

Sygn. akt: KIO 2689/13

WYROK
z dnia 3 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska – Romek

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2013 r. przez wykonawcę **Warbus Sp. z o.o., 01 – 424 Warszawa, Al. Prymasa Tysiąclecia 102** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Komunikacji Miejskiej w Elblągu Sp. z o.o., 82 – 300 Elbląg, ul. Browarna 90**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej Sp. z o.o., 82 – 300 Elbląg, ul. Grunwaldzka 61** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty i dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**
- 2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Komunikacji Miejskiej w Elblągu Sp. z o.o., 82 – 300 Elbląg, ul. Browarna 90, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Warbus Sp. z o.o., 01 – 424 Warszawa, Al. Prymasa Tysiąclecia 102 tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od **Zarządu Komunikacji Miejskiej w Elblągu Sp. z o.o., 82 – 300 Elbląg, ul. Browarna 90**, na rzecz **Warbus Sp. z o.o., 01 – 424 Warszawa, Al. Prymasa Tysiąclecia 102** 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 (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Komunikacji Miejskiej w Elblągu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług publicznego transportu zbiorowego w zakresie komunikacji miejskiej na terenie Gminy Miasta Elbląg i gmin sąsiadujących. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 sierpnia 2013 roku pod numerem 2013/ S 157-274382.

W dniu 20 listopada 2013 roku odwołujący - Warbus Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego z dnia 12 listopada 2013 roku polegającej na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i unieważnieniu postępowania na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Czynnością zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 2 d, art. 27 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. stwierdzenie, iż odwołujący nie polega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania, a co za tym idzie jego oferta nie powinna zostać odrzucona tylko podlegać normalnej ocenie zamawiającego,
2. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
3. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, a co za tym idzie odrzucenia jego oferty,
4. dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący nie zgadzając się z decyzją zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu i unieważnieniu postępowania z uwagi na to, że wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem nie złożył wraz z ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp ani informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, stwierdził, że w przesłanych mu wezwaniach z dnia 24 i 30 września 2013 roku zamawiający każdorazowo żądał, aby dokument przekazać w formie pisemnej lub faxem, nie dodając zastrzeżenia, iż forma faxowa ma być potwierdzona pisemnie. Odwołujący, biorąc pod uwagę treść cytowanego powyżej art. 27 ust. 1 oraz ust. 2 uznać należy, iż jako gospodarz postępowania Zamawiający miał prawo do zadecydowania, iż w tym przypadku wystarczy mu tylko i wyłącznie sam faks bez pisemnego potwierdzenia i dopuścił taki sposób porozumiewania się z Zamawiającym. Dodatkowym potwierdzeniem takiego rozumowania są terminy jakie

wyzaczył on Odwołującemu na przesłanie żądanych dokumentów. Otóż każdorazowo Zamawiający wyznaczał termin przekazania dokumentów na dzień następny po wysłaniu faksem wezwania, odpowiednio po przesłaniu wezwania w dniu 24 września 2013 roku oczekiwał, iż dokumenty wpłyną do dnia 25 września 2013 roku do godziny 12⁰⁰ i po przesłaniu wezwania w dniu 30 września 2013 roku oczekiwał, iż dokumenty wpłyną do dnia 01 października 2013 roku do godziny 12⁰⁰. Biorąc pod uwagę fakt, iż siedziba Odwołującego znajduje się w Warszawie, a siedziba zamawiającego w Elblągu, z czego Zamawiający zdawał sobie doskonale sprawę, w praktyce tylko przesłanie dokumentów faksem umożliwiało fizyczne spełnienie wezwań Zamawiającego w terminach przez niego wskazanych. Zachowanie Zamawiającego, to jest podważanie sposobu przekazania informacji na temat braku przynależności Odwołującego do grupy kapitałowej, jest także sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa. Otóż Zamawiający chce „ukarać” Odwołującego za zastosowanie się do pouczenia jakiego Zamawiający udzielił Odwołującemu w przesłanych mu wezwaniach w dniach 24 i 30 września 2013 roku. Otóż każdorazowo, co należy raz jeszcze podkreślić, Zamawiający żądał aby dokumenty przesłać mu w formie pisemnej lub faxem nie dodając, zastrzeżenia, iż w przypadku faksu należy przesłać także w formie pisemnej. Należy podkreślić, iż to na Zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego formułowania swoich żądań, a wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, że zastosował się do literalnego brzmienia wymagań Zamawiającego, w tym wypadku precyzyjnie określonych w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów. **Odwołujący nie może ponosić żadnych negatywnych konsekwencji zastosowania się do pouczenia zawartego w wezwaniu Zamawiającego, nawet jeśli treść takiego pouczenia jest niezgodna z siwz czy też ustawą.** Odwołujący stwierdził, że złożył stosowną informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, o którym mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Pzp w formie jakiej zażądał od niego Zamawiający i nie doszło do naruszenia przepisów art.26 ust. 2d ,ust. 3 i ust. 4, oraz art. 27 ust. 1 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu w oczywisty sposób ewentualne uchybienie Odwołującego w sposobie przekazania informacji o braku przynależności do grupy kapitałowej nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania. Odwołujący wskazał także, że celem wprowadzenia przez ustawę Pzp obowiązku informowania przez wykonawców o przynależności do grupy kapitałowej jest ochrona zasady wyrażonej w art. 82 ust.1 ustawy Pzp, iż wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Ustawodawca chciał uniknąć sytuacji gdy podmioty ze sobą powiązane składały kilka ofert, co mogłoby naruszać zasadę uczciwej konkurencji. Dlatego też art. 24 ust. 2 pkt 5 stanowi, iż z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie

konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), złożyli odrębne oferty. Przecież Zamawiający nigdy nie kwestionował faktu, iż informacje o braku przynależności przez Odwołującego do grupy kapitałowej do niego dotarły i zapoznał się z ich treścią. Pisze o tym wprost w uzasadnieniu unieważnienia postępowania. Tak więc potwierdza, iż cel wprowadzenia obowiązku informowania o przynależności do grupy kapitałowej został osiągnięty i nie istniało zagrożenie złożenia kilku ofert przez podmioty powiązane z Odwołującym, a sam Odwołujący złożył tylko jedną ofertę. Potwierdzeniem tego jest samo zachowanie Zamawiającego i sama chronologia zdarzeń jakie miały miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Otóż po otrzymaniu wyjaśnień od Odwołującego w dniu 30 września 2013 roku już następnego dnia Zamawiający kończy badanie i ocenę wszystkich ofert, w tym oferty Odwołującego i dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty. Przecież po otrzymaniu w dniu 30 września 2013 roku faksem informacji od Odwołującego Zamawiający nie dysponował potwierdzeniem pisemnym i nie wiedział czy zostało ono wysłane. Jednakże, w tym przypadku, co oczywiste, Zamawiającemu wystarczyła sama informacja przesłana faksem w zakresie braku przynależności do grupy kapitałowej, bowiem miał pewność, iż nie doszło do złożenia przez Odwołującego dwóch ofert. Gdyby potwierdzenie pisemne informacji faksem miało istotne znaczenie dla Zamawiającego czekałby na te potwierdzenie pisemne, a nie kończył w dniu 01 października 2013 roku badanie oferty Odwołującego. To, iż w przypadku informacji o przynależności do grupy kapitałowej, istotne znaczenie dla Zamawiającego miała sama wiedza w tym zakresie, a nie forma dokumentu przesadzają także zapisy SIWZ.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 29 października 2013 roku zamawiający, wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2013 roku (Sygn. akt KIO 2362/13) unieważnił w zakresie Pakietu nr 2 czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej PKA Sp. z o.o. i dokonał wyboru oferty złożonej przez Warbus Sp. z o.o. Następnie pismem z dnia 12 listopada 2013 roku zamawiający poinformował wykonawców, że w zakresie Pakietu nr 2, objętego przedmiotem zamówienia dokonał ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Warbus Sp. z o.o. Jednocześnie zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie Pakietu nr 2, wskazując na art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty przekracza

kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Izba ustaliła także, że w postępowaniu złożono 3 oferty, a jedynym kryterium oceny ofert była cena. Konsorcjum Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej PKA Sp. z o.o. zostało wykluczone z udziału w postępowaniu na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2013 roku (Sygn. akt KIO 2362/13), na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wykonawcę wykluczono z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2d, ust. 3 i ust. 4 a także w związku z art. 27 ust. 1 ustawy Pzp i rozdziałem VII pkt 3 i 4 siwz. Trzecia oferta, złożona przez Autobusowe Linie Prywatne ALP Sp. z o.o. opiewała na kwotę 7 791 663 zł i przewyższała kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. kwotę 6 620 000 zł.

