

Sygn. akt KIO/UZP 1314/08

WYROK
z dnia 1 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

**Członkowie: Marek Koleśnikow
Izabela Kuciak**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28.11.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: POL-DRÓG Oleśnica S.A., MÜSING Sp. z o.o., POL-DRÓG Piła Sp. z o.o., 56-400 Oleśnica, Cieśle 44** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, 53-633 Wrocław, ul. Długa 49** protestu z dnia 30.10.2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: POL-DRÓG Oleśnica S.A., MÜSING Sp. z o.o., POL-DRÓG Piła Sp. z o.o., 56-400 Oleśnica, Cieśle 44**

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 uiszczonego przez **Konsorcjum: POL-DRÓG Oleśnica S.A., MÜSING Sp. z o.o., POL-DRÓG Piła Sp. z o.o., 56-400 Oleśnica, Cieśle 44,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: POL-DRÓG Oleśnica S.A., MÜSING Sp. z o.o., POL-DRÓG Piła Sp. z o.o., 56-400 Oleśnica, Cieśle 44** na rzecz **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, 53-633 Wrocław, ul. Długa 49** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,

- 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 **Konsorcjum: POL-DRÓG Oleśnica S.A., MÜSING Sp. z o.o., POL-DRÓG Piła Sp. z o.o., 56-400 Oleśnica, Cieśle 44.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta z siedzibą we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na przebudowę ul. Stawowej na odcinku od ul. Kościuszki do ul. Piłsudskiego we Wrocławiu wraz z przebudową sieci wodociągowej i kanalizacyjnej. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15.09.2008 pod numerem 221118-2008.

W dniu 23.10.2008 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wynikach postępowania. Zamawiający odrzucił ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: POL - DRÓG Oleśnica S.A. z siedzibą w Oleśnicy (Pełnomocnik Konsorcjum), MÜSING Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie i POL - DRÓG PIŁA Sp. z o.o. z siedzibą w Pile - dalej: Konsorcjum POL - DRÓG - oraz o unieważnieniu postępowania.

Czynności te stały się przedmiotem protestu złożonego przez Konsorcjum POL - DRÓG w dniu 30.10.2008 roku. Protestujący podniósł zarzut rażącego naruszenia art. 7 ust 1, art. 87 ust 2 pkt 2 i pkt 3, art. 89 ust. 2 oraz art. 93 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 ze zm.). Wniósł o: unieważnienie decyzji o unieważnieniu postępowania, unieważnienie decyzji o odrzuceniu

oferty złożonej przez Konsorcjum POL - DRÓG, poprawienie w ofercie złożonej przez Konsorcjum POL - DRÓG zgodnie z aktualną dyspozycją zawartą w art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp - oczywistych omyłek rachunkowych wraz z konsekwencjami dokonanych poprawek, dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Konsorcjum POL - DRÓG, dokonania wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum POL - DRÓG jako najkorzystniejszej oraz zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z Konsorcjum POL - DRÓG na realizację zamówienia.

Zamawiający oddalił protest pismem z dnia 5.11.2008 roku (w tej dacie przekazał rozstrzygnięcie Konsorcjum POL - DRÓG). Zamawiający stwierdził, że równo traktował wszystkich wykonawców i nie doprowadził do sytuacji, w której jeden z wykonawców mógłby być traktowany w sposób uprzywilejowany, zatem zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp jest nietrafny. Zamawiający podniósł, że oferta Konsorcjum POL - DRÓG zawierała błąd, którego nie można było poprawić w myśl obowiązującego na dzień 23.10.2008 roku art. 88 Pzp. W ocenie Zamawiającego to zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum POL - DRÓG mogłoby być nierównym traktowaniem pozostałych wykonawców. Zamawiający wywiódł, że unieważnił postępowanie dnia 23.10.2008 roku., na dzień przed wejściem w życie ustawy nowelizacyjnej, zatem nie naruszył art. 87 ust. 2 pkt 2 i pkt 3 oraz art. 89 ust. 2 Pzp, gdyż postępował zgodnie z obowiązującym w tej dacie stanem prawnym. Oferta złożona przez Konsorcjum POL - DRÓG zawierała błąd w kosztorysie ofertowym dla branży drogowej, polegający na zaniżeniu jednostek przedmiarowych, zatem nie odpowiadała treści siwz i została odrzucona stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W konsekwencji jedyna oferta niepodlegająca odrzuceniu w niniejszym postępowaniu przewyższała kwotę, którą Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i Zamawiający zobowiązany był do unieważnienia postępowania. Zatem zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 Pzp jest nietrafny. Zamawiający wskazał, że nie odrzucił oferty Konsorcjum POL - DRÓG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz, że mógł dokonać czynności unieważnienia postępowania w wybranym przez siebie dniu zgodnie z obowiązującymi w tym dniu przepisami. Podkreślił, że ustawa nie nakazywała Zamawiającemu rozstrzygnięcia wszczętych postępowań o udzielenie zamówień dopiero po dniu 24 października 2008 r.

Nie zgadzając się z rozstrzygnięciem Zamawiającego Konsorcjum POL - DRÓG z zachowaniem terminu wskazanego w art. 184 ust. 2 Pzp i warunku jednoczesności przekazania kopii Zamawiającemu wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący się ponowił zarzuty i żądania protestu. W uzasadnieniu wskazał, że Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Konsorcjum POL - DRÓG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) Pzp z uwagi na fakt, że oferta zawiera błąd, którego nie można poprawić na

podstawie art. 88 Pzp. Omyłka została spowodowana faktem, że w wyjaśnieniach Zamawiający zmienił ilości przedmiarowe m.in. w pozycji 2.4 i 2.5 kosztorysu branży drogowej. Odwołujący się podniósł, że przygotowując ofertę przez omyłkę wpisał 44,00 zamiast 44,40. Odwołujący się wywiódł, że Zamawiający nie uwzględnił okoliczności, że w trakcie postępowania została opublikowana ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 4 września 2008 r., która zmieniła zasady m.in. poprawiania omyłek w ofercie oraz przesłanek odrzucenia oferty. Nowelizacja obowiązująca od dnia 24.10.2008 roku stanowi, że "do postępowań o udzielenie zamówienia (...) wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia ofert które stosuje się w brzmieniu określonym ustawą" Zdaniem Odwołującego się skoro postępowanie zostało wszczęte w dniu 15.09.2008 r., a Zamawiający nie zdołał w terminie do dnia 23.10.2008 roku skutecznie zakończyć postępowania (tj. dokonać czynności wyboru oferty najkorzystniejszej lub czynności unieważnienia postępowania na tyle wcześnie, aby najpóźniej dnia 23.10.2008 roku decyzje te stały się prawomocne), to w swoich dalszych decyzjach winien był uwzględnić fakt, że w tej sytuacji od dnia 24.10.2008 roku w postępowaniu obligatoryjnie znajdą zastosowanie nowe zasady poprawiania omyłek w ofercie (tj. art. 87 Pzp) oraz nowe przesłanki odrzucania ofert (tj. art. 89 Pzp). Odwołujący się podkreślił, że ustawodawca nie pozostawił zastosowania nowelizowanych przepisów uznaniu zamawiającego, tylko zobowiązał zamawiających do zastosowania we wszelkich postępowaniach o zamówienie publiczne, które zostały wszczęte (czyli zdaniem Odwołującego się, nie zostały skutecznie zakończone -przed dniem wejścia w życie nowelizacji), nowych przepisów zawartych m.in. w art. 87 oraz art. 89 Pzp. Na wzmocnienie argumentacji Odwołujący się przywołał również uzasadnienie do ustawy nowelizacyjnej oraz podkreślił, że oferta Odwołującego się została odrzucona z powodu nieistotnego, drobnego błędu. Jednocześnie oferta ta spełniała wszelkie wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ oraz była nie tylko ofertą najkorzystniejszą w stosunku do pozostałych złożonych ofert, ale także była bardzo korzystną w stosunku zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego. Z tego powodu w ocenie Odwołującego się Zamawiający winien był wstrzymać się z rozstrzygnięciem postępowania, co najmniej do dnia 24.10.2008 roku i zastosować nowe zasady poprawiania omyłek w ofercie oraz nowe przesłanki odrzucenia oferty. Zamawiający winien uwzględnić fakt, że omyłki popełnione w ofercie należą do kategorii "oczywistych omyłek rachunkowych", o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2) Pzp. Skoro omyłki generują jedynie minimalną różnicę w cenie oferty (zaledwie 14 zł w stosunku do wartości oferty wyliczonej jako 4.443.640,14 zł), stanowią omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp.

Po ustaleniu podczas posiedzenia, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Odwołujący się wskazywał dodatkowo, że czynność ewentualnego ponownego badania i oceny ofert dokonana zostałaby na podstawie znowelizowanych przepisów oraz, że decyzja Zamawiającego jest sprzeczna z celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego t.j. zawarciem umowy.

Na podstawie dowodów ze znajdującej się w oryginalnej dokumentacji postępowania: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego się, protokołu postępowania Izba ustaliła, co następuje:

W wyjaśnieniach z dnia 7.10.2008 roku (pismo nr FPP.EK.71-164/73875/2008), w odpowiedzi na pytanie 19, Zamawiający zmienił ilości przedmiarowe m.in. w pozycji 2.4 i 2.5 kosztorysu branży drogowej z 11,10 m³ na 44,40 m³.

Odwołujący się w kosztorysie ofertowym dla branży drogowej w pozycjach 2.4 oraz 2.5 błędnie przyjął ilość jednostek przedmiarowych, tj. zamiast 44,40 m³ zostało wpisane 44,00 m³. Spowodowało to zaniżenie ceny oferty o czternaście złotych.

Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 5.548.548,00 zł brutto.

W postępowaniu złożono 3 oferty, których ceny wg kolejności przedstawiały się następująco:

- 1) Cena oferty Konsorcjum „POL – DRÓG” - 4.443.640,14 zł brutto (oferta odrzucona);
- 2) Cena II oferty -5.755.498,12 zł brutto (oferta odrzucona);
- 3) Cena III oferty -6.029.935,27 zł brutto (oferta niepodlegająca odrzuceniu).

Termin związania ofertą wynosił 30dni.

W dniu 14.10.2008 roku Zamawiający dokonał otwarcia ofert. Postępowanie zostało unieważnione w dniu 23.10.2004 roku. Podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego się stanowił art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

W związku ze złożeniem protestu w dniu 30.10.2008 roku, tj. po dniu 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) – dalej: ustawa nowelizująca - na podstawie art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, Izba wydała rozstrzygnięcie na podstawie przepisów działu VI ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacją.

Odwołujący się złożył ofertę z najniższą ceną i w razie potwierdzenia zarzutów odwołania złożona przez niego oferta może zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Odwołujący się posiada zatem interes prawny w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie należy oddalić.

Bezsporne między stronami jest, że różnice w kosztorysie ofertowym Odwołującego się dla branży drogowej w stosunku do przedmiaru powodują konieczność odrzucenia oferty Odwołującego się zgodnie przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującymi do dnia 24.10.2008 roku. Niezaprzeczone przez Zamawiającego pozostały twierdzenia Odwołującego się o małej istotności omyłki zawartej w ofercie Odwołującego się i możliwości dokonania jej poprawienia na podstawie przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych obowiązujących od dnia 24.10.2008 roku (oświadczenia stron w protokole rozprawy). Przedmiotem rozstrzygnięcia Izby jest w takiej sytuacji wyłącznie ustalenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych właściwych dla oceny czynności Zamawiającego t.j. w brzmieniu obowiązującym do dnia 24.10.2008 roku albo po tej dacie.

Art. 4 ust. 1 ustawy nowelizującej głosi, że do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed wejściem w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem m.in. przepisów dotyczących poprawiania oczywistych omyłek w ofercie. W ocenie Izby przywołany przepis winien być interpretowany w taki sposób, że dla oceny czynności Zamawiającego właściwe są przepisy obowiązujące w dniu dokonania tej czynności. Przemawiają za tym reguły interpretacyjne przepisów prawa oraz potrzeba zapewnienia jasnych zasad w obrocie gospodarczym.

Zatem dla oceny czynności odrzucenia oferty Odwołującego się oraz unieważnienia postępowania dokonanej przez Zamawiającego 23.10.2008 roku właściwe są przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych sprzed wejścia w życie ustawy nowelizującej.

Wbrew wywodom Odwołującego się przywołany przepis art. 4 ust.1 ustawy nowelizującej nie podważa powyższej oceny, gdyż nie obowiązywał w dacie dokonania czynności będących przedmiotem odwołania, wszedł w życie w dniu 24.10.2008 roku, a więc dzień po dokonaniu czynności unieważnienia postępowania. Dyspozycja przywołanego przepisu art. 4 ust. 1 zawiera w odniesieniu do poprawiania oczywistych omyłek w ofercie wyjątek od zasady nieretroaktywności (*lex retro non agit*), który, jak każdy wyjątek, winien być interpretowany ściśle i nie podlega wykładni rozszerzającej. Nie jest zatem możliwe posłużenie się przywołanym przepisem w celu zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych korzystniejszych dla Odwołującego się, skoro czynność oceny ofert została dokonana 23.10.2008 r.

Nawiązując do prezentowanych na rozprawie poglądów stron dotyczących „prawomocności”, czy skuteczności decyzji Zamawiającego o zakończeniu postępowania Izba stwierdza, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie statuują *expressis verbis* momentu ostateczności czynności Zamawiającego. Art. 182 ust. 2 Pzp stanowi jedynie o ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Z lektury przywołanego przepisu należy wnioskować, że czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu stają się niewzruszalne w sytuacji, gdy nie jest możliwe podważenie ich na drodze wnoszenia środków ochrony prawnej, zatem co najmniej po upływie terminu na wniesienie protestu. Jednak wbrew twierdzeniom Odwołującego się nie należy stąd wywodzić konieczności uwzględniania, dla ustalenia prawa właściwego dla oceny oferty Odwołującego się, terminów związanych z wnoszeniem środków ochrony prawnej. Stwierdzić należy, że takie rozumowanie nie znajduje uzasadnienia prawnego, gdyż prowadziłoby w istocie do stosowania przepisów jeszcze nieobowiązujących.

Izba stwierdza jednak, że w razie ponownego badania i oceny ofert do czynności tej miałyby zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych (na podstawie przywoływanego art. 4 ust. 1 ustawy nowelizującej), mimo, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego się zapadła na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp w brzmieniu sprzed dnia 24.10.2008 roku. Konsekwencją odrzucenia oferty Odwołującego się stało się unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdyż cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego się i unieważnienia postępowania na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujących w dniu dokonania czynności i z punktu widzenia zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych decyzje Zamawiającego są prawidłowe. Zarzuty protestu i odwołania naruszenia art. 7 ust.1, art. 89 ust. 2, art. 93 ust. 1 Pzp nie znalazły potwierdzenia. Przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 87 ust. 2 pkt 2 i pkt 3 Pzp nie zostały uwzględnione przy rozpoznawaniu odwołania z przyczyn wskazanych powyżej w uzasadnieniu, co jednak nie miało znaczenia dla zakresu orzekania. Izbę wiąże bowiem treść zarzutu (okoliczności faktyczne i prawne), nie zaś podstawa prawna zarzutu (arg. z art. 191 ust. 3 Pzp). Na marginesie zauważyć należy niekonsekwencję Odwołującego się wskazującego jako podstawę prawną zarówno przepisy znowelizowane (art. 87 ust. 2 pkt 2 i pkt 3 Pzp), jak i uchylone ustawą nowelizującą (art. 89 ust. 2 Pzp). Ponadto na mocy art. 184 ust. 1a Pzp w rozpoznawanym postępowaniu odwołanie nie przysługuje od czynności unieważnienia postępowania. Nie miało to jednak znaczenia dla zakresu orzekania Izby, gdyż czynność unieważnienia jest w okolicznościach sprawy następstwem odrzucenia oferty Odwołującego się. Możliwość zadośćuczynienia objętego

żądaniami środków ochrony prawnej zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest wyłączona w stosunku do Izby przez art. 191 ust. 5 Pzp.

Poza kompetencjami Izby pozostaje ocena działań Zamawiającego unieważniającego postępowanie na dzień przed wejściem w życie przepisów, zgodnie z którymi byłby możliwy wybór najkorzystniejszej oferty (mimo, że do upływu pierwotnego terminu związania ofertą pozostało 21 dni), pod kątem celowości zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz realizacji zasad wydatkowania środków publicznych wskazanych w art. 35 ust. 3 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych (Dz. U Nr 249, poz. 2104 ze zm.) nie mieści się kompetencjach Izby. Ocena taka winna być przeprowadzona przez powołane do tego organy.

Mając na uwadze powyższe Izba na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 Pzp oddaliła odwołanie. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp oraz par. 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886) zasądzając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*