

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 grudnia 2008 r.

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

Przewodniczący:

Sędziowie:

SSO Krystyna Faściszewska-Rąba
SSO Dariusz Chrapoński (sprj)
SSO Blanka Zorębska
sekr.sądowy Barbara Sojka

Protokolant:

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2008 r. w Katowicach

sprawy z odwołania RPM Spółki Akcyjnej w Lublińcu

przeciwko Kompanii Węglowej Spółki Akcyjnej w Katowicach

przy udziale Haller Spółki Akcyjnej w Katowicach

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi oferenta RPM Spółka Akcyjna w Lublińcu

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych w
Warszawie

z dnia 20 października 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1070/08

1. oddala skargę;
2. zasądza od skarżącego na rzecz zamawiającego kwotę 7.217,00 zł (siedem tysięcy dwieście siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym.

siwier

SEKRETA

Sygn. akt XIX Ga 471/08

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 20 października 2008 roku Krajowa Izba Odwoławcza (zwana dalej KIO) oddaliła odwołanie wniesione przez RPM Spółki Akcyjnej w Lublińcu (zwana dalej Skarżącym) od rozstrzygnięcia przez Kompanię Węglową Spółkę Akcyjną w Katowicach (zwana dalej Zamawiającym) protestu z dnia 8 września 2008 roku i ustaliła koszty postępowania.

W uzasadnieniu wskazano, że Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (przetarg nieograniczony) na „ukształtowanie terenu „Północ” KWK „Jankowice” poprzez jego podniesienie do rzędnej 330 m n.p.m. celem uformowania obiektu rekreacyjno-widokowego z jednoczesnym zabezpieczeniem środowiska przez jego wpływami - II etap”. W toku tego postępowania wyrokiem z dnia 28 kwietnia 2008 roku (sygn. akt XIX Ga 128/08) Sąd Okręgowy w Katowicach zmienił wyrok KIO z dnia 14 lutego 2008 roku (sygn. akt KIO/UPZ 74/08) i nakazał Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert. W uzasadnieniu tego wyroku stwierdzono, że Haller Spółka Akcyjna w Katowicach (zwana dalej Wykonawcą), którego oferta została wybrana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą wskazał, że roboty budowlane przy użyciu odpadów górniczych, które to potwierdzają jego kwalifikacje zawodowe wskazane zostały w poz. 1, 3 i 4 wykazu. Poz. 1 jednakże dotyczy robót budowlanych nie zakończonych i mimo, że są one wykonywane przy użyciu odpadów górniczych, nie mogą być brane pod uwagę przy rozpoznawaniu oferty. Z wykazu referencji nie wynika aby roboty z poz. 3 zostały wykonane przy użyciu odpadów górniczych, a to oznacza, że

Wykonawca wykazał jedynie kwalifikacje zawodowe przy wykonaniu robót przy użyciu takich odpadów jedynie pracami wskazanymi pod. poz. 4. Wywołuje to ten skutek, że nie zostały spełnione warunki pkt X.2 SIWZ, zgodnie z którym wykonawca musi wykazać się dwoma takimi robotami.

Następnie dnia 29 kwietnia 2008 roku Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. wezwał m. in. Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie kwalifikacji zawodowych. W wyznaczonym terminie przedłożył ono dokumenty dotyczące poz. 1, 3 i 4 wykazu. W międzyczasie Skarżący wyzwał Zamawiającego do wykonania w/w Sądu Okręgowego i odrzucenia oferty Wykonawcy, jako nie spełniającej kryteriów SIWZ. Komisja Przetargowa Zamawiającego na posiedzeniu w dniu 4 czerwca 2008 roku rozważała odrzucenie oferty Wykonawcy, do czego jednakże nie

doszło ze względu na odmienne zapatrywania wyrażone w opiniach prawnych dla ustalenia przesłanek podjęcia takiej decyzji. Następnie dnia 6 sierpnia 2008 roku Komisja Przetargowa Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p. wezwała Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, czy roboty ujęte pod poz. 1 zostały zakończone na dzień 7 maja 2008 roku, na co otrzymała pismem z dnia 8 sierpnia 2008 roku odpowiedź twierdzącą, a to z kolei że dnia 1 września 2008 roku Zamawiający dokonał wyboru tej oferty, o czym zawiadomił uczestniczące w postępowaniu podmioty. Na to rozstrzygnięcie dnia 8 września 2008 roku wniósł protest Skarżący, do którego to przyłączył się Wykonawca. Protest ten dnia 18 września 2008 roku został odrzucony, od którego to Skarżący wniósł odwołanie do KIO.

Mając tak ustalony stan faktyczny KIO uznał odwołanie za nieuzasadnione, przy czym niezasadne są twierdzenia Zamawiającego i Wykonawcy, że podlega ono odrzuceniu.

Oceniając *meritum* sporu KIO stwierdziło, że po wydaniu wyroku przez Sąd Okręgowy w Katowicach dnia 28 kwietnia 2008 roku, Wykonawca miał obowiązek dokonać ponownego badania ofert i ich oceny pod kątem kwalifikacji zawodowych zawartych w pkt X.2 SIWZ. Zamawiający nie miał więc obowiązku odrzucenia oferty Wykonawcy, bez

uwzględnienia trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 p.z.p. Prawidłowo więc Wykonawca dnia 29 kwietnia 2008 roku w tym trybie wezwał Wykonawcę do przedłożenia dowodów na potwierdzenie kwalifikacji zawodowych. Pismo Wykonawcy z dnia 6 maja 2008 roku wraz z załącznikami w sposób jednoznaczny potwierdzało wykonanie robót pod poz. 1, 3, 4 i 7 przy użyciu odpadów górniczych. Dalsze więc procesowanie przez Zamawiającego po dacie 7 maja 2008 roku było zbędne, a wszelkie dokumenty przedstawione przez Wykonawcę stanowią uzupełnienie oferty i nie mogą być brane pod uwagę przy rozstrzygnięciu przetargu. Ponadto KIO stwierdziło, wbrew stanowisku Skarżącego, że pismo Zamawiającego z dnia 6 sierpnia 2008 roku zostało skierowane do Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p., a nie w trybie ust. 3 tego przepisu. Za naganne - ale nie mające wpływu na treść rozstrzygnięcia było przedłużanie czasu rozpoznania przez Zamawiającego ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 p.z.p.

W skardze na ten wyrok Skarżący domagał się jego zmiany i uwzględnienia odwołania.

Skarżący zarzucił naruszenie przez KIO:

- art. 365 § 1 i art. 352 k.p.c. w zw. z art. 184 ust. 6 p.z.p. poprzez wykładnię prawomocnego wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 roku podważającą ustalenia dokonane przez ten Sąd;
- art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. poprzez ich błędną wykładnię i przyjęcie, że w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca spełnia warunki udziału (pkt X.2 SIWZ) w odniesieniu do poz. 1, 3 i 7 wykazu.

Zamawiający wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania skargowego.

Wykonawca wniósł o oddalenie skargi.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie z przyczyn następujących.

W pierwszej kolejności należy usystematyzować stan faktyczny w niniejszej sprawie, szczególnie w zakresie ustaleń wynikających z akt tut. Sądu o sygn. XIX Ga 128/08. Jak wynika z uzasadnienia wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 roku Sąd Okręgowy podzielił jedynie zarzuty skargi dotyczący spełnienia przez Wykonawcę kwalifikacji zawodowych, o których mowa w X.2 SIWZ. Przypomnieć w tym miejscu należy, że zgodnie z tym przepisem o zamówienie mogli ubiegać się jedynie wykonawcy, którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonali roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia - co najmniej dwiema robotami, w tym jednej o wartości przekraczającej 10.000.000 zł w zakresie stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. budowy obiektów z wykorzystaniem odpadów górniczych. Na podstawie dokumentów znajdujących się w aktach tej sprawy, a w szczególności wykazu robót zawierających aż 11 pozycji, stwierdzono, że Wykonawca przy użyciu odpadów górniczych wykonał jedynie roboty budowlane wskazane poz. 4. Pismem z dnia 29 listopada 2007 roku w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. Wykonawca wyjaśnił, że przy użyciu odpadów górniczych wykonał ona roboty z poz. 1, 3 i 4, ale pierwsze roboty nie były ukończone przed wszczęciem niniejszego postępowania przetargowego, a więc nie mogły być one uwzględnione. Z załączonej do sprawy referencji Południowego Koncernu Węglowego S.A. (inwestora) z dnia 15 listopada 2006 roku, nie wynikało, że roboty objęte poz. 3 wykonane zostały przy użyciu odpadów górniczych. Skarżący w skardze w tamtej sprawie zarzucił, że roboty te nie zostały wykonane przy użyciu odpadów górniczych. Do zarzutu tego w ogóle nie odnieśli się zarówno Wykonawca jak i zamawiający, przy czym żadna ze stron tamtego postępowania nie złożyła także wniosku o przeprowadzenie dowodu z oferty Wykonawcy. Stosując więc dyrektywy zawarte w art. 316 § 1 k.p.c. sąd ocenił sprawę mając na uwadze jej stan, czyli istniejące okoliczności faktyczne i stan prawny obowiązujący na dzień, do którego strony procesu mogły przytaczać fakty i dowody (art. 217 § 1 k.p.c.), tj. na dzień zamknięcia rozprawy. Ze stanu faktycznego na który powołały się strony jak również z materiału dowodowego przez nie zaproponowanego, nie wynikało, że Wykonawca roboty z poz. 3 wykonywał przy użyciu opadów górniczych. Podkreślenia przy tym wymaga, że Sąd nie jest zobowiązany do prowadzenia postępowania dowodowego z urzędu, w szczególności, gdy podmiot zainteresowany rozstrzygnięciem nie składa wniosków dowodowych, jak również nie ustosunkowuje się do niekorzystnych dla niego twierdzeń przeciwnika procesowego.

Na mocy wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 roku zobowiązano Zamawiającego do powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert, a to oznacza, że był on zobowiązany do dokonania takich czynności w postępowaniu przetargowym, jakie wynikają z przepisów p.z.p. Wbrew twierdzeniom Skarżącego z treści tego orzeczenia, C2y też jego uzasadnienia nie wynika obowiązek odrzucenia oferty Wykonawcy, ale zgodnie sentencją badania i oceny złożonych ofert. Z tego względu nie może się ostać zarzut naruszenia przez KIO art. 365 k.p.c. Marginalnego zwrócenia uwagi wymaga, że wynikające z tego przepisu związanie treścią prawomocnego orzeczenia sądu wiąże inne organy tylko w zakresie samej treści sentencji orzeczenia, a nie poglądów prawnych wyrażonych w jego uzasadnieniu (*zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2008 roku, UI CSK 284/07*). Orzeczenie prawomocne pociąga za sobą te konsekwencje, że nikt nie może

negować faktu istnienia orzeczenia i jego określonej treści, bez względu na to, czy był czy też nie był stroną w postępowaniu, w wyniku którego zostało wydano to orzeczenie, które stało się prawomocne.

Reasumując ten wątek rozważań, treść w/w wyroku, przesądza, że Zamawiający był zobowiązany do ponownego badania i oceny złożonych ofert, co też uczynił.

W ocenie Sądu Okręgowego Zamawiający miał prawo na podstawie art. 26 ust. 3 p.z. wystąpić dnia 29 kwietnia 2008 roku do Wykonawcy jak i Skarżącego o przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu z trzech podstawowych powodów. Po pierwsze, Zamawiający jest zobowiązany do zastosowania tego trybu, chyba że mimo uzupełnień konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Intencją bowiem ustawodawcy jest aby Zamawiający mógł wybrać ofertę najkorzystniejszą pod względem merytorycznym i aby ograniczone były przypadki wykluczania wykonawców, którzy złożyli dobre oferty, a także odrzucania dobrych ofert ze względów formalnych (zob. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. T. Czajkowskiego*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006, s. 108). Po drugie, omawiany przepis dotyczy dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 2 p.z.p. i chodzi tutaj zarówno o takie dokumenty, których w ogóle nie przedłożono, jak i takie co prawda zostały przez wykonawcę przedłożone, lecz zawierają błędy, przy czym na skutek ich złożenia nie może dojść do zmiany treści oferty. Po trzecie, tryb wynikający z art. 26 ust. 3 p.z.p. zdaniem Sądu Okręgowego może zostać zastosowany jedynie raz.

Przekładając to na grunt niniejszej sprawy należy dojść do konstatacji, że Zamawiający w toku postępowania nie naruszył tego przepisu. Otóż, jak już to powyżej nadmieniono pismem z dnia 29 kwietnia 2008 roku zobowiązano Wykonawcę do przedłożenia dokumentów potwierdzających jego kwalifikacje zawodowe, wyznaczając mu termin do dnia 7 maja 2008 roku. Wykonawca dochował tego terminu, a z załączonej dokumentacji niewątpliwie wynika, że roboty budowlane, o których mowa w poz. 3 wykazu również zostały wykonane przy utyciu odpadów górniczych. Przesądza o tym referencja Zakładu Górniczo-Energetycznego Sobieski Jaworzno III z dnia 7 stycznia i 15 października 2002 roku, tudzież Decyzja 162/00 Urzędu Miejskiego w Jaworznie z dnia 23 października 2000 roku o pozwoleniu na wykonaniu robót budowlanych. Zwrócenia uwagi w tym miejscu wymaga, że pierwsza referencja została złożona wraz z ofertą Wykonawcy (k. 90 oferty), na co nie powołał się w postępowaniu pod sygn. akt XIX Ga 128/08 zarówno zainteresowany, jak również Zamawiający.

W tym stanie rzeczy pismo w/w Wykonawcy wraz załącznikami potwierdza, że wykonał on roboty budowlane przy utyciu odpadów górniczych, o których mowa w poz. 3 i 4 wykazu, a co za tym idzie spełnił on warunki pkt X.2 SIWZ w zakresie doświadczenia zawodowego. Sąd Okręgowy nie bierze pod uwagę wykonania pozostałych robót (poz. 1 i 7), gdyż w tej sytuacji jest to już bezprzedmiotowe. Zaznaczenia jeszcze wymaga, że Zamawiający pismem z dnia 29 kwietnia 2008 roku po raz pierwszy zwrócił się do Wykonawcy o dołączenie wymaganych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. Wcześniej, tj. dnia 26 ust. 4 p.z.p. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących oświadczeń i do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. Jest to inny od wymienionego w ust. 3 tryb, a każdy z nich stosuje się niezależnie od siebie. Z tych względów Sąd Okręgowy przyjmuje, że pismem z dnia 7 maja 2008 roku Wykonawca w sposób prawidłowy wykazał, że spełnia przesłanki co do warunków udziału w niniejszym postępowaniu przetargowym. Z przyczyn więc powyżej wymienionych niezasadny jest drugi zarzut Skarżącego zawarty w skardze.

Na końcu podkreślić trzeba, że wszelkie czynności proceduralne, które

Zamawiający podjął po 7 maja 2008 roku były zbędne, gdyż w/w pismo Wykonawcy w sposób jednoznaczny dowodziło wykazanie przez niego kwalifikacji zawodowych. Ewentualna wadliwość podjętych po tej dacie czynności przez Zamawiającego czynności przetargowych nie ma jednakże wpływu na prawidłowość wyboru przez niego oferty.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak na wstępie (art. 385 i art. 98 w zw. z art. 194 ust. 2 p.z.p.).

Na oryginale włas
ZGODNOŚĆ Z O

siwi

SEKT