

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 czerwca 2009 r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, X Wydział Gospodarczy
w składzie

Przewodniczący - Sędzia SO Lesław Zieliński
Sędzia SO Leszek Guza (spr.)

Sędzia SO Katarzyna Żymeika

Protokolant Katarzyna Cencora

po rozpoznaniu w dniu 29 czerwca 2009 r. w Gliwicach

na rozprawie

sprawy ze skarg i Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółki Akcyjnej w Jastrzębiu Zdroju
na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych
z dnia 28 kwietnia 2009r.

Sygn. akt KIO/UZP 472/09

z udziałem:

uczestnika: TENSIS Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzegu Dolnym

1) zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że odwołanie uczestnika TENSIS
Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzegu Dolnym oddala;

2) zasądza od uczestnika TENSIS Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w
Brzegu Dolnym na rzecz skarżącego Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółki
Akcyjnej w Jastrzębiu Zdroju kwotę zł 071,00 (osiem tysięcy siedemdziesiąt
jeden 00/100) złotych tytułem zwrotu kosztów wywołanych odwołaniem i
skargą w niniejszej sprawie.

SSO Leszek Guza

SSO Lesław Zieliński

■ -SSO Katarzyna Żymeika
" Na oryginale

k¹

Tjy \# \ właściwe podpisy

H ■ ' 11 ! * ' i"-'k = dqr:Z-

--V,

X Ga 110/09/za

UZASADNIENIE

Zamawiająca Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna w Jastrzębiu Zdroju wszczęte postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę dla kopalń zamawiającego preparatu do nawilżania pyłów węglowych w postaci ciekłej w łącznej ilości B56.S00 kg oraz preparatu do zwilżania pyłów węglowych w postaci stałej w ilości 30.200 kg w terminie 14 miesięcy od daty zawarcia umowy.

W dniu 23 marca 2009 r. zamawiająca poinformowała wykonawcę Tensis Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzegu Dolnym o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty skarżącej ze względu na niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ zaofiarowano produkt, dla którego czas zwilżania pyłu węglowego jest przekroczony,

Wskazana spółka złożyła protest wnosząc o uchylenie decyzji o wyborze wykonawcy, o ponowne rozpoznanie oferty skarżącej, o wykluczenie pozostałych wykonawców składających oferty w przedmiotowym postępowaniu i o odrzucenie ich ofert.

W uzasadnieniu protestu protestująca podniosła, iż spełniła warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SJWZ), a zwłaszcza ustalone w pkt 5,2 specyfikacji technicznej, gdyż oferowany zwilżacz „Raksol TDNF” spełniał wskazane wymagania,

Ponadto protestująca zarzuciła pozostałym oferentom, iż nie spełnili wymagań co do dołączenia do oferty pełnej dokumentacji technicznej bądź techniczno-ruchowej.

Rozstrzygając protest zamawiająca oddaliła go, uzasadniając swoją decyzję tym, iż protestująca pominęła pkt 5 specyfikacji technicznej, a w szczególności ppkt 5.1, w którym zamawiający określił jakim efektywnym stężeniem powinien cechować się oferowany preparat, określając to stężenie w przedziale od 1,51 do 2,5 l na 1 MO l wody. Następnie w ppkt 5.2 zamawiający określił czas nawilżania do 20 sekund.

Zamawiający uznał także, iż przytaczanie braku dokumentów w ofertach pozostałych wykonawców jest bezzasadne, ponieważ zamawiający wyraźnie określił jakie dokumenty oferty mają zamieścić w swoich ofertach.

Protestująca złożyła odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, wniosła o uchylenie czynności zamawiającego, polegającej na wyborze oferty firmy PPH Erax II dla zadania nr J oraz wyborze firmy Chemia Hurt Marek Gajewski dla zadania nr II i o wykluczenie wskazanych firm z przetargu i odrzucenie ich ofert oraz o ponowne dokonanie wyboru wykonawcy, przy uwzględnieniu kryterium decydującego w postaci najniższej ceny. W uzasadnieniu odwołująca podniosła te same argumenty jak w złożonym proteście.

Skarżąca wskazała również na nierówne traktowanie z innymi uczestnikami postępowania.

Zaskarżonym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza [KIO] uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu w zakresie zadania nr 1.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na potwierdzenie się jednego z podnoszonych zarzutów, tj. zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez dokonanie czynności badania i oceny ofert po kłębieniu oceny spełniania wymagań zamawiającego co do warunków techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Izby uznał ponadto, iż w pozostałym zakresie zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby wywnioskował, iż z zapisów SIWZ wynika bezwzględny wymóg łącznego spełnienia przez wykonawców, w odniesieniu do oferowanego preparatu, dwóch warunków techniczno-użytkowych (efektywne stężenie powinno wynosić od 0,5% do 0,25% na 1000 l wody, krótki czas zwilżania - nie powinien przekraczać 20 sekund). Zdaniem KJO przyjęcie jedynie maksymalnej wartości stężenia - 0,25% jest nie do przyjęcia w oparciu o postanowienia SIWZ i w efekcie prowadzi do nierównego traktowania wykonawców w tym postępowaniu.

Zdaniem KfO odwołująca nie spełniła wymogu z pkt 5 SIWZ, bowiem dla poziomu stężenia 0,25% podany w ofercie czas zwilżania dla węgla typu 31 wyniósł 22,8 sekund, a dla węgla typu 35- 75,8 sekund. Przekroczony został zatem maksymalny czas zwilżania wynoszący 20 sekund.

KJO uznała, iż z zasady oceny spełniania wymogów określonych w SIWZ doprowadziły do nierównego traktowania odwołującej w trakcie oceny ofert wszystkich wykonawców, gdyż wymóg spełnienia wymienionych powyżej warunków techniczno-użytkowych nie został spełniony również w ofercie Erax II (dla średniego stężenia 0,17% dla typu węgla 35 wykazany czas zwilżania wynosi 21,4 sekund,

pytano o brak podniesienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty firmy Erax II przez odwołującą skład Izby orzekającej Izby stwierdził naruszenie przez zamawiającego wskazanej zasady udzielania zamówień publicznych poprzez dokonanie przez siebie czynności badania i oceny ofert, KJO uznała zatem, iż zamawiająca powinna czynność tę powtórzyć, przy czym w trakcie ponownej oceny ofert powinna brać pod uwagę zapisy SIWZ i treść złożonych w postępowaniu ofert, a nie ewentualne dodatkowe wyjaśnienia uzyskiwane ewentualnie od innych podmiotów, np. producentów produktu,

KJO nie potwierdziła zarzutu skarżącej, związanego z brakiem w ofertach pozostałych wykonawców [określonych w SIWZ dokumentów, gdyż nie można stwierdzić, że wskazane przez skarżącą dokumenty winny bezwzględnie znaleźć się w zakresie tej dokumentacji, Zdaniem KJO skoro zamawiający nie określił szczegółowo jaki jest, zakres dokumentacji, nie można wywodzić, iż określone, wskazywane przez odwołującego dokumenty muszą wchodzić w jej zakres.

Skład orzekający KJO stwierdził naruszenie art. 1 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp), uznając jednocześnie, iż nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów art. 89 ust 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 Ustawy Pzp, pomimo tego Izba postanowiła odwołanie uwzględnić, działając w tym zakresie na podstawie art. 191 ust 1a Ustawy Pzp, uznając, że doszło do istotnego naruszenia, które ma wpływ na wynik postępowania, tj. zakończenie postępowania bądź wyborem oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniem postępowania,

Skarżąca zamawiająca w złożonej skardze wniosła o zmianę pkt 1 zaskarżonego wyroku poprzez odrzucenie odwołania, względnie jego oddalenie,

Na uzasadnienie odrzucenia odwołania skarżąca wskazała, iż przekazanie kopii odwołania skarżącej w dniu 10 kwietnia 2009 r, faksem nie może być uznane, jako przekazanie odwołania skarżącej jednocześnie ze złożeniem odwołania.

Na uzasadnienie oddalenia odwołania skarżąca podniosła, iż KJO uwzględniła odwołanie wykonawcy z powodu zaniechania odrzucenia oferty Grażyny Kobarskiej - Bojko, jednakże zarzut taki nie został w proteście podniesiony. Zdaniem skarżącej KJO dokonała ustaleń faktycznych, pozostających w rażącej sprzeczności z zebraną w sprawie dokumentacją przetargową. Skarżąca uznała, iż KJO związane jest zarzutami podniesionymi w proteście, a samo formułowanie zarzutu tylko poprzez wskazanie przepisu prawa jest niewystarczające. Zdaniem skarżącej KJO za podstawę orzekania powinna wziąć tylko te zarzuty, które zostały podniesione w proteście i podtrzymane w odwołaniu, a nie może brać pod uwagę zarzutów, które pojawiły się dopiero w odwołaniu lub na rozprawie. Skarżąca uznała, iż nie wiadomo na jakiej podstawie KJO przyjęła, że powołując się na naruszenie art. 1 ust. 1 Pzp uczestnik podniósł pośrednio zarzut zaniechania odrzucenia oferty Erax II.

