

Sygn. akt: KIO 1741/13

WYROK

z dnia 24 września 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 września 2013 roku** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2013 roku przez **Odwołującego** – C..... B..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B..... C..... Piekarnia Transport Samochodowy, Kotarwice 69D, 26-642 Kowala, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Burmistrza Miasta i Gminy Skaryszew, Słowackiego 6, 26-640 Skaryszew.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – C..... B..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B..... C..... Piekarnia Transport Samochodowy, Kotarwice 69D, 26-642 Kowala, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – C..... B..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B..... C..... Piekarnia Transport Samochodowy, Kotarwice 69D, 26-642 Kowala, tytułem wpisu 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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Radomiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 17 lipca 2013 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 oraz art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759 z późn. zm., zwana dalej „ustawą Pzp”), odwołanie złożyła B..... C....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą prowadząca działalność gospodarczą pod firmą B..... C..... Piekarnia Transport Samochodowy z siedzibą w Kowali.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi Zamawiający: Burmistrza Gminy i Miasta Skaryszew, w imieniu którego działa Zespół Obsługi Oświaty w Skaryszewie w przedmiocie dowozu oraz odwozu uczniów wraz z opieką zapewnioną przez przewoźnika do placówek oświatowych na terenie gminy i miasta Skaryszew w roku szkolnym 2013/2014. Ogłoszenie o zamówieni ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 110633-2013 w dniu 13 czerwca 2013 roku.

Odwołanie wniesiono od czynności odrzucenia oferty, wskazując na naruszenie następujących przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującej, pomimo że Odwołująca uzupełniła braki oferty w wyznaczonym jej terminie, a tym samym oferta odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), w tym warunków określonych w punkcie 7.2 SIWZ,
- art. 91 ust. 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta Odwołującej nie jest najkorzystniejsza, w sytuacji, gdy głównym kryterium wyboru ofert była cena, a cena zaproponowana przez Odwołującą była najniższa.

W konsekwencji wnoszono o: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującej, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującej, wybór oferty Odwołującej, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu wskazano, że w dniu 26.06.2013 r. nastąpiło złożenie ofert w postępowaniu zorganizowanym przez Zamawiającego. Do przetargu przystąpiły dwa przedsiębiorstwa tj. Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Radomiu Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu oraz Odwołująca. Po otwarciu ofert, oferta przewozowa Odwołującej była najkorzystniejsza pod względem cenowym. Kryterium to miało decydujące znaczenie

przy wyborze oferty. W ten sposób Odwołująca uzasadniała interes prawny w złożeniu odwołania i korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Odwołująca podkreśliła, że jej oferta została bezpodstawnie odrzucona pismem datowanym na dzień 10 lipca 2013 r., doręczonym listem poleconym w dniu 12 lipca 2013 r. Kwestią istotną jest okoliczność, że firma Odwołującej spełnia wszystkie wymagania przewidziane dla oferentów.

Do wykazu Nr 3 dotyczącego wykonywanych usług dołączono dwie referencje z 2013 r. i dwie referencje - z 2011 r., które spełniały wymogi, z tym że w referencji za rok 2011 nie wpisywano wartości wykonywanej usługi. W 2012 r. Odwołująca składała do przetargu w Skaryszewie te same referencje. Zatem były one w dyspozycji organu administracji publicznej.

Urząd Gminy w Skaryszewie wystąpił do Odwołującej z pismem o uzupełnienie braków w referencji w terminie 5 dni. Najistotniejszą kwestią jest okoliczność, że pismo to nie zostało w prawidłowy sposób stronie doręczone, gdyż odebrała je osoba, która nie była zatrudniona w firmie, ani nie była domownikiem, nikt też nie upoważnił ją do odbioru korespondencji. Osoba ta nie doręczyła Odwołującej pisma, ani nie zawiadomiła o nim. W świetle powyższego zasadnym jest przyjęcie, że termin do uzupełnienia braków nie rozpoczął biegu w dniu, w którym pismo zostało odebrane przez nieuprawnioną osobę. Wobec tego Zamawiający, licząc termin od daty odbioru przez osobę nieuprawnioną, niezasadnie przyjął, że uchybiono terminowi do uzupełnienia braków i w związku z tym odrzucił ofertę. Uzupełnienie braków formalnych w terminie liczonym nieprawidłowo przez Zamawiającego od daty odbioru pisma przez osobę nieuprawnioną, było niemożliwe z uwagi to, że Odwołująca przebywała poza granicami kraju do 12 lipca 2013 r., na dowód czego załączyła bilety lotnicze oraz zwrotne potwierdzenie odbioru pisma.

Niezwłocznie po tym jak uzyskano informację o korespondencji w sprawie przetargu, pracownik wykonawcy – pani M..... K....., wykonała telefon do pracownika Zamawiającego tj. p E..... C..... zajmującej się przetargiem informując, że poprawione referencje wykonawca posiada i natychmiast je dostarczy. Dokumenty te zostały, jak już podkreślono, dostarczone niezwłocznie. Mimo tego, że dokumenty zostały doręczone w terminie, który powinien być liczony w inny sposób niż dokonał tego Zamawiający, oferta Odwołującej została odrzucona, mimo tego że zaoferowano najniższą cenę.

W związku z powyższym uznano, że wniesienie odwołanie jest uzasadnione.

Zamawiający na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. Podnosił, że nie istniały podstawy, które wskazywałyby na konieczność powzięcia wątpliwości odnośnie nieprawidłowości doręczenia Odwołującej korespondencji.

Zwrócił jednocześnie uwagę, że uzupełnione przez Odwołującą po wyznaczonym terminie dokumenty, w tym nowy wykaz usług, datowane są na 10 lipca 2013 roku, podczas gdy Odwołująca w odwołaniu twierdziła, że do dnia 11 lipca 2013 roku nie było jej w kraju.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron i uczestników postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznana za najkorzystniejszą. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę poczynione w postępowaniu odwoławczym ustalenia w zakresie stanu faktycznego, stwierdzono, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych oraz dokumentów warunkujących zgodność treści oferty z treścią SIWZ. To na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

Wykonawca decydując się na udział w danym postępowaniu przetargowym, składa wraz z ofertą informacje będące oświadczeniami wiedzy w sposób celowy. Podanie takiej, czy innej informacji powinno być rozpatrywane w kategorii starannego działania profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Wykonawcy winni wykazać wysoką

staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności, co przemawia za wymaganiem od nich dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, czy choćby ewentualnego zadawania zapytań wobec niejednoznacznego brzmienia postanowień specyfikacji. Powyższe odnieść należy również do zagadnienia dotyczącego zasad komunikowania się zamawiającego z wykonawcami i wykonawców z zamawiającym. Od profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą, która nakierowana powinna być na osiągnięcie zysków, choćby przez ubieganie się o zamówienie publiczne, można wymagać, aby dołożył należytej staranności w celu umożliwienia przekazania mu informacji warunkujących być jego oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Negatywne konsekwencje niemożliwości skomunikowania się z osobą w miejscach, w których kontakt ten według wszelkiego prawdopodobieństwa powinien być możliwy (co w przypadku przedsiębiorcy oznacza adres jego siedziby), obciążają tę osobę, gdyż powinna ona zadbać o zapewnienie możliwości porozumiewania się z nią, np. za pośrednictwem wskazanych przez nią osób (tak np. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 19 maja 1949 r., sygn. akt C 429/49, PiP 1949, z.8, s.123). Trudno za prawidłową uznać sytuację, w której przedsiębiorca ubiegający się o intratne zamówienie wyjeżdża na pewien czas i pozostawia prowadzoną firmę bez wyznaczenia pełnomocnika, osoby, która może działać w imieniu przedsiębiorcy i jest choćby upoważniona do składania oświadczeń woli dotyczących zamówień publicznych.

