

Sygn. akt II Ca 371/09

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 sierpnia 2009 r.

Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej II Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Andrzej Grygierzec (spr.)

Sędziowie: SSR del. Aleksander Kierczak

SSO Ryszard Biegun

Protokolant: st. sekr. sąd. Teresa Fołata

po rozpoznaniu w dniu 27 sierpnia 2009 r. w Bielsku-Białej

sprawy **zamawiającego Akademii Techniczno Humanistycznej
w Bielsku - Białej**

**w związku ze skargą Firmy Euroklima - Michał Pazurkiewicz -
w Bielsku-Białej od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z
dnia 7 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/ UZP 792/09**

**przy udziale wykonawcy Konsorcjum EKOWENT Sp. j. M. Płaczek, R.
Dziech - KELVIN Sp. z o.o. w Bielsku - Białej**

1. oddala skargę;

**2. zasądza od Michała Pazurkiewicza prowadzącego działalność pod
Firmą Euroklima w Bielsku - Białej na rzecz Akademii Techniczno
Humanistycznej w Bielsku - Białej oraz Konsorcjum EKOWENT Sp. j.
M. Płaczek, R. Dziech - KELVIN Sp. z o.o. w Bielsku - Białej kwoty po
3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) dla każdego z nich tytułem
zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem skargi.**

Sędzia

Sędzia

Sygn. akt II Ca 371/09

UZASADNIENIE

Zamawiający Akademia Techniczno-Humanistyczna w Bielsku-Białej prowadził przetarg nieograniczony w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wraz z montażem agregatu wody lodowej dla potrzeb chłodzenia powietrza w centralach wentylacyjnych wraz z podłączeniem do instalacji wentylacyjnej w Budynku Dydaktyczno-Laboratoryjnym „L”.

W dniu 01.06.2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez wykonawcę Michała Pazurkiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EUROKLIMA Michał Pazurkiewicz w Bielsku-Białej.

Złożenie protestu nastąpiło na skutek powiadomienia go przez zamawiającego pismem z dnia 25.05.2009 r. (doręczonym dnia 26.05.2009 r.) o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty. Pismem z dnia 26.05.2009 r. wykonawcy biorący udział w przetargu zostali jednocześnie powiadomieni o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę konsorcjum firm EKOWENT Sp. J. M. Płaczek, R. Dziech oraz KELVIN Sp. z o.o. w Bielsku-Białej.

Wykonawca Michał Pazurkiewicz składając protest zarzucił zamawiającemu Akademii Techniczno-Humanistycznej w Bielsku-Białej naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227 poz. 1505, z 2009 r. Nr 19, poz. 101), przez:

1. bezprawne wykluczenie odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą;
2. dokonanie wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza.

Odwołujący zażądał:

1. unieważnienia czynności wykluczenia i odrzucenia jego oferty,
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. ponownych czynności oceny i wyboru oferty.

W uzasadnieniu zarzutów protestu, podał, że podstawę wykluczenia z postępowania stanowił zarzut nie złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zgodnych z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na okoliczność, iż stosownie do wezwania przez zamawiającego z 19 maja 2009 r. przekazał żądane informacje dotyczące wykazanego doświadczenia zawodowego wraz z właściwą interpretacją odnoszących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie uwzględnił wyjaśnień i podjął czynności wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oferent był zobowiązany do wykazania odpowiedniego doświadczenia i wiedzy w wykonaniu dostaw i montażu, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom, stanowiącym przedmiot zamówienia oraz przedstawienia potwierdzających to referencji. Ze złożonych dokumentów, zdaniem odwołującego wynika, iż wykonywał w oznaczonym czasie porównywalne zamówienia. Podkreślił, iż rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r., w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z 2008 Nr 188, poz. 1155), nie mówi o zamówieniach tożsamych z przedmiotem zamówienia, zatem dokonane czynności z uwzględnieniem odmiennej interpretacji przepisów przez zamawiającego naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazał, że błędna interpretacja przepisów i niewłaściwe czynności zamawiającego, spowodowały uszczerbek jego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 2 czerwca 2009 r. do postępowania wywołanego wniesieniem protestu pismem z dnia 4 czerwca 2009 r. przystąpił wykonawca konsorcjum

