szczecin, ul. Batalionów Chłopskich 61 b** na rzecz **Konsorcjum „budchem” – Cestar reprezentowane przez „budchem” Sp. z o.o., 72-010 Police, ul. Kuźnicka 1,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum „budchem” – Cestar reprezentowane przez „budchem” Sp. z o.o., 72-010 Police, ul. Kuźnicka 1.**

Uzasadnienie

Towarzystwo Budownictwa Społecznego Prawobrzeże Sp. z o. o. w Szczecinie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia

2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęło w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Budowę zespołu B zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną przy ul. Kusocińskiego - Głowackiego - Sowińskiego w Szczecinie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 lipca 2008 r., nr ogłoszenia 168216 - 2008.

2

Pismem z dnia 09. 10. 2008 r. przesłanym faksem w tym samym dniu, Zamawiający poinformował Wykonawcę - „Konsorcjum budchem – Cestar” reprezentowane przez „budchem” Sp. z o. o. z siedzibą w Policach o wykluczeniu ww. Konsorcjum z przedmiotowego postępowania i odrzuceniu jego oferty, oraz o wyborze oferty Calbud Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej.

W dniu 16. 10. 2008 r. „Konsorcjum budchem – Cestar”, zwane dalej „Protestującym” lub „Odwołującym”, wniosło protest na następujące czynności Zamawiającego:

- 1) wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawców występujących wspólnie jako "Konsorcjum budchem-Cestar" i odrzucenie oferty tego Konsorcjum, pomimo spełnienia przez nie wymogów określonych w SIWZ i przepisach ustawy oraz zgodności oferty z treścią SIWZ i ustawą;
- 2) zaniechanie wezwania wykonawców występujących wspólnie jako "Konsorcjum budchem-Cestar" do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, poprawienia błędów (art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp);
- 3) dokonanie wyboru oferty wykonawcy Calbud Sp. z o. o. pomimo, że oferta Protestującego jest zgodna z treścią SIWZ i ustawą Pzp, oraz uzyskała najwyższą ilość punktów wg kryteriów ustalonych w SIWZ (zaoferowanie najniższej ceny na wykonanie zamówienia).

Powyższe czynności Zamawiającego, zdaniem Protestującego naruszyły następujące przepisy: art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp, a także inne przepisy wymienione w treści uzasadnienia niniejszego protestu.

Protestujący stwierdził, iż w wyniku działań Zamawiającego polegających na wykluczeniu Protestującego z postępowania oraz wyborze oferty Calbud Sp. z o. o., jego interes prawny doznał uszczerbku w uzyskaniu zamówienia. Czynności podjęte przez Zamawiającego doprowadziły do sytuacji, w której Protestujący, pomimo spełnienia wszystkich warunków postępowania określonych w SIWZ i przepisach ustawy Pzp oraz faktu, że jego oferta uzyskała najwyższą ilość punktów wg kryteriów ustalonych w SIWZ, może utracić możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Mając powyższe na względzie Protestujący wniósł o uwzględnienie protestu poprzez:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu "Konsorcjum budchem -Cestar" z udziału w postępowaniu oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty tego Konsorcjum;
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty Calbud Sp. z o. o.;
- 3) wezwanie Protestującego do uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dot. pani Moniki U. i pana Waldemara B.
- 4) przeprowadzenie przez Zamawiającego ponownej weryfikacji ofert w postępowaniu i dokonanie wyboru oferty Protestującego jako:

3

- spełniającej wymogi SIWZ,
- zgodnej z treścią SIWZ i przepisami ustawy,
- oferty najkorzystniejszej wg kryteriów oceny ofert ustalonych w Rozdziale XII ust. 1 SIWZ, czyli oferującej najniższą cenę na wykonanie tego zamówienia.

Uzasadniając powyższe, Protestujący przedstawił następujące argumenty:

Jako podstawę wykluczenia Zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, natomiast jako podstawę odrzucenia oferty Protestującego wskazał art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy, co zdaniem Protestującego jest nieuzasadnione i rażąco narusza przepisy ustawy Pzp, w tym w szczególności: art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, 5 i 8. Protestujący podniósł, iż nieuzasadnione jest również

twierdzenie Zamawiającego, że treść oferty Protestującego nie odpowiada treści SIWZ oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Protestujący podkreślił również, że jego ofertę podpisały osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu Wykonawcy, a upoważnienie to wynika z dokumentów załączonych przez wykonawcę w postępowaniu. W świetle powyższego Protestujący nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, że z treści SIWZ wynika wymóg załączenia do oferty upoważnienia do jej podpisania.

