

Sygn. akt: KIO 1060/13

WYROK

z dnia 21 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2013 r. przez wykonawcę **H..... M..... S..... -N.....** prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą **S.....-N..... H..... M..... Zakład Usługowo-Handlowy „BUD HANEX”** z siedzibą w Kórniku, 62-035 Kórnik, ul. Wojska Polskiego 18 w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kórnik, 62-035 Kórnik, Plac Niepodległości 1,**

przy udziale wykonawcy **K..... K.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Firma Robót Drogowych K..... K.....** z siedzibą w miejscowości **Kijewo 36B, 63-000 Środa Wielkopolska** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1060/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę H..... M..... S..... -N..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą S.....-N..... H..... M..... Zakład Usługowo-Handlowy „BUD HANEX” z siedzibą w Kórniku, 62-035 Kórnik, ul. Wojska Polskiego 18 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę H..... M..... S.....-N..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą S.....-N..... H..... M..... Zakład Usługowo-Handlowy „BUD HANEX” z siedzibą w Kórniku, 62-035 Kórnik, ul. Wojska Polskiego 18 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **H..... M..... S.....-N.....** prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą **S.....-N..... H..... M..... Zakład Usługowo-Handlowy „BUD HANEX” z siedzibą w Kórniku, 62-035 Kórnik,**
ul. Wojska Polskiego 18 na rzecz **Gminy Kórnik – Urząd Miejski w Kórniku, 62-035 Kórnik, Plac Niepodległości 1** kwotę **107 zł 90 gr** (słownie: sto siedem złotych dziewięćdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów dojazdu pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu**.

Przewodniczący:

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

Gmina Kórnik, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Utrzymanie dróg bitumicznych i poboczy na terenie gminy Kórnik w roku 2013”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 15 lutego 2013 r., poz. 62846.

W dniu 30 kwietnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę H..... M..... S.....-N..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą S.....-N..... H..... M..... Zakład Usługowo-Handlowy „BUD HANEX” z siedzibą w Kórniku, zwaną dalej „odwołującym”, o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W dniu 6 maja 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 6 maja 2013 r.), zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezgodne z ustawą wykluczenie odwołującego,
2. art. 85 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą,
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wykluczenia odwołującego oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego,
2. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej wskazanej przez zamawiającego,
3. dokonanie czynności powtórnego badania i oceny ofert,
4. dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in.:

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż zamawiający dnia 13 marca 2013 r. dokonał rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania, jednocześnie odrzucając ofertę odwołującego. Odwołujący skierował sprawę do Krajowej Izby Odwoławczej, która uwzględniła jego zarzuty wydając wyrok w dniu 2 kwietnia 2013 r.,

sygn. akt KIO 614/13 i nakazując zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, czynność odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, a następnie powtórzyć czynność badania i oceny ofert. Po dokonaniu ponownej oceny ofert zamawiający w dniu 30 kwietnia 2013 r. poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jako podstawę wykluczenia podając nieprzedłużenie terminu związania ofertą przez odwołującego. Tymczasem zamawiający, w wyniku wyroku Izby, był zobligowany do dokonania ponownej oceny i badania ofert. Jeśli upływ terminu związania ofertą nastąpił w toku prowadzonej przez zamawiającego procedury, a postępowanie nie zostało przez zamawiającego w tym terminie rozstrzygnięte, zamawiający ma obowiązek w świetle przepisu art. 85 ust 2 ustawy Pzp zwrócić się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wybór najkorzystniejszej oferty. Przyjęcie odmiennej interpretacji art. 85 ust 2 ustawy Pzp mogłoby prowadzić do sytuacji, w której zamawiający w sposób nieuprawniony przerzuciłby na wykonawców obowiązki związane z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji bezczynności zamawiającego w toku prowadzonej przez niego procedury. Zamawiający aby wykluczyć wykonawcę (odwołującego) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp musi uprzednio wezwać wszystkich wykonawców do złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Dopiero gdy wykonawca nie wyrazi zgody po otrzymaniu wezwania lub nie udzieli żadnej odpowiedzi uznać należy, że jego oferta może być wykluczona na podstawie tego przepisu. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wezwał odwołującego do złożenia takiego oświadczenia.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 85 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż zamawiający z mocy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 64/13) miał obowiązek dokonać ponownej oceny i badania ofert. Wiedząc, że termin związania ofertą upłynie przed wydaniem decyzji o rozstrzygnięciu winien się zwrócić do wykonawców o przedłużenie tego terminu, ponieważ to na zamawiającym spoczywa obowiązek

W dniu 6 maja 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 8 maja 2013 r. (pismem z dnia 7 maja 2013 r.) wykonawca K..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Robót Drogowych K..... K..... z siedziba w miejscowości Kijewo przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie ze względu na brak interesu we wniesieniu niniejszego dowołania.

Niewątpliwym jest – jak wynika z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – iż środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują więc tylko takiemu wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi, „który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia” (wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt II Ca 9/11). Odwołujący musi więc wykazać, iż miał lub ma interes w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy poniósł lub mógł ponieść szkodę.

W niniejszym stanie faktycznym, co jest oczywistym, odwołujący nie wykazał istnienia interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia na skutek tego, że nie przedłużył terminu związania ofertą, gdyż nie wyraził woli dalszego uczestnictwa w tym postępowaniu i w konsekwencji uzyskania zamówienia. Izba ustaliła bowiem, że termin otwarcia ofert zamawiający określił na 1 marca 2013 r., natomiast termin związania ofertą – zgodnie z rozdziałem IX SIWZ (str. 6) wynosił 30 dni i upływał 30 marca 2013. W dniu 18 marca 2013 r. odwołujący wniósł odwołanie i bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia, co miało miejsce w dniu 2 kwietnia 2013 r. Tak więc termin związania ofertą zaczął ponownie biec od 3 kwietnia 2013 r. i upływał w dniu 14 kwietnia 2013 r. W dniu 27 kwietnia 2013 r. odwołujący złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o okres kolejnych 45 dni, a więc już po upływie terminu związania ofertą.

Art. 85 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą. Tym samym to wykonawca wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą bądź samodzielnie przedłużając niniejszy termin podejmuje decyzję o swoim dalszym udziale w postępowaniu. To bowiem wykonawca, jako podmiot profesjonalny zobowiązany jest do działania z należytą starannością poprzez podejmowanie działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszym postępowaniu

odwołujący, co prawda skorzystał z możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, niemniej jednak uczynił to już po upływie terminu związania ofertą, tym samym tracąc możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie legitymuje się więc interesem w jego uzyskaniu, gdyż nie wykazał istnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący miał bowiem interes w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, lecz wobec faktu nieprzedłużenia terminu związania ofertą nie ma możliwości wykazania przesłanki szkody będącej skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy albowiem ewentualna szkoda, którą mógłby ponieść odwołujący byłaby skutkiem zaniedbania powstałego wyłącznie po stronie samego odwołującego. Odwołujący, chcąc być nadal uczestnikiem postępowania, powinien był bowiem przedłużyć termin związania ofertą. Skoro więc odwołujący oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą złożył dopiero po upływie terminu związania ofertą, a więc nie będąc już nią związany, to tym samym nie wyraził - w sposób wymagany przepisami ustawy Pzp - zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i zamawiający prawidłowo uczynił, wykluczając go z przedmiotowego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty poniesione przez pełnomocnika zamawiającego z dojazdu na posiedzenie Izby na podstawie biletów złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: