

Sygn. akt II Ca 116/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

K., dnia 9 marca 2017 r.

Sąd Okręgowy w Kaliszu, II Wydział Cywilny Odwoławczy

w następującym składzie:

Przewodniczący: SSO Henryk Haak

sędziowie: SSO Janusz Roszewski – spraw.

SSO Wojciech Tomalak

Protokolant:	st. sekr. sąd. Elżbieta Wajgielt
--------------	----------------------------------

po rozpoznaniu w dniu 9 lutego 2017 r. w Kaliszu

na rozprawie

sprawy ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w W.

z udziałem:

a) zamawiającego Gminy Ż.

b) odwołujących: E. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe (...) w (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w C.

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej w W. z dnia 2 listopada 2016 roku, sygn. akt I KIO 2015/16 :

- 1) uchyła zaskarżone postanowienie w całości i umarza postępowanie;
- 2) nie obciąża zamawiającego oraz odwołujących kosztami postępowania skargowego;
- 3) kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Ż. i na tej podstawie zasądza od zamawiającego na rzecz E. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe (...) w (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w C. solidarnie kwotę 10.000 (dziesięć tysięcy) złotych tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

SSO Wojciech Tomalak SSO Henryk Haak SSO Janusz Roszewski

Sygnatura akt II Ca 116/17

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 2 listopada 2016r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie sygn. akt KIO 2015/16, przy zdaniu odrębnym członka składu orzekającego, odrzuciła odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2016 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą (...), ul. (...), (...)-(...) N. oraz (...) Spółka z O.O., ul. (...), (...)-(...) C. w postępowaniu

proszonym przez Zamawiającego Gminę Ż., ul. (...), (...)-(...) Ż. w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa boiska sportowego o nawierzchni z trawy syntetycznej w m. Ż.” (znak ZP.271.04.2016) oraz obciążyla odwołujących kosztami postępowania zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania. Odrzucenie odwołania (...) uzasadniła tym, że z treści uzasadnienia odwołania wynika, że zarzut wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 91 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp) został przez odwołującego ściśle powiązany z zarzutem obejmującym zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy (...) Spółka z o.o. oraz z żądaniem odrzucenia oferty wybranego wykonawcy. W ocenie (...) zarzuty dotyczące tego typu, jak opisane w rozpoznawanym odwołaniu, zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś zaniechaniu odrzucenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Dlatego też odwołanie podlegało odrzuceniu.

Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2016 r. zaskarżył skargą z dnia 21 listopada 2016r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w W. w całości. Postanowieniu temu skarżący zarzucił:

1. art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” oznacza wyłącznie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert, czego konsekwencją było uznanie, że w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych przez wykonawcę, który winien był zostać wykluczony z udziału w postępowaniu lub którego oferta winna była zostać odrzucona odwołanie nie przysługuje, podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisów prowadzi do wniosku, iż zaskarżeniu odwołaniem w tych postępowaniach podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego zamawiający zobowiązany był wykluczyć, a także zaniechanie odrzucenia oferty, która winna była zostać przez niego odrzucona;

2. art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i odrzucenie odwołania z powodu błędnego przyjęcia, iż odwołanie wniesione od czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który powinien być uprzednio wykluczony z udziału w postępowaniu, a złożona przez niego oferta winna była zostać przez zamawiającego odrzucona, dotyczy innych okoliczności niż określone w katalogu z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

3. Wskazując na powyższe na powyższa skarżący wniósł o wnoszę o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: E. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe (...) w (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C.. a ponadto wniósł o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp i nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c).

W odpowiedzi na skargę Zamawiający Gmina Ż. zawiadomiła, że umowa na realizację inwestycji została podpisana w dniu 24.11.2016 r. a realizacja inwestycji zakończyła się w umownym 30-dniowym terminie. Odbiór inwestycji miał miejsce w dniu 02.01.2017 r.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Wniesiona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w W. skarga na odrzucenie odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego E. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe (...) w (...) z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w C. jest uzasadniona. Brak jest natomiast podstaw do merytorycznego rozstrzygnięcia o zasadności skargi, wobec konsekwencji procesowych wynikających z zawarcia umowy i jej wykonania.

W pierwszej kolejności przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego było zagadnienie dopuszczalności odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Podniesiony zarzut naruszenia przepisów postępowania odwoławczego przed Krajowa

Izbą Odwoławczą jest trafny. W ocenie Sądu Okręgowego doszło do naruszenia art. 189 ust.2 pkt 6 ZamPublU polegające na odrzuceniu odwołania wykonawców z przyczyny zaskarżenia czynności nie wskazanej w art. 180 ust.2 w/w/ ustawy. Podzielić należy tutaj stanowisko Prezesa UZP oraz przytoczoną w jego uzasadnieniu argumentację, że odwołujący zaskarżyli czynność zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, tj czynność wskazaną w art. 180 ust.2 pkt 6 ZamPublU. Tylko z treści ostatniego wiersza na 1-szej stronie pisma odwołujących z dnia 22 października 2016r. oznaczonego jako (...) wynika, że odwołanie dotyczy „[...] czynności wyboru najkorzystniejszej oferty [...]”. Brak jest zatem podstaw do odmiennej interpretacji tego oświadczenia, oderwanej od woli odwołującego, li tylko na podstawie analizy argumentów przytoczonych w uzasadnieniu odwołania. Stan faktyczny, który odwołujący przytoczyli wraz ze stanowiskiem co do oceny, które z czynności zamawiającego zostały zaniechane wraz z wnioskiem o nakazanie ich powtórzenia, wbrew poglądom (...), nie są wiążące dla organu orzekającego i nie wyznaczają granic rozpoznania ani rozstrzygania o odwołaniu. Już tylko z tej przyczyny, skoro wystarczające jest wskazanie, że odwołanie wykonawców dotyczyło wyboru najkorzystniejszej oferty, brak było podstaw do jego odrzucenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, natomiast istniały przesłanki do merytorycznego rozpoznania podniesionych w nim zarzutów. W tej sytuacji skarga Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługiwała na uwzględnienie, a w konsekwencji należało uchylić zaskarżone postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 listopada 2016r. w całości.

W związku z treścią skargi należało zważyć też, że orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawców nie jest uzasadnione i to z następujących przyczyn.

Wniesienie skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. (uchwała z dnia 14 października 2005 r., III CZP 73/05, OSNC rok 2006, nr 7-8, poz. 121)

Z dokumentów załączonych przez zamawiającego w postaci końcowego protokołu odbioru robót z dnia 2 stycznia 2017 r. wynika, że umowa została wykonana w całości,

a pełnomocnik zamawiającego na rozprawie w dniu 9 lutego 2017 r. podniósł, że umowa została w całości wykonana.

Zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie zespołu arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba że umowa została wykonana, tak jak w rozpoznawanej sprawie. W tym stanie rzeczy kontrola orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w stanie faktycznym niniejszej sprawy staje się bezprzedmiotowa, skoro zdarzyło się, że umowa została wykonana. Należy w tym miejscu podzielić pogląd, że postępowanie wszczęte skargą podlega więc umorzeniu, a uczestnikowi kwestionującemu wynik przetargu pozostaje droga dochodzenia ewentualnych roszczeń odszkodowawczych. (por. postanowienie Sądu Okręgowego z 2011-05-25, XXII Ga 200/11, opubl: Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze rok 2013, Nr 14, poz. 247)

Z tych przyczyn postępowanie w przedmiocie rozpoznania skargi podlegało umorzeniu na mocy art. 198f ust. 3 ZamPublU.

Rozstrzygając o kosztach procesu postępowania skargowego umorzonego z podanej wyżej przyczyny Sąd Okręgowy uwzględnił wniosek skarżącego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i nie obciążył nimi przeciwników skargi.

Orzekając natomiast o kosztach postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą poprzedzającego wniesienie skargi, należało o nich rozstrzygnąć

przy uwzględnieniu zasady odpowiedzialności stron za wynik tego postępowania (art. 98 §1 k.p.c.w zw. z art. 192 ust. 10 ZamPublU) W tym celu mając na uwadze dyspozycję art. 382 k.p.c. w zw. z art. 198a ust.2 ZamPublU ustalenia faktyczne dokonane przez (...) należało uzupełnić o następujące stwierdzenia.

Zgodnie z pkt.5 SIWZ termin wykonania zamówienia wynosił 60 dni od dnia udzielenia zamówienia przy czym według pkt 17.1 SIWZ termin wykonania stanowił kryterium oceny oferty. Wskazując w p-kcie 17.2, że maksymalna ilość dni

na wykonanie wynosi 60 dni a minimalna 30 dni od podpisania umowy, punkty przyznawane za te kryterium liczone były wg wzoru T./T. 20.

Termin składania ofert upływał w dniu 11.10.2016r. o godz. 10.00. Tego samego dnia o godz.10.15 zamawiająca Gmina Ż. dokonała otwarcia ofert stwierdzając w protokole, że wpłynęło 8 ofert, w tym oferta firmy (...) sp. z o.o. Z. oraz oferta złożona przez odwołujących działających jako konsorcjum (...) sp. z o.o. w (...). Również w tym samym dniu do Zamawiającego wpłynęło pocztą mailową pismo firmy (...) sp. z .o.o. z oświadczeniem o sprostowaniu oferty przez zastąpienie podanego ofercie terminu wykonania z 30 miesięcy na 30 dni. Z treści tego maila wynika również, że został on wysłany o godz. 1:31 PM, a zatem po otwarciu ofert.

Zamawiający Gmina Ż. w dniu 13.10.2016r. w trybie art. 87 ust.2 ZamPublU zmienił treść oferty tego wykonawcy i dokonał o tym zawiadomienia.

Z kolei w dniu 18.10.2016r. Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty podając, że wybór ten dotyczy oferty złożonej przez (...) sp.

z o.o. w Z.. W zawiadomieniu o dokonanych wyborze Zamawiający podał uzyskane przez każdego z oferentów sumę punktów oraz punktację w poszczególnych kategoriach. Wynika z niego, że wybrana firma uzyskała łącznie 95,45 punkty.

Należy stwierdzić, że wobec wskazania przez Firmę (...) sp. z o.o. w złożonej ofercie terminu realizacji przekraczającego 60 dni, ilość punktów w tym kryterium winna być najniższa i wynosić nie więcej niż 10 punktów. Tymczasem Zamawiający przyznał Firmie (...) sp.z o.o. maksymalną ilość 20 punktów. Powyższa czynność okazała się zatem wadliwa. Również wadliwa była czynność Zamawiającego w stosunku do oferty złożonej przez tego oferenta, polegająca na jej sprostowaniu po otwarciu ofert, co naruszało art. 87 ust 2 ZamPublU. Należy bowiem stwierdzić, że w trybie tym Zamawiający poprawił ofertę

w sposób zmieniający istotny element, decydujący o jej konkurencyjności. Poza tym do poprawienia oferty doszło na podstawie pisemnego oświadczenia oferenta o jej sprostowaniu, które zostało w istocie złożone dopiero na skutek inicjatywy Zamawiającego, co jest niedopuszczalne w tym postępowaniu.

Z tych przyczyn wszczęcie przez konsorcjum (...) sp. z o.o. w (...) postępowania odwoławczego w Krajowej Izbie Odwoławczej było uzasadnione. Rozstrzygając zatem na mocy art. 198f ust.5 zd.2 ZamPublU o kosztach tego postępowania należało nimi obciążyć Zamawiającą Gminę Ż. i zasądzać na rzecz odwołujących kwotę 10.000 zł tytułem zwrotu uiszczonych wpisów.

SSO Wojciech Tomalak SSO Henryk Haak SSO Janusz Roszewski