EKOWENT Sp. J. M. Placzek, R. Dzieci- KELVIN Sp. z o.o., który opowiedział się za utrzymaniem czynności zamawiającego. Podniósł, iż protest podlega odrzuceniu na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp, albowiem dotyczy czynności zamawiającego, dokonanej zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem wcześniej złożonego protestu w tym samym postępowaniu. Stosownie do postanowień art. 181 ust. 6 Pzp, jeżeli protest wykonawcy na wybór oferty najkorzystniejszej zostanie ostatecznie rozstrzygnięty przez jego uwzględnienie, to wykonawca, który złożył ofertę pierwotnie uznana za najkorzystniejszą, nie może protestować na czynność zamawiającego (ponowną ocenę ofert), wykonaną zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zapadłym w wyniku wniesienia protestu. Przystępujący wywodził, że zarzuty odwołującego w istocie skierowane są przeciwko postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem są spóźnione i protest winien podlegać odrzuceniu.

Pismem z dnia 5 czerwca 2009 r., doręczonym w tym samym terminie, zamawiający stwierdził, że odrzuca protest jako bepodstawny z następujących względów: firma EUROKLIMA Michała Pazurkiewicza wezwana pismem z 19 maja 2009 r. do wyjaśnienia, czy w ramach robót objętych listem referencyjnym wykonała dostawę wraz z montażem agregatu wody lodowej dla potrzeb chłodzenia powietrza w centralach wentylacyjnych, odpowiedziała w piśmie z dnia 23 maja 2009 r. doręczonym 25 maja 2009 r., iż nie wykonała dostawy wraz z montażem wymienionego agregatu. To oświadczenie stało się wiążące dla zamawiającego, z tego względu, że odwołujący sam potwierdził niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, zawartych w rozdziale V pkt 1 ppkt 1.2 i rozdział V pkt 2.3 ppkt 2.3.1 i 2.3.2 SIWZ, zatem zdaniem zamawiającego zachodziły podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania.

W odwołaniu wniesionym w dniu 10 czerwca 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu faksem w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
3. ponownych czynności oceny i wyboru oferty
4. wnioski dotyczyły także obciążenia zamawiającego kosztami postępowania.

Na uzasadnienie odwołania wykonawca Michał Pazurkiewicz podtrzymał argumentację przedstawioną wcześniej w swoim proteście.

Odwołujący wykonawca stwierdził iż, protest, od którego rozstrzygnięcia wniósł odwołanie został złożony po uprzednim uwzględnieniu protestu konsorcjum EKOWENT Sp. J. M. Placzek, R. Dziech -KELVIN Sp. z o.o. na wybór oferty jego firmy. Odwołujący stwierdził, iż otrzymał kopię tego protestu, jednak nie został wezwany przez zamawiającego zgodnie z art. 181 ust. 3 Pzp do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Odwołujący przyznał, że otrzymał załączone do kopii protestu wezwanie, ale dotyczyło ono innego postępowania. Tym samym odwołujący zakwestionował podstawy do zastosowania przepisu art. 180 ust. 7 i art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, gdyż uchybienia i omyłki zamawiającego nie mogą w żaden sposób wpływać na prawa odwołującego ani ich ograniczać.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, pismem z dnia 16 czerwca 2009 r. przystąpiło konsorcjum EKOWENT Sp. J. M. Placzek, R. Dziech - KELVIN Sp. z o.o. , które wniosło jak w piśmie o przystąpieniu do postępowania wywołanego wniesieniem protestu.

W trakcie rozpatrywania odwołania wykonawcy Michała Pazurkiewicza Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie to na zasadzie art. 191 ust. 1 Pzp podlega odrzuceniu. Odrzucenie odwołania uzasadniła tym, że na wybór oferty wykonawcy Michała Pazurkiewicza wykonawca konsorcjum EKOWENT Sp. J. M. Placzek, R. Dziech - KELVIN Sp. z o.o. złożył protest domagając się tego, aby zamawiający odrzucił wybraną ofertę gdyż jej wykonawca przedstawił referencje nie odpowiadające przedmiotowemu zamówieniu.

Przedstawione referencje wskazywały bowiem wyłącznie na zakres prac obejmujących wykonanie instalacji, wentylacji i klimatyzacji. Brak było referencji obejmujących doświadczenia przy dostawie i doborze agregatu wody lodowej chłodzonego powietrzem oraz wykonaniu tego typu instalacji. Pismem z dnia 15.05.2009 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o proteście w tej liczbie również wykonawcę Michała Pazurkiewicza i wezwał ich do udziału w postępowaniu zainicjonowanym tym protestem, jak również przekazał jego treść. Odwołujący wykonawca Michał Pazurkiewicz nie przystąpił do postępowania wywołanego wniesieniem protestu. Pismem z dnia 19.05.2009 r. zamawiający powiadomił wykonawców o uwzględnieniu protestu oraz o powtórzeniu czynności oceny ofert. Przed ponownym dokonaniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający wezwał pismem z dnia 19 maja 2009 r. o wyjaśnienie czy w ramach robót objętych listem referencyjnym wykonawca Michał Pazurkiewicz wykonywał dostawy wraz z montażem agregatu wody lodowej do potrzeb chłodzenia powietrza w centralach wentylacyjnych. W odpowiedzi udzielonej na wymienione wezwanie, pismem z 23 maja 2009 r. odwołujący podał zakres robót referencyjnych, jakie ujął w załączniku - wykazie robót. Przyznał, że nie wykonywał dostaw z montażem agregatu wody lodowej.

Z tej przyczyny, zamawiający wykluczył wykonawcę M. Pazurkiewicza z postępowania i odrzucił jego ofertę.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko zamawiającego, że dla ochrony swego interesu prawnego, wykonawca, wybór oferty którego jest kwestionowany protestem innego uczestnika, winien przystąpić do postępowania wywołanego takim protestem i aktywnie bronić swojej oferty. Wykonawca M. Pazurkiewicz nie przystąpił do postępowania wywołanego protestem wykonawcy EKOWENT Sp. J. M. Placzek, R. Dziech - KELVIN Sp. z o.o. Wykonawcy, który przystępuje do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przez innego wykonawcę służy prawo do wniesienia odwołania, jeżeli oponuje przeciwko dokonaniu przez zamawiającego rozstrzygnięciu. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej skoro wykonawca M. Pazurkiewicz nie przystąpił do postępowania wywołanego protestem prawo do wniesienia odwołania na rozstrzygnięciu protestu dokonane przez zamawiającego mu nie przysługuje. Rozstrzygnięcie protestu konsorcjum stało się ostateczne z chwilą upływu terminu na wniesienie odwołania, jak stanowi art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp. Wykonawcy, który przystępuje do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przez innego wykonawcę, służy prawo do wniesienia odwołania, jeżeli oponuje przeciwko dokonaniu przez zamawiającego rozstrzygnięciu. Zgodnie z art. 181 ust. 6 Pzp, wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 tegoż artykułu, nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego, wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Dotyczy to zarówno wykonawcy, który przyłączył się do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia poprzedniego protestu, jak i wykonawcy, który z takiej możliwości mimo wezwania, nie skorzystał.

W tej sytuacji na zasadzie art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza odwołanie wykonawcy M. Pazurkiewicza odrzuciła.

Skargę na postanowienie o odrzuceniu odwołania wniósł wykonawca M. Pazurkiewicz zaskarżając je w całości.

Zarzucał mu naruszenie art. 187 ust. 4 pkt 6 w zw. z art. 181 Pzp przez przyjęcie, iż można odrzucić odwołanie wykonawcy w sytuacji, gdy nie otrzymał on wezwania do udziału w postępowaniu wywołanym przez wniesienie protestu innego wykonawcy - konsorcjum EKOWENT SP. J. Placzek, R. Dziech KELVIN Sp. z o.o.

Wskazując na powyższy zarzut wniósł o:

1. uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego postanowienia w całości,
2. orzeczenie o powtórzeniu postępowania,
3. unieważnienie postępowania na dostawę wraz z montażem agregatu wody lodowej dla potrzeb chłodzenia powietrza w centralach wentylacyjnych wraz z podłączeniem do instalacji wentylacji w Budynku Dydaktyczno-Laboratoryjnym „L” należącym do

oraz zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu skargi podał, że zamawiający nie wezwał go do wzięcia udziału w postępowaniu wywołanym wniesieniem protestu przez konsorcjum EKOWENT Sp. J. M. Płaczek, R. Dziech KELVIN Sp. z o.o. lecz ograniczył się jedynie do przesłania mu treści samego protestu co jego zdaniem nie upoważniało go do wzięcia udziału w tym postępowaniu. Wezwania nie otrzymał również drogą elektroniczną.

Rozpoznając skargę Sad Okręgowy zważył co następuje:

Skarga wykonawcy Michała Pazurkiewicza jest bezzasadna.

Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo ustaliła, że zamawiający w związku z protestem wniesionym przez wykonawcę konsorcjum EKOWENT Sp. J. M. Płaczek, R. Dziech

KELVIN Sp. z o.o. należycie wykonał swoje obowiązki wynikające z art. 181 ust. 3 Pzp względem skarżącego wykonawcy. Jak wykazało postępowanie przez Krajową Izbą Odwoławczą zamawiający w piśmie z dnia 15.05.2009 r. wzywającym wykonawców do udziału w postępowaniu wywołanym przez wniesienie protestu przez wykonawcę konsorcjum EKOWENT Sp. J. M. Płaczek, R. Dziech KELVIN Sp. z o.o. pomyłkowo wskazał, że protest ten został wniesiony w postępowaniu na dostawę krzeseł do sal audytoryjnych w Budynku Dydaktyczno-Laboratoryjny. W piśmie tym oznaczono jednak prawidłowo nr sprawy ATI 158/IV/RZ/2009 oraz dołączono do pisma kopie właściwego protestu. Dodatkowo kiedy zamawiający zauważył swoją omyłkę w piśmie z dnia 15.05.2009 r. w tym samym dniu drogą mailową przesłał pismo wzywające do udziału w postępowaniu wywołanym wniesieniem protestu, z właściwym oznaczeniem przedmiotu przetargu do którego dołączył również kopię protestu. Na potwierdzenie przesłania tej korespondencji drogą elektroniczną zamawiający przedstawił na rozprawie przed Sądem Okręgowym stosowne wydruki komputerowe.

Zgodnie z art. 14 Pzp wezwanie przez zamawiającego wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu wywołanym wniesieniem protestu należy oceniać w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące oświadczeń woli. Zgodnie z art. 65 kc oświadczenie woli, którym bez wątpienia było wezwanie wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu wywołanym wniesieniem protestu należy tak tłumaczyć jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Odnosząc się do okoliczności wysłania rozpatrywanego wezwania do udziału w postępowaniu wywołanym protestem należy stwierdzić, że wykonawca M. Pazurkiewicz jako jego adresat miał możliwość właściwego odebrania oświadczenia zamawiającego o wezwaniu. W szczególności pismo zawierało właściwy numer sprawy dotyczący zamówienia publicznego o realizację, którego starał się wykonawca M. Pazurkiewicz. Do pisma - wezwania- była dołączona właściwa kopia protestu. Niezależnie od tego zamawiający gdy zauważył swój błąd we właściwym oznaczeniu przedmiotu przetargu w tym samym dniu drogą elektroniczną przekazał wykonawcom w tym również skarżącemu wykonawcy właściwą treść pisma wzywającego. Jeśli chodzi o zapoznanie się skarżącego wykonawcy z pocztą elektroniczną przesłaną do niego to zastosowanie ma przepis art. 61 §2 kc zgodnie z którym oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, że osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.

Protest wykonawcy konsorcjum EKOWENT Sp. J. M. Płaczek, R. Dziech - KELWIN Sp. z o.o. został ostatecznie rozstrzygnięty przez jego uwzględnienie przez zamawiającego i brak odwołania wykonawcy. Skarżący wykonawca nie może korzystać ze środków ochrony prawnej (odwołania) w sytuacji gdy zamawiający dokonał już czynności (wyboru innego

wykonawcy) zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (art. 181 ust 6 Pzp). W tej sytuacji na mocy art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo odrzuciła odwołanie skarżącego wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze na podstawie art. 198 ust. 2 Pzp Sąd Okręgowy oddalił skargę skarżącego wykonawcy jako bezzasadne.

O kosztach postępowania wywołanego wniesieniem skargi Sąd Okręgowy orzekł na mocy art. 98 kpc i 108§1 kpc w zw. z art. 194 ust. 2 Pzp oraz §10 ust. 1 pkt 4, §5 oraz §2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. 163 poz. 1349 ze zm.)

Sędzia