

WYROK
z dnia 26 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Klaudia Szczytowska - Maziarz**

Członkowie: **Ryszard Tetzlaff**
Jolanta Markowska

Protokolant: **Wioleta Paczkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Specjalistyczny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Nad Dzieckiem i Młodzieżą, 70-410 Szczecin, ul. Św. Wojciecha 7** protestu z dnia **23 lutego 2009 r.**

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118**

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 **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118,**

- 2) 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 **Konsorcjum: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118.**

U z a s a d n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi kompleksowego utrzymania czystości i prawidłowego stanu sanitarnego SP ZOZ Nad Dzieckiem i Młodzieżą, wykonawca - Konsorcjum Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz Hospital Serwis Sp. z o.o., zwany dalej protestującym, odwołującym lub konsorcjum zarzucił zamawiającemu – Specjalistycznemu Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej Nad Dzieckiem i Młodzieżą niezasadny wybór oferty najkorzystniejszej i zaniechanie wykluczenia wykonawcy DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. i Dozorbud Serwis Sp. z o.o. oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, przypisując zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6.

Protestujący zażądał:

1. uchylecia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. wykluczenia wybranego wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp i odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp,
3. dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Wskazując swój interes prawny, protestujący stwierdził, że w razie uwzględnienia protestu jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu protestu konsorcjum, odnośnie zaniechania odrzucenia oferty wybranej, podał, że zgodnie z rozdziałem I pkt 3 ppkt 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ): „Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia harmonogramu: koszenia traw, mycia okien wewnętrznych i zewnętrznych, mycia osłon lamp oświetleniowych, czyszczenia, prania, mycia, żaluzji i rolet, akrylowania podłóg oraz harmonogramu szkoleń / niniejsze musi być ujęte w Programie wykonania usług”, zaś wybrany wykonawca nie zawarł w Programie wykonywania usługi koszenia traw, a także usług akrylowania podłogi, w konsekwencji czego jego oferta jest niezgodna z SIWZ.

Dodatkowo protestujący wskazał, że oferta najkorzystniejsza zawiera błąd w obliczeniu ceny, który polega na wadliwym przeliczeniu ceny za 1 m² w rubryce

powierzchni szpitalnej. Winno być bowiem $3216,4 \text{ m}^2 \times 14,08$ (stawka za m^2) = 45 286,91 zł z 122% = 55 250,03 zł (wartość miesięczna brutto), natomiast w podsumowaniu wartości winno być 78 550,09 zł. W konsekwencji wartość kontraktu winna wynosić 2 827 803,24 zł, a nie 2 828 081,16 zł (za 36 miesięcy).

Odnośnie zaniechania wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę uznaną przez zamawiającego za najkorzystniejszą, protestujący podał, że zgodnie z odpowiedzią zamawiający wyjaśnił, że należy dołączyć do oferty dwa dokumenty i rekomendacje, co wynika z użycia liczby mnogiej w warunku zawartym w rozdziale III SIWZ (warunek pkt 4).

Podniósł, że wybrany wykonawca winien być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, ponieważ nie spełnia warunku w zakresie posiadanego doświadczenia, ponieważ referencje wystawione dla tego wykonawcy przez Szpital w Bolesławcu oraz Szpital w Pilchowicach dotyczą wyłącznie świadczenia usług w pomieszczeniach szpitalnych, a nie obejmują terenów zewnętrznych. Trzecia referencja wystawiona przez SP ZOZ w Kościanie obejmuje wprawdzie świadczenie usług na terenach zewnętrznych, ale nie wynika z niej, ażeby wykonawca realizował usługi pomocnicze przy pacjencie, co objęte jest przedmiotem zamówienia (rozdział I pkt 1 ppkt 13 SIWZ).

Dodatkowo, odnośnie zaniechania wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę uznaną za najkorzystniejszą, protestujący wskazał, że wykonawca ten nie wniósł wadium. Podał, że w SIWZ zamawiający zawarł następujące wymagania:

„2. Wykonawca, którego oferta została wybrana, traci wadium wraz z odsetkami na rzecz zamawiającego w przypadku gdy:

- a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

3. W przypadku, gdy wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej z treści tych gwarancji musi w szczególności jednoznacznie wynikać:

- a) zobowiązanie gwaranta (banku, zakładu ubezpieczeń) do zapłaty całej kwoty wadium nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie zamawiającego (beneficjenta gwarancji) zawierające oświadczenie, że zaistniały okoliczności, o których mowa w pkt 3) bez potwierdzania tych okoliczności (. . .).”

Wskazał, że wybrany wykonawca dołączył do oferty ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium nr GG/67/10/2009, zgodnie z którą „Zobowiązany gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo, na pierwsze żądanie zapłatę kwoty 87 480,00 (słownie: osiemdziesiąt siedem tysięcy czterysta osiemdziesiąt złotych) do wpłacenia której na rzecz Beneficjenta

gwarancji Zobowiązany jest zobowiązany z tytułu wadium zgodnie z warunkami przystąpienia do przetargu (specyfikacją przetargu). W ocenie protestującego oznacza to, że w gwarancji są uwzględnione wyłącznie postanowienia SIWZ, natomiast pominięto bezwzględnie obowiązujące przepisy art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał wyrok KIO/UZP 19/09.

Zamawiający protest rozstrzygnął, poprzez jego uwzględnienie. Poinformował, że uchylił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonał ponownej oceny ofert oraz poinformował, że unieważnia postępowanie zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stwierdził, że w związku z takim rozstrzygnięciem brak jest podstaw do rozpatrzenia żądań odnośnie wykluczenia wykonawcy uprzednio wybranego i odrzucenia jego oferty.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający stwierdził, że sposób przygotowania specyfikacji dotyczący rodzaju zamawianych usług budzi wątpliwości co do zakresu referencji, którymi powinien wykazać się wykonawca.

W odwołaniu konsorcjum podtrzymało zarzuty i argumentację zawartą uprzednio w proteście, przy czym w odwołaniu wskazano jedynie naruszenia art. 7 ust. 1, nie zaś art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Dodatkowo konsorcjum zarzuciło zamawiającemu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne unieważnienia postępowania.

Dodatkowo konsorcjum wniosło o nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu odwołania konsorcjum podniosło, że zamawiający, mimo stwierdzenia, że uwzględnia protest i dokonuje ponownej oceny ofert, w rzeczywistości nie odniósł się w żaden sposób do zarzutów i żądań zawartych w proteście, w konsekwencji czego deklaracja zamawiającego jest niezgodna z rzeczywistością, a działania podjęte przez zamawiającego przy rozstrzygnięciu protestu są działaniami pozornymi. Wskazał, że w szczególności nie można uwzględnić zarzutów i żądań, co do których zamawiający, jak sam oświadcza, nie znalazł podstaw do rozpatrzenia.

Podniósł, że z treści uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu wynika jedynie, że zamawiający dokonał analizy postanowień SIWZ, w wyniku której doszedł do przekonania, iż sposób jej przygotowania stanowi podstawę do unieważnienia postępowania, nie wiadomo jednak, na czym polegały znalezione przez zamawiającego "wątpliwości co do zakresu referencji" i jaki wpływ na wynik postępowania miały rzekome uchybienia na etapie przygotowania dokumentów przetargowych, zwłaszcza, iż podczas podejmowania decyzji

o wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do poprawności sformułowań SIWZ.

