

Sygn. akt: KIO 776/11

**WYROK**

**z dnia 27 kwietnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2011 r. przez wykonawcę **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Toruń, 87-100 Toruń, ul. Wały Generała Sikorskiego 8.**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9** 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 Toruniu.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

I. Gmina Miasto Toruń (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Budowa hali sportowo - widowiskowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ul. Bema w Toruniu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 5 listopada 2010 r., poz. 2010/S 215-329942 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 14 kwietnia 2011 r. Skanska SA (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) zaniechaniu zwrotu wadium zgodnie z wnioskiem Odwołującego z dnia 04.04.2011 r. oraz zaniechaniu zażądania od Odwołującego wyjaśnień w zakresie okoliczności ekskulpujących przewidzianych w art. 46 ust. 4a ustawy Prawa zamówień publicznych; i
- 2) podjęciu decyzji zatrzymania wadium poprzez żądanie wypłaty sumy gwarancyjnej skierowane do gwaranta, tj. banku Skandinaviska Enskilda Banken AB - Oddział Polska.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności zatrzymania wadium;
- 2) nakazanie Zamawiającemu zwrotu wadium w kwocie 3 000 000 min PLN (słownie: trzy miliony złotych) wniesionego w postępowaniu w formie gwarancji bankowej.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Oferta Odwołującego była drugą w kolejności ofertą w rankingu ofert, jedynym kryterium oceny ofert była cena.

W dniu 17.02.2011 r. przedstawiciel Zamawiającego zwrócił się telefonicznie do Skanska S.A. Oddział Budownictwa Ogólnego w Poznaniu z pytaniem o brak odpowiedzi na pismo z dnia 28.01.2011 r. o numerze WSiT.AJ.2213-2/7/11 wzywające na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków jakościowych - tj. certyfikatu IHF wraz z tłumaczeniem na j. polski.

Ponieważ Odwołujący nie miał wiedzy o tym piśmie, pracownicy Odwołującego zajęli się ustalaniem losów przedmiotowego pisma. W wyniku poczynionych ustaleń przez Odwołującego przedmiotowe pismo zostało odnalezione w zasobach archiwalnych serwera

odpowiedzialnego za zarządzanie korespondencją faksową. W dniu 18.02.2011 r. pracownicy Oddziału w Poznaniu osobiście dostarczyli Zamawiającemu żądany dokument za pismem przewodnim z dnia 17.02.2011 r. (kopia pisma w załączeniu). Z treści pisma wzywającego Skanska S.A do uzupełnienia dokumentu wynika, iż Zamawiający przesłał je do siedziby Spółki na inny numer faksu, niż podany w formularzu ofertowym. Formularz ofertowy zawierał wskazanie kontaktu faksowego pod nr 22/561 30 01, natomiast Zamawiający skierował pismo na nr 22/560 83 01.

W dniu 02.03.2011 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Skanska S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych. Odrzucenie było następstwem nieuzupełnienia w wyznaczonym terminie dokumentów określonych w żądaniu opatrzonym datą 28.01.2011 r. (pismo Zamawiającego o numerze WSiT.AJ.2213-2/7/11).

Od powyższej decyzji Zamawiającego Skanska S.A nie wniosła odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący nie miał interesu w składaniu środków ochrony prawnej na rozstrzygnięcie Zamawiającego, bowiem oferta Odwołującego była sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, Odwołujący zaś nie znalazł podstaw do wzruszenia pierwszej oferty z rankingu, a Zamawiający w piśmie informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego nie postanowił, że zatrzyma w związku z tym wadium. Wobec powyższego decyzja o odrzuceniu oferty Skanska S.A. stała się ostateczna z dniem 12.03.2011 r.

