

## POSTANOWIENIE

Dnia 27 sierpnia 2009

Sąd Okręgowy w Olsztynie IX Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Elżbieta Budna

Sędziowie: SO Krystyna Gradowska

SO Agnieszka Żegarska (spr)

Protokolant: stażysta Sylwia Witkowska

po rozpoznaniu w dniu 27 sierpnia 2009 r. w Olsztynie

na rozprawie

skargi Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych "Czyscioch bis" Sp. z o.o. w Suwałkach

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 03/07/2009, sygn. akt KIO/UZP 777/09

z udziałem zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad

Oddział w Olsztynie

postanawia:

I. uchylić zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie i umorzyć postępowanie;

II. zasądzić od zamawiającego na rzecz skarżącego 13.800 (trzynaście tysięcy osiemset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania.

G./ ^H^ćjrypJbał® właściwe podpisy

I • ■'•\$a Egodność świadczę

\* '' Ut STARAŁY ^EKWSTARZ SĄDOWY

< - - PLJQW Kowalska

0 7 WRZ. 7003

Zamawiający, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie Rejon w Elku prowadziła w tybie przetargu nieograniczonego na

podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia na zimowe utrzymanie dróg krajowych w rejonie Elk.

W dniu 13.05.2009r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Firmy Usługowej Henryk Chyliński, ul. Chopina 19/10, 19-300 Elk.

W dniu 19.05.2009r. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "CZYŚCIOCH BIS" Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach wniosło protest na ww. czynność zamawiającego.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 8 ustawy oraz § 1 ust. 2 pkt 2, § 1 ust. 2 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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 ze zm.) i wniósł o:

1. uchylenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. wykluczenie Firmy Usługowej Henryk Chyliński w Elku,
3. ponowne dokonanie oceny ofert i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty
4. ewentualnie unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu protestu podniesiono m.in. , że firma wybrana nie może ubiegać się o udzielenie zamówienia, z powodu nie spełnienia wymogu określonych w art. 22 ust. 1 pkt. 2 Pzp, t.j: nie posiada niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego, a także nie dysponuje dostateczną ilością osób zdolnych do wykonania zamówienia.

W związku z brakiem rozstrzygnięcia protestu w terminie określonym w art. 183 ust. 1 pkt 3 ustawy, zgodnie z art. 183 ust. 3 protest uznano za oddalony w dniu 02.06.2009 r. Wobec oddalenia protestu, w dniu 05.06.2009 r. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "CZYŚCIOCH BIS" Sp. z o.o. z

Suwałk wniosło odwołanie do Prezesa UZP. Odwołujący podtrzymał wnioski i argumenty zawarte w proteście.

Uwzględniając dokumentację postępowania, a także stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza uznała , że zarzuty protestu i odwołania są niezasadne i oddaliła odwołanie Krajowa Izba podkreśliła, że nie dostrzegła potwierdzenia zarzutów naruszenia przepisów w trakcie postępowania , a związku z tym konieczności unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie . Nadto podkreślono, że ze względu na charakter regulacji art. 146 ust 1 Pzp jako przepisu dotyczącego zawartych umów o udzielenie zamówienia , do orzekania o jego naruszeniach i zastosowaniu powołane są sądy powszechne.

Skargę na powyższe rozstrzygnięcie wniosło Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Czyścioch bis” spółka z o.o. w Suwałkach. Zarzucono naruszenie :

- art.93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt.6 ustawy Pzp., art.26 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 8 , ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych , §1 ust.2 pkt.2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może

żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane

- art.93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 , art.22 ust.1 pkt.2, art.24 ust.1 pkt. 10 i ust.2 pkt.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, pkt. 7.2.3 SIWZ , pkt.7.2.2 SIWZ , pkt.8.2.2 SIWZ , pkt.8.2.3 SIWZ., pkt.3.9 Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Robót Zimowego Utrzymania Dróg . Zadanie nr 1, załącznik do SIWZ.

Skarżący, wniósł o uzupełnienie materiału dowodowego, oraz uwzględnienie skargi, uchylenie wyroku KIO i unieważnienie postępowania, ewentualnie uwzględnienie skargi , uchylenie wyroku KIO i orzeczenie o powtórzeniu postępowania wraz z wykluczeniem Henryka Chylińskiego działającego pod nazwą : Firma Usługowa Chyliński Henryk w Elku, oraz zasądzenie od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Olsztynie

zwrotu kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz kosztów postępowania przed Sądem. Skarżący raz jeszcze podniósł zarzuty , podnoszone przed Krajową Izbą Odwoławczą. Podkreślił, że zarzuty podniesione w przedmiotowej skardze , były zawarte w prośbie i odwołaniu.

W odpowiedzi na skargę , zamawiający wniósł o umorzenie , wszczętego na skutek wniesienia skargi postępowania , oraz dopuszczenie dowodu w postaci pisma z dnia 20 lipca 2009 r. o unieważnieniu postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego .

W przypadku nie uwzględnienia powyższego wniósł o oddalenie skargi , oddalenie wniosków dowodowych , złożonych przez skarżącego w skardze , oraz zasądzenie kosztów postępowania , w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przypisanych. W uzasadnieniu podniesiono, że postępowanie zostało już przez zamawiającego unieważnione z powodu rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia , a treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

#### **Sąd Okręgowy zważył co następuje:**

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej podlegał uchyleniu.

Mając na uwadze całą dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego , zwłaszcza postanowienia SWIZ oraz treść samego ogłoszenia , dojść należało do przekonania , że wniosek zamawiającego złożony w odpowiedzi na skargę , o umorzenie postępowania należało uwzględnić.

Art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. stanowi ogólną podstawę unieważnienia - wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Unieważnienie postępowania jest zatem czynnością, której zamawiający może dokonać wyłącznie w sytuacji wystąpienia co najmniej jednej przesłanki wymienionej w ust. 1 pkt 1 -7 omawianego przepisu.

W sytuacji wystąpienia jednej z przesłanek sformułowanie przepisu ust. 1 w sposób imperatywny czyni z unieważnienia obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego.

Wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć jednak charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady

nieważna.

Taką wadą są wszystkie wymienione w art. 146 ust. 1 przypadki naruszenia ustawy. Poza wymienionymi *expressis verbis* konkretnymi przyczynami nieważności (pkt 1-4 ust. 1 w art. 146) przyczyną, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy, jest rażące naruszenie ustawy przy wyborze najkorzystniejszej oferty, czyli każde poważne uchybienie w trakcie wyboru i oceny ofert.

Ponadto, każde naruszenie ustawy, niezależnie od etapu postępowania, na którym wystąpiło, jest przeszkodą w zawarciu ważnej umowy, jeśli wywarło wpływ na wynik postępowania, tzn. spowodowało, iż zamówienie zostało udzielone innemu wykonawcy niż miałyby to miejsce w sytuacji, gdyby naruszenie nie zostało popełnione.

Z akt sprawy i dokumentacji w nich zgromadzonej wynika, że faktycznie doszło do rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia a samą specyfikacją warunków zamówienia .

W ogłoszeniu brak jest szczegółowych danych o wymaganym potencjale kadrowym i technicznym, co z kolei zostało zawarte w siwz. W siwz natomiast brak jest danych dotyczących zdolności ekonomicznej , a w ogłoszeniu zdolność ta została opisana.

Powyższe niewątpliwie stanowi o sprzeczności procedury przetargowej z ustawą , wobec czego zamawiający zobligowany był do jego unieważnienia.

Sąd Okręgowy w postępowaniu , które toczy się przed nim na skutek wniesienia skargi , odpowiednio stosując przepisy kpc o apelacji , pełni funkcję Sądu drugiej instancji /por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2008 r. , I CZ 72/08, Lex 470008/.

W oparciu o treść art. 198 ust. 3 powołanej wyżej ustawy Sąd Okręgowy z uwagi na podstawy do umorzenia postępowania , na skutek unieważnienia postępowania przetargowego , zobligowany został do uchylenia zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i umorzenia postępowania .

Dodatkowo należy wskazać , że przyczyny unieważnienia postępowania przetargowego były niewątpliwie po stronie zamawiającego , jako nadawcy ogłoszenia oraz siwz , z uwagi na wady tam zawarte , a uniemożliwiające zawarcie ważnej umowy .

Wskazać należy , że jeżeli postępowanie zostało unieważnione z przyczyn leżących po stronie zamawiającego i miało to miejsce już po złożeniu ofert przez wykonawców, tym spośród nich, którzy złożyli prawidłowe oferty, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu. Pozostaje to zresztą w zgodzie z treścią art. 198 ust. 5 ww. ustawy , wedle którego uczestnicy postępowania odwoławczego ponoszą jego koszty stosownie do wyników, statuujać zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania.

W ocenie Sądu Okręgowego zamawiający unieważniając postępowanie przetargowe z powodów leżących po jego stronie, dał podstawy do wytoczenia skargi i wszczęcia postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji , o kosztach orzekając na podstawie art. 198ust.5 ustawy prawo zamówień publicznych oraz § 12ust. 1pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych .

