

WYROK

z dnia 1 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2011 r. przez **Przemysława Gierlotka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe „TRANSPERM” Przemysław Gierlotka, ul. Goździków 6, 43-190 Mikołów** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wyry, ul. Dąbrowszczaków 133, 43-175 Wyry,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy - **Przemysława Gierlotka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe „TRANSPERM” Przemysław Gierlotka, ul. Goździków 6, 43-190 Mikołów** – w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 2 Pzp, dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu;

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Wyry, ul. Dąbrowszczaków 133, 43-175 Wyry** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Przemysława Gierlotka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe „TRANSPERM” Przemysław Gierlotka, ul. Goździków 6, 43-190 Mikołów** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Gminy Wry, ul. Dąbrowszczaków 133, 43-175 Wry** na rzecz **Przemysława Gierlotka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe „TRANSPERM” Przemysław Gierlotka, ul. Goździków 6, 43-190 Mikołów** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wyry, ul. Dąbrowszczaków 133, 43-175 Wyry (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przewóz dzieci niepełnosprawnych realizujących obowiązek szkolny poza terenem Gminy Wyry.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 16 sierpnia 2011 r. zamawiający, w formie faksu zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym wykonawcę - Przemysława Gierlotkę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe „TRANSPERM” Przemysław Gierlotka, ul. Goździków 6, 43-190 Mikołów (dalej „odwołujący” lub „TRANSPERM”) o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawcy - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MURGÓR-TRANS” Sp. z o.o., ul. Pawła Kołodzieja 2, 40-749 Katowice Murcki oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”). W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, że w ofercie brak jest zaakceptowanych ogólnych warunków umowy oraz oświadczenia wykonawcy złożonego w zakresie art. 24 ust. 1 pkt. 2 Pzp. tj. oświadczenie, że w stosunku do niego nie otwarto likwidacji lub nie ogłoszono upadłości, chyba, że po ogłoszeniu upadłości zawarto układ potwierdzony prawomocnym potwierdzeniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego.

W dniu 18 sierpnia 2011 r. odwołujący wniósł odwołanie wobec bezpodstawnie dokonanej czynności odrzucenia jego oferty bez uprzedniego skorzystania z procedury zawartej w art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MURGÓR-TRANS z siedzibą w Katowicach – Murckach,
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty złożonej przez TRANSPEM.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazywał, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego ze względu na brak zaakceptowanych ogólnych warunków umowy (załącznik nr 11) oraz brak oświadczenia wykonawcy (załącznik nr 9) tj. oświadczenie, że w stosunku do niego nie otwarto likwidacji lub nie ogłoszono upadłości. Podkreślał, że zgodnie z art. 26 ust.3 Pzp zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z powodu nie spełniania warunków art. 24 ust 1 pkt. 2 Pzp. Wyjaśniał, że w siwz w rozdziale VIII w uwagach dodatkowych (str. 8) zamawiający informował, iż w przypadku braku oświadczeń lub dokumentów wezwie wykonawcę do uzupełnienia dokumentacji w określonym terminie. Dopiero niedotrzymanie tego terminu przez wykonawcę spowoduje odrzucenie oferty. Podnosił, że brak w/w dokumentów nie wpływa na rzetelność i jakość wykonania usługi jak również nie świadczy o braku potencjału technicznego jakim dysponuje odwołujący. Wobec powyższego odrzucenie najkorzystniejszej cenowo oferty firmy TRANSPEM zdaniem odwołującego jest nieuzasadnione. Firma TRANSPEM złożyła w ofercie aktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej potwierdzone przez Urząd Miasta Mikołowa - Referat Ewidencji Działalności Gospodarczej. Pomimo, że publiczne otwarcie ofert nastąpiło 3 sierpnia 2011 zamawiający do dnia 16 sierpnia 2011 nie powiadomił odwołującego o jakichkolwiek brakach w ofercie, tym samym zaniechał wezwania go do uzupełnienia w/w dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp.

W dniu 17 sierpnia 2011 r. odwołujący przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W rozdziale V „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków” w pkt. 1 siwz zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy niepodlegający wykluczeniu z postępowania na podstawie art.. 24 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z postanowieniami siwz, tj.

1. rozdziału VIII pkt. C.3 (str. 7) wykonawca winien był dołączyć do oferty zaakceptowane ogólne warunki umowy – załącznik nr 11;
1. rozdziału VIII pkt. B.2 (str. 7) siwz - jeżeli wykonawca jest osobą fizyczną winien był złożyć oświadczenie (na załączniku nr 9) w zakresie art. 24 ust. 1 pkt. 2 Pzp, tj. oświadczenie, że w stosunku do niego nie otwarto likwidacji lub nie ogłoszono upadłości, chyba, że po ogłoszeniu upadłości zawarto układ potwierdzony prawomocnym potwierdzeniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego.

W formularzu ofertowym (str. 1) oferty złożonej przez TRANSPEM w poszczególnych punktach podano: „6. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz dokumentacją przetargową i nie wnosimy do nich zastrzeżeń. (...) 8. Oświadczamy, że akceptujemy ogólne warunki umowy”.

Z ustaleń Izby wynika, że oferta złożona przez TRANSPEM nie zawierała:

1. zaakceptowanych ogólnych warunków umowy – w formie załącznika nr 11;
2. oświadczenia, że w stosunku do odwołującego nie otwarto likwidacji lub nie ogłoszono upadłości, chyba, że po ogłoszeniu upadłości zawarto układ potwierdzony prawomocnym potwierdzeniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego – w formie załącznika nr 9.

Na podstawie dokumentacji przesłanej przez zamawiającego Izba ustaliła, że zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia wymaganych postanowieniami siwz oświadczeń lub dokumentów.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Izba stwierdziła, że zarzuty w całości potwierdziły się.

Niespornym jest, że oświadczenie (zgodnie z załącznikiem nr 9), że w stosunku do odwołującego nie otwarto likwidacji lub nie ogłoszono upadłości, chyba, że po ogłoszeniu upadłości zawarto układ potwierdzony prawomocnym potwierdzeniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego – wymagane przez zamawiającego postanowieniami rozdziału VIII pkt. B.2 siwz zawiera się w katalogu oświadczeń i dokumentów przewidzianych w art. 25 ust. 1 Pzp oraz, że wykonawca wraz z ofertą nie złożył ww. oświadczenia.

Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. 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.

W świetle powyższego przepisu zamawiający przed wykluczeniem z postępowania odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą winien był w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwać TRANSPEM do uzupełnienia brakującego oświadczenia. Dopuszczając się zaniechania w tym zakresie zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 Pzp. Tym samym powyższy zarzut odwołania Izba uznała za w pełni zasadny.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że zamawiający – w przypadku uznania, że wykonawca poprzez niezłożenie oświadczenia zawierającego się w katalogu art. 25 ust. 1 Pzp nie potwierdził, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania – winien takiego wykonawcę w pierwszej kolejności wykluczyć z przedmiotowego postępowania a następnie jego ofertę odrzucić w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp.

Kolejno Izba rozpoznała zarzut w zakresie bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z siwz z uwagi na brak w ofercie TRANSPEM zaakceptowanych ogólnych warunków umowy – zgodnie z załącznikiem nr 11 i uznała niniejszy zarzut za zasadny.

W rozdziale VIII pkt. C.3 siwz zamawiający wskazał, że wykonawca winien był dołączyć do oferty zaakceptowane ogólne warunki umowy – załącznik nr 11. Z ustaleń Izby wynika, że oferta złożona przez TRANSPEM co prawda nie zawierała zaakceptowanych ogólnych warunków umowy w formie odrębnego załącznika opracowanego na wzór załącznika nr 11 do siwz, jednak w treści formularzu ofertowego w ofercie (str. 1) w pkt. 8 odwołujący wprost wskazał, że akceptuje ogólne warunki umowy.

W ocenie Izby nie budzącym wątpliwości jest, że poprzez ww. zapis wykonawca złożył oświadczenie woli z którego jednoznacznie wynika, że akceptuje ogólne warunki umowy. Brak odrębnego dokumentu w formie załącznika nr 11 można uznać jedynie za uchybienie natury formalnej, nie mające wpływu na prawidłowość złożonej przez TRANSPEM oferty.

Reasumując, Izba uznała, za nieprawidłową czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy - Przemysława Gierlotki prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe „TRANSPERM” Przemysław Gierlotka, ul. Goździków 6, 43-190 Mikołów – w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 2 Pzp oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 192 ust 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 1, § 3, § 5 ust. 3 pkt. 1 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. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3.600 zł na podstawie przedłożonej kopii faktury VAT.

Przewodniczący:

.....