

Sygn. akt. KIO/UZP 274/08

**WYROK**  
**z dnia 11 kwietnia 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Jolanta Markowska**

**Członkowie:** **Ewa Marcjoniak**  
**Lubomira Matczak-Mazuś**

**Protokolant:** **Natalia Mierzicka**

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie\* w dniu / w dniach\* 11.04.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Sprint Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie Oddział w Bydgoszczy, ul. Przemysłowa 15, Bydgoszcz** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Port Lotniczy Bydgoszcz S.A., ul. Grodzka 12, Bydgoszcz** protestu / protestów\* z dnia 07.03.2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża Sprint Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie Oddział w Bydgoszczy, ul. Przemysłowa 15, Bydgoszcz**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Sprint Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie Oddział w Bydgoszczy, ul. Przemysłowa 15, Bydgoszcz,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Sprint Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie Oddział w Bydgoszczy, ul. Przemysłowa 15, Bydgoszcz** na rzecz **Portu Lotniczego Bydgoszcz S.A., ul. Grodzka 12, Bydgoszcz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa prawnego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Sprint Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie Oddział w Bydgoszczy, ul. Przemysłowa 15, Bydgoszcz.**

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

Zamawiający - Port Lotniczy Bydgoszcz S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pod nazwą „*Budowa ogrodzenia i bram wraz z elektronicznym systemem wykrywania naruszenia chronionego obszaru – system ochrony perymetrycznej.*” W dniu 04.10.2007r. w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1000/2007 pod poz. 184585 ukazało się ogłoszenie o zamówieniu. W tym też dniu Zamawiający udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia na swojej stronie internetowej.

W dniu 29.02.2008r. Zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu, w tym Odwołującego – Sprint Sp. z o.o., o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia wskazał, iż w toku postępowania doszło do naruszenia przepisów art. 181 ust. 2a, art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania. Naruszenia te polegały na:

- zbyt późnym wezwaniu wykonawców do przedłużenia ważności wadium, skutkiem czego było odrzucenie najkorzystniejszej oferty oraz niewykluczenie z postępowania wykonawców podlegających wykluczeniu,

- wykluczeniu wykonawcy Alstal – Budownictwo Alojzy Szczupak z postępowania, bez uprzedniego wezwania go do uzupełnienia brakującego dokumentu, przy czym oferta tego wykonawcy była najkorzystniejszą ze wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu,
- nie wykluczeniu z postępowania 3 wykonawców, których oferty nie były zabezpieczone wadium przez kilka dni w trakcie postępowania.

Ponadto Zamawiający podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu upłynął termin związania ofertą, a zatem Zamawiający nie ma możliwości konwalidowania popełnionych błędów.

W dniu 07.03.2008r. Sprint Sp. z o.o. wniosła protest (pismo z dnia 06.03.2008r.) wobec czynności Zamawiającego, polegających na:

- unieważnieniu postępowania - poprzez uznanie, że zachodzą przesłanki przewidziane w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w związku z dokonaną przez Zamawiającego oceną przebiegu postępowania, iż naruszenie art. 181 ust. 2 a ustawy Pzp, miało wpływ na wynik postępowania,

Odwołujący zarzucił w proteście naruszenie przez Zamawiającego:

1. **art. 94 ust. 1** ustawy Pzp poprzez nie zawarcie z Odwołującym umowy w sprawie zamówienia publicznego,
2. **art. 146 ust. 1 pkt 6** ustawy Pzp poprzez uznanie, że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp tj. art. 181 ust. 2a i art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik tego postępowania, co w konsekwencji skutkowało rażącym naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,
3. **art. 7 ust. 1 i 3** ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego Zamawiający nie podpisał umowy o udzielenie zamówienia publicznego ze Sprint Sp. z o.o. i unieważnił postępowanie.

oraz wniósł o:

1. zachowanie zasady uczciwej konkurencji,
2. uchylenie czynności unieważnienia postępowania,
3. podpisanie umowy o udzielenie zamówienia publicznego ze Sprint Sp. z o.o.

