

POSTANOWIENIE

Dnia 27 stycznia 2009 r.

Sąd Okręgowy w Nowym Sączu, Wydział III Cywilny Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący - Sędzia SO Ewa Adamczyk

Sędzia SO Zofia Klisiewicz (sprawozdawca)
Sędzia SR del. Tomasz Miazga

Protokolant: sekr. sąd. Barbara Boszowska

po rozpoznaniu w dniu 27 stycznia 2009 r. w Nowym Sączu

sprawy

ze skargi „Firmy Haller” S.A. w Katowicach

przeciwko Zamawiającemu Związkowi Gmin Jeziora Rożnowskiego w Gródku nad
Dunajcem

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień
Publicznych w Warszawie - w przedmiocie odrzucenia odwołania „Firmy Haller” S.A.
w Katowicach

z dnia 10 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 892/08

postanawia:

I. zmienić zaskarżone postanowienie w ten sposób, że nadać mu treść:

- „1. uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny oferty nr 5 „Firmy Haller” S.A. w Katowicach;
- 2. kosztami postępowania obciążyć Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego Gródek nad Dunajcem i nakazać:
- zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł z kwoty wpisu uiszczonego przez „Firmę Haller” S.A. w Katowicach,
- dokonać wpłaty kwoty 4 064 zł na rzecz „Firmy Haller” S.A. w Katowicach, poniesionej z tytułu kosztów postępowania odwoławczego zaliczonych z kwoty wpisu od odwołania,
- dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł z rachunku dochodów Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „Firmy Haller” S.A. w Katowicach.”;

II. w pozostałej części skargę oddalić.

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 10.09.2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) odrzuciła odwołanie Firmy Haller SA ul. Obroki w Katowicach od rozstrzygnięcia protestu z dnia 8.08.2008 r. przez Zamawiającego - Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego w Gródku nad Dunajcem (pkt 1), kosztami postępowania obciążyła Firmę Haller i nakazała zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł z kwoty wpisu uiszczonego przez Firmę Haller oraz dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Firmy Haller (pkt 2 ppkt 1 i 4).

Powyższe postanowienie zapadło na tle następujących ustaleń faktycznych:

Zamawiający - Związek Gmin Jeziora Rożnowskiego z siedzibą w Gródku nad Dunajcem wszczął w dniu 18.04.2008 r. w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane - Rekultywację Zbiorników Czchów - Rożnów w miejscowości Bartkowa ETAP II. Termin składania ofert upływał z dniem 16.05.2008 r. Po przeprowadzeniu postępowania wywołanego protestami oraz postępowania wywołanego odwołaniami m.in. Firmy Haller, wyrokiem z dnia 10.07.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 645/08 i 660/08, KIO uwzględniła odwołania i nakazała dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert. Zdaniem KIO oferent Firma Haller SA została wykluczona z udziału w postępowaniu z powodu nie spełnienia warunku w zakresie potencjału kadrowego wymaganego załącznikiem nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) - bezpodstawnie.

W wyniku ponownego badania ofert Zamawiający odrzucił wszystkie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) oraz unieważnił postępowanie z powodu braku ofert nie podlegających odrzuceniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powodem odrzucenia wszystkich ofert było to, iż w załączniku nr 3 tabela C do SIWZ, zostały podane podmioty, które będą wykonywać zamówienie pomimo, iż Zamawiający nie dopuszczał powierzenia podwykonawcom wykonania robót - rozdział II pkt 5 SIWZ. O odrzuceniu wszystkich ofert Firma Haller SA (dalej Odwołujący) dowiedziała się w dniu 1.08.2008 r., a w dniu 8.08.2008 r. złożyła protest podnosząc zarzuty w stosunku do czynności Zamawiającego, polegających na odrzuceniu jego oferty oraz unieważnieniu postępowania, zaniechaniu podjęcia przez Zamawiającego czynności, do których był zobowiązany na podstawie wyroku KIO z dnia 10.07.2008 r. sygn. KIO/UZP 645/08 i 660/08, ustawy Pzp, poprzez nie dokonanie czynności bezprawnie zaniechanych po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu - art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, tj. wezwania go do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Protestujący kwestionował potraktowanie wskazanego przez siebie dostawcę, jako podwykonawcę, co było objęte zakazem SIWZ i w konsekwencji błędne uznanie, iż jego oferta jest niezgodna ze SIWZ. Powoływał się również na rozróżnienie pojęcia dostawcy i podwykonawcy w wyroku KIO z dnia 11.07.2008 r., sygn. KIO/UZP 644/08, wydanym wprawdzie w innym postępowaniu, ale dotyczącym tego samego Zamawiającego i tego samego rodzaju zadań.

W dniu 14.08.2008 r. Zamawiający oddalił protest podając, że nie był zobowiązany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, ponieważ mimo ewentualnego uzupełnienia oferty i tak podlegałaby ona odrzuceniu. Zdaniem Zamawiającego zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 10.07.2008 r., był on zobowiązany tylko do ponownego badania i oceny ofert, co też uczynił i po dokonaniu tych czynności był uprawniony do odrzucenia wszystkich ofert.

W związku z rozstrzygnięciem Zamawiającego, Protestujący złożył odwołanie, w którym powtórzył zarzuty, żądania oraz argumentację zawartą w proteście.

W ocenie KIO odwołanie Firmy Haller SA podlegało odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp. Zdaniem KIO, Zamawiający dokładnie odczytał i wykonał zalecenia składu orzekającego Izby wynikające z uzasadnienia wyroku z dnia 10.07.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 645/08 i 660/08, zaś konsekwencją odrzucenia wszystkich ofert było unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym nie było też potrzeby uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Uznała KIO, że nie może się odnieść merytorycznie do zarzutów Odwołującego, które były rozpatrzone już przez inny skład orzekający Izby.

Powyższe postanowienie zaskarżyła Firma Haller SA ul. Obroki w Katowicach (dalej Skarżący) skargą, w której zarzuciła:

- naruszenie przepisów prawa przez błędną ich wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a w szczególności art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 647¹ kc,

poprzez uznanie i stwierdzenie, że złamała ona zakaz podwykonawstwa, a w efekcie, że wniesione przez nią odwołanie dotyczy czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, tj. zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 10.07.2008 r. i odrzucenie na tej podstawie odwołania bez merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy,

- sprzeczność istotnych ustaleń KIO z treścią zebranego w sprawie materiału, a w konsekwencji naruszenie przepisów ustawy Pzp, tj. art. 188 ust. 1, 3 i 7, art. 180 ust. 2, art. 192 ust. 2 oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2.10.2007 r. w sprawie Regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, tj. § 17 ust. 1 i § 28 ust. 1 pkt 4, a nadto przepisu art. 647¹ kc - przez błędną ich wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji nie rozpatrzenie zarzutów i żądań podniesionych w proteście i odwołaniu i brak ich oceny.

Wskazując na powyższe zarzuty, Skarżący wnosił o zmianę zaskarżonego postanowienia przez merytoryczne rozpoznanie odwołania i jego uwzględnienie w zakresie wszystkich zarzutów i żądań, a nadto zasądzenie kosztów postępowania.

Skarżący na wstępie podnosił okoliczność, iż czynności jakie Zamawiający wykonał po wydaniu wyroku z dnia 10.07.2008 r., podlegają na tych samych zasadach co poprzednio, najpierw oprotestowaniu, a następnie odwołaniu, w związku z czym nie rozpatrzenie jego odwołania merytorycznie, narusza treść przepisów ustawy Pzp.

Skarżący wywodził, iż przy rozpoznaniu poprzedniego odwołania, co do którego rozstrzygnięcie zapadło w wyroku z dnia 10.07.2008 r., KIO nie dopatrzyła się naruszenia treści SIWZ, zwłaszcza w zakresie załącznika nr 3 tabela C, czemu dała wyraz w uzasadnieniu w/w wyroku. Zarzucał nadto, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie złamał zakazu powierzenia podwykonawcom wykonania robót, wywodząc, iż nie powierzył w żadnej części wykonania robót podwykonawcom, natomiast wskazując w stosownej rubryce podmiot gospodarczy, który będzie miał za zadanie dostarczyć wybrane materiały, wskazał go jako dostawcę, co nie jest jednoznaczne z podwykonawcą. Odwoływał się również do treści definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 11.07.2008 r., sygn. KIO/UZP 644/08, odnośnie podwykonawcy i dostawcy. Wskazywał na okoliczność, że podmiot, który ma realizować dostawę, nie realizuje przedmiotu zamówienia w żadnej części, a zatem nie jest podwykonawcą.

W postępowaniu apelacyjnym Sąd Okręgowy zapoznał się z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz treścią oferty złożonej przez

wykonawcę Firmę Haller SA w Katowicach, dotyczącą zamówienia - Bartkowa ETAP II.

Na podstawie SIWZ Sąd Okręgowy ustalił, że w rozdziale II - Opis przedmiotu zamówienia, w pkt 5, Zamawiający nie dopuszczał powierzenia podwykonawcom wykonania robót (str. 5 SIWZ).

Na podstawie treści oferty Firmy Haller SA na zamówienie Bartkowa ETAP II w dziale Potencjał Kadrowy załącznik C - wykaz podmiotów, które będą wykonywać zamówienie, wskazano Ekohall Sp. z o.o. w Katowicach ul. Obroki 133, a w proponowanym zakresie do wykonania, wskazano dostawę materiałów do robót hydrotechnicznych, siatki do koszy i materacy.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga okazała się uzasadniona w przeważającej części.

Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.09.2008 r. jest błędne.

Stosownie do treści art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że odwołanie wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest dotyczy czynności, których Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

W doktrynie przeważa pogląd, iż odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp następuje wtedy, gdy Zamawiający podjął czynność, którą miał obowiązek wykonać zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, a czynność ta była skonkretyzowana, np. nakazująca unieważnienie postępowania. Nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, co nastąpiło w wyroku KIO z 10.07.2008 r., nie stanowiło wykonania skonkretyzowanej czynności, która ostatecznie mogłaby zakończyć postępowanie wywołane zamówieniem. Zamknięcie możliwości kontroli wyniku badania i oceny ofert, który jest następstwem czynności Zamawiającego, jest niezgodne z intencją przepisów ustawy Pzp. Gdyby przyjąć rozumowanie KIO, iż Zamawiający wykonał zalecenia składu orzekającego Izby, a mianowicie powtórzył czynność ponownego badania i oceny ofert, to poza kontrolą KIO, a następnie ewentualnie Sądu, byłby zawsze wynik tego ponownego badania i oceny ofert. Zamawiający w wyniku takiego powtórnego badania i oceny ofert, będąc poza kontrolą, mógłby wybierać wykonawcę nie spełniającego SIWZ, bądź odrzucać oferty takich wykonawców, którzy spełnialiby obowiązki wynikające z SIWZ, a przecież nie taki jest cel ustawy przepisów Pzp. Art. 1 ustawy Pzp stanowi, że ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, kontrolę udzielania zamówień publicznych oraz organy właściwe w sprawach uregulowanych w ustawie. Przepis ten nie wyłącza kontroli udzielania zamówień publicznych w wyniku powtórnego badania i oceny ofert.

Mając na względzie treść powyższych rozważań, Sąd Okręgowy, uznał, iż odwołanie Skarżącego należało rozpoznać merytorycznie.

Odnosząc się do merytorycznych zarzutów stwierdzić należy, że 'czynność Zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty nr 5 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji unieważnienia postępowania na zasadzie art. 93 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp była bezzasadna, a co najmniej przedwczesna.

W uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty nr 5 i unieważnieniu postępowania z dnia 1.08.2008 r. podano, że jego przyczyną było to, że treść załącznika nr 3 w tabeli oznaczonej literą C do oferty Firmy Haller SA w Katowicach, zostało podanych trzech podmiotów, które będą wykonywać zamówienie, pomimo, iż z treści ogłoszenia oraz postanowienia rozdziału II pkt 5 SIWZ jednoznacznie wynikało, że Zamawiający nie dopuszcza powierzenia podwykonawcom wykonania robót.

Tymczasem wbrew twierdzeniom Zamawiającego, z treści oferty Skarżącego - Potencjał Kadrowy załącznik 3C wynika, że w wykazie podmiotów nie wskazano żadnego podwykonawcy do wykonania zamówienia - roboty budowlane. W wykazie tym wskazano jedynie dostawcę niektórych materiałów, który ma świadczyć usługi na rzecz wykonawcy, a nie Zamawiającego. Jest to Firma Ekohall Sp. z o.o. Katowice ul. Obroki 133 (adres tożsamy z adresem skarżącego. W treści SIWZ rozdział II pkt 5 zawarto sformułowanie „Zamawiający nie dopuszcza powierzenie podwykonawcom wykonanie robót”.

W art. 2 pkt 2, 8, 11 ustawy Pzp zdefiniowano pojęcie dostawy, robót budowlanych i wykonawcy. Pojęcia te oczywiście nie są tożsame i dotyczą innych sfer działalności gospodarczej. Jeżeli przedmiotem zamówienia były roboty budowlane, co wynika zarówno z treści SIWZ jak i zamówienia z dnia 18.04.2008 r., to określenia dotyczące wykonawców i podwykonawców mogą odnosić się tylko do robót budowlanych. Rozróżnienie pojęcia pomiędzy wykonawcą, podwykonawcą, a dostawcą, wynika również z przepisów Kodeksu cywilnego. Pojęcia podwykonawcy używa się tylko w przepisach dotyczących umowy o roboty budowlane - art. 647¹ kc, gdzie określono kiedy wykonawca może wykonywać roboty za pomocą podwykonawców. Związane jest to w szczególności z tym, że pomiędzy inwestorem (Zamawiającym), a podwykonawcą powstaje pewien stosunek zobowiązaniowy - np. art. 647¹ § 5 kc. W przypadku umów dostawy stosunek zobowiązaniowy powstaje tylko pomiędzy dostawcą, a odbiorcą (wykonawcą) - art. 605 kc.

W świetle powyższych rozważań wskazanie w załączniku nr 3 pkt C - Potencjał Kadrowy przez Skarżącego dostawcy niektórych materiałów na rzecz wykonawcy - potrzebnych do wykonania zamówienia, Zamawiający w świetle treści SIWZ, winien potraktować tylko jako informację, a nie jako podmiot wskazany do wykonania części zamówienia. To na wykonawcy będzie ciążyło wykonanie zamówienia o roboty budowlane, a nie na dostawcy czy sprzedawcy materiałów budowlanych, czy innych potrzebnych do wykonania zamówienia na rzecz inwestora. Zamawiający w treści SIWZ nie zawarł zakazu korzystania przez wykonawcę przy wykonaniu zamówienia z usług sprzedawcy czy dostawcy.

Mając na względzie powyższe Sąd Okręgowy uznał, że przyczyna, którą wskazano w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Skarżącego, nie istnieje, w związku z czym, zmieniając postanowienie KIO z dnia 10.09.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 892/08, uwzględnił odwołanie i nakazał Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny oferty Skarżącego.

Sąd Okręgowy nie podzielił żądań Skarżącego, dotyczących wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, bowiem żądanie to jest co najmniej przedwczesne. Z treści uzasadnienia wyroku KIO z dnia 10.07.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 645/08 i 660/08 i rozstrzygnięcia protestu Skarżącego z dnia 12.06.2008 r., zdaje się wynikać, że Zamawiający przed rozstrzygnięciem w sprawie jego oferty, winien w stosunku do Skarżącego zastosować przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Orzeczenie powyższe Sąd Okręgowy wydał w częściowym uwzględnieniu skargi, orzekając na podstawie art. 198 ust. 2 ustawy Pzp, zaś o kosztach postępowania orzekł na podstawie art. 198 ust. 5 ustawy Pzp.

wyk.U.L. Na oryginale właściwe podpisy
za zgodność: T

Urszula Laburda i

starszy sekretarz sądu