Zdaniem odwołującego, jedyną prawidłową konkluzją co do zasadności unieważnienia postępowania, może być jedynie stwierdzenie, iż zostało ono dokonane z rażącym naruszeniem art. 93, poprzez w istocie poszerzenie zamkniętego katalogu tam zawartego o okoliczność, iż unieważnienie przetargu jest dopuszczalne, gdy zamawiający tak postanowi. Wskazał, że zgodnie z powszechnie obowiązującą doktryną wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady nieważna (Komentarz do art. 93 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III.). Stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu taka wada nie zachodzi, sam zamawiający w żadnym momencie toczącego się postępowania nie potrafił takiej wady wskazać, zatem nie ma żadnych podstaw do unieważnienia postępowania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. protokołu postępowania (druk ZP-1) wraz z załącznikiem ZP-22, stanowisk i oświadczeń stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający, rozstrzygając protest, jednocześnie unieważnił postępowanie. Rozstrzygnięcie protestu, zawierającego również informację o unieważnieniu postępowania zarówno odwołujący, jak i drugi wykonawca, który złożył ofertę w tym postępowaniu otrzymał w dniu 05.03.2009r, co w świetle przepisu art. 184 ust. 2 ustawy Pzp oznacza, że odwołujący mógł skutecznie złożyć odwołanie w terminie do dnia 16.03.2009r. (ostatni dzień 10-dniowego terminu przypadał na niedzielę - 15.03.2009r. tj. dzień ustawowo wolny, co spowodowało przesunięcie upływu terminu na dzień następny – art. 115 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp). Oznacza to jednocześnie, w świetle przepisu art. 180 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, że w tym samym terminie odwołujący (jak i drugi wykonawca) mógł złożyć protest na czynność zamawiającego, polegającą na unieważnieniu postępowania. Odwołanie odwołujący wniósł w dniu 13.03.2009r., a zatem przed upływem terminu na złożenie protestu na czynność unieważnienia postępowania.

Nie znajduje żadnego umocowania w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych stanowisko odwołującego jakoby fakt podania przez zamawiającego informacji

o unieważnieniu postępowania w rozstrzygnięciu protestu przesądzał o tym, że w takim przypadku należy od razu wnieść odwołanie, z pominięciem środka ochrony prawnej w postaci protestu.

Odnośnie interesu prawnego odwołującego, badanego na dzień składania odwołania skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu niezasadnego zaniechania odrzucenia oferty konkurencyjnej, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskania niniejszego zamówienia, ponieważ czynność unieważnienia postępowania stała się w przedmiotowym postępowaniu ostateczna w dniu 16.03.2009r., tj. po dacie wniesienia odwołania. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp ze względu na pominięcie w „Programie wykonywania usługi” koszenia traw oraz akrylowania podłogi.

Zarzut potwierdził się
Zamawiający przyznał na rozprawie, że ani w „Programie wykonania usługi”, ani w żadnej innej części oferty konsorcjum firm DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. i Dozorbud Serwis Sp. z o.o. nie przedstawiło harmonogramu koszenia traw i akrylowania podłogi, który zgodnie z wymogiem Rozdziału I pkt 2 ppkt 13 SIWZ miał być ujęty w „Programie wykonania usługi”. Brak ten, wobec wskazanego wymogu SIWZ, przesądza o obowiązku odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp ze względu na sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ.

Za niedopuszczalne i prawnie nieskuteczne skład orzekający Izby uznał uzupełnienie tego braku na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, przewidującego jedynie możliwość składania wyjaśnień.

W konsekwencji uznania zasadności zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum firm DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. i Dozorbud Serwis Sp. z o.o. skład orzekający Izby uznał, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby bez rozpoznania pozostawił zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ zarzut ten nie został podtrzymany przez odwołującego w odwołaniu.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp ze względu na błąd w obliczeniu ceny w zakresie wartości kontraktu za 36 miesięcy.

Zarzut nie potwierdził się.

Wskazany przez odwołującego błąd w ofercie konkurencyjnej jest oczywistym błędem rachunkowym, jaki wystąpił w kolumnie „Wartość netto miesięczna”, a powstałym w wyniku dokonywania działania mnożenia pozycji „Ilość m²” i pozycji „Stawka za 1 m² na m-c” (jest: 45 293,24), który to błąd zamawiający winien poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp (winno być” 45 286,91).