Zdaniem skarżącej, jak ustaliła KJO, odrzucenie oferty uczestnika było uzasadnione, a zatem uczestnik nie posiadał interesu prawnego do złożenia protestu na zaniechanie wykluczenia Grażyny Kobarskiej - Bojko oraz Marka Gajewskiego lub odrzucenia złożonych przez nich ofert. Według skarżącej podnoszenie zarzutów naruszenia przepisów Pzp przez niewłaściwą ocenę ofert jest nieskuteczne, gdyż nie

spełnia wymogów przepisu art, 179 ust. 1 Pzp.

Skarżąca nadmienila ponadto, iż uczestnik nie zaskarżył w proteście odrzucenia jego oferty, a zatem czynność ta stała się skuteczną.

Sąd Okręgowy zważył:

Skargę należało uwzględnić.

Za uzasadnione bowiem należało uznać zarzuty skarżącej oparcia orzeczenia KIO na zarzucie który przez odwołującą nie został podniesiony i braku interesu prawnego odwołującego do złożenia odwołania.

Wobec wniosku skarżącej o odrzucenie odwołania wykonawcy w pierwszej kolejności najażała jednak o rozstrzygnięcie kwestię zasadności nie uwzględnienia wniosku skarżącej o odrzucenie odwołania przez KIO,

Zgodnie z przepisem art, 164 ust, 2 Prawa zamówień publicznych (Pzp) odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, a jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art, 11 ust. 8 - w terminie 5 dni, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania zamawiającemu. Jak wynika z akt sprawy odwołująca otrzymała rozstrzygnięcie protestu w dniu 3 kwietnia 2009 r. złożyła odwołanie w dniu 9 kwietnia 2009 r. Odwołująca zachowała, więc ustawowy termin do wniesienia odwołania do Prezesa Urzędu.

Kwestią sporną okazało się (o czy odwołująca przekazała odwołanie zamawiającemu, prawidłowo i we właściwym czasie,

Jak wskazano w powyższym przepisie odwołująca winna była złożyć kopię treści wniesionego odwołania zamawiającemu jednocześnie.

Sąd Okręgowy podzielił w tym zakresie stanowisko prezentowane w orzecznictwie Izby oraz sądów okręgowych, zgodnie z którym pojęcie „jednocześnie”, tając pod uwagę cel przepisu - umożliwienie zamawiającemu zapoznania się z treścią odwołania, należy utożsamiać z możliwością doręczenia kopii odwołania zamawiającemu najpóźniej w ostatnim dniu terminu do złożenia odwołania (por, postanowienie KIO z dnia 21 sierpnia

2008 r.; o sygn. K10/U2P 811/08; postanowienie KIO z dnia 26 sierpnia 2006 r. o sygn. akt K10/U2P 831/08; postanowienie KIO z dnia 26 sierpnia 2008 r. o sygn. akt K10/L12P 845/08; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 stycznia 2007 r. o sygn. akt V Ca 117/07), Termin do wniesienia odwołania upływał odwołującej z dniem 14 kwietnia

2009 r. Odwołująca doręczyła zamawiającej treść odwołania w dniu 9 kwietnia 2009 r. Nawet gdyby uznać, iż zamawiająca mogła zapoznać się z treścią odwołania dopiero w kwietniu 2009 r. i w tym dniu nastąpiło doręczenie odwołania zamawiającej to i tak kopia odwołania została doręczona zamawiającej w terminie do wniesienia odwołania, a więc w terminie wskazanym w powyższym przepisie.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Sądu Okręgowego odwołanie nie podlegało odrzuceniu, a oddalenie wniosku zamawiającego przez KIO należało uznać za uzasadnione.

Pozostała do rozważenia kwestia zasadności skargi w zakresie żądania oddalenia odwołania,

Jak wynika z treści zarzutów odwołującej wskazanych we wniesionym odwołaniu odwołująca oparła swoje odwołanie na zarzucie naruszenia art, 7 ust. 1 polegającym na naruszeniu zasad uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wszystkich wykonawców, naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 i 9 Pzp polegające na niezłożeniu oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków (lub złożone dokumenty albo złożenie dokumentów zawierających błędy) oraz art. 89 ust, 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie

oferty odwołującej, spełniającej wszystkie wymagania stawiane w SIWZ. Odwołująca na tej podstawie wniosła o uchylenie czynności zamawiającego polegającej na wyborze firmy PPH Erax II dla zadania I i wyborze firmy Chemia Hurt Marek Gajewski dla zadania nr II oraz o zobowiązanie zamawiającej do ponownego rozpatrzenia ofert z uwzględnieniem przyjętego kryterium ceny realizacji zadania. W toku postępowania przed KIO odwołująca sprecyzowała, że odwołania dotyczy tylko zadania nr 1,

Jest istotne i znajduje potwierdzenie w ustaleniach KIO, że odwołująca w złożonym odwołaniu nie podniosła zarzutu zaniechania odrzucenie oferty firmy Erax II z powodu jej niezgodności z przywołanymi zapisami SIWZ,

W tym miejscu należy wyjaśnić, że Sąd nie podzielił tutaj twierdzeń uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia, iż o możliwości przyjęcia, że odwołujący się podniósł taki zarzut miałoby rozstrzygać to iż odwołał się do przepisu art. 1 ust. 1 Pzp.

