

WYROK
z dnia 23 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2012 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2012 r. przez wykonawcę

Mostostal Kraków S.A. ul. Mrozowa 5, 31-752 Kraków

w postępowaniu prowadzonym przez

Kompanię Węglową S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „Carboautomatyka” S.A. ul. Budowlanych 168, 43-100 Tychy i Mifama S.A. ul. Żwirki i Wigury 4, 43-190 Mikołów** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Mostostal Kraków S.A. ul. Mrozowa 5, 31-752 Kraków** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: **dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy**) uiszczoną przez **Mostostal Kraków S.A. ul. Mrozowa 5, 31-752 Kraków** 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „przebudowę budynku płuczki miałowej w zakresie wzbogacania miałów węglowych w Kompanii Węglowej S.A. Oddział ZPMW KWK Jankowice” 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.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 7 grudnia 2011 r. w Dz. Urz. UE, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

9 maja 2012 r. odwołujący – Mostostal Kraków S.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy zamawiający zobowiązany był wezwać go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełniania oferty w zakresie DTR przenośnika taśmowego wskazanego w poz. 10 załącznika nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zatrzymanie wadium ze względu na niezłożenie przez odwołującego stosownych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, podczas gdy odwołujący stosowanie do wezwania uzupełnił wnioskowane dokumenty,

3. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty najkorzystniejszej w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony odwołujący ze względu na odrzucenie jego oferty przez zamawiającego,

4. art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zatrzymanie wadium, podczas gdy brak uzupełnienia dokumentów wynikał z przyczyn nieleżących po stronie odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji, w przypadku uznania, że konieczne jest wezwanie do uzupełnienia dokumentów, wezwania odwołującego się do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3. unieważnienie czynności zatrzymania wadium odwołującemu, a w przypadku realizacji gwarancji wadialnej – nakazanie zamawiającemu zwrotu zatrzymanego wadium odwołującemu,

4. unieważnienie czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający odrzucił jego ofertę ze względu na nieuzupełnienie oferty o DTR przenośnika taśmowego wskazanego w poz. 10 załącznika nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia powołując się na pismo z 4 kwietnia 2012 r. przesłane do odwołującego za pomocą faksu, w którym wzywa odwołującego do uzupełnienia oferty o: „załącznik nr 10 do SIWZ – zawierający pozycje 1,9 11,14 wymienione w załączniku nr 8 (str. 112) oraz DTR/Instrukcję zaproponowanego urządzenia równoważnego dla ww. pozycji zgodnie z pkt. XVIII ust. 2 SIWZ”.

Odwołujący przesłał uzupełniony załącznik nr 10 wraz ze stosownymi DTR, w którym zawarto pozycje nr 1, 9, 11 i 14 z załącznika nr 8 przesłanego na etapie składania ofert do zamawiającego. W związku z faktem, że zamawiający nie wzywał do uzupełnienia innych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołujący nie miał prawnej możliwości przesłania innych dokumentów, w tym DTR przenośników taśmowych wskazanych w poz. 10 załącznika nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiającemu przysługiwałaby możliwość odrzucenia oferty, jeżeli odwołujący nie uzupełniłby dokumentów na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak w przedmiotowej sprawie nie wystąpiła ta okoliczność, gdyż odwołujący wszystkie dokumenty wskazane w wezwaniu dostarczył w wyznaczonym terminie.

Odwołujący po otrzymaniu pisma o odrzuceniu oferty zwrócił się do zamawiającego o podanie przyczyn odrzucenia oferty i zatrzymania wadium w świetle ww. stanu faktycznego. Zamawiający poinformował go, że w piśmie z 4 kwietnia 2012 r. wzywał o uzupełnienie również pozycji 10., gdyż w piśmie wskazał na konieczność uzupełnienia załącznika nr 10 o pozycje 1, 9 – 11, 14, wymienione w załączniku nr 8. a więc również pozycję 10.

Odwołujący nie zgadza się z tym stanowiskiem. Pismo przesyłane było jedynie drogą faksową, której jakość transmisji danych jest niższa niż pism przesyłanych drogą elektroniczną czy pocztą. W piśmie otrzymanym od zamawiającego nie jest możliwe zidentyfikowanie przedmiotowego „myślnika”, który oznaczałby, że odwołujący winien również zamieścić DTR dla pozycji 10. To po stronie zamawiającego leży precyzyjne i konkretne wskazanie dokumentów, uzupełnienia których się domaga. Wskazanie pozycji poprzez wymienienie ich numerów z zastosowaniem znaków interpunkcyjnych i myślnika z jednoczesnym nieprawidłowym zastosowaniem odstępu pomiędzy cyframi, w zestawieniu z funkcją wyjustowania tekstu nie pozwala na przyjęcie, że zamawiający wzywał do

uzupełniania również pozycji 10. Prawidłową praktyką zamawiającego w przypadku wezwania do uzupełniania dokumentów winno być ich enumeratywne wyliczenie, które nie pozostawiałoby wątpliwości co do zakresu wezwania.

Jeśliby nawet uznać, że w piśmie znajdował się przedmiotowy myślnik, to odbiór tego pisma przez odwołującego z faksu już tego myślnika nie zawiera – dlatego zastosowanie ma zapis art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych przewidujący brak możliwości zatrzymania wadium w przypadku, gdy brak złożenia dokumentu w odpowiedzi na wezwania w trybie 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy. Odwołujący nie miał wiedzy i w świetle przedstawionego wydruku z faksu nie mógł mieć wiedzy, że zamawiający domaga się również uzupełnienia pozycji nr 10. Jest oczywiste, że na wezwanie zamawiającego taki dokument również zostałby uzupełniony, gdyż jest on dokumentem o podobnym charakterze jak cztery pozostałe, których uzupełnienia zamawiający się domagał i które zostały uzupełnione. Nie ma racjonalnych podstaw do przyjęcia założenia, że odwołujący w sposób zawiniony nie przedłożył dokumentu DTR dotyczącego jednej pozycji załącznika 8 narażając się na sankcję zatrzymania wadium.

Dominujący pogląd orzecznictwa i doktryny zakłada, że zatrzymanie wadium w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma miejsca, gdy niezłożenie dokumentów było następstwem okoliczności, na które obiektywnie rzecz ujmując, przy dochowaniu należytej staranności, wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Tak więc podstawa do zatrzymania wadium zachodzi wyłącznie w przypadku zawinionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę.

Odwołujący podniósł też, że samo domaganie się przez zamawiającego uzupełnienia dokumentów DTR dla pozycji wskazanych w załączniku nr 8 było niezasadne, bowiem wskazane w załączeniu do oferty zestawienie urządzeń w oparciu o załącznik nr 8 wskazuje na dostawę urządzeń zgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i projektem wykonawczym. W dołączonym do oferty odwołującego załączniku nr 10 – wykazie maszyn, urządzeń i materiałów równoważnych, odwołujący nie wymienił urządzeń określonych w pozycji 10. załącznika nr 8 (tj. przenośników taśmowych B1200:04.402; 04.044; 04.045; 04.030; 04.188), co oznacza, że nie są one urządzeniami równoważnymi w rozumieniu punktu XVIII ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem zamawiający powinien przyjąć, że dostarczone maszyny i urządzenia będą zgodne z odpowiednimi projektami wykonawczymi.

Tym samym zasadne jest domaganie się przez odwołującego nakazania zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji, w przypadku uznania, że konieczne jest wezwanie do uzupełnienia dokumentów, wezwania odwołującego się do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

unieważnienie czynności zamawiającego zatrzymującej wadium, ewentualnie zwrot wadium zatrzymanego oraz unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy wniosk o oddalenie odwołania w całości stwierdzając, iż jest ono niezasadne. Okazał z dokumentacji postępowania pismo wzywające odwołującego do uzupełnienia dokumentów wraz z raportem wysłania faksu zawierającym skan wysyłanego dokumentu. Stwierdził, iż nie jest istotną kwestią poprawność językowa pisma, tylko to, czy się ten myślnik znajdował i czy wykonawca został do uzupełnienia pozycji 10. wezwany. Zamawiający nie ma ustalonego jednego szablonu pism i chociaż w piśmie do FAMUR S.A. wymieniał wszystkie pozycje po kolei, to w piśmie do Grupy Kapitałowej WONAM S.A. już zastosował myślnik dla przedziału 9 – 13. Zwraca uwagę, iż również odwołujący w swoim piśmie przewodnim do uzupełnianych DTR zastosował zapis „poz. 2÷5”.

Zamawiający nie musi pytać wykonawcy, dlaczego nie złożył żadnych dokumentów. Przepis art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych w ogóle nie odnosi się w swojej treści do umowy wykonawców, co prawda takie uzasadnienie wprowadzenia przepisu znalazło się w projekcie, ale sam projekt nie stanowi prawa, zatem zamawiający zastosował się do treści przepisu oraz orzecznictwa zabierając wadium przy braku uzupełnienia dokumentów.

We wskazanych przez niego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów pozycjach nie przewidziano użycia zaprojektowanych urządzeń. W pozycji 9 – 11 wskazane zostały trzy przenośniki produkcji firmy PATENTUS, natomiast zgodnie z projektem wykonawczym – branża technologiczna maszynowa (str. 14–17) dla przenośników zaprojektowanych zostały wskazane nazwy producentów (dostawców) – są to MIFAMA/ WAMAG/ FUGOR, napęd Nord. Zatem w sposób oczywisty nie jest to firma PATENTUS. Tym samym odwołujący zaoferował w tych trzech pozycjach przenośniki równoważne i oczywiste jest, że zamawiający nie wzywałby do uzupełnienia dokumentacji dotyczącej 2 z 3 przenośników. Zwraca uwagę, iż termin na odwołanie dotyczący wezwania do uzupełnienia z 4 kwietnia upłynął 14 kwietnia i w tym okresie odwołujący mógł kwestionować, że zaoferował urządzenia właściwe, a nie równoważne. Zamawiający nie kwestionuje, iż zaoferowane urządzenia dla poz. 9 i 11 są równoważne, gdyż potwierdziły to parametry techniczne wskazane w uzupełnionej dokumentacji, natomiast nie może zweryfikować poz. 10 jako zgodnej lub niezgodnej.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki „Carboautomatyka” S.A. i Mifama S.A. wnosząc o oddalenie odwołania i przedstawiając argumentację analogiczną do zamawiającego.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie 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, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba przyjęła w poczet dowodów oryginał pisma z 4 kwietnia 2012 r. wzywającego odwołującego do uzupełnienia dokumentów, przedstawiony przez zamawiającego z dokumentacji postępowania przetargowego oraz wydruk tego pisma z faksu przedstawiony przez odwołującego w załączeniu do odwołania. Izba nie znalazła podstaw, by kwestionować prawdziwość któregoś z tych dokumentów. Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że w obu pismach cyfry zawierające wyliczenie wymaganych pozycji są oddzielone inną długością odstępów, co może sugerować, że są to inne pisma – oprócz tej okoliczności, że pismo wydrukowane przez faks zostało wydrukowane w innej skali niż pismo oryginalne (pomniejszone).

Izba przyjęła w poczet dowodów również ekspertyzę filologiczną z 21 maja 2012 r. wykonaną przez dr. Jarosława Liberka z Instytutu Filologii Polskiej Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu oraz opinię dr Małgorzaty Judy – Mieloch, biegłego sądowego w dziedzinie językoznawstwa – kultury języka z 21 maja 2012 r.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uznanie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podczas gdy zamawiający zobowiązany był wezwać go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełniania oferty w zakresie DTR przenośnika taśmowego wskazanego w poz. 10 załącznika nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. W tym miejscu należy przyznać rację zamawiającemu, iż nawet jeśli popełnił on błąd interpunkcyjny używając dywizu zamiast półpauzy (niestety, zasady interpunkcji przy użyciu edytora tekstów nie są powszechnie znane, a użytkownicy opierają się na automatycznym wyborze długości znaków pisarskich przez edytor tekstów Word, który jako znaku podstawowego przy braku spacji używa dywizu) albo nieprawidłowo pominął spację (choć w tej kwestii np. internetowy słownik ortograficzny PWN <http://so.pwn.pl> punkt „Zasady pisowni i interpunkcji” wskazuje, że „W druku liczby arabskie oznaczające przedział od — do rozdziela się półpauzą, czyli kresczką średniej wielkości, niemającą po bokach odstępów,