W uzasadnieniu Odwołujący stwierdził, że wykluczenie wykonawcy Alstal – Budownictwo Alojzy Szczupak nie ma żadnego związku przyczynowo – skutkowego z naruszeniem art. 181 ust. 2a ustawy Pzp, ponieważ wykluczenie wykonawcy nastąpiło przed upływem ważności wadium. Nie miało także znaczenia dla wyniku postępowania niewezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu. Wykonawca podlegał bowiem wykluczeniu ze względu na inną przyczynę uzasadniającą wykluczenie wykonawcy tj. brak koncesji MSWiA na prowadzenie działalności w zakresie usług ochrony mienia realizowanych w formie

zabezpieczenia technicznego, co oznacza jednocześnie, że wykonawca Alstal – Budownictwo Alojzy Szczupak złożył w ofercie nieprawdziwe oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał przy tym, że jego oferta była zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą. Wszystkie pozostałe oferty po odrzuceniu oferty Alstal – Budownictwo Alojzy Szczupak miały wyższą cenę, więc ich odrzucenie z powodu braku ciągłości wadium nie miało znaczenia dla wyniku postępowania.

W dniu 20.03.2008r., wobec braku rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego w ustawowym terminie, Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie (pismo z dnia 19.03.2008r.), w którym podtrzymał zarzuty i argumentację, zawarte w proteście oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. uchylenia czynności unieważnienia postępowania,
2. równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji,
3. podpisania umowy o udzielenie zamówienia publicznego ze Sprint Sp. z o.o.

W trakcie rozprawy Odwołujący zreasumował powyższe wnioski, oświadczając, że wnioski zawarte w pkt 2 i 3 stanowią skutek wniosku o uchylenie czynności unieważnienia postępowania i zawierają się w treści tego wniosku.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację akt sprawy oraz wyjaśnienia stron, złożone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała za zasadne unieważnienie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający był zobowiązany zgodnie z art. 181 ust. 2a ustawy Pzp do wezwania wykonawców uczestniczących w postępowaniu do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium, na co najmniej 7 dni przed upływem terminu ważności wadium. Termin ważności wadium, wniesionego w celu zabezpieczenia oferty, upływał w przypadku oferty złożonej przez Agat Sp. z o.o. w dniu 11.12.2007r., w przypadku ofert złożonych przez Elektrotim S.A. oraz Centrum Badawczo-Produkcyjno-Usługowe „Cecomm” S.A. i Sprint Sp. z o.o. w dniu 12.12.2007r. Oferta wykonawcy Alstal-Budownictwo Alojzy Szczupak była zabezpieczona wadium do dnia 15.12.2007r.

Zamawiający powiadomił wykonawców o konieczności przedłużenia ważności wadium, pismem z dnia 12.12.2007r., co stanowi naruszenie obowiązku wynikającego z art. 181 ust. 2 a ustawy Pzp. Wykonawca Sprint Sp. z o.o. przedłużył wadium z własnej inicjatywy, w wyniku czego oferta tego wykonawcy jest zabezpieczona wadium (gwarancja ubezpieczeniowa z dnia 6 listopada 2007r.) w trakcie całego postępowania, tj. ważnym do

dnia 12.04.2008r. Wykonawca Alstal-Budownictwo Alojzy Szczupak nie przedłużył wadium, natomiast pozostali wykonawcy przedłużyli wadium w dniu 17.12.2007r. Wykonawca Alstal – Budownictwo Alojzy Szczupak został w dniu 19.12.2007r. wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z powodu braku wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą oraz na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, faktycznie w wyniku nie złożenia dokumentu potwierdzającego posiadanie tajnej kancelarii (pkt 6.7 lit. c siwz) przez podwykonawcę firmę Pointel Sp. z o.o., wskazaną w ofercie, któremu firma Alstal – Budownictwo Alojzy Szczupak zamierzała powierzyć 49 % robót elektrycznych, w tym w zakresie ochrony perymetrycznej.

