

Sygn. akt: KIO 2241/14

WYROK
z dnia 5 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2014 r. przez wykonawcę **CEZAR C. M. i P. G. Sp.j. z siedzibą w Radomiu, ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Baranów, ul. Rynek 21, 63-604 Baranów**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Krakowie (lider) i Softronic Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (adres do doręczeń: Kancelaria Prawna J. P. & Partnerzy, ul. Wspólna 50 lok. 6, 00-684 Warszawa)** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2241/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża CEZAR C. M. i P. G. Sp.j. z siedzibą w Radomiu, ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **CEZAR C. M. i P. G. Sp.j. z siedzibą w Radomiu, I. Kościuszki 1, 26-600 Radom** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **CEZAR C. M. i P. G. Sp.j.** z siedzibą w Radomiu, ul. Kościuszki 1, 26-600 Radom na rzecz **Gminy Baranów, ul. Rynek 21, 63-604 Baranów** kwotę **4 174 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, diet pełnomocników oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Kaliszu**.

Przewodniczący:

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

Gmina Baranów, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę sprzętu komputerowego i oprogramowania w ramach projektu Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu na terenie Gminy Baranów realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 8 Oś Priorytetowa” Społeczeństwo Informacyjne – zwiększenie innowacyjności gospodarki. Działanie 8.3. Przeciwdziałanie wykluczeniu cyfrowemu - elnclusion”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 października 2014 r., poz. 328646

W dniu 22 października 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę CEZAR C. M. i P. G. Sp. j. z siedzibą w Radomiu, zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający podniósł, iż odwołujący zobowiązany był do uzupełnienia dokumentów w formie pisemnej (w oryginale) do dnia 20 października 2014 r. do godziny 12:00. Wymagane dokumenty wpłynęły do zamawiającego w formie faksowej oraz elektronicznej w dniu 20 października 2014 r. Natomiast dokumenty w wymaganej formie wpłynęły dopiero w dniu 21 października 2014 r.

W dniu 27 października 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 27 października 2014 r.) wobec czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu polegających na:

1. bezpodstawnym wykluczeniu odwołującego
2. nieuznaniu uzupełnionych dokumentów za złożone w terminie i w formie dopuszczonej ustawą
3. odstąpienie od warunków przetargu ogłoszonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”
4. prowadzenie postępowania w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców

zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 70¹§ 4 k.c., art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i art. 27 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie wykluczenia odwołującego

2. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego
4. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż w dniu 22 października 2014 r. zamawiający zawiadomił odwołującego faksem o wykluczeniu go z postępowania, wskazując, że w wyznaczonym terminie, tj. do dnia 20 października 2014 r. do godz. 12:00 otrzymał wymagane dokumenty faksem oraz drogą elektroniczną, natomiast oryginały otrzymał drogą pocztową w dniu 21 października 2014 r. Dokumenty zostały uzupełnione po wyznaczonym terminie, ponieważ przesłanie dokumentów nastąpiło z naruszeniem formy wskazanej w wezwaniu („w formie pisemnej (w oryginale) do zamawiającego do dnia ...”. Zamawiający powołując się na art. 82 ust. 2 ustawy Pzp wskazał, że nie wyrażał zgody na przesyłanie innych niż oferta dokumentów w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym. W ocenie zamawiającego dokumenty zostały uzupełnione w dniu 21 października 2014 r. czyli po upływie terminu wyznaczonego w wezwaniu.

Odwołujący podniósł, iż ustalenia zamawiającego są błędne z następujących powodów:

1. w Rozdziale VI „Informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami” zamawiający zawarł następujący warunek przedmiotowego przetargu „W postępowaniu obowiązuje forma pisemna. Zamawiający dopuszcza stosowanie faksu lub poczty elektronicznej (amina@baranow.pl)”. Tym samym przesłanie dokumentów na wskazany w SIWZ adres poczty elektronicznej zostało dokonane w sposób przez zamawiającego dopuszczony.
2. Zgodnie z § 7 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, „Dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez Wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu”. Wybór formy składanych dokumentów, nie stanowiących oferty, tj. oryginału lub kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, stanowi uprawnienie Wykonawcy i jakiegokolwiek zastrzeżenie Zamawiającego w zakresie formy dokonane po upływie terminu składania ofert, należy uznać za bezskuteczne. Odwołujący wobec wskazanej w SIWZ drogi elektronicznej w wymaganym terminie przekazał dokumenty w sposób dopuszczony w rozporządzeniu, tj. opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym

za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

A ponadto zamawiający błędnie odczytał dyspozycję art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, który wymaga zgody zamawiającego, jednak wyłącznie w zakresie oferty. Ustawa bowiem wyraźnie rozróżnia ofertę od dokumentów składanych wraz z nią. Odwołujący w wymaganym terminie złożył określone w wezwaniu dokumenty, za pomocą jednego z środków dopuszczonych przez zamawiającego w SIWZ i w formie zgodnej z § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Zatem wykluczenie odwołującego zostało dokonane z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania, ponieważ oferta odwołującego zawiera niższą cenę od oferty wybranej najkorzystniejszą w jedynym kryterium - cena oferty 100%.

W dniu 27 października 2014 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 30 października 2014 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. i Softronic Sp. z o.o., zwany dalej „wykonawcą MAXTO”, przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 15 października 2014 r., wezwał odwołującego do uzupełnienia wskazanych w nim dokumentów, wskazując iż „wykonawca zobowiązany jest do uzupełnienia

dokumentów w formie pisemnej (w oryginale) do zamawiającego do dnia 20 października 2014 r. do godziny 12:00.”.

Odwołujący w dniu 20 października 2014 r. , do godziny 12:00, uzupełnił dokumenty w formie faksowej oraz drogą elektroniczną (opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu).

Odwołujący w dniu 21 października 2014 r. uzupełnił dokumenty w formie pisemnej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zamawiający wzywając odwołującego do uzupełnienia wskazanych w wezwaniu dokumentów, w tym dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wyznaczył dzień 20 października 2014 r. jako termin ich uzupełnienia. W wezwaniu tym jednoznacznie wskazał, iż „wykonawca zobowiązany jest do uzupełnienia dokumentów w formie pisemnej (w oryginale)”.

Obowiązkiem wykonawcy wezwanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego jest złożenie w wyznaczonym czasie dokumentu prawidłowego, nie tylko pod względem treści, ale również co do formy. Forma dokumentów przedkładanych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu została określona w § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Tak więc w stosunku do wszystkich dokumentów wymienionych w przedmiotowym rozporządzeniu ustalono dopuszczalne formy ich składania. Oznacza to, że zamawiający nie może odmówić przyjęcia dokumentu złożonego w jednej z przewidzianych rozporządzeniem form, a wybór stanowi uprawnienie wykonawcy. Tym niemniej składanie dokumentów drogą elektroniczną, wymagające korzystania z bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego kwalifikowanym certyfikatem, jest możliwe wyłącznie w okolicznościach przewidzianych w art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, tj. wtedy gdy zamawiający wyrazi zgodę na składanie ofert w postaci elektronicznej. W tym stanie faktycznym zamawiający takiej zgody nie wyraził. Oznacza to więc, iż – zgodnie z jednoznacznie wskazanym w wezwaniu wymogiem zamawiającego, jak i okolicznością, iż takiej zgody (co do formy złożenia oferty w formie elektronicznych dokumentów) nie zawarł on w SIWZ - dokumenty te winny być złożone w formie pisemnej (oryginału) oraz w wymaganym terminie, tj. do dnia 20 października 2014 r. A ponieważ w wymaganym terminie uzupełniane dokumenty, w tym także dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie wpłynęły do zamawiającego w wymaganej formie zamawiający prawidłowo uczynił wykluczając tego wykonawcę z przedmiotowego postępowania.

Postanowienia rozdziału VI SIWZ, na które powoływał się odwołujący, dotyczą oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji, które wiążą się ze sposobem komunikowania się zamawiającego z wykonawcami w postępowaniu, a nie składania ofert czy też uzupełniania dokumentów.

Jeśli odwołujący uważał, że nie jest możliwe złożenie uzupełnianych dokumentów w formie wskazanej w skierowanym do niego wezwaniu i w terminie w nim wskazanym, winien zwrócić się do zamawiającego o przedłużenie wyznaczonego terminu, czego jednak nie uczynił. To na wykonawcy spoczywa bowiem obowiązek takiego przygotowania dokumentów, by mógł je przekazać w wymaganej przez zamawiającego formie w wymaganym terminie i z uwzględnieniem ryzyka ewentualnych trudności w przekazaniu tych dokumentów.

Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, diety pełnomocników w wysokości 60,00 zł oraz dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 514,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: