

Sygn. akt: KIO 513/14

WYROK

z dnia 1 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2014 r. przez wykonawcę **SPR TEC Europe GmbH (Sp. z o.o.), Bruckbachweg 23, A-4203 Altenberg bei Linz, Austria** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A., Na Grobli 14/16, 50-421 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **SEZAM-INSTAL Spółka Jawna, ul. Cygana 1, 45-131 Opole** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i**, wobec braku przesłanki faktycznej wykluczenia Odwołującego z postępowania (dotyczącej treści oświadczenia z art. 24 ust. 1 pkt 9 Prawa zamówień publicznych), wskazanej w uzasadnieniu decyzji z dnia 6 marca 2013 r. o wykluczeniu Odwołującego, **nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert**,

2. kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A., Na Grobli 14/16, 50-421 Wrocław i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **SPR TEC Europe GmbH (Sp. z o.o.), Bruckbachweg 23, A-4203 Altenberg bei Linz** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji S.A., Na Grobli 14/16, 50-421 Wrocław** na rzecz **SPR TEC Europe GmbH (Sp. z o.o.), Bruckbachweg 23, A-4203 Altenberg bei Linz** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie:

piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

I. Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa sprzętu i pojazdów służących do renowacji sieci kanalizacyjnej metodą długiego rękawa wraz z materiałami eksploatacyjnymi”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 24 grudnia 2013 r., poz. 2012/S 249-437690 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. 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 17 marca 2013 r. SPR TEC Europe GmbH (Sp. z o.o.) w Altenberg, Austria (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu:

- naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 9 Prawa zamówień publicznych przez to, że Zamawiający niezasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania, podczas gdy nie zaistniały przesłanki wykluczenia wymienione w tym przepisie, tj. orzeczenie przez sąd zakazu ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary;
- naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przez to, że Zamawiający zaniechał ponownego wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, mimo iż dokumenty złożone przez Odwołującego zawierały oczywisty, kwalifikujący się do korekty błąd, a jednocześnie oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu, a postępowanie nie podlegało unieważnieniu;
- naruszenie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych przez to, że Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez to, że Zamawiający wybrał ofertę, która nie jest ofertą najkorzystniejszą oraz prowadził postępowanie w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez nierespektowanie przepisów ustawy.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca SEZAM-INSTAL Spółka Jawna w Opolu, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Pismem z dnia 6 marca 2014 r. wykonawcy zostali poinformowani przez Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Sezam-Instal oraz o wykluczeniu z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawa zamówień publicznych z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, a co za tym idzie o uznaniu oferty Odwołującego za odrzuconą.

Ze stanowiskiem Zamawiającego nie można się zgodzić. W ocenie Odwołującego powołanie w oświadczeniu z art. 29 ust. 1 pkt 9 Prawa zamówień publicznych firmy „SEKISUI SPR Austria GmbH” zamiast „SPR TEC Europę GmbH” stanowi oczywistą omyłkę pisarską widoczną na pierwszy rzut oka. Oświadczenie złożone bowiem zostało przez uczestnika postępowania przetargowego (oferenta), na papierze firmowym oferenta, podpisane przez osoby upoważnione do działania w imieniu oferenta i poświadczone przez notariusza austriackiego. Nie powinno zatem ulegać wątpliwości, że składane oświadczenie dotyczy oferenta. Osoby składające oświadczenie nie są bowiem uprawnione do reprezentowania „SEKISUI SPR Austria GmbH”, aczkolwiek jest to firma należąca do tej samej grupy kapitałowej, co spowodowało zresztą ten oczywisty błąd. Przyjęcie innej oceny musiałyby nadto prowadzić do konstatacji, że nagle w postępowaniu pojawia się i składa oświadczenie firma, która w tym postępowaniu nie złożyła jakiegokolwiek oferty i nie bierze udziału w postępowaniu.

Wystąpienie w tych okolicznościach w ofercie wykonawcy oczywistej, widocznej omyłki pisarskiej nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy. Zamawiający powinien był skorzystać z innych instytucji przewidzianych ustawą Prawa zamówień publicznych. Ustawa Prawa zamówień publicznych przewiduje szereg mechanizmów, które mają zapobiegać wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty w przypadku oczywistych błędów formalnych.

Niewłaściwe zastosowanie przepisów Prawa zamówień publicznych przez Zamawiającego doprowadziło do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, a co za tym idzie do odrzucenia tejże oferty, a zatem w istocie rzeczy ze skutkami niekorzystnymi dla Zamawiającego.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił m.in. o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Wnosił również o wnosilo zasądzenie kosztów według uznania Izby, faktury ani rachunku jednak nie złożył.

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.

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

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący, wezwany w dniu 4 lutego 2014 r. do uzupełnienia dokumentu dotyczącego braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 29 ust. 1 pkt 9 Prawa zamówień publicznych, przesłał dokument, opatrzony pieczęciami Odwołującego, właściwie podpisany (Zamawiający, zapytany na rozprawie, czy podpisy zostały złożone prawidłowo, potwierdził ten fakt), natomiast treść dokumentu explicite odnosiła się nie do Odwołującego (a do innej spółki – z grupy kapitałowej, do której należy Odwołujący).

Strony różniły się w ocenie tak złożonego dokumentu – w ocenie Odwołującego był on prawidłowy, ewentualnie mógł zostać wyjaśniony, ponieważ popełniono w nim błąd pisarski. Natomiast według Zamawiającego, z dokumentu dotyczącego podstaw wykluczenia niezbitnie powinna wynikać treść dokumentu; nie można się odwoływać do wykładni i wyjaśniać, czy domyślać się treści oświadczenia, ewentualna omyłka musi być niebudząca wątpliwości, możliwa do odczytania bez odwoływania się do innych dokumentów, nie może dotyczyć spraw istotnych - dlatego ocena Zamawiającego tego dokumentu jest prawidłowa.

