

Sygn. akt: KIO 1722/13

POSTANOWIENIE
z dnia 30.07.2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu **30.07.2013 r.** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **15.07.2013 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum Firm: 1) Perfect Displays Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum); 2) T..... S..... prowadzący działalność gospodarcza pod nazwą Arris Computer T..... S..... z adresem dla siedziby pełnomocnika konsorcjum: ul. Ku Wiśle 7 lok. 60, 00-707 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez 41 Bazę Lotnictwa Szkolnego Jednostka Wojskowa Nr 4929, ul. Brygady Pościgowej 5, 08-521 Dęblin**

przy udziale wykonawcy: **ProAUDIO-AVT Sp. z o.o., ul. Graniczna 89 a, 54-530 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1722/13 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum Firm: 1) Perfect Displays Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum); 2) T..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Arris Computer T..... S..... z adresem dla siedziby pełnomocnika konsorcjum: ul. Ku Wiśle 7 lok. 60, 00-707 Warszawa kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.**

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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „dostawę, montaż i serwis urządzeń w sali odpraw oraz sali planowania CSIL w Dęblinie, dostawę urządzeń na wyposażenie sal wykładowych przeznaczonych do realizacji zadań dydaktycznych”- znak sprawy: Nr 9/13/N - w części dotyczącej zadania I, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 055-090400 z dnia 19.03.2013 r. przez 41 Baza Lotnictwa Szkolnego Jednostka Wojskowa Nr 4929, ul. Brygady Pościgowej 5, 08-521 Dęblin zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 05.07.2013 r. (faxem) Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu 1: ProAUDIO-AVT Sp. z o.o., ul. Graniczna 89 a, 54-530 Wrocław zwana dalej: „ProAUDIO-AVT Sp. z o.o.” albo „Odwołującym w sprawie KIO 1734/13” albo „Przystępującym w sprawie KIO 1722/13” oraz wykluczeniu w tym zadaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” Konsorcjum Firm: 1) Perfect Displays Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum); 2) T..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Arris Computer T..... S..... z adresem dla siedziby pełnomocnika konsorcjum: ul. Ku Wiśle 7 lok. 60, 00-707 Warszawa zwanego dalej: „Konsorcjum Perfect Displays” albo „Odwołującym w sprawie KIO 1722/13” albo „Przystępującym w sprawie KIO 1734/13” oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp.

W dniu 15.07.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Perfect Displays wniosło odwołanie na czynność z 05.07.2013 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 15.07.2013 r. (faxem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1 Pzp oraz innych przepisów przywołanych w uzasadnieniu. Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu przez Izbę:

- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonania ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Zamawiający pismem z dnia 13.06.2013 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów w szczególności określonych w pkt VI.1. lit. m i n) SIWZ, tj. zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym zgodnie z wymaganiami określonymi w załączniku Nr 1a oraz zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, odwołującymi się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich zgodnie z wymaganiami określonymi w załączniku Nr 1a. W dniu 19.06.2013 r. Odwołujący uzupełnił ww. dokumenty za pośrednictwem poczty elektronicznej jednocześnie przesyłając pocztą ich kserokopie poświadczone za zgodność z oryginałem przez Odwołującego, które dotarły do Zamawiającego dnia 24.06.2013 r. Następnie Zamawiający 25.06.2013 r. wezwał odwołującego do przedstawienia oryginałów przedmiotowych dokumentów wyznaczając na ich uzupełnienie termin 1 dniowy. W treści przedmiotowego pisma poza stwierdzeniem, że dokumenty otrzymane budzą uzasadnione wątpliwości co do ich prawdziwości Zamawiający nie określił ani, które dokumenty ani w jakim zakresie budzą jego wątpliwości. Poprzez zaniechanie powyższych czynności w ocenie Odwołującego czynność uzupełnienia od początku nie była możliwa do wykonania, czego Zamawiający winien mieć świadomość tak formułując przedmiotowe wezwanie. Pismem z dnia 25.06.2013 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o szczegółowe wskazanie, które dokumenty i w jakim zakresie budzą wątpliwości Zamawiającego. Ponadto z uwagi na obszerny zakres żądanej dokumentacji (kilkadziesiąt stron) Wykonawca poprosił o wydłużenie przedmiotowego terminu i wyznaczenie realnego z punktu widzenia zakresu żądanej dokumentacji. Na przedmiotowe pismo Zamawiający nie udzielił odpowiedzi, a w konsekwencji dokonał wykluczenia Wykonawcy zarzucając mu po pierwsze złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, po drugie nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, W konsekwencji Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy uznając, iż została ona złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu. Ponadto Zamawiający w przedmiotowym piśmie zarzucił Wykonawcy brak uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego dokumentów tj. wykazu zaoferowanego sprzętu, urządzeń i wyposażenia mimo, iż SIWZ w przedmiotowym postępowaniu nie nakładała obowiązku załączenia ww. dokumentów. Analizując powyższe czynności Zamawiającego poczynawszy na wezwaniu do przedstawienia oryginałów dokumentów, a skończywszy na piśmie zawierającym

