

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 sierpnia 2011 r.

Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział XII Gospodarczy

Odwoławczy w następującym składzie:

Przewodniczący - Sędzia: SO Aniela Pakosiewicz (spr.)

Sędzia: SO Janusz Beim

Sędzia: SO Robert Jurga

Protokolant: protokolant Rafał Bielski

po rozpoznaniu w dniu 25 sierpnia 2011 r. w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi Tomasza Korczyka

przy uczestnictwie zamawiającego Jednostki Wojskowej 4724 w Krakowie i przystępującego do postępowania LAR1X Janusz Piela spółki jawnej w Bielsku-Białej

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi skarżącego

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 15 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1222/11

I. uchyla zaskarżone postanowienie;

II. oddala odwołanie skarżącego wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2011 r.;

III. zasądza od skarżącego Tomasza Korczyka na rzecz zamawiającego Jednostki Wojskowej 4724 w Krakowie koszty postępowania skargowego w kwocie 1.800,00 zł (jeden tysiąc osiemset złotych).

Na oryginale wtaóólwe podpity
Zgodnoó z oryatfiatem **stwierdzam**

RafaTĆpopeh
Starszy Protokolant

XII Ga 282/11

UZASADNIENIE

Zamawiający Jednostka Wojskowa 4724 w Krakowie prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i dostawę bielizny i skarpet, dzieląc przedmiot zamówienia na 5 odrębnych zadań i dopuszczając możliwość składania ofert częściowych na poszczególne zadanie.

W odniesieniu do zadania nr 1 na „zakup i dostawę bielizny zimowej specjalnej WS (koszulka i kalesony) - 3374 pary” oraz zadanie nr 2 na „zakup i dostawę bielizny specjalnej leniej WS (koszulka i spodenki) - 3518 par” wpłynęły po dwie oferty złożone przez tych samych wykonawców tj. przez wykonawcę Larix Janusz Piela spółka jawna w Buczkowicach i Tomasza Korczyka prowadzącego działalność pod firmą „Korczyk”. W dniu 27 maja 2011 r. zamawiający dokonał wyboru ofert między innymi w zakresie obu tych zadań, wybierając w odniesieniu do obu tych zadań oferty firmy „Larix” jako najkorzystniejsze cenowo, uznając jednocześnie ważność i zgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wszystkich ofert złożonych dla tego zakresu zamówienia. Zawiadomienie o dokonaniu wyboru ofert zostało przekazane faksem skarżącemu.

W dniu 28.V.2011 r. i 1.VI.2011 r. skarżący wystąpił do zamawiającego o udostępnienie mu oferty wygrywającego przetarg wykonawcy, a zamawiający wyznaczył skarżącemu termin wglądu do ofert złożonych w postępowaniu przetargowym na dzień 2.06.2011 r. godz. 11⁰⁰.

W dniu 1.06.2011 r. zamawiający powtórzył czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dokonując w zakresie zadania nr 2 ponownego wyboru oferty wykonawcy Larix Janusz Piela spółka jawna w⁷ Buczkowicach jako najkorzystniejszej cenowo, ustalając ponownie, że jest to oferta ważna i zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Oferta konkurencyjnego wykonawcy Tomasza Korczyka została ponownie uznana za ofertę ważną i zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do ofert złożonych przez tych wykonawców w zakresie zadania nr 1 to oferty obu wykonawców zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 z powodu niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dołączone do ofert tych wykonawców próbki koszulki w rozmiarze L nie odpowiadały założonym w tej specyfikacji wymiarom długości, szerokości dolnej i długości rękawa. O ponownym wyborze ofert skarżący został powiadomiony w dniu 2.VI.2011 r.

W dniu 9 czerwca 2011 r. skarżący Tomasz Korczyk wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego działania niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004r Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010r nr 113, poz. 759).

W szczególności odwołujący zarzucał zamawiającemu zaniechanie w dniu 2 czerwca 2011 r. wykluczenia wykonawcy Larix Janusz Pielą spółka jawna, który złożył ofertę na zadanie nr 2 zakup i dostawca białiny specjalnej letniej WS udzielając nieprawdziwej informacji zarówno co do wzoru białiny którą ma dostarczyć w ramach realizacji dostawy jak i wykazu zrealizowanych dostaw tożsamych z przedmiotem zamówienia. W ocenie odwołującego złożenie przez tego wykonawcę nieprawdziwej informacji stanowiła podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia i do odrzucenia jego oferty w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p..

Odwołujący zarzucił też zamawiającemu zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w oparciu o przepis art. 91 ust. 1 ustawy p.z.p.. W oparciu o takie zarzuty odwołujący domagał się:

1. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego w postaci wyboru oferty wykonawcy Larix Janusz Pielą spółka jawna na zadanie nr 2;
2. nakazanie wykonania czynności zamawiającego w postaci wykluczenia tego wykonawcy na zadanie nr 2;
3. nakazanie wykonania czynności zamawiającego w postaci odrzucenia oferty tego wykonawcy;
4. nakazanie powtórzenia czynności zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty;
5. udzielenie zamówienia publicznego odwołującemu.

W wywodach odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający opublikował zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu na „zakup i dostawę białiny oraz skarpet 2P/16/2011” w dniu 27 maja 2011 r., umieszczając je na stronie internetowej i przysyłając faksem jego treść odwołującemu.

Podniósł też, że wystąpił do zamawiającego dwukrotnie pisemnie o udostępnienie mu do wglądu ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia i wyrażenie zgody na wykonanie zdjęć wzorów przedmiotu zamówienia dołączonych do oferty. Udostępniono mu oferty innych wykonawców w dniu 2.VI.2011 r., ale odmówiono mu zgody na sfotografowanie wzorów białiny dołączonej do oferty.

Po zapoznaniu się z ofertami i dołączonymi do ofert⁷ wzorami białiny, którą to czynność odwołujący dokonywał w towarzystwie 3 osób, przedstawicieli firmy „Filati” Mirosław Kubiak spółki jawnej w Opiesinie, producenta białiny zaoferowanej przez odwołującego, odwołujący ustalił, że dołączony do oferty Larix wzór białiny mimo opatrzenia go logiem VIKING LATO jest produktem firmy „Filati”, której autoryzowanym i wyłącznym przedstawicielem w segmencie

wojskowym jest odwołujący. Wskazany producent bielizny w piśmie z dnia 8.VI.2011 r. potwierdził, że wzory bielizny znajdujące się w ofercie firmy Larix Janusz Piela spółka jawna pochodzą z jego produkcji zrealizowanej wyłącznie na zamówienie odwołującego w 2010 r. i nie mogły być sprzedane ani też nie zostały sprzedane innemu kupującemu niż odwołujący.

W ocenie odwołującego w świetle oświadczenia producenta bielizny wykonawcy Larix spółka jawna nie mógł nabyć w normalnym obrocie handlowym wzoru bielizny dołączonego do oferty. Zdaniem odwołującego jest prawdopodobnym, że wzór bielizny dołączony do oferty wykonawcy Larix Janusz Piela spółki jawnej pochodzi z zasobów zamawiającego albowiem odwołujący w 2010 r. zrealizował na rzecz zamawiającego zamówienie publiczne sygn. 2P/4/2010 również na dostawę kompletów bielizny letniej, w którym to postępowaniu opis przedmiotu zamówienia był podobny w zakresie kroju, koloru, parametrów funkcjonalnych oraz wymiarowych do opisu przedmiotu zamówienia sporządzonego dla zamówienia publicznego z 2011 r. sygn. 2P/16/2011. Analogiczne zarzuty podniósł odwołujący w odniesieniu do wzorów bielizny zimowej dołączonych do oferty złożonej na realizację zadania nr 1 przez wykonawcę Larix Janusz Piela spółka jawna.

O zasadności i trafności powyższych zarzutów świadczy zdaniem odwołującego unieważnienie przetargu co do zadania nr 1 na dostawę bielizny zimowej przez zamawiającego w dniu 2.VI.2011 r. Z treści otrzymanego przez odwołującego zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 2.VI.2011 r. wynika, że wykonawca Larix Janusz Piela spółka jawna jako wzór do swojej oferty dołączył komplet bielizny zimowej pozyskanej z zasobów zamawiającego. W ocenie odwołującego złożenie do oferty na zadanie nr 2 wzoru bielizny letniej, której producentem jest firma Filati jest złożeniem nieprawdziwej informacji wpływającej na wynik postępowania. Załączony wzór ma potwierdzić, że wyrób oferowany przez wykonawcę odpowiada SIWZ i identyczny wyrób będzie dostarczany do zamawiającego w wykonaniu zawartej umowy. Spółka Larix nie jest w stanie dostarczyć przedmiotu identycznego z dostarczonym wzorem a to dlatego, że jedynym autoryzowanym przedstawicielem firmy FILATI w segmencie wojskowym, obejmującym przedmiotową bieliznę letnią jest odwołujący.

Zachodzi zatem w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu podstawa do wyłączenia spółki Larix, albowiem ten wykonawca przedstawił w swojej ofercie wzór przedmiotu zamówienia, jakiego nie jest ani producentem ani dystrybutorem i którego własności nie jest w stanie odtworzyć.

Odwołujący w dalszej części wywodów podniósł też, że spółka Larix przedstawiła również nieprawdziwą informację w wykazie wykonanych dostaw tożsamych z zamówieniem. Zamawiający w załączniku nr 5 do SIWZ zamieścił wzór dokumentu „wykaz zrealizowanych dostaw”, który to dokument został wypełniony przez spółkę Larix w sposób niekompletny (brak wypełnienia w części tabelarycznej tego dokumentu pola dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia, a nadto zawarta w tym dokumencie informacja dotycząca odbiorcy Hubertech jest informacją nieprawdziwą. W obszernym wywodzie dotyczącym tego wątku, odwołujący wskazał na fakt, że spółka Larix w postępowaniu na dostawę bielizny i skarpet posłużyła się wykazem zrealizowanych dostaw, które następnie dołączyła do oferty w innym postępowaniu na dostawę obuwia. W złożonym potwierdzeniu firmy HUBERTECH o wykonaniu dostaw nie ma informacji, czego dotyczą referencje i jakiego przedmiotu dostawy

dotyczą wykazane faktury. To samo dotyczy również potwierdzenia wystawionego przez drugiego odbiorcę firmę SILVAPOL.

W ocenie odwołującego zamawiający nie powinien bezkrytycznie przyjmować twierdzeń wykonawcy, ale ma obowiązek weryfikowania ich na podstawie powszechnie dostępnych źródeł, tym bardziej, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zakup i dostawa bielizny oraz skarpet, zamawiający dwukrotnie dokonał oceny i wyboru ofert, pierwszy raz w dniu 27 maja 2011 r., drugi raz w dniu 1 czerwca 2011 r. czyli w dwa dni po otwarciu ofert w postępowaniu na dostawę obuwia nr 2P/19/2011. W związku z faktem, że zamawiający unieważnił postępowanie na zakup i dostawę bielizny co do zadania nr 1 odrzucając obie oferty złożone dla tego zadania, to nie ma odwołujący podstaw prawnych do wniesienia odwołania w zakresie zadania nr 1.

Wykonawca Larix Janusz Piela spółka jawna w Bielsku - Białej zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 15 czerwca 2011 r. (k. 40 - 42) odrzuciła odwołanie Tomasza Korczyka z powodu jego spóźnionego wniesienia. Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu postanowienia wskazała, że skoro odwołujący został powiadomiony drogą faksową o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 27.V.2011r co zostało przyznane w odwołaniu to bieg 10 dniowego terminu ustawowego do wniesienia odwołania przewidzianego w przepisie art. 182 ust. 1 pkt 1 p.z.p. rozpoczął się w dniu 28.V.2011r, a kończył się w dniu 6.VI.2011 r. Skoro zatem odwołanie zostało wniesione w dniu 9.VI.2011 r to było odwołaniem spóźnionym podlegającym z tego powodu odrzuceniu. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej dla rozpoczęcia biegu terminu do wniesienia odwołania nie ma znaczenia kiedy odwołujący zapoznał się z treścią kwestionowanej oferty (co miało miejsce 2.06.2011 r) i powzięcia przez niego wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania. Skoro zatem przedmiotem odwołania jest czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie wykluczenia wykonawcy składającego najkorzystniejszą ofertę to termin do wniesienia odwołania rozpoczyna bieg w chwili otrzymania informacji w tym przedmiocie, a jest bezsporne, że taką informację otrzymał zamawiający w dniu 27.V.2011r. Jako podstawę prawną postanowienia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała przepisy art. 192 ust. 1 w związku z art. 189 ust 2 pkt 3 ustawy p.z.p..

Od wydanego postanowienia wniósł skargę Tomasz Korczyk (k. 43 - 53) zarzucając zaskarżonemu postanowieniu naruszenie art. 182 ust. 1 pkt 1 p.z.p., art. 182 ust. 2 pkt 3 p.z.p. oraz naruszenie § 9 w związku z § 4 ust. 1 pkt 5-8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 29.III.2010r) i w oparciu o takie zarzuty domagał się zmiany zaskarżonego postanowienia i uwzględnienie odwołania za przyznaniem mu kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Uzasadniając postawione zarzuty, skarżący przyznał, że zawiadomienie w wyborze najkorzystniejszej oferty otrzymał faksem w dniu 27.V.2011 r jednakże odwoływał się nie od decyzji zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27.V.2011 r tylko od decyzji o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 2.VI.2011r oraz wobec zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy Larix Janusz Piela spółka jawna oraz odrzucenia jego oferty. Izba badając sprawę

nieprawidłowo przyjęła, że w postępowaniu wykonano tylko raz czynność badania i wyboru najkorzystniejszej oferty tj. w dniu 27.V.201r. Izba w ogóle nie wzięła pod uwagę i nie odniosła się do ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego i zawiadomienia skarżącego o tym fakcie zawiadomieniem z dnia

2.VI.2011r.

W takich okolicznościach odrzucenie odwołania skarżącego narusza przepisy art. 182 ust. 1 pkt 1 i art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p., gdyż odwołanie zostało wniesione w terminie. Natomiast niezrozumiałą jest fakt powołania się przez Izbę - w uzasadnieniu postanowienia - na przepis art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy, skoro nie ma on zastosowania w przedmiotowej sprawie.

Skarżący zarzucił też, że nie był wzywany do usunięcia ewentualnych braków formalnych odwołania w zakresie konkretnego wskazania czynności lub zaniechania czynności zamawiającego mimo, że z treści postanowienia Izby wynika, że miała ona wątpliwości co do tego faktu, a w konsekwencji błędnie przyjęła, które czynności zostały zaskarżone. Z daleko posuniętej ostrożności procesowej skarżący podniósł też, że nawet gdyby przyjąć, że termin do wniesienia odwołania wypływał 6 czerwca 2011r to nawet wtedy część odwołania skarżącego zasługuje na uwzględnienie.

Skarżący odwoływał się też od bezprawnego zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy Larix Janusz Piela spółka jawna oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy ale informacji o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania powziął dopiero 2 czerwca 2011r. W tym zakresie skarżący wskazał, że już od dnia 28.V.2011r zabiegał u zamawiającego o udostępnienie mu do wglądu ofert wykonawców złożonych w przeprowadzonym postępowaniu przetargowym powołując się na stosowne przepisy ustawy p.z.p. i ustawy z 6.IX.2001r o dostępie do informacji publicznej i mimo ponaglenia z dnia 1.VI.2011r udostępnienie ofert przez zamawiającego nastąpiło dopiero w dniu 2.VI.2011r. O okolicznościach będących podstawą wykluczenia wybranego wykonawcy i odrzucenia jego oferty, skarżący powziął wiadomość dopiero w dniu 2.VI.2011r, co oznacza, że termin wynikający z art. 182 ust. 3 pkt 1 p.z.p. do zaskarżenia zaniechania przez zamawiającego tych czynności został przez skarżącego zachowany.

W dalszej części wywodów skargi skarżący przedstawił argumenty za merytoryczną zasadnością odrzuconego odwołania. W tym zakresie skarżący zrekapitulował zarzuty odwołania dotyczące podstaw wykluczenia wybranego wykonawcy dla zadania nr 2 i odrzucenia jego oferty.

