

Sygn. akt KIO/UZP 947/10

WYROK
z dnia 2 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Honorata Łopianowska
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Volvo BUS Corporation AB, 405-08 Goeteborg, Szwecja, adres dla doręczeń: ul. Mydlana 2, 51-502 Wrocław**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szczecińskie Przedsiębiorstwo Autobusowe „Dąbie” Sp. z o.o., ul. A. Struga 10, 70-784 Szczecin**, protestu z dnia **28 kwietnia 2010 r.**, wniesionego w dniu **29 kwietnia 2010 r.**,

przy udziale **wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A., ul. Obornicka 46, Bolechowo – Osiedle, 62-005 Owińska**, przystępującego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie,

2) kosztami postępowania obciąża **Volvo BUS Corporation AB, 405-08 Goeteborg, Szwecja, adres dla doręczeń: ul. Mydlana 2, 51-502 Wrocław**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Volvo BUS Corporation AB, 405-08 Goeteborg, Szwecja, adres dla doręczeń: ul. Mydlana 2, 51-502 Wrocław,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **274 zł 00 gr** (słownie: dwieście siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Volvo BUS Corporation AB, 405-08 Goeteborg, Szwecja, adres dla doręczeń: ul. Mydlana 2, 51-502 Wrocław** na rzecz **Szczecińskiego Przedsiębiorstwa Autobusowego „Dąbie” Sp. z o.o., ul. A. Struga 10, 70-784 Szczecin,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **xxx zł xxx gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Volvo BUS Corporation AB, 405-08 Goeteborg, Szwecja, adres dla doręczeń: ul. Mydlana 2, 51-502 Wrocław.**

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

Zamawiający - Szczecińskie Przedsiębiorstwo Autobusowe „Dąbie” Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655, z późn. zm.), zwanej w skrócie ustawą Pzp. Przedmiotem zamówienia jest „Dostawa 10 sztuk fabrycznie nowych 18 metrowych autobusów niskopodłogowych

komunikacji miejskiej w 2010 r.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 27 stycznia 2010 r. nr 2010/S 18-025360.

Pismem z dnia 19 kwietnia 2010 r. zamawiający zawiadomił odwołującego - Volvo BUS Corporation AB z siedzibą w Goeteborgu o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowie – Osiedle, wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z powodu nie uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w formie pisemnej przewidzianej w pkt 10.3.b i w pkt 6.5. siwz, tj. zaświadczeń – właściwego naczelnika urzędu skarbowego i oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych oraz dokumentu F01/I-01 za trzy kwartały 2009 r. (pkt 6.4.b siwz lub w przypadku, gdy w kraju właściwym dla siedziby wykonawcy nie wydaje się takich dokumentów, zastępuje się dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem (...) miejsca siedziby wykonawcy. Pismem z dnia 21 kwietnia 2010 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust 4a ustawy Pzp. W dniu 29 kwietnia 2010 r. odwołujący wniósł protest (pismo z dnia 28 kwietnia 2010 r.), w którym podniósł zarzuty przeciwko wykluczeniu z postępowania i uznaniu oferty za odrzuconą, zatrzymaniu wadium i wyborowi najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia 7 maja 2010 r. doręczonym odwołującemu w tym samym dniu, oddalając protest w całości. Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, składając pismo w Urzędzie Pocztowym Szczecin 39, w dniu 14 maja 2010 r.

W odwołaniu odwołujący podtrzymał twierdzenia zawarte w proteście i zarzucił zamawiającemu naruszenie wskazanych niżej przepisów ustawy Pzp, przepisów wykonawczych do ustawy i innych przepisów mających zastosowanie w toku postępowania:

- 1) art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 - 4, rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) przez domaganie się od wykonawcy dokumentów nie wskazanych w przepisach tego rozporządzenia i zbędnych dla ustalenia spełniania przez wykonawców wymagań dotyczących udziału w postępowaniu,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty, pomimo wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,
- 3) art. 46 ust. 1 i art. 46 ust. 4a ustawy Pzp przez zatrzymanie wadium pomimo braku podstaw do tego i wykazania, że nie doszło do przekroczenia określonego terminu

do złożenia dokumentów, zaś powstałe w tym zakresie wątpliwości wystąpiły z przyczyn nieleżących po stronie odwołującego,

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 3, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. i wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, pomimo jej nieważności, braku prawidłowego wniesienia wadium oraz oczywistej niezgodności z treścią siwz.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości

i unieważnienie czynności zamawiającego:

- 1) wykluczenia Volvo Bus Corporation i uznania oferty tej spółki za odrzuconą,
- 2) zatrzymania wadium wniesionego przez Volvo Bus Corporation,
- 3) wyboru oferty Solaris Bus & Coach S.A. jako najkorzystniejszej

oraz nakazanie zamawiającemu:

- 4) wykluczenia Solaris Bus & Coach S.A. z postępowania i odrzucenia jego oferty,
- 5) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty złożonej przez Volvo Bus Corporation.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że złożył komplet dokumentów wymaganych w siwz, z zastrzeżeniem, że nie został złożony formularz F01 dotyczący obrotów w 2009 r. Zamiast tego formularza przedłożył deklaracje podatkowe VAT, wskazując wysokość aktualnego obrotu. Wyjaśnił, że w Szwecji statystyka publiczna jest prowadzona odmiennie i przedsiębiorcy nie składają deklaracji.

Pismem z dnia 22 marca 2010 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia złożonych dokumentów o:

- 1) aktualne na dzień składania oferty zaświadczenie właściwego urzędu skarbowego o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości,
- 2) aktualne na dzień składania oferty zaświadczenie z właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych,
- 3) oświadczenie złożone przez szwedzki organ podatkowy lub szwedzki organ statystyczny - zgodnie z wymogiem określonym w piśmie zamawiającego z dnia 9 marca 2010 r. (SPAD/DZ/215/2010),

w terminie do dnia 30 marca 2010 r.

Odwołujący uznał, że wezwanie zamawiającego jest nieprawidłowe, mimo tego zastosował się do wezwania i wniósł pismem z dnia 23 marca 2010 r. o przedłużenie terminu uzupełnienia dokumentów o dodatkowe 14 dni. Zamawiający pismem z dnia 24 marca 2010

r. przedłużył termin do dnia 9 kwietnia 2010 r. do godz. 12:00, a więc wyznaczył łączny 18 dniowy termin, zamiast wnioskowanego przez odwołującego łącznego terminu 21 dni.

W dniu 9 kwietnia 2010 r. odwołujący przesłał wymagane dokumenty drogą telefaksową i równocześnie drogą pocztową

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania i uznał złożoną ofertę za odrzuconą, zawiadamiając o tej czynności pismem z dnia z dnia 19 kwietnia 2010 r. oraz podał, że przesłanie dokumentów faksem w dniu 9 kwietnia 2010 r., a później drogą pocztową, jest nieaktualne. Zawiadomił jednocześnie o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A.

Odrębnym pismem z dnia 19 kwietnia 2010 r. zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia przyczyn zastosowania wskazanego sposobu złożenia uzupełnionych dokumentów. Pismem z dnia 21 kwietnia 2010 r. odwołujący wyjaśnił podając, że zamawiający nie miał prawa żądać na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnienia dokumentów wskazanych w wezwaniu, bowiem dokumenty takie nie zostały wymienione w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Ponadto wyjaśnił, że dokumenty otrzymał ze Szwecji w dniu 8 kwietnia 2010 r., podnosząc przy tym, że wniosek o przedłużenie terminu złożenia uzupełnionych dokumentów nie został uwzględniony w takim rozmiarze, jaki był konieczny.

Pomimo złożonych wyjaśnień zamawiający potwierdził zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zawiadamiając odwołującego o tym pismem z dnia 22 kwietnia 2010 r.

W zakresie bezzasadności wykluczenia, odwołujący podniósł, że wezwanie do złożenia zaświadczenia naczelnika właściwego urzędu skarbowego o braku zaległości podatkowych oraz zaświadczenie właściwego organu ubezpieczeń społecznych, powinno być wystawione, zgodnie z § 4 ust. 2 wskazanego rozporządzenia, nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wezwanie do złożenia zaświadczeń według stanu na dzień składania ofert było nieprawidłowe.

Ze złożonego wraz z ofertą zaświadczenia ze szwedzkiego urzędu skarbowego wynika, że wykonawca nie figurował jako dłużnik Szwedzkiej Administracji Egzekucyjnej (Swedish Enforcement Administration). W razie wątpliwości zamawiający był uprawniony, na podstawie § 4 ust. 4 rozporządzenia, zwrócić się do właściwego organu z wnioskiem o udzielenie niezbędnych informacji, a nie wzywać wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Również nieprawidłowe było wezwanie odwołującego do złożenia oświadczenia szwedzkiego organu statystycznego. Odwołujący złożył wraz z ofertą wyjaśnienie dotyczące

przyczyn nie złożenia formularza F01, stosowanego przez polski Główny Urząd Statystyczny.

Podniósł, że dokumenty statystyczne nie są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, nie zostały bowiem wymienione w rozporządzeniu, a więc nie podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Warunkiem udziału wykonawcy w postępowaniu, opisanym w siwz, było wykazanie osiągnięcia określonego obrotu w 2008 r. W tym zakresie mógł być zastosowany przepis art. 138 c ustawy Pzp, wskazany przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu.

Odwołujący złożył zatem wraz z ofertą dokumenty potwierdzające osiągnięty obrót w 2008 r. Formularz F01 nie odnosił się do 2008 r., gdyż miał wykazać obrót osiągnięty w 2009 r. Odwołujący zaoferował inne, możliwe do uzyskania, dokumenty potwierdzające obrót w 2009 r. Stwierdził, że wykonawca, który złożył dokumenty, nie może ponosić ujemnych skutków żądania zamawiającego niezgodnego z przepisami. Podniósł również dyskryminację odwołującego ze względu na siedzibę firmy. Wskazał także, że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, zamawiający przypomniał, że w razie rezygnacji z przesłania uzupełnienia drogą telefaksową, list polecony powinien dotrzeć do zamawiającego w terminie do dnia 9 kwietnia 2010 r. Skoro odwołujący przesłał drogą telefaksową żądane dokumenty w dniu 9 kwietnia 2010 r., a oryginał przesłał pocztą, należy uznać, że zachował termin uzupełnienia dokumentów. Zatem, brak było podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jeśli uznać, mimo innej oceny odwołującego, że zamawiający prawidłowo wezwał do uzupełnienia dokumentów, to złożenie dokumentów drogą pocztową po upływie dnia 9 kwietnia 2010 r. (ostatni dzień terminu), nastąpiło bez winy odwołującego.

Ponadto, odwołujący uznał, że zamawiający mając wątpliwości co do złożonych wraz ofertą dokumentów, był uprawniony do żądania wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a także do odstąpienia od wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu przyczyn, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, co wynika z postanowień siwz pkt 6.7.

Wywodząc jak wyżej i potwierdzając złożenie wymaganych dokumentów, odwołujący uznał, że brak było podstaw do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Wskazał, że zamawiający bezprawnie dysponował wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty, co czyniąc czynność niezgodną z prawem, powoduje jej nieważność, na podstawie art. 58 § 1 kc. Czynność zamawiającego jest także niezgodna z zasadami współżycia społecznego, o czym stanowi art. 5 kc.

Podważając wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez Solaris Bus & Coach S.A., odwołujący podniósł zarzuty:

- 1) brak trwałego złączenia kartek tworzących ofertę, co narusza pkt 10.8 siwz i stanowi podstawę do odrzucenia oferty, brak ten stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także zasady uczciwej konkurencji;
- 2) oferta została podpisana przez osoby nieuprawnione do reprezentacji wykonawcy, gdyż pełnomocnictwo dla Adama M. (str. 130 oferty) zostało udzielone przez dwóch prokurentów łącznych, co jest sprzeczne z umową spółki w przedmiocie reprezentacji, w której nie przewidziano reprezentacji przez dwóch prokurentów łącznych (Dział 2 Rubryka 1 odpisu KRS-u str. 8 oferty). Na podstawie przytoczonego orzecznictwa Sądu Najwyższego i Sądu Apelacyjnego w Poznaniu, odwołujący uznał, że oferta mogłaby być podpisana przez dwóch prokurentów łącznych, ale z udziałem członka zarządu spółki. Bez takiego połączenia osób podpisujących ofertę, oferta ta jest nieważna;
- 3) do oferty została dołączona gwarancja bankowa (str. 148-149 oferty) niezgodna z wymaganiami pkt 8.4 siwz (art. 45 ust. 6 pkt 2-5 ustawy Pzp). Ważność gwarancji bankowej limitowana jest bezwarunkowo chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej i wraz z wyborem powinna zostać zwrócona bankowi. Treść taka powoduje, że zamawiający utracił możliwość skorzystania z gwarancji po wyborze najkorzystniejszej oferty. Przepis art. 46 ust. 1 in fine ustawy Pzp stanowi, że wykonawca, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, zabezpiecza wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty. Brak wniesienia wadium w prawidłowy sposób, powoduje obowiązek zamawiającego wykluczenia wykonawcy z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący uzasadnił istnienie interesu prawnego będącego podstawą wniesienia odwołania, powołując się w tym zakresie i w zakresie pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu, na dość liczne orzecznictwo zespołów arbitrów, KIO, sądów powszechnych i Sądu Najwyższego.

Zamawiający oddalił protest w całości i podał w uzasadnieniu pisma, że zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy Pzp określił w pkt 7.3 lit. d siwz sposób porozumiewania się za pomocą faksu przy przekazywaniu wykonawcy wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W pkt 6.6 siwz podał, że zasady składania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2010 r. Zgodnie z § 6 ust. 1 rozporządzenia dokumenty składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, a przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny

być one opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Żądane w piśmie z dnia 22 marca 2010 r. dokumenty, odwołujący przekazał:

- 1) w dniu 9 kwietnia 2010 r., telefaxem pomiędzy godz. 11.39. a 11.42,
- 2) w dniu 15 kwietnia 2010 r. w formie pisemnej przesyłając kopie poświadczone za zgodność z oryginałem, tj. po upływie wyznaczonego w wezwaniu terminu do ich złożenia, przedłużonego do dnia 9 kwietnia 2010 r. godz. 12:00.

Z tego powodu wykluczył wykonawcę z postępowania i uznał jego ofertę za odrzuconą (art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Zamawiający uznał za bezpodstawny zarzut, że siwz nie zawiera pouczenia dla podmiotów zagranicznych. Stwierdził, że zasady składania dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. przez wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zostały uregulowane w § 4 rozporządzenia, a zamawiający w pkt 6.6. siwz postanowił, że zasady składania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określa wskazane rozporządzenie.

W sytuacji, gdy wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b rozporządzenia zamiast dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 3 i 4, tj. aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego (...) oraz aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (...), składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Za bezpodstawne uznał zarzuty dotyczące nieprawidłowego domagania się dokumentów ze szwedzkiego urzędu skarbowego tylko z tego powodu, że w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów dokumenty dotyczące statystyki publicznej nie są wskazane jako dokumenty, których złożenia może domagać się zamawiający i nie są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, do których złożenia zamawiający może wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3.

W odpowiedzi na pytanie dotyczące postanowień siwz zadane przez odwołującego zamawiający wyjaśnił w piśmie z dnia 9 marca 2010 r., że dopuści ofertę podmiotu zagranicznego, która nie będzie zawierała F01/01, w przypadku gdy w kraju właściwym dla siedziby wykonawcy dokument taki lub jemu odpowiednie nie funkcjonują.

Zamawiający wyjaśnił także, iż zgodnie z art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający sektorowy może żądać przedstawienia także innych dokumentów, niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp (tj. określone w rozporządzeniu z dnia 30 grudnia 2009 r.), potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania warunków.

Zgodnie z pkt 6.4. lit. b siwz zamawiający wymagał dokumentu F01/01 (oprócz informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej) w celu potwierdzenia spełnienia opisanego przez zamawiającego warunku, o którym mowa w pkt 5.1. lit. d siwz, tj. warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Podał, że wykonawca, zgodnie z art. 26 ust. 2c ustawy Pzp, mógł również przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdzałby spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, o którym mowa w pkt 6.4. lit. b siwz, jeżeli z uzasadnionej przyczyny nie mógł przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego.

Zatrzymanie wadium, które nastąpiło na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jest uzasadnione. Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zamawiający jest więc obowiązany do zatrzymania wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złoży dokumenty wymagane przez zamawiającego z błędami lub wadliwie, lub nie złoży tych dokumentów w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Zamawiający jest obowiązany do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp niezależnie od formy w jakiej zostało ono złożone, a więc zarówno pieniężnej wraz z odsetkami, co wynika wprost z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jak również w innych formach określonych w art. 45 ust. 6 pkt 2 - 5 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że mając na względzie fakt, iż odwołujący jest wykonawcą mającym siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pismem z dnia 24 marca 2010 r. przedłużył termin złożenia dokumentów do dnia 9 kwietnia 2010 r. godz. 12:00.

Zgodnie z § 6 ust. 4 rozporządzenia dokumenty sporządzone w języku obcym składane są wraz z tłumaczeniem na język polski, odwołujący wiedział więc o tym, gdyż zamawiający nie wyraził zgody, o której mowa w art. 9 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec tego niezasadnione jest stwierdzenie wykonawcy, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie było prawidłowe (brak odpowiedniego terminu, wymaganie dokumentów nie przewidzianych ustawą). W ocenie zamawiającego wykonawca nie wykazał należytej staranności w ubieganiu się o uzyskanie zamówienia (nie udowodnił, że nie złożenie

wymaganych dokumentów w terminie określonym w wezwaniu wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie).

W zakresie zarzutów zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. i odrzucenia jego oferty oraz wyboru najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy, zamawiający uznał, jak niżej.

Zarzut, iż oferta nie jest trwale złączona, gdyż została zebrana w formie luźnych kartek papieru wpiętych do segregatora i nie spełnia wymogu, o którym mowa w pkt 10.8 siwz, co powinno skutkować jej odrzuceniem, jest niezasadny. Z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wybrana oferta odpowiada treści siwz, jeżeli odpowiada wymogom merytorycznym.

Nie stanowią natomiast podstawy do odrzucenia oferty uchybienia nieodnoszące się do wymogów merytorycznych określonych w siwz, a dotyczące formy, np. nie zamieszczenie liczby stron na kartach oferty, nie zszywanie kart oferty, złożenie oferty na formularzu innym niż dołączony do siwz, jeżeli formularz oferty złożony przez wykonawcę odpowiada treści wymaganej przez zamawiającego.

Nieuzasadniony jest także zarzut, że wybrana oferta została podpisana przez osoby nieuprawnione do reprezentacji wykonawcy. Z KRS wynika, że prezes i wiceprezes zarządu są uprawnieni do samodzielnej reprezentacji spółki. Pozostali członkowie zarządu są uprawnieni do reprezentacji spółki łącznie z innym członkiem zarządu lub prokurentem. W przypadku prokury łącznej - uprawniony do reprezentacji jest prokurent wspólnie z drugim prokurentem. Złożone przez Solaris Bus & Coach S.A. wraz z ofertą pełnomocnictwo, w tym również zakres umocowania, jest ważne (pełnomocnictwo udzielone Adamowi Milewskiemu przez dwóch prokurentów - Zbigniewa Krzysztofa Włodarczyka oraz Helenę Krystynę Woźniak, wskazanych w KRS - str. 5, rubryki 2,3).

Nieuzasadniony jest także zarzut, że złożona gwarancja bankowa jest niezgodna z wymaganiami siwz i ustawą. Z treści gwarancji bankowej przetargowej (wadialnej) nr 59/2010 wynika, że jest ona ważna do dnia 11 maja 2010 r., tj. obejmuje termin związania ofertą (gwarancja ważna od dnia 12 marca 2010 r. do dnia 11 maja 2010 r.).

Zamawiający wyjaśnił również, że sformułowanie zawarte w treści gwarancji „Niniejszy oryginał gwarancji powinien być nam zwrócony przez Beneficjenta, bez odrębnych wniosków, w następujących przypadkach:

- 1) po wyborze oferty najkorzystniejszej, lub
- 2) po unieważnieniu postępowania, lub
- 3) po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub

4) po wycofaniu oferty przed upływem terminu składania ofert”

- jest zgodny odpowiednio z art. 46 ust. 1, ust. 2 i ust. 5 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 27 maja 2010 r. pełnomocnik zamawiającego wniósł odpowiedź na odwołanie wraz z dwiema kopiami dla strony przeciwnej i uczestnika postępowania, w której podtrzymał swoje stanowisko.

Przystępujący w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego Solaris Bus & Coach S.A., którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, w zgłoszeniu przystąpienia opowiedział się po stronie argumentacji zamawiającego, powołując się na orzecznictwo, doktrynę oraz załączył opinię prof. Andrzeja Kidyby dotyczącą m.in. łącznej reprezentacji prokurentów, a także pismo PKO BP S.A. wystawcy gwarancji.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu sprzed nowelizacji obowiązującej od dnia 29 stycznia 2010 r. wprowadzonej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), wnosząc odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, z zastrzeżeniem, że możliwość uzyskania zamówienia, o której mowa w tym przepisie, miałby wówczas, gdyby wykazał bezpodstawność wykluczenia z postępowania, nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej oraz podstawy wyeliminowania z postępowania wykonawcy, który złożył tę ofertę.

Cena oferty odwołującego (14 152 000 zł, stanowiąca 70% znaczenia jako kryterium wyboru oferty) jest droższa od ceny oferty wybranej o 305 000 zł (13 847 000 zł). Odwołujący musiałby wykazać, że zarzuty zawarte w odwołaniu dotyczące wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, stanowią podstawę wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty. W odwołaniu, poza zarzutami dotyczącymi formy oferty, pełnomocnictwa do podpisania oferty oraz gwarancji bankowej stanowiącej wadium w postępowaniu, odwołujący nie sprecyzował zarzutów w zakresie ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert, parametrów technicznych przedmiotu dostawy.

W takiej sytuacji nawet przywrócenie odwołującego do postępowania i poddanie jego oferty ocenie merytorycznej, przy założeniu, że w zakresie parametrów technicznych osiągnie maksymalną ilość punktów, nie spowoduje możliwości uznania oferty odwołującego za korzystniejszą od oferty wybranej. Jedynie całkowite wyeliminowanie wykonawcy z postępowania, który złożył ofertę uznaną za najkorzystniejszą, na podstawie zarzutów zawartych w odwołaniu oraz uwzględnienie odwołania w przedmiocie wykluczenia

odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, stanowi możliwość uzyskania zamówienia przez odwołującego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z następujących powodów.

W zakresie zarzutów podmiotowych, w ocenie KIO, odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy w sposób powodujący doznanie uszczerbku odwołującego przez fakt niemożności uzyskania przedmiotowego zamówienia. Przesłanką uwzględnienia odwołania jest, zgodnie z przepisem art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający w pkt 7 siwz dotyczącym sposobu porozumiewania się z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, będąc uprawnionym zgodnie z przepisem art. 27 ust.1 ustawy Pzp, dokonał wyboru formy porozumiewania się i składania dokumentów przez wykonawców. Generalnie została wybrana forma pisemna, z zastrzeżeniem porozumiewania się przy pomocy faksu, ale wyłącznie w zakresie czynności wymienionych w pkt 7.3 (w 12 podpunktach oznaczonych literami a-l). Nie przewidział składania uzupełnionych dokumentów lub oświadczeń przy pomocy faksu, na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W pkt 6.5. siwz zamawiający określił, że dokumenty o których mowa w pkt 6.2 - 6.4 składane są w formie oryginału lub kopii poświadczonej przez wykonawcę za zgodność z oryginałem. W pkt 6.6 siwz zawarł postanowienie, że zasady składania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych udziału wykonawców w postępowaniu określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz.1817). Wymóg formy pisemnej został potwierdzony w piśmie zamawiającego z dnia 22 marca 2010 r. – wezwaniu do złożenia: 1) aktualnego na dzień składania ofert zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości, 2) aktualnego na dzień składania oferty zaświadczenia z właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, 3) oświadczenia złożonego przez szwedzki organ podatkowy lub organ statystyczny - zgodnie z wymogiem określonym przez zamawiającego w odpowiedzi nr SPAD/DZ/215/2010 z dnia 9 marca 2010 r.

Zamawiający dodał, że brakujące dokumenty należało złożyć w terminie do dnia 30.03.2010 r. (list polecony - w wyznaczonym terminie), w przeciwnym przypadku wykonawca zostanie wykluczony z postępowania.

W razie niezłożenia, w odpowiedzi na wezwanie, przedmiotowych dokumentów, wniesione wadium wraz z odsetkami zostanie zatrzymane, chyba że wykonawca udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Termin na uzupełnienie dokumentów został przedłużony na wniosek odwołującego do dnia 9 kwietnia 2010 r., do godz. 12:00 (pismo zamawiającego z dnia 24 marca 2010 r.), łączny termin na uzupełnienie dokumentów wynosił 18 dni, podczas gdy odwołujący wnosił o 21 dni (pismo z dnia 23 marca 2010 r.), czyli o termin do dnia 13 kwietnia 2010 r.

Nie ma wątpliwości i nie jest sporne między stronami, że odwołujący nie złożył w terminie do dnia 9 kwietnia 2010 r. do godz. 12:00, wymaganych w wezwaniu dokumentów drogą wynikającą z siwz i potwierdzoną w wezwaniu. Złożył je przy pomocy faksu w dniu 9 kwietnia 2010 r. przed godz. 12:00, natomiast przy zachowaniu wymaganej formy pisemnej złożył dopiero w dniu 15 kwietnia 2010 r., a więc również po upływie terminu, o który wnosił w piśmie z dnia 23 marca 2010 r.

