

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 lipca 2009 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy

Przewodniczący: SSO Blanka Zorębska (spr.)

Sędziowie: SSO Małgorzata Kowalska

SSO Dariusz Cbrapoński

Protokolant: sekr. sądowy Iwona Zdebel

na rozprawie w dniu 16 lipca 2009 r. rozpoznał sprawę z odwołania

"SUBIEKT" Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Puławach
przeciwko **Kompanii Węglowej Spółce Akcyjnej w Katowicach**
o udzielenie zamówienie publicznego

na skutek skargi odwołującego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień
Publicznych w Warszawie

z dnia 22 maja 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 599/09

1. oddała skargę,
2. zasądza od wnoszącego skargę na rzecz zamawiającego kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu przed Sądem drugiej instancji.

podpisy
O \ GiNAŁEM
dzam

t,T a r z

Uzasadnienie

Zamawiający Kompania Węglowa S.A. w Katowicach ogłosił przetarg nieograniczony o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych) na realizację posiłków profilaktycznych oraz pośrednictwo w realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. Oddział KWK „Piast” w okresie 12 miesięcy. Ogłoszenie to zostało opublikowane 24.12.2008r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Odwolujący się „Subiekt” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Puławach w dniu 17.04.2009r. oprotestował czynność zatrzymania wadium przez zamawiającego i zarzucił, iż naruszony został jego interes prawny, bowiem zamawiający nie ocenił jego oferty i zatrzymując wadium uniemożliwił korzystania ze środków ochrony prawnej.

Protestujący zarzucił naruszenie następujących przepisów Prawa zamówień publicznych: art.46 ust.4a; art. 180 ust. 1 i 2; art. 184 ust. 1 a pkt 3 i 4; art. 7 ust. 1; art.85 ust.2 i art.22 ust.2 i wniósł o unieważnienie czynności zatrzymania wadium.

Następnie w dniu 24.04.2009r. zamawiający oddalił protest i wyjaśnił, iż wykluczył odwołującego się z przedmiotowego postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, bowiem nie spełnił on warunków określonych w SIWZ w pkt. X pakt, la oraz pkt.2 i na podstawie art.24 ust.3 Pzp uznał ofertę odwołującego się za odrzuconą. Podkreślił, iż na wezwanie zamawiającego (art.26 ust.3 Pzp) uzupełnione przez wykonawcę dokumenty nie potwierdziły posiadanego doświadczenia oraz znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

W związku z powyższym na mocy art.46 ust.4a Pzp zamawiający poinformował

odwołującego o zatrzymaniu wadium w kwocie 150.000zł wraz z odsetkami i pouczył o możliwości wniesienia odwołania od rozstrzygnięcia protestu.

Zwrócił nadto uwagę zamawiający, iż pozostałe zarzuty były przedmiotem protestu wniesionego w sprawie w dniu 30.03.2009r., który został rozstrzygnięty w dniu 7.04.2009r., dlatego niniejszy protest w opisanym zakresie należało odrzucić jako spóźniony.

W dniu 4.05.2009r. odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, w którym podtrzymał zarzuty podniesione w proteście za wyjątkiem zarzutu naruszenia art. 184 ust. 1 a pkt 3 i 4 Pzp bowiem podniósł zarzut naruszenia art. 184 ust. 1 i 2 Pzp i wniósł o unieważnienie postępowania.

Odwolujący podkreślił, iż zamawiający w oddaleniu protestu ustosunkował się jedynie do zarzutu zatrzymania wadium nie rozstrzygnął natomiast pozostałych zarzutów nie będących przedmiotem poprzedniego protestu i odwołania. W ocenie odwołującego powyższe oznacza, iż zostały one uznane za zasadne. Zdaniem odwołującego przepis art.46 ust.4a Pzp przesądza o zatrzymaniu wadium na rzecz zamawiającego i nie służy ono już zabezpieczeniu oferty odwołującego się, skoro nie dysponuje nim wykonawca. Zawarte w przepisie sformułowanie „zatrzymuje się” praktycznie oznacza „zatrzymanie” i czynność ta nie wymaga potwierdzenia. Zwrócił również uwagę, iż zamawiający nie podał daty do kiedy należy wnieść nowe wadium czym naruszył art.45 ust.6 Pzp. bowiem ubezpieczyciel żąda od odwołującego podania konkretnej daty do której oferta ma być zabezpieczona.

