

WYROK
z dnia 29 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 14 grudnia 2010 r. wniesionego przez wykonawcę Zbigniew Wnuk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Zbigniew Wnuk, ul. Skłodowskiej-Curie 27/22, 42-200 Częstochowa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego ENION Spółka Akcyjna, 30-390 Kraków ul. Zawila 65L

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę Zbigniew Wnuk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Zbigniew Wnuk, ul. Skłodowskiej-Curie 27/22, 42-200 Częstochowa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę wykonawcę Zbigniew Wnuk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Zbigniew

Wnuk, ul. Skłodowskiej-Curie 27/22, 42-200 Częstochowa, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający: ENION Spółka Akcyjna, 30-390 Kraków ul. Zawila 65L wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na »Dostawę kabli i przewodów dla potrzeb EnergiaPro Spółka Akcyjna, Enion Spółka Akcyjna, Południowy Koncern Energetyczny Spółka Akcyjna, Południowy Koncern Węglowy Spółka Akcyjna«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 i Nr 161, poz. 1078) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

02.10.2010 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 192-293709.

07.12.2010 r. zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Tele-Fonika Kable sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Welicka 114, 30-663 Kraków;**
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy Zbigniew Wnuk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Zbigniew Wnuk, ul.

Skłodowskiej-Curie 27/22, 42-200 Częstochowa.

14.12.2010 r. wykonawca Zbigniew Wnuk prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Zbigniew Wnuk, ul. Skłodowskiej-Curie 27/22, 42-200 Częstochowa wniósł do Prezesa KIO odwołanie w zakresie 7 części zamówienia.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 87 ust. 1 Pzp, przez jego niezastosowanie tj. zaniechanie przez zamawiającego czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty w sytuacji gdy oświadczenie odwołującego dotyczące wielkości udziału towarów pochodzących z państw członkowskich UE lub państw z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowę o równym traktowaniu przedsiębiorców, pozostawało w sprzeczności z treścią załączonych do oferty dokumentów jednoznacznie wskazujących na pochodzenie towarów z Polski;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niezastosowanie tj. zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę TELE-FONIKA Kable Sp. z o.o. Spółka Komandytowo Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Wielicka 114, 30-

3

663 Kraków w sytuacji gdy treść jego oferty pozostaje w sprzeczności z treścią specyfikacji w zakresie terminu realizacji zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego;
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert a w konsekwencji:
 - a) nakazanie zamawiającemu wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do rzeczywistego udziału zaoferowanych towarów pochodzących z państw członkowskich UE lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowę o równym traktowaniu przedsiębiorców,
 - b) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę TELE-FONIKA z uwagi na sprzeczność oferty z treścią specyfikacji w zakresie terminu realizacji zamówienia.

Argumentacja odwołującego

Pismem z 06.12.2010 r., które odwołujący otrzymał faksem 07.12.2010 r. zamawiający poinformował, że na realizację części 7 zamówienia została wybrana jako najkorzystniejsza oferta złożona przez wykonawcę TELE-FONIKA, natomiast oferta odwołującego została odrzucona. Jako przyczynę odrzucenia oferty zamawiający wskazał treść oświadczenia odwołującego, z którego wynikało, że udział towarów pochodzących z państw członkowskich UE lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowę o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%.

Na realizację części 7 zamówienia zostały złożone 2 oferty, z których oferta odwołującego była najkorzystniejsza, zawierała cenę najniższą (kryterium 100% cena), w związku z tym odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania gdyż nieodrzuconie jego oferty skutkowałoby uzyskaniem przez niego zamówienia na realizację części 7 zamówienia.

W ocenie odwołującego odrzucenie oferty odwołującego jest bezzasadne.

Przedmiotem postępowania przetargowego była dostawa kabli i przewodów. Odwołujący składając ofertę działał tylko i wyłącznie jako przedstawiciel polskiego producenta kabli i przewodów, działającego pod firmą Zakłady Kablowe Bitner Celina Bitner z siedzibą w Krakowie, ul. Friedliena 3/3 z zakładem produkcyjnym w Trzyciążu 165 k. Krakowa co potwierdzają załączone do oferty dokumenty.

4

Odwołujący w załączniku nr 1 do oferty, w treści oświadczenia dotyczącego udziału towarów pochodzących z państw członkowskich UE lub państw, z którymi Wspólnota

Europejska zawarła umowę o równym traktowaniu przedsiębiorców, omyłkowo przekreślił zwrot „przekracza” 50%, skutkiem czego było przyjęcie przez zamawiającego, że udział ten nie przekracza 50%, a w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego. W rzeczywistości jednak wszystkie wskazane w ofercie odwołującego towary pochodzą z Polski, jako wyprodukowane przez polskiego producenta, co potwierdzają załączone do oferty dokumenty.

