

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 kwietnia 2012 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
W składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Maria Kozubska-Maciąga
Sędziowie: SO Grażyna Jeziorowska (spr.)

SO Barbara Żelewska
Protokolant: Patrycja Żgoł

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2012 r. w Katowicach
sprawy z odwołania Comarch Spółki Akcyjnej w Krakowie
przeciwko Śląskiemu Urzędowi Wojewódzkim w Katowicach
o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi wniesionej przez zamawiającego Śląski Urząd Wojewódzki w
Katowicach

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 8 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 158/12

1. oddala skargę;
2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 1.800 zł (jeden tysiąc osiemset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego

w postępowaniu skargowymi i; /; /Mł oryginał podpisy

/ <yy\ ZGODNOŚĆ OGÓLNA

' stwierdzani

SEKRETARZ

>*z Sądowy

'onrZdebel

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wykonawcy Comarch SA w Krakowie i nakazała zamawiającemu Śląskiemu Urzędowi Wojewódzkiemu w Katowicach unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz orzekła o kosztach postępowania.

Izba wskazała, że w dniu 26 stycznia 2012 r. wykonawca Comarch SA wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów: art.7 ust.1, art.84 ust.1, art.89 ust.1 pkt.1, art.91 ust.1 oraz art.93 ust.1 pkt.1 i 7 ustawy Pzp.

Odwołujący został powiadomiony przez zamawiającego o unieważnieniu postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt.1 ustawy Pzp, ze względu na fakt złożenia przez odwołującego dwóch różnych ofert, co jest niezgodne z art.82 ust.1 ustawy Pzp i skutkuje odrzuceniem ofert na podstawie art.89 ust.1 pkt.1 tej ustawy. Ponadto zamawiający poinformował, że jednocześnie postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art.93 ust.1 pkt.7 ustawy Pzp, ponieważ jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wskazała też Izba, że odwołujący złożył jedną ofertę, która została zmieniona przed upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upływał w dniu 24 listopada 2011 r. o godz. 10.00. Przed upływem tego terminu, w dniu 23 listopada 2011 r. ok. godz. 9.30 odwołujący złożył w siedzibie zamawiającego ofertę. Następnie, korzystając z uprawnienia określonego w art.84 ust.1 ustawy Pzp, odwołujący w dniu 24 listopada 2011 r. ok. godz. 9.00 dokonał zmiany oferty, poprzez zastąpienie formularza ofertowego nowym formularzem, z inną (obniżoną w porównaniu do pierwotnej) ceną. Zmieniony formularz oferty został umieszczony w kopercie z napisem Zmiana.

Wskazała Krajowa Izba Odwoławcza, że bezsporne między stronami jest, iż zarówno pierwotny, jak i zmieniony formularz ofertowy, zostały złożone w siedzibie zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający zinterpretował ten fakt jako niedopuszczalne złożenie dwóch ofert przez jednego wykonawcę. W ocenie Izby stanowisko takie pozbawione jest podstaw faktycznych oraz oparcia w przepisach prawa.

Zgodnie z przepisem art.82 ust.1 ustawy Pzp, wykonawca może złożyć jedną ofertę. Z kolei art.84 ust.1 tej ustawy przyznaje wykonawcy prawo do zmiany lub wycofania oferty przed upływem terminu składania ofert.

Izba stanęła na stanowisku, że złożenie nowego formularza oferty w kopercie opatrzonej adnotacją Zmiana, jednoznacznie wskazuje, że działanie odwołującego ukierunkowane było na dokonanie zmiany w uprzednio złożonej ofercie. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że brak wyraźnego oświadczenia woli o zmianie oferty, należy uznać za złożenie dwóch ofert. Mimo braku takiego oświadczenia, złożonego w formie pisemnej, okoliczności, w jakich nowy formularz z oferty został złożony, nie pozostawiają wątpliwości, że wykonawca działał w celu zmiany uprzednio złożonej oferty. Po pierwsze, nowy formularz oferty został złożony w kopercie z dopiskiem Zmiana, a formularz ten został podpisany przez osobę umocowaną do działania w imieniu wykonawcy. Po drugie, wykonawca nie złożył kompletu dokumentów składających się na obligatoryjną zawartość oferty, a jedynie

sam formularz, w którym zaoferował nową, niższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia. Ponadto, zdaniem Izby, pozbawiona racjonalnych podstaw byłaby teza, że wykonawca, który jest profesjonalnym podmiotem uczestniczącym w rynku zamówień publicznych, dążyłby do niedozwolonego złożenia dwóch ofert (z konsekwencji czego musiałby sobie zdawać sprawę).

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art.192 ust.9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy §3 pkt.1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

Z przedmiotowym rozstrzygnięciem nie zgodził się zamawiający, który wniosoną skargą zaskarżył wyrok w całości zarzucając mu naruszenie przepisów prawa materialnego, a to:

1. art.84 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, iż wykonawca dokonał skutecznej zmiany oferty podczas, gdy wykonawca rzeczywiście dokonał złożenia kolejnej oferty;
2. art.82 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz pkt. III.5.4 SIWZ, poprzez ich niezastosowanie;
3. art.93 ust.1 pkt.7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że nie zaistniała podstawa do unieważnienia postępowania, a tym samym poprzez przyjęcie, że postępowanie o udzielenie zamówienia powinno być zakończone przyjęciem najkorzystniejszej oferty.

Podnosząc przedmiotowe zarzuty skarżący wniósł o:

1. uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania wykonawcy;
2. zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów procesu.

W uzasadnieniu skargi wskazał, że zgodnie z treścią przepisu art.82 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz pkt.III.5.4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia może złożyć tylko jedną ofertę.

Zaś zgodnie z dyspozycją przepisu art.84 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. Podkreślić w tym miejscu jednak należy, że dokonane przez przedstawiciela wykonawcy złożenie w siedzibie zamawiającego w dniu 24.11.2011 r. koperty z oznaczeniem „ZMIANA”, zawierającej wypełniony formularz ofertowy bez kompletu wymaganych dokumentów nie czyni zadość przepisom regulującym tryb i formę dokonywania zmian złożonej oferty.

Zdaniem skarżącego, dla dokonania zmiany uprzednio złożonej oferty muszą zostać spełnione następujące przesłanki, tj. złożenie nowej oferty przez uprawnioną osobę w przepisany terminie, jak również wydanie przez zamawiającego posiadanej

oferty i przyjęcie w jej miejsce oferty zmienionej (tak też Włodzimierz Dzierżanowski, Komentarz do art.84 ustawy - Prawo zamówień publicznych - Nb. 1, Lex).

W niniejszej sprawie wykonawca składając zmianę do oferty nie złożył zamawiającemu w sposób wyraźny oświadczenia woli o złożeniu nowej oferty w miejsce złożonej dotychczas. W braku takiego oświadczenia, zamawiający przyjął złożone dokumenty, jako kolejną ofertę złożoną w toku postępowania.

W wyniku powyższego, w dokumentacji zamawiającego znalazły się dwa niezależne formularze ofertowe, co było zarazem niedopuszczalne w świetle dyspozycji przepisu 82 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz pkt. III.5.4

SIWZ. Co istotne - zakładając nawet, że wykonawca w sposób dostateczny wyraził wolę złożenia nowej oferty w miejsce złożonej dotychczas, to zamawiający zobowiązany byłby do wydania pierwszej, ze złożonych ofert, a oferta złożona w dniu 24.11.2011 r. w kopercie oznaczonej jako „ZMIANA” podlegałaby odrzuceniu z uwagi na fakt, iż nie zawierała pozostałych niezbędnych dokumentów, które powinny stanowić poszczególne załączniki.

Wykonawca w odpowiedzi na skargę wniósł o jej odrzucenie względnie o oddalenie skargi z uwagi na jej bezzasadność oraz o zasądzenie na rzecz przeciwnika skargi od skarżącego kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Ikr

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności odnosząc się do wniosku przeciwnika skargi o odrzucenie skargi, z uwagi na niedoręczenie jej odpisu ustanowionemu w sprawie pełnomocnikowi procesowemu odwołującego, zdaniem Sądu Okręgowego, wniosek ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art.198b ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Izby w terminie 7 dni od dnia doręczenia odpisu skargi, przysyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. Wprawdzie odpis skargi przesłany został bezpośrednio przeciwnikowi skargi, a nie jego pełnomocnikowi ustanowionemu w sprawie to sytuacja taka nie powoduje odrzucenia skargi lecz

ewentualnie wszczęcie procedury określonej przepisem art. 130 k.p.c. związanej z uzupełnieniem braków formalnych.

Nie budzi wątpliwości, że dyspozycja art.133§3 k.p.c. w zw. z art.198a ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zw. z art.391 §1 k.p.c. obejmuje swoim zakresem również kwestię doręczenia odpisu skargi przeciwnikowi. Odpis skargi powinien być zatem doręczony pełnomocnikowi przeciwnika, a ewentualne uchybienie winno zostać usunięte w trybie art. 130§ 1 k.p.c.

Skoro skardze nadano bieg, a przeciwnik skargi zajął merytoryczne stanowisko w przedmiocie zarzutów skargi, to na obecnym etapie brak jest podstaw do odrzucenia skargi na podstawie art.198e ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skarga zamawiającego była wniesiona w terminie, była dopuszczalna i brak jest podstaw do przyjęcia by strona wnosząca skargę nie uzupełniła braków w terminie.

Odnosząc się do wskazanych w skardze zarzutów naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych to, zdaniem Sądu Okręgowego, są one bezzasadne.

Przepis art.84 ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszcza możliwość zmiany oferty przez wykonawcę, jeżeli dokona tego przed upływem terminu do składania ofert.

Przepis ten poza ograniczeniem czasowym uprawnień wykonawcy do zmiany, czy też wycofania oferty, nie zawiera innych ograniczeń. Nie uzależnia dopuszczenia zmiany oferty od żądania przez wykonawcę zwrotu uprzednio złożonej, nie wskazuje też formy w jakiej należy dokonać zmiany oferty.

Z tych przyczyn stanowisko skarżącego prezentowane w skardze w tym zakresie nie znajduje uzasadnienia w treści art.84 ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak jest bowiem podstaw do podzielenia zarzutu skarżącego, że dokonując zmiany złożonej oferty wykonawca ma równocześnie żądać zwrotu uprzednio złożonej.

Prawidłowo Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie wykonawca złożył ofertę, którą w terminie określonym w art.84 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych zmienił w ten sposób, że w kopercie z adnotacją zmiana złożył zmieniony formularz oferty. Skoro wykonawca pozostaje prawnym dysponentem oferty to może ją wedle

własnego uznania zmieniać, oczywiście w terminie określonym art.84 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art.82 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę i to pod rygorem nieważności w formie pisemnej, chyba że zamawiający wyrazi zgodę na złożenie oferty w postaci elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

W przedmiotowym postępowaniu obowiązywała forma pisemna. W dacie otwarcia ofert tj. w dniu 24 listopada 2011 r. godz. 11 zamawiający posiadał ofertę wykonawcy Comarch SA w Krakowie jak i drugą kopertę tego wykonawcy dotyczącą złożonej oferty z wyraźnym zaznaczeniem na tej kopercie słowa ZMIANA, zawierającą nowy formularz ofertowy obejmujący zmianę ceny.

Trafnie zatem wskazała Izba, że okoliczności w jakich nowy formularz oferty został złożony, nie pozostawiają wątpliwości, że wykonawca - działający przez osobę umocowaną - działał w celu zmiany uprzednio złożonej oferty.

Oświadczenie woli wykonawcy w postaci oferty wraz z oświadczeniem woli o jej zmianie dotarły do zamawiającego równocześnie.

Zatem stosownie do art.61 §1 k.c. odwołanie czy też zmianę uprzedniej oferty w części dotyczącej formularza ofertowego uznać należało za skuteczną.

Nie można też przyjąć jak chce tego skarżący, iż w niniejszym postępowaniu przetargowym wykonawca złożył dwie oferty naruszając przepis art.82 ust.1 ustawy

Prawo zamówień publicznych.

Z tych przyczyn zarzut naruszenia art.97 ust.1 pkt.7 ustawy Prawo zamówień publicznych jest nieuzasadniony.

Ostatecznie uznając skargę za bezzasadną Sąd Okręgowy na podstawie art.198f ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych skargę oddalił.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art.198f ust.5 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z przepisami rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarbowość kosztów pomocy prawnej udzielonej

przez radcę prawnego ustanowionego z urz