

Sygn. akt: KIO 578/11

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 29 marca 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 29 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Sprint S.A. Oddział w Gdańsku, ul. Budowlanych 64e, 80-298 Gdańsk** od czynności zamawiającego **Powiatu Częstochowskiego, ul. Jana III Sobieskiego 9, 42-200 Częstochowa**

przy udziale wykonawcy **MAXTO Marcin Staniewski Tomasz Wojewoda Sp. j., ul. Reduta 5, 31-421 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie,**

**2. Kosztami postępowania obciąża Sprint S.A. Oddział w Gdańsku, ul. Budowlanych 64e, 80-298 Gdańsk i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Sprint S.A. Oddział w Gdańsku, ul. Budowlanych 64e, 80-298 Gdańsk.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 Częstochowie**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Powiat Częstochowski - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Zintegrowany system E-powiat Częstochowski”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 grudnia 2010 r., pod numerem 2010/S 208 – 317860.

8 marca 2011 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez MAXTO Marcin Stojewski i Tomasz Wojewoda Sp. j. w Krakowie.

Sprint S.A. w Olsztynie Oddział w Gdańsku wniósł odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 18 marca 2011 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania wynikający z art. 180 ust. 5 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 Pzp przez nie wykonanie czynności nakazanych w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO/104/11 i KIO/105/11;

- art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez bezpodstawne wezwanie do wyjaśnień MAXTO Marcin Stojewski i Tomasz Wojewoda Sp. j., w zakresie, który został wyjaśniony podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą i nie budził już żadnych wątpliwości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wezwania MAXTO Marcin Stojewski i Tomasz Wojewoda Sp. j. do wyjaśnień oraz o dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w wyroku z 31 stycznia 2011r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołania i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert. W uzasadnieniu wyroku Izba w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieodrzućenie oferty MAXTO podzieliła stanowisko odwołującego w zakresie oferowanego monitora LCD oraz szafy typu RACK. Zarzucił, że zamawiający ignorując całkowicie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, wezwał MAXTO do wyjaśnień i na podstawie złożonej informacji dokonał odmiennych ustaleń niż Izba, uznając, że oferta MAXTO nie podlega odrzuceniu oraz wybrał ją, jako najkorzystniejszą.

MAXTO Marcin Stojewski i Tomasz Wojewoda Sp. j. w Krakowie 6 grudnia 2010 r. przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. W czasie posiedzenia złożył wniosek o odrzucenie odwołania.

**Po wysłuchaniu w czasie posiedzenia stanowisk stron i uczestnika (przystępującego) oraz po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania oraz aktami postępowania odwoławczego Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp.

Przywołany przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp stanowi *in principio*, że Izba odrzuca odwołanie, jeśli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, których zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby.

O treści wyroku Izby stanowi § 34 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, zgodnie z którym orzeczenie zawiera:

- 1) rodzaj orzeczenia (wyrok, postanowienie);
- 2) miejsce i datę wydania;
- 3) wskazanie składu orzekającego, protokolanta, stron oraz uczestników postępowania odwoławczego;
- 4) w przypadku wyroku rozstrzygnięcie o żądaniach odwołującego albo odwołujących lub rozstrzygnięcie o karze finansowej, unieważnieniu umowy w całości bądź w części, o skróceniu okresu obowiązywania umowy albo o stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy;
- 5) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego;
- 6) pouczenie o możliwości wniesienia skargi.

Zgodnie z przywołanym przepisem uzasadnienie nie stanowi elementu orzeczenia, tym samym badanie przesłanki odrzucenia odwołania wskazanej w art. 189 ust. 1 pkt 5 Pzp, dotyczyć może wyłącznie treści sentencji, nie zaś stwierdzeń zawartych w uzasadnieniu.

Stosownie do art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp uwzględniając odwołanie, Izba może – jeśli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta – nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego.

Zgodnie z art. 196 ust. 4 Pzp uzasadnienie wyroku zawiera wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenia faktów, które Izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Ustawodawca przesądził zatem, że orzeczenie wskazuje czynności których winien dokonać zamawiający w ramach wykonania wyroku Izby, a uzasadnienie stanowi jedynie wyjaśnienie przyczyn wydania orzeczenia danej treści. Uzasadnienie *de lege lata* nie może być jedynym źródłem wiedzy o czynnościach, które winny być podjęte w celu usunięcia stwierdzonych niezgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynności nakazane zamawiającemu winny być bowiem wskazane w wyroku.

Zważyć należy, że w poprzednio obowiązującym stanie prawnym uzasadnienie stanowiło integralną część orzeczenia (*vide*: § 1. 1. Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 188, poz. 1156) jednak obecnie ustawodawca konsekwentnie rozdzielenie traktuje orzeczenie i uzasadnienie.

Przykładowo § 34 ust. 2 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania ustalił, że orzeczenie oraz uzasadnienie podpisuje skład orzekający, w §33 nakazuje zachowania pozycji stojącej jedynie w czasie odczytania wyroku.

Regulacje aktu niższego rzędu (rozporządzenia), zgodne są z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych – aktu rzędu wyższego – która również w art. 196 ust.1,3 i 5 wyrok i uzasadnienie wymienia oddzielnie.

Ustawodawca wprowadzając ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz.1778) nowe regulacje dotyczące procedury odwoławczej zbliżył ją kształtem do cywilnej procedury sądowej, również w zakresie treści orzeczenia (*vide*: art. 325, 328 k.p.c.).

Trafnie też podniósł przystępujący, że szczególne znaczenie w tej kwestii uzyskuje art. 197 ust. 2 Pzp, nakazujący załączenie do wniosku o stwierdzenie wykonalności orzeczenia Izby w oryginale lub poświadczonego przez Prezesa Izby odpisu orzeczenia, nie zaś uzasadnienia.

Powyższe urzeczywistnia realizację zawartą w art. 197 ust.1 Pzp zasady zrównaniu orzeczenia Izby, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, z wyrokiem sądu. Wskazać trzeba w tym miejscu, że na postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2003 r. sygn. akt V CZ 108/03 „Rozstrzygnięcie o żądaniach stron może nastąpić tylko w sentencji wyroku (art. 325 kp.c), a nie w uzasadnieniu, którego przedmiotem jest wskazanie podstawy faktycznej i wyjaśnienie podstawy wyroku z przytoczeniem przepisów prawa (art. 328 § 2 kp.c).”.

Prezentowana teza znajduje potwierdzenie w wyrokach Sądów Okręgowych, przykładowo:

1. "w rozpoznawanej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez Konsorcjum (...) i nakazała Zamawiającemu, (...) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym oferty skarżącego Konsorcjum. Nie ulega zatem wątpliwości, że rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, które zostało wyraźnie wyartykułowane w sentencji zaskarżonego wyroku, było wyłącznie

nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert - jako jedyne rozstrzygnięcia zawartego w zaskarżonym wyroku. Skoro zatem skarżący zaskarżył w istocie stwierdzenia KIO zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku a dot. zgodności oferty z SIWZ, to uznać należy, iż wniesiona przezeń skarga nie dotyczy rozstrzygnięcia, lecz uzasadnienia. Inaczej sytuacja wyglądałaby, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygnęła kategorycznie o niezgodności oferty skarżącego z SIWZ i znalazłoby to odzwierciedlenie w sentencji wyroku. Tymczasem Krajowa Izba Odwoławcza nie tylko nie wydała takiego rozstrzygnięcia, ale przeciwnie - nakazała ponowne badanie i ocenianie ofert - postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 25 kwietnia 2008 r. sygn. akt X Ga 85/08;

2. „(...) wskazać należy, że sentencja zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej nie zawierała nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty (...). Tymczasem zgodnie z art. 198a ust. 1 Pzp skargę wnosi się na orzeczenia Izby, a zatem nie na poglądy wyrażone w jego uzasadnieniu. Brak zamieszczenia określonego rozstrzygnięcia winien być usunięty w trybie wniosku o uzupełnienie orzeczenia. Skoro wniosek taki nie został złożony i orzeczenie nie zostało uzupełnione, to obecnie nie jest dopuszczalne wnoszenie skargi na rozstrzygnięcia, które nie znalazły się w wyroku – wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 28 października 2010 r. sygn. akt X Ga 338/10 – *niepubl.*;

Izba stwierdziła, że odwołujący nie kwestionuje wyroku Izby, a jedynie przedstawia własną interpretację jego uzasadnienia, co z powołanych wyżej przyczyn uzasadnia odrzucenie odwołania.

Izba nie podziela również dokonanej przez odwołującego interpretacji uzasadnienia.

Wyrokiem z dnia 31 stycznia 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołania wniesione przez odwołującego (KIO 104/11) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TBD - POLSKA S.A., R - DATA Sp. z o. o, (KIO 105/11) i w obu punktach sentencji nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert. W uzasadnieniu wyroku w części dotyczących zarzutów odwołującego, Izba uznała, że nie znalazły one potwierdzenia i nie nakazała odrzucenia oferty przystępującego, czego domagał się odwołujący.

Natomiast w uzasadnieniu wyroku w części zarzutów kierowanych wobec oferty przystępującego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TBD - POLSKA S.A., R - DATA Sp. z o. o w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba, mając na uwadze stan rzeczy ustalony w toku postępowania, podzieliła stanowisko odwołującego, jednak, uwzględniając odwołanie nakazała zamawiającemu wyłącznie powtórzenie czynności badania i oceny ofert, pominięciem żądanego wykluczenia przystępującego.

Również w treści uzasadnienia Izba nie nakazała zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego, ani nie wskazała wprost, że w toku powtórzonej czynności badania i oceny ofert zamawiający nie jest uprawniony do tego, aby skorzystać z trybu wskazanego w art. 87 ust. 1 Pzp. Izba nie wskazała na brak podstaw do dokonania przez przystępującego wyjaśnień treści swej oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Wskazała na potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp i stosownie do tego nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert.

Art. 87 ust. 1 Pzp stanowi element procedury badania i oceny ofert, służy wyjaśnieniu przez wykonawcę treści swego oświadczenia woli. Jego prawidłowe użycie sprowadza się do wykładni użytych sformułowań, zatem użycie w treści uzupełnienia sformułowania „nie podlega uzupełnieniu”, nie wyłącza wyjaśnienia elementów oferty przystępującego, które istniały i zostały zaoferowane w postępowaniu, lecz treść oferty nie jest jednoznaczna.

Podkreślić trzeba, że odwołujący nie był uczestnikiem postępowania odwoławczego o sygn. KIO 105/11, zatem pozbawił się sam możliwości kwestionowania orzeczenia w tej części w drodze kontroli sądowej lub przez złożenie wniosku o jego uzupełnienie w trybie art. 196 ust. 6 Pzp.

Art. 192 ust. 7 ustanawia zakaz orzekania, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzut stanowi wskazanie czynności lub zaniechań zamawiającego oraz uzasadniających je okoliczności faktycznych i prawnych. Zarzuty odwołania sprowadzają się w istocie do odwołania się do uzasadnienia orzeczenia, co z przywołanych wyżej powodów nie może być uwzględnione i przynieść skutku w postaci skierowania odwołania na rozprawę.

Nietrafnie powołał odwołujący wyrok Izby o sygn. akt KIO/UZP 2098/10. Orzeczenie to zapadło w odniesieniu do powtórzonej czynności oceny ofert w wyniku wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1726/10, w którym Izba uwzględniła odwołanie, nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu. Po wtóre wskazanie uchybień zamawiającego oraz niedopuszczalność ponawiania czynności w postępowaniu został w jego uzasadnieniu wskazany w sposób nie pozwalający na dowolność interpretacyjną.

Podkreślić też trzeba, że w samej sentencji przywołanego wyroku o sygn. akt KIO/UZP 2098/10 Izba wskazała szczegółowo zakres nakazanych czynności, w tym nakazała wykluczenie konkretnego wykonawcy.

*Ratio legis* art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp jest uniemożliwienie wtórnej kontroli czynności zamawiającego objętych uprzednio wydanym orzeczeniem Izby. Współ z pozostałymi przesłankami odrzucenia odwołania wskazanymi w art. 189 ust. 2 Pzp regulacja ta zapewnia

szybkość i efektywność procedury odwoławczej. Koreluje to z postulatem wydatkowania środków publicznych terminowo oraz zgodnie z planem.

Przywołane rozumienie treści sentencji nakazującej zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru i oceny ofert znajduje potwierdzenie w przywołanych wyżej orzeczeniach sądów powszechnych

Izba stwierdziła, że zamawiający nie odrzucając oferty przystępującego powtórzył czynność badania i ceny ofert zgodnie z treścią wyroku z 31 stycznia 2011 r..

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp odrzuciła odwołanie, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

Izba nie uwzględniła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego żądanych przez niego w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, z uwagi na brak przedłożenia rachunku wymaganego w § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....