

Sygn. akt: KIO/1963/10

WYROK

z dnia 29 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Arytmowicz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 13 września 2010 r. przez **EMTAL sp. z o.o. 80 – 748 Gdańsk, ul. Chmielna 26** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Lublin – Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, 20 – 718 Lublin, ul. Kraśnicka 25.**

przy udziale wykonawcy **R&G Plus sp. z o.o., 39 – 300 Mielec, ul. Traugutta 7** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

- 1. oddala odwołanie.**
- 2. kosztami postępowania obciąża EMTAL sp. z o.o. 80 – 748 Gdańsk, ul. Chmielna 26 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **EMTAL sp. z o.o. 80 – 748 Gdańsk, ul. Chmielna 26** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 599 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **EMTAL sp. z o.o. 80 – 748 Gdańsk, ul. Chmielna 26** na rzecz **Gminy Miasta Lublin – Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, 20 – 718 Lublin, ul. Kraśnicka 25** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Miasto Lublin – Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa systemu dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu zliczania potoków pasażerskich.

Pismem z dnia 3 września 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania wskazując m.in., iż na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) dalej ustawa p.z.p., wykluczył z postępowania wykonawcę EMTAL Sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku. W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu zamawiający wskazał iż wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej ponadto w następstwie wezwania przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. wykonawca ten nie odpowiedział na to wezwanie.

Wobec takiej czynności wykonawca EMTAL Sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku w dniu 13 września 2010 r. złożył odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 46 ust. 4a ustawy p.z.p. Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie wyboru oferty R&G Plus Sp. z o. o. z siedzibą w Mielcu, jako najkorzystniejszej,
- 2) dokonanie zwrotu wadium odwołującemu,
- 3) wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów,
- 4) dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, iż w dniu 20 sierpnia 2010 r. poinformował zamawiającego, iż z uwagi na awarię faksu od dnia 18 sierpnia 2010 r. nie ma możliwości odbierania korespondencji w tej formie i prosi o przesyłanie korespondencji na wskazany w ofercie adres e-mail. Pomimo tego w dniu 20 sierpnia 2010 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu drogą faksową zakreślając termin na uzupełnienie do dnia 26 sierpnia 2010 r. Odwołujący podniósł, iż o konieczności uzupełnienia dowiedział się dopiero w dniu 6 września 2010 r. otrzymując wezwanie w formie pisemnej. Wobec powyższego odwołujący stwierdził, iż nie miał możliwości uzupełnienia dokumentów w wyznaczonym terminie. Odwołujący podniósł, iż zamawiający ignorując wiadomość o awarii faksu wysłaną e-mailem (uznając, że została ona przekazana w niewłaściwej formie gdyż SIWZ dopuszczała

porozumiewanie się jedynie drogą pisemną i faksową) mógł ją de facto wykorzystać wybierając właśnie drogę faksową do przesłania wezwania do uzupełnienia dokumentów. Skoro zamawiający powziął wiadomość o awarii faksu w tym samym dniu, co przekazanie wezwania do uzupełnienia dokumentów to wiedział również, że z uwagi na niemożność niezwłocznego zapoznania się z treścią wezwania, termin na uzupełnienie dokumentów może być nierealny. Odwołujący wskazał ponadto, że zamawiający wiedząc o problemach odwołującego mógł przedłużyć termin na uzupełnienie dokumentów a nie czyniąc tego naruszył art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. Odwołujący stwierdził, że nie przedłużając terminu do uzupełnienia dokumentów zamawiający wykorzystał uprawnienie do określenia tego terminu w celu uniemożliwienia mu uzupełnienia dokumentów w terminie. Ponadto odnosząc się do czynności zatrzymania wadium odwołujący wskazał, iż zatrzymanie wadium bez uprzedniego zbadania, czy niezłożenie dokumentów wynika z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy stanowi nadużycie uprawnień zamawiającego. Odwołujący stwierdził, iż w zaistniałej sytuacji nieuzupełnienie dokumentów nastąpiło z przyczyn nieleżących po jego stronie, gdyż dołożył on należytej staranności przesyłając zamawiającemu informację o awarii faksu, aby ułatwić kontakt z zamawiającym, narażając się tym samym na ewentualne nieuczciwe wykorzystanie tej informacji.

W dniu 17 września 2010 r. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca R&G Plus Sp. z o. o. z siedzibą w Mielcu. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości, wskazując, iż zamawiający słusznie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu wobec nieuzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przystępujący stwierdził, iż brak udzielenia odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów skutkuje koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, Gmina Miasto Lublin – Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa systemu dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu zliczania potoków pasażerskich.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 lipca 2010 r. pod numerem 2010/S 125-191360.

