

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 listopada 2008 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SO Maria Kozubska - Maciąga

Sędziowie: SO Olga Gornowicz-Owczarek

SO Małgorzata Kowalska

Protokolant: st.sekr.sądowy Iwona Zdebel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2008 r. w Katowicach

na rozprawie rozpoznał sprawę z odwołania **Geokart International Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie** przeciwko **Gminie Dąbrowa Górnicza** o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi Geokart International Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rzeszowie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych w Warszawie

z dnia 29 września 2008 sygn. akt KIO/UZP 979/08

oddala skargę.

r

Na oryginale wdtściwe podpisy
ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM

SE^{simd}rx^

Sygn. akt XIX Ga 452/08

UZASADNIENIE

w sprawie z odwołania wniesionego przez Geokart - International Sp. z o.o. w Rzeszowie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - Gminę Dąbrowa Górnicza protestu z dnia 19 sierpnia 2008 r., wyrokiem z dnia 29 września 2008 r. oddaliła odwołanie i obciążyła odwołującego kosztami postępowania.

KIO uznała, iż odwołujący wnosząc odwołanie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestu nie wykazał interesu prawnego, czyli materialno-prawnej przesłanki rozpoznania odwołania, wynikającej z art. 179 ust.1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. W treści protestu oraz odwołania odwołujący wskazywał na niezgodne z prawem dokonanie przez zamawiającego dwóch czynności: odrzucenia jego oferty (czyli na naruszenie art.89 ust.1 pkt.2 UZP) i unieważnienia postępowania (czyli na naruszenie art.93 ust.1 pkt.1 UZP), wnosząc jednocześnie o unieważnienie tych czynności. KIO ustaliła, że zamawiający poinformował odwołującego o obydwu w/w czynnościach jednocześnie, pismem z dnia 18 sierpnia 2008 r., doręczonym 19 sierpnia 2008 r. Odwołujący wniósł do zamawiającego protest dotyczący obydwu w/w czynności w dniu 19 sierpnia 2008 r. Rozstrzygnięcie protestu, zawierające merytoryczne odniesienie do obydwu zarzutów i żądań odwołującego, zostało doręczone odwołującemu w dniu 5 września 2008 r. Odwołanie od rozstrzygnięcia protestu odwołujący złożył w dniu 9 września 2008 r.

KIO uznała, iż podniesiony w odwołaniu zarzut dotyczący unieważnienia postępowania został podniesiony po upływie terminu. Wskazała, iż zgodnie z brzmieniem art.183 ust.1 PZP, zamawiający w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu rozpatruje protest dotyczący treści ogłoszenia, postanowienia SIWZ oraz wykluczenia, odrzucenia ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Przepis ten nie wymienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym protest dotyczący tej czynności powinien być rozpatrywany w terminie wynikającym z przepisu art.183 ust.2 PZP, czyli w terminie 10 dnia od dnia jego złożenia.

Powyższe oznaczało, iż zamawiający powinien był rozstrzygnąć protest w zakresie unieważnienia postępowania do dnia 29 sierpnia 2008 r. Zatem rozpoznanie go dopiero w dniu 5 września 2008 r. należało uznać za spóźnione. Skutkiem tego należało uznać, iż zamawiający nie rozpoznał w terminie protestu, co zgodnie z przepisem art.183 ust. 3 PZP należało traktować jak jego oddalenie. Zgodnie z art.184 ust.2 PZP, termin do wniesienia odwołania płynął od dnia 30 sierpnia 2008 r. i kończył się 3 września 2008 r. Zatem złożenie przez odwołującego odwołania w zakresie unieważnienia postępowania w dniu 9 września 2008 r. było spóźnione. W ocenie KIO powyższe oznaczało, że nawet uwzględnienie zarzutów z odwołania dotyczących odrzucenia oferty odwołującego nie mogło skutkować przywróceniem go do udziału w postępowaniu, ponieważ odwołujący skutecznie nie podniósł zarzutu co do unieważnienia przez zamawiającego postępowania.

