

Sygn. akt: KIO/UZP 17/09

POSTANOWIENIE
z dnia 20 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

| | |
|------------------------|---|
| Przewodniczący: | Klaudia Szczytowska-Maziarz |
| Członkowie: | Małgorzata Stręciwiłk Ryszard Tetzlaff |
| Protokolant: | Magdalena Pazura |

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 20 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Skanska S.A., ul. Gen. Józefa Zajęczka 9, 01 - 518 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53 - 139 Wrocław** protestu z dnia 18 grudnia 2008 r.

przy udziale **Konsorcjum: Berger Bau Polska Sp. z o.o., Berger Bau GmbH, ul. Szczecińska 11, 54 - 517 Wrocław**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Skanska S.A., ul. Gen. Józefa Zajęczka 9, 01 - 518 Warszawa**

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 uiszczanego przez **Skanska S.A., ul. Gen. Józefa Zajęczka 9, 01 - 518 Warszawa**,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 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 35 426 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Skanska S.A., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa.**

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

W dniu 06.10.2008r. zamawiający wybrał w niniejszym postępowaniu ofertę najkorzystniejszą, tj. ofertę złożoną przez Skanska S.A.

W dniu 13.10.2008r. konsorcjum firm: Berger Bau Polska Sp. z o.o. i Berger Bau GmbH złożyło protest, zarzucając zamawiającemu wybór oferty Skanska S.A., pomimo podstaw do jej odrzucenia w związku ze wskazaniem w ofercie, iż remont i przebudowa przepustów zlecona będzie podwykonawcy.

Konsorcjum żądało odrzucenia oferty Skanska S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.)

Do protestu po stronie zamawiającego przystąpiła firma Skanska S.A.

W dniu 25.10.2008r. zamawiający uwzględnił protest w tym zakresie.

W związku z uwzględnieniem protestu zamawiający poinformował wykonawców, że powtórzy postępowanie od momentu oceny ofert.

W dniu 28.10.2008r. wykonawca Skanska S.A. złożył odwołanie, które wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/UZP 1262/08) zostało oddalone.

Zarówno rozstrzygnięcie protestu, jak i wniesienie odwołania, miało miejsce już po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawą z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw

(Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Okoliczność ta nie została podniesiona przez odwołującego się w toku uprzednio prowadzonego postępowania odwoławczego. Również Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku nie wskazała, iż odstępstwo treści oferty protestującego od treści SIWZ może być poprawione w trybie znowelizowanego art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ani protestujący, ani zamawiający nie złożyli skargi na wyrok KIO, co zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt b ustawy Pzp, oznacza, że protest z dnia 13.10.2008r. został ostatecznie rozstrzygnięty.

W dniu 12.12.2008r. zamawiający poinformował Skanska S.A. o odrzuceniu oferty tego wykonawcy.

W dniu 19.12.2008r. (pismo z dnia 18.12.2008r.) wykonawca Skanska S.A., zwany dalej protestującym lub odwołującym, złożył protest, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności poprawienia omyłki w Formularzu 3.5 oraz zawiadomienia protestującego o poprawieniu omyłki,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 5 Pzp, poprzez przyjęcie, że oferta protestującego nie odpowiada treści SIWZ, a nadto ewentualnie, art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że oferta protestującego zawiera omyłki istotne, które nie mogą być poprawione przez zamawiającego,
3. art. 7 ustawy Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców

oraz żądając:

1. wykonania przez zamawiającego czynności poprawienia omyłki przez skreślenie w Formularzu 3.5 pozycji 3 "Remont i przebudowa przepustów" oraz zawiadomienie protestującego o jej poprawieniu,
2. powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Skanska S.A.

W uzasadnieniu protestu wykonawca Skanska S.A. powołał się na stan prawny wprowadzony ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058).

W dniu 29.12.2008r. (pismo z dnia 29.12.2008r.) zamawiający protest odrzucił na podstawie art. 181 ust. 7 ustawy Pzp, wskazując, że powoływanie się przez protestującego na nowy stan prawny obowiązujący w dniu dokonania przez zamawiającego powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. w dniu 12.12.2008r., w związku z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu stanowiłoby w świetle art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, obejście prawa.

Wskazał nadto, że w myśl art. 181 ust. 7 ustawy Pzp wykonawca wezwany zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Pzp, tj. odwołujący się od rozstrzygnięcia protestu z dnia 13.10.2008r., nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. W ocenie zamawiającego, w tym stanie rzeczy, uwzględnienie protestu stanowiłoby ewidentne naruszenie art. 7 ustawy Pzp.

W dniu 06.01.2009r., pismem z dnia 05.01.2009r. wykonawca Skanska S.A. złożył odwołanie podnosząc, że bezzasadne jest twierdzenie zamawiającego, że powołanie się przez niego na nowy stan prawny, obowiązujący w dacie powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, byłoby obejściem prawa. W ocenie odwołującego to właśnie nieuwzględnienie przez zamawiającego prawa obowiązującego w dacie wykonywania tej czynności stanowi naruszenie prawa, to jest art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, który nakazuje do czynności zmiany specyfikacji, poprawiania pomyłek, przesłanek odrzucenie oferty stosować przepisy obowiązujące w dniu dokonania danej czynności.

Wyjaśnił, że pierwotnie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana w dniu 06.10.2008r., to jest przed nowelizacją, a zatem zarzuty, że zamawiający nie uwzględnił stanu prawnego, który nie obowiązywał w czasie dokonania czynności byłyby bezzasadne. Uwzględniając złożony protest zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego, lecz postanowił dokonać powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Ta powtórzona czynność powinna uwzględniać jednak zmieniony stan prawny, zgodnie z przywołanym art. 4 ustawy.

Odwołujący podniósł, że przedmiotem obecnie wniesionego protestu i następnie odwołania jest zaniechanie dokonania czynności poprawienia pomyłki oraz odrzucenie oferty SKANSKA S.A. bez uwzględnienia stanu prawnego obowiązującego w dniu 12.12.2008r. to jest w dniu odrzucenia oferty SKANSKA SA., zwracając uwagę, że powyższe zarzuty nie mogły być podniesione wcześniej niż po odrzuceniu jego oferty.

W ocenie odwołującego powoływanie się przez zamawiającego na wyrok KIO jest bezprzedmiotowe, nie mógł on bowiem zastąpić czynności zamawiającego, gdyż zgodnie z art. 191 ustawy Pzp KIO może jedynie oddalić protest lub nakazać powtórzenie czynności. Wobec oddalenia protestu ostateczne rozstrzygnięcie KIO zobowiązywało zamawiającego do powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wyrok KIO nie mógł oceniać oferty SKANSKA S.A. w kontekście zmienionego prawa, gdyż KIO ocenia prawidłowość czynności zamawiającego. W szczególności KIO nie wskazała, że oferta SKANSKA SA podlega odrzuceniu.

Z tych powodów, zdaniem odwołującego, nie jest zasadne twierdzenie, że naruszył on przepisy art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, gdyż powinien podnieść zarzuty przeciwko odrzuceniu jego oferty w poprzednim postępowaniu. Dopiero brak poprawienia omyłki oraz odrzucenie oferty SKANSKA S.A. przy powtórzonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jako okoliczności nowe, nie istniejące w poprzednim postępowaniu, mogą być przedmiotem oceny KIO co do zgodności działania zamawiającego z obowiązującym w dacie zaniechania lub dokonania czynności prawem.

Protest z dnia 13.10.2008r. i wniesione następnie w wyniku jego uwzględnienia odwołanie dotyczył wskazania przez SKANSKA S.A. w ofercie, iż remont i przebudowa przepustów zlecona będzie podwykonawcy. Zarzucono wówczas zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Protest z dnia 18.12.2008r. i wniesione następnie w wyniku jego odrzucenia odwołanie również dotyczy wskazania przez SKANSKA S.A. w ofercie, iż remont i przebudowa przepustów zlecona będzie podwykonawcy. Ponownie też zarzucono zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Dodatkowe zarzuty i żądania SKANSKA S.A., wskazane w odwołaniu, zostały sformułowane w związku z wejściem w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Żadna ze stron nie kwestionowała obowiązku wykonania przez zamawiającego wyroku KIO/UZP 1262/08 z dnia 25.11.2008r. Istota problemu nie sprowadza się zatem do tego, czy zamawiający winien wykonać wyrok, ale do tego, czy zamawiający winien wykonać przywołany wyrok, poprzez powtórzenie czynności badania i oceny ofert wg stanu prawnego obowiązującego w dniu pierwotnego badania i oceny ofert, czy też zamawiający winien wykonać ten wyrok, poprzez powtórzenie czynności badania i oceny ofert wg stanu prawnego obowiązującego w dniu ponawianej czynności.

Po pierwsze stwierdzić należy, że czynność odrzucenia oferty odwołującego nastąpiła w dniu 12.12.2008r., a zatem po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych, tj. po dniu 24.10.2008r.

W dniu 12.12.2008r. obowiązywał zarówno art. 89 ust. 1 pkt 2) w nowym brzmieniu (Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3), jak i nowy Dział VI dotyczący środków ochrony prawnej, w tym art. 187 ust. 4 pkt 6) ustawy Pzp (Izba odrzuca odwołanie, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3,

dotyczy czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu).

Po drugie stwierdzić należy, że tzw. przepisy przejściowe ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw nie przewidują wyjątku od stosowania art. 187 ust. 4 pkt 6) ustawy Pzp w związku z nowym brzmieniem innych przepisów np. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, jak też nie regulują wzajemnych relacji tych przepisów.

Po trzecie stwierdzić należy, że zamawiający winien wykonać wyrok KIO z dnia 25.11.2008r., poprzez powtórzenie czynności badania i oceny ofert wg stanu prawnego obowiązującego w dniu ponawianej czynności, bowiem przywołany przepis art. 4 ust. 1 ustawy nowelizacyjnej zakłada, iż do dokonywanych czynności poprawiania oczywistych omyłek w ofertach i przesłanek do odrzucenia oferty należy stosować przepisy nowe. Powyższe nie oznacza jednak, że w/w wyrok KIO, który zapadł w oparciu o nowy stan prawny, który dodatkowo przez żadną ze stron nie został zaskarżony, nie czynił protestu ostatecznie rozstrzygniętym, powyższe byłoby sprzeczne z art.182 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Po czwarte nie sposób przyjąć, zakładając racjonalność działania Krajowej Izby Odwoławczej, że ta w wyroku z dnia 25.11.2008r. o sygn. akt KIO/UZP 1262/08 pominęła kwestię konieczności zastosowania przepisów nowych, wydając rozstrzygnięcie w sprawie wniesionego odwołania w oparciu o nowy stan prawny.

Po piąte zauważyć należy, że gdyby w wyniku pierwotnego badania i oceny ofert oferta SKANSKA S.A. została przez zamawiającego odrzucona, a pierwsze postępowanie protestacyjno – odwoławcze zostało zainicjowane przez protest SKANSKA S.A., to wyrok KIO nie wymagałby w ogóle ponawiania czynności badania i oceny ofert przez zamawiającego. Teoretycznie oznacza to, że ta sama treść oferty mogłaby doprowadzić do przeciwnych wyników postępowania, gdyby dopuścić możliwość ponownego rozstrzygnięcia przez KIO kwestii wskazania przez SKANSKA S.A. w ofercie, iż remont i przebudowa przepustów zlecona będzie podwykonawcy wg znowelizowanych przepisów.

Przede wszystkim jednak stwierdzić należy, że w wyroku KIO/UZP 1262/08 Krajowa Izba Odwoławcza oceniła jako prawidłowe, nie naruszające przepisów ustawy Pzp rozstrzygnięcie zamawiającego polegające na uznaniu oferty SKANSKA S.A. za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia. Zamawiający, wykonując wyrok KIO związany jest zarówno sentencją, jak i uzasadnieniem wyroku, z którego w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że oferta odwołującego kwalifikuje się do odrzucenia.

W sytuacji więc, gdy protest z dnia 13.10.2008r. został wywołany zaniechaniem zamawiającego, jedynym możliwym zachowaniem zamawiającego czyniącym zadość oddaleniu odwołania SKANSKA S.A. jest doprowadzenie do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego, iż uwzględniając protest z dnia 13.10.2008r. zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego, lecz postanowił dokonać powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, skład orzekający Izby stwierdza, że takie działanie zamawiającego było prawidłowe i zgodne z art.183 ust. 5 pkt 2) ustawy Pzp. Nadto skład orzekający stwierdza, że gdyby wówczas zamawiający, naruszając wskazany przepis, nie czekając na ostateczne rozstrzygnięcie protestu odrzucił ofertę, to odrzucenie to byłoby skuteczne, a wykonanie wyroku KIO nie byłoby już konieczne. Przemawia to także za niedopuszczalnością obecnie wniesionego odwołania, ponieważ zgodne z prawem zachowanie zamawiającego (wstrzymanie się z odrzuceniem oferty SKANSKA S.A. do ostatecznego rozstrzygnięcia protestu) prowadziłoby do odmiennego rezultatu w sytuacji działania zamawiającego, naruszającego przepisy ustawy Pzp (wobec braku odrzucenia i teoretycznie możliwego uwzględnienia odwołania SKANSKA S.A.).

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej postanowił odrzucić odwołanie SKANSKA S.A. z dnia 05.01.2009r. na podstawie art. 187 ust. 1 pkt 6), uznając iż zaistniały wszystkie wskazane tam okoliczności obligujące Izbę do odrzucenia odwołania.

Skład orzekający Izby dokonał rozliczenia wpisu w faktycznie wniesionej wysokości, tj. 40 000 zł

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 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie 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*