

Sygn. akt X Ga 309/08

POSTANOWIENIE

Dnia 23 października 2008 r.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Jacek Gołaczyński (spr.)

SSO Jolanta Bojko
SSO Janusz Kaspryszyn

Protokolant: Anna Prochoń
po rozpoznaniu w dniu 23 października 2008 r. we Wrocławiu

na rozprawie

rozpoznał sprawę o udzielenie zamówienia publicznego przez Gminę Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia

ze skargi Dolnośląskich Linii Autobusowych Sp. z o.o. we Wrocławiu

przeciwko Gminie Wrocław - Urząd Miejski Wrocławia

przy udziale Konsorcjum Sevibus Polska Marcinkowski i Sip S.K.A z siedzibą we Wrocławiu,
Bus Marco Polo Wratislavia 1992 Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 2 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 854/08

X Ga 309/08

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 2 września 2008r. Krajowa Izba Odwoławcza w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargowym na świadczenie usług przewozowych w ramach miejskiego autobusowego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia oraz Gminy Czernica uwzględniła odwołanie, unieważniła czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazał zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert.

Uzasadniając swoją decyzję KIO stwierdziła, że zamawiający dokonując ponownego badania i oceny ofert, we wyniku uwzględnienie protestu z dnia 17.06.2008r., ocenia wszystkie oferty złożone w tym postępowaniu, a w sytuacji gdy powyższe informacje o istnieniu okoliczności skutkującej odrzuceniem oferty winien taką czynność podjąć.

W zakresie zarzutu niespełnienia warunku wymaganego

doświadczenia zawodowego KIO stwierdziło, że zamawiający postawił wymóg, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy z należytą starannością zrealizowali lub realizują w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, w ciągu kolejnych 12 miesięcy tego okresu, usługi transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych o łącznej wielkości pracy przewozowej nie mniejszej niż 300.000 wozokilometrów. Jednocześnie zamawiający wymagał, aby biorący udział w postępowaniu byli ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie mniejszą niż 500.000 zł. Na potwierdzenie tego warunku wykonawcy winni przedstawić polisę ubezpieczeniową lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Konsorcjum Sevibus Polska

Marcinkowski i Sip S.K.A. oraz Bus Marco Polo Wratiscavia 1992 spółka z o.o. złożyło stosowny wykaz usług, z którego wynika, że spełnia wymagane doświadczenie zawodowe. Konsorcjum przedstawiło także polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej AG 05564336 przez PZU S.A. na okres od 12.05.2008r. do 1 1.05.2009r. z sumą ubezpieczenia w wysokości 500.000 zł z wyłączeniem między innymi przewozu osób. Na wezwanie zamawiającego Konsorcjum wskazało, że realizowało usługę transportu drogowego zbiorowego w ramach przewozów regularnych za okres od 1.01.2007r. do 3 1.12. 2007r. w wielkości przewozowej 400.000 wozokilometrów. Była realizowana na rzecz Orbis Transport spółka z o.o. w terminie od dnia 1.01.2005r. do 31.12.2007r. a wielkość pracy przewozowej wynosiła 1.380.000 wozokilometrów. Na potwierdzenie należytego wykonania usługi przedłożono także list referencyjny. Jeśli chodzi o Polisę odpowiedzialności cywilnej PZU S.A. w Zgorzelcu złożyło oświadczenie, że Polisa ubezpieczeniowa AG 0564336 zawarta z firmą Sevibus z siedzibą we Wrocławiu gwarantuje zakres ochrony ubezpieczeniowej także w zakresie transportu osób.

KIO uznało, że Konsorcjum nie wykazało, że spełnia warunek udziału w postępowaniu jakim jest doświadczenie w zakresie transportu osób przez okres 12 kolejnych miesięcy przy zachowaniu liczby nie mniejszej niż 300.000 wozokilometrów. Z analizy bowiem oświadczenia Konsorcjum wynika, że Bus Marco Polo Wratiscavia 1992 spółka z o.o. wykonała przewozy w okresie czerwiec 2003 do października 2007r., a nie jak określono w kolumnie nr 3 wykazu usług, do dnia 3 1.12.2007r. Gdyby nawet przyjąć, że usługa była realizowana -tak jak to wynika z treści listu referencyjnego w okresie krótszym tj. do października 2007r. a nie do grudnia 2007r - to nie wiadomo jaka ilość wozokilometrów została zrealizowana w tym okresie. Ponadto KIO uznało, że nie może być mowy o pomyłce pisarskiej w kolumnie 3 poz. 2 wykazu usług, ponieważ zmiana wskazanego okresu stanowiłaby niedopuszczalną zmianę treści oferty złożonej w wyniku uzupełnienia, co jest naruszeniem art. 87 ust. 1 i art. 26 ust 3 PZP.

Natomiast w kwestii dotyczącej Polisy ubezpieczeniowej KIO uznało, że przedstawiona pierwotnie Polisa spełnia wymogi istnienia ubezpieczenia o odpowiedzialności cywilnej. Przedmiotem zamówienia jest „transport pasażerski” objęty w Polskiej Kwalifikacji Działalności kodem o numerze PKD 49.3 1 i dlatego wskazanie w polisie ubezpieczeniowej usług wymienionych w Polskiej Klasyfikacji Działalności pod pozycją 60.21-60.24 było właściwe. Owe pozycje objęte są bowiem działalnością wykonywaną przez Konsorcjum i ujętą w KRS, a także działalnością będącą przedmiotem zamówienia, czyli „transport zbiorowy”. Jednocześnie KIO stwierdziło, że przywołane w treści Polisy kody PKD pochodzą z nieobowiązującego już rozporządzenia (zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 grudnia

2007r.)

W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego KIO uznał, że kwestia sporna między stronami było ustalenie właściwej stawki podatku VAT na usługę druku sprzedaży i kontroli biletów, określoną w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z art. 141 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług podstawowa stawka podatku VAT, wymieniona enumeratywnie w załączniku W treści formularza zamawiający wymagał podania ceny łącznej brutto tj., ceny 1 wozokilometra z drukiem, sprzedażą i kontrolą biletów dla autobusu typu B i S w tym 1 wozokilometra świadczonej usługi autobusowej typu B lub S oraz ceny druku, sprzedaży i kontroli biletów dla 1 wozokilometra dla autobusu typu B. Dla każdej z wyżej określonych usług, zamawiający wymagał podania ceny netto, brutto oraz wskazania podatku VAT w %. Odwołujący w treści formularza oferty wskazał cenę 1 wzk wraz z drukiem i sprzedażą oraz kontrolą biletów dla autobusu B i S jako sumę ceny 1 wzk świadczonej usługi przewozowej autobusem B i S zew wskazaniem 7 % stawki VAT oraz ceny druku, sprzedaży i kontroli biletów dla 1 wzk dla autobusu typu B ze wskazaniem 22 % stawki VAT. KIO uznał, w tym zakresie, że rację ma zamawiający i powołał się na orzeczenie ETS z 27.10n 2005r. w sprawie o sygn. akt C-41/04, że jednolitość świadczeń i ich wzajemne nierozzerwalne powiązanie w aspekcie gospodarczym, stanowi przesłankę do tego aby wszystkie czynności traktować jako jednolite świadczenia podlegające opodatkowaniu jedną stawką.

Od tego orzeczenia skargę wniósł uczestnik postępowania przetargowego Dolnośląskie Linie Autobusowe spółka z o.o. we Wrocławiu. Wyrok ten zaskarżył w części dotyczącej ni erozstrzygnięcia o żądaniach skarżącego, a to na nakazaniu Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Skarżącego. Na tej podstawie domagał się zmiany zaskarżonego wyroku przez jego uzupełnienie o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Skarżącego. Zarzucił wyrokowi KIO naruszenie prawa materialnego:

-art. 16 PZP przez jego błędną wykładnię w wyniku przyjęcia, że usługi drukowania biletów, ich sprzedaży i kontroli należą do istotnych elementów umowy przewozu podczas gdy prawidłowa wykładnia wskazanego przepisu wskazuje, że jego dyspozycja odnosi się wyłącznie do sposobu (formy) zawarcia umowy przez wykupienie biletu lub zajęcie miejsca w środku transportu;

- art. 774 k.c. przez jego pominięcie, podczas gdy z istoty sprawy wynika, że powinien on być zastosowany w tej sprawie;

-naruszenia prawa procesowego, a to:

-§ 28 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań poprzez nierozstrzygnięcie o żądaniach Skarżącego, a to nie nakazaniu Zamawiającemu unieważnienia odrzucenia oferty Skarżącego;

-naruszenie art. 188 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP przez ocenę przez KIO wiarygodności i mocy dowodów bez ich wszechstronnego rozważenia,
-naruszenie prawa materialnego tj. art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych przez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że oferta skarżącego podlega odrzuceniu,

-naruszenie przepisu art. 190 ust. 1 UZP przez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy oraz przez sprzeczność istotnych ustaleń z treścią materiału dowodowego w sprawie.

Uzasadniając swoje stanowisko podtrzymał Skarżący swoje wcześniejsze twierdzenia zawarte w proteście i w odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej. W kwestii natomiast naruszenia przepisów postępowania wskazał, że ma interes prawny w uzyskaniu zmiany zaskarżonego orzeczenia poprzez jego uzupełnienie w pkt 1 o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Skarzanego, ponieważ w tym zakresie jego żądanie zawarte w odwołaniu wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej nie zostało rozpoznane, a rozstrzygnięcie tej kwestii ma istotne znaczenie dla dalszego udziału Skarżącego w dalszej części postępowania.

W odpowiedzi na skargę Zamawiający wniósł o jej oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego przez Sądem Okręgowym. Uzasadniając swoje stanowisko przychylił się do poglądu wyrażonego przez KIO w zaskarżonym wyroku, co do sposobu ustalenia składki podatku od towarów i usług odnośnie druku, sprzedaży i kontroli biletów. Wskazał także, że skarżący pozostaje z zamawiającym w stosunku prawnym, wynikającym z umowy dotyczącej takiej samej usługi, ale w innej części miasta i w tej umowie wskazany został podatek VAT w wysokości 7%. Zamawiający nie odniósł się do zarzutu nierozpoznania odwołania w zakresie żądania unieważnienia czynności zamawiającego o odrzuceniu oferty skarżącego.

Odpowiedź na skargę wniósł także uczestnik postępowania przetargowego Konsorcjum Sevibus Polska Marcinkowski Sip S.K.A. we Wrocławiu, Bus Marco Polo Wroclavia 1992 spółka z o.o. we Wrocławiu domagają się odrzucenia skargi o zasądzenie od skarżącego na jego rzecz kosztów postępowania skargowego. Przystępujący do postępowania, podobnie jak zamawiający, wskazał, że orzeczenie KIO w zakresie ustalenia stawki podatku VAT było prawidłowe. Nadto zauważył, że rzeczywista przyczyną złożenia protestu z 24.09.2008r. oraz odwołania z 30.09.2008r. jest chęć zablokowania podpisania umowy o udzielenie

S

zamówienia publicznego między zamawiającym a przystępujący Konsorcjum. Skarżący złożył bowiem w dniu 16 września 2008r. skargę do Sądu Okręgowego we Wrocławiu na wyrok KIO z 2 września 2008r., w którym to KIO potwierdziła prawidłowość odrzucenia oferty skarżącego z powodu błędu w obliczeniu stawki podatku VAT. Zamawiający nie może zatem zawrzeć umowy z przystępującym skoro, nie nastąpiło ostateczne rozstrzygnięcie protestu. Po ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 17 września 2008r. zamawiający mógłby już zawrzeć umowę z Konsorcjum, pomimo dochodzenia swych racji przez skarżącego przed sądem, ale skarżący ponownie złożył protest.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga podlega odrzuceniu jako niedopuszczalna.

Zgodnie z art. 194 PZP od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu, zaś w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy rozdziału 4 PZP nie stanowią inaczej.

Sąd Okręgowy na początku rozważał kwestie dopuszczalności przedmiotowej skargi. W pierwszym rzędzie należało bowiem ustalić, czy wniesiony przez skarżącego środek odwoławczy jest dopuszczalny, a przy dokonywaniu tej oceny należało, w zakresie nieuregulowanym w PZP, zastosować przepisy k.p.c. dotyczące apelacji.

Nie ulega wątpliwości w procedurze cywilnej, iż przedmiotem zaskarżenia może być tylko istniejące orzeczenie, a nie uzasadnienie orzeczenia (tak np. T. Wiśniewski: *Apelacja i kasacja. Nowe środki odwoławcze w postępowaniu cywilnym*. Warszawa 1996. Wydawnictwo Liberta str. 14.)

