

WYROK
z dnia 5 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2012 r. przez wykonawcę **AV SOLUTION Integracje Systemów Multimedialnych M.Softys Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie, 01-424 Warszawa, Al. Prymasa Tysiąclecia 78A** w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Gdańską, Biuro Projektu, Nowoczesne Audytoria Politechniki Gdańskiej, 80-233 Gdańsk, ul. G. Narutowicza 11/12,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę AV SOLUTION Integracje Systemów Multimedialnych M.Softys Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie, 01-424 Warszawa, Al. Prymasa Tysiąclecia 78A i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę AV SOLUTION Integracje Systemów Multimedialnych M.Softys Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie, 01-424 Warszawa, Al. Prymasa Tysiąclecia 78A tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcę **AV SOLUTION Integracje Systemów Multimedialnych M. Sołtys Spółka Komandytowa** z siedzibą w Warszawie, 01-424 Warszawa, Al. Prymasa Tysiąclecia 78A na rzecz **Politechniki Gdańskiej, Biura Projektu, Nowoczesne Audytoria Politechniki Gdańskiej, 80-233 Gdańsk, ul. G. Narutowicza 11/12** kwotę **4 659 zł 64 gr** (słownie: cztery tysiące sześćset pięćdziesiąt dziewięć złotych sześćdziesiąt cztery grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

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

Politechnika Gdańska, Biuro Projektu, Nowoczesne Audytoria Politechniki Gdańskiej, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostawę wraz z zainstalowaniem urządzeń multimedialnych w Audytorium I Wydziału Elektroniki, Telekomunikacji i Informatyki w Ramach Projektu „Nowoczesne Audytoria Politechniki Gdańskiej”.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 2011 r., nr 2010/S 248-403310.

W dniu 17 lutego 2012 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę AV SOLUTION Integracje Systemów Multimedialnych M.Softys Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy LAUDA AUDIO Adamowicz Spółka Jawna z siedzibą w Sopocie, zwanego dalej „LAUDA AUDIO”, jako najkorzystniejszej. Jednocześnie pismem tym poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a tym samym o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w terminie do dnia 13 lutego 2012 r. W dniu 13 lutego 2012 r. Odwołujący przesłał Zamawiającemu drogą elektroniczną kopie dokumentów, tj. skany nieopatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, natomiast dokumenty potwierdzone za zgodność z oryginałem dotarły do Zamawiającego w dniu 16 lutego 2012 r. Kopie przesłanych dokumentów (drogą elektroniczną) nie zostały poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę i nie były opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Tym samym uznał, iż Odwołujący w wyznaczonym terminie nie złożył dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 22 lutego 2012 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 22 lutego 2012 r.) wobec czynności Zamawiającego dokonanych i zaniechanych w toku postępowania, zarzucając Zamawiającemu, iż bezpodstawnie wykluczył Odwołującego z postępowania oraz uznał za odrzuconą złożoną przez niego ofertę, a w konsekwencji dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów prawa, tj. art. 7 ust. 1 i 3,

art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 27 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 60, art. 61 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego oraz uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą,
- dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż czyniąc zadość wezwaniu Zamawiającego przesłał drogą elektroniczną - dopuszczoną w przedmiotowym postępowaniu - żądane dokumenty i wyjaśnienia, jednocześnie wysyłając je pocztą. Zamawiający błędnie utożsamia pojęcie drogi (trasy) przesyłu informacji z pojęciem postaci (rodzaju) przekazanego dokumentu. Niezasadnym jest twierdzenie, iż w przypadku przesyłania dokumentów drogą elektroniczną dochodzi do składania elektronicznych dokumentów, które zgodnie z § 6 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817 z późn. zm.) powinny być opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Nadto zwrócił uwagę na niekonsekwencję Zamawiającego, który w treści SIWZ dopuszcza jako jeden ze sposobów porozumiewania się drogą elektroniczną (nie dokonując jakichkolwiek wyłączeń ani obostrzeń co do tej formy), w treści wezwania różnicując sposoby przekazywania dokumentów i wyjaśnień (inne dla uzupełnienia dokumentów, a inne dla składanych wyjaśnień), a w piśmie o wykluczeniu zarzucił brak niewymaganej ani w SIWZ, ani w wezwaniu dla drogi elektronicznej formy bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono

przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający, pismem z dnia 7 lutego 2012 r., wezwał Odwołującego m.in. do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wymaganych w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 SIWZ, tj. „Wykazu wykonanych dostaw zawierającego 1 dostawę wraz z instalacją sprzętu multimedialnego działającego w oparciu o transmisję z użyciem protokołu ethersound o wartości nie mniejszej niż 300 000 zł brutto z podaniem ich wartości, przedmiotu dat wykonania i odbiorców (załącznik nr 5 do SIWZ)”, do którego wykonawca zobowiązany był załączyć dokumenty potwierdzające, że wykazane dostawy zostały wykonane należycie.

Jednocześnie wskazał, iż „dokument należy złożyć w Budynku Politechniki Gdańskiej ul. Narutowicza 11/12, 80-233 Gdańsk, II Pietro skrzydło „B” Gmachu Głównego, pokój nr 206 w terminie do dnia 13.02.2012”, dodając iż „niedostarczenie w/w dokumentu w wyznaczonym terminie spowoduje na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczenie Państwa z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz na podstawie art. 24 ust. 4 odrzucenie Państwa oferty a także zatrzymanie wadium zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp”.

Odwołujący w dniu 13 lutego 2012 r. przesłał Zamawiającemu drogą elektroniczną (e-mailem) pismo z dnia 13 lutego 2012 r. wraz z załącznikami („Wykaz wykonanych dostaw”, „Referencje” (z dnia 24 kwietnia 2009 r.), referencje z dnia 2 lutego 2012 r. „Protokół odbioru sprzętu i instalacji”).

Dokumenty potwierdzone za zgodność z oryginałem wpłynęły do Zamawiającego w dniu 16 lutego 2012 r.

W dniu 17 lutego 2012 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp a tym samym odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp., uznając, że nie spełnił on warunków udziału w postępowaniu, gdyż w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie uzupełnił w terminie wymaganych dokumentów w odpowiedniej formie. Kopie przesłanych dokumentów (drogą elektroniczną) nie zostały poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę i nie były opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że dokumenty przekazano z uchybieniem terminu. W terminie wskazanym przez Zamawiającego, a więc w terminie do dnia 13 lutego 2012 r., Odwołujący przekazał Zamawiającemu jedynie kopie dokumentów, które nie były potwierdzone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Dokumenty te przesłano bowiem za pomocą „zwykłego” e-maila, do którego dołączono skany dokumentów, które stanowią w istocie kopie dokumentów. Tymczasem kopia dokumentu aby mogła być uznana za kopię potwierdzoną za zgodność z oryginałem, musi być opatrzona własnoręcznym, oryginalnym podpisem wykonawcy.

Zgodnie z art. 27 ustawy Pzp, w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. Powyższą zasadę potwierdził Zamawiający w rozdziale VI SIWZ „Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami (...)” pkt 1 postanowieniem, iż „wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje mogą być przekazywane przez strony w formie pisemnej, drogą elektroniczną oraz za pomocą faksu. W przypadku porozumiewania się drogą elektroniczną lub za pomocą faksu, każda ze stron, na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt otrzymania e-maila lub faksu. Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia, inne informacje oraz zapytania kierowanego Zamawiającego przekazywane w formie pisemnej należy kierować na adres (...)”. Niemniej jednak dopuszczenie przez Zamawiającego do kontaktów, a więc porozumiewania się z Zamawiającym, formy innej, niż pisemna nie deroguje naczelnej zasady, że dokumenty składane wraz z ofertą muszą mieć formę pisemną. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający odniósł się do niej, stosownie postanawiając zamieszczając w rozdziale IX SIWZ „Opis sposobu przygotowania ofert”, pkt 8, w którym podał, iż „nie dopuszcza składania oferty oraz dokumentów i oświadczeń w formie elektronicznej”, a także iż „dokumenty dołączone do oferty – inne niż pełnomocnictwa – winny być złożone w formie oryginałów albo kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy”.

Niewątpliwym jest, iż żądany „Wykaz wykonanych dostaw zawierający 1 dostawę wraz z instalacją sprzętu multimedialnego działającego w oparciu o transmisję z użyciem protokołu ethersound o wartości nie mniejszej niż 300 000 zł brutto z podaniem ich wartości, przedmiotu dat wykonania i odbiorców (załącznik nr 5 do SIWZ)” wraz z dokumentami potwierdzającymi, że wykazane dostawy zostały wykonane należycie stanowią tzw. dokumenty podmiotowe, w przypadku braku których stosuje się art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający – w myśl ww. przepisu – zobowiązany jest wezwać wykonawców, którzy nie

złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów lub złożyli je z błędami, do ich uzupełnienia oraz wyznaczyć termin do ich złożenia. Natomiast forma dokumentów przedkładanych w celu potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu została określona w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. W myśl § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 18171), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, „dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu”. Rozporządzenie w sprawie dokumentów jednoznacznie więc wskazuje, iż dokumenty i oświadczenia w nim wymienione należy składać w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę albo też opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Treść zdania pierwszego tego przepisu została powtórzona przez Zamawiającego w treści SIWZ, jednak z wyraźnym zastrzeżeniem, iż nie dopuszcza on składania oferty oraz dokumentów i oświadczeń w formie elektronicznej. Zamawiający podnosił bowiem na rozprawie, iż nie ma on możliwości odczytania podpisu elektronicznego. Odwołujący zobowiązany więc był przedłożyć Zamawiającemu dokumenty, w wyniku uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w oryginale bądź kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Wymogu tego nie spełnia „zwykły” e-mail, gdyż nie jest opatrzone podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jako taki („zwykły” e-mail) nie jest równoważny formie pisemnej, za równoważną – zgodnie z rozporządzeniem – może być uznana jedynie wiadomość e-mailowa opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, jednak forma ta w tym konkretnym postępowaniu została wyłączona, a „brak zgody zamawiającego na elektroniczną postać oferty, będzie równoznaczny z odmową przyjęcia opatrywanych podpisem elektronicznym kopii dokumentów, których rozporządzenie dotyczy” (W.Dzierżanowski, Dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2009, s. 17).

Tak więc uzupełniane dokumenty Odwołujący powinien był złożyć w wyznaczonym terminie w formie oryginału bądź kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem zgodnie z rozporządzeniem w sprawie dokumentów oraz treścią SIWZ. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp termin, w którym należy złożyć żądane dokumenty, określa Zamawiający w wezwaniu do ich uzupełnienia. Tak więc Odwołujący powinien doręczyć Zamawiającemu żądane dokumenty w formie oryginału bądź kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem do dnia

13 lutego 2012 r. Tymczasem oryginał wpłynął do Zamawiającego dopiero w dniu 16 lutego 2012 r., a więc z uchybieniem terminu. Dlatego też Izba uznała, iż zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp i k.c., wskazywanych przez Odwołującego w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł i dojazdu na rozprawę w wysokości 1.059,64 zł, stosownie do faktury oraz zestawienia kosztów złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: