

Sygn. akt KIO/UZP 617/09

WYROK
z dnia 26 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 maja 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **BeMM Architekci Sp. z o. o., ul. Tamka 38/802A, 00 – 355 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrum Onkologii im. prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy, ul. dr Izabeli Romanowskiej 2, 85 – 796 Bydgoszcz** protestu z dnia **20 kwietnia 2009 r.**

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie xxx.

orzeka:

1 oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża BeMM Architekci Sp. z o. o., ul. Tamka 38/802A, 00 – 355 Warszawa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **BeMM Architekci Sp. z o. o., ul. Tamka 38/802A, 00 – 355 Warszawa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **BeMM Architekci Sp. z o. o., ul. Tamka 38/802A, 00 – 355 Warszawa** na rzecz **Centrum Onkologii im. prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy, ul. dr Izabeli Romanowskiej 2, 85 – 796 Bydgoszcz**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 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 **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BeMM Architekci Sp. z o. o., ul. Tamka 38/802A, 00 – 355 Warszawa**

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

Centrum Onkologii im. Prof. Franciszka Łukaszczyka w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Opracowanie projektu Europejskiego Parku Aktywnej Rehabilitacji”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym WE pod nr OJ 2009/S 2-002461.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2009 r. skierowanym do wszystkich wykonawców Zamawiający poinformował, że postępowanie zostaje unieważnione, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W piśmie stwierdzono, że Zamawiający nie dokonał modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której ustalono wymagany termin realizacji zamówienia w sposób następujący:

- opracowanie i uzgodnienie koncepcji - do 10 marca 2009 roku,
- opracowanie projektu budowlanego - do 30 kwietnia 2009 roku,
- opracowanie budowlanego projektu wykonawczego – do 23 lipca 2009 roku.

Zamawiający stwierdził, że zachowanie powyższych terminów, w związku z przedłużającą się procedurą oceny złożonych ofert i podpisaniem umowy dopiero w kwietniu nie jest możliwe. Zamawiający powołał art. 144 ustawy pzp zakazujący dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany.

Wskazując na powyższe Zamawiający stwierdził, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający wskazał, że brak przyrzeczonych przez Urząd Marszałkowski w Toruniu środków finansowych na realizację zamówienia jest istotną zmianą okoliczności powodującą, że wykonanie zamówienia obecnie nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Wykonawca uczestniczący w postępowaniu - BeMM Architekci sp. z o. o. w Warszawie wniósł protest na czynność unieważnienia postępowania jako podjętą dla pozorów w rozumieniu art. 83 § 1 kc, a następnie odwołanie, w którym podtrzymał zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp (w petitum omyłkowo oznaczonych jako ust. 6 i 7).

Wskazał, że jego interes prawny wynika z faktu, że złożył ofertę ważną i najkorzystniejszą, co wykazano w złożonym proteście, jak i polemice z przystąpieniem konkurencyjnego wykonawcy ultra architects Marcin Kościuch, Tomasz Osieglowski s.c.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący powołał treść przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp i stwierdził, że argumentacji o niemożności zmiany terminów na wykonanie poszczególnych elementów dokumentacji projektowej sprzeciwia się treść powiadomienia z dnia 27.03.2009 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, z którego wynikał bezspornie zamiar podpisania umowy z wybranym wykonawcą w terminie 10 dni od rozstrzygnięcia postępowania. W ocenie Odwołującego pismo Zamawiającego potwierdza, że terminy podane w SIWZ nie są terminami świadczącymi o niewykonalności zamówienia w roku budżetowym 2009 i o niewykonalności świadczenia w rozumieniu art. 387 § 1 kodeksu cywilnego, a przytoczone okoliczności wskazują na zamiar odmowy podpisania umowy poprzez wskazywanie rzekomej wady prawnej postępowania mające rzekomo uniemożliwić zawarcie ważnej umowy.

Odwołujący stwierdził również, że powoływanie się na rzekomy brak przyrzeczonych środków finansowych z urzędu marszałkowskiego nie jest argumentem, który usprawiedliwia

zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zauważając, że argument ten Zamawiający podniósł dopiero po pierwszym oprotestowanym wyborze oferty. Wskazał na obowiązek Zamawiającego zapewnienia środków finansowych na sfinansowanie zamówienia.

W toku rozprawy Odwołujący okazał kopię faksu z dnia 18.05.2009r., doręzonego przez Zamawiającego, w którym stwierdza się, iż Zamawiający w związku z toczącym się postępowaniem odwoławczym KIO/UZP 529/09 względem złożonych ofert oraz w związku z postępowaniem protestacyjnym względem unieważnienia postępowania, cofa czynność unieważnienia postępowania „pokazanego” dnia 17.04.2009r.

Wskazując powyższe zarzuty i Odwołujący zażądał unieważnienia decyzji o unieważnieniu postępowania, a następnie wykonania wszystkich czynności zgodnie z protestem przeciwko wyborowi oferty ultra architects Marcin Kościuch, Tomasz Osieglowski s.c.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i Potwierdził, że przesłał wykonawcom pismo cofające czynność unieważnienia. Uznał przy tym rozpatrywanie odwołania za bezprzedmiotowe wobec dokonanej czynności z dnia 18 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, w tym postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy zważyła i ustaliła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdza, że odwołujący ma interes prawny, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, we wnoszeniu środków ochrony prawnej, gdyż ewentualne uwzględnienie podniesionych zarzutów, daje mu możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w prowadzonym postępowaniu. Należy dodatkowo zauważyć, że protest Odwołującego na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie został do dnia rozpatrzenia niniejszej sprawy ostatecznie rozstrzygnięty, a zatem Odwołujący ma status wykonawcy w postępowaniu. Informację o toczącym się postępowaniu odwoławczym powołał Zamawiający w piśmie z dnia 18 maja 2009 r., w którym wskazał na postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą sygn. akt KIO/UZP 529/09.

Oceniając zarzuty protestu i odwołania skład orzekający wziął dodatkowo pod uwagę oświadczenie Zamawiającego o braku wiedzy w sprawie środków finansowych, jakimi może on dysponować realizując zamówienie oraz fakt, że po wniesieniu odwołania w rozpatrywanej sprawie Zamawiający złożył oświadczenie o cofnięciu czynności unieważnienia postępowania, podjętej dnia 17 kwietnia 2009 r. Dokonane ustalenia

prowadzą do wniosku, że czynność unieważnienia prowadzonego postępowania była nieuzasadniona.

Izba uznaje, że wskutek wskazanej czynności Zamawiającego oraz wobec faktu, że powyższe nie zostało zakwestionowane przez wykonawców w trybie przewidzianym Prawem zamówień publicznych, omawiana czynność z dnia 18 maja 2009 r. jest skuteczna, co oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest nadal prowadzone. Wskazane okoliczności sprawy prowadzą do wniosku, że Zamawiający unieważniając postępowanie decyzją z dnia 17 kwietnia 2009 r. naruszył przepisy art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp, gdyż nie wykazał zajścia przesłanek unieważnienia wskazanych w powołanych przepisach.

Oceniając skutki prawne tak ustalonego stanu postępowania pod kątem wniesionego odwołania zawierającego wniosek o nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania Izba uznała, że wobec stwierdzenia, iż postępowanie nie jest unieważnione, brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania.

W świetle dokonanych ustaleń orzeczono, jak w sentencji wyroku.

Dokonane rozstrzygnięcie skład orzekający Izby oparł na treści przepisu art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, gdyż mimo stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania, jako że wskazane naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Skład orzekający Izby, uwzględniając również treść § 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 ze zm.), uznał za uzasadnione, na podstawie rachunków przedkładanych do akt sprawy, koszty Zamawiającego poniesione z tytułu 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*