

**POSTANOWIENIE
z dnia 1 lutego 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 1 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania z dnia 26 stycznia 2011r. wniesionego przez Odwołującego Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna w Warszawie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego którego przedmiotem jest: „obsługa *bankowa budżetu Miasta Zabrze*”, od czynności Zamawiającego, którym jest Gmina Zabrze przy udziale przystępującego do postępowania odwoławczego ING Banku Śląskiego SA w Katowicach, Centrum Bankowości Korporacyjnej w Gliwicach

postanawia:

1. odrzucić odwołanie,

2. kosztami postępowania obciążyć Odwołującego - Bank Polska Kasa Opieki Spółkę Akcyjną w Warszawie i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez Odwołującego Bank Polska Kasa Opieki Spółkę Akcyjną w Warszawie, stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do treści art. 198 a i art. 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Zabrze, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na obsługę bankową budżetu Miasta Zabrze. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych [tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.].

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 30 września 2010 r. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W postępowaniu oferty złożyli wykonawcy ING Bank Śląski Spółka Akcyjna Centrum Bankowości Korporacyjnej w Gliwicach - z ceną 488.888,89 zł oraz Bank Polska Kasa Opieka Spółka Akcyjna w Warszawie – z ceną 482.828,89 zł.

Zamawiający w dniu 29 listopada 2010r. odrzucił oferty wykonawców ING Banku Śląskiego Spółki Akcyjnej Centrum Bankowości Korporacyjnej w Gliwicach, oraz Banku Polska Kasa Opieki Spółki Akcyjnej w Warszawie w trybie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Od powyższej decyzji Zamawiającego odwołanie złożył wykonawca ING Bank Śląski Spółka Akcyjna Centrum Bankowości Korporacyjnej w Gliwicach, żądając uznania za nieważną czynności Zamawiającego w przedmiocie unieważnienia postępowania oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu wraz z dokonaniem wyboru Jego oferty, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący nie złożył odwołania od decyzji Zamawiającego o odrzuceniu Jego oferty oraz unieważnienia postępowania.

Wyrokiem z dnia 21 grudnia 2010r. w sprawie KIO 2645/10, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wykonawcy ING Banku Śląskiego Spółki Akcyjnej Centrum Bankowości Korporacyjnej w Gliwicach, nakazując *unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz*

W dniu 17 stycznia 2011r. Zamawiający dokonał wyboru oferty ING Bank Śląski Spółka Akcyjna jako oferty najkorzystniejszej, z pominięciem oferty Odwołującego, uznając, że Jego oferta pozostała skutecznie odrzucona w dniu 29 listopada 2010r.

Od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty ING Banku Śląskiego Spółki Akcyjnej, z pominięciem oferty Odwołującego, w dniu 27 stycznia 2011r. odwołanie wniósł wykonawca Bank Polska Kasa Opieka Spółka Akcyjna w Warszawie, podając, iż z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wyraźnie wynikało, iż wskazana przez Zamawiającego pierwotnie przyczyna unieważnienia postępowania - odrzucenia obu ofert - była niezasadna; czynność zamawiającego polegająca na ponownym badaniu i ocenie ofert, nie została wykonana zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2010 roku, gdyż zamawiający a priori przyjął, że oferta Odwołującego pozostała nadal ofertą odrzuconą, wobec czego przedmiotem badania i oceny była wyłącznie jedna oferta - oferta ING, podczas gdy z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wyraźnie wynikało po pierwsze, że czynnością badania i oceny winny być oferty (użyto liczby mnogiej) czyli wszystkie (dwie) oferty złożone w tym postępowaniu, oraz po drugie, że przyczyna unieważnienia postępowania i odrzucenia ofert była niezasadna w stosunku do obu ofert, gdyż zarówno oferta odwołującego się w tamtym postępowaniu - ING, jak i analogiczna oferta Odwołującego się nie były niezgodne z przepisami ani ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Odwołujący argumentuje, że podtrzymanie przez Zamawiającego faktu odrzucenia oferty Odwołującego, z tego samego powodu (powołanie się przez Zamawiającego na niezgodność ceny oferty z warunkami SIWZ), który został już określony w wyroku KIO jako niezgodny i z naruszeniem prawa, prowadzi bowiem do sytuacji, iż mimo wiedzy Zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa, Zamawiający utrzymuje ją w mocy, pomimo jej oczywistej wadliwości. Równocześnie, przy dwóch dodatnich cenach całkowitych ofert, i wskazanym wyżej zapatrywaniem Izby, uznanie odrzucenia jednej oferty jako niezgodnej z SIWZ przy równoczesnym zaakceptowaniu drugiej oferty jako zgodnej z SIWZ, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Wobec powyższego zamawiający nie mógł przyjąć, że oferta Odwołującego pozostała ofertą skutecznie odrzuconą, ale winien ją również poddać badaniu i ocenie, czego jednak nie uczynił.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 91 ust. 1, art. 93 ust. 1 pkt 1), art. 192 ust. 3 pkt 1), art. 197 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia wyboru oferty ING oraz dokonanie ponownego badania i oceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu – oferty Odwołującego oraz oferty ING tj. dokonanie czynności zgodnie z wyrokiem KIO z dnia

21.12.2010r. (sygn. akt. 2645/10). Odwołujący podał między innymi, iż w wyroku z dnia 23 września 2010r. sygn. akt: KIO 1939/10, Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że przy ponownym badaniu i ocenie ofert zamawiający nie jest uprawniony do badania ofert innych uczestników postępowania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że zamawiający ma każdorazowo prawo do samodzielnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Podsumowując Izba orzekła, że nie podziela poglądu, iż niedopuszczalne jest podejmowanie ponownie czynności, które nie były przedmiotem postępowania odwoławczego oraz których legalność nie podlegała kwestionowaniu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu. Zgodnie z treścią art. 189 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzuceniu podlega odwołanie złożone przez podmiot nieuprawniony a także odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W myśl natomiast art. 179 ust. 1 ustawy, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W analizowanej sprawie, Odwołujący nie złożył odwołania na czynność unieważnienia postępowania i odrzucenia Jego oferty, co miało miejsce przy pierwszym rozstrzygnięciu przez Zamawiającego postępowania [decyzja Zamawiającego z 29 listopada 2010r.]. Z momentem upływu terminu do wniesienia odwołania na powyższą czynność Zamawiającego, wykonawca utracił uprawnienie do kwestionowania odrzucenia swojej oferty – utracił status wykonawcy w tym postępowaniu. Uprawnienia tego nie przywraca rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej wydane w następstwie uwzględnienia odwołania innego wykonawcy, który na analogiczną [również identycznie uzasadnioną przez Zamawiającego] czynność złożył odwołanie. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, obowiązek uwzględnienia okoliczności będących podstawą uwzględnienia odwołania, nawet jeśli w istocie oznacza potwierdzenie trafności zarzutów co do zasady wspólnych obu wykonawcom, nie wynika z treści wyroku wydanego w następstwie odwołania wniesionego przez innego aniżeli Odwołujący wykonawcę i nie wywiera bezpośredniego skutku wobec Odwołującego. W wykonaniu uprzednio wydanego w następstwie odwołania wniesionego przez innego wykonawcę wyroku Zamawiający – z mocy tego wyroku - był bowiem obowiązany do dokonania odpowiednich czynności w zakresie wyznaczonym treścią

KIO 159/10 4

odwołania, w następstwie którego wydano ten wyrok. Wyrok z dnia 21 grudnia 2010r. w sprawie KIO 2645/10 uwzględnia odwołanie złożone przez ING Bank Śląski Spółkę Akcyjną Centrum Bankowości Korporacyjnej w Gliwicach i jest następstwem uwzględnienia żądań tego odwołania. Okoliczność, że wyrok ten nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz ponowne badanie i ocenę ofert nie oznacza jeszcze, że w jego zakresie mieszczą się czynności wobec innych wykonawców aniżeli ten, który złożył odwołanie. Zresztą i sam wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2010r. w sprawie KIO 2645/10 [jego sentencja], na którym Odwołujący opiera swoją argumentację, nakazując ponowne badanie i ocenę ofert wyraźnie wskazuje, iż ta czynność ma odbyć się z uwzględnieniem oferty odwołującego, który zainicjował postępowanie odwoławcze, to jest ING Banku Śląskiego Spółki Akcyjnej Centrum Bankowości Korporacyjnej w Gliwicach. Tej części sentencji wyroku Odwołujący zdaje się nie dostrzegać.

