

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 listopada 2008 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy

SO Grażyna Jeziorowska
w składzie następującym: SO Olga Gornowicz-Owczarek (spr.)

SO Małgorzata Kowalska

Przewodniczący: Protokolant: st. sekr. sądowy Iwona Zdebel

Sędziowie: po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2008 r. w Katowicach
na rozprawie rozpoznał sprawę z odwołania AZIS PLUS Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Jastrzębiu Zdroju

przeciwko Kompanii Węglowej Spółce Akcyjnej w Katowicach

z udziałem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

Grupy Kapitałowej „Wonam” Spółki Akcyjnej w Katowicach,

PPU Wonam Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w Jastrzębiu Zdroju,

„Eurotech” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bytomiu,
„Compensus” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bytomiu

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi odwołującego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych
w Warszawie

z dnia 25 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP/829/08

1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1 w ten sposób, że uwzględnia
odwołanie i nakazuje zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert
oraz zasądza od zamawiającego Kompanii Węglowej Spółki Akcyjnej w
Katowicach na rzecz skarżącego AZIS PLUS Spółki z ograniczoną

odpowiedzialnością w Jastrzębiu Zdroju kwotę 7.664 zł (siedem tysięcy
sześćset sześćdziesiąt cztery złote) tytułem zwrotu kosztów postępowania
przed Krajową Izbą Odwoławczą;

2. zasądza od zamawiającego Kompanii Węglowej Spółki Akcyjnej w

Katowicach na rzecz skarżącego AZIS PLUS Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Jastrzębiu Zdroju kwotę 6.617 zł (sześć tysięcy sześćset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego: sy

Sygn. akt XIX Ga 403/08

Uzasadnienie

Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez AZIS PLUS Sp. z o.o. w Jastrzębiu Zdroju od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Kompanię Węglową S.A. w Katowicach protestu z dnia 23 lipca 2008 r., przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grupy Kapitałowej WONAM S.A. w Katowicach, PPU WONAM Sp. z o.o. w Jastrzębiu Zdroju, Eurotech Sp. z o.o. w Bytomiu i Compensus Sp. z o.o. w Bytomiu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wyrokiem z dnia 25 sierpnia 2008 r. oddaliła odwołanie, kosztami postępowania obciążyła AZIS PLUS Sp. z o.o. w Jastrzębiu Zdroju i nakazała zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł z kwoty wpisu uiszczanego przez AZIS PLUS Sp. z o.o. oraz dokonać zwrotu na rzecz tej spółki kwoty 15.936 zł z rachunku dochodów własnych Urzędu.

KIO ustaliła, iż zamawiający - Kompania Węglowa S.A. prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wraz z zabudową urządzeń podziemnej klimatyzacji grupowej o mocy chłodniczej 1 MW dla KW S.A. Oddział KWK „Rydułtowy - Anna”. W dniu 17 lipca 2008 r. dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej - Konsorcjum Grupa Kapitałowa WONAM S.A. (lider), PPU „WONAM” sp. z o.o., Eurotech sp. z o.o., Compensus sp. z o.o., zwanego dalej Konsorcjum WONAM. Wybór uzasadniono uzyskaniem przez tę ofertę najwyższej oceny punktowej w kryterium cenowym.

W dniu 23 lipca 2008 r. AZIS PLUS sp. z o.o. złożył protest dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej. Wskazał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu jako nie spełniającej warunków wymaganych od wykonawców ubiegających się o zamówienie, określonych w pkt X.2.a) i XII. 1 SIWZ. Skarżący wniósł o uchylenie czynności wyboru oferty Konsorcjum WONAM i jej odrzucenie oraz o wybór oferty protestującego. W dniu 25 lipca 2008 r. Konsorcjum WONAM przystąpiło do postępowania wywołanego wniesieniem protestu po stronie zamawiającego i wniosło o oddalenie protestu. Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia w terminach wynikających z art. 183 ust. 1 i 2 PZP, wobec czego zgodnie z przepisem art. 183 ust. 3 PZP zostało to uznane za oddalenie protestu.

