

Sygn. akt: KIO/UZP 1458/08

WYROK
z dnia 30 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

Członkowie: **Barbara Bettman**
 Ewa Jankowska

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 29 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe GEMARK Sp. z o. o., ul. Kossutha 2, 40-844 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Południowy Koncern Węglowy S.A., ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno** protestu ~~protestów~~* z dnia 24 listopada 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe GEMARK Sp. z o. o., ul. Kossutha 2, 40-844 Katowice**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064.zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe GEMARK Sp. z o. o., ul. Kossutha 2, 40-844 Katowice;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx;
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 936 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe GEMARK Sp. z o. o., ul. Kossutha 2, 40-844 Katowice.**

U z a s a d n i e

Zamawiający – Południowy Koncern Węglowy S.A., 43-600 Jaworzno, ul. Grunwaldzka 37, wszczął postępowanie w sprawie przetargu nieograniczonego na dostawy kabli energetycznych izolowanych oraz przewodów elektroenergetycznych do Południowego Koncernu Węglowego S.A., sprawa nr 23/2008/EZP/AP. Ogłoszenie ukazało się 22.08.2008 r. Dz. Urz. UE 2008/S 162–219405.

14.11.2008 r. zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w cz. 1 i 4 zamówienia – ofertę złożył wykonawca konsorcjum Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe Zbigniew Wnuk, Przedsiębiorstwo Usług Górniczych i Budowlanych „Bud” Sp. z o.o., „Patmar”, Marcin Wnuk w Częstochowie. Zamawiający tym samym zastosował się do art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej w skrócie „Pzp”.

24.11.2008 r. wykonawca PHU Gemark Sp. z o.o. wniósł protest na wybór oferty, która – zdaniem wnoszącego – podlega odrzuceniu.

Zdaniem protestującego zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór oferty podlegającej odrzuceniu i nie zastosował się do art. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji.

Protestujący wniósł o powtórzenie czynności oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawcy konsorcjum PPHU Zbigniew Wnuk, Przedsiębiorstwo Usług Górniczych i Budowlanych „Bud” Sp. z o.o., „Patmar” Marcin Wnuk w Częstochowie.

Wybrany wykonawca załączył do oferty pełnomocnictwo podpisane przez dyrektora ds. Handlu i Marketingu P. Sławomira M. Pełnomocnictwo jest nieważne gdyż P. Sławomir Mirek nie jest upoważniony do wystawiania pełnomocnictw w imieniu Zakładów Kablowych „BITNER” Celina Bitner. Wobec tego cała oferta podlega odrzuceniu, gdyż wykonawca nie spełnił wymagania zamawiającego, określonego w sekcji IV pkt 6 specyfikacji.

02.12.2008 r. zamawiający oddalił protest.

Zamawiający sformułował w sekcji IV pkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej specyfikacją, wymóg o następującej treści, cyt.: „6. Wykonawca zapewni, że jest producentem przedmiotu zamówienia lub posiada zdolność nabycia przedmiotu zamówienia w celu realizacji dostaw wynikających z niniejszego postępowania. Na potwierdzenie spełnienia powyższego wymogu Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty: Oświadczenie, że Wykonawca jest producentem przedmiotu zamówienia lub w przypadku gdy nie jest producentem przedmiotu zamówienia – dokument potwierdzający zdolność Wykonawcy do nabycia przedmiotu zamówienia lub oświadczenie producenta zapewniające dostarczenie Wykonawcy przedmiotu zamówienia w celu realizacji dostaw wynikających z niniejszego postępowania.”.

Wykonawca konsorcjum PPHU Zbigniew Wnuk, Przedsiębiorstwo Usług Górniczych i Budowlanych „Bud” Sp. z o.o., „Patmar” Marcin Wnuk w Częstochowie na potwierdzenie spełnienia powyższego wymogu załączył do oferty dokumenty znajdujące się na str. 27-29 oferty. Z treści tych dokumentów wynika, że wykonawca posiada zdolność nabycia kabli energetycznych oraz przewodów elektroenergetycznych przedstawionych w części nr 1 i 4 zamówienia od Zakładów Kablowych „BITNER” Celina Bitner z siedzibą w Krakowie. Dokument załączony na stronie 29 oferty zawiera pełnomocnictwo udzielone przez Właściciela Zakładów Kablowych „BITNER” Panią Celinę Bitner, Dyrektorowi ds. Handlu i Marketingu – Panu Sławomirowi M. Na podstawie tego pełnomocnictwa Pan Sławomir Mirek jest umocowany między innymi do prowadzenia w imieniu Zakładów Kablowych „BITNER” Celina Bitner negocjacji z kontrahentami oraz zawierania umów handlowych z dostawcami i odbiorcami oraz szeregu innych czynności, w tym do reprezentowania Zakładów Kablowych „BITNER” Celina Bitner w przetargach bez określenia roli w takich postępowaniach, a więc –

zdaniem zamawiającego – jest umocowany również do składania oświadczeń woli i oświadczeń wiedzy w imieniu Zakładów Kablowych „BITNER” Celina Bitner.

Dokument załączony na stronie 27 oferty, nazwany jako pełnomocnictwo, zawiera oświadczenie producenta kabli – Zakładów Kablowych „BITNER” Celina Bitner, że wykonawca konsorcjum PPHU Zbigniew Wnuk, Przedsiębiorstwo Usług Górniczych i Budowlanych „Bud” Sp. z o.o., „Patmar” Marcin Wnuk w Częstochowie posiada ważną umowę handlową na lata 2008 i 2009, natomiast dokument załączony na stronie 28 oferty zawiera rekomendacje wystawione przez producenta kabli – Zakłady Kablowe „BITNER” Celina Bitner dla wykonawcy konsorcjum PPHU Zbigniew Wnuk, Przedsiębiorstwo Usług Górniczych i Budowlanych „Bud” Sp. z o.o., „Patmar” Marcin Wnuk w Częstochowie, zawierające stwierdzenie, że ww. konsorcjum jest autoryzowanym dystrybutorem oraz ma podpisaną umowę handlową zapewniającą stały dostęp do wszystkich przewodów i kabli produkowanych przez Zakłady Kablowe „BITNER” Celina Bitner. Pismo to jest w istocie dokumentem, o którym mowa w sekcji IV pkt 6 specyfikacji i spełnia zawarty tam wymóg.

W związku z powyższym Zamawiający w toku badania ofert stwierdził, że wykonawca konsorcjum PPHU Zbigniew Wnuk, Przedsiębiorstwo Usług Górniczych i Budowlanych „Bud” Sp. z o.o., „Patmar” Marcin Wnuk w Częstochowie na podstawie załączonych do oferty dokumentów spełnił wymóg Zamawiającego dotyczący zdolności nabycia towarów celem zapewnienia dostaw. Zamawiający uznał, że dokument przedstawiony na stronie 27 oferty, pomimo, że został nazwany jako „pełnomocnictwo”, w swej istocie jest jedynie oświadczeniem wydanym przez producenta kabli i przewodów oferowanych w przetargu przez wykonawcę konsorcjum PPHU Zbigniew Wnuk, Przedsiębiorstwo Usług Górniczych i Budowlanych „Bud” Sp. z o.o., „Patmar” Marcin Wnuk w Częstochowie. Użyta nazwa dokumentu „pełnomocnictwo”, zdaniem zamawiającego, nie znajduje uzasadnienia w odniesieniu do dokumentacji zawartej w ofercie, gdyż Zakłady Kablowe „BITNER” Celina Bitner nie biorą udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym nie mają potrzeby ustanawiania swoich pełnomocników.

W związku z powyższym Zamawiający oddalił protest w całości jako bezzasadny.

12.12.2008 r. wykonawca PHU Gemark Sp. z o.o. złożył odwołanie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

- 1) art. 91 ust. 1 i 2 Pzp przez przyjęcie, że oferta złożona przez wykonawcę PPHU Zbigniew Wnuk, Przedsiębiorstwo Usług Górniczych i Budowlanych „Bud” Sp. z o.o., „Patmar” Marcin Wnuk w Częstochowie, była zgodna z treścią specyfikacji;
- 2) art. 89 ust. 2 Pzp przez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy wystąpiły przesłanki do jego zastosowania i odrzucenia oferty.

Odwołujący wnosi o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej i nakazanie dokonania ponownej oceny ofert spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

22.12.2008 r. wykonawca konsorcjum PPHU Zbigniew Wnuk, Przedsiębiorstwo Usług Górniczych i Budowlanych „Bud” Sp. z o.o., „Patmar” Marcin Wnuk w Częstochowie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji, stanowisk stron przedstawionych ustnie oraz dowodu pisemnego w postaci umowy o współpracy handlowej między Celiną Bitner konsorcjum PPHU Zbigniew Wnuk, Przedsiębiorstwo Usług Górniczych i Budowlanych „Bud” Sp. z o.o., „Patmar” Marcin Wnuk w Częstochowie a złożonego przez przystępującego podczas rozprawy na okoliczność wykazania zdolności do wykonania zamówienia przez przystępującego – skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymują się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i podlega oddaleniu.

W zakresie pierwszego zarzutu – zaniechania odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada specyfikacji, czyli nie wykonania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zarzut podlega oddaleniu.