Wykonawca był bowiem zobowiązany do złożenia dokumentu upoważnienia, jedynie w przypadku gdyby nie wynikało ono z innych dokumentów załączonych do oferty (tak: SIWZ Rozdział I ust. 4). Z innych dokumentów załączonych przez Wykonawcę do oferty jednoznacznie wynika, że została ona podpisana przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy, tj. przez członków Zarządu: panią Monikę U. i pana Waldemara B. Zamawiający nie zakreślił katalogu dokumentów, które musiałby załączyć Wykonawca, aby spełnić przesłanki pojęcia "inne dokumenty". Protestujący, spełniając więc wymogi SIWZ załączył do oferty m. in.:

- pełnomocnictwo udzielone „budchem” Sp. z o. o. przez „CESTAR” Andrzej Cebula, Jerzy Starski Sp. j. z siedzibą w Szczecinie do reprezentowania „Konsorcjum budchem -Cestar” w postępowaniu,
- odpis KRS, z którego m. in. wynika uprawnienie do wykonania przedmiotu zamówienia i sposób reprezentacji,
- dokumenty uzupełniająco-aktualizujące KRS na dzień składania oferty informujące o zmianie wspólnika i o zmianie w składzie Zarządu „budchem” Sp. z o. o.,
- wzory podpisów firmowych nowych członków Zarządu.

Protestujący zaznaczył, iż zmiany w Zarządzie Spółki i jego skład wyraźnie potwierdzają dokumenty uzupełniająco - aktualizujące KRS, tj. KRS -Z3 (wniosek o zmianę danych w rejestrze przedsiębiorców), KRS-ZE, KRS-WK, KRS-ZK opatrzone datą wpływu do Sądu Rejonowego w Szczecinie Wydział Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 22. 08. 2008r. Wśród załączników do oferty znajdują się także: wzory podpisów firmowych członków

Zarządu (w formie notarialnej) - pani Moniki U. - Wiceprezes Zarządu oraz pana Waldemara B. Wiceprezesa Zarządu, akty notarialne Rep. A 9553/2008 i Rep. A. 9555/2008 z dnia 21.08.2008 r. Jeżeli więc w ocenie Zamawiającego, z załączonych do oferty dokumentów w sposób niewystarczający wynikało, że oferta została podpisana przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu Protestującego, a zatem jeżeli uznał, że odpis z KRS lub dokumenty aktualizacyjne odpis z KRS są niewystarczające lub zawierają błędy, był zobligowany do wezwania Protestującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów (por. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy).

Protestujący wskazał na jednolite stanowisko UZP, zgodnie z którym wszelkie niejasności, wątpliwości oraz nieprecyzyjne sformułowania użyte przez Zamawiającego w SIWZ są odczytywane na korzyść oferentów. Ponadto wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1235/08), zgodnie z którym: „Zamawiający, który uzna, że kwestionowany dokument zawiera braki, winien jest wezwać Protestującego do jego uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Procedura określona w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest obligatoryjna i nie może być pomijana przed podjęciem decyzji dotyczącej wykluczenia wykonawców, odrzucenia ofert czy unieważnienia wyboru oferty”. Co do zasady Zamawiający ma więc obowiązek zwrócenia się o uzupełnienie przez wykonawców zarówno dokumentów, jak i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu lub potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego w każdym przypadku, gdy stwierdzi brak któregośkolwiek z nich. Należy przyjąć, że sytuacja ta dotyczy zarówno dokumentów i oświadczeń niezłożonych przez wykonawcę, jak i złożonych nieprawidłowo (W. Dzierżanowski, T. Jerzykowski, M. Stachowiak - komentarz do art. 26 ustawy z dnia 29 stycznia Pzp, LEX. 2007. wyd. III).

Niedopełnienie wyżej opisanego obowiązku obarcza w skutkach wyłącznie Zamawiającego. Wobec niezastosowania zasady opisanej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp Zamawiający nie jest uprawniony do stawiania zarzutu protestującemu, że oferta nie jest zgodna z treścią SIWZ i nie spełnienia wymogu SIWZ.

Niezależnie od powyższego Protestujący wskazał, że Zamawiający już lipcu 2008 r. uzyskał wiedzę o zmianie w składzie Zarządu Spółki i osobach upoważnionych do składania

oświadczeń w jej imieniu. W dniu 28. 07. 2008 r. w siedzibie Zamawiającego został złożony protest wniesiony wobec treści SIWZ, (pismo znak: L. dz. Bm/Ska/2008-07-28/566/08), do którego załączone zostały uchwały nr 13 i 14 Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników "budchem" Sp. z o. o. z dnia 10. 06. 2008 r., na mocy których powołano członków Zarządu - p. Monikę U. oraz p. Waldemara B., a zatem w opinii Protestującego uchwały o powołaniu nowych członków Zarządu wchodzi w skład dokumentacji niniejszego postępowania. Zamawiający był więc zobowiązany na podstawie art. 26 ust 4 ustawy Pzp, poprzez

5

odebranie wyjaśnień od „budchem” Sp z o. o., włączyć ww. uchwały jako uzupełnienie dokumentów ofertowych Protestującego. Ponadto Protestujący zauważył, iż Zamawiający bez uwag i zastrzeżeń zaakceptował i przyjął do wiadomości w toku postępowania jego zgodę na przedłużenie związania ofertą o 60 dni oraz zgodę na poprawienie błędów rachunkowych w ofercie – stanowiące oświadczenia woli podpisane przez p. Monikę U. i p. Waldemara B. -członków Zarządu "budchem" Sp. z o. o. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że oferta Protestującego jest zgodna z treścią i wymogami SIWZ, a z załączonych przez Wykonawcę do oferty dokumentów wynika, że oferta została podpisana przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy. W tej sytuacji nie zasługuje również na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego że pomimo wymogu wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy nie wezwał protestującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie informacji z KRK wyłącznie z tego powodu, że oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z pkt 2 i 8 ustawy. Analiza treści oferty Protestującego nie daje bowiem żadnych podstaw do jej odrzucenia na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy wobec nie spełnienia przesłanek wynikających z tego przepisu. Na potwierdzenie tego Protestujący wskazał na treść wyroków Zespołu Arbitrów:

