

WYROK

z dnia 20 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2011 r. przez wykonawcę Viacar Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania – Łódź Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania - Łódź Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. z o.o. w Łodzi unieważnienie czynności wykluczenia Viacar Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i odrzucenia oferty Viacar Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania - Łódź Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. z o.o. w Łodzi i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Viacar Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania - Łódź Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi, na rzecz Viacar Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania - Łódź Sp. z o. o. w Łodzi - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa w ramach leasingu operacyjnego, trzech nowych samochodów ciężarowych, jednej marki, z zabudową bezpylną jednokomorową.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 lipca 2011r. pod numerem 2011/S 138-229584.

29 września 2011 r. zamawiający *via fax* przesłał informację o wynikach postępowania. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BRE Leasing Sp. z o. o. w Warszawie oraz Ekocel Sp. z o. o. w Pucku, wykluczył natomiast Viacar Sp. z o.o. w Warszawie z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp oraz odrzucił ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2, 5 i 8 Pzp. Zamawiający uznał, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz złożył ofertę niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej również jako: „specyfikacja”) oraz nieważną na podstawie odrębnych przepisów, gdyż wymagane w treści wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp: wykaz wykonanych dostaw wraz z dokumentami referencji, oświadczenia i dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego swój potencjał oraz pełnomocnictwo dla osoby podpisującej ofertę zostały złożone w wymaganej formie po upływie wyznaczonego terminu, a w terminie zostały przesłane za pośrednictwem faksu.

Viacar Sp. z o.o. w Warszawie wniósł, z zachowaniem terminu ustawowego oraz obowiązku przekazania zamawiającemu kopii, odwołanie wobec czynności wykluczenia, odrzucenia oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust.2 pkt. 4, art. 89 ust. 1 pkt. 2, 5 i 8, art. 91 ust. 1 Pzp. Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy i dokonanie wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący powołał regulację art. 27 ust. 1 Pzp oraz postanowienia specyfikacji. Podkreślił, że wszystkie dokumenty objęte wezwaniem z dnia 16.09.2011 r. (pełnomocnictwo, wykaz dostaw i referencje, zobowiązanie do udostępnienia potencjału) zostały dostarczone

zamawiającemu w terminie przez niego wyznaczonym drogą faksową i w tym samym dniu wysłane pocztą. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania pominął fakt otrzymania oryginałów lub poświadczonych za zgodność z oryginałem dokumentów pocztą tożsamyh z dokumentami wysłanymi faksem. Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - wyrok z 13 sierpnia 2009 r. sygn. akt. KIO/UZP 998/09 oraz z dnia 7 lutego 2011 r. sygn. akt. KIO 144/11.

Odwołujący uznał za nieuzasadnione odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, gdyż nie miała miejsca niezgodność oferty z treścią specyfikacji. Wskazywane przez zamawiającego forma uzupełnienia faksem pełnomocnictwa oraz uznanie, iż podpis na formularzu ofertowym został złożony niezgodnie z zasadami reprezentacji stanowią o naruszeniu formy, a nie treści, specyfikacji i nie stanowią wypełnienia przesłanki zawartej w art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Odwołujący podniósł, że zamawiający nie odniósł się do wskazanego jako podstawa odrzucenia oferty art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz nie wskazał przepisów, na podstawie których można by było stwierdzić nieważność oferty uzasadniającą odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Argumentował, że zamawiający przy ocenie, czy doszło do naruszenia przepisów przez odwołującego powinien się kierować wagą uchybienia oraz tym czy mogło mieć ono wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w świetle kryteriów wynikających ze specyfikacji. Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie dochował należytej staranności w przestrzeganiu wymogów jakie sam na siebie nałożył, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenie przepisów ustawy.

Przed otwarciem posiedzenia zamawiający, pisemnym oświadczeniem z 19 października 2011 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, na uzasadnienie swojego stanowiska powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 czerwca 2010r., sygn. akt KIO 1017/10.

Izba ustaliła w czasie posiedzenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu. Na rozprawie strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Izba rozważyła prezentowane poglądy oraz uwzględniła wymienione niżej oświadczenia i dokumenty znajdujące się w aktach postępowania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący, który złożył ofertę korzystniejszą w przyjętym kryterium oceny ofert od wybranej przystępującego, posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy powodują możliwość poniesienia przez odwołującego szkody rozumianej jako potencjalny uszczerbek w możliwości uzyskania zamówienia publicznego i utraty korzyści wynikających z jego wykonania. Spełnione zostały przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp.

Art. 27 ust. 1 Pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający i wykonawcy przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia i informacje zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Dokonany wybór winien znaleźć odzwierciedlenie w treści specyfikacji jako wskazanie informacji o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami – obligatoryjnego elementu specyfikacji wymienionego w art. 36 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Wykonując obowiązek wynikający z przywołanych przepisów zamawiający wskazał w pkt 8 specyfikacji, że „Wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną (nie dotyczy ofert). Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane za pomocą faksu lub drogą elektroniczną uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu”.

