

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 maja 2009 r.

W Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy - Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SO Elżbieta Hniedziewicz
Sędziowie: Sędzia SO Bolesław Wadowski

Sędzia SO Anna Miśkiewicz (spr.)

Protokolant apl. r. Maciej Oborski

po rozpoznaniu w dniu 30 kwietnia 2009 r. w Warszawie
na rozprawie

sprawy ze skargi Dariusza Drapały przedsiębiorcy prowadzącego działalność pod firmą
Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe DARIMEX Dariusz Drapała w Białej Podlaskiej
przeciwko zamawiającemu Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A. w
Warszawie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 27 lutego 2009r., sygn. akt KIO/UZP 175/09

1. oddała skargę,
2. zasądza od Dariusza Drapały przedsiębiorcy prowadzącego działalność pod firmą
Przedsiębiorstwo Handlowo- Usługowe DARIMEX Dariusz Drapała w Białej Podlaskiej
na rzecz Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A. w Warszawie kwotę 600zł
(sześćset złotych) tytułem kosztów sądowych.

OYGINALE WŁAŚCIWE PODPISY

ilzgówność

Pf10TO60iW9li{H«v. STAŻYSTA

UZASADNIENIE

W dniu 13.11.2008r. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. wszczęło postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup środków transportu dla Centrali, Oddziałów Obrotu Gazem i Oddziału w Odolanowie Spółki PGNiG S.A.”, przewidując w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia możliwość składania ofert częściowych na poszczególne części zamówienia. SIWZ została opublikowana na stronie internetowej, zgodnie z informacją zawartą w załączniku A do Ogłoszenia o zamówieniu z 13.11.2008r. SIWZ w części II D dotyczyła 16 szt. samochodów o określonych wymaganiach.

Pismem z 03.12.2008r. zamawiający dokonał zmiany treści załączników, w tym r zał.3 dot. formularza oferty. Zmiana dot. włączenia formularza cenowego do treści formularza oferty oraz wymagania, aby cz.II obejmowała również dodatkowo 3 samochody, przedstawione w ofercie i spełniające wymagania techniczne przewidziane w zał.1 do SIWZ, do których nabycia zamawiający byłby uprawniony odrębnie, po cenie jednostkowej wskazanej w tabeli, na

warunkach SIWZ.

Zmiany zostały opublikowane na stronie internetowej zamawiającego pod adresem wskazanym zgodnie z zał.A do Ogłoszenia.

W dniu 15.12.2008r. ofertę na wykonanie części II przedmiotu zamówienia złożył przedsiębiorca Dariusz Drapała.

Załączony do oferty formularz cenowy dotyczył 16 pojazdów.

Zamawiający pismem z 29.12.2008r. wezwał D. Drapałę do udzielenia wyjaśnień poprzez m.in. uzupełnienie oferty o oświadczenie zgodne ze wzorem formularza ofertowego zawierającego następującą treść: „,oferujemy realizację

W zamówienia zgodnie ze wszystkimi przedstawionymi dokumentami. Oferta w części II obejmuje również 3 dodatkowe samochody przedstawione w ofercie i spełniające wymagania techniczne określone w załączniku nr 1 do SIWZ, które to samochody zamawiający uprawniony jest nabyć po cenie jednostkowej wskazanej w tabeli, na warunkach określonych w SIWZ.”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, D.Drapała przy piśmie z 07.01.2009r.(w terminie wskazanym przez zamawiającego)złożył m.in. oświadczenie na okoliczność dostawy dodatkowo trzech samochodów, zgodnie z wymaganiami zmienionej 03.12.2008r. SIWZ.

Dokonując oceny ofert, w zakresie objętym częścią II przedmiotu zamówienia, zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez MiR. Prasek sp.j. w Radomiu. Jednocześnie odrzucił ofertę przedsiębiorcy D.Drapały na podstawie art.82ust. I w zw. z art.89ust.1 pkt 1 ustawy - prawo zamówień

publicznych, uznając że wykonawca, po wezwaniu do złożenia wyjaśnień do oferty z 15.12.2008r.,złożył jeszcze jedną, poprawioną ofertę.

O wyniku postępowania i odrzuceniu oferty, zamawiający poinformował oferentów pismem z 19.01.2009r.

W dniu 23.01.2009r. D.Drapała wniósł protest na czynność odrzucenia oferty na wykonanie części II przedmiotu zamówienia oraz wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty sp.j. z Radomia.

Zarzucał w proteście naruszenie art.7 ust. li 3, art.89 ust.1 pkt 1 i art.91 ust.1 w

zw. z art.2 pkt5 ustawy prawo zamówień publicznych. Wnosił o unieważnienie decyzji zamawiającego o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty sp.j. z Radomia, unieważnienie decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty D.Drapały i powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części II przedmiotu zamówienia.

Protest nie został rozstrzygnięty przez zamawiającego, a wobec tego na podstawie art.183 ust.3 ustawy prawo zamówień publicznych, po upływie

^r terminu na jego rozstrzygnięcie, uznaj e się że został oddalony.

Dariusz Drapała - przedsiębiorca prowadzący działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe DARIMEX Dariusz Drapała, wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Zarzucił naruszenie art.7ust.1 i 3, art.89 ust.1 pkt 1 oraz art.91 ust.1 w zw. z art.2 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych, przez dokonanie przez zamawiającego, w zakresie części II, odrzucenia oferty odwołującego się, pomimo braku podstawy prawnej jak i faktycznej, przez co pozbawił odwołującego uzyskania zamówienia. Podniósł, że gdyby nie nastąpiło odrzucenie oferty, to ze względu na zaoferowaną cenę, najkorzystniejszą była oferta przedsiębiorcy D.Drapały.

Wywodził, że zostały złożone, w oparciu o formę formularza ofertowego z SIWZ, na żądanie zamawiającego, wyjaśnienia oraz uzupełnienia, ale nie była to nowa oferta. Ponadto zarzucił, że gdyby nawet uznać iż po upływie terminu, została złożona nowa oferta, to należałoby ją uznać za bezskuteczną, a nie dokonać odrzucenia, pierwotnie prawidłowo złożonej oferty.

Wyrokiem z 27.02.2009r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie, kosztami postępowania obciążając odwołującego.

KIO uznała, że przedmiotem zamówienia w części II była dostawa fabrycznie nowych środków transportu. W załączniku nr 1- część II segment „D” zamawiający podał, iż w ramach tej części dostawa dotyczy 16 samochodów i wskazał wymagane kryteria techniczno-wyposażeniowe. Analogicznie dla tej części zamówienia, został zdefiniowany przedmiot zamówienia w załączniku 1 (formularz cenowy) do formularza oferty stanowiącej zał. 3 do SIWZ z 7.11.2008r.

Następnie w piśmie z 3.12.2008r. zamawiający dokonał modyfikacji przedmiotu zamówienia wskazując, iż w części II wymaga dostawy 16 samochodów oraz

dotatkowo 3, co do których zastrzega uprawnienie do ich nabycia po cenie jednostkowej wskazanej w ofercie na warunkach SIWZ.

Oferta wykonawcy złożona 15.12.2008r. dotyczyła wyłącznie 16 samochodów, a zatem wykonawca nie uwzględnił modyfikacji przedmiotu zamówienia z 3.12.2008r. wobec czego treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, co uzasadniało odrzucenie oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 prawa zamówień publicznych.

KiO uznała, że wezwanie zamawiającego z 29.12.2008r. było nieuprawnione, ale ta okoliczność nie mogła sanować wady oferty polegającej na nieujęciu przez wykonawcę pełnego zakresu wymaganego dla części II przedmiotu zamówienia.

Skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie od wyroku KIO z 27.02.2009r. złożył Dariusz Drapała przedsiębiorca prowadzący działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe DARIMEX Dariusz Drapała, zaskarżając wyrok w całości.

W Zarzucił błędną wykładnię art.7 ust.1, art.89 ust.1 pkt 2, art.92 ust.1 pkt 2 i

art.191 ust.2 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych, przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie naruszył art.92 ust.1 pkt 2 powołanej ustawy, dokonując odrzucenia oferty skarżącego bez poinformowania o właściwej podstawie prawnej, jak też błędne przyjęcie, że zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty skarżącego w związku z wystąpieniem przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych.

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy zgodnie z wnioskami zawartymi w odwołaniu oraz zasądzenie kosztów sądowych, w tym także kosztów w postępowaniu przed KIO.

Wywodził, że skoro KIO przyznała rację zarzutom podniesionym w proteście to nierozumiałym jest oddalenie odwołania skarżącego. Wskazał, że zarówno podstawa prawna jak i faktyczna odrzucenia oferty została oparta na przesłankach nie mających uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym

Ir Podniósł, że gdyby nawet założyć, że KIO miałaby uzasadnione wątpliwości co do prawidłowej oceny oferty, to winna uznać odwołanie za zasadne i nakazać ponowną ocenę ofert. Ponadto zarzucił iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może mieć miejsce gdy dotyczy przedmiotu zamówienia. Natomiast wymagane przez zamawiającego od skarżącego oświadczenie, dot. zobowiązania skarżącego odnośnie sprzedaży dodatkowych aut, nie może być traktowane jako treść oferty.

Zamawiający PGNiG S.A. w odpowiedzi na skargę, wniósł o oddalenie skargi oraz zasądzenie kosztów postępowania w kwocie 3.600zł, ostatecznie w tym zakresie precyzując wniosek na rozprawie przed Sądem Okręgowym. Zamawiający wywodził, że bez względu na podstawę prawną odrzucenia oferty złożonej przez skarżącego, oferta ta podlegała odrzuceniu.

Przywołując treść art. 191 ust. 1 a ustawy prawo zamówień publicznych, podniósł, że odwołanie mogło być uwzględnione w przypadku naruszenia przepisów

ustawy mającego lub mogącego mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co nie zaistniało w niniejszej sprawie. Wywodził ponadto, że art.82 ust.3 prawa zamówień publicznych przewiduje obowiązek sporządzenia oferty w taki sposób aby jej treść odpowiadała treści specyfikacji. Żaden z przepisów nie ogranicza zakresu zgodności oferty z SIWZ do przedmiotu zamówienia, szczególnie w sytuacji nakazu ustawowego wskazującego, że treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Natomiast zamawiający nie był uprawniony do tego, aby domniemywać istnienie po stronie skarżącego woli objęcia ofertą dodatkowych trzech samochodów, gdy nie wynikało to z treści złożonych oświadczeń.

Wobec nie uwzględnienia przez skarżącego modyfikacji SIWZ, ofertę złożoną przez skarżącego należało uznać za niezgodną z treścią SIWZ, a tym samym podlegającą odrzuceniu.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art.89 ust.1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych, w sytuacji gdy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, wówczas następuje odrzucenie oferty, bowiem stosownie do art.82 ust.3 ustawy prawo zamówień publicznych treść oferty musi odpowiadać SIWZ.

Nie jest więc zasadne stanowisko skarżącego wywodzące, że treść oferty dotyczyła przedmiotu zamówienia, skoro SIWZ została określona wraz ze zmianą dokonaną 3.12.2008r., natomiast złożona oferta nie uwzględniała powyższej zmiany. Jednocześnie treść SIWZ nie była ani przedmiotem protestu ani odwołania, a zatem nie jest zasadny, podnoszony przez skarżącego zarzut iż

wymagane oświadczenie obejmujące 3 samochody nie stanowi przedmiotu zamówienia, skoro było objęte SIWZ.

Jednocześnie z art.26 ust.3 ustawy prawo zamówień publicznych, dokonując jego interpretacji zgodnie z art.51 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004r. w sprawie koordynacji procedur udzielania

W zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, wynika że zamawiający może żądać od wykonawcy uzupełnienia przedłożonych zaświadczeń i dokumentów. Należy wskazać, że skarżący oferował dostawę 16 szt. pojazdów, a zatem tylko w tym zakresie mógł zamawiający wezwać wykonawcę do uzupełnienia oferty, a nie co do dodatkowych 3szt. samochodów.

Niezależnie od wezwania przez zamawiającego w zakresie dotyczącym złożenia uzupełnienia oświadczenia o treści wskazanej w piśmie zamawiającego z 29.12.2008r., to i tak oferta skarżącego, złożona 15.12.2008r., podlegała odrzuceniu, bowiem nie była zgodna ze zmienioną 3.12.2008r. SIWZ obejmującą również dodatkowe 3 samochody.

Nie zachodzi podstawa do uznania naruszenia art.191 ust.1 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych, bowiem zgodnie z art.180 ust.1 pow.ustawy, protest do zamawiającego wnoszony jest m.in. wobec treści czynności podjętych przez

zamawiającego. Taką czynnością w niniejszej sprawie było odrzucenie oferty przez zamawiającego. Tak więc ocena protestu dotyczyła zarzutu obejmującego czynność odrzucenia oferty, a nie wyłącznie podstawy prawnej wskazanej przez zamawiającego.

Jednocześnie ze względu na treść art.191 ust.1a ustawy prawo zamówień publicznych, dla uwzględnienia odwołania przez KIO, a więc uznania zasadności zarzutów tego odwołania, konieczna jest ocena czy naruszenie przepisów zarzucanych przez wykonawcę miało wpływ na wynik postępowania, bądź mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zatem nieprawidłowe zastosowanie przepisów przez zamawiającego dot. odrzucenia oferty, jeszcze nie decydowało o uwzględnieniu odwołania.

Zasadnie KIO uznała, że jakkolwiek zamawiający w sposób nieuprawniony skierował pismo z 29.12.2008r. do wykonawcy odnośnie uzupełnienia oferty, to okoliczność ta nie zmienia podstawy do odrzucenia oferty, wobec niezgodności oferty ze SIWZ.

Słusznie KIO przyjęła, że uwzględnienie przez zamawiającego oświadczenia złożonego w wykonaniu wezwania zamawiającego zawartego w piśmie z 29.12.2008r., prowadziłoby do naruszenia art.87 ust.1 ustawy prawo zamówień publicznych, bowiem stanowiłoby negocjacje w zakresie złożonej oferty i w efekcie dokonanie istotnych zmian w jej treści.

Wezwanie więc z 29.12.2008r. skierowane przez zamawiającego do wykonawcy, jako niezgodne z ustawą prawo zamówień publicznych, nie mogło wywrzeć skutków związanych z jego treścią, a odpowiedź wykonawcy nie stanowiła też uzupełnienia złożonej oferty.

Wobec więc braku zasadności zarzutów podniesionych w skardze, na podstawie art.385 kpc w związku z art. 194 ust.2 ustawy prawo zamówień publicznych, Sąd Okręgowy oddalił skargę.

Orzeczenie o kosztach postępowania uzasadnia treść art. 198 ust.5 ustawy prawo zamówień publicznych oraz art.98 kpc w zw. z art. 194 ust.2 ustawy prawo zamówień publicznych, przy uwzględnieniu §11 ust.1 pkt 4 w zw. z §5 i §13 ust.1 pkt1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenie przez Skarb Państwa kosztów

nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, mając na uwadze treść § 1 pkt 1 powołanego rozporządzenia przewidującego iż opłaty te dotyczą czynności adwokackich przedj^ęs^ęni^ęiaru sprawiedliwości.