- z dnia 27 marca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-305/07) zgodnie z którym „na gruncie prawa cywilnego definicję oferty zawiera art. 66 Kodeksu cywilnego. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w SIWZ przedmiotowi zamówienia. Ta sprzeczność oferty z SIWZ musi mieć charakter materialny, a nie formalny. Charakter materialny przejawia się w tym, że oferta nie spełnia oczekiwań zamawiającego nie zawiera wszystkich elementów koniecznych do wykonania zamówienia”.

- z dnia 24 stycznia 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-82/05), zgodnie z którym oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmiennność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Protestujący stoi na stanowisku, iż jego oferta spełnia wymagania Zamawiającego, gdyż zaoferowane usługi w zakresie wykonania robót budowlanych odpowiadają w całości opisanemu w SIWZ przedmiotowi zamówienia. Również za chybiony Protestujący uważa zarzut nieważności oferty – bowiem nie zostały spełnione przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy. Oferta jest ważna i została podpisana przez osoby do tego uprawnione w imieniu

6

Spółki, powołane na mocy uchwały ZZW „budchem” Sp. z o. o. z dnia 10. 06. 2006 r. W związku z czym Zamawiający powinien unieważnić czynności związane z wyborem oferty wykonawcy Calbud Sp. z o. o.

Rozstrzygnięciem protestu z dnia 22. 10. 2008 r. Zamawiający oddalił protest w całości, jako bezzasadny.

Uzasadniając decyzję o oddaleniu całości zarzutów, Zamawiający stwierdził, iż Protestujący powołując się na naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie określił bliżej na czym polega naruszenie przez Zamawiającego wyrażonej w tym przepisie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów, tj. naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3, art.

26 ust. 3 i 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp, Zamawiający podkreślił, że ma obowiązek wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub gdy złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy. Z uwagi na to, iż przedłożone przez Protestującego "zapytania o niekaralność" dotyczące p. Moniki U. i p. Waldemara B., nie spełniają warunków określonych w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U z 2003 r., nr 198, poz. 1930 z późno zm.) i nie mogą być uznane za aktualne informacje z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, albowiem znajdują się na nich tylko pieczętki wpływu do Punktu Informacyjnego KRK przy Sądzie Okręgowym w Szczecinie, Zamawiający wykluczył go z postępowania. Ponadto Zamawiający wskazał, iż do oferty nie załączono aktualnej informacji z KRK dotyczącej p. Stanisława W. - Prezesa Zarządu „budchem” Sp. z o. o. Jednocześnie Zamawiający przyznał, iż zaniechał obowiązku, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż mimo ewentualnego uzupełnienia dokumentów, oferta Protestującego i tak podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy.

Zamawiający przyznał, iż w rozdz. I pkt 4 SIWZ wymagał od wykonawców, żeby do oferty załączyli upoważnienie do jej podpisania, o ile nie wynika ono z innych załączonych dokumentów. Oferta została podpisana przez p. Waldemara B. i p. Monikę U. –jak wynika z treści pieczętek każda z tych osób jest „Wiceprezesem Zarządu „budchem” Sp. z o. o.”. Tymczasem z odpisu KRS z dnia 28.07.2008 r. wynika, iż w skład Zarządu tej Spółki wchodzi jedna osoba, tj. p. Stanisław W. Wraz z odpisem z KRS firmy „budchem” Sp. z o. o. załączono złożone do Sądu Rejestrowego formularze w sprawie zmiany danych, gdzie wskazuje się jako członków Zarządu wymienione wyżej osoby. Jednakże formularz taki, w opinii Zamawiającego, nie jest dokumentem stwierdzającym powołanie członków Zarządu. Zgodnie bowiem z art. 201 § 4 Kodeksu spółek handlowych członek Zarządu jest