Skarga do sądu przysługuje na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej o uwzględnieniu odwołania przybiera postać wyroku, przy czym zauważyć należy, iż uwzględniając odwołanie, Izba może wydać rozstrzygnięcia następującej treści:

- 1) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego;
- 2) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego;
- 3) unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia.

Izba może również wyrokiem oddalić odwołanie.

W rozpoznawanej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez Skarżącego Dolnośląskie Linie Autobusowe spółka z o.o. we Wrocławiu **i unieważniła czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazała Zamawiającemu, tj. Gminie Wrocław, dokonanie ponownego badania i oceny ofert**, w tym oferty skarżącego oraz Konsorcjum. Nie ulega zatem wątpliwości, że **treścią rozstrzygnięcia** Krajowej Izby Odwoławczej, które zostało wyraźnie wyartykułowane w sentencji zaskarżonego wyroku, było **wyłącznie** unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert. Tylko i wyłącznie unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert - **jako jedynych rozstrzygnięć zawartych w zaskarżonym wyroku** - mogły być przedmiotem skargi do Sądu.

Skoro zatem skarżący zaskarżył w istocie stwierdzenia Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku a dot, żądania zawartego w odwołaniu, czyli unieważnienia czynności zamawiającego odnoszącej się do odrzucenia oferty Skarżącego, z uwagi na błędnie wyliczony podatek VAT, to uznać należy, iż wniesiona przezeń skarga nie dotyczy rozstrzygnięcia, lecz uzasadnienia.

Inaczej sytuacja wyglądałaby, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygnęła kategorycznie o tym żądaniu przez np. oddalenie w tym zakresie odwołania i takie rozstrzygnięcie znalazło by odzwierciedlenie w sentencji wyroku. Tymczasem Krajowa Izba Odwoławcza nie tylko nie wydała takiego rozstrzygnięcia, ale przeciwnie - nakazała Zamawiającemu ponowne badanie i ocenienie ofert. Niewątpliwie Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku zajęła stanowisko w przedmiocie żądania skarżącego zawartego w odwołaniu, a odnoszącego się do stawki podatku VAT przyjętego przez skarżącego, ale stanowisko w tym zakresie nie znalazło odzwierciedlenia w wyroku.

Środki ochrony prawnej przysługują podmiotom uprawnionym do ich wnoszenia pod warunkiem wykazania, że ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia

przez Zamawiającego przepisów prawa. Oznacza to, iż w polskim systemie zamówień publicznych istnieje rozwiązanie, zgodnie z którym korzystający z każdego ze środków ochrony prawnej jest zobowiązany wykazać, że zamawiający naruszył przepisy PZP, w wyniku tego naruszenia jego interes doznał lub mógł doznać uszczerbku oraz, że między obu wymienionymi wyżej przesłankami a możliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia istnieje związek przyczynowy.

Skarżący istnienia interesu prawnego w zaskarżeniu orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej - która przecież uwzględniła wniesione przez Niego odwołanie, a więc orzekła zgodnie z żądaniem skarżącego - upatrywało w fakcie, iż w razie zastosowania się przez Zamawiającego do wskazówek Krajowej Izby Odwoławczej zawartych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, a dotyczących odrzucenia oferty skarżącego w toku ponownego badania, i oceny ofert, skarżący wobec treści art 181 ust. 6 i ust. 7 PZP nie będzie miał prawa do wniesienia protestu na ewentualne odrzucenie jego oferty zgodnie ze wskazówkami Krajowej Izby Odwoławczej zawartymi w wyroku z dnia 2 września 2008 r.

Zgodnie z treścią art. 181 ust. 6 PZP wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, zaś zgodnie z ust 7 cytowanego artykułu wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie wnieść protestu, powołując się na te same okoliczności. Regulacja ta ustanawia swego rodzaju stan powagi rzeczy osądzonej w odniesieniu do czynności wykonanych zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu i ma zapobiec powtarzającym się postępowaniom odwoławczym w odniesieniu do tej samej czynności zamawiającego.

Zdaniem Sądu Okręgowego, Krajowa Izba Odwoławcza nie przesądziła merytorycznie w sentencji wyroku o żądaniu skarżącego unieważnienia czynności skarżącego o odrzuceniu oferty skarżącego, a jedynie nakazała powtórzenie określonych czynności.

Mając powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 197 ust. 1 PZP

Za zgodność z oryginałem

Kieidwnika Sekretariatu
lekarz Lelowy