

Sygn. akt: KIO/2621/10

WYROK
z dnia 16 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BRE Bank S.A., 00-950 Warszawa, ul. Senatorska 18** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Kielce, 25-303 Kielce, Rynek 1,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **BRE Bank S.A., 00-950 Warszawa, ul. Senatorska 18** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **BRE Bank S.A., 00-950 Warszawa, ul. Senatorska 18.**

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Miasto Kielce, zwane 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”, wszczęło, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Bankową obsługę budżetu Miasta Kielce oraz jednostek organizacyjnych Miasta zaliczanych do sektora finansów publicznych”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 października 2010 r., nr 2010/S 191-292123.

Pismem z dnia 24 listopada 2010 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający poinformował wykonawcę BRE BANK S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy ING Bank Śląski S.A. z siedzibą w Katowicach, Centrum Bankowości Korporacyjnej w Łodzi, zwanego dalej „ING”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 3 grudnia 2010 r. (pismem z dnia 30 listopada 2010 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 3 grudnia 2010 r.), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, powodujące nierówne traktowanie wykonawców i utrudnienie uczciwej konkurencji w postępowaniu,
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu żądania od wykonawcy ING wyjaśnień, dotyczących treści złożonej przez tego wykonawcę oferty,
3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy ING, który w określonym terminie złożył wadliwe pełnomocnictwa – do złożenia wymaganych pełnomocnictw w wyznaczonym terminie,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty nie zawierającej wskazania w jej treści, która z części zamówienia będzie realizowana przez wykonawcę ING z udziałem podwykonawców, albowiem nie jest możliwe aby wykonawca ING realizował całe zamówienie samodzielnie,

5. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy ING, wskazującego, że faktycznie wykona samodzielnie całe zamówienia, albowiem samodzielne wykonanie całego zamówienia nie jest możliwe, a tym samym zaniechaniu wykluczenia wykonawcy ING, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
2. przyznanie Odwołującemu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż oferta wykonawcy ING została złożona na podstawie pełnomocnictwa odwołującego się do innego (nieaktualnego) systemu prawa, a więc przez pełnomocników występujących na podstawie wadliwych pełnomocnictw, a brak jest podstaw do zastosowania reguł interpretacyjnych, gdyż oświadczenie woli zostało złożone jednoznacznie.

Wykonawca ING wskazał, że zamówienie zrealizuje bez udziału podwykonawców, podczas gdy w celu realizacji umowy konieczne będzie zawarcie umowy o konwojowanie wartości pieniężnych lub usług cash outsourcera, a czynności te wykraczają poza możliwości banku.

Z korespondencji kierowanej przez wykonawcę ING do Zamawiającego wynika, iż nie jest możliwe otwarcie przez niego punktu kasowego w siedzibie Zamawiającego w terminie wskazanym w SIWZ.

Pismem z dnia 6 grudnia 2010 r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca ING otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 8 grudnia 2010 r. (pismem z dnia 7 grudnia 2010 r.) wykonawca ING przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 13 grudnia 2010 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, tj. z uwagi na nieprzekazanie kompletnej treści odwołania, względnie o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami,

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 tym na podstawie prawnej wskazanej przez Zamawiającego (art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp), gdyż jak ustaliła Odwołujący, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, przekazał Zamawiającemu pełną merytoryczną treść odwołania. Zamawiający miał więc możliwość zapoznania się z kompletną treścią odwołania. Tym samym Odwołujący nie uchybił obowiązkowi wynikającemu z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu żądania od wykonawcy ING wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale IV SIWZ „Podwykonawstwo” wskazał:

1. „Zamawiający nie dopuszcza możliwości zlecenia podwykonawcom wykonania całości przedmiotu zamówienia,
2. Zamawiający zastrzega, że wykonanie przedmiotu zamówienia w części polegającej na prowadzeniu punktu obsługi kasowej w siedzibie Zamawiającego (...) nie może być powierzone podwykonawcom,
3. Wykonawca wskaże w formularzu ofertowym części zamówienia, które zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom”.

Wykonawca ING w punkcie 5 formularza ofertowego nie wskazał żadnego podwykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż w toku postępowania na etapie badania i oceny ofert zaniechał żądania od wykonawcy ING złożenia wyjaśnień na okoliczność sposobu samodzielnej realizacji części zamówienia w zakresie usługi konwojowania wartości pieniężnych oraz wykonywania usług cash outsourcera, w sytuacji gdy wykonawca ten oświadczył, iż całość zamówienia zrealizuje bez udziału podwykonawców.

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Izba uznała – jak słusznie podniósł Zamawiający – iż oświadczenie złożone przez wykonawcę ING jest zgodne z wymogami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ. Wykonawcy, w myśl rozdziału IV SIWZ, zobowiązani byli złożyć stosowne oświadczenie, jedynie w przypadku zamiaru powierzenia części zamówienia podwykonawcy. Natomiast w przypadku braku złożenia oświadczenia w zakresie podwykonawstwa Zamawiający nie postawił żadnych dodatkowych warunków, ani też nie wymagał złożenia dodatkowych dokumentów. Sam Zamawiający przyznał na rozprawie, iż jedynym warunkiem jaki postawił wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia było posiadanie

uprawnienia do wykonywania czynności bankowych zgodnie z ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe. Skoro więc wykonawca ING takiego oświadczenia (oświadczenia o zamiarze powierzenia części zamówienia podwykonawcom) nie złożył oznacza to, iż przedmiot zamówienia zrealizuje bez udziału podwykonawców, nie mając obowiązku złożenia dodatkowych dokumentów, ani też udowadniania tej okoliczności na etapie składania ofert, zwłaszcza co należy jeszcze raz podkreślić, iż Zamawiający tego nie wymagał. To Odwołujący powinien wykazać, stawiając taki zarzut, iż okoliczność taka bezwzględnie występuje. To bowiem na nim (Odwołującym) – zgodnie z art. 6 k.c. – spoczywa ciężar dowodu. Tymczasem Odwołujący opierał się, jak to podnosił na rozprawie na poszlakach, przypuszczeniach, nie przedstawiając żadnych dowodów jednoznacznie wskazujących na taką okoliczność. I tak, wskazując na niemożność realizacji przez wykonawcę ING usługi konwojowania wartości pieniężnych twierdził, iż wywodzi to stąd, iż wykonawca ten nie posiada stosownej koncesji na dokonywanie tego rodzaju usług. Nie mniej jednak nie zauważył, iż transport gotówki w przypadku wpłat gotówkowych, zgodnie z treścią SIWZ, jak i treścią udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi, odbywać się będzie wyłącznie do jednej placówki banku, co także Zamawiający podkreślał i to przez firmę zewnętrzną, z którą Zarząd Transportu Miejskiego w Kielcach ma podpisaną umowę na konwojowanie wartości pieniężnych, a koszty związane z takim transportem ponosić będzie Zarząd Transportu Miejskiego w Kielcach.

Odnosząc się do argumentów, dotyczących konieczności skorzystania przez podwykonawców do wykonania usługi cash outsourcera Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie przedstawił żadnych konkretnych argumentów, a podniesione przez niego są jedynie niczym nie popartymi przypuszczeniami i dywagacjami nie znajdującymi oparcia w materiale dowodowym niniejszego postępowania.

Tym samym stwierdzić należy, iż Zamawiający w niniejszym stanie faktycznym nie był zobowiązany do żądania od wykonawcy ING złożenia jakichkolwiek wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na skutek zaniechania wezwania wykonawcy ING, który w określonym terminie złożył wadliwe pełnomocnictwo – do złożenia wymaganych pełnomocnictw w wyznaczonym terminie nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż wykonawca ING w załączeniu do oferty złożył m.in., kwestionowane przez Odwołującego, pełnomocnictwa, tj.:

- pełnomocnictwo z dnia 24.08.2009 r. udzielone przez Pana Roberta Ś. Panu Jackowi S.,

- pełnomocnictwo z dnia 01.10.2010 r. udzielone przez Pana Adama S. Panu Piotrowi Ł.

Odwołujący podniósł, iż pełnomocnicy działający w imieniu wykonawcy ING zostali upoważnieni do dokonywania czynności wynikających z uczestnictwa tego wykonawcy w przetargach ogłaszanych w trybie ustawy o zamówieniach publicznych, która utraciła moc z dniem 20 lutego 2004 r. (obecnie obowiązująca jest ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych), a jednocześnie odmiennie regulowała uprawnienia i obowiązki stron przetargu, w szczególności w zakresie składania ofert i uzupełniania pełnomocnictw lub dokumentów i oświadczeń przez wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż z treści kwestionowanych pełnomocnictw wynika umocowanie dla Pana Jacka S. oraz Pana Piotra Ł., obejmujące wyspecyfikowane w nich czynności, prawo do „dokonywania czynności wynikających z uczestnictwa Banku w przetargach ogłaszanych w trybie ustawy o zamówieniach publicznych, w tym podpisywanie i składanie ofert”.

Podnoszona przez Odwołującego okoliczność powołania się w treści przedmiotowych pełnomocnictw na „ustawę o zamówieniach publicznych” zamiast „prawo zamówień publicznych” winna być rozpatrywana w oparciu o przepisy k.c., dotyczące wykładni oświadczeń woli. Treść pełnomocnictwa do podpisania oferty – jak słusznie podniósł Zamawiający - należy tłumaczyć, biorąc pod uwagę całość okoliczności w jakich zostało udzielone, a jego zakres określać w odniesieniu do kontekstu sytuacyjnego w jakim zostało udzielone. Z treści obydwu pełnomocnictw wynika, iż zostały one udzielone odpowiednio w dniu „24.08.2009 r.” i „01.10.2010 r.”, a więc w trakcie obowiązywania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Z kontekstu ich udzielenia niewątpliwie więc wynika, że upoważniają one do działania pełnomocnika w postępowaniach o zamówienie publiczne, prowadzone w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. W przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i kodeksu cywilnego, do którego, w tym zakresie, odsyła ustawa Prawo zamówień publicznych brak jest uregulowania kwestii dotyczących zawartości pełnomocnictwa, w tym także stopnia jego szczegółowości. Tak więc, biorąc pod uwagę reguły wykładni oświadczeń woli (art. 65 ust. 1 k.c.) uprawnionym jest przyjęcie, że wolą udzielających pełnomocnictwa było udzielenie Panu Jackowi S. i Piotrowi Ł. pełnomocnictwa w szczególności do działania w imieniu tego wykonawcy w postępowaniach o zamówienie publiczne, a więc w oparciu o ustawę obowiązującą w chwili jego udzielenia. Wpisanie „ustawy o zamówieniach publicznych” zamiast „prawo zamówień publicznych”, w przedmiotowym kontekście, może więc mieć co najwyżej charakter niezamierzonej nieścisłości. Ustawa Prawo zamówień publicznych zastąpiła bowiem ustawę o zamówieniach publicznych. Regulacja prawna postępowań o zamówienie publiczne nadal

więc istnieje, a z okoliczności towarzyszących udzieleniu pełnomocnictwa wynika jak była rzeczywista wola udzielających pełnomocnictwa.

W związku z tym brak jest podstaw do twierdzenia, że oferta została podpisana przez osoby działające w oparciu o wadliwe pełnomocnictwa. Panowie Jacek S. i Piotr Ł., podpisując ofertę działali w imieniu i na rzecz wykonawcy ING.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty nie zawierającej wskazania w jej treści, która z części zamówienia będzie realizowana przez wykonawcę ING z udziałem podwykonawców, gdyż nie jest możliwe aby wykonawca ING realizował całe zamówienie samodzielnie nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale IV SIWZ „Podwykonawstwo” wskazał:

4. „Zamawiający nie dopuszcza możliwości zlecenia podwykonawcom wykonania całości przedmiotu zamówienia,
5. Zamawiający zastrzega, że wykonanie przedmiotu zamówienia w części polegającej na prowadzenie punktu obsługi kasowej w siedzibie Zamawiającego (...) nie może być powierzone podwykonawcom,
6. Wykonawca wskaże w formularzu ofertowym części zamówienia, które zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcom”.

Wykonawca ING w punkcie 5 formularza ofertowego nie wskazał żadnego podwykonawcy.

Odwołujący podniósł, iż usługi konwojowania wartości pieniężnych oraz usługi cash outsourcera to tego typu usługi, których żaden z wykonawców, w tym także wykonawca ING, nie jest w stanie zrealizować bez udziału podwykonawców, a więc podmiotów zajmujących się profesjonalnie realizacją tego rodzaju usług. Brak tego oświadczenia, niepodlegającego uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi podstawę do odrzucenia oferty

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż Zamawiający wymagał złożenia w treści formularza ofertowego oświadczenia o zamiarze powierzenia części zamówienia podwykonawcy, o ile wykonawca zamierzał powierzyć do wykonania podwykonawcy część zamówienia. Skoro więc wykonawca ING takiego oświadczenia nie złożył faktycznie oznacza to, iż ma zamiar wykonania zamówienia samodzielnie, tym samym czyniąc zadość żądaniom Zamawiającego w zakresie informacji wymienionych w art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, a do żądania których to informacji Zamawiający uprawniony był zgodnie z powołanym przepisem ustawy Pzp.

Zamawiający – zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Tymczasem oferta wykonawcy ING, wbrew twierdzeniom Odwołującego, odpowiada treści SIWZ, gdyż brak wypełnienia punktu 5 formularza

ofertowego oznaczał deklarację samodzielnej realizacji zamówienia, a taką możliwość Zamawiający niewątpliwie dopuszczał. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy ING, na skutek złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający wymagał, aby wykonawcy, składając ofertę zobowiązali się do „otwarcia punktu obsługi kasowej w siedzibie Zamawiającego (Urząd Miasta Kielce, ul. Rynek 1) w terminie do 7 dni po dacie przekazania lokalu przez Zamawiającego”.

Odwołujący zarzucił wykonawcy ING, iż korespondencja kierowana przez tego wykonawcę do Zamawiającego, a dotycząca przedłużenia terminu wyznaczonego do przygotowania placówki bankowej z 7 dni do 4 tygodni, świadczy o braku możliwości należytej realizacji zamówienia przez tego wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż art. 38 ustawy Pzp reguluje kwestie dotyczące wyjaśnień i modyfikacji treści SIWZ. W myśl tego przepisu każdemu wykonawcy w sytuacji, gdy poweźmie wątpliwości co do treści SIWZ, przysługuje uprawnienie do żądania od Zamawiającego złożenia wyjaśnień, które pozwolą temu wykonawcy na ustalenie woli Zamawiającego, zawartej w danym postanowieniu SIWZ. Natomiast Zamawiający ma obowiązek dokonania wyjaśnień postanowień SIWZ. Oznacza to, wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż nie można czynić wykonawcy, w tym przypadku wykonawcy ING, zarzutu z realizacji uprawnień przysługujących mu zgodnie z przepisami obowiązującego prawa (przepisów ustawy Pzp). Wykonawca ten miał więc prawo zwrócić się do Zamawiającego zarówno o udzielenie wyjaśnień, jak i modyfikację treści SIWZ. Okoliczność, iż Zamawiający nie wyraził zgody na przedłużenie terminu wyznaczonego do przygotowania placówki bankowej, a o co wносił wykonawca ING, nie oznacza, iż wykonawca ten, składając ofertę na warunkach wymaganych przez Zamawiającego nie jest w stanie zrealizować zamówienia w taki sposób jak był on wymagany w treści SIWZ. Tym bardziej nie może to świadczyć, jak podnosił Odwołujący na rozprawie, o nierzetelnym przygotowaniu oferty. Nadto powyższe nie stanowi i nie może stanowić okoliczności wskazującej na złożenie nieprawdziwych informacji. Zarzut ten należy więc uznać za niezasadny.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu, w tym także art. 7 ustawy Pzp.

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. 4 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.

Przewodniczący:

.....