

■f

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Unra. 26 marca 2010 r.

Sąd Okręgowy w Kielcach Wydział VII Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Maria Bała (spr.)

Sędziowie: SSO Irena Szrajcer-Dragan, SSO Marek Skrobisz

Protokolant: se. ackr. sądowy Danuta Zawierła

po rozpoznaniu w **dniu** 26 marca 2010 r. w Kielcach na rozprawie

sprawy ze skarbi; **Firmy** GUTKOWSKI Jan Gutkowski w **I. usznie**

przy udziale zamawiającego: Gminy Nagłowice

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4.02.2010r., sygn. KIO/UZP  
1750/09;

### **I. Oddala skargę.**

**II. Zasądza od Jana Gutkowskiego na rzecz Gminy Nagłowice kwotę  
1.800' d (jeden tysiąc osiemset złotych) tytułem kosztów  
postępowania.**

V]] Ga 28/10 „za”

### Uzasadnienie

W loku posę po wania przetargowego w ramach zamówień publicznych  
zamawiający Gmina Nagłowice na podatawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo  
Zamówień Publicznych unieważnił postępowanie przetargowe prowadzone w  
trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Budowa ujęcia wody wraz z  
urządzeniami niskiego i średniego napięcia dla zasilania pompowni oraz  
budowa obiektu kubaturowego Stacji Uzdatniania Wody”;

Wskazał, że ofertą najkorzystniejszą w przetargu była oferta Przedsiębiorstwa Budownictwa i Instalacji ABT Sp. z o.o. w Częstochowie jednakże cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych odrzucił natomiast ofertę wykonawcy Firma Gutkowski, Jan Gutkowski w Lesznie. W uzasadnieniu tej swej decyzji wskazał, iż po porównaniu parametrów technicznych urządzeń zaproponowanych przez wykonawcę z parametrami technicznymi przyjętymi! w projekcie technicznym stwierdził, że urządzenia zaproponowane przez wykonawcę nie są równoważne w stosunku do przyjętych w projekcie. Nadto wykonawca w swojej ofercie wskazał, że powierza część zamówienia podwykonawcom. Opis części zamówienia przewidzianej do wykonania przez podwykonawcę wskazuje, że wykonawca w ten sposób zamierza zlecić podwykonawcy cały zakres robót a to sprzeczność ze STWZ.

Na czynności dokonane w toku postępowania przetargowego 'wykonawca Firma Gutkowski Gutkowski Jan z/s w Lesznie' złożył protest.

Wniósł o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia o Pety protestującego, powołanie czynności oceny ofert przetargowych, wezwanie protestującego do

h

\

\

złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i. wybór oferty najkorzystniejszej.

Zarządził, że zaproponowane przez niego urządzenia równoważne spełniają minimalne parametry techniczne i jakościowe w stosunku, do urządzeń projektowanych, które zastępują.

Nadto zarządził, że zamawiający zaniechał czynności wyjaśnienia treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy PZP w zakresie odnoszącym się do tej części oferty, w której Protestujący złożył oświadczenie, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom i wskazał, że, będą to roboty budowlane, przez które rozumie roboty ściśle związane z branżą budowlaną. Podniósł, że jego oferta jest najkorzystniejsza cenowo a jej wartość nie przekracza kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówień.

Zamawiający rozstrzygając protest odrzucił go w części dotyczącej zarzutów protestującego, o dotyczących postanowień SIWZ z uwagi na wpływ terminu na wyniesienie protestu w tym przedmiocie a w pozostałej części protest oddalił;

Wskazał, że złożone przez protestującego rozwiązania równoważne do oferty wykonawcy przekazał do oceny autorskiemu biurowi projektowemu, które opracowywało dokumentację techniczną będącą przedmiotem zamówienia.

Z opinii tegoż Biura Projektów wynika, że zaproponowane rozwiązania równoważne nie spełniają wymagań zamawiającego.

Od rozstrzygnięcia protestu wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty podniesione w protestie.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 4 lutego 2010 r. oddaliła

odwołanie.

W uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia wskazała, że dw<sup>ra</sup> z zaproponowanych w ofercie odwołującego urządzeń ?ą urządzeniami odmiennymi od zawartych z dokumentacji technicznej stanowiącej opis przedmiotu zamówień/.

Przedmiotem sporu między stronami jest ocena czy te rozwiązania dotyczące zestawu hydroforowego i zestawu filtracyjnego stanowią rozwiązanie równoważne, dopuszczone postanowieniami SI W Z.

W ofercie odwołującego zaproponowano pompy w wysokości podnoszenia 59,1 m H<sub>2</sub>O, co wynika z karty katalogowej urządzenia,

Jest to wielkość niższa niż zakładał projekt, który przewidywał wielkość 60 m H<sub>2</sub>O.

Nadto w oferowanym zestawie hydroforowym przewidziano jeden zbiornik podczas gdy w projekcie ujęto trzy zbiorniki co może mieć wpływ na wydajność zestawu.

Różnica pomiędzy projektem i ofertą obejmuje także materiał, z którego wykonano korpus pompy. Według projektu powinna to być stal nierdzewna podczas gdy z karty katalogowej oferowanego urządzenia wynika, że korpus wykonany jest z żeliwa szarego.

Tym samym zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zastosowane rozwiązania zamienne nie mogą być uznane za rozwiązania równoważne w stosunku do wyśp ecyf ikowanych w opisie przedm iotu zamówienia a co uzasadnia odrzucenie oferty odwołującego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 .pkt 2 ustawy PZP.

W odniesieniu do zaproponowanego w ofercie zestawu Filtracyjnego Krajowa Izba Odwoławcza uznała<sup>^</sup> że przesłanka odrzucenia oferty odwołującego nie została wykazana.

W odniesieniu do tego urządzenia Zamawiający zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej nie wykazał braku jego równoważności z urządzeniem opisanym w projekcie. Wskazał jedynie, że nie posiada informacji na temat grubości warstw złoża filtracyjnego oraz zwrócił uwagę na niewystarczający opis ograniczający się do samego zbiornika zestawu filtracyjnego. Jeżeli uwzględnić możliwość uzyskania od wykonawcy niezbędnych wyjaśnień w trybie art. 7

ust-1 ustawy, to zdaniem Izby przesłanka do odrzucenia oferty odwołującego nie została wykazana.

Za bezpodstawną uznała także komisja wskazaną przez Zamawiającego jako podstawę odrzucenia oferty deklarację wykonawcy. w sprawie zamówienia powierzenia części zamówień podwykonawcom uznając, że wnioskowanie iż odwołujący zamierza poszerzyć wykonanie zadania w całości podwykonawcom jest nieuzasadnione.

Zdaniem Izby nie można sformułowania „roboty budowlane” w odniesieniu do zamiaru powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom odnosić do szeroko rozumianej definicji robót budowlanych skoro istotą oświadczenia jest wyodrębnienie z całości robót właśnie ich części.

Z uwagi jednak na stwierdzone wcześniej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ ta ostatnia kwestia nie ma wpływu na wynik sprawy.

Od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej Wykonawca Jan Gutkowski złożył skargę.

Wniósł o zniżenie zaskarżonego wyroku w całości i o ' 1) orzeczenie

unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa ujęcia wody wraz z urządzeniami niskiego i średniego napięcia dla zasilania pompowni oraz budowa obiektu kubatarowego Stacji Uzdatniania Wody” oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty skarżącego złożonej w toku przedmiotowego postępowania

2) orzeczenie o pomorzeniu czynności oceny ofert złożonych w toku postępowania o zamówienie publiczne i powołanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wniósł nadto o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z dziedziny pomp i pompowni na okoliczność równoważności zaproponowanego w ofercie rozwiązania dotyczącego zestawu hydro Torowego w stosunku do rozwiązania wyspecyfikowanego w opisie przedmiotu zamówienia.

Wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania

Zarzucał naruszenie prawa materialnego:

art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych przez przyjęcie, że w sprawie zachodziły przesłanki do odrzucenia oferty skarżącego w sytuacji gdy ta oferta była zgodna z SIWZ

- art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z 29 stycznia 2004 r. przez przyjęcie, że w sprawie zaistniały przesłanki do unieważnienia postępowania w sytuacji gdy nie dokonano oceny o Pety skarżącego a bezpodstawnie ją odrzucono.

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez nie zachowanie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nadto zarzucał naruszenie prawa procesowego - art. 188 ust. 2 i 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych poprzez niedopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego w sytuacji gdy ustalenie stanu faktycznego wymaga wiadomości specjalnych a strona skarżąca wykazała, że założone w projekcie parametry dotyczące wysokości podnoszenia są błędne,

- art. 188 ust. 7 ustawy PZP poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału przez Krajową Izbę Odwoławczą

- art. 192 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez brak wskazania w uzasadnieniu wyroku dowodów, na których się Krajowa Izba Odwoławcza oparła oraz przyczyn, dla których innym dowodem i w tym złożonym na rozprawie przez skarżącego odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej.

Zamawiający w odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

Podniósł, że pismo złożone do akt sprawy przez Wykonawcę nie jest opinią o charakterze prywatnym a jedynie informacją sporządzoną dla potrzeb skarżącego.

Sąd Okręgowy rozpoznając skargę zważył co następuje.

Stosownie do treści art. 194 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych w postępowaniu toczącym się na wskutek wniesienia

(i)

skargi stosuje się odpowiednio przepisy k.p.c. o ile przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Skoro przepis rozdziału 4 Działu VI ustawy nie zawierają odmiennych

uregulowań w tym zakresie to do postępowania w sprawach, toczących się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepis art. 381 k.p.c. stanowiący, że Sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji, chyba, że potrzeba powołania się na nie wynika później.

W przedmiotowym przypadku skarżący nie wskazał natomiast na żadne przeszkody, które uniemożliwiły mu wnioskowanie o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Nie ma też podstaw, by uznać, że potrzeba powołania takiego dowodu wynikała dopiero w postępowaniu ze skargi. Po rozstrzygnięciu Krajowej Izby Odwoławczej spór sprowadza się do wyłączonej oceny, czy zaproponowany w ofercie złożonej przez skarżącego Wykonawcę zestaw hydroforowy jest rozwiązaniem równoważnym w stosunku do urządzenia przewidzianego w dokumentacji technicznej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia.

Jakkolwiek niewątpliwie ustalenie tej kwestii wymaga wiadomości specjalnych to zauważyć należy, że stosownie do treści art. 188 ust. 1 ustawy PZP to strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne przy czym dowody te mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą. Poza sporem jest okoliczność, że skarżący w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą dowodu takiego nie wnioskował. Za dowód taki nie może być uznane złożone na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą pismo mgr inż. Józefa Wowk z 19.12.2010r. Niezależnie bowiem od tego, że pismo to nie może być uznane za opinię biegłego, nawet o charakterze opinii prywatnej sporządzonej na zlecenie skarżącego to jego treść nie zawiera odpowiedzi na zasadnicze pytanie czy

urządzenia zaproponowane przez wykonawcę mogą być uznane za równoważne w stosunku do przyjętych w projekcie.

Zapis art. 135 ust. 2 ustawy EOP stanowiący, że Krajowa Izba Odwoławcza może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę nie oznacza w świetle treści cyt. uprzednio ust. 1 art. 135 ustawy, że Krajowa Izba Odwoławcza ma obowiązek dopuszczenia dowodu z urzędu a jego niedopuszczenie z urzędu może stanowić skuteczny zarzut skargi.

**Zapis art. 188** ustawy natomiast winien być odczytywany w **kontekście całego art. 188** w szczególności w kontekście ust. 1 i 3 ustawy jako przepis o charakterze proceduralnym odnoszący się do przepisów wadzących dowodu z opinii biegłych.

W przedmiotowym przypadku zamawiający przy rozstrzygnięciu protestu przedstawił rozwiązania zamiennie przyjęte przez skarżącego wykonawcę do oceny pod kątem ich równoważności z rozwiązaniami przyjętymi w projekcie do biura projektowego, które opracowywało dokumentację techniczną na przedmiot zamówienia i zgodnie z opinią tegoż biura projektowego urządzenia zestawu hydroforowego zaproponowane przez skarżącego wykonawcę nie są równoważne w stosunku do przyjętych w projekcie. Zatem w sytuacji gdy skarżący w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Komisją Odwoławczą nie wnioskował dowodu z opinii biegłego na poparcie swych twierdzeń co do zachowania wymogu równoważności w stosunku do tego urządzenia. Krajowa Izba Odwoławcza uprawniona była do poczynienia takich ustaleń jakie w zakresie braku równoważności w odniesieniu do zestawu hydroforowego poczyniła. Skoro zaś istniały podstawy przyjęcia, że treść oferty w zakresie obejmującym wskazane zamiennie urządzenia zestawu hydroforowego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia to zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych jest niezasadny.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy na mocy art. 198 ust. 2 zd. 1 ustawy

Prawo Zamówień Publicznych oddal i skargę jako bezzasadną.

O kosztach postępowania ze skargi Sąd orzekł na mocy art. 19<sup>§</sup> ust. 5 i w z w z § 3 pkt 2 IsL. b. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania w z w z § 13 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w<sup>p</sup> sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu.

5AY? *Marek Skrobisz, SSO Maria Bata*

*SSO Irena Szrajter-Oragan*