

Sygn. akt XIX Ga S14/08

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 stycznia 2009 r.

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

SSO Krystyna Faściszewska-Rąba
Przewodniczący: SO Olga Gornowicz - Owczarek (spr.)

Sędziowie: SO Małgorzata Kowalska

Ikr st. sekr. sądowy Anna Skrzypek

Protokolant:
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2009 r. w Katowicach
sprawy z odwołania "Społem" Powszechnej Spółdzielni Spożywców
"Górnik" w Brzeszczach

przeciwko Kompanii Węglowej Spółce Akcyjnej w Katowicach

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi "Społem" Powszechnej Spółdzielni Spożywców "Górnik"
w Brzeszczach

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych
w Warszawie

z dnia 7 listopada 2008 r.

sygn. akt KIO/UZP 1164/08

1. oddała skargę;
2. zasądza od "Społem" Powszechnej Spółdzielni Spożywców "Górnik"
w Brzeszczach na rzecz Kompanii Węglowej Spółki Akcyjnej
w Katowicach kwotę 3,617,-zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście
złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

Sygn. akt XIX Ga 514/08

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 7 listopada 2008r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie „Społem” Powszechnej Spółdzielni Spożywców „Górnik” w Brzeszczach złożone na oddalenie protestu przez zamawiającego Kompanię Węglową S.A. w Katowicach w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Dostawa bonów żywieniowych na realizację posiłków profilaktycznych w okresie 24 miesięcy oraz zapewnienie realizacji tych bonów punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. Oddział KWK „Brzeszcze - Silesia” i obciążyła odwołującego się kosztami postępowania.

Protest i odwołanie dotyczyło czynności zamawiającego wyboru najlepszej oferty wykonawcy Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. w Warszawie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zarzutów odwołania i odniosła się do nich w następujący sposób.

Powołując się regulacje art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 22 ust. 1 pkt 1, art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Krajowa Izba odwoławcza podkreśliła, iż przepisy wyraźnie wskazują, jakich dokumentów może żądać zamawiający w celu spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ramach tych dokumentów zamawiający nie stawiał warunku przedstawienia uprawnień do prowadzenia określonej działalności. Wymaganie takiego dokumentu byłoby zresztą bezcelowe, gdyż mogą w świetle cytowanych przepisów, dotyczyć takich uprawnień jak zezwolenie, koncesja czy licencja. W ramach tych dokumentów nie mieści się również uchwała wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub umowa spółki w sytuacji, o jakiej mowa w art. 230 ksh. Takiego wymogu nie postawił także zamawiający.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że pomimo, iż cena w ofercie spółki Sodexho przekracza dwukrotność kapitału zakładowego spółki i wykonawca ten nie załączył do oferty uchwały bądź umowy spełniającej wymogi art. 230 ksh, fakt ten pozostaje bez wpływu na ważność czynności złożenia oferty i nie może skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Złożenie oferty jest czynnością jednostronną i nie stanowi zaciągnięcie zobowiązania. Dopiero zawarcie umowy stanowi zaciągnięcie zobowiązania i dopiero wtedy jest potrzebna uchwała. Sankcja wskazana w art. 17 § 1 ksh nie odnosi się do oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zarzut dotyczący złożenia przez wybranego wykonawcę w aktach rejestrowych dokumentów określonych w przepisach o rachunkowości tylko za okres 1.09.1999r. do 31.08.2000r. Krajowa Izba Odwoławcza uznała za bezzasadny, ponieważ zamawiający nie miał obowiązku sprawdzania, czy wykonawca spełnił te warunki. Dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wystarczające dla stwierdzenia spełnienia warunku w zakresie wykazania sytuacji finansowej wykonawcy było złożenie dokumentów wymaganych w SIWZ.

Nie znalazła też podstaw Krajowa Izba Odwoławcza do odrzucenia oferty wybranego wykonawcy.

W ofercie Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. znalazł się błąd pisarski i zamiast prawidłowej nazwy miejscowości: Przecieszyn, wpisano: Przesieszyn.

Ponieważ jednak kod pocztowy i wskazanie gminy było prawidłowe nie budziło wątpliwości zamawiającego o zaistnieniu oczywistej omyłki pisarskiej, i w tej sytuacji zamawiający zasadnie zastosował regulację art. 87 ust. 2 pzp i dokonał poprawienia pomyłki.

