

<*^WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

- Dnia 16maja 2008r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział X Gospodarczy

w składzie

Przewodniczący - Sędzia SO Leszek Guza
Sędzia SO Iwona Wańczura
Sędzia SO Katarzyna Żymelka (spr.)

Protokolant Katarzyna Cencora

po rozpoznaniu w dniu 16 maja 2008r. w Gliwicach

na rozprawie

sprawy ze skargi: „AZIS PLUS” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w Jastrzębiu Zdroju

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych
z dnia 7 marca 2008 r.
sygn. akt KIO/UZP 153/08
z udziałem:

- **zamawiającego:** Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółki Akcyjnej w Jastrzębiu
Zdroju

- **uczestnika:** Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa
Górniczego CEN-RAT Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bytomiu

- 1) oddała skargę;
- 2) zasądza od „AZIS PLUS” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w Jastrzębiu Zdroju na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej w Jastrzębiu
Zdroju kwotę 1 217,00 (jeden tysiąc dwieście siedemnaście 00/100) złotych
tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu
odwoławczym,
- 3) zasądza od „AZIS PLUS” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
w Jastrzębiu Zdroju na rzecz Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej
Stacji Ratownictwa Górniczego CEN-RAT Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Bytomiu kwotę 1 217,00 (jeden tysiąc dwieście
siedemnaście 00/100) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa
procesowego w postępowaniu odwoławczym.

SSO Katarzyna Żymelka

SSO Leszek Guza

SSO Iwona Wańczura

Na oryginale
właścwie podpisy
JVydział X Gospodarczy

Agnieszka Demucha

Sygn. akt X Ga 60/08/za

UZASADNIENIE

Zamawiająca - Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna Zakład Logistyki Materiałowej w Jastrzębiu Zdroju (JSW S.A.) wszczęła postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego nr 27/P/08 na zakup dla kopalń JSW S.A. dwutlenku węgla ciekłego w łącznej ilości 2.700.000 kg z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.

W trakcie postępowania „AZIS PLUS” Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju złożyła protest od dokonanej przez zamawiającą czynności, polegającej na wyborze oferty Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego „CEN - RAT” Sp. z o.o. w Bytomiu, podlegającej odrzuceniu jako niespełniającej wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, określonych w pkt II.2.6 SIWZ, z którego wynikało, że warunkiem wykonywania dostaw ciekłego dwutlenku węgla było posiadanie przez podejmującego się tego zadania podmiotu licencji na rozwiązanie patentowe obejmujące sposób podawania dwutlenku węgla do podziemnych wyrobisk górniczych, posiadane wyłącznie przez firmę „AZIS PLUS” Sp. z o.o.

Ponadto protestująca zarzuciła brak przez wskazanego powyżej oferenta pisemnej zgody firmy Messer Polska Sp. z o.o. na korzystanie z ich zbiorników oraz wskazała na naruszenie zasady uczciwej konkurencji, polegające na wyborze przez zamawiającą oferty podlegającej odrzuceniu, z uwagi na zaoferowanie w zamian za świadczoną usługę rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

Protestująca wskazując na powyższe zarzuty wniosła o uwzględnienie protestu poprzez uchylenie czynności zamawiającej polegającej na wyborze oferty Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego „CEN-RAT” Sp. z o.o., odrzucenie powyższej oferty i powtórzenie czynności zamawiającej poprzez wybór oferty protestującej.

Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego „CEN - RAT” Sp. z o.o. w Bytomiu zgłosiła swoje przystąpienie do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego.

W zgłoszeniu przystępująca podniosła, iż zarzuty protestu opierają się na braku merytorycznego przygotowania do sprawy. Zdaniem przystępującej obrót dwutlenkiem węgla nie wymaga ani to patentu, ani udzielonej na ten patent licencji. Cena złożonej oferty nie musiała obejmować kosztów dodatkowej usługi inertyzacji, dlatego nie ujęto w niej kosztów obsługi, oceny zagrożenia pożarowego i opłat patentowych. Zastosowana przez przystępującą cena nie jest rażąco niska, ale odbiega od rażąco wysokiej ceny zastosowanej przez protestującą. Ponadto przystępująca wyraziła gotowość na dostarczenie i dzierżawę układów do magazynowania i odgazowania skroplonego dwutlenku węgla bez ponoszenia dodatkowych kosztów przez zamawiającą.

W rozstrzygnięciu protestu zamawiająca oddaliła protest w całości.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiająca podała, iż nie można zgodzić się z protestującą że zapis w pkt. II.2.6. SIWZ nakłada na wykonawców obowiązek posiadania licencji na korzystanie z rozwiązania wynalazczego, chronionego patentem, a także wymogu uzyskania pisemnej zgody spółki Messer Polska Sp. z o.o. na magazynowanie dwutlenku węgla w jej zbiornikach. Przedmiotem postępowania jest dostawa do kopalń ciekłego dwutlenku węgla. Postępowanie o udzielenie zamówienia nie obejmuje swym zakresem przechowywania ciekłego dwutlenku węgla w zbiornikach napowierzchniowych, stanowiących urządzenie do zapobiegania zagrożeniom pożarowym w wyrobiskach ścianowych, które chronione jest właściwym patentem. Przedmiot postępowania przetargowego polegający na sprzedaży i dostarczeniu JSW S.A. ciekłego dwutlenku węgla oraz obrót i transport nie jest chroniony jakimkolwiek prawem wyłącznym.

W zakresie zarzutu dotyczącego uzyskania zgody firmy Messer Polska Sp. z o.o. na magazynowanie dostawy w zbiornikach tej firmy, zamawiająca podała, że zarówno wskazane w proteście postanowienia SIWZ, jak również żadne inne przepisy nie przewidują takiego obowiązku. Treść umów zawartych przez kopalnię JSW S.A. ze wskazaną Spółką nie mają dla przedmiotowego postępowania żadnego znaczenia, bowiem obejmują one zupełnie inne świadczenia.

Również zarzut rażąco niskiej ceny w ocenie zamawiającej okazał się bezpodstawny. Zamawiająca stwierdziła, że wybrany wykonawca potwierdził, iż wyższe koszty występują wówczas, gdy zachodzi konieczność podawania do wyrobisk dołowych zgazowanego dwutlenku węgla, które to prace nie stanowią przedmiotu prowadzonego postępowania.

Od rozstrzygnięcia protestu protestująca złożyła odwołanie podtrzymując wszystkie zarzuty wobec zamawiającej zawarte w złożonym proteście.

Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego „CEN-RAT” Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zaskarżonym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) oddaliła odwołanie.

W uzasadnieniu KIO wskazała, iż nie znalazł oparcia wywód odwołującej, dotyczący naruszenia przez zamawiającą art. 89 ust. 1 punkt 2 Pzp z powodu wyboru najkorzystniejszej oferty, która powinna być odrzucona, jako niespełniająca wymogów SIWZ w zakresie warunków techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia, określonych w punkcie II.2.6 SIWZ. W ocenie KIO istota sprawy w zakresie tego zarzutu sprowadzała się do ustalenia, co jest przedmiotem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. KIO uznała, że nie ma żadnych podstaw by stwierdzić, że przedmiot zamówienia obejmuje inny zakres świadczenia niż zakup dwutlenku węgla ciekłego i jego przetransportowanie do miejsca wskazanego w punkcie III.5.SIWZ. Wobec poczynionych ustaleń KIO nie znalazła żadnych podstaw do odrzucenia wskazanej w odwołaniu oferty, jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ. j

Zdaniem Izby nie potwierdziły się twierdzenia odwołującej dotyczące rażąco niskiej ceny przedstawionej w wybranej ofercie. KIO podkreśliła, że nie ulega wątpliwości, iż odwołująca formułując taki zarzut - dokonała analizy wybranej ceny i oceniła jej wysokość przy założeniu, że przedmiot zamówienia obejmuje swoim zakresem również świadczenie usługi inertyzacji atmosfery zrobowej ścian.

We wniesionej skardze Skarżąca „AZIS PLUS” Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju zarzuciła wyrokowi naruszenie prawa materialnego i wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie skargi i nakazanie Zamawiającej powtórzenie czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty do realizacji przedmiotu zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu skarżąca podniosła, iż nie można zgodzić się ze stanowiskiem KIO, która istotę zarzutu skarżącej dotyczącego nie spełnienia przez wybranego oferenta - firmę „CEN-RAT” Sp. z o.o. warunków określonych specyfikacji, sprowadziła tylko i wyłącznie do wykładni co zdaniem KIO jest przedmiotem prowadzonego postępowania, pomijając przy tym w sposób całkowicie nieuzasadniony treść specyfikacji, określającej istotne warunki przetargu, a których rozważenie było zdaniem skarżącej najistotniejsze dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Skarżąca podniosła, że nigdy nie kwestionowała

przedmiotu niniejszego postępowania. Podała natomiast, że faktem jest, iż w celu zrealizowania przedmiotu przetargu zamawiająca określiła konkretne wymogi, których spełnienie przez oferenta było konieczne dla jego wyboru przez zamawiającą jako wykonawcy przedmiotowego zamówienia. W treści pkt II.2.6 specyfikacji zamawiająca wskazała na warunek posiadania przez wykonawcę przy realizacji przedmiotu przetargu licencji na korzystanie z rozwiązania wynalazczego, a także wskazała na wymóg posiadania przez oferenta zgody na magazynowanie dostarczonego dwutlenku węgla w zbiornikach należących do firmy „Messer”. Mając powyższe na uwadze skarżąca zarzuciła KIO nie rozpoznanie istoty sprawy, którą było rozpatrzenie i rozstrzygnięcie kwestii spełnienia przez wybranego oferenta warunków udziału w postępowaniu.

Skarżąca podniosła ponadto, iż KIO całkowicie pominęła treść pkt.III.5 specyfikacji, który nakładał na wykonawcę obowiązek dostarczenia dwutlenku węgla do zbiorników, które to zbiorniki były określone jako miejsce realizacji zamówienia, co wielokrotnie w trakcie postępowania podnosiła i wykazała skarżąca. Skarżąca wskazała, iż spełnienie powyższych warunków, a w szczególności warunku określonego w punkcie 11.2.6 specyfikacji, było niezbędne do wykonania przedmiotu przetargu. Warunków takich nie spełniała wybrana do realizacji zamówienia firma „CEN-RAT” Sp. z o.o., a które to w całości spełnia skarżąca.

Skarżąca podniosła również, iż magazynowanie przez wykonawcę dwutlenku węgla w zbiornikach wymagało posiadania upoważnienia od właściciela zbiorników. Brak zgody uniemożliwił oferentowi zmagazynowanie dwutlenku węgla w zbiornikach, a jego oferta winna była być uznana za niezgodną z SIWZ.

Skarżąca podniosła w końcu, że wbrew twierdzeniom KIO oferta firmy „CEN-RAT” Sp. z o.o. zawierała rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu umowy. Nieprawdziwe jest bowiem, że w proteście skarżąca wskazała na koszty prac polegających na podawaniu do wyrobisk dołowych zgazowanego dwutlenku węgla, gdy tymczasem wskazane przez skarżącą wartości były tylko i wyłącznie wartościami dostaw. Zdaniem skarżącej zaoferowana przez firmę „CEN-RAT” Sp. z o.o. cena jednostkowa była zaś nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, a to oznaczało, iż odbiegała ona od cen przyjętych, wskazując jednoznacznie na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Skarżąca podniosła jednocześnie, że skoro firma „CEN-RAT” Sp. z o.o. nie posiada stosownej licencji, to przedstawiona przez nią cena nie zawiera kosztów opłat licencyjnych za korzystanie z patentu, a więc była niepełna i domniemywać należy, iż firma ta zakładała ponoszenie kosztów opłaty licencyjnej przez zamawiającą. Skarżąca podniosła, że w związku z tym oferta ta nie spełnia zatem wymogu zawartego w pkt IV. 15 specyfikacji, polegającego na obowiązku uwzględnienia w cenie wszelkich obowiązujących podatków, opłat oraz wszelkich kosztów związanych z wykonaniem zamówienia.

Sąd Okręgowy zważył:

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem skarżącej, iż w punkcie II.2.6. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zamawiająca określiła warunek posiadania przez wykonawcę licencji na korzystanie z rozwiązania wynalazczego pt. „Sposób oraz urządzenie do zapobiegania zagrożeniom pożarowym w wyrobiskach ścianowych”, chronionego patentem na podstawie decyzji Urzędu Patentowego z dnia 22 grudnia 2006 r o numerze 355079.

Analizując treść Rozdziału II SIWZ, określającego przedmiot zamówienia należy stwierdzić, iż zamawiająca w punkcie 11.1. jednoznacznie wskazała przedmiot zamówienia, jako zakup dla kopalń JSW S.A. dwutlenku węgla ciekłego w ilości 2.700.000 kg z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. W punkcie II.2 zamawiająca określiła wymagane warunki techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia. W punkcie II.2.6 SIWZ zamawiająca wskazała, iż dwutlenek węgla będący przedmiotem zamówienia miał być magazynowany w urządzeniach będących własnością firmy Messer Polska Sp. z o.o. w Chorzowie, z którą to kopalnie JSW S.A. tj. KWK Pniówek, Zofiówka i Borynia mają zawarte na magazynowanie umowy dzierżawy, a licencje na rozwiązanie patentowe obejmujące sposób oraz zapobieganie zagrożeniom pożarowym w wyrobiskach górniczych posiada firma AZIS PLUS Sp. z o.o. w Jastrzębiu Zdroju.

Biorąc pod uwagę wskazaną treść punktów Rozdziału II SIWZ należy stwierdzić, iż zamawiająca w żadnym z punktów SIWZ nie wskazała na wymóg posiadania przez wykonawcę powyższej licencji wymienionej przez skarżącą. Wskazany przez skarżącą punkt II.2.6 SIWZ również

nie nakłada na wykonawcę takiego .pbo^iązku, lecz jedynie precyzuje miejsce magazynowania dwutlenku węgla oraz wskazuje na podmiot posiadający licencję na rozwiązanie patentowe, obejmujące sposób oraz zapobieganie zagrożeniom pożarowym w wyrobiskach górniczych. Przedmiot zamówienia obejmował jedynie zakup dwutlenku węgla, który miał być dostarczany w cysternach samochodowych. Przedmiot zamówienia nie obejmował czynności związanych z inertyzacją atmosfery zrobowej ścian oraz koniecznością zapobiegania zagrożeniom pożarowym w wyrobiskach górniczych, a co za tym idzie dalszych dodatkowych wymogów, które wykonawca musiałby spełnić w związku z realizacją tychże czynności.

Ponadto należy wskazać, iż wykonawca zwrócił się do zamawiającej z zapytaniem o wyjaśnienie treści SIWZ poprzez wskazanie o jakiego typu uprawnienia chodzi w punkcie VII.1.1 SIWZ, jakiego typu normy prawne decydują o nabyciu i spełnianiu wymaganych uprawnień oraz jakie dokumenty potwierdzające posiadanie tychże uprawnień powinien złożyć w postępowaniu przetargowym oferent. W odpowiedzi zamawiająca wyjaśniła, iż jeżeli żaden z aktów prawnych rangi ustawowej nie przewiduje posiadania stosownych uprawnień wykonawca zwolniony jest z obowiązku przedłożenia dokumentów, które potwierdzałyby posiadanie określonych uprawnień. Jak ustalił Sąd Okręgowy żadna z ustaw nie przewiduje posiadania koncesji na sprzedaż i dostawę dwutlenku węgla ciekłego, a zatem wykonawca zwolniony był z obowiązku udokumentowania i potwierdzenia posiadania określonych uprawnień.

Sąd Okręgowy nie podzielił również kolejnego zarzutu skarżącej, zgodnie z którym zadaniem wykonawcy było przetransportowanie dwutlenku węgla do określonych zbiorników, co było jednoznaczne z koniecznością posiadania prawa do patentu oraz zgody, upoważnienia firmy „Messer” na korzystanie z należących do nich zbiorników.

Przedmiot zamówienia obejmował jedynie zakup dwutlenku węgla ciekłego. Przedmiot zamówienia w żadnym z punktów SIWZ nie obejmował przetransportowania (podania) dwutlenku węgla do zbiorników przez wykonawcę, będących własnością firmy Messer Polska Sp. z o.o. w Chorzowie. Ponadto zdaniem Sądu uzyskanie zgody Messer Polska Sp. z o.o. w Chorzowie na korzystanie ze zbiorników przez wykonawcę było zbędne z uwagi na fakt, iż kopalnie zamawiającej mają zawarte umowy dzierżawy ze wskazanym właścicielem zbiorników na magazynowanie dwutlenku węgla w tychże zbiornikach. - '

Zdaniem Sądu Okręgowego skarżąca w żaden sposób nie wykazała, iż wykonawca złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu umowy. Skarżąca wskazała, iż wykonawca wykonywał usługi inertyzacyjne po cenie wyższej. Ze wskazanych przez skarżącego zaświadczeń oraz listów referencyjnych wynika, iż wykonawca wykonywał dostawę oraz świadczył usługi inertyzacyjne, polegające na podawaniu do wyrobisk dołowych zgazowanego dwutlenku węgla, a więc usług inne niż sama sprzedaż i dostawa dwutlenku węgla. Zatem fakt wskazania w ofercie cen niższych od cen zawartych we wskazanych dokumentach nie może świadczyć o podaniu przez wykonawcę rażąco niskiej ceny przedmiotowej usługi w złożonej ofercie. Ponadto skarżąca nie wykazała, iż podane przez wykonawcę ceny są rażąco niskie od cen rynkowych - nie wykazując wysokości obowiązujących cen rynkowych. Cenami rażąco niskimi w ocenie Sądu Okręgowego byłyby ceny poniżej kosztów wytworzenia dwutlenku węgla ciekłego, czego skarżąca ani nie podnosiła, ani też w żaden sposób nie wykazała.

W związku z powyższym Sąd Okręgowy uznał, że Krajowa Izba Odwoławcza rozważyła wszechstronnie - w sposób prawidłowy - zgromadzony materiał dowodowy, a w szczególności przeprowadzono dokładną analizę opisu przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze należało na podstawie art. 198 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c.

/-/ Leszek Guza