

CJ

Sygn. akt XIX Ga 511/08

POSTANOWIENIE

Dnia 15 stycznia 2009 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Krystyna Faściszewska-Rąba (spr.)

Sędziowie: SO Olga Gornowicz - Owczarek

SO Małgorzata Kowalska

Protokolant: st. Sekr. Sądowy Anna Skrzypek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2009 r. w Katowicach

sprawy z odwołania Artura Kowalczyka - Przedsiębiorstwa Wielobranżowego
ELMECH w Siemianowicach Śląskich

przeciwko Kompanii Węglowej Spółce Akcyjnej w Katowicach

przy udziale Sigma Spółki Akcyjnej w Jastkowie

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi Artura Kowalczyka - Przedsiębiorstwa Wielobranżowego
ELMECH w Siemianowicach Śląskich

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych
w Warszawie

z dnia 7 listopada 2008 r.

sygn. akt KIO/UZP 1163/08

postanawia:

1. umorzyć postępowanie skargowe;
2. odstąpić od obciążenia skarżącego kosztami postępowania przed Sądem

Okręgowym.

i A A 2
ra Sojka

'T

'4

Sygn. akt XIX Ga 511/08

Uzasadnienie

Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie z odwołania Artura Kowalczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELMECH Artur Kowalczyk w Siemianowicach Śląskich, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - Kompanię Węglową w Katowicach protestu z dnia 24 września 2008 r., przy udziale wykonawcy SIGMA S.A. w Jastkowie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wyrokiem z dnia 7 listopada 2008 r. oddaliła odwołanie i obciążyła A. Kowalczyka kosztami postępowania.

Odwołujący zarzucał naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 22 ust. 1 pkt 1-3 oraz ust. 2 Prawa zamówień publicznych (dalej: PZP) poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania w częściach 7, 8, 9, 10 i 13. Odwołujący podał, iż posiadał wieloletnie doświadczenie, potencjał techniczny oraz wiele certyfikatów i atestów, wobec czego bezpodstawnym było stanowisko zamawiającego z powołaniem się na art. 24 ust. 1 pkt 10 PZP, iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: KIO) ustaliła, iż zamawiający w SIWZ określił warunek posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia w pkt X ust. 2 SIWZ. Wymagał, by wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności był krótszy, to w tym okresie wykonali dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, o wartości netto nie mniejszej niż:

- dla zadania nr 1 - 30.000 PLN,
- dla zadania nr 2 - 45.000 PLN,
- dla zadania nr 3 - 100.000 PLN,
- dla zadania nr 4 - 230.000 PLN,
- dla zadania nr 5 - 500.000 PLN,
- dla zadania nr 6 - 120.000 PLN,
- dla zadania nr 7 - 220.000 PLN,
- dla zadania nr 8 - 200.000 PLN,
- dla zadania nr 9 - 300.000 PLN,
- dla zadania nr 10 - 350.000 PLN,

- dla zadania nr 11 - 30.000 PLN,
- dla zadania nr 12 - 45.000 PLN,
- dla zadania nr 13 - 45.000 PLN,

razem dla całości przedmiotu zamówienia - 2.215.000 PLN.

Zamawiający zaznaczył też, że w przypadku składania oferty na więcej niż jedno zadanie wartość netto wykonanych przez wykonawcę dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie, nie mogła być mniejsza od sumy wartości dostaw określonych przez zamawiającego dla poszczególnych zadań, na które wykonawca składa ofertę. Na potwierdzenie zamawiający w punkcie XII SIWZ zażądał wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów potwierdzających, iż dostawy te zostały należycie wykonane.

Odwolujący złożył ofertę na części zamówienia o numerach 2-10 i 13, wobec czego zgodnie z postanowieniami SIWZ powinien był dołączyć do oferty wykaz dostaw o łącznej wartości 2.110.000 zł. Tymczasem odwołujący załączył wykaz dostaw obejmujący kilkanaście pozycji na łączną kwotę 2.105.000 zł oraz cztery referencje. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 PZP wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów (pismo doręczono 8 sierpnia 2008 r. z zakreślonym 5-dniowym terminem), lecz odwołujący nie uzupełnił ich w terminie (w dniu 14 sierpnia 2008 r. złożył wykaz na kwotę 2.524.952 zł, potwierdzony ośmioma referencjami).

Odwolujący podnosił, iż skoro postępowanie było prowadzone w częściach, a jego oferta dotyczyła tylko niektórych części, to zamawiający powinien był przypisać odpowiednim częściom, na które odwołujący złożył ofertę, odpowiadające im dostawy z wykazu potwierdzone referencjami. Zdaniem odwołującego wykazał on, że spełniał warunki udziału w postępowaniu dla co najmniej niektórych z części, w których złożył ofertę. W ocenie KIO w/w twierdzenia odwołującego można by zaakceptować, gdyby nie wcześniej przytoczone wyraźne postanowienie SIWZ, wskazujące na obowiązek sumowania doświadczenia dla wszystkich części, dla których wykonawca składa ofertę. Po otwarciu ofert nie można już było kwestionować postanowień SIWZ, gdyż środki ochrony prawnej w tym zakresie były spóźnione. Zamawiający jednoznacznie opisał wymagane od wykonawców doświadczenie. Mimo to odwołujący nie wykazał, iż spełniał warunek co do wartości wykonanych zamówień. Nie załączył też do wykazu referencji, chociaż referencje powinny były dotyczyć wszystkich pozycji wykazu, które miały być brane przez zamawiającego pod uwagę przy ocenie warunku udziału w postępowaniu.

Nadto odwołujący mimo wezwania nie uzupełnił wymaganych dokumentów w wymaganym terminie (a te złożone po terminie i tak były niewystarczające). Z uwagi na powyższe decyzja o wykluczeniu odwołującego z postępowania była słuszną. Jedyne zastrzeżenie było takie, że zamawiający w piśmie z dnia 19 września 2008 r. jako podstawę wykluczenia wskazał art. 24 ust. 1 pkt 10 PZP, podczas gdy prawidłowo winien był wskazać art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP, ponieważ odwołujący nie tyle nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, co nie wykazał za pomocą dokumentów przewidzianych w SIWZ, że je spełnia. Zamawiający w oddaleniu protestu rozszerzył podstawę prawną wykluczenia oferty właśnie o art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP. Wobec powyższego chybiona była argumentacja odwołującego dotycząca posiadania przez niego wymaganego doświadczenia, skoro podstawą jego wykluczenia było niewykazanie przez niego spełniania warunków postawionych przez zamawiającego. Odwołujący zarzucał, iż uzupełniłby dokumenty, gdyby wiedział, jakie dostawy ma potwierdzić, jednak w ocenie KIO skierowane do niego przez zamawiającego wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 6 sierpnia 2008 r. było jasne i jednoznaczne.

Dalej odwołujący zarzucał, iż zamawiający równocześnie poinformował go o wykluczeniu i o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, podczas gdy czynność wykluczenia powinna być dokonana w pierwszej kolejności, a jego oferta nie powinna być rozpoznawana. W ocenie KIO takie postępowanie zamawiającego było

zgodne z powszechnie przyjętą i aprobowaną przez skład orzekający KIO praktyką. Zamawiający, informując o wyborze oferty, podaje bowiem wszystkie podstawy wykluczenia i odrzucenia ofert złożonych w postępowaniu. Biorąc powyższe pod uwagę KIO uznała za niezasadny podnoszony przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 22 ust. 1 pkt 1-3 i ust. 2 PZP poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania w częściach 7, 8, 9, 10 i 13 (zarzut nr 3 protestu). Zarzut ten dotyczył tylko niektórych części postępowania, lecz odwołujący został wykluczony z wszystkich jego części, w których złożył ofertę.

Wobec powyższego odnoszenie się przez KIO do pozostałych zarzutów stało się zasadniczo bezprzedmiotowe. Niemniej jednak Izba przedstawiła swoje stanowisko także w tej kwestii.

Odwołujący zarzucał, że zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 PZP, odrzucając jego ofertę w częściach 2 - 10 i 13 i wskazując na niewłaściwe wypełnienie formularza ofertowego w odniesieniu do wartości procentowej w oferowanej dostawie

towarów pochodzących z Unii Europejskiej. Odwołujący omyłkowo wpisał w formularzu „nie przekracza” 50%, zamiast „przekracza” 50%.

KIO ustaliła, iż zamawiający w SIWZ postanowił, że na podstawie art. 138 c ust. 1 pkt 4 PZP odrzuci ofertę, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%. W formularzu ofertowym w odpowiedniej rubryce odwołujący wpisał „nie przekracza”. Zamawiający na rozprawie oświadczył, iż żądał w SIWZ wskazania w ofertach procentowej wartości towarów pochodzących z UE dlatego, że na podstawie ofert składanych w postępowaniu nie był w stanie ustalić, czy towary pochodzą z państw członkowskich UE, czy też nie. Odwołujący na rozprawie nie zakwestionował tego oświadczenia. KIO podzieliła stanowisko zamawiającego, iż w tych okolicznościach nie można było uznać w/w uzupełnienia formularza za oczywistą omyłkę pisarską i poprawić go w trybie art. 87 ust. 2 PZP. Z postanowienia pkt 7 na stronie 11 SIWZ wynikało bowiem, że zamawiający przypisywał tej informacji dużą wagę. Oświadczenie „nie przekracza” 50%, skutkujące odrzuceniem oferty, nie mogło też zostać zmienione w trybie art. 87 ust. 1 PZP, ponieważ było ono stanowcze i nie mogło podlegać przepisowi służącemu wyjaśnieniu wątpliwości. Nadto wyjaśnienie treści oferty jest prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 87 PZP został przez KIO uznany za niezasadny.

Odwołujący podnosił, że zamawiający naruszył przepis art. 180 PZP, odrzucając jego ofertę w częściach 7 - 10 i 13, ponieważ parametry techniczne oferowanych wentylatorów zostały podane w takiej samej formie, jak np. w ofercie Itien Poland Sp. z o.o. dla zadań 9 i 10, a ta oferta została uznana za najkorzystniejszą w zadaniach 9 i 10. Zamawiający załączył do SIWZ wzór wykazu oferowanych parametrów technicznych, w których zawarł tabele parametrów dla wentylatorów oferowanych w każdej części postępowania. W jednej z kolumn wpisano parametry wymagane w SIWZ, a jedną kolumnę pozostawiono do wypełnienia wykonawcom. W ocenie KIO porównanie parametrów wymaganych przez zamawiającego z parametrami podanymi przez odwołującego wskazywało, iż stanowisko zamawiającego w zakresie podstaw odrzucenia oferty w częściach 7 - 10 i 13 było słuszne, a zarzuty odwołania - nieuzasadnione.

Odwołujący wskazywał też, że zamawiający naruszył art. 22 ust. 2 pkt 2 PZP, ponieważ w zadaniach 7 i 8 wymagał takich parametrów wentylatorów, które są produkowane tylko przez jednego producenta SIGMA S.A. i to nie w sposób

zadeklarowany przez nią w ofercie. KIO zważyła, iż był to zarzut dotyczący postanowień SIWZ, a zatem zgłoszony po terminie, wobec czego nie został przez Izbę rozpatrzony.

Odwołujący zarzucał, iż zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, poprzez to, że w zadaniach 7 i 8 nie odrzucił oferty złożonej przez przystępującego i Itien Polska Sp. z o.o., mimo że nie dołączyły one do oferty deklaracji zgodności ATEX, wymaganej przez pkt XVI ppkt b) SIWZ oraz poprzez to, że w zadaniach 9 i 10 nie odrzucił oferty Itien Poland Sp. z o.o., mimo że nie dołączyła ona deklaracji zgodności

WE i ATEX, zgodnych z wymaganiami zawartymi w pkt XVI ppkt b) SIWZ. KIO podzieliła w tym zakresie stanowisko zamawiającego, że żądał on tylko takich dokumentów, jakie są wymagane przepisami prawa. W punkcie XVI ppkt b) SIWZ zamawiający wskazał, iż do oferty należy załączyć deklaracje WE i ATEX. Jednak zgodnie z art. 25 ust. 1 zd. 1 PZP zamawiający mógł wymagać od wykonawców wyłącznie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Odwołujący nie podważał stanowiska zamawiającego, iż deklaracja ATEX była wymagana przez obowiązujące przepisy tylko co do silnika wentylatora, a sam złożył deklarację ATEX odnośnie całego przedmiotu zamówienia. KIO uznała, iż dopuszczalne było zarówno złożenie deklaracji ATEX na sam silnik, jak i na całe urządzenie. Wobec tego zarzut odwołującego był nieuzasadniony.

Odwołujący zarzucał naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP poprzez to, że w zadaniach 7 i 8 nie odrzucił oferty złożonej przez SIGMA S.A., mimo że załączyła ona do oferty deklarację zgodności WE niezgodną z obowiązującą normą PN-EN ISO/IEC 17050-1:2005 i mimo że parametry oferowanego przez nią wentylatora nie spełniały ani wymagań technicznych, opisanych w „Instrukcji wentylatora

W (...)” wydanej w maju 2008 r., ani wymagań normy PN-G-50081:1996. W ocenie KIO

odwołujący nie wykazał, iż zamawiający wymagał w SIWZ, aby deklaracje WE spełniały podane przez niego kryteria. Z SIWZ nie wynikało, by zamawiający oczekiwał uwzględnienia w żądanych deklaracjach wskazania co do zgodności z normą czy z powoływanej przez odwołującego instrukcją. Wobec powyższego powyższy zarzut został przez KIO uznany za nieuzasadniony. Nadto Izba zauważyła, że podstawą zarzutu winien być raczej art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP lub art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP.

KIO nie uwzględniła wniosków dowodowych odwołującego zgłoszonych w odwołaniu. Przesłuchanie odwołującego na okoliczność spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu - wobec nieprzedłożenia potwierdzających to dokumentów - byłoby niedopuszczalne. Natomiast powołanie biegłego w istocie dotyczyłoby parametrów oczekiwanych przez zamawiającego; jeżeli odwołujący miał zastrzeżenia co do parametrów wskazanych w SIWZ, powinien był złożyć protest na SIWZ.

O kosztach orzeczono w oparciu o art. 191 ust. 6 i 7 PZP.

Odwołujący wywiódł skargę na powyższe orzeczenie, zarzucając:

1) błędy w ustaleniach faktycznych, polegające na:

- przyjęciu, że skarżący nie spełnił i nie wykazał w należyty sposób posiadania uprawnień, wiedzy, doświadczenia, potencjału (w tym ludzkiego) do wykonania poszczególnych zadań w ramach organizowanego przetargu,
- przyjęciu, że oferta skarżącego, a w szczególności podane w niej parametry wentylatorów były niezgodne z zapisami SIWZ,
- przyjęciu, że zamawiający nie żądał od uczestników przetargu dostarczenia dwóch odrębnych dokumentów potwierdzających jakość oferowanych produktów, tj. deklaracji ATEX i deklaracji WE na przedmiot przetargu, mimo jednobrzmiącej treści SIWZ w tym zakresie,
- przyjęciu, iż oferta uczestnika SIGMA S.A. spełniała wymagania prawa i SIWZ oraz że wszelkie zawarte w niej oświadczenia (w szczególności oświadczenie dotyczące parametrów oferowanych produktów) były zgodne z rzeczywistym stanem faktycznym,
- przyjęciu, iż oferta uczestnika Itien Poland Sp. z o.o. spełniała wymagania prawa i SIWZ,

- przyjęciu, że najkorzystniejszymi ofertami dla zadań 1, 3-12 były oferty przyjęte jako takie przez zamawiającego,

2) naruszenie przepisów prawa, a to:

- art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 uzp poprzez wykluczenie skarżącego z całości postępowania o udzielenie zamówienia mimo spełniania przez niego wymagań dotyczących posiadania uprawnień, wiedzy, doświadczenia, potencjału (w tym ludzkiego) do wykonania poszczególnych zadań w ramach organizowanego przetargu,

- art. 138c ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 87 uzp poprzez odrzucenie oferty skarżącego w zakresie części postępowania przetargowego, odnoszącej się do zadań 2-10 oraz 13, poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż omyłka, jaka znalazła się w formularzu ofertowym skarżącego nie została

wyjaśniona w trybie art. 87 ust. 1 pzp, jak również, że nie stanowi ona oczywistej omyłki pisarskiej w rozumieniu art. 87 ust. 2 uzp, podlegającej poprawieniu przez zamawiającego z urzędu,

- art. 24 ust. 2 pkt 2 uzp poprzez nie wykluczenie uczestnika SIGMA S.A. z przetargu, mimo że podane w ofercie tego uczestnika informacje o parametrach oferowanego przez niego przedmiotu dostawy były niezgodne z rzeczywistymi parametrami,

- art. 25 ust. 1 uzp w zw. z art. 25 ust. 2 uzp oraz § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - poprzez wyrażenie poglądu, że zamawiający nie mógł żądać w ramach prowadzonego postępowania przetargowego deklaracji ATEX na przedmiot dostaw,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 uzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w zakresie zadań 7-10 i 13 i poprzez uznanie za najkorzystniejsze ofert złożonych dla zadań 7 i 8 przez SIGMA S.A., a dla zadań 9 i 10 - przez Itien Poland Sp. z o.o. - mimo koniczności odrzucenia ofert tych podmiotów z uwagi na ich niezgodność z SIWZ,

- art. 188 ust. 6 uzp poprzez brak uwzględnienia wniosków dowodowych skarżącego, mimo braku zaistnienia wskazanych w tym przepisie przesłanek warunkujących dopuszczalność odmowy przeprowadzenia wnioskowanych dowodów,

- art. 192 uzp poprzez całkowity brak uzasadnienia dla oddalenia odwołania w części odnoszącej się do oferenta Itien Poland Sp. z o.o. (uzasadnionej w punkcie 3b odwołania).

Wskazując na powyższe, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia skarżącego z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 2) nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty skarżącego,
- 3) nakazanie wykluczenia SIGMA S.A. dla zadań 7 i 8, ewentualnie nakazanie odrzucenia oferty SIGMA S.A. dla zadań 7 i 8 jako niespełniającej wymogów SIWZ,
- 4) nakazanie odrzucenia oferty Itien Poland Sp. z o.o. dla zadań 9 i 10 jako niespełniającej wymogów SIWZ,
- 5) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w zakresie

odnoszącym się do zadań 1,3-12,

6) nakazanie dokonania ponownej oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszych ofert dla wszystkich etapów przetargu, przy uwzględnieniu oferty skarżącego.

Ponadto skarżący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz całości kosztów postępowania według norm przepisanych.

W odpowiedzi na skargę SIGMA S.A. wniosła o oddalenie skargi w całości i zasądzenie od skarżącego na jej rzecz kosztów procesu według norm przepisanych.

Na rozprawie w dniu 15 stycznia 2008 r. skarżący podtrzymał wszystkie twierdzenia, zarzuty i wniosku skargi a zamawiający i przystępujący do postępowania po stronie zamawiającego wnieśli o oddalenie skargi.

Ponadto na pytanie Sądu pełnomocnik zamawiającego oświadczył, iż umowy zostały zawarte i dostawy zrealizowane przez wykonawców wyłonionych w toku postępowania przetargowego (tj. do dnia 31.12.2008 r.).

Sąd Okręgowy ustalił i zważył co następuje:

Jak wynika z wyjaśnień stron przedmiot zamówienia publicznego - na dzień orzekania przez Sąd Okręgowy - został wykonany w całości.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w orzeczeniu o sygn. akt III CZP 73/05 (opubl. w OSNC 2006 nr 7-8, poz.101) - który to pogląd Sąd Okręgowy w pełni podziela - zawarcie przez zamawiającego umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia i jego wykonanie - w trakcie postępowania sądowego - czyni to postępowanie zbędnym.

Konsekwencją tego jest umorzenie postępowania wywołanego skargą po myśli art. 198 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 194 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednie przepisy Kodeksu postępowania cywilnego.

Zatem o kosztach niniejszego postępowania orzeczono po myśli art. 102 k.p.c. odstępując od obciążenia skarżącego kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym przyjmując, że w okolicznościach sprawy miał miejsce szczególnie uzasadniony wypadek.

W dacie wniesienia skargi, tj. w dniu 27.11.2008 r. termin określony w SIWZ do zawarcia umów i ich wykonania jeszcze nie upłynął. Skarżący więc uprawniony był do szukania ochrony prawnej.

W konsekwencji orzeczono jak w sentencji.