Zamawiający dokonując badania i oceny oferty odwołującego oparł swoje rozstrzygnięcie tylko i wyłącznie na ww. omyłkowym oświadczeniu, którego treść pozostaje w oczywistej sprzeczności z załączonymi do oferty dokumentami, do których złożenia wykonawca był zobligowany postanowieniami specyfikacji tj:

- 1) decyzje Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego dopuszczające do produkcji przez Zakłady Kablowe Bitner w Krakowie materiały będące przedmiotem postępowania;
- 2) deklaracje zgodności WE na wyroby będące przedmiotem postępowania przetargowego, w których jako producenta wskazano Zakłady Kablowe Bitner w Krakowie;
- 3) atesty wskazujące, jako producenta wyrobów będących przedmiotem postępowania przetargowego Zakłady Kablowe Bitner w Krakowie.

Dokumenty te nie były kwestionowane przez zamawiającego, a ich treść jednoznacznie potwierdza, że materiały na realizację zamówienia pochodzą z Polski, od polskiego producenta.

Zdaniem odwołującego w powyżej opisanej sytuacji zamawiający powinien zwrócić się do odwołującego o wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie sprzeczności, jaka zachodziła pomiędzy oświadczeniem o pochodzeniu towarów, a dokumentami potwierdzającymi ich pochodzenie.

Zgodnie z pkt 11.3.6 specyfikacji, zamawiający wzywa w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń lub dokumentów.

Uznać należy, że skutkiem zaniechania zamawiającego w zakresie wyjaśnienia treści oferty było bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego. Wyjaśnienie treści oświadczenia było jak najbardziej uzasadnione, gdyż zgodnie z wyrokiem KIO/UZP z 27 lipca 2009 r. (KIO/UZP-867/09) prawo żądania wyjaśnień obejmuje żądanie wyjaśnień w stosunku do treści oferty *sensu largo*, a nie tylko oferty *sensu stricte*. Za powyższym przemawia fakt, że wyjaśnienie sprzeczności, o których mowa, nie skutkowałoby dokonaniem jakichkolwiek zmian w treści złożonej oferty.

Omyłkowe oświadczenie odwołującego odczytywać należy w świetle art. 65 § 1 Kc, zgodnie z którym „oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na

okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”. Ze względu na okoliczności, treść złożonych dokumentów potwierdzających pochodzenie towarów, można jednoznacznie ustalić intencje odwołującego, iż jego zamiarem było realizowanie zamówienia w pełni towarami pochodzącymi z państw członkowskich UE. W przeciwnym razie przygotowywanie oferty oraz jej złożenie zamawiającemu byłoby niecelowe, gdyż z góry skazywałoby ofertę odwołującego na odrzucenie z uwagi na postanowienia specyfikacji mówiące o odrzuceniu oferty w sytuacji, gdy udział towarów pochodzących z państw członkowskich UE lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowę o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%. Przesłanka ta mimo złożenia przez odwołującego omyłkowego oświadczenia nie została względem odwołującego spełniona, gdyż udział towarów zaoferowanych przez odwołującego, w rzeczywistości udział towarów z państw członkowskich UE lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowę o równym traktowaniu przedsiębiorców stanowi w ofercie 100% co nie pozwala na odrzucenie oferty odwołującego.

Ponadto w treści § 4 ust. 7 i ust. 8 projektu umowy zaakceptowanego przez odwołującego, zamawiający zastrzegł sobie możliwość sprawdzenia w każdym czasie w trakcie obowiązywania umowy źródła pochodzenia przedmiotu zamówienia (producenta). W sytuacji gdy zamawiany produkt nie będzie pochodził od deklarowanego producenta zamawiający ma prawo do natychmiastowego rozwiązania umowy z winy wykonawcy. Z powyższego wynika, że zamawiający określając pochodzenie przedmiotu zamówienia wskazuje na producenta, a co więcej w trakcie realizacji zamówienia nie jest możliwe aby

wykonawca dostarczył materiały innego producenta niż wskazanego w dokumentach dołączonych do oferty.

Dołączone do oferty dokumenty, o których mowa wyżej jednoznacznie wskazują na pochodzenie towarów od polskiego producenta Zakłady Kablowe Bitner Celina Bitner z siedzibą w Krakowie.

Zdaniem odwołującego oferta wykonawcy TELE-FONIKA na realizację części 7 zamówienia powinna zostać przez zamawiającego odrzucona z uwagi na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji. W ofercie wykonawca wskazał termin realizacji przedmiotu zamówienia 21 dni kalendarzowych dla kabli i przewodów górniczych natomiast w pkt 6.2.1 specyfikacji zamawiający określił termin realizacji dostaw do 7 dni kalendarzowych od złożenia zamówienia.

14.12.2010 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

6

16.12.2010 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

20.12.2010 r. (poniedziałek) wykonawca **Tele-Fonika Kable sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Melicka 114, 30-663 Kraków** złożył:

- (1) Prezesowi KIO,
- (2) zamawiającemu i
- (3) odwołującemu

– zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp) po stronie zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający ustanowił w ust. 11.3.1 lit. b (str. 13) specyfikacji, że oferta musi zawierać wypełniony formularz oferty (wg załącznika nr 2 do specyfikacji). Ponadto w ust. 12 pkt 9 (str. 15) specyfikacji zamawiający zawarł postanowienie, że odrzuci ofertę jeżeli cyt. »zawarty w niej udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%«. Zamawiający postawił w specyfikacji to wymaganie zgodnie z art. 138c ust. 1 pkt 4 Pzp. W związku z przytoczonym wymaganiem zamawiający zażądał od

7

wykonawców złożenia oświadczenia, że udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców przekracza 50% albo nie przekracza 50%. W zaproponowanym formularzu takiego oświadczenia stanowiącym załącznik nr 3 do specyfikacji, którego do sporządzenia oferty i załączników do oferty użył odwołujący,

należało skreślić niepotrzebne wyrazy.

Ze złożonego oświadczenia, które odwołujący załączył do oferty, jednoznacznie wynika, że udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców nie przekracza 50%. Oświadczenie to jest jednoznaczne i – zgodnie z paremią *Clara non sunt interpretanda* – nie dokonuje się wykładni tego, co jasne, takie oświadczenie nie może podlegać wyjaśnieniom. Ponadto w tekście tej samej oferty nie znalazły się oświadczenia wykonawcy odnośnie państw pochodzenia oferowanych towarów, aby zamawiający mógł rozważać możliwość zaistnienia omyłki w rozpoznawanym oświadczeniu.

Odwołujący wskazuje na załączone obligatoryjnie do oferty deklaracje zgodności i inne dokumenty, jednak dokumenty te nie wskazują jednoznacznie na kraj pochodzenia towaru omawianego w dokumencie. W związku z tym zamawiający nie miał uprawnienia do badania oferty w przedmiotowym zakresie i żądać od wykonawcy wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

Ponadto zamawiający nie mógł w rozpoznawanym zakresie poprawić w ofercie kwestionowanego passusu, jako innej omyłki, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Po pierwsze nic w ofercie nie wskazywało na popełnienie omyłki, co zostało wykazane wyżej. Po drugie ewentualna omyłka (gdyby uznać jednoznaczne wykreślenie za omyłkę) nie polegała na niezgodności oferty ze specyfikacją. Po trzecie poprawa wykreślenia w ofercie powodowałaby istotną zmianę w treści oferty.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutu odwołującego dotyczącego zaniechania czynności wezwania do wyjaśnień odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji w zakresie terminu realizacji zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w ust. 6.2.1 (str. 7) specyfikacji ustanowił cyt. »Wymagany termin realizacji dostawy: do 7 dni kalendarzowych od dnia złożenia zamówienia«, natomiast w ust. 4 formularza oferty zamawiający ustanowił cyt. »Zobowiązujemy się zrealizować przedmiot zamówienia: sukcesywnie w okresie od daty podpisania umowy przez okres 12 miesięcy w terminie: do 21 dni kalendarzowych [...] od dnia złożenia zamówienia«. Rozbieżność między

8

tymi terminami była spowodowana zastosowaniem się wykonawców do zaproponowanego przez zamawiającego formularza oferty. Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Izby, błędy zamawiającego nie powinny nieść za sobą negatywnych konsekwencji dla wykonawców. Dlatego zastosowanie się przez wykonawcę do postanowień specyfikacji i załączników do tego dokumentu w rozpoznawanej sprawie nie może skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy, który zastosował się do wskazań zamawiającego.

W związku z powyższym skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutu odwołującego dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji w zakresie terminu realizacji zamówienia.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania. Izba nie uznała za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika uczestnika postępowania, gdyż zgodnie 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238) koszty uczestnika postępowania można zaliczyć tylko w przypadku określonym w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2 tego rozporządzenia, a taka sytuacja nie miała miejsca w rozpoznawanym postępowaniu.

Przewodniczący:

.....

