Sygru akt XII Ga 420/09

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 stycznia 2010r

Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział XII Gospodarczy - Odwoławczy w następującym składzie:

Przewodniczący - Sędzia: SC Janusz Beim (spr.)

protokolant. Rafał Bielski

Protokolant: SO Robert Jurga

SR dek Michał Niedźwiedź

po rozpoznaniu w dniu 15 stycznia 20l0r w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi NEWAG Spółki Akcyjnej w Nowym Sączu

przy uczestnictwie Województwa Małopolskiego i Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółki Akcyjnej Holding w Bydgoszczy
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 24 listopada 2009r sygn. akt KIO/UZP 1444/09

I. oddala skargę;

II, zasądza od skarżącego na rzecz uczestnika Województwa Małopolskiego kwotę 600,00 zł (sześćset złotych) oraz na rzecz uczestnika Pojazdy Szynowe FES A Bydgoszcz Spółki Akcyjnej Holding w Bydgoszczy kwotę 600*00 zł (sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sygn. akt XII Ga 420/09

Uzasadnienie

Zamawiający, Województwo Małopolskie samieścii w dniu 13 maja 2009 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2009/S 91 '131088 ogłoszenie o prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa elcktiycznych zespołów trakcyjnych du wykonywania regionalnych przewozów pasażerskich".

W dniu 4 września 2009 roku odwołujący się - KEWAG SA w Nowym Sączu wniósł protest wobec czynności odrzucenia jego oferty i zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego tj.: Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz BA Holding w Bydgoszczy. Odwołujący się w proteście narzucił naruszenie następujących przepisów[r] ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (dalej Pp):

- art, 7 ust. 1 **i** ust- 3;
- art, 24 ust. 2 pkt 2;
- art. 24 ust. 1 pkt 4;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 i b;
- art. 87 ust. 2 pkt 2;
- art- 2ó ust. 3 i 4.

Wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz unieważnienie czynności wyboru, jaką najkorzystniejszej ulcrty przystępującego, dokonanie powtórnego badania i oceny ofert, wykluczenie przystępującego z postępowania o ras odrzucenie jego oferty i wybrania oferty odwołującego się jako raj korzystniejszej.

W dniu 15 września 2009 roku zamawiający oddalił protest. W dnju 25 września 2009 roku odwnłpjący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście

Wyrokiem z dnia 24 listopada 2009 roku Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie i orzekła O kosztach postępowania.

Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie KIO wskazała jakie zarzuty zgłoszono w proteście, w szczególności; bezpodstawne zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej *w* trybie ort. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz bezzasadne niewykluczeni przystępującego z postępowania z uwagi na dołączenie listu referencyjnego zawierającego nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. *7*< ostrożności procesowej w proteście w[r]skazano na konieczność zastosowania trybu wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów. bowiem Lreść lis Lu referencyjnego złożonego przez

przystępującego budzi liczne wątpliwości.

KIO wskazała również jakimi argumentami posłużył sie zamawiający oddalając protest. W szczególności wskazała na linie orzecznictwa KIO w przedmiocie interpretacji pojęcia „oczywistej omyłki rachunkowej oraz ogólnikowy w istocie zarzut sformułowały wobec przystępującego, bowiem nic można konkretnie stwierdzić, która informacja podana w liście referencyjnym jest nieprawdziwa.

W odwalaniu od rozstrzygnięcia protestu skarżący podtrzyma! zarzuty i żądanie zgłaszona w proteście.

W swoich rozważaniach prawnych KIO w szczególności wskazała na treść rozdziału Xtll SIWZ, zgodnie z którą cena wykonania zamówień i o podano w ofercie musi być ceną luutto. Cena la winna uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia w tym również związane ze świadczeniem usług serwisowych w okresie gwarancyjnym oraż

przeszkolenia personelu użytkownika. W ocenie KI O, w szczególności w świetle wyjaśnień złożonych przez skarżącego sytuacjo jaka zachodzi w niniejszym postępowaniu, a dotycząca ceny wskazanej w ofercie skarżącego nie mieści się w[r] kaLegorii oczywistych omyłek rachunkowych. KIO wskazało jak należy w jej ocenie rozumieć oczywistość omyłki, Podkreśliła, że wskazana w ofercie cena nie wynika z żadnego matematycznego działania, V, szczególności zaznaczyła, że nic ma podstaw[7] do stwierdzenia, iż cena zaoferowana przez skarżącego w istocie odpowiada cenię za dosrawę jednego elektrycznego zespołu trakcyjnego z uwzględnieniem świadczeń . dodatkowyeh. W ocenie Izby podana przez skarżącego kwota 14.960.000 zł jest wynikiem bliżej n]esprecj[r]zow[r]aiiych działań, zatem nie sposób ustalić, źc stanowi wycenę jednego ezt wraz że świadczeniami dodatkowymi, a zatem brak podstaw do zastosowania mnożnika „5', Podkreśliła Izba w ■uzasadnieniu wyroku. że ustawodawca używając pojęcia „oczywistości" w odniesieniu do ^omyłici rachunkowej" nie przewiduje ingerencji ze strony wykonawcy jak również wyrażenia zgody na jej poprawienie, co jest dodatkowym argumentem, iż oczywistość nie jest cechą zależna od przypisania takiego przymiotu przez wykonawcę. Dlatego też, skoro cena nie odpowiada sposobowi jej obliczenia jaki podano w SIWZ,. To należy stwierdzić, Że oferta skarżącego w tym zakresie nie odpowiada treści SIWZ, a in prowadzić musi dc jej odrzucenia na podstawie At. 89 ust. 1 pkt. *2* Pzp.

KIO ustaliła jak przebiegało postępowanie w zakresie wskazania przez przystępującego warunku doświadczenia wykonawcy. W ocenie Izby skarżący nie wykazał, aby przystępujący nienależycie wykonał umowę na rzecz podmiotu, któiy był autorem listu referencyjnego, a tym samym nic ma podstaw do stwierdzeń ..a, że przystępujący złożył nieprawdziwe informacje,

Strona odwołująca się (dalej skarżący) w skardze od wyroku KIO zarzuciła:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez błędną wykładnie polegający na pr?yjęciu, że oferta skarżącego nie odpowiada warunkom SICZ;

- naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 Fzp poprzez błędną wykładnię, iż zamawiający nie był zobowiązany do poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie skarżącej;

- naruszenie art. 24 ust. *2* pkt 2, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że przystępujący' nie złożył nieprawdziwych .'nfcrmacji w[r] postępowaniu, które miały wpływ na jego wynik;

- art. 26 ust. 3 Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na uznaniu, żc zamawiający nie miał obowiązku wezwania przy stępującego do uzupełnienia wykazu wykonanych dostaw wraz z odpowiednimi dokumentami;

- art. 7 Pzp poprzez oddalenie odwołania mimo wyboru wykonawcy z naruszeniem przepisów Pzp;

- art. 23 ustawy Z dnia 28 marca 2003 roku o transporcie kolejowym oraz § 0 rozp. MinisLra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 reku w sprawie świadectw dopuszczenia dc eksploatacji typu budynków i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego poprzez błędną wykładnię polegaj ącą na uznaniu, że Lerminowe świadectwo dopuszczenia do eksploaLacjj typu pojazdu kolejowego jest dokumentem potwierdzającym konstrukcyjne przystosowanie EZT do realizowania kolejowych przewozów pasażerskich z prędkością co najmniej 160 km/h;

- naruszenie art. 188 ust. 7 Pzp polegające na niedokonanhi przez- KIO wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, w szczególności poprzez odmówienie mocy dowodowej przedłożonym przez skarżącego dokumentom;

- naruszenie art. 188 ust. 5 Pzp zdanie 2 poprzez- nieuwzględnienie przez KIO laktu, żc przystępujący nie zaprzeczył twierdzeniom dotyczącym niczatwierdzcnia dokumentacji systemu utrzymaniu {DTSUj, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w ustaleniu stanu faktycznego;

- naruszenie art. 191 ust. la Pzp polegające na oddaleniu odwołania mimo istnienia podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisów Pzp,

Podnosząc powyższe zarzuty strena skarżąca wniosła o zmianę zaskarżonege wyroku w[r] całości poprzez uwzględnienie odwołania i nakazanie *za* ma w i aj ącem u:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oleny skarżącego;

2. unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej;

3. dokonania powtórnego badania i oceny ofert;

4. wykluczenia przystępującego Z- postępowania 1 odrzucenia jego oferty.

Jako ewentualny wniosek skarżący domagał się:

- unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty;;

unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako

naj korzy stu Lej szej;

wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu; '

- dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem uzupełnionych dokumentów i złożonych 'wyjaśnień,

W obszernym uzasadnieniu skargi strona skarżąca w pe3ni podtrzymała swoje stanowisko prezentowane wcześniej w proteście i odwołaniu.

Zamawiaj ący w odpowiedzi na skargę wniósł ojej oddalenie i zasadzenie kosztów postępowania. Przystępujący - Pojazdy Szynowe PE5A Bydgoszcz SA Holding w piśmie z dnia *12* stycznia 2010 również wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu.

Po rozpoznaniu apelacji Sąd Okręgowy zważył co następuje;

Apelacja jest nieuzasadniona.

Przede wszystkim chybiony jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. *2 Pzp* i art. *87* ust. 2 pkt 2 Pzp. Sąd Okręgowy w pełni pcdzieJa stanowisko KIO prezentowane w uzasadnieniu wyroku, a dotyczące interpretacji użytego przez ustawodawcę W treści art, *87* ust. 2 pkt, *2* Pzp, pojęcia „oczywiste omyłki rachunkowe*. Nie ma zatem potrzeby powtarzania w niniejszym uzasadnieniu trafnej ai^jumenLacji przedstawionej przez KIO.

Podkreślenia wymagaj. że odwołujący się jest profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego i zapewne udział w procedurze o udzielenie

zamówienia publicznego nie jest jednostkowym przypadkiem. Jest, oczywistym, że podanie ceny w ofercie składanej w tym trybie jest jednym z jej zasadniczych elementów. Zbędnym jest podawanie argumentów, śż dołożenie maksymalnej staranności w redagowaniu Lreści oferty jcsL wymogiem oczywistym.

Dlatego też w ocenie Sądu Okręgowego w pełni zasadne było działanie zamawiającego polegające na domaganiu się od odwołującego wyjaśnień dotyczących wysokości cetty zamieszczonej w ofercie (w trybie art. 90 i nast- Pzp, pismo z dnia 12 sierpnia 2009 roku). Treść odpowiedzi jaka sus Lala udzielona w tym zakreńe przez odwołującego sie (pismo a dnia 18 sierpnia 2009] jest w ocenie Sądu Okręgowego co najmniej lakoniczna. Zamawiający w zapvtanin wyraźnie wskazał na treść pkL. XII SIWZ, natomiast odpowiedź została ograniczona do lakonicznego stwierdzenia, iż zaproponowana cena jest cena brutto „za dostawę jednego elektrycznego zespołu trakcyjnego". Pomnożenie Lej kwoty przez liczbę pojazdów doprowadzi dopiero do usLalenia ceny jaka miała być podana w ofercie.

Wie ulega zatem wątpliwości, że prawidłowo postąpił za mawiajacy i nie ustalał ostatecznie samodzielnie ceny oferty dokonując określonych działań □ry-lmcLycznych. Trafnie zarazem stwierdziła KIO, iż w tej sytuacji nie ma mowy o oczywistej omyłce w rozumieniu art- 57 ust. 2 pkr. 2 Pzp. W ślad za tym konsekwentnie należało uznać, że oferta w tym zakresie nic odpowiada postanowieniom rozdziału XII SIWZ i stosownie do regulacji art. 89 ust, I pkt. 2 Pzp należało ja odrzucić, W ocenie Sadu O kręgowego już tylko zaistnienie tej przesłanki stanowiło podstawę do zasadnego odrzucenia ofcrLy skarżącego.

Chybione są również zarzuty' naruszenia art. 24 ust. 2. pkl, 2, art. 24 ust. 4 i 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp, art. 26 ust. 3 Pzp. Również i w zakresie powyższych zarzutów Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisku KIO zawaite w[t] uzasadnieniu. Zarzut naruszenia arL. 2b ust. 3 Pzp jest wręcz niezrozumiały, skoro jest poza sporem, iż zamawiający zwrócił się do PKP „Przewozy Regionalne" Sp. z o. o, o udzielenie dodatkowych wyjaśnień, o w- szczególności czy informacje podane w liście referencyjnym „odpowiadają Sianowi faktycznemu". Nie do podważenia jest trafne stanowisko KIO, iż wykluczenie wykonawcy z postępowania w oparciu o regulacje art, 24 ust. ***2*** pkt. 2 Pzp wymaga usLalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ [na] wynik postępowania. Trafnie przyjęła KI Oj iż odwołuj acy się nie wykazał, fi by przy stepujący nienależycie wykonał zobowiązanie, c którym była mowa w Liście referencyjnym. Nie może również budzić wątpliwości, że chybiony jest zarzut wadliwego wykonania umowy, o której mowa w liście referencyjnym *z* uwagi na przekroczenie terminu jej realizacji, skoro poza sporem pozostaje fakt oznaczenia innego terminu w aneksie do umowy,

Bezzasadne są zarzuty naruszenia ort. 23 ustawy z dnia 28 marca 2093 roku O Lransporcic kolejowym oraz § 9 Rozp. Ministra Infrastruktury z

dnia 30 kwietnia 2004 roku w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji, typu budynków i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego. Ustalenie dokonane w tym zakresie przez KIO są prawidłowe i Sąd Okręgowy uznaje je za własne. Nawet jeżeh można dopuścić odmienne interpretacje, a zarzuty te wiążą sie z treścią art, 24 ust. ***2*** pkt. 2 Pzp, to przecież nie ma mowy o podaniu nieprawdziwych dany cli.

Reasumując zancut naruszenia wskazanych wyżej regulacji Pzp o je może prowadzić do podważenia rozstrzygnięcia KIO.

Bezzasadny jest również zarzut naruszenia art. 188 ust. 7 Pzp i 189 ust. 5 zd. 2 Pzp. Jak zaznaczono wcześniej ustalenia taktyczne dokonane

przez KIO są prawidłowe i Sąd Okręgowy uznaje je za własne. Wbrew stanowisku skarżącego, uzasadnienie wyroku KIO jest wszechstronne, wyczerpujajte, logiczne i nie budzi żadnych zastrzeżeń. KIO precyzyjnie i trafnie uzasadniła jakie są przesłanki i zasady stosowania art, 226 ki?c i art. f? kc.

Bezzasadność wymienionych wcześniej zarzutów musi oczywiście prowadzić do konstatacji, iż bezzasadne jest zarzucanie naruszenia art. 7 Pzp ; igi Pzp, Trafność rozstrzygnięcia KIO w żadnej mierze nic podważa również treść dołączonych do pisma skarżącej z dnin lo stycznia 2009 roku dokumentów.

Mając na uwad:ze powyższe, skargę jako nieuzasadnioną należało oddalić i dlatego też onjeraono jak w pkt. I sentencji (art. 395 kpe w związku z art. 194 g 2 kpe), O kosztach orzeczono stosownie do zasad wynikających z treści art.. 98 i 106 g 1 kpe w związku z art. 194 § 2 Pzp (pkt. 11 wy roku].