7

powoływany i odwoływany uchwałą wspólników, chyba że umowa spółki stanowi inaczej. Takiej uchwały do oferty nie dołączono. W tej sytuacji treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i jest ona nieważna jako podpisana przez osoby nieuprawnione. Wobec braku dokumentów, które potwierdzałyby powołanie w skład Zarządu: p. Waldemara B. i p. Monikę U., zgodnie z domniemaniem wynikającym z art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186 z późn. zm.) uważa się, że dane ujawnione w rejestrze są prawdziwe. Z KRS natomiast nie wynika, by w skład Zarządu „budchem” Sp. z o. o. wchodziły wspomniane osoby. Zamawiający zauważył również, iż na dzień sporządzania rozstrzygnięcia protestu, wciąż w KRS figuruje jako jedyny członek Zarządu p. Stanisław W. Dlatego też wezwanie Protestującego do uzupełnienia brakujących dokumentów uznał za nieracjonalne. Na potwierdzenie zajętego stanowiska przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2008 r. (sygn. akt. KIO/UZP 252/08) zgodnie z którym: "skoro oferta złożona przez odwołującego, zdaniem zamawiającego, podlegała już odrzuceniu ze względu na niezgodność treści złożonej oferty z SIWZ, to zamawiający nie był zobowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów". Ponadto za nieuzasadnione uznał Zamawiający stanowisko Protestującego, zgodnie z którym powinien był wezwać Protestującego do uzupełnienia brakujących uchwał Zgromadzenia Wspólników. Zamawiający podkreślił, iż przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje go do wyznaczania wykonawcom dodatkowego terminu na uzupełnienie brakujących lub zawierających błędy dokumentów, ale dotyczy to tylko dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu - które zostały ściśle wymienione w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). Uchwała wspólników o powołaniu nowych członków Zarządu nie jest zaliczana do katalogu dokumentów wymienionych w ww. rozporządzeniu. Także procedura wyjaśnień, o której mowa w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego –a do żadnej z tych kategorii nie można zaliczyć ww. uchwał.

Zamawiający nie uznał też załączonych do oferty formularzy aktualizacyjnych danych w KRS za dokumenty wskazujące, że p. Monika U. i p. Waldemar B. są członkami Zarządu „budchem” Sp. z o. o. i że są umocowani do reprezentacji ww. Spółki. Bowiem w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający żąda od Wykonawców aktualnego odpisu z KRS. Z ustawy o KRS wynika domniemanie, że wpisy w KRS są aktualne. Domniemanie to można jednak obalić, przedstawiając dowód przeciwny w postaci uchwały wspólników (zob. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 8 lutego 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-

8

195/05). Ponadto Zamawiający wskazał, że w orzecznictwie przyjmuje się, iż w przypadku spółek prawa handlowego zmiany w składzie Zarządu są skuteczne z chwilą podjęcia uchwały przez odpowiedni organ. Skuteczność takiej uchwały nie jest uzależniona od dokonania odpowiedniego wpisu w KRS. Wystarczy zatem, że wykonawca dołączy do swojej oferty uchwałę o zmianie zarządu (A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, op. cit., s. 114, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006).

Zamawiający nie zgodził się z Protestującym, iż zapis rozdziału I pkt 4 SIWZ, zobowiązujący wykonawców do złożenia wraz z ofertą dokumentu wskazującego na upoważnienie do podpisania oferty, o ile nie wynika ono z innych dokumentów załączonych do oferty jest nieprecyzyjny. Jego zdaniem, zapis ten ma charakter ogólny, tak by mógł normować możliwe wszystkie sytuacje, jakie mogą pojawić się w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezależnie jednak od tego zarzut nieprecyzyjności tego zapisu jest spóźniony, bowiem czas na kwestionowanie postanowień SIWZ już upłynął, a zgodnie z wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 1 lipca 2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1574/05): "warunki udziału w postępowaniu, które nie były przedmiotem skutecznych protestów, obowiązują wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu ze szczegółowością ustaloną przez zamawiającego".

Za błędne także uznał Zamawiający stanowisko Protestującego, iż niezgodność treści oferty względem SIWZ ma miejsce tylko w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SIWZ. Jak podkreślił, oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta powinna przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał zamawiający, przy czym powinny to być elementy składające się na treść oferty, odnoszącą się do jej aspektów formalnych i materialnych, ale nie do sposobu spełnienia obydwu aspektów. Innymi słowy, jeżeli oferta spełnia cel wymagań formalnych, ale w sposób niekoniecznie taki, jak żądał zamawiający, przy podejmowaniu decyzji istotne powinno być to, czy cel został osiągnięty, a nie czy forma oferty stanowi odzwierciedlenie życzeń zamawiającego (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych komentarz, op. cit., s. 294-295, C.H. Beck, Warszawa 2007). "Oferta podlega odrzuceniu, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ (...). Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ wówczas, gdy została sporządzona niezgodnie z postanowieniami specyfikacji" (pod red. T. Czajkowskiego, Prawo zamówień publicznych komentarz, op. cit., s. 304, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007). Zamawiający też wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2008 r., w którym KIO stwierdziła, iż "zgodność treści oferty

9

z treścią SIWZ należy oceniać w granicach wymagań postawionych przez zamawiającego w treści SIWZ" (sygn. akt KIO/UZP 219/08). Uwzględniając powyższe Zamawiający stwierdził, że oferta Protestującego sporządzona została sprzecznie z wymogami SIWZ, albowiem wbrew wymaganiom nie zostały załączone do niej dokumenty pozwalające stwierdzić, że osoby podpisujące ofertę były do tego umocowane, a na podstawie innych dokumentów załączonych do oferty nie było możliwe ustalenie tych okoliczności. Dokumenty wskazujące na upoważnienie do reprezentowania Wykonawcy są integralną częścią oferty. Potwierdzają że osoby, które składają swoje podpisy pod ofertą są umocowane do tego by składać skutecznie oświadczenia woli w imieniu i na rzecz danego podmiotu. Nie ma wątpliwości, iż udzielanie zamówień publicznych jest formą transakcji handlowej i Zamawiający dbając

należycie o swój interes musi mieć 100% pewności co do wiarygodności swoich kontrahentów.

W opinii Zamawiającego bez znaczenia jest fakt, że Protestujący załączył uchwały wspólników do protestu firmy „budchem” Sp. z o. o., który był składany w dniu 28 lipca 2008 r. Po pierwsze, protest składany był przez firmę „budchem” Sp. z o. o., a nie Protestującego, czyli „Konsorcjum budchem-Cestar”. Po drugie, od czasu złożenia tego protestu upłynęło już kilka miesięcy i w tym czasie mogło mieć miejsce kolejne Zgromadzenie Wspólników, na którym mogły nastąpić kolejne zmiany w składzie Zarządu „budchem” Sp. z o. o. Zamawiający nie może traktować jako uzupełnienia oferty, uchwał wspólników złożonych na etapie składania ww. protestu, ani tym bardziej włączyć ich do treści złożonej przez Protestującego oferty. W związku z powyższym Zamawiający stoi na stanowisku, że miał prawo uznać, iż oferta Protestującego jest nieważna na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 88/08) przesłanka nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów wystąpi np. w sytuacji gdy oferta została podpisana przez osoby nieumocowane do składania oświadczeń woli w imieniu podmiotu ją składającego.

Od rozstrzygnięcia protestu, Odwołujący (pismem z dnia 27. 10. 2008 r.) wniósł w dniu 29. 10. 2008 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, jednocześnie przekazując jego kopię Zamawiającemu.

W odwołaniu Odwołujący ponownie zarzucił Zamawiającemu naruszenie w szczególności art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 i 4, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) zobowiązanie Zamawiającego do wezwania wykonawców występujących wspólnie jako „Konsorcjum budchem-Cestar” do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, poprawienia błędów (art. 26 ust. 3 i 4 ustawy),

10

3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

-oraz ponowił wszystkie żądania zawarte w proteście.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podtrzymał wnioski i argumentację zawartą w proteście oraz przedstawił następujące dodatkowe argumenty i przytoczył orzecznictwo na ich poparcie.

- w odniesieniu do bezzasadności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wobec nie spełnienia przesłanek wynikających z tego przepisu. Protestujący przywołał argumentację zawartą w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 31 stycznia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-94/07), która w całości była zgodna z treścią przywołanego w proteście wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 27 marca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-305/07).

Jednocześnie zaznaczył, iż przez cały okres związania ofertą, w tym w treści pism o odrzuceniu oferty i o oddaleniu protestu, Zamawiający nie zarzucił (ani nie wykazał) Odwołującemu, że zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego. W związku z czym Odwołujący stoi na stanowisku, iż jego oferta jest zgodna co do treści z treścią SIWZ, gdyż wszystkie elementy stanowiące treść oferty spełniają w całości wymogi opisane w treści SIWZ. Natomiast dokumenty potwierdzające spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie stanowią treści oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dlatego też ich brak, niekompletność lub zawarte w nich błędy, nie mogą być podstawą do stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i odrzucenia jej na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

- w odniesieniu do zarzutu nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów, tj. Kodeksu spółek handlowych, Odwołujący stoi na stanowisku, iż nie zostały spełnione przesłanki opisane w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W opinii Odwołującego zarzut ten byłby skuteczny tylko w sytuacji, gdyby:

- 1) członkowie Zarządu, tj. p. Monika U. i p. Waldemar B. byli powołani niezgodnie z obowiązującymi przepisami i postanowieniami umowy Spółki, tj. nie zostaliby powołani na mocy uchwały wspólników, lub

2) uchwała o ich powołaniu byłaby nieważna z mocy prawa.

W przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie wystąpiła, bowiem jak wskazuje Odwołujący oferta została podpisana przez osoby umocowane do składania oświadczeń woli w imieniu oferenta, co wynika z protokołu Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników z dnia 10. 06. 2008 r. (dokumentów załączonych przez oferenta w tym postępowaniu). Członkowie Zarządu p. Monika U. i p. Waldemar B. zostali powołani przez Zwyczajne Zgromadzenie Wspólników na mocy uchwały z dnia 10. 06. 2008 r. zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz o umowę

11

Spółki. Ponadto zdaniem Odwołującego ważność oferty należy badać przede wszystkim w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego (zasadę wynikającą z art. 14 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 66 Kodeksu cywilnego oferta jest oświadczeniem woli złożonym drugiej stronie co do zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia umowy. Oświadczenia woli w doktrynie uznawane są za jednostronne czynności prawne, do których mają zastosowanie w szczególności przepisy tytułu IV księgi I Kodeksu cywilnego. Odwołujący twierdzi, iż w niniejszej sprawie należy wykluczyć bezprawność czynu w rozumieniu art. 58 Kodeksu cywilnego, jak również wady oświadczenia woli skutkujące nieważnością (art. 82 i nast. Kodeksu cywilnego). Jednostronna czynność prawna (złożenie oferty) nie została też w tym przypadku dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu, bowiem Odwołujący był właściwie umocowany do działania, na mocy pełnomocnictwa z dnia 07. 08. 2008 r. udzielonego "budchem" Sp. z o. o. przez "Cestar" Andrzej Cebula, Jerzy Starski Spółka Jawna z siedzibą w Szczecinie. W opinii Odwołującego oferta ta zawiera oświadczenie woli zawarcia umowy i istotne postanowienia tej umowy, a w imieniu oferenta występuje podmiot prawidłowo umocowany do działania, nie ma więc podstaw do twierdzenia, że jest nieważna. Jednocześnie Odwołujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający zarzutu nieważności oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie udowodnił.

- w odniesieniu do braku określenia przez Zamawiającego w SIWZ katalogu dokumentów, które musiałby załączyć wykonawca, aby spełnić przesłanki pojęcia "inne dokumenty", Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dnia 3 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 250/08), zgodnie z którym: "Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego, a także subiektywnej oceny jego spełniania", oraz zaznaczył, iż podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 4 grudnia 1998 r. (sygn. akt I ACa 998/98).

- Odwołujący podniósł, iż zmiany w składzie Zarządu, zmiany wspólników itp. to sytuacje mające często miejsce w bieżącym gospodarczym życiu spółki handlowej. Z tego względu pod pojęciem "aktualny odpis z właściwego rejestru", o którym mowa w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), należy rozumieć: odpis z KRS nie starszy niż 6-miesięcy wraz z dokumentami informującymi o różnicach pomiędzy odpisem z KRS a faktycznym stanem formalno-prawnym w dniu składania oferty.

- w odniesieniu do naruszenia przez Zamawiającego art. 26. ust. 3 i 4 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, iż w stanie prawnym przed 25 maja 2006 r. niejednokrotnie spotykane były wykluczenia wykonawców z powodów czysto formalnych, w związku z czym Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 2 marca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-192/07) uznał, iż kierując się

12

ratio legis nowelizacji należy przyjąć, iż Zamawiający stwierdzając braki w dokumentacji lub oświadczeniach składanych przez Wykonawcę ma obowiązek stosowania przepisu art. 26 ust. 3 i 4 na każdym etapie postępowania, w którym dokonuje badania ofert Wykonawców. Niedopełnienie ww. opisanego obowiązku obarcza w skutkach wyłącznie Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający przez zaniechanie wezwania go do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy) lub złożenia wyjaśnień (art. 26 ust. 4 ustawy), nie wykazał, że oferta jest podpisana przez osoby nieuprawnione do składania oświadczeń woli w imieniu oferenta. W tej sytuacji Zamawiający nie jest uprawniony do stawiania zarzutu, że oferta nie jest zgodna z treścią SIWZ, jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów i nie spełnienia wymogów SIWZ. Odwołujący zwrócił również uwagę na literalne brzmienie

przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które jego zdaniem wskazuje, iż jedynym wyjątkiem zezwalającym na odstąpienie przez Zamawiającego od zasady wzywania oferentów do uzupełniania dokumentów w tym trybie jest sytuacja, w której pomimo ich uzupełnienia przez wykonawcę, oferta i tak podlegałaby odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Sytuacja taka nie ma natomiast miejsca w niniejszej sprawie. Ponadto Odwołujący podkreślił, że w przypadku niejasności w odniesieniu do oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający ma bezwarunkowy obowiązek wezwać Wykonawcę w celu złożenia wyjaśnień. Na potwierdzenie czego przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 103/07), w którym stwierdzono, iż: "nałożenie na Zamawiającego ww. obowiązku wynika z celu, jaki stawiał sobie ustawodawca przy formułowaniu obecnego brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy. (...) Intencją ustawodawcy było, aby jak najwięcej ofert podlegało merytorycznej ocenie oraz by uchybienia, które mogłyby być naprawione nie powodowały eliminacji wykonawców z postępowania. Ten cel legislacyjny widoczny jest zwłaszcza in fine przepisu. Ustawodawca zezwala, aby dokumenty złożone w wyniku wezwania potwierdzały stan na dzień wyznaczony przez Zamawiającego."

- na poparcie twierdzenia, że oferta Odwołującego spełnia wymogi SIWZ oraz uzyskała najwyższą ilość punktów wg kryteriów ustalonych w SIWZ (zaoferowana cena na wykonanie przedmiotu zamówienia jest najniższa, o około 300 tys. zł jest niższa od kwoty przewidzianej przez Zamawiającego na realizację przedmiotowego zamówienia i o około 340 tys. jest niższa od drugiej oferty - Calbud Sp. z o. o.), Odwołujący przywołał wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 29 marca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-320/07), w myśl którego: „nadanie nowego brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp po dniu 25 maja 2006 r. miało na celu stworzenie możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty z uwagi na kryteria oceny ofert w sytuacji, gdy oferty zawierają nawet pewne braki dotyczące warunków udziału w postępowaniu. Celem ustawodawcy było umożliwienie udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom, którzy

13

spełniają warunki podmiotowe”. Powołał się również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 119/07), z którego wynika, iż: " (...) Biorąc pod uwagę treść przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp na Zamawiającym ciąży obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń lub dokumentów. Wobec obowiązku Zamawiającego do wezwania do wyjaśnień, zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp".

Na marginesie Odwołujący wskazał, iż w dniu 24 października 2008 r. weszła w życie ustawa o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych ustaw (Dz. U z 2008r. Nr 171, poz. 1058). Na mocy ww. nowelizacji zmianie uległ m. in. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z powyższego Odwołujący wnioskuje, że intencją i celem ustawodawcy jest tworzenie możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty z uwagi na kryteria oceny ofert oraz ograniczenie sytuacji, w których dochodzi do wykluczeń lub odrzucenia ofert z przyczyn nieuzasadnionego formalizmu, bez rzeczywistych merytorycznych przesłanek. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, iż określone przez niego czynności są dokonywane od dnia 24 października 2008 r. na zasadach przewidzianych w nowelizacji ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w toku postępowania protestacyjno-odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczące czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, odrzucenia jego oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej, skład orzekający Izby uznał za zasadne.

W piśmie z dnia 09.10.2008 r., doręczonym Odwołującemu w tej samej dacie, Zamawiający zawiadomił Odwołującego, iż wykluczył go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wskazał, iż zgodnie z powołanym przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie złożyli o oświadczenia spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone

dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający podniósł, iż Odwołujący nie spełnił wymogu załączenia do oferty aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp. Załączone do oferty kserokopie zapytań o udzielenie informacji o osobie, dotyczące Waldemara B. i Moniki U. nie spełniają bowiem warunków określonych w Rozporządzeniu

14

Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. z 2003 r. nr 198, poz. 1930 z późn. zm.), gdyż zawierają tylko pieczętki wpływu do Punktu Informacyjnego Krajowego Rejestru Karnego w Szczecinie. Ponadto w ofercie Odwołującego brak jest aktualnej informacji z KRS dotyczącej Stanisława W. – Prezesa Zarządu „budchem” Sp. z o.o.

Zamawiający podał, iż nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia wskazanych wyżej dokumentów, albowiem mimo ich ewentualnego uzupełnienia, oferta Odwołującego podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a ponadto jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający wskazał, iż w rozdz. I pkt 4 SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców, żeby do oferty załączyli upoważnienie do jej podpisania, o ile nie wynika ono z innych załączonych dokumentów. Oferta Odwołującego została podpisana przez Waldemara B. i Monikę U., którzy, jak wynika z treści pieczętek, pełnią funkcję wiceprezesa Zarządu „budchem” Sp. z o.o., tymczasem z odpisu KRS z dnia 28.07.2008 r. wynika, że w skład Zarządu tej Spółki wchodzi tylko jedna osoba, tj. Stanisław W. Zamawiający podał, iż wraz z odpisem z KRS firmy „budchem” Sp. z o.o. załączono do oferty, złożone do Sądu Rejestrowego, formularze w sprawie zmiany danych, w których wskazano jako członków Zarządu wymienione wyżej osoby. Jednakże formularz taki nie jest dokumentem stwierdzającym powołanie członków zarządu. Zamawiający podniósł, iż zgodnie z art. 201 § 4 Kodeksu spółek handlowych członek zarządu jest powoływany i odwoływany uchwałą wspólników, chyba, że umowa spółki stanowi inaczej, a takiej uchwały do oferty Odwołującego nie dołączono. Dlatego, treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ i jest też nieważna, gdyż została podpisana przez osoby nieuprawnione. Powyższe stanowisko Zamawiający podtrzymał w rozstrzygnięciu protestu oraz na rozprawie.

Izba ustaliła w tym zakresie.

Odwołujący rzeczywiście nie załączył do swojej oferty aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp, dotyczącej Moniki U. i Waldemara B., którzy jako Wiceprezesi Zarządu Spółki „budchem” podpisali ofertę Odwołującego. Wymóg załączenia do oferty ww. dokumentów, w celu potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 Pzp Zamawiający zawarł w rozdziale V ust. 3 pkt 1 lit. d SIWZ.

Na str. 52 i 53 oferty zawarł, potwierdzone za zgodność z oryginałem kserokopie zapytania o udzielenie informacji o osobie dotyczące, odpowiednio, Waldemara B. i Moniki U. Na

15

wypełnionych ww. zapytaniach odcisnięta jest pieczętka wpływu do Punktu Informacyjnego Krajowego Rejestru Karnego w Szczecinie przy Sądzie Okręgowym – 05 czerwca 2008 r. Nie zawierają jednak informacji z KRK.

Skład orzekający Izby, rozpatrując sprawę oparł się przede wszystkim na ustaleniu, iż w toku przedmiotowego postępowania o zamówienie „budchem” Sp. z o.o. załączyła do wniesionego w dniu 28.07.2008 r. protestu na treść ogłoszenia o zamówieniu, m.in. kserokopie potwierdzonych za zgodność z oryginałem uchwał Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki „budchem”: nr 13 i nr 14, o powołaniu, odpowiednio, Moniki Urban oraz Waldemara Brodzik, z dniem 1 lipca 2008 r. do pełnienia funkcji członka Zarządu, na podstawie których Zamawiający powziął wiadomość o aktualnej reprezentacji „budchem” Sp. z o.o.

Dane co do osób uprawnionych do reprezentowania spółki „budchem” wynikały również

z treści załączonej do oferty Odwołującego uwierzytelnionej kopii wniosku o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców dotyczącym Spółki „budchem” (str. 25 -39), który, jak wynikało z prezentaty, został złożony w dniu 22.08.2008 r. w Sądzie Rejonowym w Szczecinie XVII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego. Z treści tego wniosku, w tym z załącznika KRS-WK „Organy podmiotu/wspólnicy uprawnieni do reprezentowania spółki” wynikało wprost, iż w skład Zarządu tej Spółki weszły wyżej wskazane osoby, jako wiceprezesi (str. 33 oferty), które łącznie („dwóch Wiceprezesów łącznie” – zgodnie z załącznikiem KRS-ZK, część II pkt II.2 „Zmiana sposobu reprezentacji”) są upoważnione do reprezentacji Spółki. Jednocześnie, w załączniku KRS-ZK, części III zawarto wniosek o wykreślenie Stanisława W. z funkcji Prezesa Zarządu tej Spółki (str. 37 oferty).

Zamawiający błędnie uznał, iż wobec braku ujawnienia w załączonym do oferty wyżej wymienionym odpisie z KRS, według stanu na dzień 28.07.2008 r., jako członków Zarządu „budchem” Sp. z o.o., osób, które ofertę podpisały: Moniki U. i Waldemara B., oferta została podpisana przez osoby nieuprawnione. Jednocześnie, Zamawiający nie wziął pod uwagę treści uchwał załączonych przez „budchem” Sp. z o.o., a także wniosku o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców dotyczącym Spółki „budchem”. Wniosek ten stanowił podstawę do skutecznego wpisu uchwalonej przez Zwyczajne Zgromadzenie Wspólników Spółki „budchem” zmiany składu Zarządu, co potwierdza treść KRS dotyczącej „budchem” Sp. z o.o. , wg stanu na dzień 18.11.2008 r., przedłożonej przez Odwołującego na rozprawie. Z dokumentu tego wynika, iż w dniu 29.10.2008 r. Sąd Rejonowy w Szczecinie, XVII Wydział Gospodarczy KRS wpisał, w dziale 2, w rubryce 1 –

16

„Organ uprawniony do reprezentacji podmiotu” Monikę U. oraz Waldemara B., jako osoby pełniące funkcję Wiceprezesa Zarządu Spółki „budchem”.

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko Zamawiającego, iż domniemanie, że wpisy w KRS są aktualne można obalić, przedstawiając dowód przeciwny w postaci uchwały wspólników. Podzielił również pogląd, iż w przypadku spółek prawa handlowego zmiany w składzie Zarządu są skuteczne z chwilą podjęcia uchwały przez odpowiedni organ. Skuteczność takiej uchwały nie jest uzależniona od dokonania odpowiedniego wpisu w KRS. Wystarczy, że wykonawca dołączy do swojej oferty uchwałę o zmianie zarządu. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż przepis art. 201 par. 4 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037), zgodnie z którym „Członek zarządu jest powoływany i odwoływany uchwałą wspólników, chyba że umowa spółki stanowi inaczej” rozumieć należy dosłownie, zgodnie z literalnym jego brzmieniem. Ujawnienie zmian w KRS, w tym zakresie, ma charakter deklaratoryjny.

Mając na uwadze dokonane wyżej ustalenia stanu faktycznego i prawnego sprawy skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucił jego ofertę, w wyniku błędnej oceny, że oferta Odwołującego została podpisana przez podmiot nieuprawniony.

Zamawiający nie dopełnił określonego w art. 26 ust. 3 Pzp obowiązku wezwania Odwołującego do złożenia brakujących dokumentów, tj. informacji z KRK dotyczącej Moniki U. i Waldemara B., pełniących w dniu złożenia przez Odwołującego oferty, funkcję Wiceprezesa Zarządu Spółki „budchem”.

Wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, bez uprzedniego wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, w niniejszej sprawie skład orzekający uznał za nieusprawiedliwione, wobec niedopatrzenia się wystąpienia przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego lub konieczności unieważnienia postępowania, w przypadku uzupełnienia brakującego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Poprzez bezpodstawnie wykluczenie Odwołującego z postępowania o zamówienie publiczne i odrzucenie jego oferty Zamawiający naruszył zawartą w art. 7 ust. 1 Pzp zasadę nakazującą przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W świetle powyższego, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3 600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie oraz koszty dojazdu przedstawicieli Odwołującego na posiedzenie KIO w kwocie 1 442, 00 zł.

W wyniku ustalenia, że wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy – Prawo Zamówień Publicznych w związku z § 1 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r., skład orzekający Izby postanowił zwrócić na rzecz Odwołującego kwotę nadpłaconego wpisu.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*