

Sygn. akt KIO/UZP 34/07

WYROK/POSTANOWIENIE*

z dnia 07.01.2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu /-w dniach* 07.01.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **"Polkomtel" S.A., Warszawa, ul. Postępu 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., Katowice, ul. Powstańców 30** protestu / protestów* z dnia 22.11.2007r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz **Polska Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o., Warszawa, Al. Jerozolimskie 181** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 .Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **"Polkomtel" S.A., Warszawa, ul. Postępu 3**

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 uiszczonego przez **"Polkomtel" S.A., Warszawa, ul. Postępu 3**.
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3000 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez **"Polkomtel" S.A., Warszawa, ul. Postępu 3** na rzecz **Kompania Węglowa S.A., Katowice, ul. Powstańców 30**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 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 **"Polkomtel" S.A., Warszawa, ul. Postępu 3**.

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługi telefonii mobilnej dla Kompanii Węglowej S.A.” jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Polskiej Telefonii Cyfrowej Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 181, o czym Zamawiający poinformował Wykonawców w dniu 23 listopada 2007 roku. Czynność ta została oprotestowana przez Wykonawcę - Polkomtel S.A., z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 3.

W proteście z dnia 22 listopada 2007 roku, wniesionym w dniu 23 listopada 2007 roku Polkomtel S.A. zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i wniosła o odrzucenie oferty złożonej przez Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o.o. (zwaną dalej PTC).

W uzasadnieniu Protestujący zwrócił uwagę, na rozbieżności pomiędzy kopią oferty PTC otrzymaną w dniu 7 listopada a ofertą udostępnioną przedstawicielowi Protestującego w dniu 20 listopada 2007 roku. Wskazał na następujące różnice: strona 49 oferty, gdzie pojawiła się liczba stron w ofercie, mimo że w wersji oferty udostępnionej wcześniej nie było jej; strona 52 oferty- w liście przedstawionych dokumentów jest 8 punktów- w wersji oferty przekazanej Protestującemu, w wersji udostępnionej w siedzibie – 9 punktów. Ponadto wskazał, że pieczętki na kopiach dokumentów znajdują się w innych miejscach w obu porównywanych ofertach. W związku z tym Protestujący zarzucił Zamawiającemu, że dopuścił do zmiany oferty po upływie terminu składania ofert.

Ponadto Protestujący zarzucił, że w udostępnionej mu ofercie PTC znajduje się kopia pełnomocnictwa udzielonego Panu Sławomirowi Rybińskiemu, która zdaniem Protestującego nie spełnia wymogów formalnych. Zamawiający w treści SIWZ dopuścił bowiem złożenie pełnomocnictwa w formie oryginału bądź kopii poświadczonej przez notariusza, a kwestionowane pełnomocnictwo tej formy nie zachowuje.

Dodatkowo Protestujący podniósł, że w ofercie PTC załączono nieaktualny odpis z rejestru przedsiębiorców. Znajdujący się w jednym egzemplarzu oferty odpis z rejestru z dnia 26 września 2007 roku nie można uznać za aktualny w świetle późniejszych pism złożonych przez PTC, z których wynika, że tylko jeden członek zarządu (z czterech) wymienionych w odpisie był de facto członkiem zarządu w chwili składania oferty. Jednocześnie Protestujący podniósł, że odpis z rejestru nie jest dokumentem, który może być uzupełniany w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Ponadto Protestujący wskazał, że zaoferowanie przez PTC stawki 0 zł w pozycjach „opłata miesięczna abonamentowa za kartę SIM (głosową)” oraz „opłata za transmisję danych w wysokości 100 MB przy założeniu sumarycznej miesięcznej transmisji danych w ramach APN w wysokości 3 GB” stanowi naruszenie art. 2 pkt 13 pzp, który definiuje zamówienie publiczne jako umowę odpłatną oraz przepisów ustawy o cenach. Protestujący wskazał, że zapis pkt XXI.3 SIWZ dopuszczający przyjęcie przez Wykonawców stawki „0zł” jest niezgodny z zapisami pzp oraz ustawy o cenach.

Pismem z dnia 28 listopada 2007 roku (przekazanym w dniu 3 grudnia 2007 roku), Zamawiający odrzucił protest w zakresie zarzutu dotyczącego zapisów SIWZ, w pozostałym zakresie zarzuty oddalił. Zamawiający wyjaśnił, że oferta PTC została złożona przed upływem terminu składania ofert w 2 egzemplarzach, na dowód czego przedstawił prezentatę biura podawczego na kopertach zawierających 2 egzemplarze oferty. Podniósł, że oba egzemplarze ofert zostały zdeponowane w sposób uniemożliwiający jakiegokolwiek zmiany w ich treści po upływie terminu składania ofert. Zdaniem Zamawiającego treść oferty jest zgodna z zapisami SIWZ, natomiast wskazywane przez Protestującego różnice dotyczą wyłącznie formy tej oferty.

Zamawiający nie podzielając zarzutu Protestującego, dotyczącego niewłaściwej formy pełnomocnictwa wskazał, że zarzut jest bezzasadny, gdyż na odwrocie kwestionowanego dokumentu znajduje się pieczęć notariusza potwierdzająca zgodność dokumentu z oryginałem.

W kwestii zarzutu dotyczącego załączenia w ofercie PTC nieaktualnego odpisu z rejestru przedsiębiorców i zastosowania w tym zakresie art. 26 ust. 3 pzp, Zamawiający wskazał, że mając uzasadnione wątpliwości co do treści dokumentu i udzielonego pełnomocnictwa pismem z dnia 5 listopada wezwał PTC do przedłożenia stosownych dokumentów celem weryfikacji stanu faktycznego.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaoferowania przez PTC stawek „0 zł” w dwóch pozycjach formularza ofertowego, Zamawiający podniósł, że zarzut ten jako dotyczący zapisów SIWZ jest spóźniony i odrzucił go.

Od rozstrzygnięcia protestu Polkomtel S.A. wniosła w dniu 7 grudnia 2007 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymała zarzuty zawarte w proteście i wniosła o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej oceny ofert, odrzucenie oferty PTC Sp. z o.o. i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w złożonych przez PTC egzemplarzach ofert różnice na stronach 49 i 52, sprawiają, że oferta jest niezgodna z zapisami SIWZ, który wymagał złożenia oferty w

formie pisemnej w dwóch identycznych egzemplarzach. Kwestionowane pełnomocnictwo zostało złożone w formie nie znanej prawu cywilnemu tj. kopii poświadczonej za zgodność przez pełnomocnika. Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie mógł skorzystać z normy art. 26 ust 3 pzp i wezwać PTC do uzupełniania aktualnego odpisu z rejestru przedsiębiorców. Zdaniem Odwołującego pełnomocnictwo nie jest dokumentem, który potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego.

W kwestii zaoferowania stawki „0 zł” Odwołujący powołał się dodatkowo na ustawę o cenach, zgodnie z którą ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, a za taką nie można uznać wartości „0 zł”.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego oraz oświadczeń stron złożonych na rozprawie Krajowa Izba Odwoławcza zważyła i ustaliła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w pkt XVII ppkt 10 SIWZ p.n. „Opis sposobu przygotowania oferty” postawił wymóg, aby Wykonawcy przystępujący do postępowania złożyli ofertę w formie pisemnej w dwóch identycznych egzemplarzach. Krajowa Izba Odwoławcza, zauważa że wymóg taki jest wymogiem formalnym i jego niespełnienie nie może pociągać negatywnych skutków dla Wykonawców. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655) Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść a nie forma jest sprzeczna z treścią SIWZ. Niezgodność formy oferty z treścią SIWZ nie stanowi przesłanki do odrzucenia oferty.

Wymóg określony w pkt XVII ppkt 10 SIWZ, należy traktować jako zalecenie co do formy złożenia oferty a nie obowiązek, którego niespełnienie skutkuje odrzuceniem oferty.

Uznać zatem należy, że wskazane przez Odwołującego rozbieżności pomiędzy egzemplarzami oferty złożonej przez Polską Telefonię Cyfrową Sp. z o.o., polegające na odmiennym podaniu liczby stron oferty czy spisu załączonych dokumentów (str. 49 i 52 oferty), które powodują, że egzemplarze ofert nie są identyczne – tak jak to zalecał Zamawiający- nie skutkują koniecznością odrzucenia tej oferty, gdyż dotyczą wyłącznie jej formy a nie treści.

W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, nie znajduje również uzasadnienia zarzut złożenia w niewłaściwej formie pełnomocnictwa, udzielonego Panu Sławomirowi Rybińskiemu.

Należy wskazać, że w jednym z egzemplarzy oferty znajduje się pełnomocnictwo udzielone Panu Sławomirowi Rybińskiemu z dnia 09.04.2003 r. poświadczony za zgodność z oryginałem przez notariusza, zatem zarzut ten jest bezprzedmiotowy, a okoliczność że drugi egzemplarz (kopia oferty) nie zawiera takiego poświadczenia nie może wpłynąć na konieczność odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pzp.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego dotyczącego złożenia w ofercie Wykonawcy - Polska Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o., nieaktualnego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, iż aktualność dokumentów składanych w ofercie należy oceniać zgodnie z przywołanym wyżej rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie z brzmieniem § 1 ust. 1 pkt 2 za aktualny odpis z właściwego rejestru należy uznać odpis wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Skład orzekający KIO ustalił, że termin na składanie ofert upłynął w dniu 31 października 2007 roku, w ofercie uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą znajduje się odpis z Krajowego Rejestru Sądowego wystawiony w dniu 26 września 2007. Uznać zatem należy, że odpis z Krajowego Rejestru Sądowego znajdujący się w ofercie PTC Sp.z o.o. jest dokumentem spełniającym wymogi formalne rozporządzenia. Wpis do KRS ma charakter deklaratoryjny. Należy nadmienić, że Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp otrzymał dokumenty dotyczące wpisu do KRS zawierające aktualny skład organu zarządzającego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zastosowania stawki „0 zł” w pozycjach: „opłata miesięczna abonamentowa za kartę SIM (głosową)” oraz „opłata za transmisję danych w wysokości 100 MB przy założeniu sumarycznej miesięcznej transmisji danych w ramach APN w wysokości 3 GB”, skład orzekający KIO doszedł do wniosku, że zaoferowanie takiej stawki nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o cenach, na które powoływał się Odwołujący. Na cenę usługi składają się różnorodne opłaty i stawki. Zdaniem KIO, zaoferowanie w badanych pozycjach stawki „0 zł” nie powoduje, że umowa o świadczenie usług telefonii mobilnej traci walor odpłatności, a co za tym idzie będzie niezgodna z definicją zamówienia publicznego określoną w art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto należy zwrócić uwagę, że możliwość zastosowania stawki „0 zł” w formularzu oferty przewidział Zamawiający w pkt XXI pkt 3 (strona 9) SIWZ, gdzie jednocześnie nie dopuścił sytuacji, w której Wykonawcy zaoferują w ramach wszystkich kryteriów stawkę „0 zł”.

Biorąc powyższe pod uwagę należało orzec jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania zgodnie z art. 191 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zasądzając na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3 000 zł na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, zgodnie z par. 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 maja 2006 w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od odwołania oraz szczegółowych zasad rozliczania kosztów w postępowaniu odwoławczym (Dz. U. nr 87, poz. 608).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*