Zamawiający pismem z 16 września 2011 r. wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia: pełnomocnictwa dla Pani Anety K., która podpisała ofertę, nadto wykazu wykonanych dostaw wraz z referencjami oraz zobowiązania podmiotu udostępniającego swój potencjał. Zamawiający określił termin ich uzupełnienia na dzień 20 września 2011 r. do godz. 13,00. Jednocześnie zamawiający wskazał w treści wezwania, że „Uzupełnione dokumenty muszą być złożone w formie przewidzianej w ustawie Pzp oraz SIWZ i muszą potwierdzać spełnienie warunków na dzień składania ofert”.

Odwołujący w zakreślonym terminie przesłał wymagane dokumenty za pośrednictwem faksu oraz wysłał pocztą w oryginale lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Informację o dokonany sposobie przesłania odwołujący zawarł w piśmie przewodnim, które zamawiający otrzymał wraz z oświadczeniami i dokumentami przesłanymi za pośrednictwem faksu. Dokumenty przesłane pocztą zamawiający otrzymał po upływie wyznaczonego terminu, dysponował nimi w dacie dokonania wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty.

Okoliczności faktyczne nie są sporne między stronami. I

Izba uznała, że odwołujący uzupełnił oświadczenia i dokumenty zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji oraz wymaganiami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w pkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dopuścił możliwość przekazywania oświadczeń i dokumentów za pośrednictwem faksu, jedyny wyjątek czyniąc dla oferty, stanowiącej oświadczenie woli wykonawcy. Odpowiada to regulacji zawartej w art. 44 Pzp odróżniającym ofertę od oświadczeń i dokumentów składanych dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem wszystkie oświadczenia lub dokumenty składane w badanym postępowaniu mogą być przesyłane faksem. Nieuprawniony na gruncie postanowienia specyfikacji jest pogląd, że postanowienie pkt 8 dotyczy wyłącznie oświadczeń, informacji lub dokumentów innych, niż te które są składane wraz z ofertą w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub wywiedzenia uprawnienia do podpisania oferty.

Podkreślić należy, że ustalenia wynikające z treści specyfikacji wiążą na równi zamawiającego oraz wykonawców w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia.

Dokonane przez zamawiającego w piśmie z 16 września 2011 r. pouczenie o formie w jakiej uzupełniane oświadczenia i dokumenty mają być składane może być interpretowane przede wszystkim jako odesłanie do ustalonego w specyfikacji sposobu porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami. Natomiast przy przyjęciu prezentowanej na rozprawie interpretacji zamawiającego, iż w ten sposób wskazywał na obowiązek złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń lub dokumentów w formie pisemnej lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem stanowi niedopuszczalną próbę ograniczenia uprawnień przyznanych wykonawcom.

Postanowienie pkt 8 specyfikacji w kontekście wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp ustala, że termin wyznaczony przez zamawiającego na uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów zostanie zachowany, jeżeli oświadczenia lub dokumenty przesłane faksem dotrą do zamawiającego w taki sposób, by mógł się zapoznać z ich treścią przed upływem wyznaczonego terminu.

Odwołujący przesłał wymagane oświadczenia i dokumenty w sposób wskazany w specyfikacji, a zamawiający mógł zapoznać się z ich treścią przed upływem wyznaczonego terminu oraz dysponował dokumentami i oświadczeniami w wymaganej formie w dniu podjęcia decyzji o wykluczeniu odwołującego.

Naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp mogłoby mieć miejsce w postępowaniu w sytuacji, gdy jeden z wykonawców uzupełnił oświadczenia i dokumenty w wymaganej formie, drugi z wykonawców przesłał je wyłącznie za pośrednictwem faksu a zamawiający nie dysponując w ogóle oświadczeniami dokumentami złożonymi w przepisanej formie uznał, iż zostały one uzupełnione skutecznie.

Zamawiający naruszył zatem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp – odwołujący w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożył oświadczenia i dokumenty z zachowaniem terminu w wymaganej formie.

Izba wyraża pogląd, że przesłanie oświadczeń i dokumentów za pośrednictwem m.in. faksu jest uprawnieniem danym wykonawcom mocą art. 27 ust. 1 Pzp w celu zachowania zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji. Przepis umożliwia zachowanie wyznaczonych przez zamawiającego terminów również tym wykonawcom, których siedziby są odległe od siedziby zamawiającego, w szczególności wykonawcom, których siedziby znajdują się poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej. Przyjęcie poglądu przeciwnego godziłoby w wynikający z art. 27 ust. 3 zakaz ograniczenia uczciwej konkurencji przez wybór sposobu przekazywania oświadczeń, wniosków i dokumentów.

Podpisanie oferty przez osobę nieuprawnioną lub brak pisemnego pełnomocnictwa do podpisania oferty nie uzasadnia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przywołany przepis odnosi się do merytorycznej oceny zgodności oferowanego świadczenia z opisanymi w specyfikacji wymaganiami zamawiającego. Odrzucenie oferty odwołującego na tej podstawie jest bezpodstawne.

Oferta odwołującego jest ważna, gdyż jak Izba zważyła powyżej, pełnomocnictwo dla Pani Anety K., która podpisała ofertę zostało skutecznie uzupełnione. Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, brak jest podstaw do odrzucenia złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zamawiający dokonując odrzucenia oferty odwołującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2, 5 i 8 Pzp.

Naruszenia przepisów ustawy, których dopuścił się zamawiający mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp uwzględniła odwołania, orzekając jak w pkt 1 sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust.9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie rachunku przedłożonych do akt sprawy, zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....