Sposób przekazywania oświadczeń, zawiadomień i informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uregulowany został częściowo w art. 27 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie, na mocy art. 14 ustawy Pzp, oceny tej kwestii należy dokonać za pomocą przepisów ustawy kodeks cywilny. Zgodnie z art. 61 § 1 kc oświadczenie woli jest złożone innej osobie w tej chwili, w której doszło ono do niej w taki sposób, że mogła się ona zapoznać z jego treścią. Na składającym oświadczenie woli spoczywa ciężar dowodu, że oświadczenie to doszło do adresata w sposób umożliwiający mu – według zasad doświadczenia życiowego – zapoznanie się z jego treścią. Dowodem takim może być, w przypadku korzystania ze środków porozumiewania się na odległość, pocztowy dowód nadania lub zwrotne poświadczenie odbioru. Taki dowód – zwrotne poświadczenie odbioru z podpisem pani A..... S....., świadczący o odbiorze korespondencji, został przez Zamawiającego przedstawiony. Skoro więc w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym strona Odwołująca wywodziła, że nie otrzymała skierowanej do niej korespondencji w przedmiocie wezwania do uzupełnienia dokumentów, wnioskować należy, iż to właśnie na Odwołującej spoczywał ciężar dowodu i wykazania, że nie nastąpiło prawidłowe doręczenie przedmiotowej korespondencji. Tymczasem Odwołująca na poparcie swojej tezy, poza

kopiami biletów lotniczych, poświadczającymi jedynie jej nieobecność w kraju pomiędzy 1 a 11 lipca 2013 roku, innych dowodów przemawiających za okolicznością, że nie mogła się ona zapoznać z treścią skierowanego do niej przez Zamawiającego wezwania, nie przedstawiła. Sam fakt nieobecności w kraju nie świadczy jeszcze o obiektywnej niemożliwości zapoznania się z treścią wezwania, zwłaszcza w czasach komunikacji odbywającej się za pomocą różnego rodzaju elektronicznych środków przekazu. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, nie jest konieczne, dla skuteczności złożenia oświadczenia woli innej osobie, by adresat tego oświadczenia zapoznał się z treścią pisma zawierającego oświadczenie. Za wystarczające uznaje się, że adresat miał możliwość zapoznania się z treścią pisma (tak SN w wyroku z dnia 19 lipca 2012 roku, sygn. akt II CSK 655/11, Lex nr 1228436 oraz SN w wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 roku, sygn. akt V CSK 215/11, Lex nr 1212829). Odwołująca zaś nie wykazała, że takiej możliwości nie miała. Za nie poparte żadnymi dowodami uznać należy bowiem twierdzenia Odwołującej, że korespondencję odebrała osoba do tego nieupoważniona. Oświadczenia składane przez Odwołującą charakteryzują się pewną niespójnością prezentowanego stanowiska. Na początku rozprawy przed Izbą pełnomocnik Odwołującej twierdził, że korespondencję odebrała osoba znana listonoszowi, następnie zaś wskazywał, że była to znajoma samej Odwołującej, która zobowiązała się przekazać jej korespondencję. Twierdzenia te uznać należy za co najmniej dziwne, zwłaszcza biorąc pod uwagę uregulowania ustawy Prawo pocztowe i obowiązki nałożone przez przepisy na operatorów dostarczających korespondencję. Nie przedstawiono żadnych dowodów, iż Odwołująca w przedmiocie, zdawać by się mogło, nieuprawnionego i nieprawidłowego zachowania listonosza, złożyła choćby reklamację do operatora pocztowego.

Znamienna jest w tym przypadku także okoliczność, iż korespondencję skierowaną do Odwołującej odbierały różne osoby, niekoniecznie ona sama osobiście, nie zaznaczając często funkcji, jaką dana osoba w przedsiębiorstwie Odwołującej pełni. Na żadnym potwierdzeniu odbioru znajdującym się w aktach postępowania nadesłanych przez Zamawiającego nie znajduje się pieczętka firmowa, która mogłaby potwierdzać, że korespondencję odbierają pracownicy Odwołującej. W praktycznie każdym przypadku był to jedynie podpis bliżej nieokreślonej osoby. Trudno więc byłoby uznać, że Zamawiający akurat w przypadku korespondencji dotyczącej wezwania do uzupełnienia powinien był badać bardziej wnikliwie skuteczność i prawidłowość doręczenia powyższej korespondencji lub że w tym przypadku powinien mieć wątpliwości, że wezwanie odebrała osoba nieuprawniona.

Konkludując, uznano, iż wykonawca Odwołujący się nie udowodnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tym samym skład orzekający Izby uznał, że badanie i ocena ofert w postępowaniu dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa, a oferta Odwołującej prawidłowo została z postępowania wyeliminowana w związku z nieuzupełnieniem dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w wyznaczonym do tego terminie. W prowadzonym postępowaniu nie dopatrzone się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców lub prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 stosownie do wyniku postępowania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: