

A/A

Warszawa, dnia 12. 10. 2010 r.

UZP/DP/O-JNII/17197/10

Sąd Okręgowy w Zielonej Górze
I Wydział Cywilny
Pl. Słowiański 6,
65-958 Zielona Góra

Powód: Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Pozwani: 1. Gmina Nowogród Bobrzański – Urząd
Miejski w Nowogrodzie Bobrzańskim (*statio*
***municipii*)**
ul. Słowackiego 11, 66-010 Nowogród
Bobrzański

2. EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą
we Wrocławiu
ul. Fabryczna 20 B, 53-609 Wrocław

Wartość przedmiotu sporu: 1.493.457 zł

POZEW O STWIERDZENIE NIEWAŻNOŚCI UMOWY

Na podstawie art. 146 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) w brzmieniu obowiązującym przed dniem 29 stycznia 2010 r. w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) wnoszę o:

- 1) stwierdzenie nieważności umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego Nr Z/257/2008 zawartej w dniu 17 października 2008 r. pomiędzy Gminą Nowogród Bobrzański a EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą we Wrocławiu na „Budowę

nawierzchni dróg lokalnych łączących drogi – krajową 27, wojewódzką - 289 i powiatową 1140F w Nowogrodzie Bobrzańskim”;

- 2) zasądzenie od pozwanych kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Ponadto wnoszę o:

- 1) rozpoznanie sprawy także pod nieobecność powoda;
- 2) dopuszczenie dowodu z dokumentów powołanych w uzasadnieniu i załączonych do pozwu;
- 3) wezwanie pozwanej Gminy Nowogród Bobrzański – Urząd Miejski w Nowogrodzie Bobrzańskim do złożenia do akt sprawy oryginałów albo kopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę nawierzchni dróg lokalnych łączących drogi – krajową 27, wojewódzką - 289 i powiatową 1140F w Nowogrodzie Bobrzańskim” nr sprawy: GKB.341-20/08, powołanych przez powoda w uzasadnieniu pozwu, których kopie zostały załączone do pozwu - z uwagi na fakt, iż powód nie dysponuje oryginałami tych dokumentów (w załączeniu wykaz tych dokumentów – załącznik nr 19 do pozwu).

UZASADNIENIE

- I. Pozwana Gmina Nowogród Bobrzański jako jednostka sektora finansów publicznych (arg. z art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych - Dz. U. Nr 249, poz. 2104, z późn. zm.¹) jest zobowiązana na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych – zwanej dalej „ustawą PZP”² – do stosowania przy udzielaniu zamówień publicznych (art. 2 pkt 13 ustawy PZP) przepisów tej ustawy.

Pozwana Gmina Nowogród Bobrzański jako zamawiający (art. 2 pkt 12 ustawy PZP) wszczęła w dniu 12 sierpnia 2008 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej 5.150.000 euro (art. 11 ust. 8 ustawy PZP) na „Budowę nawierzchni dróg lokalnych łączących drogi – krajową 27, wojewódzką - 289 i powiatową 1140F w Nowogrodzie Bobrzańskim” nr sprawy: GKB.341-20/08.

¹ Aktualnie art. 9 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.).

² Dalsze odwołania do przepisów ustawy PZP bez dodatkowego zastrzeżenia dotyczą przepisów w brzmieniu obowiązującym w dacie przedmiotowego postępowania, tj. wg. stanu prawnego na dzień 29.11.2007 r.

(dowód: kopia ogłoszenia o przetargu nieograniczonym - załącznik nr 1 do pozwu; kopia protokołu postępowania druk ZP-2 / ZP-2/PN,NBO,ZOC – załącznik nr 2 do pozwu – oryginały ww. dokumentów w posiadaniu pozwanej ad. 1)

Opis przedmiotu zamówienia oraz warunki udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy PZP) zostały zamieszczone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), zatwierdzonej przez Burmistrza Gminy Nowogród Bobrzański w dniu 11.08.2008 r.

