

Sygn. akt: KIO/UZP 506/09

POSTANOWIENIE

z dnia 29 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Emil Kuriata
	Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant:	Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 29 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **WAKOZ Sp. z o.o., Luzino, ul. Generała Sikorskiego 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Linia, Linia, ul. Turystyczna 15** protestu z dnia 1 kwietnia 2009 r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża WAKOZ Sp. z o.o., Luzino, ul. Generała Sikorskiego 3 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **WAKOZ Sp. z o.o., Luzino, ul. Generała Sikorskiego 3**,

2) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **WAKOZ Sp. z o.o., Luzino, ul. Generała Sikorskiego 3.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Gmina Linia, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację drogi gminnej, ul. Słonecznej w Lini. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 lutego 2009 r. pod numerem 31396-2009.

W dniu 25 marca 2009 r. Zamawiający poinformował Wykonawców m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe DROMOS Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty WAKOZ Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp. Zamawiający zwrócił uwagę, iż w rozdziale XVI pkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagał, aby Wykonawca określił cenę ryczałtową za całość zamówienia na podstawie załączników nr 6 (przedmiar) i 7 (specyfikacja techniczna) do Specyfikacji. Wskazał, iż w pozycji 11 przedmiaru określona została ilość 900m² pobocza. Z porównania załączników dodatkowych tj. kosztorysów ofertowych złożonych przez Wykonawców Zamawiający wywnioskował, iż Wykonawca WAKOZ Sp. z o.o. zaniżył ilości m² pobocza w stosunku do przedmiaru, w związku z czym błędnie obliczył cenę. Powyższe uniemożliwia, jak stwierdził Zamawiający, rzetelne porównanie zaoferowanych cen.

Wobec ww. czynności Zamawiającego protest wniósł w dniu 1 kwietnia 2009 r. (wyłącznie za pomocą faksu) Wykonawca WAKOZ Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym zarzucając Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez nieuzasadnione jego zastosowanie z uwagi na fakt, iż oferta Odwołującego jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie badania jej zgodności z treścią wadliwie tj. nieskutecznie względem Odwołującego, dokonanej modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, o której Odwołujący nie został powiadomiony, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 3) na wypadek podtrzymania przez Zamawiającego stanowiska o prawidłowości dokonania zmiany Specyfikacji Odwołujący podniósł zarzut nieważności postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, iż Zamawiający dokonując rzekomej modyfikacji Specyfikacji w zakresie przedmiarów nie dokonał jej zgodnie z ustawą Pzp – zarówno Specyfikacja, jak i ogłoszenie o zamówieniu w zakresie opisu przedmiotu

zamówienia w jednoznaczny sposób wskazują, iż zamówienie obejmuje „Wykonanie umocnionego pobocza z kruszywa naturalnego 90m²”.

Odwołujący wniósł o uchylenie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Pzp uznaje się za jego oddalenie.

W dniu 15 kwietnia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 16 kwietnia 2009 r. Odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w proteście.

Dodatkowo Odwołujący przyznał, iż wniósł protest na czynności odrzucenia oferty oraz wybór oferty najkorzystniejszej w dniu 1 kwietnia 2009 r., przekazując go Zamawiającemu wyłącznie za pomocą faksu. Za bezskuteczne i sprzeczne zarówno z przepisami ustawy Pzp, jak i z pozostałą treścią Specyfikacji, Odwołujący uznał zastrzeżenia uzależniające skuteczność przekazania korespondencji faksem od jej potwierdzenia w formie pisemnej oraz przesłania jej w godzinach pracy Urzędu Gminy (przy zastrzeżeniu rejestracji wpływu korespondencji w dniu następnym, przy przekroczeniu wskazanego limitu godzinowego). Zwrócił uwagę, iż ustawa Pzp w art. 27 ust. 1 wskazuje na możliwość stosowania trzech równoprawnych sposobów składania oświadczeń, wniosków i informacji. W przypadku dopuszczenia określonych sposobów przekazywania oświadczeń, nie jest uprawnione uzależnianie skuteczności ich przekazania, od spełnienia dodatkowych, przewidzianych przez Zamawiającego warunków. Należy zaznaczyć, iż art. 27 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje jedynie obowiązek potwierdzenia otrzymania oświadczenia, wniosku, zawiadomienia lub informacji przekazanej faksem lub drogą elektroniczną, wyłącznie na żądanie drugiej strony. Ograniczenie natomiast skuteczności przekazywania korespondencji za pomocą faksu w danym dniu do wyłącznie kilku godzin, narusza uprawnienia przyznane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia i w konsekwencji prowadzi do skrócenia terminów ustawowych na złożenie określonych oświadczeń. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 113/08) oraz postanowienie Izby z dnia 9 lipca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 638/08). Stwierdził, iż był uprawniony do wniesienia protestu za pomocą faksu tym bardziej, że celem art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, było w jego ocenie, umożliwienie zapoznania się przez Zamawiającego z treścią protestu, „a nie faktyczne zapoznanie się z nim”.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2009 r. skierowanym do Prezesa Urzędu Zamówień

Publicznych Zamawiający poinformował o przewidzianej w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia formie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz nie zastosowaniu się przez Odwołującego do ww. postanowień Specyfikacji przez przekazanie Zamawiającemu treści protestu wyłącznie w formie faksu. Podkreślił, iż Odwołujący nie wniósł protestu na treść Specyfikacji. Zamawiający stwierdził ponadto, iż nie jest w posiadaniu oryginalnego pełnomocnictwa udzielonego radcy prawnemu Leszkowi P., nie posiada również takiego pełnomocnictwa potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez radcę prawnego.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę 205 507,20 zł, co stanowi równowartość 53 005,39 euro.

Zgodnie z pkt X ppkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy mogą przekazywać:

- pisemnie – w zakresie wszelkiej korespondencji między stronami,
- faksem – w zakresie wszelkiej korespondencji między stronami, z zastrzeżeniem, że jej treść zostanie niezwłocznie potwierdzona w formie pisemnej (pod rygorem nieważności), z wyłączeniem złożenia oferty o wniesienia protestu, dla których wymagana jest forma pisemna,
- drogą elektroniczną:
 - a) ze strony Wykonawców – tylko w zakresie dotyczącym pobierania elektronicznej wersji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz możliwości zapoznania się z treścią pism skierowanych do Wykonawców,
 - b) ze strony Zamawiającego – w zakresie udostępniania elektronicznej wersji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz umieszczenia treści pism skierowanych do Wykonawców na stronie internetowej Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, w związku ze złożonym przez Zamawiającego wnioskiem o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, zważyła, co następuje:

Bezsporny między stronami jest fakt, iż protest został przez Odwołującego wniesiony wyłącznie w formie faksu. Tym samym Odwołujący nie zastosował się do opisanych powyżej

postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczących form porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami.

Należy zwrócić uwagę, iż w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp określającym czynności, wobec których możliwe jest wniesienie protestu, ustawodawca zawarł odesłanie do art. 27 ust. 1 – 3 ustawy Pzp. Przepis ten reguluje formy porozumiewania się zamawiających z wykonawcami. W ust. 1 art. 27 ustawy Pzp ustawodawca pozostawił wybór formy zamawiającemu. Wybór ten ograniczył jednocześnie do formy pisemnej, faksowej lub drogą elektroniczną, zastrzegł przy tym w ust. 3 art. 27 ustawy Pzp, iż zawsze dopuszczalna jest forma pisemna. Wobec powyższego, to od woli zamawiającego zależy, czy wykonawcy, poza formą pisemną, będą mogli porozumiewać się także faksem lub drogą elektroniczną. Nieuprawnione jest zatem twierdzenie Odwołującego zawarte w treści odwołania, iż w art. 27 ustawy Pzp zaznaczono „w sposób nie budzący wątpliwości, iż droga faksowa może być wykorzystywana do przekazywania wszelkiej korespondencji między stronami”. Izba przychyliła się z kolei do stanowiska Odwołującego, iż „art. 27 ust. 1 wskazuje na możliwość stosowania trzech równoprawnych sposobów składania oświadczeń, wniosków i informacji”, jednak z całą mocą należy podkreślić, iż zamawiającemu przysługuje prawo wyboru jednej lub kilku z ww. form, nie wyłączając formy pisemnej.

Wobec powyższego, nieuprawnione jest z góry powzięte przez Odwołującego założenie, iż w niniejszym postępowaniu możliwe jest przekazywanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień czy innych informacji za pomocą faksu. Wykonawca powinien upewnić się jakie formy zostały dopuszczone w danym postępowaniu przez Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu Zamawiający jednoznacznie, w sposób nie budzący wątpliwości określił sposób porozumiewania się (pkt X ppkt 3 Specyfikacji). Wyraźnie zastrzegł dla protestu wyłącznie formę pisemną. Co więcej, dla większości oświadczeń Zamawiający dopuścił również formę faksu, zastrzegł jednak, iż wymagane jest niezwłoczne jej potwierdzenie w formie pisemnej. Nie sposób uznać, iż wybór ten jest niezgodny z prawem. W ocenie Izby, postanowienia Specyfikacji w tym zakresie, w związku z dyspozycją art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, w żaden sposób nie naruszają przepisów ustawy Pzp. Tym samym nie ma podstaw do uznania ww. postanowień za nieważne. Niezgodności treści pkt X ppkt 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie dostrzegł również Odwołujący, skoro nie wniósł protestu na treść Specyfikacji.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie. W tej samej przesłance odrzucenia odwołania mieści się, w ocenie Izby przekazanie pełnomocnictwa do wniesienia protestu w formie faksowej. Tym samym nie zasługuje na uwzględnienie wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 postanowienia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....