W dniu 5 sierpnia 2008 r. AZIS PLUS Sp. z o.o. złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez wybór oferty, która powinna podlegać odrzuceniu z powodu nie spełniania wymogów pkt X.2.a) i XII. 1 SIWZ. Wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności poprzez odrzucenie oferty Konsorcjum WONAM i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. W dniu 18 sierpnia 2008 r. Konsorcjum WONAM przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wskazało na spełnienie przez referencje JSW S.A. - KWK Budryk wszystkich wymagań określonych przez zamawiającego w pkt XII. 1 SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie. Podała, iż brak jest normatywnych definicji klimatyzacji centralnych i grupowych. Z powodu ograniczenia rynku rodzaje klimatyzacji i podziały klasyfikacyjne są tworzone przez dostawców i producentów. Z broszury załączonej do odwołania, zawierającej reklamy Azis+ i Azis Mining Service wynikało zastosowanie różnych systemów klimatyzacji w KWK „Pniówek” i KWK „Zofiówka”. Oznaczało to, że każda kopalnia wymaga indywidualnego projektu klimatyzacji dopasowanej do jej potrzeb. Brak oficjalnego podziału rodzajów klimatyzacji

i płynność wymagań w zależności od miejsca jej instalacji powodowała możliwość różnej interpretacji pojęć klimatyzacji grupowej i centralnej. Proponowane przez odwołującego ograniczenie wymagań w zakresie doświadczenia wyłącznie do danego typu klimatyzacji mogłoby zatem stanowić naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ze zbiorczego zestawienia ofert wynikało, iż w niniejszym postępowaniu oferty złożyli tylko odwołujący oraz przystępujący do odwołania. Z twierdzeń podnoszonych na rozprawie wynikało, że doświadczenie w instalacji klimatyzacji grupowej na terenie Polski posiadał wyłącznie odwołujący. Zapewnił o tym bezpośrednio zarówno zamawiający, jak i przystępujący do odwołania. Odwołujący twierdził, że zgodnie z jego wiedzą doświadczenie takie posiada jeszcze jeden podmiot, jednak nie uściślił, czy doświadczenie to odpowiada warunkowi mocy 1 MW. Wobec tego KIO dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego i w celu zapewnienia uczciwej konkurencji wskazała, że prezentowane przez odwołującego wąskie rozumienie warunku wymaganego doświadczenia było bezzasadne. W ocenie KIO określenie w pkt X.2.a SIWZ należało zatem interpretować jako wymaganie posiadania doświadczenia w zakresie wykonania zamówienia odpowiadającego swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Następne stwierdzenia są konkretyzacją przedmiotu zamówienia, jaki występuje w przedmiotowym postępowaniu, a nie rodzaju zamówień, jakich wykonanie będzie powodowało nabycie wymaganego doświadczenia.

Konsorcjum WONAM zgodnie z wymaganiami pkt X.2.a) i pkt XII. 1 SIWZ złożyło wykaz dostaw, z którego w poz. 6 wynikało, że wykonano „Montaż i uruchomienie klimatyzacji o mocy 4 MW w KWK Budryk”. Z referencji złożonej na potwierdzenie tej pozycji wynikało, że PPU WONAM Sp. z o.o. w ramach zamówienia dostarczyła maszynę klimatyzacyjną o mocy chłodniczej 4 MW i wykonała podziemną klimatyzację wyrobisk dołowych, polegającą m.in. na zabudowie i uruchomieniu dołowej sieci rurociągów układu klimatyzacyjnego wraz z chłodnicami przodkowymi i systemem sterowania. Wykonanie w/w robót potwierdzało również złożone przez odwołującego na rozprawie pismo JSW S.A. KWK Budryk z dnia 22 sierpnia 2008 r.

Z uwagi na powyższe KIO stwierdziła, że oferta Konsorcjum WONAM nie była sprzeczna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Znaczenie miało również sformułowanie zarzutu w proteście i odwołaniu w taki sposób, że KIO mogła orzekać odnośnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, natomiast orzekanie odnośnie ewentualnego naruszenia art. 24 byłoby sprzeczne z zakazem określonym w art. 191 ust. 3 PZP.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić zawarty w odwołaniu wniosek dowodowy o powołanie biegłego. W ocenie KIO ustalenie stanu faktycznego sprawy nie wymagało wiadomości specjalnych, a powołanie biegłego spowodowałoby nieuzasadnioną zwłokę w postępowaniu. Nadto KIO oddaliła wniosek o zobowiązanie PPU WONAM Sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów postępowania przetargowego nr 19A/11/2005 z uwagi na jego nieprzydatność. Przedmiot zamówienia w postępowaniu ogłoszonym w BZP nr 178 póż. 42162 z dnia 18 sierpnia 2005 r. nie należał bowiem do przedmiotu sporu objętego niniejszym postępowaniem. O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego w oparciu o przepis art. 191 ust. 6 i 7 PZP.

Azis Plus Sp. z o.o. wywiódł skargę na powyższe orzeczenie KIO, zarzucając:

1. naruszenie prawa materialnego, tj.:

- art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP poprzez jego błędną wykładnię, a w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie polegające na wadliwym przyjęciu, że wybrana przez zamawiającego oferta, która winna podlegać odrzuceniu, nie była niezgodna z treścią SIWZ i spełniała jej warunki określone w punktach X.2.a) i XII. 1, co wynikało z dokonanej przez KIO błędnej interpretacji treści warunków określonych w w/w punktach SIWZ oraz błędnego nie rozróżnienia systemów klimatyzacyjnych stosowanych w

górnictwie węgla kamiennego,

- art. 29 PZP poprzez błędną wykładnię, a w konsekwencji niewłaściwe przyjęcie, iż ograniczenie wymagań odnośnie doświadczenia wyłącznie do danego typu klimatyzacji (klimatyzacji grupowej) miałoby stanowić naruszenie uczciwej konkurencji i

równego traktowania wykonawców,

2. naruszenie prawa procesowego, tj.:

- nie wyjaśnienie wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, czyli naruszenie art. 188 ust. 7 PZP, art. 184 ust. 6 PZP w związku z art. 13 § 2 kpc i art. 227 kpc poprzez niedopuszczenie wnioskowanego przez skarżącego dowodu z opinii biegłego specjalisty do spraw wentylacji i klimatyzacji górniczej na okoliczności wskazane w odwołaniu, celem wykazania istnienia różnych rodzajów systemów klimatyzacyjnych,

- sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego i przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, czyli naruszenie art. 188 ust. 7 PZP, poprzez błędne przyjęcie, iż brak jest oficjalnych definicji dotyczących podziału klimatyzacji na grupową i centralną, co umożliwia różną interpretację tych pojęć, a także poprzez nieprawidłowe uznanie, iż warunkiem udziału w postępowaniu nie musiało być uprzednie wykonanie klimatyzacji grupowej oraz dostarczenie maszyny klimatyzacyjnej do jej wykonania, lecz wykonanie dowolnego systemu klimatyzacji - pomimo, że zarówno z treści SIWZ, jak i z dokumentów postępowania wynikało, iż warunek udziału w postępowaniu dotyczył wykonania tego właśnie typu klimatyzacji.

Wskazując na powyższe, skarżący wniósł o uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku w całości oraz orzeczenie co do istoty sprawy poprzez nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty do realizacji przedmiotu zamówienia publicznego oraz o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów procesu, w tym kosztów postępowania procesowego przed KIO oraz kosztów postępowania sądowego wskutek wniesienia skargi.

Zamawiający pismem z dnia 13 listopada 2008 r. wniósł o oddalenie skargi i o zasądzenie od skarżącego na jego rzecz kosztów procesu. W załączeniu zamawiający złożył odpis umowy z dnia 20 maja 2008 r., regulującej współpracę występujących wspólnie podmiotów oraz odpisy pełnomocnictw udzielonych przez uczestników konsorcjum jego liderowi - Grupie Kapitałowej WONAM S.A.

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 20 listopada 2008 r. skarżący, zamawiający i konsorcjum podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska w sprawie. Skarżący podał, iż KIO dokonała nieprawidłowej wykładni pkt X.2.a) SIWZ, zaś oferent miał obowiązek wykazania wykonania klimatyzacji grupowej, a nie innej. Zamawiający zarzucał, iż nie ma ustawowych definicji klimatyzacji centralnej i klimatyzacji grupowej, a zakresy robót potrzebnych do montażu każdej z nich są identyczne. Pełnomocnik konsorcjum poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie skargi.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga wykonawcy zasługuje na uwzględnienie, dlatego zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej podlega zmianie na mocy art. 198 ust. 2 prawa zamówień publicznych.

Zarzut wykonawcy dotyczył kwestionowania spełnienia przez Konsorcjum WONAM warunków stawianych przez zamawiającego odnośnie wykazania się doświadczeniem w zakresie wykonania w okresie ostatnich trzech lat świadczenia o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia.

Warunki, jakie postawił zamawiający wykonawcy, określone zostały w punkcie X pakt 2 a SIWZ, gdzie ustalił, iż o zamówienie mogą starać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia wykonali co najmniej jedno zamówienie odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi

zamówienia, tj. dostawę maszyny klimatyzacyjnej o mocy chłodniczej co najmniej 1 MW wraz z osprzętem oraz wykonali podziemną klimatyzację grupową o mocy co najmniej 1 MW. W ten sam sposób określono, do mają wykazywać dokumenty złożone w celu potwierdzenia spełnienia tego warunku (pkt XII SIWZ). Wynika z tych sformułowań, iż zamawiający nie tylko domagał się wykazania doświadczeniem w wykonaniu usługi odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia, ale i ściśle sprecyzował, o jakie usługi czy dostawy chodzi. Ograniczenie wymagań jedynie do pierwszego stwierdzenia, bez sprecyzowania, że chodzi o wykonanie klimatyzacji grupowej, pozwalałoby na szerokie rozumienie tego warunku i wykazywanie się wykonaniem jakiegokolwiek klimatyzacji spełniającej jedynie wymogi stawiane jej mocy. W tym przypadku zamawiający jednak szczegółowo określił, jakie doświadczenie ma na myśli.

Spór stron co do faktu, czy istnieje różnica pomiędzy klimatyzacją grupową a centralną ma zasadnicze znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu. Krajowa Izba Odwoławcza w zaskarżonym wyroku słusznie zaznaczyła, że nie ma definicji ustawowych tych klimatyzacji, co jest zresztą zrozumiałe, gdyż chodzi tu o różnice natury technicznej. Wskazywane jednak przez skarżącego różnice pomiędzy tymi rodzajami klimatyzacji pozwalają na stwierdzenie, że w praktyce nie chodzi o tą samą usługę. Z przedstawionego w toku sporu opracowania w formie książkowej „Metody zwalczania zagrożenia temperaturowego w kopalniach Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A.” N.Ślązaka, A.Tora i A.Jakubowa, na które to opracowanie powoływała się skarżąca, wynika, że nauka, a w związku z tym i praktyka, rozróżnia centralny system klimatyzacji i grupowy system klimatyzacji. Stąd też nacisk zamawiającego w treści SIWZ ma znaczenie dla oceny spełnienia wymagań przez wykonawcę, który złożył swoją ofertę.

Brak też dowodu na to, aby ograniczenie wymagań odnośnie doświadczenia wyłącznie do klimatyzacji grupowej naruszało podstawową zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Krajowa Izba Odwoławcza oparła się w tym względzie na twierdzeniu zamawiającego. Tymczasem skarżący przeczy temu stanowisku i wskazuje na konkretny podmiot, który także posiada doświadczenie w montażu klimatyzacji grupowej. W takim przypadku okoliczność ta wymagała udowodnienia, gdyż zamawiający wyciąga z niej dla siebie korzyści prawne. Takiemu zadaniu zamawiający nie sprostał. Nie sposób zatem przyjąć, że szczególne wymagania postawione wykonawcom naruszały zasadę uczciwej konkurencji.

Sąd Okręgowy orzekając co do istoty sprawy, rozstrzyga jedynie o zasadności postawionego zarzutu, nie jest natomiast związany wnioskami skarżącego o kierunku rozstrzygnięcia. Zarzut skarżącego dotyczył nie spełnienia przez wybranego wykonawcę warunków w zakresie wykazania się odpowiednim doświadczeniem. Sąd Okręgowy przychylił się do stanowiska skarżącego. W takim przypadku jedyną możliwością była zmiana zaskarżonego orzeczenia i nakazanie zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert. W ramach tego badania zamawiający zdecyduje, w jakim kierunku dalej potoczy się postępowanie o udzielenie zamówienia. Nie podlega bowiem decyzji Sądu Okręgowego rozpoznającego skargę odrzucenie czy wykluczenie wykonawcy. Czynności te, o ile zajdzie taka potrzeba, może podjąć jedynie zamawiający.

Zmiana treści zaskarżonego orzeczenia co do meritum pociąga za sobą zmianę postanowienia o kosztach postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą która orzeka o kosztach postępowania z urzędu. Wobec tego Sąd Okręgowy zasądził do zamawiającego na rzecz wnoszącego odwołanie koszty postępowania. O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 kpc.