Podtrzymał skarżący zarzut, że dostarczone przez wygrywającego wykonawcę wzory bielizny nie przedstawiają produktu jaki wykonawca ma zamiar dostarczyć w ramach realizacji zamówienia, co stanowi złożenie nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania, a wzory te są produktem „Filati” Mirosław Kubiak spółka jawna, z którym skarżący współpracuje na zasadzie wyłączności.

Podtrzymał skarżący zarzut, że wykonawca Larix Janusz Piela spółka jawna załączył także do oferty wymagany przez zamawiającego wykaz zrealizowanych dostaw tożsamy z przedmiotem zamówienia, zawierający nieprawdziwe informacje. Powyższe okoliczności stanowią także podstawę do odrzucenia oferty Larix Janusz Piela spółka jawna w zakresie zadania nr 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. czego

zamawiający bezpodstawnie zaniechał podczas wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 1.VI.2011 r.

Na skutek powyższych zaniechań zamawiający dokonał wyboru oferty Larix Janusz Piela spółka jawna jako najkorzystniejszej, mimo, że podlegała ona odrzuceniu, podczas gdy powinien był dokonać wyboru oferty skarżącego jako oferty najkorzystniejszej.

W końcowej części skargi skarżący odniósł się również do złożonego w postępowaniu odwoławczym pisma uczestnika Larix Janusz Piela spółka jawna i podniósł, że uczestnik przyznał się do złożenia nieprawdziwej informacji w postaci wykazu zrealizowanych dostaw tożsamy z przedmiotem zamówienia w odniesieniu do wykazu dotyczącego firmy HUBERTECH, który został dołączony omyłkowo. Natomiast uczestnik podniósł, że drugi wykaz dotyczący firmy SILVAPOL opiewa na kwotę dostaw przewyższającą żądanie zamawiającego. W ocenie skarżącego również wykaz tej firmy jest ewidentnie niezgodny ze stanem faktycznym co wynika z różnych dat sporządzenia oferty i wykazu zrealizowanych dostaw (11 maja 2011 r) i daty sporządzenia wykazu dostaw przez SILVAPOL (12 maja 2011 r) i doręczenie tego wykazu uczestnikowi (12 maja 2011 r).

Podtrzymał skarżący zarzut, że zamawiający w trakcie ponownego badania i oceny ofert nie zweryfikował dokumentów potwierdzających wiedzę i doświadczenie uczestnika niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Zwrócił też skarżący uwagę, że zamawiający sam wyznaczył standard dokumentu jaki należało dołączyć do „wykazu zrealizowanych dostaw” a poświadczenia wystawione przez firmy HUBERTECH i SILVAPOL nie odpowiadają w żadnym parametrze wymaganiom zamawiającego.

W uzupełnieniu wniesionej skargi, skarżący pismem procesowym z dnia 8.08.2011 r wyjaśnił, że zamawiający przesłał mu informację o dokonaniu pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty faksem dopiero w dniu 30.V.2011 r, co wynika z potwierdzenia nadania faksu umieszczonego na dokumencie zawiadomienia. Niezależnie zatem od tego czy za moment rozpoczęcia terminu do wniesienia odwołania przyjmie się pierwsze zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty (30.V.2011 r) czy też ostatnie (2.VI.2011 r) odwołanie skarżącego wniesione w dniu 9.VI.2011 r jest odwołaniem wniesionym w terminie. Na rozprawie w dniu 25.08.2011 r pełnomocnik skarżącego sprecyzował, że przedmiotem odwołania były czynności i zaniechania zamawiającego zaistniałe przy powtórным wyborze ofert.

Pełnomocnicy zamawiającego i uczestnika wniesli o oddalenie skargi i podtrzymali stanowiska zawarte w pismach złożonych w postępowaniu odwoławczym

Sąd Okręgowy zważył co następuje.

Skarga na odrzucenie odwołania zasługuje na uwzględnienie, albowiem zaskarżone postanowienie istotnie zostało wydane z naruszeniem przepisów wskazanych w skardze. Jednakże należy podkreślić, że źródłem wadliwości dokonanego rozstrzygnięcia nie są wyłącznie okoliczności obciążające Krajową Izbę odwoławczą ale również niejednoznaczna treść samego odwołania.

Nie można się zgodzić z twierdzeniami skargi, że skarżący w swoim odwołaniu w sposób kategoryczny i jednoznaczny odwoływał się od decyzji o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty dokonanej w czerwcu 2011 r, a nie od decyzji wcześniejszej zamawiającego o pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27.V.2011 r. Przeczy

temu treść odwołania w którym odnosił się do obu decyzji zamawiającego podjętych zarówno w dniu 27.V.2011r jak i w dniu 1.VI.2011r. Taka niejednoznaczna treść odwołania a stanowiąca w ocenie Sądu Okręgowego brak formalny odwołania i skutkująca odmiennością terminów do zaskarżenia kwestionowanych czynności zamawiającego obligowała Prezesa Izby - na etapie wstępnego badania odwołania - do wezwania skarżącego do usunięcia braku jego odwołania w oparciu o przepis art. 187 ust. 3 w związku z art. 180 ust. 1 p.z.p., a na etapie następnej kontroli wniesionego odwołania obligowała skład orzekający do dokonania takich czynności w oparciu o przepis § 13 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280). Ani Prezes Izby ani też skład orzekający nie zywali skarżącego do uzupełnienia jego odwołania, co przy jego niejednoznaczności nie upoważniało Krajowej Izby

Odwoławczej do kategorycznego i arbitralnego ustalenia i oceny, że skarżona jest wyłącznie pierwsza czynność wyboru najkorzystniejszej oferty dokonana w dniu 27.V.2011r i do daty zawiadomienia o tej czynności odnosić początek i koniec terminu do wniesienia odwołania. Jak wynika z uzasadnienia zaskarżonego postanowienia Krajowa Izba Odwoławcza w ogóle nie odniosła się do wskazanego w odwołaniu ponownego wyboru ofert z dnia 1.VI.2011r i zawiadomienia o tym skarżącego w dniu 2.VI.2011r, a która to okoliczność podważa w sposób skuteczny zaskarżone postanowienie. Zamawiający w części wstępnej odwołania wskazał, że kwestionuje zaniechanie przez zamawiającego w dniu 2.VI.2011r czynności wykluczenia wykonawcy Larix Janusz Piela spółka jawna. Wskazane zatem w odwołaniu oznaczenie zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z prawem, a także końcowa część wywodów odwołania przesądzają, w ocenie sądu, że w odwołaniu zostało wniesione od powtórzonych czynności zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty i zaniechań zamawiającego popełnionych przy powtórznym badaniu ofert, i do tych czynności i zaniechań należało odnosić ustawowy termin do wniesienia odwołania. Skarżący wnosząc zatem odwołanie w dniu 9.VI.2011r od czynności i zaniechań dokonanych przez zamawiającego w dniu 1 czerwca 2011r, o czym został powiadomiony przez zamawiającego w dniu 2.VI.2011r, wniósł odwołanie w ustawowym 10 dniowym terminie od uzyskania informacji o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty i w takich okolicznościach sprawy nie było podstaw do odrzucenia wniesionego odwołania.

W uwzględnieniu zatem wniesionej skargi, Sąd Okręgowy w Krakowie na podstawie art. 189 § 2 p.z.p. zmienił zaskarżone postanowienie w ten sposób, że je uchylił.

Wobec uwzględnienia skargi stosownie do treści powołanego przepisu Sąd Okręgowy zobowiązany był orzec co do istoty sprawy, a więc rozpoznać wniesione odwołanie.

W ocenie Sądu Okręgowego wniesione odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie albowiem w sprawie nie zachodzą okoliczności skutkujące koniecznością (zgodnie z wnioskami procesowymi zawartymi w odwołaniu) nakazania wykonania przez zamawiającego czynności unieważnienia wyboru wybranego wykonawcy, wykluczenia wybranego wykonawcy, odrzucenia oferty wybranego wykonawcy oraz nakazania powtórzenia czynności zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Skarżący w swoim odwołaniu podstawę do wykluczenia z

postępowania wykonawcy wybranego przez zamawiającego i odrzucenia jego oferty upatrywał w złożeniu przez niego nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania co do dołączonego do oferty wzoru bielizny oraz w sporządzonym przez niego wykazie zrealizowanych dostaw, przez co nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Jeżeli chodzi o podstawę wykluczenia wybranego wykonawcy i odrzucenia jego oferty w aspekcie wskazanym w odwołaniu stwierdzić należy co następuje. Jest okolicznością bezsporną w sprawie, że zgodnie z postanowieniami pkt 12.1.7 SIWZ, zamawiający wymagał od wykonawców uczestniczących w postępowaniu dołączenia do składanych ofert próbki asortymentu po jednym komplecie z każdego zadania, w celu oceny zgodności produktu z wymaganymi przez zamawiającego parametrami bielizny.