W dniu 04.04.2011 r. Skanska S.A. otrzymała do wiadomości pismo z dnia 31.03.2011 r. kierowane przez Prezydenta Miasta Torunia do banku Wykonawcy Skandinaviska Enskilda Banken AB - Oddział Polska, z siedzibą w Warszawie, w którym zażądano wypłaty z gwarancji wadialnej kwoty 3 000 000 złotych (słownie: trzy miliony złotych) na rzecz Gminy Miasta Toruń z powodu „braku złożenia w terminie wyznaczonym przez zamawiającego odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia oferty”

Z analizy przebiegu zdarzeń Odwołujący wywodził, iż gdyby został on z należytą starannością wezwany do uzupełnienia dokumentu, to do takiego uzupełnienia doszłoby w terminie zakreślonym przez Zamawiającego w tym piśmie.

Pracownicy Oddziału Budownictwa Ogólnego w Poznaniu, z którymi skontaktowała się telefonicznie osoba ze strony Zamawiającego, podjęli natychmiastowe działania w kierunku dostarczenia wymaganego dokumentu. Nie było to zresztą żadną trudnością, gdyż przedmiotowy dokument był w posiadaniu Odwołującego przed upływem terminu do składania ofert i w trybie natychmiastowym, (tj. dnia następnego po rozmowie telefonicznej) został Zamawiającemu dostarczony.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający przesyłając wezwanie na inny numer faksu, niż wskazany w ofercie, przejął na siebie ryzyko związane z prawidłowym dostarczeniem

informacji. Ryzyko to nie może być przerzucane na Wykonawcę, w szczególności w świetle konsekwencji z art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący podkreślał, iż oprócz numeru faksu, w ofercie podany był też adres e-mailowy, który również mógł posłużyć jako droga kontaktu, czego Zamawiający nie uczynił. Ponadto, Zamawiający mógł także, zgodnie z art. 27 ust. 3 Prawa zamówień publicznych skorzystać z formy pisemnej, jako podstawowej i zawsze dopuszczalnej. W zaistniałych okolicznościach zastosowanie tej formy komunikacji przez Zamawiającego umożliwiłoby z całą pewnością wywiązanie się przez Wykonawcę z obowiązku zawartego w wezwaniu, w terminie zakreślonym w tym wezwaniu.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu bada, czy Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – w niniejszej sprawie Izba uznała, że Odwołujący miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych (zatrzymanie wadium przez Zamawiającego stanowi realny uszczerbek po stronie Odwołującego). Choć można mieć wątpliwości co do takiej interpretacji – ponieważ z przepisu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych można wywodzić również, że uprawniające do wniesienia odwołania poniesienie szkody powinno być skorelowane z utratą możliwości uzyskania zamówienia; w rezultacie zatrzymanie wadium, realna rzeczywista szkoda po stronie Odwołującego, jednak oderwana od możliwości uzyskania zamówienia, takiej przesłanki by nie spełniała – Izba powyższe wątpliwości rozstrzygnęła na korzyść Odwołującego, biorąc pod uwagę tendencje orzecznicze do możliwie szerokiego pojmowania przesłanek do wniesienia odwołania.

Należy zauważyć, że interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych jest traktowany w orzecznictwie za przesłankę materialną, której brak skutkuje oddaleniem odwołania, a nie jego odrzuceniem. Z reguły jednak nie wpływa to na odniesienie się Izby do zarzutów – Izba może uznać po merytorycznym odniesieniu się do zarzutów odwołania, że zarzuty są zasadne, jednak brak interesu po stronie Odwołującego skutkuje oddaleniem odwołania. Może też zaistnieć sytuacja, że – niezależnie od posiadania przez Odwołującego interesu z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, i uznania zarzutów za zasadne – odwołanie zostanie oddalone, a to na podstawie art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych: Izba bowiem uwzględnia odwołanie tylko w wypadku, jeżeli

stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zatem, jeżeli Odwołujący kwestionuje samą czynność zatrzymania wadium, to bez względu na istnienie bądź nieistnienie interesu z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, odwołanie zostanie oddalone, ponieważ uwzględnienie zarzutów dotyczących ewentualnego niesłusznego zatrzymania wadium w żadnym wypadku nie może skutkować wpływem na wynik postępowania (na takie rozstrzygnięcie odwołania wskazują już żądania odwołania: nakazanie zwrotu wadium, co nie ma związku z ostatecznym wynikiem postępowania).

Przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych ma charakter bezwzględny i nie mogą na jego zastosowanie wpływać jakiegokolwiek względy słusznościowe. Nie można się również zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego, że znowelizowany art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, jako późniejszy wobec treści art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, deroguje przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Ustawodawca wprowadzając przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych musiał założyć możliwość zaistnienia sytuacji, że odwołanie może okazać się słuszne i zasadne, jednak jeżeli jego uwzględnienie pozostaje bez korelacji z wynikiem postępowania, należy je oddalić – priorytetem jest szybkość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych pozostaje bez związku z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a więc istnieniem bądź nie interesu w uzyskaniu zamówienia (czy złożenia odwołania).

Reasumując, ani spełnienie przesłanki z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ani zasadność zarzutów nie przesądzają jeszcze o uwzględnieniu odwołania; taka sytuacja zaistniała w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie, chociaż jego zarzuty są uzasadnione, nie może zostać uwzględnione ze względu na przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, a to dlatego, że uwzględnienie słusznie podniesionych zarzutów nie będzie miało wpływu na wynik postępowania.

Izba z urzędu dopuściła dowód z dokumentacji postępowania sygn. akt KIO 504/11, 517/11 (ponieważ do akt KIO 504/11, 517/11 załączono SIWZ, której Zamawiający już powtórnie nie przekazywał w związku z niniejszym postępowaniem odwoławczym).

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający w SIWZ przewidział, że w wypadku składania pytań do SIWZ, pytania Wykonawcy oraz odpowiedzi Zamawiającego mogą być przekazywane na piśmie lub faksem (punkt 5.2. SIWZ). Ponadto Zamawiający przewidział, iż Wykonawca zobowiązany jest

podać w formularzu ofertowym numer faksu. „W przypadku zaniechania tego obowiązku Zamawiający żąda, aby Wykonawca niezwłocznie po złożeniu oferty przekazał Zamawiającemu powyższą informację. W przypadku awarii faxu Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie podać Zamawiającemu zastępczy nr faxu, na który Zamawiający będzie mógł kierować korespondencję w formie faksu”. (punkt 9.9. SIWZ). Szerszych postanowień odnośnie sposobu porozumiewania się z wykonawcami Zamawiający w SIWZ nie zawarł (brak w SIWZ postanowień odpowiadających art. 36 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych).

2. Zamawiający przesłał Odwołującemu wezwanie z wyznaczeniem terminu w dniu 28 stycznia br. na inny numer faksu, niż podany w ofercie Odwołującego. Według oświadczenia Zamawiającego na rozprawie, pod „prawidłowym” numerem faksu odzywała się automatyczna sekretarka, podając nowy numer faksu. Zamawiający w żaden sposób nie potwierdził u Odwołującego skuteczności doręczenia mu faksu – zadowolił się wydrukiem potwierdzenia nadania faksu z urządzenia faksującego. Następnie, już po upływie wyznaczonego terminu, pracownik Zamawiającego sporządził notatkę (załączoną do odpowiedzi na odwołanie, sporządzoną dopiero po wniesieniu odwołania), w której opisywał okoliczności nadania dwóch faksów w dniu 28 stycznia br. i następnie kontakty telefoniczne w celu ich potwierdzenia.

3. W związku z niezuzpełnieniem dokumentów w wyznaczonym terminie, oferta Odwołującego została odrzucona. Następnie Zamawiający podjął decyzję o zatrzymaniu wadium, o czym Odwołujący powziął informację z przekazanego mu do wiadomości pisma wzywającego gwaranta do przekazania Zamawiającemu kwoty wadium.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że zarzut niesłusznego zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych jest zasadny. Zgodnie z art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W ocenie składu orzekającego, nie można zatrzymać wadium w przypadku, gdy Zamawiający w jakikolwiek sposób przyczynił się do niezuzpełnienia dokumentów w terminie.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w formie pisemnej. Stosownie do art. 27 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający może wybrać inny sposób porozumiewania się - faksem lub drogą elektroniczną, jednak jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski,

zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.

