

Sygn. akt: KIO/UZP 234/09

WYROK
z dnia 10 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwilk**

Członkowie: **Andrzej Niwicki**

Marzena Ordysińska

Protokolant: **Dorota Witak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe Miner Stanisław Grabowski i Piotr Łuczak Spółka Jawna, ul. Modrzewiowa 3, 41-219 Sosnowiec** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**, protestu z dnia 6 lutego 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe Miner Stanisław Grabowski i Piotr Łuczak Spółka Jawna, ul. Modrzewiowa 3, 41-219 Sosnowiec i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe Miner Stanisław Grabowski i Piotr Łuczak Spółka Jawna, ul. Modrzewiowa 3, 41-219 Sosnowiec;**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych

Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowego Miner Stanisław Grabowski i Piotr Łuczak Spółka Jawna, ul. Modrzewiowa 3, 41-219 Sosnowiec.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę rur stalowych kołnierzowych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2009 roku.”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe Miner Stanisław Grabowski i Piotr Łuczak Spółka Jawna z siedzibą w Sosnowcu, zwane dalej „Odwołującym”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 1 października 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 190-252158). Postępowanie to prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” Kompania Węglowa, zwana dalej „Zamawiającym”. Postępowanie to Zamawiający podzielił na 25 części, dopuszczając możliwość składania ofert częściowych.

Podstawą złożonego odwołania, które było poprzedzone protestem, jest czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie zadań nr 15 (Rura bez szwu kołnierzowa: 185,0X17,5 20 GB do posadzki hydraulicznej) i 16 (poz. 1. Rura bez szwu kołnierzowa: 185,0X10,0 R65 do posadzki hydraulicznej, poz. 2 Rura bez szwu kołnierzowa: 185,0X10,0 20 GB do posadzki hydraulicznej) z powodu jej sprzeczności z treścią SIWZ, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający odrzucił bowiem ofertę Odwołującego uznając, że nie wskazał on okresu gwarancji dla wskazanych zadań w formularzu ofertowym.

Informację o powyższym Zamawiający przekazał Odwołującemu w piśmie z dnia 5 lutego 2009 r. (doręczenie w tej samej dacie). Odwołujący protest, mylnie przez niego określony mianem „odwołania”, złożył do Zamawiającego w piśmie z dnia 6 lutego 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 9 lutego 2009 r.). W proteście tym podniósł, że wskazany okres gwarancji nie został określony w formularzu ofertowym (załącznik nr 2 pkt 6) jedynie przez omyłkę, nadającą się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, ponieważ okres ten – 12 miesięcy - został wskazany w innym miejscu oferty, tj. na str. 209 Karty gwarancyjnej wyrobu D.T.R. Zatem, w ocenie Odwołującego, poprawienie tej omyłki w jego ofercie nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty.

Zamawiający, rozpatrując złożony protest w piśmie z dnia 16 lutego 2009 r. (doręczenie Odwołującemu w dniu: 17 lutego 2009 r.), oddalił go. Podkreślił, że Odwołujący w formularzu ofertowym nie złożył propozycji udzielanego okresu gwarancji w zakresie dwóch zadań – nr 15 i 16 – a dołączone do oferty karty gwarancyjne nie stanowią deklaracji udzielanej gwarancji. Karta gwarancyjna jest bowiem dokumentem potwierdzającym udzielenie gwarancji dla konkretnie oznaczonej partii dostawy. Wskazał, że przepis art. 87 ust. 1 ustawy zakazuje prowadzenia negocjacji co do treści oferty i dokonywania w tym zakresie jej zmian.

Dodatkowo Zamawiający w odrębnym piśmie również z dnia 16 lutego 2009 r. doręczonym Odwołującemu w dniu 17 lutego 2009 r. uzupełnił uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego o wskazanie, że jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie braku wskazania w formularzu ofertowym informacji dla wskazanych dwóch zadań (15 i 16), czy udział towarów pochodzących z państw członkowskich UE lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, przekracza lub nie 50% zamówienia.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego i w piśmie z dnia 27 lutego 2009 r. (data nadania pisma w urzędzie pocztowym operatora publicznego) złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, którego kopia została przekazana w tej samej dacie Zamawiającemu.

W odwołaniu Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części nr 15 i 16 przedmiotu zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej dla wskazanych części zamówienia. Odwołujący wskazał na naruszenie konkretnych przepisów ustawy, tj.: art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez:

- 1) zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści ofert częściowych dla zadań nr 15 i 16
- 2) zaniechanie poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty
- 3) odrzucenie ofert częściowych Odwołującego, których treść nie odpowiada treści SIWZ
- 4) wybór ofert, które nie są najkorzystniejsze dla części 15 i 16 zamówienia.

W uzasadnieniu złożonego odwołania podtrzymał dotychczasową argumentację dotyczącą wskazania terminu gwarancji w treści oferty, poprzez załączenie karty gwarancyjnej. Wskazał również, że pozostałe warunki gwarancji zostały przez niego

potwierdzone poprzez złożenie oświadczenia zawartego w pkt 9 formularza oferty o przyjęciu bez zastrzeżeń istotnych postanowień umowy w załączniku nr 5 do SIWZ oraz podpisanie warunków gwarancji w istotnych postanowieniach umowy (str. 254 oferty). Podniósł także dodatkowo, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie przepisów nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 4 września 2008 r. Jednak, pomimo tego, w świetle art. 4 ust. 1 tej ustawy nowelizacyjnej, niektóre nowe przepisy ustawy, w tym dotyczące poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, mają zastosowanie również do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie przepisów nowelizacji. Odwołujący podniósł, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy może nastąpić jedynie w sytuacji niezgodności co do treści oferty. Uchybienia formalne natomiast nie mogą być podstawą dokonania tej czynności przez Zamawiającego. Odwołujący powoływał się w tym zakresie na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, Zespołów Arbitrów oraz stanowisko doktryny wyrażone w komentarzu do ustawy pod redakcją Tomasza Czajkowskiego oraz Komentarzu autorstwa: G. Wicik, P. Wiśniewski, jak również stanowisku wyrażonym przez A. Elżanowską w publikacji Zamówienia publiczne Doradca.

Co do argumentu podniesionego przez Zamawiającego o niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ również w zakresie braku wskazania w formularzu ofertowym informacji, czy udziału towarów pochodzących z państw członkowskich UE przekracza, bądź nie 50%, Odwołujący stwierdził, że również te informacje zawarte zostały w ofercie. przywołał tutaj deklaracje zgodności dla zadań 15 i 16.1 i 16.2 (str. 186 – 188 oferty), gdzie Odwołujący wskazał, że jest producentem rur będących przedmiotem zamówienia. Ta sama informacja wynika z certyfikatów zgodności KOMAG/05/132 i KOMAG/05/131 (str. 189 – 192 oferty). Odwołujący oferując towary własnej produkcji oferuje towary pochodzące z Polski. Komponenty do produkcji rur będących przedmiotem zamówienia zostały wyprodukowane przez ISD Hutę Częstochowa oraz RUDEXPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie. Jako dowody na te okoliczności Odwołujący przedstawił zakładowe świadectwo odbioru z dnia 5 września 2008 r., wystawione na rzecz firmy STALMAX oraz dowód zakupu rur od tej firmy (faktura z dnia 16 maja 2008 r.) a także zakładowe świadectwo odbioru z dnia 3 października 2005 r. wystawione na rzecz Odwołującego oraz dowód zakupu (faktura z dnia 30 września 2005 r.). Odwołujący podniósł, że wskazane informacje Zamawiający uzyskałby od niego w trybie żądania wyjaśnień co do treści oferty, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, której to możliwości zaniechał.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w proteście, odwołaniu, rozstrzygnięciu protestu i złożone w trakcie rozprawy (Izba dopuściła w tym zakresie dowody z dokumentów), skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że w związku ze złożeniem protestu w niniejszej sprawie po dacie wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający podjął niniejsze rozstrzygnięcie co do stosowania przepisów działu VI ustawy, w oparciu o stan prawny obowiązujący po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych.

Skład orzekający Izby ustalił również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy, skutkujących odrzuceniem odwołania. Zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy) w zakresie braku wskazania terminu gwarancji został poprzedzony protestem zatem podlegał formalnie rozpoznaniu.

Skład orzekający Izby stwierdził jednocześnie, że drugi z podnoszonych zarzutów, dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy) w zakresie braku złożenia oświadczenia, co do udziału towarów pochodzących z państw członkowskich UE, nie został formalnie poprzedzony protestem. Wobec okoliczności, iż przepisy ustawy nie przewidują częściowego odrzucenia odwołania, odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu, jednakże stwierdzona przez Izbę okoliczność wskazuje na to, że - w świetle art. 191 ust. 3 ustawy - przywołany zarzut nie może być rozpoznany przez skład orzekający Izby.

Powyższe z kolei skutkuje uznaniem, że oferta Odwołującego została skutecznie przez Zamawiającego odrzucona, wobec braku zaskarżenia czynności Zamawiającego, o której poinformował on wykonawców w piśmie z dnia 16 lutego 2009 r. Odwołujący zatem nie posiada interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy w złożeniu odwołania. Zgodnie z tym przepisem dla skuteczności złożenia środka ochrony prawnej konieczne jest wykazanie uszczerbku w swoim interesie prawnym, związanym z uzyskaniem danego zamówienia. Odwołujący powinien dodatkowo wykazać, że ten uszczerbek powstał na skutek naruszenia przez Zamawiającego określonych przepisów ustawy, a także to, że zachodzi związek przyczynowy pomiędzy konkretnym naruszeniem przepisów ustawy,

a powstaniem, bądź możliwością powstania, uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający Izby stwierdził w tym zakresie, że Odwołujący utracił swój interes prawny, poprzez zaniechanie oprotestowania odrębnej czynności Zamawiającego, podjętej w dniu 16 lutego 2009 r., o której Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 17 lutego 2009 r., godzącej również w jego interes, a polegającej na wskazaniu kolejnej podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. W ocenie Izby takie zachowanie Zamawiającego, które jest uzewnętrznieniem jego woli, należy traktować jako podjęcie przez niego odrębnej czynności, która podlega zaskarżeniu przez wykonawcę, którego interes narusza, w trybie środków ochrony prawnej – najpierw protestu, a następnie odwołania i ewentualnie skargi. Odwołujący z własnej woli zrezygnował z tej drogi postępowania, odstępując od zaskarżenia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty z powodu braku złożenia wymaganego oświadczenia odnośnie udziału towarów pochodzących z UE oraz innych krajów, z którymi zostały zawarte stosowne umowy.

Słusznie – w ocenie składu orzekającego Izby - wywodził Odwołujący, że do obowiązków Zamawiającego, wynikających z treści art. 92 ust. 1 ustawy, należy przekazanie zawiadomienia wszystkim wykonawcom o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ewentualnych wykluczeniach wykonawców, czy też odrzuceniach ich ofert w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Faktycznie przepis ten wymaga od Zamawiającego wskazania w tym samym zawiadomieniu informacji o wszystkich czynnościach dokonanych w ramach czynności badania i oceny ofert. Jednakże należy zauważyć, że wskazany przepis, jak i inne przepisy ustawy, nie przewidują dla Zamawiającego negatywnych skutków prawnych, związanych z rozdzieleniem dokonania tych czynności oraz przekazania informacji o tym, czy też – tak, jak to miało miejsce w niniejszym postępowaniu – związanych z rozdzieleniem informacji o różnych przesłankach do odrzucenia oferty. Skutek z tym związany sprowadza się wyłącznie do zróżnicowania terminów na złożenie protestów na poszczególne czynności Zamawiającego, a tym samym wydłużenia procedury udzielenia zamówienia publicznego.

Uwzględniając powyższe nie została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której stanowi art. 179 ust. 1 ustawy, wskazująca na interes prawny po stronie wykonawcy wnoszącego odwołanie, co uniemożliwia odniesienie się przez skład orzekający Izby do podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust.1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Katowicach.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....