wykluczenia Odwołującego stwierdził, iż Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Przepisy ustawy nie określają, jak długi powinien być termin na uzupełnienie brakujących dokumentów. Nie zawierają one ani postanowień odnoszących się do możliwości przedłużania przez zamawiającego terminu na uzupełnienie dokumentów, ani wskazówek dla zamawiających co do zakresu przysługującej im uznaniowości przy wyznaczaniu terminu. W rezultacie zamawiający decyduje, w jakim terminie powinno nastąpić uzupełnienie dokumentów, a wyznaczony termin jest dla wykonawców bezwzględnie wiążący. Mając na uwadze wykładnię celowościową art. 26 ust. 3 Pzp, przyjmuje się, że powinien być to termin odpowiedni, a więc umożliwiający uzupełnienie oświadczeń i dokumentów przez wykonawcę, działającego z należytą starannością i w toku zwykłych czynności. Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która posługuje się pojęciami „termin odpowiedni” i „termin realny” (por. wyrok KIO z dnia 17.08.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1649/10). *„Dokonując oceny, czy zamawiający wyznaczył odpowiedni termin na uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i czy jest zobowiązany do jego przedłużenia (jeżeli wykonawcy o to wnieśli), należy zawsze odnieść się do rozpatrywanych indywidualnie okoliczności faktycznych każdej sprawy. Ocena ta powinna uwzględniać w szczególności katalog i złożoność wymaganych dokumentów. Wyznaczony termin na uzupełnienie dokumentów powinien zatem uwzględniać realny okres konieczny do przygotowania uzupełnienia oferty (wniosku). Taka konkluzja jest podyktowana w szczególności tym, że art. 26 ust. 3 pzp ma charakter wyjątkowy i należy interpretować go literalnie”* (wyrok KIO z dnia 23.09.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1959/10).

Ponadto wskazać należy, iż Zamawiający zobowiązany jest zarówno do szczegółowego opisu braków oraz sprecyzowaniu żądania dotyczącego zakresu prawidłowego uzupełnienia. W tym kontekście uzasadniony jest pogląd wyrażony w orzecznictwie KIO, zgodnie z którym *„zamawiający wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, winien szczegółowo określić, jakie są podstawy prawne i faktyczne wezwania, wskazując jednocześnie, o jakie informacje ma zostać uzupełniona oferta. W ocenie KIO za czynność, wprowadzającą w błąd wykonawcę, można bowiem uznać wezwanie, które nie zawiera zastrzeżeń do treści już złożonych dokumentów, ponieważ w takiej sytuacji wykonawca może uzupełnić dokument w zakresie, którego nie oczekuje zamawiający, a stwierdzony przez niego błąd pozostawić bez poprawy”* (tak wyrok KIO z dnia 13.12.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 2583/10). Wyznaczenie przez Zamawiającego 1-dniowego terminu na przedstawienie oryginałów kilkudziesięciu stron dokumentów, a także brak określenia które dokumenty i w jakim zakresie budzą wątpliwości Zamawiającego stanowi o naruszeniu art. 26 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji czynią czynność

wezwania nieważną i bezskuteczną. Kończąc analizę czynności Zamawiającego polegającą na wezwaniu do uzupełnienia oryginałów dokumentów nie sposób nie wskazać jako co najmniej *zastanawiający* fakt, iż w treści SIWZ w załączniku nr 1 a na str. 28 i 33 Zamawiający dopuścił możliwość złożenia jako dokumentu na potwierdzenie spełnienia przez oferowany przedmiot zamówienia wymaganych norm - wydruku strony internetowej potwierdzającej spełnienie normy, a następnie bez uzasadnienia kwestionuje on kserokopie dokumentów pochodzących wprost od producentów przedstawianych przez nich na właściwych stronach żądając przedstawienia oryginału danych dokumentów. Dokonując wykluczenia Odwołującego Zamawiający wskazał, iż złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Przepisy ustawy określają (w art. 24) katalog okoliczności, które zobowiązują zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jedną z tych okoliczności jest złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Pojęcie: „*Nieprawdziwe informacje*” to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości i mogą mieć charakter zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy. Wykluczenie związane z przedkładaniem fałszywych informacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia ma miejsce, gdy spełnione są łącznie dwie przesłanki (połączone ze sobą związkiem przyczynowym) - a mianowicie:

- wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje,
- stwierdzono, że informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Dokonując interpretacji powyższego przepisu - konieczne jest odniesienie się do zapisów dyrektywy 2004/18/WE, która jednak wskazuje na element zawinienia wykonawcy - stanowiąc, że „z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji (art. 45 pkt 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE). Podsumowując, należy stwierdzić, że wykluczeniu podlega taki wykonawca, który umyślnie przekazuje nieprawdziwe informacje, mając świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp spoczywa na zamawiającym i musi być wskazany w sposób niebudzący wątpliwości. W przeciwnym razie nie zostaną zachowane zasady wskazane w art. 7 ust. 1 Pzp - tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. *Zamawiający może wykluczyć oferenta dopiero, gdy istnieją konkretne dowody na złożenie nieprawdziwych danych* (tak wyrok SO w Krakowie z 07.01.2009 r., sygn. akt: XII Ga 433/08). Nie jest więc wystarczające jedynie „uprawdopodobnienie” przez zamawiającego złożenia nieprawdziwych informacji, lecz niezbędne jest udowodnienie takiego faktu. Obowiązuje tu zasada, że wątpliwości niedające się usunąć w drodze czynności dowodowych należy

rozstrzygać na korzyść oskarżonego, czyli w tym wypadku - wykonawcy. Podobne stanowisko zajęła Izba w wydanym wyroku z dnia 26.03.2012 r., sygn. akt: KIO 491/12 gdzie wskazano zostało, że: *„wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga zatem ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie ma wpływ na wynik postępowania. Wpływ ten nie może być jedynie hipotetyczny, co oznacza, że podanie nieprawdziwej informacji musi rzeczywiście podważyć ustalony przez zamawiającego wynik postępowania”*. W piśmie Zamawiającego poza zarzutem w przedmiocie złożenia przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego, a w szczególności przedstawienia jakichkolwiek dowodów do czego Zamawiający był zobowiązany mając na uwadze powyższe orzecznictwo, a także art. 6 kc. w zw. z art. 14 Pzp.

Jako całkowicie chybione i pozbawione podstawy faktycznej należy uznać stanowisko Zamawiającego w przedmiocie postawienia zarzutu Odwołującemu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji dokonane wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Poza postawieniem ww. zarzutu Zamawiający ani nie określił warunku udziału którego rzekomo Odwołujący nie spełnił ani nie określił w jakim zakresie. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 20.05.2011 r., sygn. akt: KIO 961/11: *„Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego wyjaśnienia przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznego wskazania wszystkich podstaw, na których oparł decyzję o wykluczeniu wykonawcy z dalszego postępowania przetargowego, a stanowisko zamawiającego we wskazanej kwestii powinno być wyrażone w sposób czytelny, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek wykluczenia”*. Zgodnie zaś z uzasadnieniem wyroku KIO z dnia 02.03.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 126/10: *„w piśmie informującym wykonawcę o wykluczeniu z postępowania, zamawiający podając podstawę wykluczenia powinien wskazać zarówno podstawy prawne, jak i podstawy faktyczne wykluczenia”*. W uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 17.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1653/11 wskazane zaś zostało, że: *„lakoniczne i enigmatyczne uzasadnienie podjętej wobec wykonawcy czynności pozbawia tego wykonawcę możliwości obiektywnej oceny jej poprawności i ewentualnego rzeczowego zakwestionowania argumentów, które legły u podstaw tej czynności, uchylając tym samym fundamentalnym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego (w tym m.in. wynikającej z art. 7 ust. 1 PZP zasadzie równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz wynikającej z art. 8 ust. 1 Pzp zasadzie jawności postępowania o udzielenie zamówienia)”*.

Zamawiający w dniu 17.07.2013 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 18.07.2013 r. wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ProAUDIO-AVT Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 26.07.2013 r. (faxem) Zamawiający, wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO, wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniach o sygn. akt: KIO 1722/13 oraz o sygn. akt: KIO 1734/13. Kopia odpowiedzi zgodnie z informacją zawartą w odpowiedzi została przekazana obu Odwołującym.

W dniu 30.07.2013 r. w związku z postanowieniem Izby z dnia 18.07.2013 r. odbyło się posiedzenie niejawne z udziałem stron. Nikt się nie stawił na posiedzenie z udziałem stron mimo prawidłowego zawiadomienia i nie zniesienia terminu.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniach, a Przystępujący po stronie Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1722/13 na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

Izba, wskazuje, że Przystępujący został prawidłowo poinformowany o terminie posiedzenia, mógł więc wnieść stosowny sprzeciw w trybie art. 186 ust. 3 Pzp, czego nie uczynił, stawiając się na posiedzeniu /przesłał dopiero stosowne pismo o braku sprzeciwu po otwarciu posiedzenia/. Otrzymał również kopie odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, zgodnie z informacją zawartą na niniejszym piśmie z 26.07.2013 r. Izba uznaje, że profesjonalny uczestnik postępowania, którym bezsprzecznie jest Przystępujący, rozumie status w jakim występuje w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym i zna wszystkie konsekwencje i skutki wynikające z niniejszego stanu rzeczy. Dodatkowo Izba wzięła pod uwagę również konieczność sprawnego prowadzenia postępowania, profesjonalny charakter jego uczestników i przysługujący jego uczestnikom środek zaskarżenia w postaci skargi.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....