(dowód: kopia SIWZ bez szczegółowych specyfikacji technicznych - załącznik nr 3 do pozwu – oryginał ww. dokumentu w posiadaniu pozwanej ad. 1)

Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu wymagał między innymi, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia znajdowali się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia (zob. Rozdział I – Instrukcja dla wykonawców - pkt 7 SIWZ). Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku (art. 25 ust. 1 ustawy PZP) zamawiający żądał załączenia do oferty informacji banku, w którym wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca był zobowiązany posiadać środki płynne lub możliwość zaciągania kredytu w wysokości 35% oferowanej ceny netto (zob. Rozdział I – Instrukcja dla wykonawców - pkt 17 lit. f SIWZ).

(dowód: kopia SIWZ bez szczegółowych specyfikacji technicznych - załącznik nr 3 do pozwu – oryginał ww. dokumentu w posiadaniu pozwanej ad. 1)

Termin składania ofert upłynął w dniu 05.09.2008 r. Do upływu terminu składania ofert złożono 5 ofert. Oferty zostały złożone przez następujących wykonawców:

- 1) Przedsiębiorstwo Drogowe BUD-DRÓG, Ryszard Kwapiszewski cena netto 1.341.143,40 zł, cena brutto 1.636.194,94 zł;
- 2) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. cena netto 1.135.279,88 zł, cena brutto 1.385.041,45 zł; ✓
- 3) P.P.H.U. „ALFA-WIL” sp. z o.o. cena netto 1.319.535,58 zł, cena brutto 1.609.833,41 zł;
- 4) EUROVIA POLSKA S.A. cena netto 1.224.144,92 zł, cena brutto 1.493.456,80 zł; ✓
- 5) Konsorcjum: VERDIE POLSKA sp. z o.o. (lider), VERDIE GmbH Turnow cena netto: 1.241.246,60 zł, cena brutto 1.514.320,85 zł.

Najtańszą ofertę cenową spośród wskazanych powyżej złożyło Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. Spośród złożonych ofert cztery zostały odrzucone na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, w tym oferta wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A.

(dowód: kopia protokołu postępowania druk ZP-2 / ZP-2/PN,NBO,ZOC – załącznik nr 2 do pozwu; kopia zbiorczego zestawienia ofert druk ZP-12 – załącznik nr 4; kopie zawiadomień wykonawców o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu ofert – załączniki nr 5-8 – oryginały ww. dokumentów w posiadaniu pozwanej ad. 1)

Pismem z dnia 23 września 2008 r. pozwana ad. 1 (jako zamawiający) wykluczyła z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP wykonawcę - Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. oraz odrzuciła ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Uzasadniając wykluczenie wykonawcy, pozwana wskazała na załączenie do oferty informacji banku potwierdzającej wysokość środków, jakimi dysponuje wykonawca, nie zawierającej daty jej wystawienia. Zdaniem pozwanej taki dokument nie spełniał wymagań określonych 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. z 2006 r. Nr 87, poz. 605), a także wymogów SIWZ, gdzie w pkt 17 lit. f zamawiający (pozwana ad. 1) wymagał by dokument ten był wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W dniu 29 września 2008 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. wniósł protest na powyższą czynność zamawiającego. Protestujący podniósł, że obowiązkiem zamawiającego było wezwać protestującego do uzupełnienia tego dokumentu. Nadto protestujący wskazał, iż sporządził kwestionowany dokument na wzorze załączonym przez zamawiającego do SIWZ, gdzie nie było miejsca na datę. W celu wykazania, że protestujący spełnia warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, załączył do protestu informację banku, z której jednoznacznie wynika, iż na dzień składania ofert spełniał przedmiotowy warunek.

W dniu 10 października 2008 r. zamawiający oddalił powyższy protest. Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia 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 oraz pkt 17 lit. f SWIZ, wykonawcy mieli załączyć informację banku wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający wskazał też, że złożona przez protestującego informacja banku nie zawierała błędu lub omyłki, którą zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy PZP można poprawić. Zamawiający nadto wskazał na treść art. 87 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którą w toku badania ofert niedopuszczalne jest dokonywanie

jakichkolwiek zmian w treści złożonej oferty. Zdaniem zamawiającego w niniejszej sprawie nie zaszły podstawy do wezwania wykonawcy do uzupełnienia daty wystawienia załączonej do oferty informacji z banku, ponieważ dokument ten nie zawiera błędów ani wykonawca nie zapomniał załączyć go do oferty, nadto nie występują w nim oczywiste omyłki pisarskie. Przedmiotowy dokument jest niezgodny z ww. rozporządzeniem i SIWZ i jako taki, zdaniem zamawiającego, nie podlegał uzupełnieniu, ani poprawieniu.

(dowód: kopia zawiadomienia Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A. z dnia 23 września 2008 r. o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty - załącznik nr 5; kopia oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A. - załącznik nr 9; kopia protestu Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A. z dnia 29 września 2008 r. - załącznik nr 10; kopia zaświadczenia Banku PEKAO S.A. z dnia 23-09-2008 r. - załącznik nr 11; kopia rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego z dnia 10 października 2008 r. - załącznik nr 12 - oryginały ww. dokumentów w posiadaniu pozwanej ad. 1)

Pozwana Gmina jako zamawiający wykluczyła z postępowania wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. i odrzuciła jego ofertę bez uprzedniego wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP do uzupełniania brakującego dokumentu w postaci zaświadczenia banku, o którym mowa w art. 17 lit. f SIWZ. Przy czym w stosunku do trzech innych wykonawców, tj. BUD-DRÓG Przedsiębiorstwo Drogowe Ryszard Kwapiszewski, EUROVIA POLSKA S.A. oraz VERDIE Polska Sp. z o.o., pozwana wystosowała na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP wezwanie do uzupełniania brakujących dokumentów. W wyznaczonym przez zamawiającego terminie (3 dni) stosowne dokumenty przesłał tylko wykonawca EUROVIA POLSKA S.A.

(dowód: kopia wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 09.09.2008 r. - załącznik nr 13 - oryginał ww. dokumentu w posiadaniu pozwanej ad. 1)

W następstwie odrzucenia czterech spośród pięciu złożonych ofert oferta pozwanej spółki EUROVIA POLSKA S.A. jako jedyna nieodrzucona uznana została za ofertę najkorzystniejszą. Przy czym jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu (100%) była cena (zob. Rozdział I - Instrukcja dla wykonawców - pkt 23 SWIZ).

(dowód: kopia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty - załącznik nr 14 do pozwu - oryginał ww. dokumentu w posiadaniu pozwanej ad. 1)

W dniu 17 października 2008 r. pozwana Gmina zawarła z wybranym wykonawcą EUROVIA POLSKA S.A. (pozwana ad. 2) umowę w sprawie udzielenie zamówienia publicznego Nr Z/257/2008.

(dowód: kopia umowy z dnia 17 października 2008 r. – załącznik nr 15 do pozwu – oryginał ww. dokumentu w posiadaniu pozwanych)

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes UZP”) działając na wniosek Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze z dnia 4 stycznia 2010 r. (znak: DFR.IV.0196-104/10) przeprowadził na podstawie art. 161 i n. ustawy PZP kontrolę następczą przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wątpliwości wnioskodawcy dotyczyły prawidłowości wykluczenia przez zamawiającego wykonawców: Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A. oraz P.P.U.H. ALFA-WIL oraz kwestii związanych z ważnością zawartej umowy o zamówienie publiczne (art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP) w związku z zaniechaniem przez zamawiającego obowiązków wynikających z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 2 ustawy PZP. Nadto wnioskodawca podkreślił, że wykluczony wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A., wobec którego zamawiający zaniechał powyższego obowiązku, złożył najkorzystniejszą ofertę.

(dowód: kopia pisma Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubuskiego w Zielonej Górze z dnia 4 stycznia 2010 r. – załącznik nr 16 do pozwu)

W wyniku przeprowadzonej kontroli przedmiotowego postępowania stwierdzono szereg naruszeń przepisów ustawy PZP. Przy czym w ustalonym w toku kontroli stanie faktycznym potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego (pozwana ad. 1) art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Ponadto stwierdzono naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 85 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Stwierdzone naruszenia skutkują nieważnością przedmiotowej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

(dowód: kopia protokołu kontroli UZP/DKUE/KN/2/2010 – załącznik nr 17 do pozwu, kopia; kopia Informacji o wyniku kontroli doraźnej – następczej – załącznik nr 18 do pozwu)

- II. Przesłanki nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego zostały określone w art. 146 ust. 1 ustawy PZP. W myśl art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna, jeżeli zamawiający dokonał wyboru oferty

z rażącym naruszeniem tej ustawy. W takim przypadku umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna z mocy prawa³.

W świetle przywołanego przepisu ustawy PZP z nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego mamy do czynienia w sytuacji kwalifikowanego naruszenia tej ustawy. Samo pojęcie „rażące naruszenie ustawy” nie jest jednak pojęciem ostrym, a zatem wymaga interpretacji w okolicznościach konkretnego przypadku (ad casum). Kryteriami istotnymi dla kwalifikacji danego naruszenia jako „rażącego naruszenia ustawy” winny być oczywistość takiego naruszenia oraz skutki naruszenia jako niemożliwe do zaakceptowania z punktu widzenia praworządności (zob. wyrok SN z dnia 5 września 2008 r., sygn. akt: I CNP 27/08, Lex nr 457829; zob. też wyrok NSA z dnia 10 lipca 2007 r., sygn. akt II OSK 1032/06, Lex nr 368207; wyrok NSA z dnia 15 kwietnia 2009 r., sygn. akt: II FSK 57/08, Lex nr 513086). Podobnie w wyroku z dnia 19 stycznia 2005 r. Zespół Arbitrów przy UZP (sygn. akt UZP/ZO/0-29/05; Lex nr 171871), zajął stanowisko, według którego za rażące naruszenie ustawy w myśl przepisu art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP należy uznać wyłącznie takie naruszenie, którego skutkiem był wybór wykonawcy, który przy zachowaniu wymaganych procedur nie zostałby wybrany na wykonawcę zamówienia publicznego. Tak więc przy ocenie rażącego charakteru naruszenia przepisów ustawy PZP, skutkującego nieważnością umowy w świetle art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, należy brać pod uwagę, poza samą oczywistością naruszenia, także skutki takiego naruszenia z punktu widzenia podstawowych zasad zamówień publicznych (por. wyrok KIO z dnia 4 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1145/08, Lex nr 466726). Z takim przypadkiem naruszenia ustawy PZP mamy do czynienia w realiach niniejszej sprawy.

Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Stosownie zaś do postanowienia art. 26 ust. 3 ustawy PZP obowiązującego w dacie przedmiotowego postępowania, zamawiający wzywał wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne

³ W świetle aktualnego brzmienia art. 146 ust. 1 ustawy PZP (obowiązującego od dnia 29 stycznia 2010 r.) umowa w sprawie zamówienia publicznego dotknięta kwalifikowanymi naruszeniami ustawy PZP nie jest nieważna z mocy prawa, ale podlega unieważnieniu w drodze konstytucyjnego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu (nieważność względna).

byłoby unieważnienie postępowania. Oświadczenia lub 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 wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Wezwanie wykonawców do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP wobec stanowczego brzmienia przepisu ma charakter obligatoryjny. Tak więc w każdym przypadku, gdy dokumenty złożone przez wykonawcę są wadliwe, tj. nie spełniają warunków formalnych, zamawiający ma prawny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w określonym terminie. Przy czym przepis art. 26 ust. 3 ustawy PZP w brzmieniu obowiązującym w dacie przedmiotowego postępowania regulował kwestię uzupełniania dokumentów w sposób niezwykle liberalny stanowiąc, iż dokumenty przedkładane przez wykonawców winny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia dokumentów, a nie najpóźniej już na datę terminu składania ofert.

Z treści ww. przepisu jednoznacznie wynika, iż uzupełnieniu podlegają oświadczenia i dokumenty wskazane w art. 25 ust. 1 ustawy PZP nie złożone i takie, które zawierają jakiegokolwiek błędy, bez wskazania czy chodzi w tym miejscu o błędy natury formalnej czy też o błędy merytoryczne w treści dokumentu (zob. m.in.: zob. wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2007 r., KIO/UZP 1399/07, LEX nr 4285; wyrok KIO z dnia 19 lutego 2008 r., KIO/UZP 89/08, LEX nr 374467; wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2008 r., KIO/UZP 482/08, LEX nr 427605; wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2008 r., KIO/UZP 531/08, LEX nr 409197; wyrok KIO z dnia 8 lipca 2008 r., KIO/UZP 629/08, LEX nr 44325; wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r., KIO/UZP 886/08, LEX nr 459159).

Celem ww. przepisu jest zapewnienie efektywności procedur udzielania zamówień publicznych poprzez ograniczenie przypadków eliminacji z postępowań tych wykonawców, których oferty są dotknięte brakami formalnymi (zob. wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2008 r. KIO/UZP 814/08, LEX nr 448549). Powyższe ma służyć zwiększeniu konkurencyjności procedur udzielania zamówień publicznych.

W niniejszej sprawie wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. złożył ofertę, do której załączył wymaganą informację o sytuacji finansowej klienta wystawioną przez Bank Polska Kasa Opieki S.A. na formularzu opracowanym przez zamawiającego (załącznik nr 8 do oferty). Dokument ten służy potwierdzeniu spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, a zatem jest to dokument w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy PZP oraz § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Tak więc dokument ten jest objęty zakresem zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy PZP i podlega uzupełnieniu.

W ww. informacji nie została zamieszczona data wystawienia dokumentu. Stosownie zaś do postanowienia § 1 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 maja 2006 r. informacja ta powinna być wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. W tym stanie należy uznać, iż złożony dokument był wadliwy i jako błędny (brak potwierdzenia aktualności, tj. nie starszy niż 3 miesiące) podlegał uzupełnieniu po myśli art. 26 ust. 3 ustawy PZP. Wobec powyższego obowiązkiem zamawiającego było wezwanie wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP do uzupełnienia ww. dokumentu. Zamawiający zaniechał tego obowiązku, czym naruszył powyższy przepis.

Nie można przy tym podzielić argumentacji zamawiającego, że złożony dokument jakkolwiek niezawierający błędów był jednocześnie niezgodny z ww. rozporządzeniem i SIWZ i jako taki, nie podlegał uzupełnieniu, ani poprawieniu. Po pierwsze takie stanowisko zamawiającego jest całkowicie wewnątrznie sprzeczne. Nie można bowiem racjonalnie wywodzić, iż dokument ten był jednocześnie niewadliwy i jednocześnie niezgodny z ww. rozporządzeniem i SIWZ. Uznanie bowiem, że dokument ten jest niewadliwy, tj. prawidłowy, powinno prowadzić do merytorycznej oceny treści samego dokumentu, tj. czy wynika z niego, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego SIWZ. Z treści tego dokumentu wynika natomiast, że wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu (wymagane posiadanie środków w wysokości 35% ceny oferty netto, tj. 397.347,96 zł, a wykonawca posiadał 2.730.768,56 zł). Zamawiający nie dokonał jednak merytorycznej oceny treści tego dokumentu, lecz uznając go za wadliwy poprzestał na samym stwierdzeniu, iż jest to dokument niezgodny z SIWZ i ww. rozporządzeniem. Po drugie twierdzenie zamawiającego, iż brak daty wystawienia dokumentu w treści informacji z banku powoduje, iż jest to dokument niezgodny z ww. rozporządzeniem i SIWZ, nie znajduje racji bytu. Dokument załączony przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. do oferty jest bezspornie dokumentem, o którym mowa w pkt 17 lit. F SIWZ i § 1 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia. Stanowi bowiem informację banku potwierdzającą wysokość środków finansowych posiadanych przez tego wykonawcę. Brak daty wystawienia tej informacji oznacza jedynie, iż dokument ten jest obarczony błędem i nie może stanowić podstawy do weryfikacji (potwierdzenia) spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej

zapewniającej wykonanie zamówienia. Powyższe winno skutkować wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP, czego zamawiający świadomie zaniechał. Po trzecie przyjmując konsekwentnie, że dokument załączony do oferty nie jest dokumentem zgodnym z SIWZ i ww. rozporządzeniem, należało uznać, iż wykonawca nie złożył wymaganego dokumentu, co również w świetle wyraźnego brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy PZP skutkowało po stronie zamawiającego obowiązkiem wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykonawców.

W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, iż zamawiający w sposób oczywisty naruszył art. 26 ust. 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A. do złożenia prawidłowej (tj. nie starszej niż 3 miesiące) informacji z banku potwierdzającej posiadanie środków finansowych wymaganych do wykonania zamówienia.

Wskutek zaniechania przez zamawiającego wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A. do uzupełnienia ww. dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP nie ziszcila się przesłanka do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Tym samym wykluczając tego wykonawcę z postępowania bez zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy PZP zamawiający w sposób oczywisty naruszył art. 24 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. W rezultacie nie ziszcila się również przesłanka do odrzucenia oferty tego wykonawcy, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

W tym miejscu należy wskazać, iż zamawiający zastosował art. 26 ust. 3 ustawy PZP do innych wykonawców (BUD-DRÓG Przedsiębiorstwo Drogowe Ryszard Kwapiszewski, EUROVIA POLSKA S.A. oraz VERDIE Polska Sp. z o.o.) wzywając ich do uzupełnienia stosownych dokumentów (wezwanie z dnia 09.09.2008 r.). W tym stanie rzeczy skutek zaniechania wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A. doszło do naruszenia podstawowych zasad zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy PZP; zob. wyrok KIO z dnia 21 maja 2008 r. KIO/UZP 444/08, LEX nr 428043). Przy czym zaniechanie wezwania tego wykonawcy spowodowało, iż z dalszego postępowania został wykluczony wykonawca, który złożył najtańszą ofertę cenową, i którego oferta – wobec faktu, że cena była jedynym kryterium oceny ofert - zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Wobec powyższego, mając na uwadze oczywistość wskazanych naruszeń oraz ich skutek dla postępowania, a także biorąc pod uwagę wpływ wskazanych naruszeń na zachowanie podstawowych zasad zamówień publicznych, należy stwierdzić, iż

zamawiający w sposób rażąco naruszył art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Dodatkowo należy podnieść, iż wykonawca wnosząc do zamawiającego protest na czynność odrzucenia jego oferty załączył do protestu prawidłowy dokument (zaświadczenie Baku PEKAO S.A. z dnia 23-09-2008 r.), z którego wynikało, że spełniał warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności finansowej i ekonomicznej niezbędne do wykonania zamówienia. W tym stanie rzeczy wykonawca potwierdził, że spełniania warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wykazał, że w stosunku do niego nie zachodził przypadek, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Zamawiający powinien był zatem uznać dokument załączony do protestu jako potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu i unieważnić czynność wykluczenia wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty. Zamawiający podtrzymał jednak swoją decyzję, czym naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP (a także art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 85 ust. 1 pkt 5 podane jako podstawa prawna w postępowaniu), przy czym jeszcze raz należy podkreślić, że oferta wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A. była ofertą najkorzystniejszą cenowo w przedmiotowym postępowaniu (a jedynym kryterium oceny ofert była cena z wagą 100%).

W tym miejscu należy podnieść, iż w stanie prawnym obowiązującym w dacie przedmiotowego postępowania protestujący wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A. z uwagi na wartość przedmiotowego postępowania, nie miał prawnej możliwości wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej od rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego (arg. z art. 184 ust. 1 ustawy PZP). Odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przysługiwało bowiem wyłącznie, jeżeli wartość zamówienia była równa lub przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP.

Niezależnie od argumentacji przedstawionej powyżej należy również wskazać, iż informacja z banku załączona do oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A. została sporządzona wg. wzoru zamieszczonego w SIWZ (załącznik nr 8 do formularza oferty w SIWZ). Ogłoszenie o zamówieniu zostało natomiast opublikowane w dniu 12 sierpnia 2008 r. i z tą datą nastąpiło udostępnienie treści SIWZ (zob. art. 42 ust. 1 ustawy PZP). Tak więc potencjalni wykonawcy zapoznali się z treścią wzoru informacji (załącznika nr 8 do formularza oferty w SIWZ) najwcześniej w dniu 12 sierpnia 2008 r. Z powyższego faktu można wywieść pośrednio wniosek, że informacja z banku załączona do oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A. mogła być sporządzona najwcześniej w tej dacie, a zatem nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert przypadającym na dzień 5 września 2008 r.

W świetle powyższego należy uznać, iż termin wystawienia przedmiotowej informacji z banku mógł być również wyjaśniony przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy PZP.

Wobec powyższego brak było ważnej podstawy prawnej do wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A. z postępowania. Powyższe uzasadnia zarzut rażącego naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż wobec rażących naruszeń ustawy PZP stwierdzonych w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego umowa Nr Z/257/2008 zawarta w dniu 17 października 2008 r. pomiędzy Gminą Nowogród Bobrzański a EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą we Wrocławiu na „Budowę nawierzchni dróg lokalnych łączących drogi – krajową 27, wojewódzką - 289 i powiatową 1140F w Nowogrodzie Bobrzańskim” jest nieważna z mocy prawa na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, ponieważ wybór oferty nastąpił z rażącym naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Niezależnie jednak od ziszczenia się przesłanki nieważności przedmiotowej umowy, o której mowa w art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w realiach niniejszej sprawy zachodzi także druga przesłanka nieważności umowy, o której mowa w art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP. W myśl tego przepisu umowa jest nieważna, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Jak natomiast wskazano powyżej oferta wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A. była ofertą najkorzystniejszą cenowo w przedmiotowym postępowaniu. W sytuacji zaś, gdy jedynym kryterium oceny ofert była cena z wagą 100%, oferta tego wykonawcy została by uznana za najkorzystniejszą (arg. z art. 91 ust. 1 ustawy PZP). Tak więc wykluczenie w realiach niniejszej sprawy wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów S.A. i odrzucenie jego oferty miało wpływ na wynik postępowania, albowiem w sytuacji wyboru oferty tego wykonawcy z tym wykonawcą, a nie pozwaną ad. 2 zawarto by umowę o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W tym stanie rzeczy niniejsze powództwo jest w pełni uzasadnione.

III. Stosownie do postanowienia art. 168 pkt 3 ustawy PZP⁴ Prezes UZP w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów tej ustawy może wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Ustawodawca

⁴ Zob. art. 5 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

przewidział zatem dla Prezesa UZP jako centralnego organu administracji rządowej właściwego w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy PZP) legitymację procesową czynną w zakresie wytaczania powództw o stwierdzenie nieważności umów w sprawach zamówień publicznych.

Legitymacja procesowa czynna Prezesa UZP do występowania w sprawach o stwierdzenie nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego znajduje swoje umocowanie w treści art. 154 pkt 11 w zw. z art. 146 ust. 2 ustawy PZP (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 września 2009 r., sygn. akt II CSK 104/09, nie publ.).

W sprawach tych Prezes UZP występuje w ochronie interesu publicznego polegającego na zapewnieniu przestrzegania zasad systemu zamówień publicznych określonych w ustawie PZP. W konsekwencji w każdym przypadku ujawnienia przez Prezesa UZP naruszenia przepisów ustawy PZP skutkujących nieważnością umowy na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy PZP, Prezes UZP ma interes prawny w wytoczeniu powództwa o stwierdzenie nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z tych też względów Prezes UZP w niniejszej sprawie ma interes prawny w wytoczeniu powództwa o stwierdzenie nieważności umowy.

- IV. Wartość przedmiotu sporu została ustalona na kwotę 1.493.457 zł co odpowiada wartości przedmiotowej umowy określonej w § 2 ust. 1 tej umowy, zaokrąglonej do pełnych złotych po myśli art. 126¹ § 3 k.p.c.
- V. Prezes UZP jako centralny organ administracji publicznej (statio fisci Skarbu Państwa) jest zwolniony na podstawie art. 94 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594) z obowiązku uiszczania opłat.
- VI. Właściwość miejscowa sądu jest usprawiedliwiona na podstawie art. 43 § 1 w zw. z art. 30 k.p.c.

P R E Z E S
Urzędu Zamówień Publicznych

Jacek Sadowski

Spis załączników:

1. Kopia ogłoszenia o przetargu nieograniczonym - załącznik nr 1.
2. Kopia protokołu postępowania druk ZP 2 ZP-2/PN,NBO,ZOC – załącznik nr 2.
3. Kopia SWIZ (bez szczegółowych specyfikacji technicznych) - załącznik nr 3.

10. 2105.