Podkreślenia dalej wymaga, że w ustawie Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej, w tym odwołanie, zostały skonstruowane w ten sposób, że kontrola decyzji zamawiającego w trybie środków ochrony prawnej następuje tylko na żądanie zainteresowanego podmiotu wyrażone w odpowiedniej formie [odwołanie], uprawnionego do wnoszenia odwołania i wyposażonego w interes w uzyskaniu danego zamówienia, który zarazem poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy [art. 179 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych] i złożone w terminie określonym przez ustawę [art. 182 ust. 1 – 4 ustawy]. Rozpoznanie odwołania oraz zakres jego uwzględnienia jest następstwem postawionych w konkretnej sytuacji zarzutów – w myśl przepisu 192 ust. 7 ustawy – Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym, wydane w postępowaniu odwoławczym rozstrzygnięcie jest następstwem wniesienia środka ochrony prawnej przez danego odwołującego [zatem: w postępowaniu odwoławczym w sprawie KIO 2645/10 zakończonym wyrokiem z dnia 21 grudnia 2010r. - ING Banku Śląskiego Spółki Akcyjnej Centrum Bankowości Korporacyjnej w Gliwicach], którego ramy wyznacza zakres tego środka odwoławczego.

Powyższej oceny nie zmienia okoliczność podniesiona w odwołaniu, na podstawie uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1939/10, zgodnie z którą nie jest trafny pogląd, że przy ponownym badaniu i ocenie ofert zamawiający nie jest uprawniony do badania ofert innych uczestników postępowania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub

KIO 159/10 5

zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. W przytoczonym wyroku, a także innych [przykładowo z dnia 28 grudnia 2010r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10] wyraźnie wskazuje się, że zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz

wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Dopuszczalne jest samodzielne podjęcie przez zamawiającego decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile zamawiający uzna, iż podjęte uprzednio czynności są obarczone wadą. Innymi słowy, zamawiający jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, niezakwestionowanych w drodze odwołania, gdy stwierdzi, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia [zawarcia umowy]. Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie były umowy zawarte prawidłowo. Skład orzekający dzieląc w pełni uzasadnienia wyroków, wskazujących na uprawnienie i dopuszczalność badania przez zamawiającego w ramach ponownej, nakazanej wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej oceny wszystkich ofert, nie tylko tej, co do której zainteresowany złożył odwołanie, zauważa, że powyższy paradygmat działania zgodnie z prawem podmiotu, jakim jest zamawiający powinien każdorazowo determinować jego działania w postępowaniu o zamówienie publiczne. Dotyczy to jednak czynności podlegających zamawiającemu i z jego inicjatywy i woli podejmowanych. Te czynności nie są jednak bezpośrednim następstwem nakazu zawartego w wyroku a samodzielnymi działaniami zamawiającego.

Powyższe zatem nie rodzi po stronie wykonawcy, który nie złożył odwołania na wyraźne dotyczące jego sytuacji czynności zamawiającego, roszczenia o objęcie go skutkami wydanego w następstwie odwołania złożonego przez innego wykonawcę wyroku. Krajowa Izba Odwoławcza

KIO 159/10 6

orzeka bowiem w następstwie złożenia odwołania przez wykonawcę zainteresowanego uzyskaniem rozstrzygnięcia, przy czym zakres kognicji jest wyznaczony treścią tego odwołania. W myśl bowiem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Nie dopatrzone się natomiast podniesionej w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 28 stycznia 2010r. podstawy do odrzucenia odwołania wynikającej z treści art. 185 ust. 7 oraz art. 86 Kpc w związku z przepisami art. 98 i art. 104 Kc, stanowiącej niewłaściwe umocowanie pełnomocnika do reprezentowania Odwołującego w postępowaniu odwoławczym. Pełnomocnictwo szczególne z dnia 25 stycznia 2010r. obejmuje bowiem swym zakresem między innymi upoważnienie do podpisywania i składania w imieniu mocodawcy: „*odwołań od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych („Ustawa”) czynności zamawiającego podjętej w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie Ustawy*”, wskazuje także że pełnomocnik jest uprawniony do reprezentowania Banku w zakresie ochrony prawnej w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego „Obsługa bankowa budżetu Miasta Zabrze” ogłoszonego przez Gminę Zabrze w 2010r., w tym do składania w imieniu Banku wszelkich środków ochrony prawnej w związku z Postępowaniem o udzielenie zamówienia. Bezpodstawnym jest zatem wniosek Zamawiającego, iż pełnomocnictwo obejmuje swym zakresem reprezentowanie banku jedynie w zakresie spraw zmierzających do realizacji wierzytelności Banku PKO SA.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo

zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238). Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym.

Przewodniczący:

KIO 159/10 7