

Sygn. akt: KIO/UZP 1780/09

**WYROK**  
z dnia 26 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska - Maziarz

**Członkowie:** Małgorzata Stręciwilk  
Ryszard Tetzlaff

**Protokolant:** Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SOBET S.A., 49-305 Brzeg, ul. Starobrzeska 67** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Marcinowice, 58-124 Marcinowice, ul. Juliana Tuwima 2** protestu z dnia 12 listopada 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Włodzimierz Kowalczyk, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Konstrukcyjno – Budowlane "INKOBUD", 59-500 Złotoryja, ul. Legnicka 37** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża **SOBET S.A., 49-305 Brzeg, ul. Starobrzeska 67**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SOBET S.A., 49-305 Brzeg, ul. Starobrzieszka 67,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 556 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SOBET S.A., 49-305 Brzeg, ul. Starobrzieszka 67.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej na terenie gminy Marcinowice”, wykonawca SOBET S.A., zwany dalej protestującym lub odwołującym złożył protest na czynności podjęte oraz czynność zaniechaną przez zamawiającego - Gminę Marcinowice polegające na:

1. wykluczeniu protestującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - dalej zwanej ustawą Pzp,
2. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez „INKOBUD” Włodzimierz Kowalczyk,
3. zaniechaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, czym zamawiający naruszył wskazane przepisy, a dodatkowo zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wykluczył protestującego ze względu na fakt, że ten nie uzupełnił dokumentu w formie wymaganego oryginału referencji.

Protestujący podał, że złożył w ofercie referencje wydane przez Hydrobudowę-6 S.A., które potwierdzają należyte wykonanie robót budowlanych zgodnie z wymogiem zamawiającego, co czyni postępowanie zamawiającego niezrozumiałym.

Stwierdził, że twierdzenie zamawiającego, iż protestujący nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w formie wymaganego oryginału referencji jest twierdzeniem chybionym i niezgodnym z przepisami prawa.

Wskazał na Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz

form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605 z późn. zm.), tj. § 4 pkt 1, z którego wynika, że „dokumenty są składane w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę” wyjaśniając, że do oferty załączył kopię referencji poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, co jest zgodne z tym przepisem.

Dodał, że przedłożona kopia referencji jest czytelna i nie zawiera żadnych błędów, a jej autentyczność została potwierdzona przez protestującego w złożonym oświadczeniu zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Podniósł także, że pomimo żądania przez zamawiającego oryginału referencji, co jest czynnością przekraczającą potrzeby zamówienia oraz stanowiącą naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przedłożył zamawiającemu żądany oryginał referencji, zaznaczając, że w chwili podejmowania decyzji o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, tj. 04.11.2009 r. zamawiający był w posiadaniu oryginału żądanych referencji.

Wskazał nadto, że zapisy specyfikacji nie powinny mieć zastosowania, gdy nakładają na zamawiającego obowiązki sprzeczne z treścią ustawy.

Stwierdził, że nie uwzględnienie protestu może doprowadzić do zawarcia umowy z mocy prawa nieważnej (art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp).

Protestujący zażądał:

1. unieważnienia czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez „INKOBUD”,
3. dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,
4. ponowny wybór oferty najkorzystniejszej jaką jest oferta złożona przez protestującego.

Zamawiający protest odrzucił, powołując się na przepis art. 180 ust. 3 ustawy Pzp i fakt, że na dzień rozstrzygnięcia protestu, ze względu na nie przedłużenie ważności wadium i nie wniesienie nowego wadium protestujący SOBET S.A nie jest uprawniony do udziału w postępowaniu (oferta wykonawcy zabezpieczona była gwarancją ubezpieczeniową z dnia 13.10.2009 r. nr 3018499/8401 do dnia 13.11.2009 r., zaś wykonawca wniósł protest w dniu 12.11.2009 r.)

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację zawartą w proteście. Dodatkowo zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp oraz zażądał, aby obciążyć zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych na rozprawie.

Wskazał, że art. 180 ust. 7 ustawy Pzp z przesłanką dotyczącą podmiotu nieuprawnionego do wniesienia protestu wiąże ustalenia osoby, która wniosła protest i nie jest do tego uprawniona; chodzi tutaj o osobę, która nie leży w kręgu „innych osób”

uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jak również o osobę, która nie posiada właściwego umocowania do składania oświadczeń woli w imieniu podmiotu wymienionego w art. 179 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Podniósł, że wskazany artykuł dotyczy między innymi odrzucenia protestu wniesionego przez podmiot nieuprawniony, zaś wniesienie protestu nastąpiło dnia 12.11.2009 r., czyli w dniu, kiedy oferta była skutecznie zabezpieczona wadium.

Ocecił, że stanowisko zamawiającego, iż brak zabezpieczenia oferty wadium na dzień rozstrzygnięcia protestu powoduje odrzucenie złożonego protestu jest nadinterpretacją prawa, ponieważ przepis dotyczy momentu złożenia protestu, a nie terminu jego rozstrzygnięcia.

Podniósł, że to zamawiający był zobowiązany art. 180 ust. 2a do wezwania wykonawców do przedłużenia ważności wadium albo do wniesienia nowego wadium.

Ocecił, że w zaistniałej sytuacji zamawiający mógł celowo uchybić temu obowiązkowi i na skutek tego odrzucić złożony protest.

Na podstawie treści SIWZ, gwarancji wadialnej z dnia 13.10.2009 r. nr 3018499/8401, wystawionej przez HDI - Gerling Polska Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., złożonej przez odwołującego wraz z ofertą, pisma zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 04.11.2009 r. (znak: OR/ZP/341/7/W/09.), Aneksu nr 1 do w/w gwarancji, oświadczeń i stanowisk stron, a także przystępującego, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania protestacyjnego i odwoławczego oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Poddanie przez Izbę merytorycznej ocenie podniesionych w proteście i odwołaniu zarzutów odnośnie czynności i zaniechań zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi być poprzedzone ustaleniem przez Izbę, że wykonawca wnoszący wskazane środki ochrony prawnej legitymuje się interesem prawnym, o którym mowa w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Badanie zatem istnienia interesu prawnego po stronie odwołującego się wykonawcy musi być dokonane zarówno w odniesieniu do etapu wniesienia protestu, jak i etapu wniesienia odwołania.

W przedmiotowej sprawie Izba ustaliła, że wykonawca Sobet S.A. posiadał interes prawny do wniesienia protestu, utracił go jednak na etapie wniesienia odwołania.

Utrata interesu prawnego w tym przypadku jest wynikiem utraty w dniu 14.11.2009 r. zabezpieczenia nadal ważnej oferty złożonej przez tego wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak bowiem Izba ustaliła, Sobet S.A. zabezpieczył swoją ofertę wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, której ważność upłynęła 13.11.2009 r.

Oferta tego wykonawcy jest nadal ważna. Trzydziestodniowy termin związania ofertą, wskazany przez zamawiającego w pkt. 21 SIWZ upłynąłby 12.11.2009 r., gdyby nie to, że uległ on w tym właśnie dniu zawieszeniu w następstwie wniesienia przez odwołującego w tym dniu protestu.

Izba uznała, że przepis art. 111 § 2 k.c. nie będzie miał w tym przypadku zastosowania, ponieważ brak jest w przepisie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp oznaczenia terminu zawieszenia w dniach. Zdarzeniem, które zawiesza termin związania ofertą jest złożenie protestu, jednak okres tego zawieszenia został oznaczony nie w dniach, ale jako nieokreślony, nieoznaczony czas do ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

Oznacza to, iż w dniu następnym po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu oferta odwołującego się będzie jeszcze w tym dniu ważna.

O ile zatem przyznać należy rację odwołującemu co do tego, że posiadał on interes prawny w dniu wniesienia protestu, tj. 12.11.2009 r., kiedy jego oferta była jeszcze zabezpieczona wadium, o tyle brak jest podstaw do uznania, że interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia Sobet S.A. posiadał w dniu wniesienia odwołania, tj. 25.11.2009 r.

Brak zabezpieczenia oferty wadium oznacza ustawowo niedopuszczalny wybór takiej oferty jako najkorzystniejszej, a zatem odwołujący się, który musi podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, nie ma szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, co przesądza o niemożliwości naruszenia interesu prawnego tego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia na „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej na terenie gminy Marcinowice”.

To, że HDI - Gerling Polska Towarzystwo Ubezpieczeń S.A w dniu 20.11.2009 r. aneksem nr 1 przedłużyło ważność gwarancji do dnia 14.12.2009 r., oraz że objęło tym aneksem okres, który już upłynął (14.11.2009 r. - 19.11.2009 r.) nie zmienia faktu, że w dniach od 14.11.2009 r. do 19.11.2009 r. złożona przez odwołującego oferta nie była zabezpieczona wadium, ponieważ warunkiem prawidłowego, skutecznego wniesienia wadium jest złożenie zamawiającemu dokumentu wadium (w tym przypadku aneksu nr 1) przed upływem pierwotnego terminu ważności wadium, tj. w tym przypadku najpóźniej w dniu 13.11.2009 r.

