

WYROK
z dnia 20 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Izabela Kuciak
Marek Koleśnikow

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu rozprawy w dniu 20.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BSP Sp. z o.o., Łódź, ul. Pabianicka 94/96** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Telewizja Polska S.A. - Ośrodek Administracji, Warszawa, ul. J. P. Woronicza 17** protestu z dnia 19.01.2008 r.

orzeka:

1 Odwołanie oddala

2. kosztami postępowania obciąża **BSP Sp. z o.o., Łódź, ul. Pabianicka 94/96** 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 uiszczanego przez **BSP Sp. z o.o., Łódź, ul. Pabianicka 94/96**.
- 2) 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 **BSP Sp. z o.o., Łódź, ul. Pabianicka 94/96**.

2

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dostawę samochodów niezbędnych do realizacji zadań wykonywanych przez spółkę TVP S.A. część 1A, 1B*”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, Odwołujący się – Firma Handlowa BSP Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy ul. Pabianickiej 94/96 - wniosła protest, a następnie odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 11 września 2007 r. za numerem: 2007 / S 174 – 213704.

Informację o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania, odrzuceniu jego oferty oraz unieważnieniu postępowania Odwołujący otrzymał dnia 14 stycznia 2008 roku.

Dnia 21 stycznia 2008 roku Odwołujący wniósł protest (pismo datowane 19 stycznia 2008 r.) wobec czynności Zamawiającego:

- 1) badania ofert – przez przyjęcie, że Protestujący podlega wykluczeniu, a oferta podlega odrzuceniu;
- 2) oceny ofert – przez przyjęcie, że oferta Protestującego nie podlega punktacji (ocenie) ofert;
- 3) wyniku postępowania – przez nieprawne unieważnienie danego postępowania i nie wskazanie oferty najkorzystniejszej w danym postępowaniu.

zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy w zakresie art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Protestujący żąda:

- 1) powtórzenia czynności badania ofert – w następstwie której nastąpi przywrócenie oferty protestującego do postępowania;

- 2) powtórzenia czynności oceny (punktacji ofert) – tj. przeprowadzenia tej czynności w odniesieniu do oferty protestującego i wskazanie wyniku postępowania na protestującego Wykonawcę;
- 3) cofnięcia czynności unieważnienia postępowania.

Firma BSP Sp. z o.o. w swoim proteście stwierdziła, że spełnia wszystkie warunki danego postępowania, gdyż zawiera wszystkie załączniki wskazane w zaproszeniu do złożenia oferty – siwz: paragraf 4 pkt 2, zwłaszcza w zakresie potwierdzenia doświadczenia w zakresie podobnych realizacji. W świetle wezwań Zamawiającego i jego działań w badaniu

3

ofert – pisma z dnia 29.10.2007 r. i z dnia 15.11.2007 r. oraz wyjaśnień Protestującego z załączeniem umowy z dnia 14.01.2005 r. dostaw 23 samochodów do spółki KONEX, jednoznacznie wynika, że Protestujący potwierdził spełnianie wymaganego warunku. Zdaniem Protestującego umowa dostawy wyczerpuje żądania Zamawiającego względem dokumentu potwierdzającego wymaganą dostawę. Uzupełnieniem i wyjaśnieniem swojej oferty, Protestujący wskazał, że w ostatnich trzech latach przed wszczęciem postępowania, tylko dla spółki KONEX z siedzibą w Łodzi dostarczył 24 pojazdy, w tym jednorazową dostawą – 23 pojazdy – w załączeniu dostarczył referencję ww. firmy, która w świetle wyroku Zespołu Arbitrów sygn. Akt UZP/ZO/0-1179/07 – winna być przyjęta.

Protestujący wyraża również zastrzeżenia do uzasadnienia faktycznego unieważnienia przez sformułowanie „złożenia jednej oferty”. Zgodnie z przytoczoną przez Zamawiającego regulacją – zdaniem Protestującego jedna złożona ważna oferta w trybie danego postępowania, nie daje podstawy unieważnienia.

Wskazane wyżej czynności Zamawiającego naruszają interes prawny Protestującego.

Zamawiający dnia 22 stycznia 2008 protest oddalił, podtrzymując swoje stanowisko dotyczące unieważnienia postępowania oraz uznał zarzuty zawarte w proteście za bezzasadne.

Od oddalenia protestu, dnia 25 stycznia 2008 roku firma BSP Sp. z o.o., wniosła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty z protestu i wnosząc tak jak w proteście.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zarówno w ogłoszeniu jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sprecyzował jakie warunki muszą spełnić Wykonawcy aby potwierdzić posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowanie potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Warunek sformułowany w § 4 ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia brzmi *„Wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum jedno zamówienie na dostawę samochodów w ilości nie mniejszej niż odpowiednio dla części 1 – 20 szt.”*. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający żądał aby Wykonawcy dołączyli do oferty – § 5 ust. 1 pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia *„Wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia*

4

działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, tj. minimum jedno zamówienie na dostawę samochodów, zgodnie z warunkiem określonym w § 4 ust. 2 (minimum 20 szt.) specyfikacji istotnych warunków zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należycie”.

W przedmiotowym postępowaniu na część 1 zamówienia wpłynęła jedna oferta – firmy BSP Sp. z o.o. z Łodzi - Odwołującego. W swojej ofercie, odpowiadając na postawiony warunek Odwołujący przedstawił *„Wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich 3 lat”* wg. wzoru stanowiącego załącznik Nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z treści

tego wykazu wynika, że Odwołujący wykonał dostawę 21 samochodów o wartości 982 100,00 zł brutto w dniu 30 września 2007 r. do odbiorcy, którym była firma KONEX Sp. z o.o. Na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia Odwołujący dołączył „Referencje” datowane 12 października 2007 r., z treści których wynika, że dostawa zamówienia została wykonana należycie.

Jako, że Zamawiający powziął wątpliwość co do treści załączonych dokumentów, pismem z dnia 29 października 2007 r. zwrócił się do Odwołującego o przesłanie wykazu wykonanych dostaw, który będzie potwierdzał, w sposób jednoznaczny liczbę dostarczonych samochodów w wymaganym czasie, gdyż przedstawiony wykaz obejmuje realizację dostaw do dnia 30 września 2007 r., tj. już po wszczęciu (ogłoszeniu) postępowania.

W tym miejscu Izba pragnie zauważyć, iż przetarg nieograniczony jest podstawową, otwartą najbardziej konkurencyjną procedurą udzielania zamówienia publicznego. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 40 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie, oraz na stronie internetowej. Ogłoszenie jest pierwszą czynnością w postępowaniu zamówieniowym. Jeżeli wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (art. 40 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych). W związku z powyższym zarzuty Odwołującego dotyczące terminu wszczęcia postępowania należy uznać za chybione, gdyż przepisy art. 40 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jasno określają termin, który należy uznać za wszczęcie postępowania.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 29 października 2007 r. Odwołujący w tym samym dniu przesłał Zamawiającemu nowy „Wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich 3 lat”. Z treści tego wykazu wynika, że Odwołujący wykonał dostawę 20

5

samochodów osobowych o wartości 935 240,00 zł brutto w dniu 21 sierpnia 2007 r. do odbiorcy, którym była firma KONEX Sp. z o.o. Dodatkowo na dole dokumentu dopisano zdanie o treści: „Obowiązują referencje z dnia 12 października 2007 r. dostarczone w dniu przetargu”.

Wobec złożenia „Wykazu ...” nieodpowiadającego swoją treścią referencji załączonej do oferty, Zamawiający pismem z dnia 15 listopada 2007 r. zwrócił się do Odwołującego z prośbą o uzupełnienie złożonych dokumentów, m.in. o złożenie referencji lub innego dokumentu potwierdzającego wykonanie wykazanej w ofercie przetargowej dostawy 20 samochodów w ramach jednej umowy.

W wyznaczonym terminie Odwołujący przesłał następujące dokumenty:

- 1) Zaświadczenie o ...
- 2) Referencje oraz umowę na dostawę 23 sztuk samochodów osobowych
- 3) Załącznik Nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wykazem ww. dostawy.

Z treści załączonych dokumentów wynikało:

- 1) odnośnie referencji: Wystawiona została przez firmę KONEX Sp. z o.o. dla Firmy Handlowej BSP Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi. BSP Sp. z o.o. swoją treścią potwierdzała podpisanie w dniu 14 stycznia 2005 r. umowy na dostawę 23 sztuk samochodów osobowych z terminem dostawy do dnia 31 sierpnia 2005 r. W dalszej treści znajduje się potwierdzenie prawidłowej realizacji zamówienia. Referencje datowane są 20 września 2005 r.;
- 2) odnośnie umowy: Z treści umowy wynika, że termin odbioru samochodu został ustalony na dzień 31 sierpnia 2005 r.;
- 3) odnośnie załącznika Nr 6: Wykaz zawierał dostawę 23 sztuk samochodów osobowych za kwotę 814 816,70 zł z terminem wykonania zamówienia 31 sierpnia 2005 r. dla odbiorcy firmy KONEX Sp. z o.o.

Ze względu na szczególny i wyjątkowy charakter przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, co zostało potwierdzone wyrokiem Zespołu Arbitrów z dnia 14 grudnia 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-2915/06, złożenie dokumentu wskazującego na

niepełnienie warunków udziału w postępowaniu stanowi o istnieniu jedynie możliwości jednokrotnego jego uzupełniania. Odwołujący w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 29 października 2007 r. „usunął” wadliwy dokument przez jego uzupełnienie (wykaz wykonanej dostawy 20 sztuk samochodów). Jednakże ze względu na fakt iż treść informacji zawartych w referencjach musi być tożsama z treścią informacji zawartych w wykazie Zamawiający zażądał uzupełnienia wadliwej referencji. Odwołujący na żądanie Zamawiającego nie odpowiedział w sposób prawidłowy, gdyż do swojej informacji dołączył

6

dokumenty nieadekwatne do wymagań Zamawiającego. Wobec powyższego Izba stoi na stanowisku, iż Odwołujący winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Tak też Zamawiający uczynił.

Za chybiony uznać należy także zarzut Odwołującego jakoby Zamawiający miał obowiązek uznać dokumenty dostarczone w dniu 23 listopada 2007 r. jako właściwe, które potwierdzają spełnianie warunków postawionych przez Zamawiającego. Izba stoi na stanowisku, że samodzielne, przez Odwołującego uzupełnianie wadliwych dokumentów jest sprzeczne z obowiązującymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Poza tym, byłoby to kolejne uzupełnianie dokumentów (2 raz), co przy wyjątkowości przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest wykluczone.

Reasumując, Izba w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego nie stwierdziła działania niezgodnego i naruszającego przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a zwłaszcza podniesione przez Odwołującego naruszenie przepisów art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

7

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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*

8