W zakresie zatem dołączonej do oferty próbki asortymentu (wzoru bielizny) zamawiający nie stawiał żadnych dalszych dodatkowych wymogów a w szczególności nie wymagał aby dołączony wzór bielizny był wzorem własnym wykonawcy, bądź aby wykonawca miał obowiązek wskazania źródła pochodzenia wzoru, producenta wzoru bądź sposobu wejścia w posiadanie dołączonego do oferty wzoru. Skoro zatem zamawiający w zakresie wzoru bielizny wymagał wyłącznie zgodności przedstawionego wzoru z określonymi parametrami wskazanymi w opisie przedmiotu zamówienia i SIWZ i nie żądał od uczestniczących w postępowaniu wykonawców informacji o źródle pochodzenia wzoru i legalności posługiwania się przedstawionym wzorem to w żaden sposób nie można przypisać wykonawcy wybranemu przez zamawiającego złożenie nieprawdziwej informacji mającej wpływ lub mogącej mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zarzucane w odwołaniu posłużenie się przez tego wykonawcę cudzym wzorem bielizny, pochodzącym z dostaw zrealizowanych przez skarżącego, którego właściwości ten wykonawca przy realizacji zamówienia nie jest w stanie odtworzyć nie można zakwalifikować jako złożenia nieprawdziwej informacji w rozumieniu art. 24 ust. pkt 3 p.z.p.. Natomiast trafny jest zarzut skarżącego co do złożenia przez skarżącego przez wybranego wykonawcę nieprawdziwej informacji w sporządzonym przez niego wykazie dostaw tożsamy z przedmiotem zamówienia w zakresie dostaw realizowanych na rzecz firmy Hubertech. Wykonawca ten w piśmie procesowym z dnia 16.VI.2011 r. złożonym w postępowaniu przyznał się do złożenia takiej informacji usprawiedliwiając ją swoją omyłką. Jednakże złożenie we wskazanym zakresie nieprawdziwej informacji, nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik prowadzonego postępowania z uwagi na przedstawienie przez wykonawcę wygrywającego przetarg, wykazu dostaw zrealizowanych na rzecz innego kontrahenta (firma SILVAPOL) o wartościach przekraczających wymagane przez zamawiającego wartości. W odniesieniu do firmy SILVAPOL, skarżący w odwołaniu nie podniósł żadnych zarzutów analogicznych jak w odniesieniu do firmy Hubertech, a zarzuty przeciwko wykazowi dostaw zrealizowanych na rzecz firmy SILVAPOL pojawiły się dopiero w skardze na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej. Zarzuty te zostały pominięte przez Sąd Okręgowy albowiem zgodnie z przepisem art. 198 fust. 4 p.z.p. Sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania. W takiej sytuacji należy przyjąć, że złożony wykaz dostaw zrealizowanych na rzecz SILVAPOL nie zawiera informacji nieprawdziwej i w sposób prawidłowy dokumentuje spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania przez niego wiedzy i doświadczenia, niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia. Nie można też uznać zarzutu skarżącego co do złożenia przez wygrywającego wykonawcę wykazu dostaw w formie nie spełniającej

wymogów zamawiającego. Istotnie jest prawdę, że zamawiający w załączniku nr 5 do SIWZ zamieścił wzór dokumentu „wykaz zrealizowanych dostaw”, w którym to wzorze zawarte jest oświadczenie wykonawcy o zrealizowaniu w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert następujących dostaw tożsamych z zamówieniem, przy czym wyszczególnienie tych dostaw następuje w formie tabeli zawierającej sześć pól (rubryk) dotyczących nazwy odbiorcy, opisu przedmiotu zawiadomienia, wartości zamówienia, okresu realizacji (daty wykonania), rodzaju dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie. Skarżący przyznał w odwołaniu, że wykonawca wraz z ofertą złożył wymagane oświadczenie, na wymaganym formularzu i dołączył do niego spis faktur z referencjami jego kontrahentów (firmy HUBERTECH i SILVAPOL), ale zarzucił niewypełnienie w wykazie dostaw w tabeli pola „opis przedmiotu zamówienia” a także niekompletność referencji obu firm, które nie wskazały jakiego rodzaju dostawy wykazane są w spisach faktur i czy faktycznie odnoszą się one do dostaw białej linojowej i zimowej. Odnosząc się do tych zarzutów ale tylko w wątku dotyczącym firmy SILVAPOL należy stwierdzić, że niezapełnienie w wykazie dostaw pola tabeli dotyczącego opisu przedmiotu zrealizowanych dostaw nie może podważyć tego dokumentu z uwagi na treść oświadczenia wykonawcy zawartego w tym dokumencie a poprzedzającego tabelę. W tym oświadczeniu wykonawca bowiem złożył zapewienie, że zrealizował w określonym czasie dostawy tożsame z zamówieniem co oznacza, że zawarł w tym oświadczeniu informację o przedmiocie zrealizowanych dostaw, a tylko tę informację miał powtórzyć w kwestionowanym polu tabeli.

Jeżeli chodzi natomiast o zarzuty odwołania dotyczące treści udzielonych referencji, które nie wskazują rodzaju dostaw to zwrócić należy uwagę, że zamawiający wymagał od wykonawcy przedłożenia dokumentu potwierdzającego wykonanie dostaw lub, że są one wykonywane należyście. Referencje o takiej treści zostały dołączone do wykazu zrealizowanych dostaw, a zatem wykonawca w sposób wynikający z postanowień SIWZ wykonał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia. Natomiast trudno jest Sądowi Okręgowemu odnieść się do podniesionego w⁷ skardze zarzutu, że zamawiający w odniesieniu do referencji wyznaczył „standard dokumentu który należało dołączyć do wykazu zrealizowanych dostaw w zakresie informacji jakie musi on zawierać przesyłając do skarżącego pismo numer 2080/11 z dnia 17 maja 2011 r” a który to dokument według skarżącego stanowił załącznik nr 5 do odwołania skarżącego, z braku tego dokumentu w aktach postępowania odwoławczego. Otóż wskazane w skardze pismo nie było w ogóle załącznikiem do odwołania i w wykazie załączników do odwołania nie figuruje. W wykazie załączników do odwołania jako załącznik nr 5 figuruje „poświadczenie należytego wykonania dostawy do postępowania 2P/4/2010” a więc poświadczenie dotyczące innego postępowania, natomiast do odwołania zostało dołączone pismo zamawiającego z dnia 17.05.2011 r opatrzone numerem 2050/11 a dotyczące informacji o zrealizowanych na rzecz zamawiającego przez skarżącego dostawach w 2010r. Pismo to wraz z umową nr 55/10 (k. 31-37) łączyło się z zarzutem odwołania dotyczącym wzoru białej linojowej, natomiast w ogóle nie zostało przywołane przez odwołującego jako dowód na niewłaściwą treść przedstawionych referencji, bo chyba o to chodziło w tym zarzucie skargi.

Rekapituluując powyższe wywody stwierdzić należy, że w rozpoznawanej sprawie nie można zamawiającemu przypisać naruszenia prawa w stopniu podważającym dokonany w dniu

1.VI.2011r wybór najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 2 jak również nie zachodziły w sprawie podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy LARIX Janusz Piela spółka jawna i odrzucenia jego oferty z przyczyn podniesionych w odwołaniu.

Z tych względów na podstawie art. 198 fust. 2 odwołanie skarżącego podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98, 99 k.p.c. w związku z § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.IX.2002r w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu (Dz. U. 163, poz. 1349, z późniejszymi zmianami) i § 3 pkt 2a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15.III.2010r w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41, poz. 238).

Na oryginale wstłwe podpisy
Zgodność z oryginałem stwierdzam

Rafai-Ćaopeh
Starszy Protokolant