

WYROK

z dnia 16 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

BusinessPoint S.A. Aleja Krakowska 110/114, 02-256 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Narodowy Fundusz Zdrowia ul. Grójecka 186, 02-390 Warszawa

protestu z dnia 28 kwietnia 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się oraz wspólnie ubiegających się o zamówienie 4PRINT Sp. z o.o., DCN DIRECT Sp. z o.o., MULTIDRUK S.A. ul. Czechowa 1/10 01-912 Warszawa zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża BusinessPoint S.A. Aleja Krakowska 110/114, 02-256 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez BusinessPoint S.A. Aleja Krakowska 110/114, 02-256 Warszawa,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz BusinessPoint S.A. Aleja Krakowska 110/114, 02-256 Warszawa.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *druk i wysyłkę imiennych zaproszeń na przesiewowe badania cytologiczne i mammograficzne (znak AZP-2611-4/08)*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 29 lutego 2008 r. pod numerem 2008/S 42-058622. Wartość zamówienia wynosi 4.305.900 zł, tj. 1.354.929,71 euro.

21 kwietnia 2008 r. Odwołujący otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez wspólnie ubiegających się o zamówienie 4PRINT Sp. z o.o., DCN DIRECT Sp. z o.o., MULTIDRUK S.A. Oferta Odwołującego zajęła drugie miejsce w rankingu ofert.

28 kwietnia 2008 r. Odwołujący wniósł protest na zaniechanie wykluczenia i odrzucenia oferty wspólnie ubiegających się o zamówienie 4PRINT Sp. z o.o., DCN DIRECT Sp. z o.o., MULTIDRUK S.A. oraz dokonanie oceny i wyboru oferty z uwzględnieniem ww. oferty zarzucając, iż ww. czynności Zamawiającego naruszają art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 3 i ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i żądając powtórzenia czynności oceny ofert, odrzucenia ww. oferty, powtórzenia wyboru ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z wymaganiami punktu 3.5.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy zobowiązani byli przedstawić pisemny wykaz co najmniej 3 wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat usług odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. druku, spersonalizowania i wysyłki listowej nie mniej niż 3,5 mln stron A4 oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie.

Zdaniem Odwołującego wspólnie ubiegający się o zamówienie 4PRINT Sp. z o.o., DCN DIRECT Sp. z o.o., MULTIDRUK S.A. przedstawiło wykaz wykonanych zamówień, które nie odpowiadają swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia – pojedyncze przesyłki miały znacznie więcej stron niespersonalizowanych pakowanych do kopert niż w przypadku pakietów NFZ.

Ponadto listy referencyjne wystawione przez Stołeczne Przedsiębiorstwo Handlu Wewnętrznego i Telefonii DIALOG S.A. oraz Magic City Sp. z o.o. nie wskazują, czy usługa została wykonana należycie. Poza tym zaświadczenie z Magic City Sp. z o.o. nie zawiera daty, więc trudno uznać je za dokument. Ponadto w pierwszej wersji zaświadczenie to nie zawiera liczby przesyłek, natomiast w drugiej (po uzupełnieniu) zostało potwierdzone za zgodność z oryginałem niezgodnie z wymaganiami punktu 3.1.12. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem nie jest opatrzone czytelnym imieniem i nazwiskiem ani pieczęcią imienną osoby poświadczającej.

Również zaświadczenie z ZUS w pierwszej wersji nie spełniało warunku w zakresie daty wystawienia, natomiast w drugiej (po uzupełnieniu) zostało potwierdzone za zgodność z oryginałem niezgodnie z wymaganiami punktu

3.1.12. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem nie jest opatrzone czytelnym imieniem i nazwiskiem ani pieczęcią imienną osoby poświadczającej.

W związku z powyższym 4PRINT Sp. z o.o., DCN DIRECT Sp. z o.o., MULTIDRUK S.A. nie złożyło wszystkich dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jego oferta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i jako taka powinna zostać odrzucona, a wykonawcy wykluczeni z postępowania.

Powyższy protest Zamawiający oddalił w całości 30 kwietnia 2008 r. stwierdzając, iż przedstawiony wykaz wykonanych zamówień zawiera wszystkie żądane dane, dlatego uznał go za wystarczający i spełniający wszystkie wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sformułowanie „odpowiadające swoim rodzajem” oznacza, iż wskazane usługi powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie czy charakterze, więc Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że 4PRINT Sp. z o.o., DCN DIRECT Sp. z o.o., MULTIDRUK S.A. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem Zamawiającego 4PRINT Sp. z o.o., DCN DIRECT Sp. z o.o., MULTIDRUK S.A. załączyło również stosowne referencje. Brak w treści referencji stwierdzenia, iż usługi zostały wykonane należycie nie powoduje, iż referencje te są wadliwe. Z całokształtu treści złożonych dokumentów jednoznacznie można wywnioskować, że wystawiający referencje nie mieli zastrzeżeń co do jakości wykonania usług, samo wydanie referencji jest pozytywną opinią o wykonawcy polecającą go innym, a sam fakt przedłożenia referencji powinien być uznany za dokument potwierdzający prawidłowe wykonanie usługi.