Wobec braku uregulowań szczególnych w SIWZ (brak w SIWZ postanowień przewidzianych w art. 36 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych), w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego obowiązywały przepisy ustawowe odnoszące się do sposobu porozumiewania się – a Zamawiający zasadniczo nie wybrał innej formy porozumiewania się, niż pisemna, a jedynie żądał podania w ofercie numeru faksu.

Okoliczność, że Odwołujący wcześniej pod określonym numerem faksu odbierał odpowiedzi na pytania wobec SIWZ, nie ma znaczenia, bowiem w ofercie – zgodnie ze wskazówką z pkt 9.9. SIWZ (przywołany przez samego Zamawiającego na rozprawie) – podano inny numer faksu. „Nowy” numer faksu, pod który Zamawiając wysłał do Odwołującego wezwanie z wyznaczeniem terminu, niedochowanie którego skutkowało zatrzymaniem wadium – nie został podany w formie obowiązującej w postępowaniu, a więc w formie pisemnej.

„Przekierowanie” za pomocą komunikatu głosowego na inny numer faksu, normalne w komunikacji faksowej, nie dyskwalifikowałoby jednak skuteczności doręczenia faksu, gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z postanowieniem pkt 9.9. SIWZ, żądając pisemnego potwierdzenia „nowego” numeru faksu oraz żądając odpowiedniego potwierdzenia zgodnie z normą określoną w przepisie art. 27 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

O ile w kontaktach między przedsiębiorcami często przyjmuje się, że jako dowód nadania faksu wystarcza wydruk potwierdzenie nadania faksu, to art. 27 ust. 2 Prawa zamówień publicznych wymaga jednak w kontaktach pomiędzy wykonawcą a zamawiającym „niezwłocznego potwierdzenia”.

Za „niezwłoczne potwierdzenie” nie można uznać notatki służbowej sporządzonej przez pracownika Zamawiającego już po wniesieniu odwołania. O skuteczności doręczenia faksu nie mogą, jak twierdził na rozprawie Zamawiający, przesądzać fakty pośrednie, odbiór faksów z odpowiedziami na pytania do SIWZ, czy nawet odbiór innego faksu z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów (Zamawiający tego samego dnia nadał dwa fakсы, z wyznaczeniem dwóch różnych terminów do uzupełnienia, i Odwołujący na jeden z tych faksów – z wyznaczeniem upływającego wcześniej terminu - odpowiedział). Chociaż Odwołujący ostatecznie nie kwestionował, że faksu nie otrzymał (twierdził, że po interwencji Zamawiającego, która nastąpiła już po upływie wyznaczonego terminu, po poszukiwaniach faks został odnaleziony na „serwerze odpowiedzialnym za zarządzanie korespondencją faksową”), to wobec treści art. 27 ust. 2 Prawa zamówień publicznych faksu nie można uznać za skutecznie doręczony.

W powyżej opisanych okolicznościach w ocenie Izby doszło do naruszenia zasady pisemności postępowania, co z kolei spowodowało niedochowanie przez Odwołującego terminu do uzupełnienia dokumentów. Niewykluczone bowiem, że gdyby faks zawierający wezwanie

z wyznaczeniem terminu został nadany na numer, pod którym takiego faksu mógł się spodziewać Odwołujący bądź gdyby doręczenie faksu zostało potwierdzone przez Zamawiającego zgodnie z art. 27 ust. 2 Prawa zamówień publicznych – odpowiedziałby on w terminie.

Reasumując, Izba uznała, że zatrzymanie wadium w okolicznościach, do powstania których przyczynił się Zamawiający, było niesłuszne. Zamawiając powinien zwrócić wadium Odwołującemu, jednak Izba nie może uwzględnić odwołania i nakazać zwrotu wadium ze względu na treść art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:**

.....