

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 lutego 2009r.

Sąd Okręgowy w Tarnowie, Wydział V Gospodarczy
w następującym składzie:

Przewodniczący SSO Barbara Grodkowska (spr.)
SO Grzegorz Krężolek
Sędziowie: SO Andrzej Bosak
st. sekr. Anna Moździerz

Protokolant:

po rozpoznaniu w dniu 25 lutego 2009r. w Tarnowie

na rozprawie

sprawy ze skargi FIORENTINI Polska sp. z o.o. w Poznaniu

przy udziale Karpackiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. w Tarnowie, Zakład
Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ sp. z o.o. w Tarnowskich Górach,
Elektrometal S.A. w Cieszynie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 8 stycznia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 1486/08

I. Zmienia zaskarżony wyrok w punktach :

-1 w ten sposób, że oddała odwołanie Zakładu Wytwórczego Urządzeń
Gazowniczych INTERGAZ sp. z o.o. w Tarnowskich Górach,

-2 w ten sposób, że kosztami postępowania obciąża Zakład Wytwórczy
Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ sp. z o.o. w Tarnowskich Górach i
jednocześnie wykreśla ppkt 2, zaś ppkt 3 nadaje numer 2, a ppkt 4
nadaje numer 3

II. Zasądza od Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych INTERGAZ sp.
z o.o. w Tarnowskich Górach na rzecz FIORENTINI POLSKA sp. z o.o. w
Poznaniu kwotę 3000 zł tytułem kosztów postępowania przed Sądem
Okręgowym w Tarnowie

Anna Moździerz

Sygn. akt V Ga 15/09

UZASADNIENIE

wyroku Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 lutego 2009 r.

Karpacki Operator Systemu Dystrybucyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (obecnie: Karpacka Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie) w dniu 19 sierpnia 2008 r. ogłosił przetarg nieograniczony na dostawę reduktorów ciśnienia gazu zgodnie z załączoną Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.

Wskazana wyżej Specyfikacja w części dotyczącej opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków stanowiła, iż o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in.:

- oferują reduktory, które posiadają krajowy certyfikat zgodności dla każdego oferowanego typu reduktora;
- oferują reduktory, w których udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekracza 50%. (Zamawiający miał odrzucić ofertę, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%.)

Nadto, w części dotyczącej wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Specyfikacja stanowiła m.in., iż należy wypełnić i podpisać załączniki odnoszące się do drugiego z ww. warunków, a załączone do Specyfikacji.

Do przetargu zgłosiło się pięciu oferentów, w tym Fiorentini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Wykonawca ten złożył swoją ofertę wraz z wymaganymi załącznikami, przy czym w załączniku nr 4 nie dokonał niezbędnych skreśleń, za pomocą których należało określić, czy oferuje on reduktory, w których udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekracza 50%.

Na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. nr 164 poz. 1163 ze zm.) zamawiający wezwał oferentów (w tym Fiorentini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - pismem z dnia 13 października 2008 r.) do uzupełnienia i wyjaśnienia ofert. Fiorentini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wezwana została m.in. do dokonania niezbędnego skreślenia w załączniku nr 4 oraz do dołączenia raportu bądź

sprawozdania z badań laboratoryjnych wyrobu przeprowadzanych celem wydania krajowego certyfikatu zgodności dla każdego oferowanego typu reduktora w części zamówienia od 3 do 6 oraz 11.

Pismem z dnia 20 października 2008 r. Fiorentini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu uzupełniła wskazane wyżej braki.

Zamawiający rozstrzygnął przetarg w dniu 19 listopada 2008 r., przy czym przyjął ofertę Fiorentini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, w punktach 3, 4, 5, 6 i 11. O rozstrzygnięciu przetargu poinformował zamawiający wykonawców w drodze przesłanych do nich pism (w tym Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych Intergaz Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach - pismem z dnia 19 listopada 2008 r.).

Do rozstrzygnięcia przetargu protesty złożyli:

- 1) Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych Intergaz Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach (protest z dnia 25 listopada 2008 r.);
- 2) konsorcjum firm: Gazgep Kft - Węgry z siedzibą w Nagykanizsa; Gazmax Maciej Ostrowski z siedzibą w Pilchowicach (protest z dnia 26 listopada 2008 r.);
- 3) Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie (protest z dnia 28 listopada 2008 r.)

W dniu 8 grudnia 2008 r. nastąpiło rozstrzygnięcie protestów poprzez ich oddalenie.

Dnia 18 grudnia 2008 r. Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych Intergaz Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zarzucając:

- naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 i art. 138c ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- sprzeczność ustaleń zamawiającego z treścią materiału dowodowego sprawy w szczególności poprzez przyjęcie, iż wykonawca Fiorentini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu złożył poprawny, zgodny z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia załącznik nr 4 obejmujący oświadczenie o wielkości udziału towarów z państw Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców;
- sprzeczność ustaleń zamawiającego z treścią materiału dowodowego sprawy w szczególności poprzez przyjęcie, iż objęcie przez Fiorentini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tajemnicą przedsiębiorstwa raportu/sprawozdania z badań laboratoryjnych zgodne jest z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i nie powoduje odrzucenia złożonej oferty.

Do postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą przystąpili:

- po stronie zamawiającego: Fiorentini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu;
- po stronie odwołującego się: Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie.

W wyroku z dnia 8 stycznia 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza:

- 1) uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 2) kosztami postępowania obciążyła Karpacką Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie.

W obszernych motywach rozstrzygnięcia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż uwzględniła zarzut odwołującego się dotyczący złożenia przez Fiorentini Polska Sp.

z o.o. z siedzibą w Poznaniu oświadczenia o wielkości udziału towarów z państw Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców - jako niezgodnego z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Nie uwzględniła natomiast zarzutu odwołującego się, dotyczącego nieodrzczenia oferty złożonej przez ww. wykonawcę z powodu zastrzeżenia raportu z badań laboratoryjnych jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnienie pierwszego z ww. zarzutów uzasadniła stwierdzeniem, iż zamawiający bezpodstawnie wezwał wykonawcę Fiorentini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu do uzupełnienia oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - w sytuacji, gdy art. 138c ust. 1 pkt 4 oraz treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia obligowały go do odrzucenia oferty wykonawcy wobec niezłożenia przez tego ostatniego wymaganego oświadczenia. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż przedmiotowe oświadczenie nie jest objęte dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem nie stanowi oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu

Drugi z zarzutów w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie zasługiwał na uwzględnienie, gdyż uznała ona, iż nawet w wypadku przyjęcia, że raport/sprawozdanie

z badań laboratoryjnych reduktorów nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, to fakt ten nie mógłby prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy, który dokonał zastrzeżenia, a jedynie do odtajnienia oferty w tym zakresie.

Skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2009 r. do Sądu Okręgowego w Tarnowie poprzez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wniosła Fiorentini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Wspomnianemu orzeczeniu skarżąca zarzuciła:

- 1) naruszenie prawa materialnego poprzez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w szczególności przepisów art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że zamawiający bezpodstawnie wezwał wykonawcę-skarżącego do uzupełnienia oświadczenia (wg wzoru załącznika nr 4 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia);
- 2) sprzeczność istotnych ustaleń składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez przyjęcie, że zakres treści ww. oświadczenia nie jest objęty dyspozycją przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

W uzasadnieniu skarżąca wskazała zwłaszcza, iż zamawiający miałby bezwzględny obowiązek odrzucić jej ofertę w przypadku, gdyby oferowane reduktory nie pochodziły z Unii Europejskiej, zaś taka sytuacja miałaby miejsce jedynie wówczas, gdyby skarżąca złożyła oświadczenie, iż oferowane reduktory nie będą pochodziły z Unii Europejskiej.

Końcowo autorka skargi domagała się zmiany zaskarżonego wyroku w całości i oddalenia odwołania przeciwnika, a nadto zasądzenia od przeciwnika kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Do postępowania po stronie skarżącej przystąpiła Karpacka Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie.

Natomiast po stronie przeciwnika skargi do postępowania przystąpiły Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych Intergaz Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach oraz Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie, domagając się oddalenia skargi w całości. Wskazane podmioty zgodziły się zwłaszcza z ustaleniem Krajowej Izby Odwoławczej, iż złożona przez Fiorentini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oferta podlegała odrzuceniu przez zamawiającego z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu wyroku tej Izby.

. **Sąd Okręgowy rozważył, co następuje:**

Zainicjowana skargą kontrola sądowa wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2009 r. doprowadziła do jego zmiany w punktach:

- 1) poprzez oddalenie odwołania Zakładu Urządzeń Gazowniczych Intergaz Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowskich Górach;
- 2) poprzez obciążenie ww. podmiotu kosztami postępowania, przy jednoczesnym wykreśleniu ppkt. 2, nadaniu ppkt. 3 nr 2, zaś ppkt. 4 - nr 3.

W sprawie niniejszej sporną była kwestia, czy z uwagi na fakt złożenia przez wykonawcę oświadczenia o wielkości udziału towarów z państw Unii Europejskiej lub państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, bez dokonania niezbędnych skreśleń - zamawiający zobligowany był do odrzucenia tejże oferty na zasadzie art. 138c pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powołany przepis stanowi, iż zamawiający może w przypadku zamówienia na dostawę, odrzucić ofertę, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50 %, jeżeli przewidział to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W cytowanym przepisie słowo „może” oznacza fakultatywność postawienia przez zamawiającego opisanego wyżej warunku odnoszącego się do towarów wykonawcy. W sprawie niniejszej Karpacka Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie skorzystała z możliwości, jaką dawał jej art. 138c ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zastrzegła, iż o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy oferują reduktory, w których udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekracza 50%. Zamawiający zastrzegł jednocześnie, iż odrzuci ofertę, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%. Gdyby zatem którykolwiek z wykonawców złożył oświadczenie dotyczące oferowanych reduktorów, z którego wynikałoby, iż udział w nich towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła

.umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50% - zamawiający zobligowany byłby do odrzucenia takowej oferty.

Tymczasem wykonawca Fiorentini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w oświadczeniu dołączonym do swojej oferty nie dokonał skreśleń niezbędnych w celu określenia, czy w jego przypadku udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekracza czy też nie przekracza 50%. Sytuacja taka nie przesądzała wszakże, iż w ofercie jego udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekraczał 50%. W istocie oferta Fiorentini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu była w tym względzie niejasna - nie zawierała określenia, czy postawiony przez zamawiającego (pod rygorem odrzucenia oferty) warunek został spełniony. W tej sytuacji nie było zatem jeszcze podstaw do tego, aby Karpacka Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie odrzuciła ofertę tegoż wykonawcy. Zamawiający byłby uprawniony do odrzucenia wspomianej oferty jedynie wówczas, gdyby Fiorentini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu poprzez dokonanie odpowiedniego skreślenia w załączniku oświadczyła, iż w ofercie jej udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%.

W sprawie niniejszej należało nadto mieć na uwadze treść art. 24 ust. 2 pkt. 3

ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3. Cytowany przepis odwołuje się zatem do art. 26 ust. 3 ustawy, z czego płynie wniosek, iż wykluczenie wykonawcy nie stanowi bezwzględnej konsekwencji niezłożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, bądź też wystąpienia w takowych dokumentach błędów.

Art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi bowiem, iż zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich uzupełnienia

w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania; oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów.

Jak już wyżej wykazano, oferta Fiorentini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu dorzuceniu nie podlegała. Tym samym zamawiający nie tylko uprawniony, ale zobowiązany był w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 ustawy, wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia bądź wyjaśnienia jego oferty (por. L. Bogacz, M. Łempicka, G. Pyliński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 147).

Wobec niedokonania przez Fiorentini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu niezbędnego skreślenia dotyczącego oświadczenia o spełnieniu bądź niespełnieniu postawionego przez zamawiającego warunku, Karpacka Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie działając w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwała zatem tego wykonawcę do usunięcia wspomnianego braku. Jako że Fiorentini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wezwaniu temuż uczyniła zadość, nie było podstaw do wykluczenia jej z postępowania przetargowego.

Mając na uwadze całość powyższych rozważań, Sąd uwzględnił skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2009 r., co stało się przyczyną zmiany tegoż wyroku w sposób wyżej opisany.

O kosztach postępowania orzekł Sąd na zasadzie odpowiedzialności za jego wynik, tj. po myśli art. 98 § 1 k.p.c.

Z przedstawionych wyżej względów Sąd orzekł jak w sentencji, na podstawie art. 198 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 98 § 1 k.p.c.