Mimo to KIO stwierdziła, iż zarzuty odwołującego co do odrzucenia przez zamawiającego jego oferty zasługiwały na uwzględnienie.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, wykonawcy składający oferty mieli obowiązek sporządzić wycenę oferty w oparciu o Środowiskowe Zasady Wyceny Prac Projektowych - 2006. KIO uznała, iż nie znalazła potwierdzenia pierwsza podana przez zamawiającego przyczyna odrzucenia oferty, to jest brak wyceny w zakresie inwentaryzacji zieleni, projektu odwodnienia oraz kosztów sporządzania specyfikacji technicznej. Pozycje te bowiem zostały przez odwołującego wycenione w Zadaniu: Projekty budowlane, część: sieci wod.-kan., elektryka, operaty, raporty (poz.4 wyceny) oraz w innych pozycjach, z racji specyfiki niektórych elementów podlegających wycenie, gdzie wykonawca oparł się na kalkulacji własnej (inwentaryzacja zieleni, o zakresie której wykonawca będzie miał wiedzę na etapie realizacji zadania) bądź na uwzględnieniu w kalkulacji różnych zadań (sporządzenie specyfikacji technicznych, które związane jest z przygotowywanymi w odniesieniu do różnych zadań kosztorysami inwestorskimi). Środowiskowe Zasady Wyceny Prac Projektowych - 2006 nie stanowiły o stopniu szczegółowości wyceny i miały charakter materiału

pomocniczego i informacyjnego. Zamawiający zaznaczył w SIWZ, że wykonawcy w wycenie powinni wskazać tabele i pozycje wyceny oraz tom rocznika, cenę netto podatek VAT. Nie wymagał zaś dalej idących danych. W ocenie KIO wymagane przez SIWZ elementy wyceny zostały zawarte w ofercie odwołującego, wobec czego brak było podstaw do jej kwestionowania w tym zakresie.

Odnosnie drugiej z podstaw odrzucenia oferty odwołującego KIO przyjęła, iż odwołujący miał prawo zastosować w swojej ofercie upust w cenie. Zamawiający również nie kwestionował tego uprawnienia, podając w rozstrzygnięciu protestu, że wykonawca mógł zastosować upust do końcowej ceny. W ocenie KIO zastosowanie upustu w wycenach poszczególnych zadań nie mogło świadczyć o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i Środowiskowymi Zasadami Wyceny Prac Projektowych - 2006. Skoro w przygotowanej wycenie wprost nie została wskazana nieobowiązująca stawka j.n.p., to zamawiający powinien był wyjaśnić tę okoliczność z odwołującym w trybie art.87 ust.1 ustawy. Wyjaśnienia odwołującego o zastosowaniu w tym zakresie upustu nie zakazanego przepisami prawa w żadnym razie nie mogły skutkować odrzuceniem jego oferty.

Uwzględniając powyższe, KIO stwierdziła naruszenie przepisu art.89 ust.1 pkt.2 PZP. Biorąc jednak pod uwagę brak uszczerbku w interesie prawnym odwołującego w związku z brakiem skutecznego (dokonanego w terminie) kwestionowania czynności unieważnienia postępowania, orzekła o oddaleniu odwołania. O kosztach rozstrzygnięto zgodnie z regulacją art.191 ust.6 i 7 PZP, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący składu KIO złożył do wyroku zdanie odrębne. Wskazał, iż jego zdaniem ustalenie w wyroku, że odwołanie podlegało oddaleniu z powodu braku interesu prawnego po stronie odwołującego, pomimo stwierdzenia bezpodstawności odrzucenia jego oferty, z uwagi na złożenie odwołania co do czynności unieważnienia postępowania po terminie - było bezpodstawne. Jego zdaniem literalna wykładnia przez KIO przepisu art.183 ust.1 i 2 PZP doprowadziła w istocie do pozbawienia wykonawcy ochrony prawnej.

