

WYROK
z dnia 22 listopada 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2012 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2012 roku przez **Odwołującego – Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo Handlowe EKO-ENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach**

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo Handlowe EKO-ENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo Handlowe EKO-ENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego** - Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowo Handlowego EKO-ENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, na rzecz **Zamawiającego** - Kompanii Węglowej S.A. z siedzibą w Katowicach, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 Katowicach**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 9 listopada 2012 roku (pismem z dnia 8 listopada 2012 roku) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 Nr 113 poz. 759 ze zm.), zwane dalej „ustawą Pzp” odwołanie złożył wykonawca **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo-Handlowe EKO-ENERGIA Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**. Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Remont silników elektrycznych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w latach 2013 – 2014” prowadzi Zamawiający Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09/10/2012 pod numerem 2012/S 194-319693.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- art. 41 pkt 10 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w błąd oferentów wskazaniem nieprawidłowego adresu składania ofert. W SIWZ oraz w ogłoszeniu o przetargu umieszczona została informacja adresowa o miejscu fizycznego złożenia ofert: Katowice, ul. Powstańców 30 pok. 302A. Tymczasem faktycznym miejscem przyjmowania ofert był pok.28, ale w budynku pod adresem: Katowice, ul. Powstańców 28 .
- art. 84 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności otwarcia oferty, pomimo oficjalnego oświadczenia (przed aktem otwierania ofert) o opóźnieniu w jej dostarczeniu.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony poprzez Zamawiającego w postępowaniu, ponieważ oferta Odwołującego spełnia kryteria konkurencyjności i powinna znaleźć się w gronie ofert przyjmowanych do umowy ramowej Zamawiającego. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego, a co za tym idzie Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Wskazując na powyższe wniesiono o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) czynności przywrócenia ważności oferty Odwołującego i wprowadzenie jej na listę ofert stanowiących podstawę zawarcia umów ramowych w oferowanym zakresie;
- 2) unieważnienie decyzji o nie przyjęciu oferty Odwołującego do przetargu.

Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 06 listopada 2012 roku. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 ustawy Pzp został dochowany. Kopia odwołania przekazana została Zamawiającemu.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający rozstrzygnął postępowanie w

dniu 06.11.2012 roku powiadamiając Odwołującego o nie przyjęciu oferty ze względu na przekroczenie terminu złożenia oferty o 8 minut.

Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego i podnosi co następuje:

1. Zarzut naruszenia art. 41 pkt 10 ustawy Pzp

Zamawiający wprowadził w błąd oferentów przez wskazanie nieprawidłowego adresu składania ofert w SIWZ i ogłoszeniu. Błąd ten spowodował, że odnalezienie budynku pod właściwym adresem i właściwego pokoju przez pracownika Odwołującego było przyczyną 8 - minutowego opóźnienia, decydującego o terminowym złożeniu oferty. Porównanie cen Odwołującego z cenami ogłoszonymi na otwarciu ofert wykazuje, że są one konkurencyjne i kwalifikowałyby Odwołującego do zawarcia umowy ramowej z Zamawiającym.

2. Zarzut naruszenia art. 84 pkt. 2 ustawy Pzp

Zamawiający niezgodnie z prawem dokonał czynności otwarcia oferty, pomimo oficjalnego oświadczenia o odrzuceniu jej z postępowania. Niniejszy artykuł ustawy nakazuje niezwłoczne powiadomienie wykonawcy i zwrot oferty po upływie terminu do wniesienia odwołania. Żaden z artykułów ustawy nie uprawnia Zamawiającego do otwarcia oferty i zapoznawania się z jej zawartością w takim przypadku. Tym samym Zamawiający naruszył tajemnicę handlową Odwołującego. Fakt otwarcia oferty powinien zostać zatem zakwalifikowany jako uznanie oferty za ważną i biorącą udział w postępowaniu.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych pisemnie i ustnie 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.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zamawiający w rozdziale XXV SIWZ określił miejsce i termin składania ofert w następujący sposób: *ofertę należy złożyć w nieprzejrystym, zamkniętym opakowaniu w siedzibie Zamawiającego Kompania Węglowa S.A. 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30*

Biuro Zamówień Publicznych i Przetargów, pokój nr 302A w godz. urzędowania, tj. od poniedziałku do piątku w godz. 7.00 do 15.00 w terminie do dnia 06.11.2012 r. do godz. 9.30. Otwarcie ofert wyznaczono na godz. 10.00 w Kompanii Węglowej 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30, sala nr 301A.

Według adnotacji dokonanej przez pracownika Zamawiającego na kopercie zawierającej ofertę Odwołującego, została ona złożona w dniu 6 listopada 2012 roku o godzinie 09.38.

Zamawiający w protokole z postępowania zamieścił adnotację, iż 8 ofert w postępowaniu złożono przed wyznaczonym terminem na ich składanie. Natomiast ofertę nr 9 złożono o godz. 09.38 w pokoju 302A, tj. 8 minut po upływie terminu określonego w ogłoszeniu oraz SIWZ. Datę i godzinę złożenia oferty potwierdził na wykazie Pan Krzysztof K., który składał przedmiotową ofertę. W związku z powyższym prowadzący otwarcie ofert Z-ca Przewodniczącego Komisji Przetargowej otworzył ofertę, odczytał jedynie nazwę i siedzibę Wykonawcy.

W zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, to co do zasady należy zgodzić się z Zamawiającym, iż zarzut naruszenia art. 41 pkt 10 ustawy Pzp uznać można za zgłoszony po terminie, ponieważ dotyczy on treści ogłoszenia o zamówieniu, gdzie upłynął już termin na korzystanie ze środków ochrony prawnej. Zauważyć także należy, iż oczywistym jest to, że na wykonawcach ciąży obowiązek dołożenia należytej staranności w celu prawidłowego i terminowego złożenia oferty. Niemniej jednak działania Zamawiającego nie mogą cechować się dowolnością i utrudniać wykonawcom wykonania czynności niezbędnych do wzięcia udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, Zamawiający podaje w SIWZ miejsce i termin składania ofert. Podkreślić należy, że wypełniając obowiązek określenia miejsca składania ofert, Zamawiający powinien wskazać dokładną lokalizację siedziby czy biura, w którym oferty mają być złożone i tak należałoby rozumieć zarzut podniesiony przez Odwołującego na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że określenie dokonane w SIWZ miejsca składania ofert wprowadzało wykonawców w błąd.

Tym niemniej zarzut ten (nawet tak rozumiany) nie zasługiwał na uwzględnienie. Złożone przez Zamawiającego zdjęcie ilustrujące wygląd wejścia do budynku, gdzie znajduje się siedziba Zamawiającego oraz zdjęcie przedstawiające wygląd tablicy informacyjnej pozwalają na przyjęcie, że możliwe było odnalezienie miejsca składania ofert i złożenie oferty przed upływem terminu. Choć z odwołania nie wynika, że Odwołujący wprost kwestionował, że ofertę de facto złożono w terminie, to poza głośnym twierdzeniem, Odwołujący na powyższą okoliczność nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, że to z powodu działań czy też zaniechań Zamawiającego wykonawca ciężącego na nim

obowiązku nie mógł dopełnić.

Wymóg prawidłowego oznaczenia miejsca składania ofert został w ocenie składu orzekającego Izby spełniony, w SIWZ podano adres budynku (biurowca), w którym znajduje się m.in. biuro Zamawiającego, określono numer pokoju, w którym przyjmowane będą oferty. Zamawiający na rozprawie zaznaczył, że jest to główne wejście do budynku, gdzie znajduje się stanowisko ochrony i recepcja, gdzie z pewnością (w przypadku jakichkolwiek wątpliwości) można było uzyskać niezbędne informacje. Z tablicy informacyjnej niezbitnie wynika, że Biuro Zamówień Publicznych i Przetargów znajduje się w pokoju 302.

Co do drugiego z zarzutów, to zgodnie z treścią art. 84 ust. 2 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, Zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawcę o złożeniu oferty po terminie oraz zwraca ofertę po upływie terminu na wniesienie odwołania. Z przywołanego przepisu wynika, że ustawodawca przewidział możliwość skutecznego zakwestionowania, poprzez złożenie odwołania, decyzji Zamawiającego o uznaniu oferty za złożoną po terminie. Konsekwencją stwierdzenia w postępowaniu odwoławczym, że decyzja Zamawiającego była błędna, winno być więc jej naprawienie, poprzez nakazanie Zamawiającemu oceny spornej oferty.

Zgodzić należy się ze stanowiskiem Zamawiającego zaprezentowanym na rozprawie, iż art. 84 ust. 2 ustawy Pzp w obecnym brzmieniu nie nakazuje zwrotu oferty złożonej po upływie terminu bez jej otwierania. Nie ma zatem żadnego przepisu, który nie uprawniałby Zamawiającego do otwarcia oferty (na co wskazywał Odwołujący), ani też żadnego przepisu, który wprost zabraniałby Zamawiającemu otwarcie takiej oferty. Za spójną i logiczną uznano interpretację Zamawiającego, iż zgodnie z art. 86 należy otworzyć wszystkie oferty, również ofertę złożoną po terminie, ponieważ nie jest możliwe powtórzenie czynności otwarcia ofert, a w przypadku uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 84 ust. 2 ustawy Pzp możliwa jest ocena takiej oferty i nie zachodzi konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: