

Sygn. akt: KIO/UZP 651/09

WYROK
z dnia 5 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

**Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wojciecha Wardenckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „War-Bud” z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Lipowa 16, 97-300 Piotrków Trybunalski** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Tomaszowskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, ul. Majowa 15, 97-200 Tomaszów Mazowiecki** protestu z dnia 28 kwietnia 2009 r.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Tomaszowskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, ul. Majowa 15, 97-200 Tomaszów Mazowiecki i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wojciecha Wardenckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „War-Bud” z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Lipowa 16, 97-300 Piotrków Trybunalski,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8173 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt trzy złote zero groszy) przez **Tomaszowskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, ul. Majowa 15, 97-200 Tomaszów Mazowiecki** na rzecz **Wojciecha Wardenckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „War-Bud” z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Lipowa 16, 97-300 Piotrków Trybunalski,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania 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 **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wojciecha Wardenckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „War-Bud” z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, ul. Lipowa 16, 97-300 Piotrków Trybunalski.**

U z a s a d n i e

Tomaszowskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: 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 „Wykonanie pod klucz budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Bursztynowej 82-92 w Tomaszowie Mazowieckim”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 marca 2009 r., poz. 46864.

Pismem z dnia 21 kwietnia 2009 r. (wpływ do Odwołującego faksem w dniu 22 kwietnia 2009 r.) Zamawiający poinformował wykonawcę Wojciecha Wardenckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa „War-Bud” z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, zwanego dalej „Odwołującym” o wykluczeniu go z przedmiotowego postępowania, zgodnie z art. 23 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. na skutek nie złożenia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie dokumentów określających zobowiązania i należności za lata 2006-2008, jednocześnie informując go o zatrzymaniu wadium.

W dniu 28 kwietnia 2009 r. Odwołujący wniósł protest na czynność oceny oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 3, art. 26 ust. 3 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o ponowne dokonanie rzetelnej oceny oferty Odwołującego pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, powtórzenie oprotestowanych czynności poprzez wyznaczenie realnego terminu na złożenie „brakujących” dokumentów oraz wezwanie go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonego oświadczenia.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż złożył on dokumenty potwierdzające kondycję finansową firmy (zaświadczenia ZUS i US o braku zaległości w opłacaniu należności publiczno-prawnych, polisę OC opiewającą na kwotę 2 milionów złotych, opinię bankową o dysponowaniu środkami w wysokości ponad 700 tysięcy złotych, zeznania roczne świadczące o dochodowości firmy oraz oświadczenie, iż nie posiada dokumentu określającego wysokość należności i zobowiązań, gdyż przepisy prawa nie nakładają na niego takiego obowiązku, niemniej jednak odpowiednikiem takiego dokumentu jest zeznanie roczne PIT). Mimo powyższego, pismem z dnia 8 kwietnia 2009 r. (przedmiotowe pismo otrzymał dnia 14 kwietnia 2009 r.), został wezwany m.in. do złożenia w terminie do dnia 15 kwietnia 2009 r. dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności za okres obrotowy 2006 i 2007, a więc pomimo tego, iż do oferty załączył zeznania PIT-36 za wymagany okres, z treści których wynikała wielkość obrotów oraz oświadczenie informujące o braku obowiązku prowadzenia ewidencji należności i zobowiązań. Dodatkowo podniósł, iż ta czynność Zamawiającego była jedynie czynnością pozorną, gdyż niemożliwym było sporządzenie bliżej nieokreślonego dokumentu w tak krótkim czasie.

Pismem z dnia 8 maja 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego uwzględnienie w części dotyczącej naruszenia

art. 24 ust. 3 ustawy Pzp oraz oddalenie w części dotyczącej naruszenia art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz zaniechania uprawnień wynikających z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał m.in., iż Zamawiający mógł żądać dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a ich zakres nie przekraczał katalogu dokumentów określonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz firm, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605), zwanym dalej „rozporządzeniem”, które nie określa jakie dokumenty mają być przedłożone w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego. Także SIWZ pozostawiła wykonawcy dowolność w tym zakresie. Natomiast dokumenty przedłożone przez Odwołującego nie zawierały wymaganych przez SIWZ informacji, których nie mogło zastąpić oświadczenie o braku obowiązku sporządzenia określonych dokumentów.

Nadto Zamawiający podniósł, iż wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zostało Odwołującemu doręczone faksem w dniu 9 kwietnia 2009 r. W przedmiotowym piśmie jako termin na uzupełnienie wymaganych dokumentów Zamawiający wskazał 15 kwietnia 2009 r., a Odwołujący nie wystąpił o jego przedłużenie. W wymaganym terminie uchylił się od złożenia dokumentu zawierającego wykaz zobowiązań i należności.

Jednocześnie dodał, iż zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest nietrafny, gdyż umożliwia on Zamawiającemu uzyskanie wyjaśnień co do treści oferty i jest to uprawnienie, a nie obowiązek Zamawiającego.

Pismem z dnia 12 maja 2009 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ do Prezesa UZP w dniu 18 maja 2009 r., wpływ do Zamawiającego w dniu 12 maja 2009 r.; data nadania do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 12 maja 2009 r.), ograniczając zarzuty do zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego oraz podtrzymując w tej części argumenty oraz wnioski zawarte w proteście. Nadto wnosząc o unieważnienie wyboru oferty wykonawcy MALTOM Sp. j. z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nieuprawnionego wykluczenia Odwołującego z postępowania potwierdził się.

Zamawiający w SIWZ, rozdział VI „Informacje o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, ustęp 1 pkt 6 zamieścił postanowienie, iż wykonawcy zobowiązani są przedłożyć „sprawozdanie finansowe albo jego część (...), a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności – za okres nie dłuższy niż trzy lata obrotowe, a jeżeli okres działalności jest krótszy - za ten okres”.

Odwołujący w załączeniu do złożonej oferty przedłożył:

1. zbiorcze podsumowanie komputerowej księgi przychodów i rozchodów za 2008 r. (s. 10 oferty);
2. PIT-36L za rok 2007 (s. 11-12 oferty);
3. PIT-36L za rok 2006 (s. 13-14 oferty);
4. oświadczenie, iż nie jest zobowiązany do prowadzenia ewidencji należności i zobowiązań (s. 15 oferty).

Pismem z dnia 8 kwietnia 2009 r. (wpływ do Odwołującego faksem w dniu 9 kwietnia 2009 r.) Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia m.in. dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności za okres obrotowy 2006 i 2007 w terminie do dnia 15 kwietnia 2009 r.

W dniu 15 kwietnia 2009 r. (pismem z dnia 14 kwietnia 2009 r.) Odwołujący złożył pismo, w którym zwrócił uwagę na niemożność sporządzenia przez niego stanu należności i zobowiązań na 31 grudnia 2006 i 2007 roku, z uwagi na to, iż nie jest zobowiązany do prowadzenia ewidencji zobowiązań i należności, oraz załączył wydruki podsumowania komputerowej księgi przychodów i rozchodów za 2007 i 2006 rok.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż Odwołujący złożył dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności za rok 2006 i 2007. Istotnie nie jest on zobowiązany do sporządzania sprawozdania finansowego, ale jako osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą jest zobowiązany do sporządzania i przedkładania właściwym urzędom skarbowym odpowiednich dokumentów (zeznań podatkowych), z treści których wynikają m.in. dochód, zysk, koszty działalności, straty, jak również zobowiązania finansowe w zakresie prowadzonej działalności. Odwołujący złożył zgodnie z przyjętym sposobem rozliczania z podatku zeznanie roczne PIT-36L. Tym samym, zeznanie roczne PIT, zgodnie z ukształtowaną już linią orzecniczą, spełnia warunki innego dokumentu określającego obroty oraz zobowiązania i należności w rozumieniu rozporządzenia (wyrok SO we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2006 r., sygn. akt X Ga 88/06), gdyż zawiera ono informacje określające zysk, zobowiązania i należności wykonawcy.

Bezspornym jest, iż Odwołujący w załączeniu do złożonej oferty przedłożył zeznania podatkowe PIT-36L za 2006 i 2007 rok. Z treści złożonych zeznań podatkowych o wysokości osiągniętego dochodu (poniesionej straty) w roku podatkowym (PIT-36L) wynika nie tylko przychód, czyli łączna wartość sprzedaży dóbr, towarów i usług, ale i dochód, a więc przychód pomniejszony o koszty, jak również brak jakichkolwiek zobowiązań Odwołującego.

Podniesiona przez Zamawiającego na rozprawie okoliczność, iż prowadzona przez niego inwestycja ma być sfinansowana z kredytu i brak informacji o zobowiązaniach i należnościach wykonawcy może zdecydować o możliwości jego pozyskania nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający powyższego twierdzenia nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił. Nie pokusił się także o dokonanie analizy złożonego dokumentu (PIT-36L).

Podkreślenia wymaga i fakt, iż Zamawiający nie wyspecyfikował w SIWZ, jakie dokumenty określające obroty oraz zobowiązania i należności powinni przedłożyć wykonawcy, którzy nie są zobowiązani do sporządzania sprawozdania finansowego, tym samym na etapie badania i oceny ofert nie może tego dowolnie doprecyzowywać.

Dlatego też uznać należy, iż Odwołujący przedłożył wymagane przez Zamawiającego dokumenty świadczące o jego kondycji finansowej. Natomiast Zamawiający, wzywając Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności za rok 2006 i 2007, naruszył powołany przepis.

Jednocześnie Izba stwierdziła, iż zbiorcze podsumowanie z komputerowej księgi przychodów i rozchodów za 2008 r. zawierające jedynie dane dotyczące m.in. „sprzedaży towarów, pozostałych przychodów, zakupów towarów, kosztów zakupu wynagrodzenia oraz pozostałych wydatków”, gdyż nie zawiera wszystkich wymaganych informacji, tym samym nie może stanowić innego dokumentu w rozumieniu rozporządzenia. Dlatego też Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentu, poprzez przedłożenie dokumentu określającego jego obroty, zobowiązania i należności za rok 2008. Skoro dotychczas tego nie uczynił, nie oznacza to, iż przedłożony przez Odwołującego dokument jest prawidłowy. Błędna decyzja Zamawiającego nie może być bowiem konwalidowana na skutek zaniechania przez niego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu. Ponieważ potwierdził się zarzut nieuprawnionego wykluczenia Odwołującego z dotychczasowego postępowania Zamawiający powinien czynność tę unieważnić z wszelkimi konsekwencjami wynikającymi z błędnie dokonanej czynności, a następnie wezwać Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia wymaganego dokumentu, poprzez złożenie dokumentu określającego obroty, zobowiązania i należności za rok 2008.

Ustawa Pzp pozwala bowiem na ponowne wezwanie wykonawcy, o ile wezwanie to nie dotyczy tego samego dokumentu, a więc takiego, który był już przedmiotem wezwania.

Zarzut dotyczący nieczytelności wezwania do uzupełnienia dokumentów nie może być rozpatrzony ze względu na to, iż nie był on poprzedzony protestem. Termin na złożenie protestu upłynął w dniu 16 kwietnia 2009 r.

Nie potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż jak słusznie podkreślił Zamawiający na rozprawie jest to jego uprawnienie, a nie obowiązek, z którego to uprawnienia, w razie powzięcia wątpliwości, może, ale nie musi skorzystać i służy ono jedynie wyjaśnieniu treści złożonej oferty.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 599,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*