Unieważnienie postępowania przez zamawiającego było efektem odrzucenia wszystkich ofert, w tym oferty odwołującego. Zamawiający poinformował odwołującego o dokonaniu tych dwóch czynności jednym pismem. Odwołujący złożył jeden protest, na co pozwalały mu przepisy prawa. Faktem jest, iż art.183 ust.1 PZP, nakazujący rozstrzygnięcie protestu w terminie 10 dnia od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu, nie wymienia czynności unieważnienia postępowania. Niemniej jednak ujęcie w tym przepisie czynności odrzucenia oferty, której konsekwencją jest unieważnienie postępowania na mocy art.93 ust.1 pkt.1 PZP, nie pozwalało na stwierdzenie, iż protest dotyczący unieważnienia postępowania należało rozpoznać w terminie określonym w art.183 ust.2 PZP. Przyjęcie takiego założenia oznaczałoby bowiem, iż w niniejszym postępowaniu odwołujący musiałby składać dwa odrębne odwołania od tego samego rozstrzygnięcia protestu. Pierwsze odwołanie dotyczące odrzucenia jego oferty musiałby złożyć w okresie od 6 września 2008 r. do 10 września 2008 r. (tj. w terminie 5 dni od dnia rozstrzygnięcia protestu), zaś drugie odwołanie, dotyczące czynności unieważnienia postępowania - w terminie od 30 sierpnia 2008 r. do dnia 3 września 2008 r. (tj. w terminie 5 dni od dnia upływu terminu na rozstrzygnięcie protestu, czyli od 29 sierpnia 2008 r.). Tymczasem przepisy nie przewidują wymogu zachowania przez wykonawcę takiej procedury. Przepis art.184 ust.2 PZP stanowi wyraźnie, iż odwołanie wnosi się w terminie 5 dni, licząc albo od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu, albo - alternatywnie i łącznie - od dnia upływu terminu do jego rozstrzygnięcia. Zatem w niniejszej sprawie protest winien podlegać rozpatrzeniu w terminie wynikającym z art.183 ust.1 PZP, czyli 10 dni od upływu ostatniego z terminów do wniesienia protestu. Zaś skoro zamawiający w terminie dokonał rozstrzygnięcia protestu - nawet tylko w części dotyczącej jednego z zarzutów - to należało przyjąć, że odwołanie w całości zostało wniesione w terminie. Zgodnie z powyższym KIO powinna była uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert, przy jednoczesnym obciążeniu go kosztami postępowania.

Odwołujący wywiódł skargę na rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając:

1. naruszenie art.179 ust.1 PZP poprzez przyjęcie, iż brak zaskarżenia w terminie rozstrzygnięcia protestu w przedmiocie unieważnienia postępowania powodował brak interesu prawnego wykonawcy w zaskarżeniu decyzji dotyczącej odrzucenia oferty,
2. błędną wykładnię art.183 ust.2 PZP poprzez przyjęcie, że zamawiający był zobowiązany rozstrzygnąć protest dotyczący czynności unieważnienia postępowania w związku z wcześniejszym odrzuceniem ofert w terminie 10 dni od dnia wniesienia protestu.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku KIO

oraz:

- o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty skarżącego
- o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- o zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed KIO według rachunku oraz przed Sądem Okręgowym według norm przepisanych.

Skarżący podkreślił, iż w razie odrzucenia wszystkich ofert przez zamawiającego i związanego z tym unieważnienia postępowania możliwe było zaskarżenie decyzji o unieważnieniu postępowania przez kilku wykonawców. Gdyby przyjąć za słuszne zapatrywanie KIO, to w takiej sytuacji zamawiający musiałby wydać kilka decyzji w tym samym przedmiocie, a nadto musiałby to uczynić przed upływem terminu do rozpatrzenia odrzucenia ofert. Takiego założenia nie można uznać za słuszne w aspekcie postanowień art.89 i 93 ust.1 pkt. 1 PZP.

W niniejszej sprawie zamawiający 19 sierpnia 2008 r. poinformował skarżącego o odrzuceniu jego oferty i o unieważnieniu postępowania. W tym samym dniu skarżący złożył protest kwestionujący obie w/w decyzje. Zamawiający musiał rozstrzygnąć protest dotyczący czynności odrzucenia oferty do dnia 5 września 2008 r. Gdyby przyjąć, że protest dotyczący czynności unieważnienia postępowania powinien być rozpatrzony w terminie wynikającym z przepisu art.183 ust.2 PZP, to zamawiający musiałby wydać rozstrzygnięcie w tym przedmiocie do dnia 29 sierpnia 2008 r. W tym zaś terminie zamawiający nie mógł rozstrzygnąć kwestii unieważnienia postępowania, ponieważ nie ustosunkował się jeszcze do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty i nie minął jeszcze termin do rozpatrzenia protestu w tym zakresie.

Zamawiający wnosił o oddalenie skargi podnosząc m. in., iż w chwili obecnej zawarcie umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia jest niemożliwe, bo upłynęły już terminy realizacji prac określone precyzyjnie w SIWZ.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga wykonawcy (oferenta) nie może odnieść zamierzonego skutku i podlega oddaleniu.

Rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej uznać należy za trafne i zgodnie z prawem. W szczególności zaś nie można zarzucić zaskarżonemu wyrokowi, iż został on wydany z naruszeniem wskazanych przez skarżącego przepisów art.179 ust.1 oraz art.183 ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej zwane PZP).

Nie ulega bowiem wątpliwości, że skuteczność wnoszenia środków ochrony prawnej, przewidzianych w Dziale VI PZP, uwarunkowana jest zaistnieniem sytuacji w której interes prawny oferenta w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego generalnie uszczerbek interesu prawnego oferenta polega na tym, że traci on możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą i w konsekwencji możliwość zawarcia z zamawiającym umowy cywilnoprawnej.

Oczywistym więc przy tym pozostaje, że postępowanie o udzielenie zamówienia musi się toczyć, gdyż tylko wówczas możliwe jest podejmowanie dalszych czynności związanych z badaniem i oceną ofert.

W sytuacji, gdy zamawiający podejmuje decyzję o unieważnieniu postępowania, czyli znosząc to postępowanie od początku, warunkiem dalszego uczestnictwa oferenta w postępowaniu i posiadania interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, jest skuteczne i terminowe zaskarżenie takiej decyzji. Uprawnienie takie przysługuje oferentowi niezależnie od możliwości zaskarżenia innej decyzji zamawiającego, a więc i takiej jak w rozpatrywanym przypadku - tj. decyzji o odrzuceniu oferty skarżącego.

Zważyć przy tym należy, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób niezwykle formalistyczny regulują kwestie związane z wnoszeniem środków ochrony prawnej. Jednym z przejawów tego formalizmu jest zawitość (nieprzywraćalność) terminów zarówno do wnoszenia takich środków (protest, odwołanie) jak i ich rozpoznawania i rozstrzygania przez zamawiającego. W odniesieniu do tego ostatniego podmiotu przepis art.183 ust.1 PZP zezwala na łączne rozpoznanie protestów złożonych przez kilku uczestników postępowania, ale równocześnie precyzyjnie określa katalog czynności zamawiającego, które mogą być oprotestowane i powinny być łącznie i jednocześnie rozstrzygnięte.

Wszystkie inne czynności zamawiającego podlegają oprotestowaniu w trybie art.183 ust.2 PZP.

Odmienność regulacji obu grup protestów sprowadza się do różnego określenia początku biegu terminu (takiego samego co do czasookresu), w którym zamawiający zobligowany jest do rozstrzygnięcia wniesionych środków zaskarżenia. Niejako wentylem bezpieczeństwa, jest przy tym zapis ust.3 art.183 PZP, który otwiera wykonawcom (uczestnikom) dalszą drogę do wnoszenia środków ochrony prawnej, w przypadku zaniechania rozstrzygnięcia przez zamawiającego (oczywiście z tym zastrzeżeniem, że i skarżący dochowa ustawowego terminu).

W okolicznościach rozpoznawanego przypadku ustalenia Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące terminów rozstrzygnięcia o proteście skarżącego (bądź zaniechania rozstrzygnięcia) przez zamawiającego nie były kwestionowane. Skarżący podnosi jednak, że początek biegu terminu do wniesienia odwołania przypadł na datę, w której został poinformowany przez zamawiającego o rozstrzygnięciu jego protestów dotyczących zarówno odrzucenia jego oferty, jak i unieważnienia postępowania (tj.5 września 2008 r.).

Zasadnie jednak przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, iż uprawnienie skarżącego do wniesienia odwołania od decyzji unieważniającej postępowanie aktualizowało się z chwilą upływu terminu w którym zamawiający protest co do tej czynności winien rozpoznać (unieważnienie postępowania nie mieści się w katalogu czynności zamawiającego, co do których protesty winny być rozstrzygnięte w terminie, którego początek wyznacza ostatni z terminów na wniesienie protestu - por. ust.1 art.183 PZP). W tym przypadku wchodziła bowiem w grę regulacja zawarta w ust.2 art.183 PZP) i bezspornym pozostaje, że zamawiający protestu nie rozstrzygnął merytorycznie w terminie. Późniejsza decyzja zamawiającego nie wywołała już żadnych skutków prawnych, bo z chwilą bezskutecznego upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu - z mocy ustawy (ust.3 art.183) został on

oddalony.

Stąd też odwołanie wniesione zostało po upływie ustawowego terminu.

Odmienny pogląd skarżącego nie znajduje, zdaniem Sądu Okręgowego, uzasadnienia ani w literalnym brzmieniu przepisów, ani też w ich wykładni.

Mając zatem powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 198 PZP.