

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 września 2010 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy

Przewodniczący: SSO Grażyna Jeziorowska (spr)
Protokolant: SSO Blanka Zorębska
Sędziowie: SSO Krystyna Fańciszevska - Rąba
sekr. sądowy Iwona Zdebel

na rozprawie w dniu 9 września 2010 r. rozpoznał sprawę

z odwołania BOMAR Spółki Akcyjnej w Mysłowicach

**przeciwko zamawiającemu Katowickiemu Holdingowi Węglowemu Spółki
Akcyjnej w Katowicach**

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi odwołującego BOMAR Spółki Akcyjnej w Mysłowicach

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień
Publicznych w Warszawie

z dnia 17 czerwca 2010 sygn. akt KIO/UZP 1086/10

1. oddała skargę,
2. zasądza od skarżącego na rzecz zamawiającego kwotę 3.651 zł (trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt jeden złotych) tytułem zwrotu kosztów za postępowanie

"\

Na oryginale właściw >'podpisy
ZGODNOŚĆ Z Opć NAŁEM

stwierdza t. '

5£KR£TARp|

Sygn. akt XIX Ga 371/10

UZASADNIENIE

Zaskarżonym postanowieniem Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie wniesione przez BOMAR SA w Mysłowicach od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Katowicki Holding Węglowy SA w Katowicach protestu odwołującego oraz orzekła o kosztach postępowania.

W uzasadnieniu wskazała, że zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę przewodów wysokociśnieniowych do hydrauliki siłowej (okutych) oraz węży wysokociśnieniowych do hydrauliki siłowej (nieoprawionych).

Zgodnie z postanowieniami SIWZ zamawiający podzielił zamówienie na 9 części. W ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ zamawiający zastrzegł przeprowadzenie aukcji elektronicznej do udziału, w której zaprosił wszystkich wykonawców, którzy złożą oferty niepodlegające odrzuceniu.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w części od 1-9, jak też o ofertach odrzuconych, informując odwołującego o odrzuceniu jego oferty w części 4, 7 i 8. Odwołujący pismem z dnia 12 maja 2010 r. złożył protest zarzucając zamawiającemu naruszenie art.7 ust.1, art.82 ust.3, art.89 ust.1 pkt.2 oraz art.90 ust.1, 2 i 3 Pzp wnosząc o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty dla części 4 zamówienia oraz dokonanie powtórnej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i uznanie za taką oferty odwołującego.

Zamawiający protest odwołującego oddalił jako bezzasadny.

Wobec takiego rozstrzygnięcia odwołujący pismem z dnia 26 maja 2010 r. złożył odwołanie ponawiając zarzuty, żądania i twierdzenia zawarte w proteście.

Do postępowania wywołanego protestem jak i odwołaniem swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Węglokoks SA i MAS Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika

Konsorcjum Węglokoks SA w Katowicach wnosząc o oddalenie protestu jak i odwołania.

Wskazali oni, że złożyli prawidłowe certyfikaty, zgodne z wymaganiami SIWZ, a jeżeli odwołujący miał wątpliwości co do treści SIWZ, powinien był zwrócić się do zamawiającego o ich wyjaśnienie w trybie art.38 pzp.

Odrzucając odwołanie Izba w pierwszej kolejności wskazała, że z uwagi na datę wszczęcia przedmiotowego postępowania w niniejszej sprawie zastosowanie znajdą przepisy ustawy w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 223 poz.1778).

Zamawiający pismem z dnia 12 maja 2010 r. przekazał odwołującemu oraz

pozostałym wykonawcom e-mailem i drogą pocztową zaproszenie do aukcji elektronicznej, przy czym zaproszenie to w odniesieniu do oferty odwołującego złożonej na zadanie 4, 5, 7, 8 i 9 złożone zostało w zakresie zadania 5 i 9. W zaproszeniu wskazano jaką pozycję zajęła oferta odwołującego przed aukcją, planowany termin otwarcia aukcji, warunki zamknięcia aukcji jak też termin zamknięcia aukcji. Wskazano w nim też, że planowane terminy otwarcia i zamknięcia aukcji ze względu na dogrywki występujące w poprzednim zadaniu (zadaniach) mogą ulec zmianie.

Oferta odwołującego w zakresie zadania 4, 7 i 8 została odrzucona.

Ustaliła też Izba, że aukcje dla zadania 4, 5 i 9 odbywały się w dniu 19 kwietnia 2010 r.

W tak ustalonym stanie faktycznym zdaniem Izby protest odwołującego został złożony z uchybieniem art.180 ust.2 zd.1 Pzp tj. po upływie 10 dni od dnia w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a jeżeli kwota jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8 - w terminie 7 dni.

Podkreśliła Izba, iż niniejsze postępowanie toczy się w trybie przetargu nieograniczonego, jednak przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące tego trybu należy stosować z uwzględnieniem specyfiki wyboru oferty w drodze aukcji elektronicznej (art.91 a - 91 c Pzp).

Skoro tak, to zaproszenie do aukcji poprzedza badanie ofert oraz ich ewentualne odrzucenie. Zaproszenie do aukcji obejmuje jedynie wykonawców nie wykluczonych z udziału w postępowaniu, których oferty nie podlegały odrzuceniu po ostatecznym rozpatrzeniu ewentualnych protestów.

Uznała Izba, że zaproszenie do aukcji elektronicznej dla zadania 5 i 9 z pominięciem zaproszenia dla zadania 4 stanowiło wystarczającą podstawę do wniesienia protestu na ewentualne zaniechania zamawiającego polegające na niezaproszeniu odwołującego do aukcji w zakresie zadania 4.

W konsekwencji Izba uznała, że odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu w dniu 19 kwietnia 2010 r. tj. w dniu przeprowadzenia aukcji w przedmiotowym postępowaniu, w której brał udział dla zadania 5 i 9.

Na takie stanowisko Izby wpłynęło również oświadczenie zamawiającego, że każda kolejna aukcja rozpoczynała się dopiero po zakończeniu poprzedniej oraz, że wszystkie aukcje były widoczne dla wykonawców, którzy otrzymali od niego poufny identyfikator, login i hasło, a tylko jedynie wykonawcy zaproszeni do aukcji w poszczególnym zadaniu mogli składać kolejne postępowania.

Z przytoczonych względów Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art.187 ust.4 pkt.4 Pzp.

Z takim rozstrzygnięciem Izby nie zgodził się odwołujący, który zaskarżył postanowienie w całości.

Zaskarżonemu postanowieniu zarzucił:

1. naruszenie art.233§1 k.p.c. w zw. z art.217 k.p.c. polegające na błędnej ocenie w sprawie materiału dowodowego przejawiające się w ustaleniu, że skarżący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu w dniu 19 kwietnia 2010 r. podczas gdy z zebranych w sprawie dowodów wynika jednoznacznie, że skarżący powziął tę wiadomość w dacie 29 kwietnia 2010 r. tj. po otrzymaniu pisemnej informacji od zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego w części 4, 6 i 8;

2. naruszenie przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepisów prawa materialnego ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. 07.223.1655 ze zmianami), a to art.7 ust.2 przejawiające się przeprowadzeniu oceny oferty skarżącego w sposób pozbawiony obiektywizmu i bezstronności;
3. naruszenie przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepisów prawa materialnego prawa zamówień publicznych, a to art.89 ust.1 pkt.2 przejawiające się w błędnym przyjęciu przez zamawiającego, że oferta złożona przez skarżącego nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podnosząc przedstawione zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia i merytoryczne rozpoznanie sprawy, o uwzględnienie odwołania skarżącego w całości i orzeczenie wyrokiem unieważnienia czynności odrzucenia oferty skarżącego dla części 4 zamówienia oraz dokonanie powtórnej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty poprzez uznanie oferty skarżącego za najkorzystniejszą. Dodatkowo skarżący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego kosztów procesowych, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu skargi zarzucił skarżący, że jedyną pewną datą od której można liczyć upływ biegu terminu do złożenia protestu, jest dzień 29 kwietnia 2010 r., czyli dzień doręczenia pisma z informacją o odrzuceniu ofert dla zadania 4. W ocenie skarżącego tylko pewna i sprawdzona informacja może rozpoczynać bieg terminów ustawowych. Zarzucił, iż twierdzenia zamawiającego, że skarżący mógł uzyskać informację o odrzuceniu jego oferty dla zadania 4 w dniu przeprowadzenia aukcji, gdyż uczestniczył w innych aukcjach przeprowadzonych w tym dniu, są oparte jedynie na domniemaniach.

Zarzucił też, że z wydruków obrazu strony internetowej z przebiegu aukcji elektronicznej zadania 5 i 9 (złożonych po zamknięciu postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą) wynika, że nie mógł powziąć informacji o zakończeniu aukcji nr 4 w dniu 19 kwietnia 2010 r. oraz, że miał dostęp tylko do aukcji nr 5 i 9. W ocenie skarżącego Izba w tej sprawie zastosowała domniemanie i to zbyt daleko idące, bowiem uznała, że skoro skarżący uczestniczył w innych aukcjach to mógł się domyślić, że z innych aukcji został wykluczony, odrzucony, niezaproszony. Prowadzi to do przerzucenia obowiązków informacyjnych na wykonawcę, mimo iż ustawa Prawo zamówień publicznych nakłada je na zamawiającego.

Dodatkowo zarzucił, iż w dniu przeprowadzenia aukcji nie znał przyczyn dla których zamawiający nie zaprosił go do udziału w aukcji dla zadania 4 i z tego powodu nie mógł przedstawić zarzutów w proteście, co w konsekwencji spowodowałoby utratę prawa powoływania nowych zarzutów przed KIO.

Dodatkowo podtrzymał skarżący stanowisko, że jego oferta dotycząca części 4 zamówienia odpowiada treści SIWZ, gdyż złożone dokumenty w tym certyfikaty zgodności OBAC/067/CZ/08 z dnia 6 marca 2008 r. i OBAC/068/CB/08 spełniają określone przez zamawiającego wymagania.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o jej oddalenie oraz o zasądzenie kosztów postępowania w tym ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie można podzielić stanowiska skarżącego, że doszło do naruszenia

wskazanych przepisów prawa procesowego, a to art.233 k.p.c. w zw. z art.227 k.p.c.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że prawidłowo Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że w niniejszej sprawie obowiązują przepisy Ustawy Prawo zamówień publicznych o treści obowiązującej przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 223 poz.1778).

Stosownie do treści art.188 ust.1 Pzp strony obowiązane są wskazywać dowody do stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne. Dowody te mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Zespół arbitrów ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art.188 ust.1 Pzp).

Z powyższego wynika, że w postępowaniu wywołanym odwołaniem obowiązuje zasada swobodnej oceny dowodów, a zespół arbitrów dokonując oceny dowodów związany jest jedynie podstawowymi zasadami logiki oraz doświadczenia życiowego

i zawodowego.

Przywołany przepis art.188 ust.7 Pzp w swej treści jest tożsamy z treścią art.233§1 k.p.c., który wskazuje skarżący.

Należy zatem przyjąć, iż zarzuty dotyczące wadliwej oceny materiału dowodowego dotyczą w istocie naruszenia art.188 ust.7 Pzp.

Nie może też być mowy o naruszeniu art.227 k.p.c., gdyż przepis ten nie jest źródłem obowiązków ani uprawnień jurysdykcyjnych, lecz określa jedynie wolę ustawodawcy ograniczenia kręgu faktów, które mogą być przedmiotem dowodu w postępowaniu cywilnym. Należy też mieć na względzie treść art.184§6 Pzp dopuszczającego w postępowaniu odwoławczym odpowiednie stosowanie przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. nr 43 poz.296 z późn. zmianami) o sędzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.

Zatem postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą w zakresie postępowania dowodowego nie jest tak sformalizowane jak postępowanie przed sądem cywilnym.

W konsekwencji wskazać należy, że zarzutu naruszenia art.188 ust.7 Pzp Izbie postawić nie można. Ocena materiału dowodowego dokonana przez KIO nie koliduje ani z zasadami logicznego wnioskowania ani też z zasadami doświadczenia życiowego.

Wydając zaskarżone postanowienie KIO prawidłowo ustaliła, że protest na odrzucenie oferty skarżącego co do zadania nr 4 złożony został z uchybieniem ustawowego terminu określonego przepisem art. 180 ust.2 Pzp.

Przepis ten stanowi, że wskazany termin ustawowy na złożenie protestu rozpoczyna bieg od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Z tego wynika, że nie liczy się moment faktycznego powzięcia wiadomości lecz chwila, w której wykonawca mógł się o tym fakcie dowiedzieć. Przywołany przepis ma charakter terminu zawitego, co oznacza, że jego niedochowanie powoduje wygaśnięcie prawa do wniesienia protestu.

Powoływanie się zatem przez skarżącego na jedyny pewny termin w którym dowiedział się o odrzuceniu jego oferty co do zadania nr 4, a zatem na datę 29 kwietnia 2010 r. w której doręczono mu pismo zamawiającego informujące m. in. o odrzuceniu jego oferty co do zadania nr 4, w świetle treści art.180 ust.2 Pzp nie jest

uzasadnione. Wywody KIO, iż najpóźniej w dacie aukcji tj. w dniu 19 kwietnia 2010 r. skarżący mógł się dowiedzieć o odrzuceniu jego oferty co do zadania nr 4 są prawidłowe.