W odniesieniu do zarzutu nieprawidłowego poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem Zamawiający stwierdził, iż nie stanowi to podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie odnosi się do merytorycznej treści oferty. Natomiast brak czytelnego imienia i nazwiska lub imiennej pieczęci w przypadku, gdy podpis jest możliwy do zidentyfikowania przez Zamawiającego, jest mało istotnym

uchybieciem postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty.

5 maja 2008 r. (wpływ do UZP 7 maja 2008 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym powtórzył swoje zarzuty i zażądał nakazania Zamawiającemu: unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny ofert, odrzucenia oferty złożonej przez 4PRINT Sp. z o.o., DCN DIRECT Sp. z o.o., MULTIDRUK S.A., powtórzenia wyboru ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący przedstawił także dodatkowe argumenty na potwierdzenie swoich zarzutów, tj. wyliczenia liczby i rodzaju przesyłek w stosunku do cen przesyłek Poczty Polskiej oraz brak podania stanowiska osoby podpisującej referencje.

16 maja 2008 r. do odwołania, po stronie Zamawiającego, przystąpili wspólnie ubiegający się o zamówienie 4PRINT Sp. z o.o., DCN DIRECT Sp. z o.o., MULTIDRUK S.A. W zgłoszeniu przystąpienia podnieśli oni, iż przy wykonywaniu kwestionowanych usług korzystali oni z innych dostawców korespondencji niż Poczta Polska, oferujących znacznie niższe stawki – firmy zewnętrzne, z usług których korzysta Poczta Polska oferują znacznie niższe stawki. Tak więc różnice w wartościach nie uzasadniają stwierdzenia Odwołującego, iż przedstawione usługi są innego rodzaju niż określone jako przedmiot zamówienia.

Zdaniem Przystępującego, z przedstawionych dokumentów wynika należyte wykonanie usługi. Także wygląd złożonego podpisu i brak pieczętki osoby poświadczającej dokumenty za zgodność z oryginałem nie może być podstawą wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty, nie oznacza on bowiem, że dokumenty te zawierają błędy lub są nieprawdziwe.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z wymaganiami punktu 3.2. i 3.5.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. *wykonali co najmniej trzy usługi, w okresie ostatnich trzech lat (styczeń 2005 r. – styczeń 2008 r., a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) usług odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. druku, spersonalizowania i wysyłki listowej nie mniej niż 3,5 mln stron A4, z podaniem przedmiotu, dat wykonania, odbiorców usług, wartości usługi oraz informacji, czy wartość usługi zawiera opłatę pocztową, na potwierdzenie czego wykonawcy mieli przedstawić pisemny wykaz tych usług oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie.*

Jak wynika z przedstawionej dokumentacji postępowania na brzmienie ww. warunku nie został złożony protest.

Z kolei w punkcie 3.1.12. specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł instrukcję przygotowania dokumentów – *załączone do oferty dokumenty muszą być przedłożone w formie oryginałów, bądź kserokopii poświadczonej „za zgodność z oryginałem” przez wykonawcę na każdej zapisanej stronie kserowanego dokumentu. Poświadczenie „za zgodność z oryginałem” musi zostać sporządzone przez osoby uprawnione, które zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz treścią załączonego odpisu z właściwego rejestru, ewidencji lub pełnomocnictwa mogą skutecznie składać oświadczenia woli w imieniu Wykonawcy. Podpisy złożone przez Wykonawcę powinny być opatrzone czytelnym imieniem i nazwiskiem lub pieczęcią imienną. Uznaje się, że pełnomocnictwo do podpisania oferty obejmuje pełnomocnictwo do poświadczania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów...*

Swój zarzut, iż usługi przedstawione przez 4PRINT Sp. z o.o., DCN DIRECT Sp. z o.o., MULTIDRUK S.A. w wykazie nie mogą dotyczyć przesyłek spersonalizowanych Odwołujący oparł na wyliczeniach ceny w odniesieniu do cen oferowanych przez Poczta Polska jako jedyne operatora uprawnionego do doręczania przesyłek o wadze poniżej 50 g (1 zł za sztukę)

oraz minimalnej cenie, jaką może zaoferować operator konkurencyjny 5,25 zł za sztukę. Zgodnie bowiem z art. 47 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe operatorowi publicznemu (czyli PPUP Poczta Polska) przysługuje wyłączność, świadczenia usług pocztowych, zwanych „usługami zastrzeżonymi”, polegających na: przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu w obrocie krajowym przesyłek z korespondencją, przesyłek reklamowych, przesyłek innych niż wymienione powyżej, nadanych w sposób uniemożliwiający sprawdzenie zawartości o masie nieprzekraczającej granicy wagowej (tj. 50 g), przyjmowaniu, przemieszczaniu i doręczaniu w obrocie zagranicznym przesyłek o masie nieprzekraczającej granicy wagowej (tj. 50 g), przyjmowaniu i doręczaniu w obrocie krajowym i zagranicznym przesyłek z korespondencją, o ile w procesie przyjmowania lub doręczania stają się one przesyłkami o masie nieprzekraczającej granicy wagowej (tj. 50 g). Nie narusza wyłączności świadczenia usług zastrzeżonych przyjmowanie, przemieszczanie i doręczanie ww. przesyłek o masie nieprzekraczającej granicy wagowej za pobraną przez operatora opłatą, nie niższą niż dwu i półkrotność opłaty za przyjęcie, przemieszczenie i doręczenie przesyłki listowej stanowiącej przesyłkę najniższego przedziału wagowego najszybszej kategorii określonej w cenniku powszechnych usług pocztowych operatora publicznego obowiązującego w danym czasie.

Tak więc 4PRINT Sp. z o.o., DCN DIRECT Sp. z o.o., MULTIDRUK S.A. nie mogły zgodnie z prawem świadczyć usług dostarczania przesyłek spersonalizowanych, których ilość, w stosunku do wartości usługi była tak niska – zatem albo liczba przesyłek musiała być niższa, albo usługi dotyczyły druków bezadresowych, które nie są przesyłkami spersonalizowanymi i nie spełniają wymogu Zamawiającego zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z kolei Przystępujący podczas rozprawy potwierdził, iż wymienione w wykazie usługi dotyczą przesyłek spersonalizowanych, a nie druków bezadresowych. Wszystkie trzy podmioty składające wspólnie ofertę specjalizują się w wykonaniu pewnej części przedstawionych zadań, więc nie korzystając z podwykonawców, mogą znacząco obniżyć ceny swoich usług. Dodatkowo

doreczania przesyłek nie powierzają Poczcie Polskiej, lecz podmiotom konkurencyjnym, które oferują znacznie niższą cenę.

W związku z tym, iż zarzuty Odwołującego oparte są wyłącznie na jego przypuszczeniach i wyliczeniach, skład orzekający Izby uznał, iż zarzut ten nie został udowodniony i postanowił przyjąć oświadczenie Przystępującego, że usługi dotyczyły rodzaju przesyłek określonego przez Zamawiającego, tym bardziej, iż oświadczenie to jest poparte treścią złożonych referencji: „zleconych przesyłek w postaci listów” (referencje Dialog Telekom), „usługę polegającą na druku, personalizacji i wysyłki materiałów reklamowych” (referencje Magic City) oraz „druku, personalizacji i wysyłki materiałów reklamowych” (referencje Stołecznego Przedsiębiorstwa Handlu Wewnętrznego PP). W odniesieniu do faktu, czy usługi te zostały wykonane zgodnie z prawem, skład orzekający Izby stwierdził, iż, ponieważ Odwołujący nie postawił zarzutu np. nieuczciwej konkurencji, zgodnie z przepisem art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może orzec w zakresie nie zawartym w proteście.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących treści referencji oraz osób je podpisujących skład orzekający Izby uznał, iż wystawca referencji nie ma obowiązku zamieszczać w nich konkretnych treści – takich jak data czy stanowisko osoby je wystawiającej. Zamawiający też najczęściej nie ma możliwości sprawdzenia tych informacji. Dlatego w praktyce przyjmuje się, iż osoba je wystawiająca była do tego upoważniona oraz zasadę dobrej wiary wykonawcy przedstawiającego referencje i póki nie wystąpią okoliczności wskazujące na to, iż przedstawione dokumenty nie są zgodne ze stanem faktycznym (a w przypadku przedmiotowych referencji Odwołujący takich okoliczności nie wskazał), nie ma podstaw, by negować ich prawidłowość.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności poświadczenia za zgodność z oryginałem uzupełnionych referencji i zaświadczenia ZUS z instrukcją Zamawiającego zawartą w punkcie 3.1.12. specyfikacji istotnych warunków zamówienia skład orzekający Izby stwierdził, iż rzeczywiście, w poświadczeniu tym brak jest czytelnego imienia i nazwiska lub imiennej

pieczętki, lecz złożony podpis pozwala na identyfikację osoby podpisującej jako osoby do tego upoważnionej, czyli pana Piotra Ch. W związku z tym, pomimo tego uchybienia należy uznać, iż dokumenty te nie zawierają błędu, który musiałby mieć tak daleko idący skutek, jak wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani tym bardziej odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który to przepis, jak słusznie zauważył Zamawiający, dotyczy treści merytorycznej oferty, a nie potwierdzania dokumentów za zgodność z oryginałem.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....