Na wstępie skład orzekający zauważył, że przytoczony w proteście przepis art. 89 ust. 2 Pzp został uchylony i nie obowiązuje, tym niemniej z treści protestu i odwołania można z wystarczającą dozą pewności dojść do wniosku, że wnoszącemu chodziło o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dlatego zamawiający postąpił słusznie odnosząc się w oddaleniu protestu do prawidłowo odczytanego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W rzeczywistości, zgodnie z art. 14 Pzp do czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Zgodnie z tym, na podstawie art. 65 § 1 Kc oświadczenie woli (w tym protest) należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. A z całej treści protestu można wywnioskować z

wystarczającą dozą pewności, że protestującemu chodziło o przytoczenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (obligatoryjność odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji), gdy stwierdzał, że w wybranej ofercie zamiast spełnienia wymogu zawartego w sekcji IV pkt 6 specyfikacji (załączenia dokumentu potwierdzającego zdolność wykonawcy do wykonania zamówienia) wykonawca załączył pełnomocnictwo.

Jednak, podobnie jak treść protestu należy tłumaczyć zgodnie z art. 65 § 1 Kc, tak również należy tłumaczyć treść ofert i załączonych do nich dokumentów. Dlatego słusznie postąpił zamawiający pomijając niefortunnie użyte tytuły załączonych dokumentów na str. 27 i 28 oferty i traktując te dokumenty, zgodnie z ich treścią i intencjami składającego ofertę wykonawcy oraz podmiotu wystawiającego dokument, jako dokumenty potwierdzające spełnienie zacytowanego wymogu sekcji IV pkt 6 specyfikacji.

Ponadto zarzut, że osoba podpisująca kwestionowane dokumenty nie była uprawniona do ich wystawienia nie znajduje potwierdzenia w świetle załączonego do oferty na stronie 29 pełnomocnictwa. Należy stwierdzić, że pełnomocnictwo dla pana Sławomira M. upoważnia go do reprezentowania Zakładów Kablowych „BIINER” Celina Bitner w przetargach, bez stwierdzenia w jakim charakterze występują Zakłady Kablowe „BIINER” Celina Bitner. W związku z tym Zakłady Kablowe „BIINER” Celina Bitner mogą występować również w charakterze wystawiającego odpowiednie dokumenty. Ponadto, pan M. jest upoważniony do zawierania umów, więc tym bardziej jest upoważniony do składania informacji o fakcie zawarcia umowy. Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że żądanie powtórzenia badania i oceny ofert jest bezzasadne.

Wobec oświadczeń zamawiającego złożonych podczas rozprawy stwierdzających, że zamawiający miał pewność właściwego spełnienia wymagań przez wykonawcę, zamawiający nie ma podstaw do stosowania dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp, czyli do zażądania złożenia innych dokumentów, niż zawarte w ofercie przez wykonawcę.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza oddała odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego.

W zakresie zarzutu drugiego – wyboru oferty najkorzystniejszej, mimo że oferta ta podlega odrzuceniu, co jest niezgodne z art. 91 ust. 1 i 2 Pzp – skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut podlega oddaleniu.

Jak wykazano w poprzednich akapitach wybrana oferta nie podlega odrzuceniu i dlatego powinna być poddana ocenie na równi z innymi ofertami nie podlegającymi odrzuceniu. Jedynym kryterium oceny ofert była cena i zamawiający stosując do oceny ofert to kryterium musiał wybrać wybraną ofertę, a więc nie uchybił art. 91 ust. 1 i 2 Pzp.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza oddała odwołanie w zakresie zarzutu drugiego.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zamawiający słusznie rozpatrywał protest merytorycznie i nie odrzucił protestu mimo, że został wniesiony – zdaniem zamawiającego – po terminie. Rzeczywiście protest został złożony w formie faksu po godzinach urzędowania zamawiającego, czyli o godzinie 17:27. Jednak zgodnie z przytoczonym art. 14 Pzp i do tej kwestii należy zastosować przepis art. 111 § 1 Kc. Na podstawie tego przepisu termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia, a więc o godzinie 24:00. Dlatego zamawiający słusznie postąpił rozpatrując protest merytorycznie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż wobec tego, że treść oferty odpowiada treści specyfikacji, zamawiający nie miał prawa odrzucić kwestionowanej oferty. Ponadto zamawiający miał obowiązek poddać ocenie wszystkie oferty, które nie podlegają odrzuceniu, zgodnie z kryteriami postawionymi w specyfikacji na podstawie art. 91 ust. 1 i 2 Pzp i tak też zamawiający uczynił.

Dowód przytoczony przez przystępującego nie zmienił wyżej wyrażonej oceny Krajowej Izby Odwoławczej.

Reasumując, orzeczono jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~* – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*