Skoro oferta skarżącego dotyczyła również zadania nr 4 i skarżący nie został zaproszony do udziału w tej aukcji, mimo iż zaproszenie dotyczyło zadań 5 i 9 to niewątpliwie skarżący mógł się przy dołożeniu należytej staranności dowiedzieć, iż jego oferta została odrzucona. Wobec braku zaproszenia do aukcji nr 4 skarżący nie mógł się załogować do tej aukcji i wziąć w niej udziału.

Stanowisko KIO znajduje uzasadnienie w treści art.91a ust.1 i 91 b ust.1 Pzp i trafnie KIO wskazała, że zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej obejmuje jedynie wykonawców nie wykluczonych z udziału w postępowaniu, których oferty nie podlegały odrzuceniu.

Nie powinno budzić wątpliwości, że podmiot składający środek zaskarżenia (protest) ma obowiązek wykazania, że dochował terminu do jego wniesienia skoro zamawiający ma obowiązek odrzucenia spóźnionego protestu stosownie do art.180 ust.7 Pzp.

Jeżeli zamawiający czynności tej nie dokona to stosownie do art.187 ust.4 Pzp czynności tej dokonuje Izba.

Nie można podzielić też stanowiska skarżącego, że z dokumentów wydruków obrazu strony internetowej (złożonych z uchybieniem terminów określonych art.188 ust.1 Pzp) wynika, że skarżący nie miał dostępu do jakichkolwiek informacji, że aukcja dotycząca zadania nr 4 się odbyła.

Niekwestionowanym pozostały ustalenia Izby, że aukcja przeprowadzona przez zamawiającego w dniu 19 kwietnia 2010 r. odbywała się w ten sposób, że następna aukcja dla kolejnego zadania mogła odbyć się dopiero po zamknięciu aukcji dla zadania wcześniejszego. Aukcję rozpoczynało zadanie nr 1. Aukcję w dniu 19 kwietnia 2010 r. przeprowadzono dla wszystkich zadań.

Powyższe wskazuje na to, że trafnie Izba ustaliła, iż najpóźniej w dacie przeprowadzenia i zamknięcia aukcji nr 4 odwołujący posiadał o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu.

Dywagacje odwołującego co do braku jego wiedzy o przyczynach odrzucenia jego oferty co do zadania nr 4 i przez to braku możliwości złożenia protestu nie znajdują uzasadnienia w okolicznościach niniejszej sprawy.

Pamiętać należy, że odwołujący wezwany został przez zamawiającego do uzupełnienia oferty w części dotyczącej zadania nr 4, a stało się to na skutek protestu złożonego przez innego wykonawcę Tektor Sp. z o.o. w Katowicach.

Po uzupełnieniu oferty odwołujący został zaproszony do udziału w aukcji tylko co do zadania 5 i 9.

Zaproszenie do aukcji co do zadania 5 i 9 powinno zatem dla odwołującego zawierać równocześnie informację, że tylko oferta wykonawcy dla zadania 5 i 9 nie została odrzucona (art.91 b Pzp), a w pozostałej części ofertę zamawiający odrzucił. Stosownie bowiem do art.91 a ust.1 Pzp zamawiający przed zaproszeniem wykonawców do aukcji dokonuje oceny ofert i w wyniku tej oceny odrzuca oferty nie odpowiadające treści SIWZ, a do udziału w aukcji zaprasza tylko tych wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu (art.91 b ust.1 Pzp).

O treści zaproszenia do aukcji rozstrzyga treść art. 91 b ust.2 Pzp.

W konsekwencji podzielić należy stanowisko Izby, że w niniejszej sprawie prowadzonej w trybie przetargu nieograniczonego zastosowanie znajdują przepisy dotyczące tego trybu ale z uwzględnieniem specyfiki wyboru oferty w drodze aukcji elektronicznej, a zatem przepis art.91 a i 91 b Pzp.

Z uwagi na powyższe zaskarżone postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej
uznać należało za prawidłowo, a skargę jako nieuzasadnioną oddalić na podstawie
art. 198§2 Pzp.

*

O kosztach postępowania przed Sądem Okręgowy postanowiono na podstawie

art.198§5 Pzp.

Na oryginale właśc,
ZGODNOŚĆ ZOH
stwierdź
SEKRET.

*

w podpisy
V GINAŁEM

I