

Sygn. akt KIO/UZP 744/08

WYROK
z dnia 1 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Dorota Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB-Podbeskidzie” Sp. z o.o., ul. Górny Bór 31A, 43-430 Skoczów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice** protestu z dnia 2 lipca 2008 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A. , ul. Nad Bytomką 1, 44-100 Gliwice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1) uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego,

2) kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł 00gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB-Podbeskidzie” Sp. z o.o., ul. Górny Bór 31A, 43-430 Skoczów**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 6 967 zł 60. gr (słownie: sześć tysiące dziewięćset sześćdziesiąt siedem 60/100 zł) przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice** na rzecz **Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB-Podbeskidzie” Sp. z o.o., ul. Górny Bór 31A, 43-430 Skoczów**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego
- 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 zł) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „IMB-Podbeskidzie” Sp. z o.o., ul. Górny Bór 31A, 43-430 Skoczów.**

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

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest przebudowa mostu nad rzeką Psarką w ciągu drogi wojewódzkiej nr 906 w km 22+487 wraz z rozbiórką istniejącego przepustu i budową nowego pod drogą wojewódzką nr 906 w km 22+417 w miejscowości Piasek.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą lub Pzp”.

Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 lutego 2008 roku pod nr 35014-2008.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 94 ust. 1 a i art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wezwania wykonawcy do wyrażenia zgody na zawarcie umowy oraz zaniechanie unieważnienia postępowania obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego żądając unieważnienia postępowania.

Wskazał, że termin związania ofertą, w przedmiotowym postępowaniu został na wniosek Zamawiającego przedłużony do 17 maja 2008 r, a w konsekwencji wniesienia protestu i zawieszenia biegu terminu, termin związania ofertą upłynął dnia 10 czerwca 2008 r. Zamawiający dokonał ponownej oceny ofert dnia 26 czerwca 2008 r., a więc po upływie terminu związania ofertą.

Zamawiający nie przedstawił jednoznacznego stanowiska co do treści odwołania wskazując, że odwołujący i przystępujący są konkurującymi ze sobą wykonawcami.

Przystępujący ocenił protest i odwołanie jako bezzasadne, ponieważ wnoszący go wykonawca nie wykazał swojego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, nie przedstawił żadnych zarzutów do wybranej oferty, lecz dąży jedynie do unieważnienia postępowania. Unieważnienie prowadzi do zakończenia postępowania bez wyboru oferty, a skutkiem tego jest niezawarcie umowy. Zarzuty co do zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego należy uznać za nie mieszczące się w kategorii zarzutów na czynności lub zaniechania Zamawiającego, na które można skutecznie wnieść środek ochrony prawnej w tym postępowaniu. Powołując wyrok KIO 33/07 z 11.01.2008 r. wskazał że wykonawca ten nie jest uprawniony do wnoszenia protestu, jako podmiot nieuprawniony, co oznacza, że protest powinien być odrzucony.

Wskazał nadto, że Odwołujący nie jest uprawniony do wnoszenia protestu i odwołania na czynność powtórnej oceny ofert w sytuacji, gdy uprzednio nie przystąpił po stronie zamawiającego do wniesionego protestu na czynność wyboru oferty, o której wykonawcy zostali zawiadomieni pismem z dnia 5 maja 2008 r. W ocenie Przystępującego, protest Odwołującego winien być odrzucony jako niedopuszczalny w sytuacji unormowanej przepisem art. 181 ust. 6 Pzp., gdyż Odwołujący nie może korzystać ze środków ochrony prawnej na czynność Zamawiającego wykonaną zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jakim jest wyrok KIO z 5.06.2008 r. Przystępujący podniósł, że złożona oferta jest zabezpieczona wadium, które zostało przedłużone do dnia 1 września 2008 r. co oznacza, że Przystępujący czuje się związany ofertą do tego dnia. Podkreślił, że intencją ustawodawcy zawartą w art. 94 ust. 1 a ustawy jest ułatwienie zamawiającemu prowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia publicznego po wyborze oferty najkorzystniejszej. Wskazał, że pierwszy wybór oferty nastąpił 5 maja 2008 r., a więc przed upływem terminu

związania ofertą oraz, że pismem z dnia 7 lipca 2008 r. przedłużył gwarancję wadialną i zadeklarował, iż „termin ważności gwarancji i związania ofertą przypada od dnia 18 marca 2008 r. do dnia 1 września 2008 r.” Termin ważności wadium został przedłużony na wniosek Zamawiającego, który dochował staranności w prowadzonym postępowaniu.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron i uczestnika złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W przedmiotowym postępowaniu termin składania ofert został wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 18 marca 2008 r. z trzydziestodniowym terminem związania ofertą, ustalonym na podstawie art. 85 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Termin ten został na wniosek Zamawiającego, złożony w trybie art. 85 ust. 2 ustawy, za zgodą wykonawców, przedłużony do dnia 17 maja 2008 r.

KIO uznała, że czynność powyższa pozostaje w zgodzie z powołanym przepisem, dopuszczającym przedłużenie tego terminu o oznaczony okres. Jakkolwiek ustawa operuje pojęciem terminu ustalanego w dniach, a nie do określonej daty, Izba wzięła pod uwagę, że termin upływający w wyznaczonej dacie w niniejszym postępowaniu nie przekracza terminu ustawowego.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej dnia 5 maja 2008 r., na którą to czynność dnia 12 maja 2008 r. wniesiono protest. Wniesienie protestu spowodowało zawieszenie, zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy, biegu terminu związania ofertą do czasu jego ostatecznego rozstrzygnięcia. W myśl przepisu art. 182 ust. 2 pkt 3 b Pzp protest został ostatecznie rozstrzygnięty z dniem wydania wyroku sygn. akt KIO/UZP 502/08 dnia 5 czerwca 2008 r., w którym Izba unieważniła czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazała ponowne badanie i ocenę ofert. Uwzględniając powyższe fakty przedłużenia oraz zawieszenia terminu oraz brak ewentualnych innych protestów w tym postępowaniu, potwierdziło się, że termin związania ofertą upłynął dnia 10 czerwca 2008 r.

Jak ustalono, Zamawiający wykonał czynność zawiadomienia wykonawców o ponownym wyborze oferty dnia 26 czerwca 2008 r. tj. po upływie terminu związania ofertą i wezwał wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, do pisemnego wyrażenia zgody na zawarcie umowy.

Skład orzekający nie uznaje przy tym argumentacji Przystępującego, iż spełnieniem przesłanki z art. 94 ust. 1a Pzp jest zawiadomienie o wyborze oferty, który to wybór został w toku postępowania unieważniony, a taka okoliczność miała miejsce w sprawie. Pogląd uczestnika nie znajduje podstaw w przepisach ustawy Pzp.

Należy zauważyć, że przepis art. 94 ust. 1a uprawniający do zawarcia umowy o zamówienie publiczne po upływie terminu związania ofertą pod warunkiem, że Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty przed upływem terminu związania ofertą, a wykonawca wyraził zgodę na zawarcie umowy, jest w obowiązującym systemie zamówień publicznych przepisem stanowiącym wyjątek od zasady dopuszczalności zawarcia umowy w okresie związania ofertą.

Należy ponadto zaznaczyć, że podnoszona okoliczność dalszego przedłużenia ważności wadium nie ma prawnego znaczenia i wpływu na bieg terminu związania ofertą.

Powyższe wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od faktu, że Zamawiający podjął szereg aktów staranności, podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jako obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W konsekwencji dokonanego ustalenia Izba stwierdza, że Wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przysługują środki ochrony prawnej służące wykazaniu wad postępowania, celem zapobieżeniu zawarcia nieważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 179 ust. 1 w zw. z art. 93 ust 1 pkt 7 art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp).

Oceniając zarzut Przystępującego, że Odwołujący nie jest uprawniony do wnoszenia protestu i odwołania w niniejszym postępowaniu w sytuacji, gdy uprzednio nie przystąpił On do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu „po stronie Zamawiającego” na czynność wyboru oferty, o której wykonawcy zostali zawiadomieni pismem z dnia 5 czerwca 2008 r., co oznaczałoby w konsekwencji, że protest Odwołującego winien być odrzucony jako niedopuszczalny w sytuacji unormowanej przepisem art. 181 ust. 6 Pzp., Izba stwierdziła, co następuje.

W sprawie będącej przedmiotem rozpoznania środki ochrony prawnej, czyli protest i odwołanie oparte są na zarzucie naruszenia art. 94 ust. 1 a i art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp tj. czynności wezwania wykonawcy do wyrażenia zgody na zawarcie umowy oraz zaniechania unieważnienia postępowania obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jakkolwiek zdarzenia te, czyli zarówno

wezwanie, jak i zaniechanie miały miejsce w następstwie dokonania wyboru oferty, nie można ich uznać za objęte ostatecznym rozstrzygnięciem protestu w rozumieniu art. 181 ust. 6 ustawy.

Powołany przepis, skutkujący w konsekwencji odrzuceniem odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp, miałby zastosowanie, gdyby zarzuty protestu i odwołania rozpatrywanego w dniu dzisiejszym przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, odnosiły się wyłącznie do czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanych przez Zamawiającego po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu w wyroku KIO z dnia 5 czerwca 2008 r. Zważywszy, że protest i odwołanie dotyczą innych czynności Zamawiającego z powołaniem się na inne okoliczności, gdyż dotyczą wezwania i zaniechania unieważnienia, brak jest podstaw do zastosowania powołanego przepisu ustawy.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w pkt 1 wyroku na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, oraz na podstawie 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 uwzględniając za uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego do kwoty 2 903.60 zł

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....