Podkreślić należy, że odwołujący nie wniósł w ustawowym terminie protestu na czynności zamawiającego dotyczące postanowień siwz w zakresie przyjętej formy składania dokumentów czy katalogu dokumentów wymaganych w postępowaniu, które ze względu na zamówienie sektorowe nie muszą ograniczać się do katalogu wynikającego z przywołanego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów (art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Nie wniósł również protestu na czynność wezwania do uzupełnienia dokumentów drogą pisemną, a także wyznaczenia terminu na dokonanie uzupełnienia, zamiast dodatkowych 10 dni wnioskowanych 14 dni. Wskazane czynności podważył dopiero w proteście wniesionym w dniu 29 kwietnia 2010 r.

Wykluczenie odwołującego z postępowania nastąpiło na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 i uznanie oferty za odrzuconą, jako skutek wykluczenia, na podstawie art. 24 ust. 4, a także art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wyłącznie z powodu nieuzupełnienia żądanych dokumentów w formie pisemnej na żądanie zamawiającego w wyznaczonym terminie (powiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 19 kwietnia 2010 r.). Z tej samej przyczyny nastąpiło zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, po uprzednim wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie nie zachowania terminu złożenia uzupełnionych dokumentów (pismo z dnia 19 kwietnia 2010 r.) oraz nie uwzględnieniu wyjaśnień odwołującego zawartych w piśmie z dnia 21 kwietnia 2010 r.

KIO nie ma podstaw do uwzględnienia zarzutów w tym zakresie z wyjątkiem, jak niżej, ponieważ nie można przyjąć, że zamawiający naruszył przepisy ustawy dokonując czynności w granicach ustawowych uprawnień skonkretyzowanych w siwz.

W orzecznictwie KIO i sądowym wielokrotnie orzekano, że niezastosowanie się do wymagań zamawiającego mających swe źródło w przepisach ustawy, które nie zostały zakwestionowane przez wykonawców, powoduje sankcje określone w ustawie.

KIO uznała, że żądanie złożenia oświadczenia przez szwedzki organ podatkowy lub szwedzki organ statystyczny - zgodnie z wymogiem określonym w piśmie zamawiającego z dnia 9 marca 2010 r. (SPAD/DZ/215/2010), dotyczącego dokumentu F01/I-01 za trzy kwartały 2009 r. było bezprzedmiotowe, bowiem z postanowień siwz pkt 6.4 lit. b wynika, że zamawiający był zobowiązany do uznania spełnienia warunku określonego w pkt 5.1. lit d (sytuacja ekonomiczna i finansowa zapewniająca wykonanie zamówienia – art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), jeżeli wykonawca wykaże, iż w ciągu ostatniego roku obrotowego (2008) osiągnął przychody ze sprzedaży powyżej 50 000 000 zł. Zatem, dokument F01/I-01 za trzy kwartały 2009 r. niczemu nie służył.

Nie potwierdziły się natomiast zarzuty odwołującego dotyczące czynności zamawiającego z powodu niezłożenia w wymaganej formie i w wyznaczonym terminie - aktualnego na dzień składania ofert zaświadczenia właściwego urzędu skarbowego o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzającego stan zaległości, aktualnego na dzień składania ofert zaświadczenia z właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne. Jak wyjaśniono na rozprawie, wykonawca w złożonej w ofercie str. 33 – 35 załączył dokument Szwedzkiej Agencji Podatkowej, w którym w odpowiedzi czy zgodnie z rejestrem Szwedzkiej Agencji Podatkowej, spółka posiada jakiegokolwiek pozostałe zobowiązania z tytułu podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne względem Szwedzkiego Urzędu Komorniczego, wystawca dokumentu nie udzielił odpowiedzi, przez zaznaczenie pola TAK lub NIE. Dopiero w uzupełnionym dokumencie, który odpowiada dokumentowi uprzednio złożonemu, została zaznaczona odpowiedź NIE. Słusznie podniósł, zamawiający, chociaż nie stanowiło to podstawy wykluczenia wykonawcy, że sposób uzupełnienia dokumentu przez udzielenie przeczącej odpowiedzi, nie potwierdza kto i kiedy dokonał uzupełnienia, z uwagi na brak adnotacji o dokonanym uzupełnieniu, w szczególności, że odpowiedź NIE została zaznaczona na kserokopii dokumentu przez zakreślenie pola NIE niebieskim kolorem.

Nie jest przekonujące twierdzenie odwołującego, że mimo nieprecyzyjnego przetłumaczenia dokumentu przez brak dolnej tabeli ze str. 33 oferty - angielskojęzycznego dokumentu, można wywnioskować, iż wykonawca nie zalega w płatności podatków i składek ubezpieczeniowych. Informacja w żądanym zakresie powinna być jasna i jednoznaczna.

Nie potwierdziły się również zarzuty odwołującego dotyczące wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A., z następujących powodów.

1. Forma oferty, zgodnie z ugruntowaną w orzecznictwie i piśmiennictwie interpretacją przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie stanowi przesłanki odrzucenia oferty. Podstawę taką stanowi niezgodność merytoryczna treści oferty z treścią siwz. Odwołujący nie wykazał na czym polega podejrzenie co do ewentualnego braku tożsamości i integralności oferty, przyznając na rozprawie, że niezgodność formy oferty, w przeciwieństwie do merytorycznej niezgodności, nie stanowi podstawy do jej odrzucenia.

2. Zgodnie z zasadą reprezentacji podmiotu ujawnioną w KRS Dział 2 Rubryka 1, spółkę reprezentuje zarząd – prezes i wiceprezes samodzielnie, pozostali członkowie zarządu w łącznej reprezentacji z innym członkiem zarządu lub prokurentem. W rubryce 3, właściwej dla określenia prokurentów ujawniono, że prokurent reprezentuje spółkę na zasadzie reprezentacji łącznej wspólnie z drugim prokurentem. Prokura, zgodnie z przepisami art. 109¹ § 1 i następnymi kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp, jest szczególnym rodzajem pełnomocnictwa uprawniającym prokurentów do wszystkich czynności podmiotu, z ograniczeniem wynikającym z art. 109³ kc.

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 27 kwietnia 2001 r. sygn. akt III CZP 6/01 orzekł „To zatem, że członek zarządu może działać skutecznie w imieniu spółki kapitałowej tylko łącznie z innym członkiem zarządu lub prokurentem, nie pozbawia osoby, której udzielono prokury oddzielnej, możliwości skutecznego samodzielnego działania w imieniu spółki kapitałowej w charakterze prokurenta. Podobnie osoby, którym udzielono prokury łącznej, mogą jako prokurenci działać wspólnie w imieniu spółki kapitałowej, bez konieczności współdziałania z nimi członka zarządu”.

3. Gwarancja bankowa przetargowa (wadialna) nr 59/2010 r. z 4 marca dnia 2010 r., zgodnie ze stanowiskiem odwołującego doprecyzowanym na rozprawie, iż wyraz „lub” wskazany na drugiej stronie dokumentu w punktach 1 – 4 akapitu rozpoczynającego się od wyrazów „Niniejszy oryginał gwarancji (...)” oznacza wybór tylko treści jednego punktu, nie znajduje uzasadnienia w kwestionowaniu wniesienia wadium. Z treści gwarancji wynika, że treść pkt 1 i 3, w sytuacji wyboru tej oferty jest łączny, co z pewnością nie stanowi braku zabezpieczenia oferty wadium.

Wobec braku podstaw do uwzględnienia zarzutów zawartych w odwołaniu, KIO na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp oddaliła odwołanie, nie wypowiadając się w przedmiocie zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego, czego skutkiem byłoby nakazanie zamawiającemu zwrotu wadium, z uwagi, iż zgodnie z przyjętą linią orzecniczą, wadium nie stanowi o możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez wykonawcę, stąd orzekanie w tym zakresie należy do sądów powszechnych (m.in. wyroki KIO/UZP 449/09 i 755/09). W wyroku KIO/UZP 449/09 stwierdzono „Skład orzekający Izby wyraża również

opinię, że zatrzymanie wadium przez zamawiającego w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie jest *sensu stricte* czynnością podejmowaną przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zmierzającą do zakończenia tego postępowania, poprzez zawarcie umowy. Tym samym to działanie zamawiającego może być rozpatrywane w kategoriach roszczenia cywilnoprawnego, składanego do właściwego sądu powszechnego.”

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, stosownie do jego wyniku, uwzględniając uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby 274 zł, na podstawie § 4 ust.1 pkt 2 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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, z późn. zm.).

KIO nie uwzględniła wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, w kwocie 3 600 zł, gdyż pełnomocnik nie przedłożył na tę okoliczność rachunku do akt sprawy, o którym mowa w § 4 ust.1 pkt 2 lit b wskazanego rozporządzenia.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....