np. 1914–1918.”), to nie jest to błąd mający znaczenie prawne w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 179 ust. 1 tej ustawy wskazuje bowiem wyraźnie, że podstawą wniesienia (i tym samym uznania za uzasadnione) środków ochrony prawnej jest naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Podobną treść ma także art. 180 ust. 1 ustawy wskazując na czynność niezgodną z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (ewentualnie zaniechanie czynności, do której zamawiający był zobowiązany). Za takie naruszenie prawa natomiast nie można uznać zapisu w piśmie „9-11” zamiast „9 – 11” lub „9–11” albo wymienienia „9, 10, 11”. Niewątpliwie w piśmie wysłanym przez zamawiającego znalazł się zapis wskazujący na przedział cyfr od 9 do 11, czyli również pozycję 10. (ślądu użytego dywizu, po dokładnym przyjrzeniu się, można dopatrzeć się też w piśmie wydrukowanym z faksu). Tym samym należy uznać, że zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia tych dokumentów w sposób poprawny, a trudno obciążać go skutkami złej jakości tonera w telefaksie odwołującego.

Jednocześnie jednak, zdaniem Izby, zaistniałą sytuację można uznać za niefortunny splot okoliczności powodujący, iż odwołujący nie uzupełnił dokumentów dla pozycji 10. z przyczyn nieleżących po jego stronie, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Złożyły się na nie:

1. wskazane powyżej użycie przez zamawiającego dywizu, czyli najkrótszego ze znaków określanych potocznie jako „myślnik”, zamiast dłuższego (pauzy lub półpauzy), który dokładniej zostałby odwzorowany przez urządzenia przesyłające tekst,
2. przesłanie pisma wyłącznie za pomocą faksu – zatem odwołujący nie mógł porównać otrzymanego pisma z innym jego egzemplarzem,
3. niska jakość tonera w faksie odwołującego – z wyglądu wydruku pisma można wnioskować, że toner prawdopodobnie „kończył się”, lecz jednocześnie jakość ta była na tyle dobra, że ogólnie całe pismo było czytelne (przynajmniej poza spornym brakującym dywizem), zatem nie było potrzeby dodatkowego ustalania jego treści lub proszenia o jego ponowne przesłanie. Owszem, jak już Izba stwierdziła powyżej, po bardzo dokładnym przyjrzeniu się pismu, znając przedmiot sporu, można zauważyć ślad owego dywizu, jednak w normalnych warunkach – a w odniesieniu do takich należy oceniać zachowanie odwołującego – żaden odbiorca pisma nie bada w ten sposób otrzymanej korespondencji. Podobnie brakujące znaki interpunkcyjne (w tym wypadku ewentualny przecinek pomiędzy cyframi 9 i 11) albo pozostają niezauważone, albo są tłumaczone jako niestaranność w przygotowywaniu pisma,
4. być może po otrzymaniu pisma odwołujący mógł zastanawiać się, z jakiego powodu zamawiający wezwał go do uzupełnienia jedynie pozycji 9. i 11., a nie 10. – dotyczącej podobnego asortymentu, lecz z praktyki postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że takie sytuacje się zdarzają, z różnych powodów, a wykonawcy są zobowiązani

uzupełnić tylko te dokumenty, o które są wzywani, zatem często nie reagują na takie „braki” po stronie zamawiającego zadając pytania o niepełny zakres wezwania (ewentualnie bowiem zostaną wezwani dodatkowo po raz drugi).

Ze względu na treść art. 192 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może jednak uwzględnić odwołania i nakazać zamawiającemu zwrotu wadium. Izba może bowiem nakazać zamawiającemu wykonanie lub unieważnienie danych czynności uwzględniając odwołanie, a z kolei uwzględnić odwołanie może jedynie, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych mające wpływ na wynik postępowania. W niniejszej sprawie odrzucenie oferty odwołującego Izba uznała za prawidłowe (a tym samym również za niezasadny zarzut dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej), a samo zatrzymanie odwołującemu wadium nie ma wpływu na wynik postępowania. Zatem odwołujący może dochodzić zwrotu wadium na ogólnych zasadach przed sądem powszechnym, który jednak nie jest związany niniejszym wyrokiem ani opinią Izby.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

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. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 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: