

Sygn. akt: KIO/UZP 1236/08

WYROK
z dnia 14 listopada 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

| | |
|------------------------|---|
| Przewodniczący: | Renata Tubisz |
| Członkowie: | Ryszard Tetzlaff Agnieszka Trojanowska |
| Protokolant: | Magdalena Pazura |

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: B3 System S.A., ul. Taneczna 7, 02-829 Warszawa, IT Ekspert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 146 D, 02-305 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Minister Obrony Narodowej, w imieniu którego działa Agencja Mienia Wojskowego, ul. Nowowiejska 26A, 00-911 Warszawa** protestu z dnia 16 października 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: B3 System S.A., ul. Taneczna 7, 02-829 Warszawa, IT Ekspert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 146 D, 02-305 Warszawa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: B3 System S.A., ul. Taneczna 7, 02-829 Warszawa, IT Ekspert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 146 D, 02-305 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: B3 System S.A., ul. Taneczna 7, 02-829 Warszawa, IT Ekspert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 146 D, 02-305 Warszawa.**

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

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 29.04.2008r. w nr 2008-112763-PL.

Przedmiotem zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, z wykorzystaniem aukcji elektronicznej, jest dostawa komputerów stacjonarnych i monitorów.

Zamawiającym jest Ministerstwo Obrony Narodowej Agencja Mienia Wojskowego ul. Nowowiejska 26 A 00 -911 Warszawa zwany dalej "Zamawiającym".

Pismem z dnia 16.10.2008r. Konsorcjum, którego pełnomocnikiem jest B 3 System S.A. ul. Taneczna 7, 02 -829 Warszawa oraz uczestnik IT Expert Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 146 D, 02 - 305 Warszawa zwany dalej "Odwołującym" wniósł protest na czynności Zamawiającego polegające na:

- wykluczeniu z postępowania Odwołującego,
- wyborze najkorzystniejszej oferty konsorcjum, którego pełnomocnikiem jest Makronet Sp. z o.o. w części 1,2,3,4,6,7,8,9,10,11,12,13,14,16,17, oraz BIW Koncept Sp. z o.o. w części 5 i15.

Odwołujący wyżej podanym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 .01.2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2007r. Nr 223 poz.1655) zwanej dalej "ustawą Pzp":

- art. 7 ust. 1 co do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

- art. 24 ust. 2 pkt 3 co do wykluczenia wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący przedstawił następującą argumentację formalno–prawną.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania nie uwzględniając przesłanego w dniu 10.09.2008r. uzupełnienia informacji zawartych w ofercie.

Odwołujący przesyłając wyjaśnienia miał na względzie regulację Rozdziału XVII pkt 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanych dalej "SIWZ", w której Zamawiający dopuścił przekazywanie zawiadomień oraz informacji pisemnie lub faxem.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia dotyczące wykazu zrealizowanych usług nie mają formy żadnego z dokumentów enumeratywnie wymienionych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.05.2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2006r. Nr 87 poz. 605) zwanego dalej "Rozporządzeniem Prezesa RM z dnia 19.05.2006r." lecz mają charakter informacyjny.

Stąd Zamawiający dopuszczając możliwość przesłania informacji faksem, powinien uznać pismo z dnia 10.09.2008r. za wiążące.

Zobowiązanie Zamawiającego zawarte w SIWZ co do formy porozumiewania się faksem, powinno być respektowane na każdym etapie postępowania.

W ocenie Odwołującego nie dopuszczenie go do aukcji elektronicznej, pozbawiło go możliwości weryfikacji złożonej oferty cenowej. W związku z tym Zamawiający dokonał wyboru oferty BIW Koncept oraz Makronet z rażącym naruszeniem ustawy i wbrew uzasadnionemu interesowi Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację oraz naruszenie interesu prawnego, Odwołujący żąda :

- ponownego dokonania oceny ofert,

- unieważnienia przeprowadzonej aukcji elektronicznej oraz dokonania ponownej aukcji z udziałem Odwołującego.

Pismem z dnia 22.10.2008r. Zamawiający protest oddalił w całości.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający przedstawił następującą argumentację faktyczną i prawną.

W Rozdziale V SIWZ Zamawiający określił, jakich dokumentów będzie żądał na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Między innymi Zamawiający żądał wykazu wykonanych lub wykonywanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat poprzedzających wszczęcie postępowania.

Wykaz zawiera oświadczenie wykonawcy, a więc powinien być złożony w formie określonej w Rozdziale V pkt 5 SIWZ.

Zamawiający wskazuje, że pismem z dnia 04.09.2008r. nr 7935 wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a nie jak wskazuje w proteście Odwołujący „uzupełnienia informacji zawartych w ofercie” lub „wyjaśnień dotyczących wykazu zrealizowanych dostaw”.

Zamawiający wskazuje, że w w/w piśmie żądał uzupełnienia dokumentu wykazu, wskazując błędy w datach wykonania dostaw oraz braki polegające na nie podaniu wartości wykonanych dostaw.

Wykonawca uzupełnienia dokumentu dokonał poprzez przesłanie informacji faxem – pismo z dnia 10.09.2008r. nr 11137.

Zamawiający nie przyjął, jako skutecznego wykonania wezwania do uzupełnienia dokumentu, przesłania wykazu faxem. Powołał się na treść paragrafu 4 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa R.M. z dnia 19.05.2006r. i Rozdz. V pkt 5 SIWZ, gdzie wymaga się, aby dokumenty były składane w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Zamawiający kwestionuje stanowisko Odwołującego, co do zastosowania w przedmiotowej sprawie Rozdziału XVII pkt 5 SIWZ w zakresie przekazywania informacji. Podkreśla, że w tymże rozdziale dla oświadczeń woli przewiduje się formę pisemną.

Zamawiający podkreśla, że w wymaganej formie wykaz został przekazany dopiero 08.10.2008r., pomimo że Zamawiający, jako nieprzekraczalny termin wskazał 10.09.2008r.

Wobec powyższego Zamawiający nie może uznać, że Odwołujący wykonał jego wezwanie do uzupełnienia dokumentu, jakim jest wykaz wykonanych dostaw.

Na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 16.10.2008r. do przyłączenia się do postępowania protestacyjnego, w dniu 17.10.2008r. zgłosiło się Biuro Informatyczno – Wdrożeniowe „KONCEPT” Sp. z o.o. Kraków, żądając oddalenia protestu i wskazując na swój interes prawny, z uwagi na uznanie jego oferty jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 27.10.2008r. Odwołujący wniósł odwołanie wnosząc i wywodząc jak w proteście.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie podlega odrzuceniu, a Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z przewidywaną aukcją elektroniczną.

Więc wykluczenie Odwołującego z postępowania i przeprowadzenie aukcji elektronicznej bez udziału Odwołującego, uniemożliwiło jemu uzyskanie zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje.

Pismem z dnia 04.09.2008r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że komisja przetargowa w toku badania złożonej oferty stwierdziła:

- brak oświadczenia zgodnego z Rozdz. VII SIWZ (...energy star...);
- w załączonym „Wykazie wykonanych...” , dla kwoty podanej w poz. 10 w kolumnie „data wykonania dostaw” wpisano datę „od 31.03.2008r. do 28.04.2008r.” co wykracza poza okres wymagany w SIWZ Dostawy powinny obejmować okres od dnia 24.04.2005r. do dnia 24.04.2008r.. Zamawiający wymaga wskazania w „Wykazie...” wartości wykonanych dostaw w wymaganym w SIWZ okresie;
- w poz.3,6,9,10 i11 Wykazu brak jest wyszczególnienia wartości dostarczonych komputerów.

W piśmie tym Zamawiający, przywołując art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę do uzupełnienia wyżej wymienionych dokumentów i poinformował, że nie przedłożenie przedmiotowych dokumentów w wyznaczonym terminie spowoduje

wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Również w przedmiotowym piśmie Zamawiający określił termin przekazania na adres Zamawiającego uzupełnionych dokumentów, to jest do dnia 10.09.2008r.

Odwołujący przekazał uzupełnione dokumenty w dniu 10.09.2008r. na adres Zamawiającego drogą faksową, a pisemną dopiero w dniu 08.10.2008r. to jest prawie miesiąc po wyznaczonym terminie przez Zamawiającego.

Zamawiający zarówno w Ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ, ustalił następujący wymóg, co do formy dokumentów potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia zawodowego, to jest między innymi przedmiotowego w sprawie Wykazu Wykonanych Dostaw.

Ogłoszenie o zamówieniu Cz. III 2.1.pkt 6 „ Forma składanych przez Wykonawcę dokumentów 2.Wszystkie pozostałe dokumenty, o których mowa w niniejszej sekcji, są składane w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę (przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy w niniejszym postępowaniu)”.

SIWZ Rozdz.V pkt 5 „Forma składanych przez Wykonawcę dokumentów :

„2) Wszystkie pozostałe dokumenty, o których mowa w niniejszym rozdziale, są składane w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę (przez osoby upoważnione do reprezentowania Wykonawcy w niniejszym postępowaniu)”.

W SIWZ Rozdz. XVII Sposób porozumiewania się Wykonawców z uprawnionymi pracownikami Zamawiającego oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów w

pkt 5 zawarty jest zapis o treści:

„5. W niniejszym postępowaniu zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują pisemnie lub faksem. (...) Oświadczenia i wnioski mogą być przekazywane wyłącznie drogą pisemną (...).

Izba zważyła, co następuje.

Podnoszone zarzuty Odwołującego, co do wykluczenia jego z postępowania, z uwagi na fakt uzupełnienia dokumentów - Wykaz wykonanych usług, brak oświadczenia „energy star” - drogą faksową, a nie pisemną, pomimo zapisu w SIWZ, że zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują pisemnie lub faxem, nie zasługują na uwzględnienie.

Żaden z przepisów ustawy Pzp, nie wskazuje na to, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp można zakwalifikować do udzielania informacji lub wyjaśnień, jak to podnosi Odwołujący w proteście i w odwołaniu.

Ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ zawierały jednoznaczne w tym zakresie regulacje, które wskazywały, że wszystkie dokumenty na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, powinny być składane w formie oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Regulacja w tym zakresie zawarta w Ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ odpowiada regulacji § 4 ust.1 Rozporządzenia Prezesa RM z dnia 19.05.2006r. zgodnie z którym „dokumenty są składane w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę”.

Poza sporem pozostaje fakt, że fax nie jest oryginałem, ani kopią potwierdzoną za zgodność z oryginałem, ani fax nie jest formą pisemną, ponieważ Odwołujący w jednoznaczny sposób reprezentuje swoje stanowisko, co do tego, że uzupełnione dokumenty mogły być dostarczone drogą faksową.

Odwołujący nie powinien mieć wątpliwości, co do treści otrzymanego pisma z dnia 04.09.2008r. od Zamawiającego, ponieważ podano w nim art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz użyto w tym piśmie, na połowę strony, trzykrotnie słowa „dokumenty” i jeden raz słowo „oświadczenie”.

Ponadto przywołane w tym piśmie art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zawierają tylko i wyłącznie zwroty „oświadczenia” i „dokumenty”.

Natomiast żaden z wyżej przywołanych przepisów ustawy Pzp (art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 2 pkt 3) nie zawiera w swej treści zwrotu: wyjaśnienia, informacje, co do których można byłoby stosować, w myśl regulacji SIWZ –Rozdz. XVII pkt 5 doręczanie drogą faksową czyli nie pisemną, która nie zapewnia doręczenie dokumentu w formie oryginału.

Dyspozycja przepisu art. 27 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje przekazywanie oświadczeń zarówno pisemnie jak i faksem. Przy czym wybór formy przekazu należy do zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu bezspornie Zamawiający zastrzegł dla oświadczeń wyłącznie drogę pisemną, a dla dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu formę oryginału lub kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

W związku z powyższym twierdzenie Odwołującego, że uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie dotyczy dokumentów tylko wyjaśnień i informacji, a w rezultacie dopuszczalna jest forma doręczenia faksem uzupełnianych w tym trybie dokumentów nie zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie uwzględniono wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego ze względu na nieprzedłożenie rachunku wymaganego § 4 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*