Sygn. akt: KIO 1850/11

WYROK
z dnia 6 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia
Eko – Konsulting Project CONSEKO – BBM – DESIGN S.A.
ul. Wiedeńska 114, 30-147 Kraków i
Vendor Wind Sp. z o.o. ul. Kościelna 22, 26-634 Małęczyn
w postępowaniu prowadzonym przez
Świętokrzyskie Centrum Innowacji i Transferu Technologii Sp. z o.o.
ul. Zagnańska 84, 25-528 Kielce

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Świętokrzyskiemu Centrum Innowacji i Transferu Technologii Sp. z o.o.: unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eko – Konsulting Project CONSEKO – BBM – DESIGN S.A. i Vendor Wind Sp. z o.o., unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty złożonej przez Eko – Konsulting Project CONSEKO – BBM – DESIGN S.A. i Vendor Wind Sp. z o.o. w sposób wskazany w uzasadnieniu,**
2. **kosztami postępowania obciąża Świętokrzyskie Centrum Innowacji i Transferu Technologii Sp. z o.o. ul. Zagnańska 84, 25-528 Kielce i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eko – Konsulting Project CONSEKO – BBM – DESIGN S.A. ul. Wiedeńska 114, 30-147 Kraków i Vendor Wind Sp. z o.o. ul. Kościelna 22, 26-634 Małęczyn tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od Świętokrzyskiego Centrum Innowacji i Transferu Technologii Sp. z o.o. ul. Zagnańska 84, 25-528 Kielce na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eko – Konsulting Project CONSEKO – BBM – DESIGN S.A. ul. Wiedeńska 114, 30-147 Kraków i Vendor Wind Sp. z o.o. ul. Kościelna 22, 26-634 Małęczyn kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący: ……..……...…...……

Sygn. akt: KIO 1850/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Świętokrzyskie Centrum Innowacji i Transferu Technologii Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przeprowadzenie badania dotyczącego oceny możliwości rozwoju energetyki wiatrowej oraz określenia obszarów pod

przyszłe inwestycje z zakresu energetyki wiatrowej w województwie świętokrzyskim realizowanego w ramach Projektu: Świętokrzysko – Podkarpacki Klaster Energetyczny" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.
Przedmiotowe ogłoszenie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 12 lipca 2011 r., a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pismem z 8 sierpnia 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Eko – Konsulting Project CONSEKO – BBM – DESIGN S.A. i Vendor Wind Sp. z o.o., iż podczas sprawdzania jego oferty powziął wątpliwości co do następujących dokumentów będących składnikiem oferty:
1. oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu wystawionego przez Vendor Wind Sp z o.o., które wygląda na dokument nieautentyczny, gdyż zamieszczone tam podpisy wyglądają na skany lub kolorową kserokopię,
2. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, które zawiera skan lub kserokopię podpisu, a obok zbędną pieczątkę imienną, w dodatku bez podpisu, natomiast podpis pod dokumentem pochodzi od osoby nieuprawnionej. Dokument ten powinien być podpisany przez osobę uprawnioną do reprezentowania Vendor Wind Sp. z o.o. Ponadto nie zawiera on pieczęci nagłówkowej Vendor Wind Sp. z o.o.,
3. pełnomocnictwo, które zdaniem Zamawiającego nie jest oryginałem, gdyż podpis wygląda na skan lub jest to kserokopia dokumentu. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nakazywała złożenie pełnomocnictwa w oryginale lub kserokopii poświadczonej notarialnie,
4. pełnomocnictwo notarialne również jest kserokopią, chociaż miało być złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonej notarialnie, natomiast kopia została poświadczona przez lidera konsorcjum, czyli podmiot nie będący wystawcą dokumentu.
W związku z powyższym Zamawiający poprosił o wyjaśnienie wątpliwości co do autentyczności dokumentów.

W odpowiedzi Odwołujący oświadczył, że przedkłada „oryginały dokumentów przedstawionych omyłkowo w formie kopii wraz z ofertą" oraz oświadczenie prezesa Vendor Wind Sp. z o.o co do oryginalności i prawidłowości złożonych i przedstawionych wraz z ofertą oświadczeń i dokumentów Vendor Wind Sp. z o.o., a także dodatkowo „w celu wyeliminowania jakichkolwiek wątpliwości" oświadczenia w imieniu Vendor Wind Sp. z o.o. podpisane osobiście przez prezesa tej spółki i aktualny na dzień składania ofert odpis z Krajowego Rejestru Sądowego

23 sierpnia 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż kserokopie dokumentów złożonych wraz z ofertą nie odpowiadają oryginałom dokumentów złożonych w ramach wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty: pieczątki umieszczone są w innym miejscu albo brak pieczęci, które były na kopiach, odmienne są podpisy czytelne i nieczytelne, inaczej rozmieszczone parafy. A poza tym wykonawca, oprócz dokumentów wskazanych w treści pisma dotyczącego złożenia wyjaśnień, załączył dodatkowe dokumenty. W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ofertę z uwagi na niezgodność z ustawą, gdyż nie została złożona w formie pisemnej oraz jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ze względu na to, że oryginały dokumentów złożonych w ramach wyjaśnień i kserokopie tych dokumentów złożonych z ofertą znacznie się różnią, a Odwołujący składając po wezwaniu oryginały dokumentów wprowadził niedopuszczalne istotne zmiany w treści oferty.

29 sierpnia 2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec „oczywistej niezasadności takiego rozstrzygnięcia" zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne jego zastosowanie i przyjęcie, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jest niezgodna z ustawą oraz jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w ich wyniku – naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz wnosząc o: uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że należy odróżnić możliwość wzywania do wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wezwanie do wyjaśnień i uzupełnień dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający ma obowiązek zwrócenia się o uzupełnienie dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego w każdym

przypadku, gdy stwierdzi brak lub wady któregokolwiek z nich. Również niezłożenie pełnomocnictwa lub złożenie pełnomocnictwa wadliwego będzie powodowało powstanie obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia.
Wobec wieloletniej praktyki Odwołującego w udziale w przetargach publicznych oraz sposobu funkcjonowania obydwu analizowanych instytucji prawnych w praktyce, Odwołujący, otrzymawszy od Zamawiającego informację, iż dokumenty mające potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu zostały złożone w sposób wadliwy, tj. nie jako oryginały, ale kopie, podjął działanie mające na celu przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie istnieje żadna norma prawna, która wymagałaby, aby w przypadku, kiedy omyłkowo wykonawca złożył kopię dokumentu, jego uzupełnienie musiałoby polegać na przedstawieniu oryginału złożonego pierwotnie dokumentu.
W świetle wykładni przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oczywiste jest, iż dokumenty uzupełnianie różnią się od złożonych w ofercie. Wynika to już z samego faktu, że, jeśli pozostałyby tożsame, nie dawałyby możliwości sanacji uchybień w zakresie tych dokumentów. Przyjęcie, iż dokumenty uzupełnianie powinny odpowiadać dokumentom złożonym w ofercie, a ich zmiana byłaby istotną zmianą treści oferty, podważałoby *ratio legis* tego przepisu i czyniłyby go bezprzedmiotowym.
Odnośnie zarzutu, że oferta nie została złożona w formie pisemnej, a tym samym była niezgodna z ustawą, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie wskazał, w jaki sposób Odwołujący nie dochował wymaganej formy pisemnej. Według domniemania Odwołującego taki wniosek Zamawiający wyciągnął z faktu, iż w ofercie zostały złożone kopie dokumentów, jednakże wobec ich uzupełnienia zarzut ten jest bezprzedmiotowy.
Zamawiający nie wskazał również, w jakim zakresie oferta Odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w informacji o odrzuceniu oferty i wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, iż, gdy dokument lub kopia budzi wątpliwości co do prawdziwości, może wezwać wykonawcę do uzupełnienia. Odwołujący wyprzedził czynności Zamawiającego, gdyż ten nie wzywał go do uzupełnienia dokumentów, dlatego Zamawiający uznał, że nie może wystąpić ponownie o uzupełnienie dokumentów, ponieważ zostały one już dostarczone, a wykonawcę wzywa się tylko raz. Ponieważ nie była to procedura uzupełnienia dokumentów, Zamawiający uznał, że pełnomocnictwo przedstawiono mu w formie skanu, stąd podstawa do wykluczenia z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast jako niezgodność z treścią specyfikacji wskazuje na punkty V ust. 2 litera a i d, punkt V ust. 3 oraz punkt V ust. 10 ppkt 4 i 5 (postanowienia te dotyczą obowiązku przedstawienia Zamawiającemu dokumentów wskazanych w piśmie z 8 sierpnia).

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Izba stwierdziła także, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (treść istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy dokumentów) nie jest sporny.

W odniesieniu do zarzutu nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego Izba przyznała rację Odwołującemu.
Przede wszystkim zastosowana przez Zamawiającego podstawa prawna, tj. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest w ogóle nieadekwatna do stanu faktycznego zaistniałego w niniejszym postępowaniu. Należy bowiem zwrócić uwagę, że na pakiet dokumentów składanych w postępowaniu, które powszechnie określa się mianem „oferty", czy też oferty *sensu largo,* standardowo składa się kilka rodzajów dokumentów o różnym charakterze prawnym:
1. ofertę w rozumieniu art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, zwaną ofertą *sensu stricto,* czyli odnoszącą się do postanowień przyszłej umowy, zwłaszcza ceny, opisu przedmiotu zamówienia i warunków jego wykonania – są to standardowo formularze ofertowe, formularze cenowe, formularze opisujące parametry techniczne, kosztorysy itp.,
2. dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 5 rozporządzenia z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, które również stanowią ofertę w rozumieniu art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, które jednak, w przeciwieństwie do dokumentów, o których mowa w punkcie 1., mogą być uzupełniane – to np. fotografie, opisy, instrukcje obsługi, certyfikaty dla przedmiotu zamówienia,
3. pełnomocnictwa, które na gruncie przepisów kodeksu cywilnego nie są ofertą, a ich brak lub wady skutkują stwierdzeniem, że oferta została podpisana w sposób nieprawidłowy, przez osoby nieuprawnione do reprezentowania oferenta i tym samym jest nieważna,
4. dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które również nie są ofertą w rozumieniu art. 66 § 1 kodeksu cywilnego,
5. gwarancje lub poręczenia wadialne,

6. inne dokumenty, które nie odnoszą się ani do samej oferty, ani spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak potwierdzenie dokonania przelewu kwoty wadium na rachunek bankowy zamawiającego, nie żądane przez zamawiającego foldery, materiały reklamowe itp.
Przepisy art. 89 ust. 1, jak i art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, na które powoływał się Zamawiający, dotyczą oferty w rozumieniu art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, zatem nie odnoszą się w ogóle do dokumentów, które zostały wymienione w wezwaniu Zamawiającego z 8 sierpnia.
Oferta została podpisana i złożona jako oryginalny dokument, zatem nie jest niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych czy też nieważna.
Nieprawidłowe pełnomocnictwo mogłoby zaś być podstawą do odrzucenia oferty na podstawie przesłanki wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (chociaż w niniejszym postępowaniu taka sytuacja nie zachodzi).

Należy też zwrócić uwagę, że w wezwaniu z 8 sierpnia Zamawiający w ogóle nie wskazał żadnej podstawy prawnej swojej czynności, a na art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powołał się dopiero w informacji o odrzuceniu oferty (zresztą podstawa ta, ze względów wskazanych powyżej, jest nieprawidłowa).
Tym bardziej Zamawiający nie powołał się na § 6 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wskazując, że żądanie oryginałów jest spowodowane kwestionowaniem ich prawdziwości, a nie samej formy skanu/kserokopii.
Co zaś do prośby o „wyjaśnienie autentyczności", to zrozumiałe jest, że Odwołujący samo przyznanie, że są to kopie, uznał z niewystarczające – biorąc pod uwagę, że było to doskonale widoczne i w celu stwierdzenia tej okoliczności Zamawiający nie musiał pozyskiwać oświadczenia Odwołującego.
Tym samym logiczne było uznanie przez Odwołującego, że Zamawiający kwestionuje to, że dokumenty zostały złożone w postaci kopii, a nie oryginału lub ewentualnie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez notariusza, a nie wykonawcę, a samo pismo jest w istocie wezwaniem do uzupełnienia tych dokumentów i dokonał uzupełnienia poprzez przedstawienie dokumentów oryginalnych, ale egzemplarzy odmiennych od złożonych wraz z ofertą (o innym wyglądzie). Zwłaszcza, że § 6 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane jako podstawa do żądania oryginałów w praktyce zdarza się

incydentalnie – w przeciwieństwie do żądania dokumentów złożonych w sposób nieprawidłowy formalnie.
Co zaś do stwierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący wyprzedził czynności Zamawiającego, który nie wzywał go do uzupełnienia dokumentów, a jedynie o same

wyjaśnienia, a przy tym, z powodu owego samowolnego uzupełnienia Zamawiający nie mógł drugi raz wystąpić o uzupełnienie dokumentów, to jest to sprzeczne logicznie i niezgodne z przyjętą procedurą. Skoro bowiem Zamawiający uznał, że nie może uznać dokumentów za uzupełnione, gdyż wykonawcy do uzupełnienia nie wzywał, to tym samym nie mógł jednocześnie uznać, że takie wezwanie byłoby wezwaniem ponownym. W ten sposób Zamawiający w ogóle pominął procedurę uzupełniania dokumentów.

W związku z powyższym Izba uznała, że uzupełnienie zostało dokonane prawidłowo (Zamawiający nie kwestionował dokumentów uzupełnionych, a podczas rozprawy przyznał, że są poprawne), a podstawa odrzucenia oferty Odwołującego nieprawidłowa i orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając i nakazując powtórzenie czynności badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołujacego.

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 i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……