W dniu 6 marca 2014 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 29 ust. 1 pkt 9 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie złożył oświadczenia, potwierdzającego, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienia, bowiem „wezwany do uzupełnienia dokumentu przysłał oświadczenie złożone przed notariuszem o braku zakazu ubiegania się o zamówienie dotyczące firmy SEKISUI SPR Austria GmbH, a więc w imieniu firmy, która nie złożyła oferty. W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych wykonawca powinien złożyć dokument dotyczący firmy SPR TEC Europe GmbH, która złożyła ofertę”.

W ocenie Izby wykluczenie Odwołującego z postępowania, z przywołaniem opisanej przez Zamawiającego podstawy faktycznej (sprowadzającej się do okoliczności, że w treści

dokumentu wymieniono nazwę innej spółki, niż Odwołujący) nie było prawidłowe. Nie można się bowiem zgodzić z Odwołującym, że dokumenty dotyczące podstaw wykluczenia nie podlegają żadnej wykładni (do tego wydawała się zmierzać argumentacja Zamawiając).

W ocenie Izby brak podstaw, aby twierdzić że ogólne zasady wykładni (oświadczenia woli, zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje) nie dotyczą dokumentów, składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, odnoszących się do braku podstaw wykluczenia. W ocenie Izby dokumenty składane w postępowaniu powinny być traktowane tak jak wszystkie inne oświadczenia. Faktycznie, ich interpretacja nie może naruszać podstawowych zasad postępowania, przede wszystkim – zasady uczciwej konkurencji. Stąd ukształtowanie się w orzecznictwie „zasady jednokrotnego uzupełniania” – wzywaniu wykonawcy „do skutku” mogłoby prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, przez uprzywilejowanie jednego z nich. Natomiast nie można z góry przesądzić, że każdorazowe uzupełnienie dokumentów, o jakiegokolwiek treści, w sposób ostateczny kończy procedurę wyjaśniającą. Może się zdarzyć, że uzupełniony dokument zawiera błąd, nieścisłość, który może być wyjaśniony. Ocena ewentualności podejmowania dalszych czynności przez Zamawiającego powinna być każdorazowo dokonywana z uwzględnieniem przywołanych wyżej zasad postępowania. Według składu orzekającego dokument uzupełniony przez Odwołującego w swojej treści zawiera błąd – bez względu, jak go nazwać, omyłką czy błędem pisarskim – niewątpliwie intencją Odwołującego było złożenie prawidłowego dokumentu (z prawidłową nazwą Odwołującego); inne założenie byłoby nieracjonalne. Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący zauważali, że błąd jest również w piśmie przewodnim – podano jeszcze inną nazwę Odwołującego (inną niż prawidłowa i inną, niż w uzupełnionym dokumencie). Odwołujący powyższe nieścisłości tłumaczył zmianami organizacyjnymi w grupie kapitałowej i zmianami nazw – do nazw istniejących dodaje się człon „SPR”. Nie można kwestionować twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego, że od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego powinno się wymagać profesjonalizmu, jednak nie da się uniknąć sytuacji, że omyłki różnego rodzaju w dokumentach mogą się zdarzyć. W ocenie Izby w tym przypadku z całokształtu okoliczności, w szczególności ze złożonych dokumentów przez Odwołującego w postępowaniu, wynikało, że sporny dokument miał dotyczyć Odwołującego. W konsekwencji wykluczenie było nieprawidłowe – jeżeli Zamawiający miał wątpliwości, czy dokument rzeczywiście dotyczy Odwołującego, mógł wezwać do ich wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. Dlatego Izba orzekła jak w sentencji, uwzględniając odwołanie i, wobec braku przesłanki faktycznej wykluczenia Odwołującego z postępowania (dotyczącej treści oświadczenia z art. 24 ust. 1 pkt 9 Prawa zamówień

publicznych), wskazanej w uzasadnieniu decyzji z dnia 6 marca 2013 r. o wykluczeniu Odwołującego, nakazując Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Na powyższe rozstrzygnięcie nie mogły mieć wpływu argumenty podnoszone w przystąpieniu (a następnie na rozprawie, zarówno przez Zamawiającego, jak i Przystępującego) dotyczące samej formy dokumentu (czy został złożony przed notariuszem, czy w Austrii wydaje się dokumenty urzędowe, etc), ponieważ zgodnie z art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych, Izba bada odwołanie wyłącznie w zakresie podniesionych w nim zarzutów. Zarzuty odwołania były skorelowane z podstawami prawnymi i faktycznymi wykluczenia Odwołującego z postępowania. Jak przytoczono powyżej, Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, jako podstawę faktyczną wskazując jedynie treść dokumentu, w odniesieniu do nazwy podmiotu, którego dokument miał dotyczyć.

W konsekwencji, zarzuty odwołania mogły polemizować jedynie ze stanowiskiem Zamawiającego co do treści dokumentu, a nie co do formy – z przywołanych podstaw wykluczenia nie wynikało, że Zamawiający ma jakiegokolwiek obiektywne co do formy złożonego dokumentu. Dlatego Izba w niniejszym orzeczeniu nie może przesądzić o prawidłowości bądź nie formy dokumentu.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszeń przepisów wskazywanych przez Odwołującego w odwołaniu – w szczególności art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji i innych przepisów - i dlatego orzeczono jak w sentencji.

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:

.....