

Sygn. akt: KIO/KD 94/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 13 października 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 17 września 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Gminę Gielniów w Gielniowie

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 3 września 2014r.,
(znak **KD/25/14/DKUE**)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

budowę boisk wielofunkcyjnych i placów zabaw w miejscowościach Sołtysy i Wywóz wraz z rewitalizacją parku w miejscowości Wywóz

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek

Magdalena Grabarczyk

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego z dnia 17 września 2014 r. do informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 września 2014 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej Prezes UZP, kontrolujący) wszczął kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na budowę boisk wielofunkcyjnych i placów zabaw w miejscowościach Sołtysy i Wywóz wraz z rewitalizacją parku w miejscowości Wywóz, prowadzonego przez Gminę Gielniów w Gielniowie.

1.

W dniu 3 września 2014 r. Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli wskazał, że zamawiający odrzucając ofertę wykonawcy JONEX.SPORT K.O. z powodu niezłożenia przez niego kosztorysu ofertowego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wywiódł, że w dokumentacji postępowania zamawiający za wykonanie przedmiotu zamówienia przewidział rozliczenie ryczałtowe, co wynika przede wszystkim z następujących zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ):

- pkt 16.3 siwz – „(...) ponieważ za realizację zamówienia wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe określone w ofercie”;
- pkt 16.7 siwz – „cena oferty stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za realizację całego przedmiotu zamówienia i nie podlega zmianom w okresie realizacji umowy”;
- pkt 1 projektu umowy – „oferujemy wykonanie całości zamówienia, zgodnie z warunkami określonymi w dokumentacji przetargowej, za cenę ryczałtową”;
- pkt 7 projektu umowy – „wynagrodzenie, o którym mowa w niniejszej ofercie pokrywa wszystkie nasze zobowiązania wynikające z zamówienia a także wszystko co może być konieczne dla właściwego wykonania przedmiotu zamówienia”;
- § 4 pkt 1 projektu umowy – „za wykonanie całości przedmiotu umowy, zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe (...)”.

Ponadto zamawiający w pkt 16.2 siwz zapisał, iż „wykonawca na podstawie przedmiaru robót sporządzi kosztorys ofertowy – uproszczony plus zestawienie materiałów, urządzeń i wyposażenia wraz z nośnikami cenotwórczymi stanowiącymi podstawę do wykonania kosztorysów, który należy dołączyć do oferty. Kosztorys ofertowy ma znaczenie jedynie

informacyjne i pomocnicze i nie będzie weryfikowany w czasie badania i oceny złożonych ofert. Kosztorys ofertowy będzie niezbędny do rozliczenia uzyskanej dotacji”.

Kontrolujący wywiódł, że wzorując się na przepisach Kodeksu cywilnego odnoszących się do umowy o dzieło, przyjęło się w praktyce zamówień publicznych, iż najczęściej stosowany jest jeden z dwóch sposobów wynagradzania wykonawców, tj. wynagrodzenia kosztorysowego oraz ryczałtowego. Wybór pomiędzy nimi, ich modyfikacja, tudzież zastosowanie innej formy wynagradzania wykonawcy na potrzeby udzielenia konkretnego zamówienia zostały pozostawione decyzji zamawiającego. Przy rozstrzygnięciu tego problemu jest on związany przepisami Pzp oraz kodeksu cywilnego.

Wskazywał, że udostępniana przez zamawiającego wykonawcom dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane powinna obejmować w szczególności dwie kategorie, a mianowicie: opis przedmiotu zamówienia i opis sposobu obliczenia ceny. Opis przedmiotu zamówienia w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego może przy tym obejmować:

- a) jedynie projekt budowlany, projekty wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, na podstawie których wykonawca samodzielnie oblicza cenę za realizację zamówienia;
- b) przedmiar robót opracowany przez zamawiającego, wskazujący m.in. podstawy do ustalania cen jednostkowych robót lub jednostkowych nakładów rzeczowych niezbędnych do wykonania robót, do którego załącza on adnotację, że stanowi on jedynie informację o charakterze pomocniczym, służącą sporządzeniu oferty, a na podstawie którego wykonawca szacuje cenę oferty sporządzając kalkulację w ramach kosztorysu ofertowego uproszczonego.

Kontrolujący podniósł, że przedmiar w każdym przypadku stanowi element porządkujący, którego cel sprowadza się zasadniczo do ułatwienia wykonawcy skalkulowania ceny ofertowej, w konsekwencji czego ma bezpośredni wpływ na opis sposobu obliczania ceny. Argumentował, iż przedmiar robót opisujący przedmiot zamówienia poprzez wskazanie m.in. właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostkowych robót podstawowych oraz szczegółowym opisem robót, załączony przez zamawiającego do siwz przy wynagrodzeniu ryczałtowym, nie narzuca wykonawcy wysokości nakładów, ale może stanowić podstawę do sporządzenia przez wykonawcę kosztorysowej kalkulacji ofertowej. Zamawiający przy wynagrodzeniu ryczałtowym co do zasady nie powinien

nakładać na wykonawców obowiązku złożenia szczegółowej kalkulacji kosztorysowej na udokumentowanie oferowanej ceny, a żądać jedynie ceny całkowitej za realizację przedmiotu umowy, zgodnego z rysunkami, specyfikacjami technicznymi i warunkami umowy, a ewentualnie kosztorysu sporządzonego metodą uproszczoną. Jeżeli jednak zamawiający zażądał złożenia przez wykonawcę przedmiaru/kosztorysu ofertowego, to dokument ten - na podstawie wyraźnych zapisów SIWZ może mieć walor dokumentu służącego ocenie poprawności obliczenia ceny, jak i walor dokumentu weryfikującego zgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia. Kontrolujący wskazywał przy tym, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym co do zasady przymus wypełniania przez wykonawcę dostarczonego przez zamawiającego przedmiaru cenami jednostkowymi robót nie znajduje uzasadnienia, bowiem wykonawca składając ofertę deklaruje, że wykona przedmiot zamówienia zgodnie z przekazaną dokumentacją, natomiast przedmiar przekazywany wykonawcy może zawierać błędy co do rodzaju i ilości robót wynikających z całości dokumentacji projektowej służącej opisowi przedmiotu zamówienia, które przy sztywnym określeniu ceny ryczałtu poprzez odesłanie do przedmiaru prowadzą do nieuprawnionego ograniczenia w kalkulowaniu ceny ryczałtowej przez wykonawcę, a w konsekwencji do pozbawienia możliwości żądania zapłaty za czynności wynikające z dokumentacji projektowej, ale nie ujęte w przekazanym wykonawcy przez zamawiającego przedmiarze. Stąd, niezbędne w opisie sposobu obliczenia ceny, jest takie wskazanie, które umożliwi określenie wynagrodzenia nie w oparciu o przedmiar, ale w oparciu o projekty (budowlany, wykonawczy), bądź w oparciu o specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót i warunki umowy. Kontrolujący powołał się na wyrok KIO z dnia 11 września 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 899/08), w którym Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że: „jeżeli za wykonane roboty strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie kosztorysu ofertowego ma o tyle znaczenie, że dokument ów należy uznać za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez wykonawcę cenę za przedmiot zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest zaś wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem zawartym w specyfikacji technicznej, dokumentacji projektowej tak pod względem podanych tam materiałów, ilości robót i zastosowanych technologii (z uwzględnieniem równoważności w przypadku, gdy zajdą ku temu podstawy). Zamawiający będzie miał obowiązek wyegzekwowania od wybranego wykonawcy takiego wykonania robót i ich jakości, jak przewiduje dokumentacja, którą określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych i programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072). Z postanowień § 12 rozporządzenia wynika, że specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót zawiera zbiór

wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót w odniesieniu do właściwości zastosowanych materiałów jak i technologii”.

Mając na względzie powyższe kontrolujący stwierdził, że przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia (w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego), żądanie zamawiającego załączenia kosztorysu zasadniczo powinno służyć wykonawcom jedynie jako materiał informacyjny - pomocniczy dla opracowania oferty, co podkreśla sam zamawiający w zapisach SIWZ. Wykonawca kalkuluje swoje wynagrodzenie ryczałtowe i przedstawia je w ofercie biorąc pod uwagę zakres rzeczowy określony dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych i postanowieniami projektu umowy. Przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, brak załączenia do oferty kosztorysu ofertowego nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty. Wykonawca bowiem przy tak ustalonym rodzaju wynagrodzenia, będzie miał obowiązek wykonać w trakcie realizacji zamówienia również pozycje, które faktycznie nie zostały ujęte w jego kosztorysie ofertowym, ale są ujęte w przedmiarze robót, projekcie technicznym, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (wyrok KIO z 24 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1439/09).

W konsekwencji kontrolujący wywiódł, że w świetle ustalonego w SIWZ wynagrodzenia ryczałtowego, załączenie lub niezłączenie przez wykonawcę kosztorysu ofertowego pozostawało bez wpływu na ważność oferty. Wykonawca bowiem, i tak był zobowiązany do wykonania całości przedmiotu zamówienia za zaoferowaną w ofercie cenę. Tym samym, oferta wykonawcy Firma „JONEX-SPORT” K.O. nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na to, iż nie zawierała kosztorysu.

2.

W dalszej części informacji o wyniku kontroli kontrolujący wskazał, że jak wynika z dokumentacji dotyczącej kontrolowanego postępowania, zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia wymagał, aby wykonawcy wykazali, iż „zrealizowali min. 2 roboty budowlane polegające na budowie boisk sportowych o nawierzchni syntetycznej, o wartości nie mniejszej niż 300.000,00 zł brutto każda w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie”.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy mieli złożyć dokument, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817)

Wskazywał, że z oferty złożonej przez wykonawcę Firma „JONEX-SPORT” K.O. wynika, że w celu potwierdzenia spełnienia wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu, wykonawca załączył wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym wskazał 2 roboty budowlane, tj.:

1) „Zagospodarowanie przestrzeni publicznej w miejscowości Wiśniewo” – o wartości 444.995,35 zł;

2) „Zagospodarowanie przestrzeni publicznej w miejscowości Stare Kosiny i Głuźek” – o wartości 543.406,84 zł.

Do oferty zostały również załączone 3 referencje wystawione w dniu 10 października 2012 r. przez Wójta Gminy Wiśniewo, który zlecił wykonanie ww. inwestycji. Złożone referencje potwierdzały wykonanie inwestycji wskazanej w pkt 1 za kwotę 444.995,35 zł. Natomiast 2 pozostałe referencje potwierdzały odpowiednio, że wykonawca firma „JONEX-SPORT” K.O. wykonał:

- „Zagospodarowanie przestrzeni publicznej w miejscowości Stare Kosiny” – o wartości 249.467,59 zł;

- „Zagospodarowanie przestrzeni publicznej w miejscowości Głuźek” – o wartości 293.939,25 zł.

W związku z powyższym kontrolujący stwierdził, iż jedynie roboty budowlane wskazane w pkt 1 potwierdzały spełnianie wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, gdyż ich wartość była wyższa niż wymagane 300.000,00 zł.

Kontrolujący podniósł, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy 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.

Zdaniem kontrolującego, zamawiający zaniechał wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w celu potwierdzenia spełnienia wyżej opisanego warunku wiedzy i doświadczenia. Mając na uwadze powyższe wywiódł, iż zamawiający poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Firmy „JONEX-SPORT K.O. do uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, naruszył dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

3.

W kolejnej części informacji o wyniku kontroli kontrolujący wskazał, że ustalono, iż zamawiający dokonał wykluczenia wykonawcy Trawasportowa.pl na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (wykonawca zaoferował ceną niższą od ceny wybranej oferty) w uzasadnieniu wskazując, iż „złożone na wezwanie dokumenty – wykaz robót w oryginale oraz referencje, zaświadczenie z ZUS i US w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem zostały podpisane w sposób, który uniemożliwił weryfikację, czy podpisu dokonała osoba uprawniona do reprezentowania wykonawcy. Na dwóch dokumentach widnieje pieczęć: trawasportowa.pl (...) oraz podpis W. zaś w pozostałych widnieje pieczęć j. w. oraz parafy nieczytelne – nieidentyfikowalne”.

Kontrolujący argumentował, iż obowiązujące przepisy prawa, w tym przede wszystkim ustawy Pzp, jak i obowiązującego w dniu wszczęcia postępowania § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., nr 226 poz. 1817) wskazują, że dokumenty powinny być złożone w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Przywołane przepisy nie określają jednakże technicznych zasad potwierdzania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów. W szczególności, nie wskazują np., że poświadczenie dokumentów ma odbywać się w określonej dacie, czy też nie nakładają na wykonawców obowiązkowego wymogu określenia przy potwierdzeniu za zgodność z oryginałem stanowiska osoby potwierdzającej. Tym samym przystawienie pieczętki nie identyfikującej osoby poświadczającej dokumenty za zgodność z oryginałem nie może prowadzić od razu do uznania takich dokumentów za nieprawidłowe, czy tym bardziej uznania nieważności takich dokumentów.

Kontrolujący wywodził, że wobec braku definicji „formy pisemnej” w ustawie Pzp, stosownie do art. 14 tejże ustawy zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie zatem z art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego przez formę pisemną należy rozumieć złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie. Dla ważności złożonej oferty podpis musi być złożony osobiście przez osobę/osoby umocowaną/e do reprezentowania wykonawcy w obrocie prawnym. Aby uznać dany znak graficzny za podpis, nie zawsze musi być to podpis czytelny, ale musi umożliwiać identyfikację osoby, od której pochodzi, przynajmniej według takich kryteriów, jak cechy indywidualne i powtarzalne. Taką identyfikację osoby składającej podpis nieczytelny zapewnia m.in. pieczętka imienna przystawiona obok tego podpisu.

W związku z powyższym, aby uznać konkretny znak pisarski za podpis, nie można odstąpić od minimum, jakim jest to, by znak pisarski umożliwiał identyfikację osoby, od której pochodzi. Chociaż podpis nie musi być sporządzony czytelnie, to powinien odzwierciedlać cechy charakterystyczne dla osoby, która go składa, i tym samym – wskazywać na tę osobę (postanowienie Sądu Najwyższego z 17 czerwca 2009 r.; sygn. akt: IV CSK 78/09). Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że z treści załączonych do oferty Trawasportowa.pl dokumentów nie wynika w sposób niewątpliwy tożsamość osoby, która poświadczała za zgodność z oryginałem ww. dokumenty.

Kontrolujący wskazał na przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek wezwać, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. O istnieniu takiego obowiązku świadczy użyte przez ustawodawcę pojęcie „wzywa”. Dokumenty, które zostały poświadczone za zgodność z oryginałem przez nieustaloną osobę, były dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym dotyczące ich wątpliwości powinny zostać wyjaśnione z wykonawcą.

Kontrolujący argumentował również, że pismem z dnia 19 maja 2014 r. zwrócił się do wykonawcy Trawasportowa.pl z prośbą o wyjaśnienie, kto poświadczył „za zgodność z oryginałem” przedmiotowe dokumenty. Jednocześnie wykonawca został poproszony o udokumentowane wyjaśnienie, że w przypadku, gdyby była to osoba inna niż Pan Hubert W., to wskazana osoba posiadała stosowne upoważnienie do podpisywania przedmiotowych dokumentów.

W odpowiedzi na powyższe, Pan Hubert W. wyjaśnił, iż „osobą podpisującą się pod ofertą oraz dokumentami byłem ja Hubert W. właściciel firmy. Już podczas przetargu próbowałem wyjaśnić

całą sytuację z Gminą Gielniów aby przez to nasze niedopatrzenie nie zostać odrzuconym, jednak Gmina nie chciała żadnych wyjaśnień i mimo najkorzystniejszej oferty z postępowania nas odrzuciła”.

Biorąc powyższe pod uwagę kontrolujący stwierdził, iż zamawiający poprzez zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących części dokumentów i w konsekwencji wykluczenie wskazanego wykonawcy, naruszył treść art. 26 ust. 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

II.

W dniu 17 września 2014 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli.

1.

Nie zgadzając się z oceną Prezesa UZP podniósł, że zamawiający określił w treści SIWZ wynagrodzenie ryczałtowe wynikające z oferty, czyli za ściśle określony zakres prac, potwierdzony kosztorysem załączonym do oferty, zgodnie z wymogiem pkt. 16.2 w oparciu m. in. o przedmiar robót powołany wyraźnie w treści pkt. 3.2 i 3.3. SIWZ, wskazując, że jest on niezbędny do rozliczenia dotacji. Ponadto zgodnie z załączoną treścią umowy (jako część składowa SIWZ) zamawiający wskazywał w § 4 pkt. 6 w zw. z § 6 pkt. 4 lit. c), że do rozliczenia wymagany będzie kosztorys powykonawczy. Argumentował, że zarówno kosztorys ofertowy i jak i powykonawczy był zatem niezbędny zamawiającemu do porównania zakresu zamawianego i wykonanego w końcowym rozliczeniu podjętego do realizacji zadania.

Przeprowadzona kontrola w swych ustaleniach ogranicza się wyłącznie do dwóch form rozliczenia wynagrodzenia jako kosztorysowego lub obmiarowego, pomijając zupełnie możliwość stosowania sposobu mieszanego ryczałtowo-obmiarowego, którego stosowania nie zabrania żaden przepis a dopuszcza go wzajemne ustalenie stron w ramach swobody umów po myśli art. 353¹ kc w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp.

Jest to najczęściej stosowany sposób rozliczeń w umowach za roboty budowlane, z udziałem środków pomocowych, bowiem w razie ograniczenia zakresu rzeczowego, jego zmiany na skutek wiedzy technicznej, o której mowa w art. 647 kc i postępu technologicznego zwłaszcza w materiałach budowlanych pozwala na uczciwe rozliczenie wynagrodzenia w zakresie objętym

zmianami. Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 stycznia 1985 r. II CR 494/84 wskazując „Jeżeli wolą stron było, by za roboty przyjęte do wykonania wykonawca otrzymał wynagrodzenie ryczałtowe (art. 632 kc), a roboty nie zostały wykonane w całości lecz w części, to wynagrodzenie należne wykonawcy winno być określone proporcjonalnie do wykonania. " LEX nr 8674.

2.

W dalszej części zastrzeżeń zamawiający podniósł, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych dokumentów przez zamawiającego lub złożyli je z błędami. Jeżeli więc wykonawca JONEX SPORT K.O. złożył wykaz robót z innymi wartościami jak wynikało to z referencji poniżej wartości wymaganych przez zamawiającego, to nie można mówić o niezłożeniu dokumentu bądź błędzie w tych dokumentach, stąd nie spełniał on warunku udziału w postępowaniu, a zatem nie było podstawy do wzywania tego wykonawcy do jego poprawy lub uzupełnienia.

Zamawiający argumentował, że KIO w wyroku z dnia 2 września 2008 r., KIO/UZP 854/08, uznała, że dokumenty przedstawiane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu winny w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości potwierdzać spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego. Dokumenty na podstawie, których dokonuje się kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu nie powinny pozostawiać dowolności interpretacyjnych, a wynikające z nich potwierdzenie spełnienia warunków nie można oprzeć na domniemaniach i przypuszczeniach. (...). Słusznym jest pogląd, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy ma charakter wyjątkowy i należy traktować go literalnie, zaś żądanie uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy jest czynnością jednokrotną i nie może być stosowane powtórnie w stosunku do tego samego dokumentu. Tezę tę potwierdził również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 8 sierpnia 2006 roku (Sygn. akt V Ca 806/06).

Zatem zamawiający uznał, że procedura uzupełniania dokumentów określona w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp została wyczerpana a wykonawca nie przedstawił dokumentów, które potwierdzałyby w sposób niezbity spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zawodowego.

W tych okolicznościach nie można się zgodzić ze wskazaniem zawartym w Informacji pokontrolnej, że zamawiająca zaniechała obowiązku, bowiem gdyby dokonała wezwania do złożenia dokumentów z wymaganymi wartościami robót naruszyłaby art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wykonawca złożył dokumenty, które nie były obarczone błędem czy innym brakiem, ale które nie potwierdzały warunków udziału w postępowaniu, stąd nie ma i nie było wymogu wzywania do ich uzupełnienia, gdyż takie zachowanie prowadziłoby w konsekwencji do zmiany oferty, czego robić nie wolno, a na co kontrolujący nie zwrócił uwagi i czemu nie dał wyrazu we wnioskach pokontrolnych.

Ta przyczyna oraz brak złożenia wymaganego kosztorysu ofertowego nakazywała odrzucenie oferty tego wykonawcy co zamawiający uczynił. Tak więc w ocenie zamawiającego odrzucenie oferty wskazanego wykonawcy było konieczne, który to wykonawca nie kwestionował tej okoliczności.

3.

W dalszej części zastrzeżeń zamawiający podniósł, że wykonawca biorący udział w postępowaniu oznaczony jako „Trawasportowa.pl” nie był identyfikowany. Zgodnie z art. 43⁴ Kodeksu Cywilnego „Firmą osoby fizycznej jest jej imię i nazwisko. Nie wyklucza to włączenia do firmy pseudonimu lub określeń wskazujących na przedmiot działalności przedsiębiorcy, miejsce jej prowadzenia oraz innych określeń dowolnie obranych”. Jak wynika z komentarza do wskazanego artykułu prawnie przysługujące imię i nazwisko stanowi obligatoryjny rdzeń (korpus) firmy każdego przedsiębiorcy będącego osobą fizyczną. Firma takiego przedsiębiorcy nie musi jednak ograniczać się do jej imienia i nazwiska. Dopuszczalne jest uzupełnienie jej o inne określenia (szerzej J. Szwaja (w:) Komentarz KSH, t. V, s. 116 i n.). Komentowany przepis wskazuje na możliwość włączenia do firmy osoby fizycznej jej pseudonimu (może to być pseudonim już wcześniej używany przez daną osobę bądź pseudonim specjalnie obrany na potrzeby podejmowanej działalności gospodarczej - por. P. Zaporowski, Pseudonim w firmie, PPH 2006, nr 6, s. 46) oraz określeń wskazujących na przedmiot działalności przedsiębiorcy lub miejsce jej prowadzenia.

Zamawiający podniósł, że w firmie mogą być ponadto umieszczone inne określenia dowolnie dobrane (np. tytuły naukowe lub zawodowe albo ich skróty, drugie lub dalsze, imiona, także użyte w formie zdrobniającej bądź skróty albo pierwsze litery takich imion). Jednakże użyte w tym przepisie wyrażenie „inne określenia dowolnie obrane” nie może być rozumiane dosłownie.

Te dodatkowe określenia nie mogą bowiem wprowadzać w błąd lub w inny sposób naruszać zasady prawdziwości firmy, jak również „monopolu” określonych podmiotów na używanie konkretnych oznaczeń (por. W. Popiołek (w:) K. Pietrzykowski, Komentarz, t. I, 2008, s. 226 i n.;

E. Gniewek (w:) E. Gniewek, Komentarz, 2006, s. 99). Umieszczenie w firmie osoby fizycznej obok jej imienia i nazwiska innych jeszcze oznaczeń (np. drugiego lub dalszego imienia, pseudonimu, tytułu itp.) czasami może być konieczne dla dostatecznego odróżnienia się przedsiębiorcy od innych przedsiębiorców legitymujących się takim samym imieniem i nazwiskiem i działających na tym samym rynku (por. S. Dmowski (w:) S. Dmowski, S. Rudnicki, Komentarz, 2007, s. 160; P. Zaporowski, Imię..., op. cit., s. 59; U. Promińska (w:) M. Pyziak-Szafnicka, Komentarz, 2009, s. 436).

Skoro wykonawca był wezwany do wyjaśnienia powyższych okoliczności a używał nazwy - firmy będąc osobą fizyczną bez imienia i nazwiska nie mógł być uznany za przedsiębiorcę uprawnionego do występowania w obrocie stosownie do art. 43 „Przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33¹ § 1, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową.” Składając parafę, która nie była identyfikowana bez nazwy firmy, bez możliwości czynienia dalszych uzupełnień, zamawiający miał obowiązek wykluczenia tego wykonawcy. Brak oznaczenia firmy imieniem i nazwiskiem eliminowałoby możliwość legitymacji procesowej w razie sporu, stąd ochrona interesu publicznego oraz interesu zamawiającego nakazywała postąpić tak jak postąpił w postępowaniu wykluczając tegoż wykonawcę, działając zgodnie z porządkiem prawnym.

Wezwanie do złożenia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 jest traktowane jako czynność jednokrotna i ponowne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 nie jest więc dopuszczalne (zob. wyroki KIO: z dnia 20 lipca 2012 r., KIO 1418/12; z dnia 27 stycznia 2009 r., KIO/UZP 27/09; z dnia 16 stycznia 2008 r., KIO/UZP 1530/08; z dnia 12 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1385/08, KIO/UZP 1398/08; z dnia 14 października 2008 r., KIO/UZP 1042/08; z dnia 18 września 2008 r., KIO/UZP 950/08, KIO/UZP 949/08, KIO/UZP 934/08, KIO/UZP 933/08, KIO/UZP 926/08, www.uzp.gov.pl).

Wskazany wykonawca złożył uzupełnienia na wezwanie, ale były one także w stanie niezpełnym nieidentyfikującym wykonawcy z imienia i nazwiska, Stanowczo zamawiający przeczy ustaleniu kontrolnemu opartemu na aktualnej informacji wykonawcy, że zabiegał u zamawiającej o wyjaśnienie niezpełności, a która nie chciała o tym słyszeć. Wobec wymogu formy pisemnej dla czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca nie wykazał aby wyjaśnienia takie składał czy złożył do zamawiającej, stąd oparcie ustaleń kontrolnych na takim materiale, którego nie było nie jest rzeczywiste i obiektywne, bowiem

materiał ten nie pochodzi z okresu kiedy czynności związane z wykluczeniem zamawiająca podejmowała. Zatem nie można się zgodzić ze stanowiskiem kontrolującego.

III.

30 września 2014 r. Prezes UZP, odpowiadając na wniesione zastrzeżenia, podtrzymał swoje stanowisko.

IV.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał zastrzeżenia zamawiającego do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

V.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

1.

W ocenie Izby, Prezes UZP prawidłowo ocenił, że zamawiający odrzucając ofertę złożoną przez wykonawcę JONEX.SPORT K.O. z powodu niezłożenia kosztorysu ofertowego naruszył dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Faktem jest, że wykonawca ten nie złożył kosztorysu ofertowego, wymaganego przez zamawiającego w pkt 16.2 SIWZ. Jednakże okoliczność ta sama przez się nie przesądzała o konieczności odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę. Kontrolujący prawidłowo dostrzegł, że zamawiający w szeregu postanowień SIWZ powołanych w informacji o wyniku kontroli przesądził, iż za wykonanie przedmiotu zamówienia wykonawcy przysługiwać ma wynagrodzenie ryczałtowe. Na taki sposób wynagrodzenia zamawiający wskazywał wprost i w sposób niebudzący wątpliwości. W żadnym z postanowień SIWZ nie wskazano natomiast, aby wynagrodzenie należne wykonawcy obliczane miało być na podstawie obmiaru rzeczywiście wykonanych robót z uwzględnieniem cen jednostkowych

określonych w kosztorysie. Wbrew stanowisku zamawiającego – o kosztorysowym czy nawet o kosztorysowo-ryczałtowym charakterze wynagrodzenia należnego wykonawcy nie świadczyły przywołane w zastrzeżeniach postanowienia umowne. Z postanowień tych wynika jedynie, że celem odbioru wykonanych robót wykonawca ma sporządzić kosztorys powykonawczy. Z powyższych postanowień nie wynikało jednak, aby treść takiego kosztorysu miała wpływać w jakikolwiek sposób na wysokość należnego wykonawcy wynagrodzenia. Również powoływana przez zamawiającego możliwość ograniczenia ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego w razie niewykonania części ustalonego zakresu przedmiotu zamówienia nie oznacza, że wynagrodzenie nabierze cech wynagrodzenia kosztorysowego.

Konsekwencją ryczałtowego rozliczenia wynagradzania było to, że wykonawca wyłoniony w postępowaniu zobowiązany był do wykonania za cenę ryczałtową zakresu robót wyznaczonego treścią dokumentacji i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Załączony do SIWZ przedmiar robót miał jedynie charakter informacyjny i pomocniczy. W konsekwencji również sporządzany na jego podstawie kosztorys ofertowy mógł mieć tylko i wyłącznie takie znaczenie.

Podkreślenia wymaga również fakt, że na niewiążący charakter kosztorysu ofertowego zwrócił uwagę w SIWZ sam zamawiający. Przesądził on bowiem, że kosztorys ofertowy ma znaczenie jedynie informacyjne i pomocnicze. Co więcej, zamawiający wyraźnie wskazał, że dokument ten nie będzie weryfikowany w czasie badania i oceny złożonych ofert. Powołane postanowienie SIWZ oznaczało, że zamawiający w sposób jednoznaczny nie traktował kosztorysu ofertowego jako treści oferty. Uszło uwadze zamawiającego, że treścią oferty są tylko takie jej elementy, które mają charakter wiążący i stanowczy. Zgodnie bowiem z art. 66 KC z zw. z art. 14 ustawy Pzp, *Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z pewnością zaś elementy mające jedynie charakter pomocniczy i informacyjny, które w ogóle nie miały być badane, charakteru istotnego nie posiadają. Dostrzec należy, że przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, a contrario przyjąć należy, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty której wyłącznie forma jest niezgodna z postanowieniami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tej sytuacji odrzucenie oferty wykonawcy z powodu braku dokumentu, który zgodnie z SIWZ nie miał być w ogóle weryfikowany, naruszało dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.*

2.

Zdaniem Izby, kontrolujący prawidłowo stwierdził, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy JONEX.SPORT K.O. do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w SIWZ. Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się jedynie tacy wykonawcy, którzy zrealizowali min. 2 roboty budowlane polegające na budowie boisk sportowych o nawierzchni syntetycznej, o wartości nie mniejszej niż 300.000,00 zł brutto każda. Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli przyznał, że z dokumentów złożonych przez wykonawcę (tj. wykazu robót i referencji) nie wynikało, aby legitymował się wymaganym w SIWZ doświadczeniem. Zamawiający nie kwestionował, że spośród inwestycji wykazanych w dokumentach tylko jedna dotyczyła budowy boisk sportowych o wymaganej wartości.

W tej sytuacji po stronie zamawiającego zaktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, z których wynikałoby spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jak wynika z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy ma charakter obligatoryjny, na co wskazuje sformułowanie „wzywa”, a nie „może wezwać” i obliuguje zamawiającego do wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie. Z mocy samego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy wezwanie do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw nie będzie konieczne, gdy nawet mimo uzupełnienia postępowanie musiałoby być unieważnione. Nie ulegało wątpliwości, że postępowanie nie podlegało unieważnieniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek wynikających z art. 93 ustawy Pzp. Ponadto zamawiający nie jest zobowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów również w sytuacji, gdy pomimo uzupełnienia wymaganych dokumentów oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu. Jak wskazano w uchwale, w części dot. naruszenia opisanego w pkt 1, oferta wykonawcy JONEX.SPORT K.O. nie podlegała odrzuceniu.

Wbrew stanowisku zamawiającego, zgodnie z poglądem utrwalonym i jednolicie prezentowanym tak w orzecznictwie Izby jak i sądów okręgowych, sytuacja „niezłożenia” dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu

zachodzi również w przypadku, w którym złożony dokument nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wywodzi się to z wniosku a maiori ad minus. Jeżeli bowiem w świetle przywoływanego przepisu dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów, które nie zostały złożone w ogóle (nawet wszystkich dokumentów), to tym bardziej możliwe jest i konieczne uzupełnianie dokumentów zawierających mniej doniosłe błędy czy braki. Tym samym sytuacja, w której dokument (np. wykaz robót i referencje), który został złożony, a nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jest równoważna z brakiem złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem Izby, zamawiający bezzasadnie uznał, że nie mógł wezwać wykonawcy do uzupełnienia dokumentów celem potwierdzenia warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż prowadziłoby to do zmiany oferty. Jak wynikało z powołanej argumentacji, zamawiający pomylił dwie zasadniczo różne instytucje prawa zamówień publicznych, tj. oświadczenia i dokumenty składane na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu (strona podmiotowa zamówienia, art. 22 i art. 24 ustawy Pzp) oraz treść oferty, stanowiącą sposób realizacji roboty opisanej przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (strona przedmiotowa zamówienia). Warunki udziału w postępowaniu służą wykazaniu potencjału technicznego, osobowego, finansowego, ekonomicznego oraz wiedzy i doświadczenia wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Na tej podstawie zamawiający może ocenić, czy wykonawca jest podmiotowo zdolny do wykonania zamówienia i czy daje rękojmię należytego jego wykonania. Od potencjału wykonawcy ustawa odróżnia treść oferty, która stanowi określenie sposobu, w jaki wykonawca będzie wykonywał zamówienie. Zatem, uzupełnienie przez wykonawcę dokumentów dotyczących jego wiedzy i doświadczenia w żaden sposób nie mogło doprowadzić do zmiany oferty, niedopuszczalnej w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

3.

W ocenie Izby, kontrolujący prawidłowo stwierdził, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy H.W., trawasportowa.pl do wyjaśnienia, czy kserokopie dokumentów złożonych w dniu 2 stycznia 2013 r. zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do reprezentowania wykonawcy. Faktem jest, że dokumenty złożone na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wykaz robót w oryginale oraz kserokopia referencji z gminy Miastków Kościelny – zostały odpowiednio podpisane lub poświadczane za zgodność w ten sposób, że widnieje na nich pieczęć: trawasportowa.pl, z adresem firmy (...) oraz podpis „W.”. Z kolei kserokopie referencji z gminy Maciejowice oraz zaświadczenie z ZUS i US zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem w ten sposób, że widnieje na nich pieczęć j. w. oraz podpisy nieczytelne. Jednakże okoliczności te nie obligowały zamawiającego do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, konsekwencje takie mogły być dopiero wynikiem ustalenia, że ww. dokumenty nie zostały podpisane lub poświadczane za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do reprezentowania wykonawcy.

Zdaniem Izby, wątpliwości co do prawidłowej formy nie mógł budzić wykaz robót oraz referencje z gminy Miastków Kościelny. Opatrzony one zostały czytelnym podpisem „W.”, zaś na podstawie innych dokumentów znajdujących się w ofercie można było ustalić, że podpis ten należy do Pana H. W.a - właściciela firmy. Przykładowo na formularzu ofertowym przy podpisie „W.” znalazł się tożsamy podpis. Co istotne, podpis ten został opatrzony pieczęcią imienną identyfikującą Pana H. W.a z adnotacją „właściciel firmy” jak również wskazano, że jest to osoba „upoważniona do występowania w imieniu wykonawcy”. Zatem na podstawie innych dokumentów będących w posiadaniu zamawiającego, a które to dokumenty należało analizować łącznie, zamawiający miał wszelkie podstawy aby uznać, że sporne podpisy należą do Pana H. W.a. Biorąc powyższe pod uwagę za całkowicie chybione należy uznać stanowisko zamawiającego, jakoby wykonawca biorący udział w postępowaniu oznaczony jako „Trawasportowa.pl” w ogóle nie był identyfikowalny, gdyż nie podano jego imienia i nazwiska. Jak wynikało z treści formularza, wykonawca ten był dostatecznie identyfikowalny poprzez wskazanie jego imienia i nazwiska.

Jeżeli zaś chodzi o kserokopie referencji z gminy Maciejowice oraz zaświadczenie z ZUS i US to dokumenty te zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem w taki sposób, że istotnie nie pozwalały na jednoznaczne stwierdzenie, kto złożył podpis obok pieczęci firmowej i adnotacji „za

zgodność z oryginałem”. Zdaniem Izby, celem wykluczenia wątpliwości w tym zakresie, obowiązkiem zamawiającego – w okolicznościach danej sprawy – było wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia wątpliwości w tym zakresie, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Jak słusznie wskazał kontrolujący w informacji o wynikach kontroli, z przywołanego przepisu wynika obowiązek wyjaśnienia wątpliwości co do dokumentów składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, do których zalicza się sporne dokumenty. Dopiero ustalenie, że dokumenty zostały potwierdzone za zgodność przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania wykonawcy obligowało zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga również to, że wezwanie do wyjaśnienia dokumentów nie naruszyłoby wypracowanej w orzecznictwie Izby zasady jednokrotnego wzywania. Uszło uwadze zamawiającego, że zasada ta dotyczy wzywania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a nie wzywania do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Tym samym, w ocenie Izby, kontrolujący prawidłowo ocenił, że zamawiający dopuścił się naruszeń opisanych w informacji o wynikach kontroli.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....