Utrata zaś ciągłości zabezpieczenia oferty wadium w tym przypadku oznacza, że oferta nie była zabezpieczona wadium w całym okresie jej związania.

Nie ma można zastosować przepisu art. 46 ust. 3 ustawy Pzp (zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium), ponieważ w rozpoznawanym przypadku nie mamy do czynienia z sytuacją zwrotu wadium przez zamawiającego w następstwie wniosku wykonawcy, o którym mowa w art. 45 ust. 2 ustawy Pzp.

Przepis art. 46 ust. 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku, gdy zamawiający zwrócił odwołującemu wadium, co

nie odpowiada rozpoznawanemu stanowi faktycznemu. Zamawiający nie zwróci bowiem odwołującemu wadium. Wadium to utraciło po prostu swoją ważność (upłynął termin ważności gwarancji ubezpieczeniowej), na co zamawiający nie miał żadnego wpływu. Odwołujący zaś, mając tego świadomość, a także mając na względzie korzystanie z prawa do środków ochrony prawnej, które uzależnione jest od wykazania na każdym etapie (protest, odwołanie, czy też skarga) potencjalnych choćby możliwości w uzyskaniu zamówienia (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp), powinien był czuwać nad zabezpieczeniem swojej oferty.

W ocenie składu orzekającego Izby rozszerzająca wykładnia przepisu art. 46 ustawy Pzp, jak chciałby tego odwołujący, sprowadzająca się istotnie do generalnego wniosku, że przerwanie okresu zabezpieczenia oferty wadium jest możliwa nie jest dopuszczalna.

Odnosząc się do argumentu odwołującego, iż obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z przepisu art. 181 ust. 2a ustawy Pzp było wezwanie go do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, Izba wskazuje, iż zamawiający w tym przypadku obowiązkowi temu w ogóle nie był w stanie sprostać, ponieważ protest został wniesiony 12.11.2009 r., a zatem później niż 7 dni przed upływem ważności wadium, które w tym postępowaniu winny być ważne również do 12.11.2009 r.

W ocenie Izby w przypadku, gdy możliwość wniesienia protestu w danym postępowaniu przypada w czasie krótszym niż wskazany powyżej, obowiązek monitorowania, czy oferta jest zabezpieczona wadium obciąża wykonawców, ponieważ obowiązkiem zamawiającego nie jest zakładać, że prowadzi postępowanie z naruszeniem przepisów prawa, wobec czego wykonawcy będą składać środki ochrony prawnej, zaś obowiązkiem wykonawców jest znać przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, regulującej postępowanie o zamówienie publiczne, w którym biorą oni udział.

W takim przypadku zamawiający jedynie mógł zasygnalizować wykonawcom potrzebę przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowych, zwracając uwagę na konsekwencje tego zaniechania, co Izba ocenia jako pożądane.

Izba ustaliła nadto, że pismem z dnia 04.11.2009 r. (znak: OR/ZP/341/7/PT/07), doręczonym w dniu 05.11.2009 r. wraz z zawiadomieniem o wynikach postępowania zamawiający wezwał wszystkich wykonawców, z wyjątkiem odwołującego i Przedsiębiorstwa Drogowego „Kontrakt” Sp. z o.o., który podobnie jak odwołujący w dniu 05.11.2009 r. został poinformowany o wyeliminowaniu jego oferty z postępowania, na podstawie przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp do przedłużenia terminu związania ofertą o 30 dni, tj. do dnia 14.12.2009 r.

Zaniechania zamawiającego, polegające na braku skierowania do odwołującego pisma wzywającego do przedłużenia terminu związania ofertą, w którym poinformowano wykonawców o tym, że zgoda wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalna tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, odwołujący w złożonych środkach ochrony prawnej nie zakwestionował.

Wobec zakazu orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście (art. 191 ust. 3 ustawy Pzp), Izba nie może rozpoznać zarzutu odnośnie powyższego zaniechania zamawiającego pod kątem jego skutków dla ważności umowy (art. 146 ust. 1 ustawy Pzp) zawartej w wyniku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie przepisu art. 191 ust.1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Wobec wniesienia przez Odwołującego wpisu w wysokości przekraczającej kwotę wymaganą Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.) Izba orzekając o kosztach rozliczyła kwotę 20 000,00 zł, tj. pełną kwotę wniesioną przez odwołującego.

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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....



