

WYROK
z dnia 15 kwietnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Ordysińska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2014 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2014 roku przez wykonawcę **Termores Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez **TAURON Ciepło S.A. z siedzibą w Katowicach**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Energii ESCO Sp. z o.o., ISOPLUS Polska Sp. z o.o., EION Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Krakowie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie, unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej i wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz nakazuje Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża **TAURON Ciepło S.A. z siedzibą w Katowicach** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Termores Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od **TAURON Ciepło S.A. z siedzibą w Katowicach** na rzecz wykonawcy **Termores Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie**, kwotę **18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesionego wpisu oraz zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. TAURON Ciepło S.A. w Katowicach (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie dokumentacji projektowej oraz obsługa i doradztwo techniczne przy przetargach publicznych dotyczących realizacji inwestycji pn: „Wykonanie zasilania Magistrali Wschodniej oraz Południowej ze Źródła Łagisza”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 7 kwietnia 2014 r. Termores Sp. z o.o. w Rzeszowie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, poprzez jego błędne zastosowanie, polegające na bezzasadnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą w sytuacji, gdy spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta jest najkorzystniejsza w postępowaniu;
2. art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na wyznaczeniu przez Zamawiającego zbyt krótkiego - obiektywnie niemożliwego do dochowania - terminu na złożenie wskazanych przez Zamawiającego dokumentów i wyjaśnień, podczas gdy z powyższych przepisów wynika, że termin ten winien być odpowiedni, tj. realnie umożliwiający realizację wezwania przez wykonawcę.
3. art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, polegające na bezpodstawnym wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Oszczędzania Energii ESCO Sp. z o.o., ISOPLUS Polska Sp. z o.o., ERION SP. z o.o. jako najkorzystniejszej, podczas gdy za najkorzystniejszą ofertę w Postępowaniu winna być uznana oferta Termores.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Oszczędzania Energii ESCO Sp. z o.o., ISOPLUS Polska Sp. z o.o., ERION SP. z o.o. których oferta została uznana

przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wyznaczył zbyt krótki, nierealny termin na uzupełnienie dokumentów. Odwołujący złożył uzupełnione dokumenty w pierwszym możliwym terminie, ale już po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Odwołujący złożył do Zamawiającego z odpowiednim wyprzedzeniem wnioski o przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów wraz z uzasadnieniem, a więc wyraźnie sygnalizował Zamawiającemu jeszcze przed upływem terminu, że wyznaczony termin był dla niego niewykonalny czy nadmiernie utrudniony. Zamawiający nie udzielił jednak ostatecznie pisemnej odpowiedzi na ten wniosek, choć jego przedstawiciel deklarował w rozmowie telefonicznej z Odwołującym niezwłoczne przekazanie stosownej decyzji. Zdaniem Odwołującego, miał on prawo zakładać, że Zamawiający odniesie się w jakikolwiek sposób do złożonego wniosku i to przed upływem wyznaczonego terminu. W tym kontekście, brak jakiegokolwiek informacji lub odniesienia się przez Zamawiającego do wniosku Odwołującego nie powinien obciążać działającego w dobrej wierze wykonawcy. Podnosił, iż sprostaniu obowiązkowi uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień przez Odwołującego w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego stanęły na przeszkodzie obiektywne, uzasadnione okoliczności. Odwołujący przez narzucenie nierealnego do dochowania krótkiego terminu pozbawiony był szansy na uzyskanie zamówienia. Gdyby Zamawiający dał Odwołującemu rzeczywistość, a nie jedynie pozorną szansę na uzupełnienie dokumentów i złożenie wyjaśnień (wyznaczenie terminu choćby o jeden dzień dłuższego), oferta Odwołującego okazałaby się najkorzystniejszą. Błędne zastosowanie art. 26 ust. 3 i ust. 4 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wyznaczenia terminu „odpowiedniego” w niniejszym Postępowaniu jest aż nader widoczne, albowiem już kolejnego dnia Odwołujący złożył wymagane przez Zamawiającego dokumenty i wyjaśnienia.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
3. unieważnienia czynności uznania oferty Odwołującego za odrzuconą;
4. dokonania czynności ponownego badania ofert z udziałem oferty Odwołującego, a w tym ponownego wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia oraz wyjaśnienia dokumentów we wcześniej wskazanym zakresie.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania, wskazując, że nie można akceptować sytuacji, że im gorzej przygotowana oferta, tym więcej dla niej preferencji. Wykonawca obowiązany jest dochować należytej staranności, a do jego oceny stosuje się ostrzejsze kryteria niż dla przeciętnego podmiotu. Wymogi były znane już w SIWZ i dwa razy przedłużano termin składania ofert. Odpowiedni termin w ocenie Zamawiającego to taki, który odpowiada jego subiektywnym potrzebom, a w tym wypadku zasadnicze interesy Zamawiającego przemawiały za pierwotnym terminem. Podnosił, że całość inwestycji musi zostać zakończona do końca 2015 roku, przy czym przedmiot zamówienia w postępowaniu, w którym złożono odwołanie, to tylko wycinek tejże inwestycji. Zatem dla Zamawiającego każdy termin się liczy. Podkreślał wielokrotnie, że wymogi opisane w wezwaniu wynikały z SIWZ. Zauważał, że - odnośnie polisy OC - w uzupełnionych dokumentach znajduje się znaczne rozwinięcie pierwotnego zakresu, co stanowi niejako potwierdzenie, że złożony wcześniej dokument był niewystarczający. Problemy logistyczne po stronie Odwołującego nie mogą skutkować dostosowaniem terminów do jego możliwości. Podkreślał, że dopuszczał formę elektroniczną, dlatego problemy z kurierem (doręczenie dokumentu z Poznania do Rzeszowa) nie tłumaczą opóźnień.

Przystępujący w całości poparł stanowisko Zamawiającego. Wskazywał, że nierealny termin to niemożliwy do dotrzymania. Termin wyznaczony przez Zamawiającego nie był nierealny, ponieważ Przystępujący (i drugi wykonawca) go dochował, a jego wezwanie dotyczyło osoby z zagranicy i udało się dokumenty złożyć w terminie. Odczytywał na rozprawie wezwanie skierowane do Odwołującego i przy każdym dokumencie opisywał, jaki – zdaniem Przystępującego - czas jest niezbędny dla zgromadzenia dokumentów (krótki, nie więcej niż 15 minut na każdy dokument). Tak jak Zamawiający, podnosił, że zakres uzupełnienia odnośnie polisy potwierdza, że w dniu składania oferty Odwołujący nie spełniał warunków.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny w niniejszej sprawie nie był sporny:

1. W postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców, w tym Odwołujący i Przystępujący.

Cena oferty Odwołującego: 1 579 320 zł.

Cena oferty Przystępującego: 2 934 780 zł.

2. W dniu 27 marca 2014 r. (czwartek), Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny, wyznaczając termin złożenia wyjaśnień na dzień 31 marca 2014 r. (poniedziałek), godz. 10:00. Następnie w dniu 28 marca 2014 r. (piątek), o godz. 13:27, wpłynął do Termores e-mail od Zamawiającego, zawierający kolejne wezwanie - do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, z terminem określonym na ten sam dzień, co we wcześniejszym wezwaniu tj. 31 marca 2014 r. godz. 15:00.

3. Wezwania do uzupełnienia dokumentów w tym samym terminie otrzymali również pozostali wykonawcy. Wszyscy czterej wykonawcy złożyli wnioski o przedłużenie terminu do uzupełnienia dokumentów.

4. Termores w dniu 31 marca 2014 r. odpowiedział w terminie na pierwsze wezwanie, tj. złożył wyjaśnienia w zakresie oferowanej ceny. Jednocześnie w tym samym dniu o godz. 10:00 skierował do Zamawiającego e-mailem i faksem prośbę o przedłużenie terminu na złożenie dokumentów i wyjaśnień wskazanych w drugim wezwaniu, z uwagi na bardzo krótki, nierealny dla wykonawcy termin na wykonanie wezwania.

5. Wobec braku odpowiedzi ze strony Zamawiającego, w dniu 31 marca 2014 r. ok. godz. 13:00 Prezes Zarządu Termores skontaktował się telefonicznie z uprawnionym do kontaktu z wykonawcami przedstawicielem Zamawiającego, który udzielił informacji, że decyzji w sprawie przedłużenia terminu na wykonanie wezwania jeszcze nie ma i po jej podjęciu zainteresowani zostaną o niej powiadomieni drogą elektroniczną. Odwołujący ocenił, iż przebieg rozmowy, a także charakter wniosku (prośba o nieznaczne przedłużenie terminu niezbędnego dla skompletowania wielu dokumentów) pozwalał na przyjęcie, iż Zamawiający nie ustosunkuje się do wniosku negatywnie.

6. W dniu 1 kwietnia 2014 r. o godz. 11:44 Termores przesłał drogą elektroniczną zgodnie z wezwaniem wymagane dokumenty i wyjaśnienia. Tego samego dnia - 1 kwietnia 2014 r. ok. godz. 12:15 - do Termores dotarła drogą faksową, informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, a jednocześnie o wykluczeniu Termores z postępowania i odrzuceniu jego oferty. Informacja ta opatrzona była datą 31 marca 2014 r., z taką też datą informacja o wyborze pojawiła się na stronie internetowej Zamawiającego. Zgodnie z tą informacją także inny wykonawca został wykluczony z Postępowania z tego samego powodu

co Odwołujący (brak uzupełnienia dokumentów w terminie wskazanym przez Zamawiającego).

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do wskazywanych przez Odwołującego w odwołaniu naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych.

Nie można się zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego, że odpowiedni termin to taki, który odpowiada jego subiektywnym potrzebom. Odpowiedni termin to w ocenie Izby termin, który jest realny do dochowania w danej sytuacji. Niewątpliwie termin do uzupełnienia dokumentów doręczony w piątek po południu, a upływający w poniedziałek, jest terminem krótkim. Choć formalnie trzydniowy, w praktyce skraca się do jednego dnia. Wnioski złożone przez wszystkich wykonawców powinny uzmysłowić Zamawiającemu, że wyznaczony przez niego termin jest zbyt krótki – czyli nieodpowiedni w rozumieniu art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Dziwią wyjaśnienia Zamawiającego, że na przeszkodzie przedłużenia terminu choćby o jeden dzień stała konieczność zakończenia inwestycji do końca 2015 r. W takiej sytuacji (gdy Zamawiającemu zależy na możliwie szybkim terminie zakończenia postępowania) w interesie Zamawiającego jest przychylenie się do zgodnej prośby wszystkich wykonawców (przy czym nie wydaje się, że przedłużenie terminu do uzupełnienia dokumentów o jeden dzień realnie zagrozi zakończeniu całej inwestycji do 31 grudnia 2015 r.), choćby po to, aby uniknąć bardzo prawdopodobnego – w razie niewyznaczenia terminu „odpowiedniego” zdaniem wykonawców – postępowania odwoławczego.

Trudno zaakceptować wywody Zamawiającego i Przystępującego, że skoro była dopuszczona droga elektroniczna, to Odwołujący dokumenty pochodzące od osoby trzeciej mógł również otrzymać drogą elektroniczną – i nie była w tym celu potrzebna przesyłka kurierska z Poznania do Rzeszowa (Zamawiający wskazywał, że „problemy logistyczne” Odwołującego nie leżą w jego obszarze zainteresowania). Zamawiający wzywał m.in. do „przedłożenia zobowiązań w oryginale lub notarialnie poświadczonej kopii (...), względnie kserokopii zobowiązań poświadczonych przez podmiot, którego dane zobowiązanie dotyczy”.

Zasadą oczywiście jest, że wykonawca powinien dysponować wszystkimi dokumentami w dniu składania ofert, jednak skoro ustawodawca dopuścił uzupełnianie dokumentów – nie można wykluczyć, że w niektórych przypadkach zajdzie konieczność pozyskania dokumentu od osoby trzeciej; wykonawca dopiero po otrzymaniu wezwania może się zorientować, o jaki dokument chodzi.

Chybiony jest również argument Zamawiającego i Przystępującego, że dokumenty uzupełnione przez Odwołującego w wyniku wezwania odnośnie polisy OC potwierdzają, że z polisy załączonej do oferty nie wynikał zakres odpowiadający przedmiotowi zamówienia –

po to właśnie istnieje instytucja uzupełnienia dokumentów, aby naprawić braki formalne w ofercie. Istotne jest tylko wykazanie, że w dniu składania ofert wykonawca warunki spełniał. Argumentacja Zamawiającego i Przystępującego nie zmierzała, jak się wydaje, do wykazania, że Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu odnośnie polisy OC, ale że nie wynikało to z dokumentu załączonego do oferty.

Wobec powyższych okoliczności, stwierdzono naruszenia przepisów wskazywanych w odwołaniu, w szczególności art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych w zakresie wyznaczenia nieodpowiedniego terminu, orzeczono jak w sentencji, nakazując powtórzenie badania i oceny ofert. Do wyboru Zamawiającego należy, jakie czynności należy wykonać w ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert (najbardziej optymalne dla Zamawiającego pod względem czasu postępowania), aby zachować naczelne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wynikającą z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, przy uwzględnieniu, że uprzednio wskazany termin do uzupełnienia dokumentów był zbyt krótki, co doprowadziło do błędnego zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji do naruszenia art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....