

POSTANOWIENIE

Dnia 2 kwietnia 2009 r.

Sąd Okręgowy we Wrocławiu X Wydział Gospodarczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Ewa Gonczarek (spr.)

SSO Janusz Kaspryszyn
SSR (del) Paweł Biliński

Protokolant: Anna Prochoń

po rozpoznaniu w dniu 19 marca 2009 r. we Wrocławiu

na rozprawie

sprawy ze skargi SKANSKA S.A. w Warszawie

przy udziale zamawiającego Skarb Państwa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad we Wrocławiu

oraz Konsorcjum Berger Bau Polska sp. z o.o. we Wrocławiu (lider) i Berger Bau GmbH
na skutek skargi wniesionej przez SKANSKA S.A. w Warszawie

od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 20 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/17/09

postanawia:

I. oddalić skargę;

II. zasądzić od SKANSKA S.A. w Warszawie na rzecz Skarbu Państwa Generalna

Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad we Wrocławiu kwotę 1.800 zł tytułem zwrotu

kosztów postępowania skargowego oraz zasądzić od SKANSKA S.A. w Warszawie

na rzecz Konsorcjum Berger Bau Polska sp. z o.o. we Wrocławiu (lider) i Berger Bau

BS.

•\ GmbH kwotę 1.800 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

* i

CN

* i

Sygn. akt X Ga 59/09

UZASADNIENIE

W dniu 6 stycznia 2009 r. SKANSKA S.A. w Warszawie wniosła odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Wzmocnienie drogi krajowej nr 94 na odcinku Mazurowice-Wrocław, etap III Mazurowice-Wilczków ok. km 52+759 do km 57+700 (GDDKiA 0/WR - 335/PN/R/R-2/2008)”. W odwołaniu zarzucono naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3, 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36 ust. 5 i w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 art. 7 oraz art. 180 ust. 7 i art. 181 ust. 6 prawa zamówień publicznych z powodu odrzucenia i oddalenia protestu a także art. 4 ust. 1 ustawy o zmianie prawa zamówień publicznych z dnia 4 września 2008 r. Odwołujący wniósł o wykonanie przez Zamawiającego czynności poprawienia omyłki przez skreślenie w formularzu 3.5 pozycji 3 „Remont i przebudowa przepustów” oraz zawiadomienie protestującego o jej poprawieniu, a następnie powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty SKANSKA S.A. W uzasadnieniu wskazano, iż w niniejszym postępowaniu zamawiający zaniechał dokonania poprawienia w ofercie omyłki, nie pytając uprzednio oferenta czy wyraża zgodę na wykonanie remontu i przebudowy przepustu siłami własnymi. Zaniechanie dokonania poprawienia omyłki uzasadnia odwołanie. Zgodnie z art. 36 ust. 5 prawa zamówień publicznych wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom z wyjątkiem wypadków, gdy ze względu na specyfikę zamówienia zamawiający zastrzeże w SIWZ, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. W świetle prawa zamówień publicznych w niniejszym postępowaniu zakres podwykonawstwa nie stanowił warunku przedmiotowo istotnego oferty i umowy. Zdaniem odwołującego wykonanie przepustów jest typową pracą, która może być wykonywana przez różne podmioty. Zarzucono również, że zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców. Zdaniem odwołującego nieuwzględnienie przez zamawiającego prawa obowiązującego w dacie wykonywania czynności stanowi naruszenie prawa tj. art. 4 ust. 1 ustawy o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych.

Postanowieniem z dnia 20 stycznia 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez SKANSKA S.A. od rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestu z dnia 18 grudnia 2008 r. odrzuciła odwołanie zaś kosztami postępowania obciążyła SKANSKA S.A. W uzasadnieniu wskazano, iż istota problemu sprowadza się do tego czy zamawiający winien wykonać wyrok KIO z dnia 25 listopada 2008 r. poprzez powtórzenie czynności badania i oceny ofert według stanu prawnego obowiązującego w dniu pierwotnego badania i oceny ofert czy też w dniu ponawianej czynności. Czynność odrzucenia oferty nastąpiła w dniu 12 grudnia 2008 r. a zatem po wejściu w życie przepisów nowelizujących. Zamawiający winien zatem wykonać wyrok KIO poprzez powtórzenie czynności badania i oceny ofert według stanu obowiązującego w dniu ponawianej czynności. Skład orzekający Izby wskazał nadto, iż działanie zamawiającego polegające na powtórzeniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej było prawidłowe i zgodne z art. 183 ust. 5 pkt 2 prawa zamówień publicznych.

W dniu 3 lutego 2009 r. skarżący zaskarżył postanowienie z dnia 20 stycznia 2009 r. w pkt 1 i 2 zarzucając naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 36 ust. 5 i w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 7, art. 180 ust. 7 i art. 181 ust. 6, art. 187 ust. 2. 4 i 6 prawa zamówień publicznych oraz art. 4 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie prawa zamówień publicznych. W oparciu o wskazane zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia i zasądzenie kosztów postępowania. W uzasadnieniu wskazano, iż w treści uzasadnienia wyroku KIO nie zostało wskazane, iż oferta złożona przez SKANSKA S.A. podlegała odrzuceniu. Krajowa Izba Odwoławcza nie zajmowała się również zastosowaniem nowych przepisów przy rozstrzygnięciu odwołania. Skoro w dacie ponownej oceny ofert obowiązywały przepisy zmienionej ustawy to zamawiający winien je

stosować. Skarżący wskazywał nadto, iż zgodnie ze znowelizowaną ustawą prawa zamówień publicznych istnieje możliwość poprawiania błędów od momentu wejścia w życie zmienionej ustawy i dotyczy także rozpoczętych wcześniej postępowań. W ocenie skarżącego wskazywany błąd nie miał istotnego wpływu na możliwość wykonania przez niego zamówienia własnymi siłami. Zakres zakwestionowanych robót w stosunku do całości zamówienia stanowi bowiem ich nieznaczny procent. Zaniechanie zamawiającego dokonania poprawy nieistotnej omyłki i odrzucenie oferty skarżącego stanowiło naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 prawa zamówień publicznych. Odrzucenie oferty mogłoby zatem nastąpić dopiero po odmowie wyrażenia zgody lub braku odpowiedzi skarżącego. Zdaniem skarżącego zamawiający w sposób nierówny traktuje wykonawców albowiem oferta Berger Bau nie została odrzucona pomimo dokonania uzupełnienia pozycji kosztorysowych, co było sprzeczne z treścią SIWZ. Skarżący zarzucił nadto naruszenie art. 187 ust. 2, 4 i 6 prawa zamówień publicznych poprzez wyznaczenie rozprawy i wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania podczas gdy odrzucenie nastąpić winno na posiedzeniu niejawnym.

W odpowiedzi na skargę Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu wniosła o oddalenie skargi w całości i zasądzenie kosztów postępowania. W uzasadnieniu wskazano, iż stosownie do treści art. 182 ust. 2 pkt 3 prawa zamówień publicznych w przypadku wniesienia odwołania protest jest rozstrzygnięty ostatecznie z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze lub wyroku Izby. W czasie gdy zamawiający po dokonaniu ponownej oceny ofert odrzucił ofertę SKANSKA S.A., protest Berger Bau Polska Sp. z o.o. i Berger Bau GmbH, zarzucający naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 prawa zamówień publicznych poprzez nieodrzućenie oferty SKANSKA S.A. był już ostatecznie rozstrzygnięty w rozumieniu art. 182 prawa zamówień publicznych. Wskazano ponadto, iż art. 87 ust. 2 prawa zamówień publicznych dotyczy tylko omyłek, za którą nie może być uznana rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ wyrażająca się w oświadczeniu wykonawcy, iż określoną kategorię robót wykonaną przez podwykonawców.

W odpowiedzi na skargę uczestnik postępowania Konsorcjum Firm Berger Bau Polska Sp. z o.o. i Berger Bau GmbH wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie od skarżącego na rzecz uczestnika kosztów postępowania. W uzasadnieniu uczestnik wskazał, iż skarżący zaniechał złożenia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2008 r., co skutkowało uprawomocnieniem tego wyroku. Uczestnik podał, iż skarżący w odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej nie powołał się na art. 87 ust. 2 pkt 3 prawa zamówień publicznych, pomimo, że w momencie orzekania taka możliwość istniała. W ocenie uczestnika odrzucenie odwołania było słuszne ze względu na treść art. 187 ust. 4 pkt 6 prawa zamówień publicznych. Podważanie działań podjętych przez zamawiającego wskutek wydania wyroku przez KIO stanowi zdaniem uczestnika próbę podważenia tego wyroku. Kwestia zdefiniowania przepustów i dopuszczalności wyłączenia tej części zamówienia z zakresu podzlecenia nie może być przedmiotem oceny Sądu Okręgowego, skoro było to już przedmiotem poprzedniego odwołania do KIO. Zdaniem uczestnika zarzut naruszenia procedury jest chybiony albowiem postanowienie KIO z dnia 20 stycznia 2009 r. zapadło na posiedzeniu a więc nie doszło do rozpoznania sprawy na rozprawie.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga podlegała oddaleniu.

Prawidłowo Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie wniesione przez Skanska S.A. w Warszawie od rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestu z dnia 18 grudnia 2008 r. w oparciu o treść art. 187 ust. 1 pkt 6 ustawy prawo zamówień publicznych.

Jak wynika z akt sprawy w dniu 25 października 2008 r. zamawiający uwzględnił protest konsorcjum Berger Bau Polska Sp. z o.o. i Berger Bau GmbH dotyczący czynności wyboru oferty złożonej przez Skanska S.A. Odwołanie wniesione przez Skanska S.A. w zakresie uwzględniającym protest zostało wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej oddalone. Zaznaczyć należy, że w odwołaniu od rozstrzygnięcia protestu złożonego w dniu 28

października 2008 r. odwołujący wskazywał, iż najistotniejszym dla rozstrzygnięcia sporu było zdefiniowanie pojęcia „przepustu” i zakwalifikowania robót związanych z przepustami do branży wodno-kanalizacyjnej. Co istotne, żadna ze stron nie zaskarżyła wyroku KIO z 25 listopada 2008 r.

W dniu 19 grudnia 2008 r. odwołująca zainicjowała postępowanie wnosząc protest na zaniechanie czynności zwrócenia się do protestującego o wyrażenie zgody na poprawienie omyłki oraz zaniechanie poprawienia omyłki oraz na czynności zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty złożonej przez Skanska S.A. i wybór oferty Berger Bau Polska Sp. z o.o. i Berger Bau GmbH działających w konsorcjum. Zamawiający odrzucił protest w dniu 29 grudnia 2008 r. w oparciu o treść art. 181 ust. 7 ustawy prawo zamówień publicznych. Postanowieniem z dnia 20 stycznia 2009r. Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie wniesione przez Skanska S.A.

Stosownie do treści art. 181 ust. 6 ustawy prawo zamówień publicznych, wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego, wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Powyższa regulacja oznacza, że dana czynność zamawiającego nie może być dwukrotnie zaskarżana przez wykonawcę. Czynność wykonana w rezultacie ostatecznego rozstrzygnięcia protestu nie może być następnie kwestionowana przez wykonawcę.

Słusznie zatem podnoszono w odpowiedzi na skargę, iż zamawiający wybierając ofertę Berger Bau Polska Sp. z o.o. i Berger Bau GmbH oraz odrzucając ofertę Skanska S.A. dokonał czynności zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Jak wskazuje się w piśmiennictwie w sytuacji gdy protest wykonawcy na wybór oferty najkorzystniejszej zostanie ostatecznie rozstrzygnięty (bądź na etapie protestu, bądź na etapie odwołania) poprzez jego uwzględnienie, to wykonawca, który złożył ofertę pierwotnie uznaną za najkorzystniejszą, nie może protestować na czynność zamawiającego (ponowną ocenę ofert), wykonaną zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (*por. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007r.*) Nie mogą wobec tego zasługiwać na uwzględnienie zarzuty skargi, iż zarówno w sentencji jak i w uzasadnieniu wyroku KIO z 25 listopada 2008 r. nie wskazano, że oferta złożona przez Skanska S.A.

podlegała odrzuceniu. Wobec treści wskazywanego już art. 181 ust. 6 okoliczność, iż na skutek wyroku z dnia 25 listopada 2008 r. oferta Skanska S.A. nie została odrzucona a podlegała powtórnej ocenie, nie uzasadnia twierdzenia, iż ponowna ocena ofert może być przedmiotem protestu wykonawcy. Wbrew twierdzeniom skarżącej zaniechanie dokonania poprawy omyłek w ofercie nie otwiera dla skarżącej drogi do możliwości skutecznego złożenia protestu a następnie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Skoro bowiem protest został ostatecznie rozstrzygnięty, to obecnie powoływanie się na nowy stan prawny obowiązujący w dniu dokonania przez zamawiającego powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej pozostaje w sprzeczności z art. 181 ust. 6 ustawy prawo zamówień publicznych. Abstrahując od oceny możliwości uznania zapisu w treści oferty skarżącej za omyłkę (w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych), wskazać jedynie należy, jak słusznie podnoszono w odpowiedzi na skargę, iż w gruncie rzeczy spomy zapis w ofercie stanowi oświadczenie wykonawcy. Ponadto nie może ująć uwadze, że zarzuty skargi dotyczące braku sprostowania omyłki w istocie dotyczą kwestii, która była przedmiotem odwołania od rozstrzygnięcia protestu złożonego przez Skanska S.A. w dniu 28 października 2008 r. Podzielić należy stanowisko wyrażone przez uczestnika postępowania w odpowiedzi na skargę, iż kwestia zdefiniowania przepustów i dopuszczalności wyłączenia tej części zamówienia z zakresu podzlecenia nie może być przedmiotem oceny Sądu, skoro stanowiło to przedmiot odwołania do KIO, zakończonego prawomocnym orzeczeniem.

Wskazać również należy, że w skardze na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie odrzucenia odwołania, skarżąca nie może również podnosić zarzutów co do wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty, co skutkowało miało jej zdaniem na naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut skarżącej, iż odrzucenie odwołania,

które Krajowa Izba Odwoławcza orzekła na rozprawie stanowi o naruszeniu przepisów postępowania. Jak wynika z akt sprawy postanowienie z dnia 20 stycznia 2009 r. zapadło na posiedzeniu. Z treści art. 187 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych wynika, iż Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym. Posiedzenie wedle regulacji ustawowej jest z zasady niejawne (por. art. 187 ust. 4), jednakże, jeżeli skład orzekający KIO uzna to za konieczne, może dopuścić do udziału w posiedzeniu niejawnym strony, świadków lub biegłych (art. 187 ust. 5). Zgodnie natomiast z § 17 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, po zamknięciu posiedzenia Izba w zależności od poczynionych ustaleń faktycznych odrzuca odwołanie, umarza postępowanie albo rozpoznaje odwołanie na rozprawie.

Mając powyższe na uwadze skarga jako niezasadna na mocy art. 198 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych podlegała oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 198 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z art. 98 k.p.c.