Zarzuty odwołującego się skierowane do wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub realizacji bonów żywieniowych lub bonów na posiłki profilaktyczne w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zarzuty skierowane jedynie w stosunku do formy dokumentu, a nie jego treści, które nie mogą przesądzać o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Natomiast niekompletność w podanych datach wykonania dostaw została usunięta przez Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Izba Odwoławcza nie znalazła niezgodności z treścią SIWZ wpisu w załączniku nr 7 dotyczącego wykazu części zamówienia, których wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy, o treści: „Nie dotyczy”, gdyż uznała ten zapis za oznaczający, że przedmiot zamówienia polegający w tym przypadku na dostawie bonów żywnościowych, wykonawca wykona samodzielnie.

Wykaz punktów (placówek) handlowych i gastronomicznych zawiera wszystkie niezbędne wymagane przez zamawiającego informacje, w dodatku w myśl art. 26 ust. 4 pzp zamawiający wezwał wykonawcę Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień treści oferty, w tym pomyłek w adresach lub nazwach placówek i wykonawca udzielił w wyznaczonym terminie stosownych wyjaśnień.

Za niezasadny Krajowa Izba Odwoławcza uznała zarzut zaniechania odrzucenia oferty Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. z powodu przedstawienia wzorów bonów niezgodnych z SIWZ oraz braku bonu o wartości nominalnej 10,36 zł. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia oferty w tym zakresie, co wykonawca wykonał. Ponadto Izba zauważyła, że wyrazy: „boni”, „kupon”, „talon” są synonimami, dlatego użycie we wzorze określenia „kupon” nie dyskwalifikuje oferty.

Pokreśliła Krajowa Izba Odwoławcza, że, wbrew zarzutom odwołującego się, wykonawca Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. złożył oświadczenie, iż zapoznał się z treścią SIWZ oraz akceptuje warunki realizacji określone przez zamawiającego bez zastrzeżeń, a także że przyjmuje bez zastrzeżeń istotne postanowienia umowy, które zostaną wprowadzone do umowy.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, odwołujący nie wykazał naruszenia przez Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. zasad uczciwej konkurencji. Nie stanowi bowiem naruszenia tych zasad wskazanie w ofercie również placówek odwołującego, także w przypadku, gdy odwołujący bierze udział w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykonawców łączy umowa z dnia 8.01.2001r., w której odwołujący zobowiązał się do akceptowania kuponów emitowanych przez Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. Odwołujący podpisując umowę handlową musiał być świadomy i godzić się, że podmioty te spotykają się na rynku nie tylko jako podmioty współpracujące, ale i konkurujące. Umowa nie zawiera postanowień świadczących o zakazie konkurencji w tym zakresie pomiędzy podmiotami. Ponadto odwołujący mógł wypowiedzieć umowę, jeżeli uważa, że narusza ona jego interes.

Odnosząc się do zarzutu związanego z brakiem określenia w KRS Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. w zakresie prowadzonej działalności, działalności będącej przedmiotem zamówienia, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wpis taki nie jest wymagany w związku z zasadą swobody działalności gospodarczej.

Wobec powyższych okoliczności Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła

także podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

O kosztach postępowania Krajowa Izba Odwoławcza orzekła na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp.

Na powyższy wyrok skargę złożyła „Społem” Powszechna Spółdzielnia Spożywców „Górnik” w Brzeszczach, w której wniosła o jego zmianę poprzez nakazanie zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, przeprowadzenie ponownej oceny ofert i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty skarżącego oraz zwrot kosztów postępowania, w tym toczono przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Skarżący zarzucił naruszenie art. 26 ust. 3 i art. 7 pzp poprzez zastosowanie instytucji uzupełnienia oferty Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. do poprawienia bonów żywieniowych o nominałach 6,10 zł, 10,36 zł i 11,30 zł uznając, że jest dopuszczalne w sytuacji niezgodności treści oferty Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. z treścią SIWZ i pomimo, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp uzasadnione było odrzucenie oferty; naruszenie art. 25 ust. 1 pzp poprzez uznanie, że wezwanie Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 4 pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty w celu potwierdzenia warunków posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest właściwym trybem do usunięcia niezgodności oferty, zwłaszcza w zakresie ujęcia w wykazie sklepu chemiczno - ogrodniczego; naruszenie art. 66, 70 § 3, 70 § 3 kc w zw. z art. 14 pzp poprzez zaniechanie rozważenia argumentacji przedstawionej przez skarżącego w zakresie posiadania uprawnienia do dokonania czynności w warunkach określonych w art. 230 ksh; naruszenie art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez przyjęcie, że złożenie przez Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. nie narusza zasad uczciwej konkurencji, a w konsekwencji nie nastąpiło naruszenie art. 7 i art. 89 pzp oraz art. 58 kc.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniosł o jej oddalenie i zwrot kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga „Społem” Powszechnej Spółdzielni Spożywców „Górnik” w Brzeszczach jako bezzasadna podlega oddaleniu na podstawie art. 198 ust. 2 pzp.

Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska skarżącego, iż wykonawca Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. była zobowiązana do przedłożenia w ramach oferty uchwały wspólników wyrażającej zgodę na zawarcie umowy, której wartość przekracza dwukrotność kapitału zakładowego lub innej o podobnej treści bądź umowy zezwalającej na zaciągnięcie takiego zobowiązania (art. 230 ksh), a tym bardziej, iż brak takiego dokumentu powodowałoby wykluczenie oferenta (a w konsekwencji odrzucenie oferty).

Podnosząc wszystkie koncepcje o nieistnieniu oferty czy jej bezskutecznym złożeniu, skarżący całkowicie pomija konsekwencje, jakie wynikają z przepisów kodeksu spółek handlowych za zaciągnięcie przez zarząd spółki zobowiązania przekraczającego dwukrotność kapitału zakładowego. Obecne przepisy nie pozostawiają wątpliwości, iż zaciągnięcie takiego zobowiązania przez zarząd wobec osoby trzeciej nie jest nieważne, a tym bardziej nie jest bezskuteczne (nie wiadomo, jaka jest podstawa prawna takiej bezskuteczności), gdyż przepis art. 230 ksh wprost wyłącza skutek w postaci nieważności umowy wyrażony w art. 17 § 1 ksh. Zatem skutkiem niezachowania tej szczególnej regulacji jest wewnętrzna odpowiedzialność członków zarządu, nie ma to jednak wpływu na zakres zobowiązania spółki wobec osoby trzeciej. Należy zatem przyjąć, iż osoba trzecia, a w tym wypadku byłby to zamawiający, ponosi jakiegokolwiek negatywne konsekwencje braku

odpowiedniej uchwały zgromadzenia wspólników. Bez znaczenia zatem dla ważności umowy i sytuacji zamawiającego pozostaje fakt, czy w ogóle taka uchwała została podjęta. W tej sytuacji zamawiający nie musiał, a wobec regulacji art. 25 ust. 1 pzp, nie powinien, stawiać warunku przedłożenia w ofercie odpowiedniej uchwały, gdyż nie powinien wnikać w stosunki wewnętrzne spółki wykonawcy.

Przy tej okazji należy stwierdzić, iż argumenty o naruszeniu przepisu prawa cywilnego dotyczącego zawarcia umowy są bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż nieistotne pozostają ustalenia, w jakim momencie dochodzi do „zaciągnięcia zobowiązania”. Jednak należy zaznaczyć, iż literatura i orzecznictwo nie mają wątpliwości, że odesłanie do przepisów kodeksu cywilnego w kwestiach nieuregulowanych w przepisach prawa zamówień publicznych nie dotyczy przepisów o zawarciu umowy, gdyż ustawa o zamówieniach publicznych w sposób wyczerpujący reguluje sposób zawierania umów w zależności od trybu zamówienia i nie ma potrzeby sięgania w tym zakresie do przepisów charakterze ogólnym.

Nie można też zgodzić się ze skarżącym, iż zostały naruszone zasady uczciwej konkurencji czy też zasada równego traktowania wykonawców (art. 7 pzp). Skarżący upatruje naruszenia tych zasad już w samym fakcie złożenia przez Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. swojej oferty. Takie uogólnienie jest niedopuszczalne. Branie udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przez Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. nie można poczytywać za utrudnianie innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, wszak do postępowania mogą przystąpić wszyscy spełniający jego warunki wykonawcy i jednocześnie muszą spełniać te same warunki. Niezrozumiały jest wniosek skarżącego, że wybranie oferty Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. spowoduje „zagrożenie powstania uszczerbku w dochodach poprzez zapłatę (...) prowizji”. Obowiązek jej zapłaty wynika bowiem z dobrowolnie zawartej i kontynuowanej umowy obu wykonawców. Skoro umowa stron nadal jest realizowana wykonawca Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. miał prawo wskazania placówek skarżącego, gdyż w nich może zapewnić realizację bonów, których dotyczy niniejsze zamówienie publiczne.

Błędnie też skarżący interpretuje brzmienie art. 26 ust. 3 i 4 pzp, który zamawiający zastosował w celu uzupełnienia czy też złożenia wyjaśnień oferty Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. Skarżący wychodzi z założenia, iż zastosowanie tego przepisu może mieć miejsce tylko w sytuacji, gdy nie uzupełnienie oferty skutkuje unieważnieniem postępowania, a skoro oferta skarżącego nie podlegała odrzuceniu, to brak uzupełnienia oferty Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. nie powodował konieczności unieważnienia postępowania, gdyż można było wybrać ofertę skarżącego. Tymczasem przepis inaczej reguluje tą kwestię. Nakazuje zastosowanie zamawiającemu instytucji uzupełnienia lub wezwania do złożenia wyjaśnień w każdym przypadku i w stosunku do każdej oferty, która zawiera braki lub niejasności, chyba że oferta, która podlega uzupełnieniu i tak, mimo uzupełnienia, podlegałaby odrzuceniu lub całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlegałoby unieważnieniu. Redakcja tego przepisu nie budzi wątpliwości i pozwala na uniknięcie wykonywania czynności uzupełnienia w przypadku, gdyby i tak nie wpłynęło to dalsze losy oferty lub samego postępowania. Z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia w niniejszym przypadku.

Te elementy, które faktycznie zostały uzupełnione bądź wyjaśnione przez wykonawcę Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. mieszczą się w granicach regulacji art. 26 pzp, który odsyła do dokumentów wskazanych w artykule poprzednim - art. 25 pzp. W ramach dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat dostaw czy też wykaz placówek, w którym będzie następowała realizacja bonów, wobec czego było dopuszczalne ich uzupełnienie w ramach uściślenia nazwy sklepu, jego adresu czy też wskazania dziennej daty rozpoczęcia czy

zakończenia wykonywania konkretnych dostaw.

Uzupełnienie dotyczy nie tylko sytuacji, gdy wykonawca w ogóle nie dołączył dokumentu, ale także wtedy, gdy dokumenty te zawierają błędy, a nadto zamawiający może żądać dodatkowych wyjaśnień odnośnie dokumentów już złożonych. Pojęcia użyte w tym przepisie nie posiadają swoich definicji ustawowych, stąd należy je interpretować szeroko, gdyż każde ograniczenie musi posiadać swoją podstawę prawną. Błąd, o jakim mowa w przepisie art. 26 ust. 3 pzp dotyczy błędów o charakterze faktycznym, zatem przepis art. 84 kc odnoszący się do wady czynności prawnej nie może mieć tu zastosowania. Owe braki, które zostaną dostrzeżone przez zamawiającego, należy potraktować jako błędy w dokumentacji, a jeśli dokumenty mieszczą się w normie art. 25 pzp, mogą być uzupełniane. W ten sposób dokonano poprawienia błędnych w formule bonów, zarówno co do graficznego przedstawienia bonu o nominale 10,36 zł, jak i istnienia zastrzeżenia o prawie zakupu kawy. Wskazany w projekcie kuponu termin ważności jest zgodny z brzmieniem SIWZ. Zamawiający wymagał bowiem, aby każdy kupon posiadał termin ważności i był on nie krótszy niż trzy miesiące od daty wystawienia. Oczywiście wobec tego jest, że wpisanie konkretnego terminu jest obowiązkowe, będzie to jednak termin za każdym razem inny, gdyż dostawa kuponów ma się odbywać przez 24 miesiące. Wskazanie na projekcie jednej daty należy wobec tego potraktować jako przykładowy. Nie można też potraktować oferty wykonawcy Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. za niezgodne z SIWZ z powodu umieszczenia na drugiej stronie projektu bonu zapisu o uprawnieniu do otrzymania w jego zamian posiłku. Nie budziło bowiem wątpliwości na żadnym etapie postępowania, że posiłek ten można otrzymać w formie gotowej bądź w formie produktów służących do jego samodzielnego wykonania.

Pozostałe zarzuty, które skarżący podtrzymał w skardze, również należy uznać za chybione. Bez znaczenia dla toczzonego postępowania o udzielenie zamówienia jest okoliczność, czy wybrany wykonawca spełnia swoje wymogi stawiane przez przepisy o rachunkowości. Poza powołaniem się na fakt, że Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. nie składa do akt rejestrowych sprawozdań finansowych, skarżący nie wskazał, jaki to ma wpływ na tok niniejszego postępowania. Także zakres prowadzonej działalności ujawniony w rejestrach nie może przesądzać o prawie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż takiego warunku nie stawia żaden przepis. Sąd Okręgowy podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, iż zamawiający może żądać wykazania uprawnień do prowadzenia określonej działalności, jeżeli przedmiot zamówienia jest obwarowany szczegółowo określonymi w innych przepisach zezwoleniami czy koncesjami. Wykonywanie działalności objętej przedmiotem niniejszego zamówienia nie wymaga posiadania szczególnych uprawnień.

Wobec powyższych okoliczności Sąd Okręgowy nie uwzględnił skargi.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 kpc w zw. z art. 194 ust. 2 pzp.

neridzam