Po przeprowadzeniu postępowania Krajowa Izba Odwoławcza przy Urzędzie Zamówień

Publicznych w dniu 22.05.2009r. wydała w sprawie wyroknącą, którego oddaliła odwołanie i orzekła o kosztach postępowania.

W uzasadnieniu KIO ustaliła i zważyła, co następuje:

W ocenie KIO odwołujący w świetle art.179 ust.1 Pzp nie legitymuje się interesem prawnym

w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego, bowiem został wykluczony z postępowania i czynność ta jest ostateczna (wyrok KIO z dnia 6.05.2009r.) sygn. akt KIO/UZP 518/09). Ponieważ, jednak czynności podjęte w toku postępowania bezpośrednio dotyczą odwołującego się (zatrzymanie wadium) na mocy art.3 ust.1 dyrektywy 92/13 oraz dyrektywy 89/665 KOI uznała, iż dostęp do procedur odwoławczych winien być zapewniony również tym podmiotom, które wprowadzi interes taki utraciły, ale zostały poszkodowane lub są zagrożone poszkodowaniem. Ograniczenie interesu prawnego jedynie do możliwości uzyskania zamówienia, w ocenie KIO w niniejszym przypadku prowadziłoby do sytuacji, w której odwołujący się, co prawda miał legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej, jednakże ze względu na stwierdzenie braku przesłanki posiadania interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia publicznego, ostatecznie byłby pozbawiony możliwości kontroli legalności dokonanych przez, zamawiającego czynności.

Na mocy art.46 ust.4a Pzp, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w WF art.26 ust.3 Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art.25 ust. 1 Pzp lub pełnomocnictw, zamawiający zobowiązany jest do zatrzymania wadium, z wyjątkiem sytuacji, w której wykonawca udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie. Podkreśliła KIO, iż hipoteza przywołanego artykułu odnosi się nie tylko do sytuacji nie złożenia wskazanych w nim dokumentów, ale również do ich rodzaju i trybu uzupełnienia. Wskazana norma ma, zatem zastosowanie w okolicznościach, gdy wykonawca nie złożył dokumentów lub oświadczeń wyłącznie tych wskazanych w art.25 ust.1 Pzp lub pełnomocnictw, a których domagał się zamawiający na mocy art.26 ust.3 Pzp. Zatem gdy wykonawca nie złoży na wezwanie zamawiającego wszystkich żądanych dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub pełnomocnictw, ponosi sankcję w postaci zatrzymania wadium.

Za nieuprawnione uznała KIO stanowisko odwołującego, iż wskazana sankcja zatrzymania wadium ma zastosowanie wyłącznie w sytuacji braku jakiejkolwiek reakcji odwołującego się na wezwanie zamawiającego.

Zamawiający oczekuje, bowiem przedstawienia przez wykonawcę wszystkich dokumentów lub oświadczeń, jeżeli zatem wykonawca ich nie złożył, ponosi skutki takiego zachowania określone art.46 ust.4a Pzp.

W niniejszym przypadku odwołujący się na wezwanie zamawiającego z dnia 27.02.2009r. nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, bowiem przedłożył jedynie referencje, które dawały podstawy do stwierdzenia spełnienia warunku doświadczenia, natomiast nie przedstawił żadnych dokumentów na potwierdzenie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Kwestia ta była przedmiotem badania przez KIO, która w dniu 6.05.2009r. wydała wyrok w

sprawie o sygn akt KIO/UZP 518/09.

Zatem czynność zamawiającego zatrzymania wadium dokonana została zgodnie z prawem

Zwróciła uwagę KIO, iż normy zawarte w przepisie art.180 ust.1 i 2 Pzp. nie są skierowane

do zamawiającego, dlatego nie można się zgodzić z zarzutem naruszenia przez

zamawiającego wskazanego przepisu, tym bardziej, że odwołujący wnosząc protest i

odwołanie wykazał możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Za nie znajdujące oparcia w przepisach prawa uznała KIO argumentację odwołującego się o skróceniu przez zamawiającego terminu związania ofertą, bowiem na mocy art.85 ust.2 Pzp zamawiający może jedynie wydłużyć ten termin.

W ocenie KIO zgłoszone w odwołaniu zarzuty zostały wadliwie sformułowane, bowiem odwołujący nie kwestionuje sposobu postępowania zamawiającego wynikającego ze wskazanych norm prawnych, a wskazuje jedynie negatywne skutki wynikające z zatrzymania wadium. Ponieważ skutek podjętych działań jest niezależny od zamawiającego, dlatego brak podstaw do podważenia następstw czynności, których podstawa wywodzi się z przepisów prawa.

Nadto zgodnie z art.191 ust.3 Pzp Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Oznacza to, iż zarzut naruszenia art.184 ust.1 i 2 oraz art.45 ust.6 Pzp nie podlegały rozpoznaniu jako nie zawarte w proteście.

Natomiast zarzut naruszenia art.22 ust.2 Pzp KIO uznała za spóźniony (art.180 ust.3 pkt 2 Pzp). Brak, zatem podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z art. 101 ust.6 i 7 Pzp.

Skargę na powyższy wyrok wniósł odwołujący się wykonawca - „Subiekt” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Puławach i domagał się zmiany zaskarżonego wyroku w całości i uwzględnienia odwołania oraz zasądzenia od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego przed KIO jak również zasądzenia kosztów postępowania skargowego wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Skarżący zarzucił naruszenie prawa materialnego tj. art.46 ust.4a Prawa zamówień publicznych przez błędną wykładnię tego przepisu objawiającą się przyjęciem, iż zamawiający ma prawo zatrzymać wadium w sytuacji, gdy wykonawca w ogóle nie uzupełnił dokumentów, jak również w sytuacji, gdy na to wezwanie (art.26 ust.3 Pzp) wykonawca przedłożył dokumenty zawierające błędy lub też takie, które nie odpowiadają formie, jakiej wymagał.

Wykonawca zarzucił również naruszenie przepisów postępowania tj. art. 188 ust.7 Pzp przez sprzeczne ustalenia faktyczne w stosunku do zebranego w postępowaniu odwoławczym materiału dowodowego jak również przez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów wyrażającej się tym, iż KIO uznało jakoby wykonawca nie złożył dokumentów, o które wezwał go zamawiający tj. rachunku zysku i strat oraz wykazu usług dotyczących realizacji dostawy bonów żywnościowych.

Skarżący podkreślił, iż skoro generalną zasadą jest brak możliwości interpretacji

rozszerzającej wyjątków, a celem nowej regulacji było ukrócenie procedury celowego składania przez wykonawców będących w porozumieniu ofert niekompletnych, następnie nie uzupełnianych, aby uzyskać zamówienie publiczne o znacznie wyższej wartości niż faktycznie można było je wykonać, to w niniejszej sprawie taka sytuacja nie istniała. Odwołujący się nie miał żadnego interesu w nie uzupełnianiu brakujących dokumentów, bowiem jego oferta nie zawierała najniższej ceny.

Sankcja z art.46 ust.4a Pzp. dotyczy jedynie przypadków nie uzupełnienia dokumentów lub złożenia takich dokumentów, które w ogóle nie zmierzają do potwierdzenia spełnienia

warunków udziału w postępowaniu lub wymagań zamawiającego. Bez znaczenia dla zastosowania sankcji z art.46 ust.4a Pzp jest, zatem kwestia badania treści złożonych dokumentów i oceny, czy potwierdzają one spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Stanowisko skarżącego potwierdza uzasadnienie do projektu nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych oraz wykonana w toku prac legislacyjnych na zlecenie Biura Analiz Sejmowych opinia prawna do projektu nowelizacji ustawy.

W sytuacji, gdy odwołujący przed upływem określonego terminu przekazał zamawiającemu dokumenty dotyczące potwierdzenia jego udziału w tym przetargu zamawiający nie miał prawa zatrzymać wadium ani też wykluczyć odwołującego się z postępowania na mocy art.24ust.2 pkt 3 Pzp.

Nadto skarżący zarzucił, iż KIO błędnie przyjęła jakoby odwołujący nie złożył dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w tym postępowaniu, bowiem złożył on wykaz dostaw

wraz z ofertą, a tym samym nie ma podstaw do przyjęcia jego braku w ofercie. Nadto

wezwany do uzupełnienia dokumentów przedłożył tzw. listy referencyjne ten wykaz

uzupełniające i stanowiące jego integralną część. Natomiast odnośnie tzw. rachunku zysków i strat, to taki dokument został złożony na wezwanie zamawiającego tzn. dokument o nazwie „Bilans w okresie 2007-01.01* 2007-12-31 magazyn: Magazyn główny”, co oznacza, iż żądany przez zamawiającego dokument został złożony, niezależnie od tego czy był on zgodny z wymaganą formą czy też nie.

W odpowiedzi na skargę przedstawionej na rozprawie zamawiający wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od skarżącego kosztów zastępstwa procesowego, bowiem KIO prawidłowo oddaliła odwołanie, dlatego, iż nie złożenie w ogóle dokumentu na wezwanie zamawiającego lub złożenie dokumentów innych niż określone w SIWZ oraz w wezwaniu nie może zostać uznane za wypełnienie obowiązku, a zatem zasadne było zastosowanie sankcji z art.46 ust.4a Pzp.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy zważył:

Skarga nie mogła odnieść zamierzonego skutku, dlatego na mocy przepisu art. 198 ust.2

Ustawy Prawo zamówień publicznych podlegała oddaleniu jako nie uzasadniona. =

Podkreślenia wymaga, iż na zgodnie z przepisem art. 194 ust.2 Pzp. do postępowania prowadzonego przez Sąd Okręgowy na skutek wniesienia przez odwołującego się skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej zastosowanie mają przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji.

Wbrew zarzutom skargi KIO przeprowadziła prawidłowe postępowanie dowodowe, a

ustalony stan faktyczny znajduje uzasadnienie w zgromadzonym w sprawie materiale

dowodowym

Podkreślenia wymaga, iż Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do wszystkich zgłoszonych w toku postępowania przez strony dowodów i argumentów oraz oceniła ich zasadność.

Poczynione w toku postępowania ustalenia faktyczne jak i wywody prawne należało uznać za prawidłowe, dlatego też Sąd Okręgowy uznaje je za własne.

Oceniając wiarygodność przeprowadzonych dowodów Krajowa Izba Odwoławcza dokonała tego zgodnie z wymogami przepisu art. 188 ust.7 Pzp na mocy, którego Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

Wbrew zarzutom skargi KIO nie przekroczyła granic swobodnej oceny dowodów

określonych przepisem art.233 § 1 kpc., za chybione należało zatem uznać zarzuty skarżącego dotyczące prawidłowości poczynionych przez KIO ustaleń faktycznych. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 czerwca 1999r. (sygn. akt II UKN 685/98, publ. OSNP 2000/1 7/655) rany swobodnej oceny dowodów (art.233§ 1 kpc.) wyznaczone są wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego oraz regułami logicznego myślenia, według których Sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Błąd w ustaleniach faktycznych następuje, gdy zachodzi dysharmonia pomiędzy materiałem zgromadzonym w sprawie a konkluzją, do której dochodzi Sąd na skutek przeinaczenia dowodu oraz wszelkich wypadków wadliwości wynikających z naruszenia przepisu art.233§ 1 kpc. Przepis ten byłby naruszony, gdy ocena materiału dowodowego koliduje z zasadami doświadczenia życiowego lub regułami logicznego wnioskowania. Tak rozumianego zarzutu sprzeczności ustaleń KIO z treścią materiału dowodowego KIO w niniejszej sprawie skutecznie zarzucić nie można.

Na mocy przepisu art.46 ust.4a Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art.26 ust.3, nie złożył

dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art.25 ust. 1. lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie.

Na mocy przepisu art.26 ust.3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art.25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Natomiast zgodnie z przepisem art.25 ust. 1 Pzp wykonawca zobligowany jest do złożenia W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia

postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
 - 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania oferty.

Wykonawca w oparciu o przywołany art.25 ust.1 Pzp zobligowany jest do przedłożenia wraz z ofertą dokładnie określonych w tym przepisie oraz SIWZ dokumentów. W przypadku, gdy tego obowiązku oferent nie dopełni wówczas zamawiający na mocy przepisu art.26 ust 3 Pzp posiada uprawnienie do wezwania go do przedłożenia konkretnie wskazanych dokumentów w określonym terminie.

Zatem zasadnie, KIO w swoich rozważaniach stanęła na stanowisku, iż jedynie przedłożenie na wezwanie zamawiającego konkretnych wskazanych w tym wezwaniu dokumentów można uznać za jego wykonanie i spełnienie przesłanek uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe oznacza, iż przedłożenie innych dokumentów, które nie spełniają wymogów wezwania nie może zostać uznane za wykonanie tego zobowiązania. Podkreślenia wymaga również, iż kwestia czy skarżący przedstawił w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dokumenty, o które był wezwany została już prawomocnie rozstrzygnięta wyrokiem KIO z dnia 6.05.2009r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO/UZP51 8/09. W wyroku tym wydanym, co do tego samego zamówienia publicznego KIO przesądziła, iż wykonawca Spółka „Subiekt” nie przedłożyła na wezwanie zamawiającego

dokumentów, o które została wezwana, rozstrzygnięcie to jest wiążące również w niniejszym postępowaniu, dlatego powyższa kwestia w ogóle nie może być przedmiotem badania ani oceny w przedmiotowej sprawie.

Na marginesie należy jednak zwrócić uwagę, iż nawet, jeśli u podstaw zmiany przepisu art.46 ust.4a PZP leżała potrzeba przeciwdziałania procederowi umyślnego i celowego nie uzupełniania dokumentacji na wezwanie zamawiającego dla uzyskania zamówienia publicznego za cenę wyższą niż faktycznie umożliwiająca jego wykonanie, z treści wskazanego przepisu nie wynika takie zawężenie jego zastosowania tj., aby jedynie w takim przypadku miał on zastosowanie. Wręcz przeciwnie przepis ten jest sformułowany szeroko i winien mieć zastosowanie do każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, bowiem przedłożenie na wezwanie dokumentu innego niż żądał tego zamawiający de facto oznacza fizyczny brak prawidłowego dokumentu .

Za chybioną należało, zatem uznać interpretację skarżącego, iż jakakolwiek reakcja wykonawcy na wezwanie zamawiającego winna skutkować brakiem możliwości zastosowania sankcji w postaci zatrzymania wadium. W takiej, bowiem sytuacji przedłożenie na wezwanie zamawiającego jakiegokolwiek dokumentu nawet zupełnie niezwiązanego z zamówieniem chroniłoby wykonawcę od konsekwencji zatrzymania wadium przez zamawiającego, co podważałoby w ogóle sens wskazanego uregulowania jako restrykcji w stosunku do nierzetelnego wykonawcy.

Ponieważ zakres zastosowania przepisu art.46 ust.4a Pzp nie budził poważnych wątpliwości Sądu Okręgowego nie celowym było wystąpienie do Sądu Najwyższego na mocy art.390§1 kpc. z zagadnieniem prawnym w powyższej kwestii, dlatego wniosek skarżącego w tym zakresie nie został uwzględniony.

Reasumując, skarga jako nie uzasadniona podlegała oddaleniu.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono zgodnie z przepisem art. ust. rawa zamówień publicznych.

lwa podpisy
YGINALEM

tii

RZ

ijka