O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowaną przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane prze tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.

Należy zaś tutaj przypomnieć, że zgodnie z przepisem art. 191 ust. 3 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Odwołujący zatem sam określa granice żądania, co powoduje, że skład orzekający KIO nie może wyrokować co do spraw, które nie były przedmiotem żądania, ani orzekać ponad to żądanie.

W konsekwencji skoro odwołująca nie podniosła zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Erax II z powodu jej niezgodności z przywołanymi zapisami SIWZ, orzekająca w sprawie KIO nie mogła orzekać ponad określone przez zarzuty odwołującego granice odwołania. KIO wana była rozpoznać podniesione i wskazane zarzuty odwołującej, a skoro uznała, iż zarzuty te nie potwierdziły się to powinna była odwołanie oddalić,

Niezależnie od powyższych rozważań należy wskazać, że uzasadniony jest podniesiony w skardze zarzut oparty na twierdzeniu, iż odwołująca nie miała interesu prawnego we wniesieniu odwołania.

W tym miejscu należy przypomnieć, że odwołująca w odwołaniu nie wniosła o uchylenie czynności odrzucenia jej oferty i ponowne rozpoznanie jej oferty.

Zarzuciła natomiast odwołująca niezasadne odrzucenie jej oferty, ale ten zarzut uznała Izba za nieuzasadniony.

W sytuacji więc gdy odrzucenie oferty odwołującej uznano za uzasadnione i wobec braku wniosku odwołującej o uchylenie tej czynności, powtórzenie oceny ofert dokonane byłoby bez jej udziału. Dlatego trudno dopatrzeć się w takim odwołaniu interesu prawnego odwołującej, jakkolwiek szeroko by ten interes definiować. Skoro bowiem odwołanie - na skutek braku określonych wniosków i zarzutów, nie może doprowadzić do sytuacji gdy uchylona zostają czynności odrzucenia oferty odwołującego i ponowna ocena ofert dokonana będzie z jego udziałem, to nie można uznać aby odwołujący miał jakikolwiek interes prawny w wniesieniu odwołania.

Ta okoliczność również powinna skutkować oddaleniem odwołania.

Z przytoczonych względów skargę zamawiającej, na podstawie przepisu art. 350 § 1 k.p.c. w związku z przepisem art. 194 ust. 2 P.z.p. należało uwzględnić, orzekając jak w sentencji.

Orzeczenie o kosztach postępowania oparto na przepisie art. 351 k.p.c.

Uczestniczka, która przegrała proces zobowiązana jest zwrócić skarżącej, jej koszty.

Na koszty poniesione przez skarżącą złożyły się:

- koszty podróży pełnomocnika pociągiem = 194 zł,
- opłata skarbową od pełnomocnictwa = 17,00 zł,
- wynagrodzenie radcy prawnego w postępowaniu przez KIO = 3.600,00 zł.

■ opłata od skargi = 3.000 zł,

- wynagrodzenie radcy prawnego w postępowaniu przez sądem - 1 200 zł
- opłata za odpis z KRS = 60 zł.

Wysokość kosztów w postępowaniu przed KIO ustalił Sąd w oparciu o § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.ł. nr 420 poz 886 z późn. zm .)

Wysokość kosztów dojazdu pełnomocnika w postępowaniu przed KIO ustalono według biletów znajdujących się ■« aktach. Koszty te ustalono tylko dla jednego pełnomocnika uznając, że tylko w tym zakresie koszty te można uznać za niezbędne.

Wysokość zasądzanego wynagrodzenia radcy prawnego w postępowaniu przed sądem Sąd ustalił w oparciu o § 2 ust. 1 i 2 i § 5 pkt 7 w zw. § 12 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 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. nr 163 poz. 1349 z późn. zm.),

Sąd nie uwzględnił kosztów dojazdu do siedziby sądu pełnomocnika profesjonalnego bowiem koszty te nie zostały wymieniane w art. 98 § 3 k.p.c.

SSO Leszek Guza

SSO Lesław Zieliński

SS_Q_Katarzyna Zymelka