W dniu 19.12.2007r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sprint Sp. z o.o. i o odrzuceniu oferty Alstal – Budownictwo Alojzy Szczupak na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Na decyzję tę wniósł protest wykonawca Elektrotim S.A. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Sprint Sp. z o.o. zostało przekazane wykonawcom ponownie pismem z dnia 23.01.2008r. W wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia wszystkich protestów wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego został podtrzymany.

W powyższym stanie faktycznym, w ocenie Izby doszło do rażącego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. poprzez dokonanie oceny merytorycznej dwóch ofert: złożonej przez Agat Sp. z o.o. oraz Elektrotim S.A., tj. przez wykonawców, którzy podlegali wykluczeniu, ponieważ ich oferty nie były zabezpieczone wadium przez cały okres związania ofertą. Zamawiający miał obowiązek wykluczenia z postępowania wskazanych powyżej wykonawców, a oferty złożone przez tych wykonawców nie powinny być oceniane w tym postępowaniu. Dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z rażącym naruszeniem przepisów ustawy stanowi przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp,

Zważywszy, że nie jest prawem Zamawiającego, lecz jego obowiązkiem unieważnienie postępowania w przypadkach wskazanych w ustawie Prawo zamówień publicznych, Izba uznała za zasadne unieważnienie przedmiotowego postępowania.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Zamawiający, w decyzji o unieważnieniu postępowania, nieprawidłowo wskazał okoliczności, które skutkują unieważnieniem postępowania jako przesłanka nieważności umowy, określona w art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp tj. art. 181 ust. 2a i art. 24 ust. 2 pkt 4, nie budzi wątpliwości w świetle dokumentacji postępowania i wyjaśnień stron złożonych na rozprawie. Uznane przez strony za bezsporne, zaniechanie przez

Zamawiającego obowiązku wynikającego z ww. przepisów jest w ocenie KIO rażącym naruszeniem przepisów ustawy, skutkującym brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy. Powyższe stanowi bezwzględną przesłankę unieważnienia postępowania. Nie jest przy tym istotne czy owo rażące naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Izba zauważyła na marginesie, że okoliczności podnoszone przez Zamawiającego podczas rozprawy wskazują, że dopuścił się on innych, istotnych uchybień w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zamieszczenia na własnej stronie internetowej zaplanowanych kosztów inwestycji, niezamierzonego przekształcenia koncepcji inwestycji w jej projekt, wskazania z nazwy producenta i marki systemu perymetrycznego oraz wątpliwości co do prawidłowości ustalenia wartości zamówienia.

Argumentacja Odwołującego w zakresie podstawy wykluczenia wykonawcy Alstal – Budownictwo Alojzy Szczupak tj. braku koncesji MSWiA na prowadzenie działalności w zakresie usług ochrony mienia w formie zabezpieczenia technicznego, a także dotycząca złożenia przez ww. wykonawcę nieprawdziwego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, nie ma w ocenie Izby znaczenia w niniejszej sprawie z uwagi na ostateczność decyzji Zamawiającego o wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania. Ponadto, zarzut powyższy był podnoszony w ostatecznie rozstrzygniętym proteście z dnia 5.12.2007r., a zatem nie mógł być przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 94 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zawarcie z Odwołującym umowy w sprawie zamówienia publicznego tj. przed upływem terminu związania ofertą. Bezsporne jest w niniejszej sprawie, że umowa o przedmiotowe zamówienie publiczne nie została zawarta, a do upływu terminu związania ofertą pozostało 16 dni.

Odwołujący nie wskazał w proteście i w odwołaniu, ani też w toku rozprawy żadnych okoliczności na poparcie tezy dotyczącej naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zaniechanie unieważnienia postępowania przez Zamawiającego wobec wskazanych powyżej wad postępowania byłoby wyrazem nierównego traktowania wykonawców. Brak jest zatem podstaw do uznania, iż unieważnienie przedmiotowego postępowania i nie podpisanie umowy o udzielenie zamówienia publicznego stanowi wyraz niezachowania przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Stosownie do treści przepisu art. 191 ust. 5 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza nie może nakazać zawarcia umowy. Zatem żądanie Odwołującego w tym zakresie nie znajduje podstawy w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia 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) tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 Bydgoszczy.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*