

Sygn. akt: KIO/UZP 409/09

WYROK
z dnia 15 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**

Członkowie: **Luiza Łamejko**
Stanisław Sadowy

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Skarbu Państwa, ul. Krucza 36 / Wspólna 6, 00-522 Warszawa** protestu z dnia 13 marca 2009 r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,*

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,

2.kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Skarbu Państwa, ul. Krucza 36 / Wspólna 6, 00-522 Warszawa 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 uiszczanego przez **ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Skarbu Państwa, ul. Krucza 36 / Wspólna 6, 00-522 Warszawa** na rzecz **ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 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 **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, Aleja Jana Pawła II 39A, 31-864 Kraków.**

Uzasadnienie

Ministerstwo Skarbu Państwa z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęło, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługę wsparcia technicznego aplikacji i poczty na platformie Lotus Notes”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21 stycznia 2009 r., Nr 1, poz. 23521.

Zamawiający w dniu 6 marca 2009 r. poinformował ComArch S.A., zwany dalej „Odwołującym” o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a tym samym o odrzuceniu jego oferty, jednocześnie wskazując na konieczność zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Pismem z dnia 13 marca 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na działanie Zamawiającego, tj.:

1. wykluczenie Odwołującego z postępowania,
2. zatrzymanie wadium Odwołującego na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp,

zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo iż Odwołujący złożył dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
2. naruszenie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, poprzez zatrzymanie wadium Odwołującego, pomimo braku zaistnienia przesłanek określonych w tym przepisie.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
2. unieważnienie czynności zatrzymania wadium Odwołującego i zwrot wadium Odwołującemu.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający pismem z dnia 27 lutego 2009 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu w postaci Zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, wyznaczając termin uzupełnienia na dzień 3 marca 2009 r. Przedmiotowe pismo nadał do Odwołującego w dniu 2 marca 2009 r.

Odwołujący pismo to otrzymał w dniu 5 marca 2009 r. i w odpowiedzi na powyższe w dniu 6 marca 2009 r. złożył Zamawiającemu żądany dokument.

Nadto Odwołujący podkreślił, iż w inny sposób nie powziął wiedzy o wezwaniu go do uzupełnienia żadanego dokumentu.

Pismem z dnia 23 marca 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie, podkreślając m.in., iż w dniu 27 lutego 2009 r. o godzinie 15:29 przesłał Odwołującemu faksem wezwanie do uzupełnienia dokumentu, na dowód czego dysponuje raportem z transmisji faksu (nr zadania 043), który opatrzony jest adnotacją „wysyłanie zakończone pomyślnie”.

Odwołujący mimo przedmiotowego wezwania nie przedłożył żadanego dokumentu we wskazanym w wezwaniu terminie. Tym samym zaszła przesłanka powodująca wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Nadto dodał, iż Odwołujący nie udowodnił, iż niezłożenie żadanego dokumentu nastąpiło z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Pismem z dnia 27 marca 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie, wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 31 marca 2009 r.; przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 27 marca 2009 r.), podtrzymując zarzuty, wnioski oraz argumentację zawartą w proteście.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożoną ofertę, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia środków ochrony prawnej.

Interes prawny może być bowiem rozumiany jako możliwość uznania oferty złożonej przez wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego lub też mieć swe uzasadnienie we wnoszeniu środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą.

W niniejszym postępowaniu można mówić o interesie prawnym w szerszym znaczeniu, a więc tym, który polega na kontrolowaniu prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący uprawdopodobnił bowiem, iż nieprawidłowości powstałe w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu faktycznie spowodowały wykluczenie go z postępowania, a tym samym odrzucenie jego oferty, wywierając w konsekwencji, negatywny dla Odwołującego, skutek w postaci utraty wadium.

Wobec stanowiska Zamawiającego odnośnie braku interesu prawnego w przedmiotowym postępowaniu po stronie Odwołującego, z uwagi na fakt nie przedłużenia ważności wadium należy podkreślić, iż Odwołujący złożył wadium i faktycznie znajduje się ono w dyspozycji Zamawiającego.

Tak więc brak jest podstaw do przyjęcia braku interesu prawnego po stronie Odwołującego.

Zarzut nieuprawnionego wykluczenia Odwołującego z niniejszego postępowania potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale 11 SIWZ „Informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów”, pkt 1 zamieścił postanowienie, iż „w niniejszym postępowaniu wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazywane są przez strony postępowania pisemnie. Zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy, odrzuceniu ofert, wyborze oferty najkorzystniejszej, ewentualnie unieważnieniu postępowania oraz wyjaśnienia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia będą przesyłane również faksem”.

Pismem z dnia 27 lutego 2009 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia zaświadczenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wystawionego na Odwołującego w nieprzekraczalnym terminie do dnia 3 marca 2009 r. Powyższe pismo – jak oświadczył Zamawiający – przesłał Odwołującemu faksem w tym samym dniu, na dowód czego przedłożył raport transmisji z pamięci faksu (numer zadania: 043 z dnia 27 lutego 2009 r., godzina 15:29) z zapisem „wysyłanie zakończono pomyślnie”.

Nadto przedmiotowe wezwanie nadał do Odwołującego w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 2 marca 2009 r.

W dniu 5 marca 2009 r. Odwołujący otrzymał pismo przesłane za pośrednictwem poczty, dowodem czego jest prezentata na kopercie zawierająca datę 5 marca 2009 r., jako datę wpływu pisma do Odwołującego.

W dniu 6 marca 2009 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu dokument, do uzupełnienia którego został wezwany, w tym samym dniu otrzymując informacje o jego wykluczeniu z postępowania, a tym samym o odrzuceniu jego oferty.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający jako zasadę porozumiewania się z wykonawcami przyjął formę pisemną. Jednocześnie zastrzegając, iż dla enumeratywnie wymienionych czynności, dopuszczalnym jest przekazywanie zawiadomień w formie faksu.

Niewątpliwie wybór formy porozumiewania się z wykonawcami ustawa pozostawia Zamawiającemu, a Zamawiający z tego uprawnienia skorzystał.

Bezspornym jest jednak, iż wśród czynności, dla których Zamawiający dopuścił formę porozumiewania się za pomocą faksu, nie wymienił czynności przeprowadzonej (w stosunku do Odwołującego) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Istotnie – jak wielokrotnie podkreślał Zamawiający - w dniu 2 marca 2009 r. potwierdził na piśmie wezwanie do uzupełnienia dokumentów skierowane do Odwołującego w dniu 27 lutego 2009 r. w formie faksu.

Niemniej jednak – jak ustalono na rozprawie - nie uczynił tego niezwłocznie, tym samym nie dochowując należytej staranności przy wysłaniu wezwania listem poleconym, jak również nie zawarł stosownego zapisu w SIWZ, z treści którego by wynikało, iż przesłanie określonego pisma faksem, a następnie jego niezwłoczne potwierdzenie na piśmie, skutkuje uznaniem, iż przedmiotowe pismo zostało dostarczone do wykonawcy w terminie, w sytuacji, gdy nie dotyczy wymienionych w SIWZ czynności.

Zamawiający, co prawda, okazał raport transmisji z pamięci faksu (numer zadania: 043 z dnia 27 lutego 2009 r., godzina 15:29), z treści którego wynika, iż na numer „00228307400” przesłano 1 stronę dokumentu, a „wysyłanie zakończono pomyślnie”. Niemniej jednak należy stwierdzić, iż przedmiotowy raport potwierdza jedynie fakt jego nadania, przy czym zawiera zarówno formę, jak i treść inną niż pozostałe raporty z transmisji, a mianowicie nie zawiera treści przesłanego pisma, co ma miejsce w przypadku innych, wysyłanych w formie faksu pism (nadanych w okresie wcześniejszym, jak i późniejszym niż w dacie 27 lutego 2009 r.). Wydaje się bowiem, że w przypadku czynności, których niedopełnienie skutkuje dolegliwością w sferze interesów finansowych wykonawcy (utrata wadium) koniecznym jest poza prawidłowym zastrzeżeniem formy dla dokonania tej czynności, również ustalenie, czy istotnie pismo wzywające do uzupełnienia dokumentów faktycznie dotarło do wykonawcy. Skoro oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią (art. 61 § 1 k.c.), a dla czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zastrzeżono w SIWZ wyłącznie formę pisemną, a Zamawiający nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, iż Odwołujący zapoznał się z wezwaniem faktycznie w dniu 27 lutego 2009 r. należy przyjąć, iż Odwołujący wezwanie do uzupełnienia dokumentów otrzymał dopiero w dniu 5 marca 2009 r.

Oznacza to, iż czynność wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania została dokonana z naruszeniem nie tylko postanowień SIWZ, ale i przepisów ustawy Pzp.

Jednocześnie należy stwierdzić, iż art. 46 ust. 4 ustawy Pzp ma charakter restrykcyjny i dolegliwy finansowo dla wykonawcy.

Dlatego też powinien być interpretowany w sposób zgodny z wykładnią celowościową, a mianowicie z punktu widzenia celu, dla którego został wprowadzony, tj. wyłącznie w celu zapobiegania znikom wykonawców.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*