W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty, zamawiający wskazał, że wykonawca ten nie złożył wraz z ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp ani informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Wskazał, że pismem z dnia 24 września 2013 roku wezwał, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, odwołującego do przedłożenia dokumentu w celu potwierdzenia, na dzień składania ofert, braku podstaw do wykluczenia na podstawie okoliczności o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp wyznaczając termin na uzupełnienie na dzień 25 września 2013 roku do godz. 12.00. Żądana informacja została przesłana zamawiającemu za pośrednictwem faxu, który wpłynął do zamawiającego w terminie przez niego zakreślonym - 25 września 2013 roku. W dniu 30 września 2013 roku, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie w terminie do 1 października 2013 roku do godz. 12.00 czy dokument przesłany w dniu 24 września 2013 roku informujący, iż nie należy on do grupy kapitałowej potwierdza stan na dzień składania ofert, to jest na dzień 20 września 2013 roku. Wyjaśnienie zostało przesłane zamawiającemu w zakreślonym terminie za pośrednictwem faxu. Uzasadniając decyzję o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu zamawiający podniósł, że oba pisma: wniosek o uzupełnienie z dnia 24 września oraz wyjaśnienie z dnia 30 września wysłane zostały faxem i każdorazowo potwierdzone poprzez przesłanie oryginału dokumentu pisemnie. Tymczasem odpowiedzi wykonawcy były dostarczone faxem i nie zostały potwierdzone pisemnie. Niepotwierdzenie przedmiotowych faxów drogą pisemną pozostaje w sprzeczności z postanowieniami siwz pkt VII ust. 3 i nast.

Izba ustaliła także, że w punkcie VII. 3 siwz zamawiający określił następującą formę porozumiewania się „Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują pisemnie lub faksem”. W punkcie VII.4 wskazał, że „Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane faksem należy niezwłocznie potwierdzić

pisemnie”.

W treści obu pism z dnia 24 września 2013 roku oraz z dnia 30 września 2013 roku, zamawiający zamieścił pouczenie o treści: „ Dokument należy przekazać w formie pisemnej lub faxem do sekretariatu Zarządu Komunikacji Miejskiej w Elblągu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Elblągu przy ul. Browarnej 90, w terminie do dnia ...” (odpowiednio 25 września 2013 roku do godz. 12.00 oraz 1 października 2013 roku do godz. 12.00).

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, ponadto na skutek działań zamawiającego może doznać uszczerbku w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem Izby czynność zamawiającego z dnia 12 listopada 2013 roku polegająca na wykluczeniu z udziału w postępowaniu odwołującego z uwagi na nie złożenie wraz z ofertą listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej bądź informacji o braku przynależności do grupy kapitałowej nie znajduje oparcia w przepisach prawa i narusza art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2 d oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wskazać należy, że co do zasady dokument, o którym mowa w art. 26 ust. 2 d ustawy Pzp winien być złożony wraz z ofertą w formie pisemnej. Obowiązek zachowania tej samej formy dotyczy także dokumentu składanego na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Rozstrzygając sprawę, Izba bierze pod uwagę całość materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie oraz konkretne okoliczności faktyczne ustalone w toku postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, nie ulega wątpliwości, że w rozważanym stanie faktycznym, złożone w wyniku wezwania do uzupełniania i w wyniku wyjaśnień pisma odwołującego z dnia 25 września 2013 roku oraz 1 października 2013 roku, dotyczące potwierdzenia braku przynależności odwołującego do grupy kapitałowej zostały dostarczone zarówno w terminie jak i formie dopuszczonej przez zamawiającego w treści tychże wezwań. Sam zamawiający wskazał bowiem wykonawcy, że dokument należy przekazać w formie pisemnej lub faxem, nie zobowiązując jednocześnie wykonawcy do potwierdzenia ich w formie pisemnej. W ten sposób, wykonawca działający w zaufaniu do treści pouczenia przekazanego mu przez zamawiającego mógł dojść do przekonania, że ustalony wcześniej w punkcie VII. 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób porozumiewania się, uległ modyfikacji a zamawiający za wystarczające uznaje przekazanie żadnych pism alternatywnie w formie pisemnej bądź faxem. Wykonawca, który zastosował się do jasnego i precyzyjnego w swej

treści pouczenia co do sposobu porozumiewania się z zamawiającym, działający w zaufaniu do treści przekazanych mu zaleceń nie może ponosić następnie negatywnych konsekwencji w postaci wykluczenia go z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty, nawet wówczas gdyby pouczenie sformułowane przez zamawiającego było błędne.

Podkreślić także należy, że zamawiający na dzień oceny ofert dysponował przekazaną mu faxem informacją o braku przynależności odwołującego do grupy kapitałowej a aktualnie zamawiający jest także w posiadaniu pisemnego dokumentu, który został mu przedłożony przez odwołującego w dniu 13 listopada 2013 roku. Zatem nie znajduje zastosowania teza przywołana przez zamawiającego w toku rozprawy, wynikająca z orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 29.12.2006 r. I A Ca 1589/06, że nie jest zachowana forma pisemna wyrażona w dokumencie przekazanym za pomocą faxu, w sytuacji gdy podpisany dokument znajduje się nadal w posiadaniu osoby, która go podpisała.

Wobec uznania, że niezasadną jest czynność wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, nie znajduje także uzasadnienia czynność unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne na podst. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na to, że oferta najkorzystniejsza Autobusowe Linie Prywatne ALP Sp. z o.o. przekracza środki przewidziane przez zamawiającego na ten cel.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....