Zgodnie z pkt V.4.1. SIWZ w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, zamawiający wymagał wykazania się minimum 1 dostawą obejmującą zintegrowany system informacji pasażerskiej zawierający co najmniej 10 tablic LED lub LCD wyświetlających czas rzeczywisty do odjazdu pojazdu oraz wyposażenie 150 pojazdów w system przekazywania informacji o pozycji pojazdu za pomocą GPS. Ponadto zgodnie z pkt. V.4.2. SIWZ w zakresie

warunku znajdowania się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej zamawiający wymagał wykazania się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości 1.500.000,00 zł. Izba ustaliła również, że zgodnie z pkt. VII.1. zamawiający określił, iż wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują pisemnie lub faksem. Ponadto oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane za pomocą faksu uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata – w taki sposób, że mógł się z nimi zapoznać – przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona pisemnie. Dowód transmisji danych oznacza, że wykonawca otrzymał korespondencję faksem w momencie jej przekazania przez zamawiającego, niezależnie od ewentualnego potwierdzenia faktu jej otrzymania. Wykonawca odpowiada za sprawne działanie faksu (pkt VII.3. SIWZ).

Izba ustaliła również, iż pismem z dnia 20 sierpnia 2010 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy p.z.p., którego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku opisał zamawiający w dziale V pkt. 4.1. oraz pkt. 4.2. SIWZ. Wezwanie zamawiający przesłał faksem na numer odwołującego wyznaczając termin na uzupełnienie do dnia 26 sierpnia 2010 r.

Wobec braku odpowiedzi na wezwanie, zamawiający działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy p.z.p. wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu jednocześnie działając na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy p.z.p. odrzucił ofertę odwołującego oraz w oparciu o art. 46 ust. 4a ustawy p.z.p. zatrzymał wadium.

Czynności te leżą u podstaw postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia specyfikacji, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron oraz przystępującego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

W pierwszej kolejności ustalono, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 p.z.p., uprawniający go do złożenia odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego. Bezspornym jest, że odwołujący wraz z ofertą nie złożył prawidłowych

dokumentów, które potwierdzałyby spełnianie warunków określonych przez zamawiającego w dziale V pkt. 4.1. oraz pkt. 4.2. SIWZ. Odwołujący nie kwestionował również zasadności wezwania go przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. do uzupełnienia dokumentów, z których wynikać będzie spełnianie postawionych warunków. Wobec nieuzupełnienia przez odwołującego wymaganych dokumentów, zamawiający zobligowany był do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Izba, biorąc pod uwagę zapisy SIWZ (dział VII pkt. 3) jak też raport z transmisji faksu z wynikiem „ok.” uznała za udowodnione skuteczne przekazanie pisma z dnia 20 sierpnia 2010 r. którym odwołujący został wezwany do uzupełnienia dokumentów. Izba stoi na stanowisku, iż dowód w postaci raportu z transmisji faksu stwarza domniemanie prawne, że oświadczenie nadawcy doszło do adresata w sposób pozwalający mu zapoznać się z jego treścią. Odwołujący domniemania tego w ocenie Izby nie obalił. Niezależnie od powyższego, Izba zauważa, iż zamawiający zajął w SIWZ stanowisko, co do sposobów komunikowania się wskazując drogę pisemną oraz za pomocą faksu. W takiej sytuacji wykonawcy mieli pewność, w jaki sposób zamawiający może się z nimi komunikować, co jest istotne chociażby ze względu na dochowanie terminowości czynności prawnych. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, że to na odwołującym ciążył obowiązek dochowania należytej staranności i w konsekwencji zapewnienia sprawnego urządzenia faksowego.

Ponadto Izba nie dopatrzyła się również naruszenia zasady uczciwej konkurencji, gdyż termin określony przez zamawiającego na uzupełnienie dokumentów był terminem realnym i w okresie tym wykonawca miał możliwość udzielenia odpowiedzi na wezwanie. Izba nie podzieliła również stanowiska odwołującego, iż zamawiający wiedząc o awarii faksu odwołującego wykorzystał ten fakt wzywając odwołującego do uzupełnienia dokumentów właśnie za pomocą faksu. W ocenie Izby, odwołujący nie udowodnił w żaden sposób, iż w dniu 20 sierpnia 2010 r. poinformował zamawiającego o awarii faksu. Stanowisku odwołującego przeczą zapisy z dzienników systemowych serwera poczty zamawiającego znajdujące się w aktach sprawy. Izba wzięła pod uwagę oświadczenie zamawiającego, iż w dniach od 18 do 25 sierpnia 2010 r. na serwer poczty zamawiającego przyszły dwie przesyłki e-mail z domeny emtal.pl jednak obie datowane są na dzień 24 sierpnia 2010 r. Izba nie dała wiary odwołującemu, iż w dniu 20 sierpnia 2010 r. poinformował zamawiającego o awarii faksu, który nie przedłożył na tą okoliczność żadnego dowodu.

Mając na względzie prawidłowość czynności wykluczenia odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy p.z.p. Izba nie znalazła również przesłanek do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy p.z.p. gdyż ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Na marginesie Izba zauważa, że wobec nieudzielenia przez odwołującego odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. zamawiający zobligowany był do zastosowania dyspozycji art. 46 ust. 4a ustawy p.z.p.

W związku z powyższym, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

Przewodniczący:

.....