Na tej samej podstawie prawnej zamawiający winien następnie dokonać poprawek, które uwzględniałyby konsekwencje rachunkowe poprawek uprzednio dokonanych, tj. poprzez poprawienie wyniku kolumny „Wartość brutto miesięcznie” (jest: 55 257,75), tj. wyniku mnożenia pozycji „Wartość netto miesięczna” i pozycji „Podatek VAT” (winno być: 55 250,03). W dalszej kolejności zamawiający winien uwzględnić konsekwencje tych poprawek, poprzez zsumowanie wszystkich pozycji kolumny „Wartość brutto miesięcznie” i wpisanie prawidłowej sumy w wierszu „Razem miesięcznie” (jest: 78 557,81, winno być: 78 550,09) i wreszcie w kolumnie „Ogółem wartość kontraktu”, poprzez przemnożenie wartości uzyskanej w wierszu „Razem miesięcznie” przez 36, tj. czas trwania usługi (jest: 2 829 081,16, winni być” 2 827 803,24).

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę uznaną przez zamawiającego za najkorzystniejszą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp ze względu na niespełnienie warunku w zakresie żadanego doświadczenia.

Zarzut nie potwierdził się.

Bezpodstawnie odwołujący twierdzi, że „praca podobna” do przedmiotu zamówienia to taka, której zakres obejmuje wszystkie opisane elementy przedmiotu zamówienia, tj. świadczenia usług na terenie zewnętrznym, czy wykonywanie czynności pomocniczych takich jak: uczestnictwo w transporcie pacjentów wewnątrz szpitala, jak i na zewnątrz, pomoc w transporcie zwłok do prosektorium, transport materiału do badań diagnostycznych i odbiór wyników.

Bezpodstawność tego twierdzenia wynika z faktu braku zdefiniowania przez zamawiającego w SIWZ tego, jak rozumieć użyte w Rozdziale III SIWZ, sformułowanie „usług (...) odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia”. Wobec powyższego, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, przyjąć należy, że

brak ten nie może negatywnie wpływać na status wykonawcy i prowadzić do jego wykluczenia z udziału w postępowaniu.

W takim przypadku za wystarczające należy uznać podobieństwo wykazywanych usług do przedmiotu zamówienia w jego zasadniczej części, polegającej na utrzymaniu w czystości i prawidłowego stanu sanitarnego w zakładzie opieki zdrowotnej zamawiającego.

Brak jest także podstaw do uznania konieczności zamieszczania w referencjach informacji innych, niż sprowadzających się do potwierdzenia, że usługa została wykonana należycie, co wprost wynika z brzmienia § 1 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane i co potwierdza utrwalone orzecznictwo.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę uznaną przez zamawiającego za najkorzystniejszą na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp ze względu na wniesienie wadium.

Zarzut nie potwierdził się.

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonana ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) wprowadziła w art. 46 ust. 4a nową przesłankę zatrzymania wadium przez zamawiającego.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 23.12.2008r., tj. po dacie wejścia w życie przepisów nowelizacyjnych (data wejścia w życie: 24 października 2008 r.), a zatem wadia wnoszone w tym postępowaniu powinny zapewniać zamawiającemu możliwość ich zatrzymania również w sytuacji, o której mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie przywołał jednego z przypadków utraty wadium, nie może oznaczać, że zamawiający zrezygnował z prawa do zwrotu wadium w przypadku, o którym mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, ponieważ zamawiający nie jest władny zmienić przepisy ustawy Pzp, postanowieniami zawartymi w treści SIWZ. Zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawców ustawa Prawo zamówień publicznych jest prawem obowiązującym, co przesądza o tym, że wykonawca winien złożyć gwarancję ubezpieczeniową, przewidującą prawo zatrzymania wadium we wszystkich ustawowo przewidzianych sytuacjach, zaś zamawiający winien wykluczyć wykonawcę, jeżeli choćby jeden z przypadków został w treści gwarancji pominięty.

Ustalenie, czy zamawiający działał świadomie, czy też nie dołożył należytej staranności przy sporządzeniu w przedmiotowym postępowaniu SIWZ w sposób zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym po wejście w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień

publicznych oraz niektórych innych ustaw, pozostaje bez wpływu na kwestię obowiązku wykluczenia wykonawcy, który złożyłby nieprawidłową gwarancję.

Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr GG/67/10/2009, złożona przez wykonawcę, którego oferta została przez zamawiającego uznana za najkorzystniejszą, zawiera dla zamawiającego gwarancję zapłaty z tytułu wadium kwoty 87 480 zł nieodwołalnie i bezwarunkowo, na pierwsze żądanie beneficjenta gwarancji zgodnie z warunkami przystąpienia do przetargu, a do której zwrotu zobowiązany traci prawo m.in. w przypadku, gdy: „Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”

Wobec powyższej treści gwarancji skład orzekający Izby uznał, że interesy zamawiającego zostały zabezpieczone również w przypadku wystąpienia okoliczności kwestionowanej przez odwołującego.

Skoro, jak wskazano wyżej, w gwarancji złożonej przez wykonawcę – konsorcjum firm: DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. i Dozorbud Serwis Sp. z o.o. uwzględniona została pominięta przez zamawiającego w treści SIWZ okoliczność zatrzymania wadium, uznać należy, że wykonawca ten prawidłowo, wbrew mylnym postanowieniom SIWZ, wniósł wadium.

Bez znaczenia skład orzekający Izby uznał fakt, że brak jest w treści gwarancji nr GG/67/10/2009 sformułowania identycznego jak w przepisie art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, tj. „Zamawiający zatrzymuje wadium”, ponieważ z treści gwarancji w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że InterRisk S.A. gwarantuje zamawiającemu zapłatę kwoty 87 480 zł w przypadku wystąpienia okoliczności enumeratywnie w niej wskazanych, przy jednoczesnej utracie prawa konsorcjum (Zobowiązanego) do zwrotu tej kwoty wadium.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Zarzut nie potwierdził się.

W konsekwencji uznania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, za niezasadny uznać należy zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, którego ofertę zamawiający uznał za najkorzystniejszą, na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Pomimo stwierdzenia podstaw do odrzucenia oferty, którą zamawiający uznał za najkorzystniejszą, skład orzekający Izby nie uwzględnił odwołania, ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało przez zamawiającego unieważnione.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Czynność ta, jak każda inna czynność zamawiającego w toku tego postępowania, podlegała kontroli ze strony wykonawców, którzy mogli wnieść środki ochrony prawnej, tj. w pierwszej kolejności protest, a następnie, w przypadku podtrzymania decyzji przez zamawiającego, odwołanie.

Informację o unieważnieniu postępowania (rozstrzygnięcie protestu) odwołujący otrzymał w dniu 05.03.2009r. Czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania odwołujący objął odwołaniem, wniesionym w wyniku protestu z dnia 23.02.2009r., który to protest, z oczywistych względów, nie dotyczył czynności unieważnienia postępowania. Jednak czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania winna zostać najpierw oprotestowana, czego odwołujący w tym postępowaniu nie uczynił, składając od razu odwołanie. Prawo do złożenie protestu na czynność unieważnienia postępowania z dnia 05.03.2009r., o której odwołujący powziął wiadomość w tym samym dniu, przysługiwało odwołującemu, zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, do dnia 16.03.2009r. (ostatni dzień 10-dniowego terminu przypadał na niedzielę - 15.03.2009r. tj. dzień ustawowo wolny, co spowodowało przesunięcie upływu terminu na dzień następny – art. 115 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp). Ponieważ odwołujący nie złożył odrębnego protestu na czynność unieważnienia postępowania, uznać należy, że odwołanie, w części dotyczącej zarzutu niezasadnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, nie zostało poprzedzone protestem. Oznacza to, wobec nie oprotestowania tej czynności zamawiającego przez żadnego z wykonawców, że czynność ta, bezpośrednio po upływie terminu na składanie protestów, tj. z dniem 17.03.2009r. stała się niepodważalna i ostateczna. Oznacza to także, że żaden z wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, w tym odwołujący, nie jest w stanie uzyskać przedmiotowego zamówienia, ponieważ postępowanie to zostało zakończone. Fakt ten przesądza o tym, że jakiegokolwiek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, nie mają żadnego wpływu na wynik tego postępowania. Brak zaś wpływu na wynik postępowania przesądza o tym, że skład orzekający Izby nie może uwzględnić odwołania (a contrario art. 191 ust. 1a ustawy Pzp).

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

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 **Szczecinie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....