

WYROK
z dnia 29 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28.01.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Porr (Polska) S.A., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6A, Porr Projekt und Hochbau AG, Absberggasse 47, 1103 Wiedeń (Austria)** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Port Lotniczy Łódź im. Władysława Reymonta Sp. z o.o., 94-328 Łódź, ul. Generała S. Maczka 35** protestu z dnia 9 listopada 2009 r.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **HOCHTIEF S.A., 01-737 Warszawa, ul. Elbląska 14, Warbud S.A., 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162 A, HOCHTIEF Construction AG, Opernplatz 2, 45128 Essen Niemcy** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Porr (Polska) S.A., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6A, Porr Projekt und Hochbau AG, Absberggasse 47, 1103 Wiedeń (Austria) i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Porr (Polska) S.A., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6A, Porr Projekt und Hochbau AG, Absberggasse 47, 1103 Wiedeń (Austria)**);
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Porr (Polska) S.A., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6A, Porr Projekt und Hochbau AG, Absberggasse 47, 1103 Wiedeń (Austria)**;

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

W postępowaniu prowadzonym na rzecz zamawiającego – Port Lotniczy Łódź im. Władysława Reymonta Sp. z o.o., przez Projekt Management Intertecno Sp. z o.o. i Tebodin Sap-Project Sp. z o.o. w trybie przetargu ograniczonego na wybór Generalnego Wykonawcy inwestycji PN. „*Budowa Terminala Pasażerskiego nr 3 Międzynarodowego Portu Lotniczego Łódź im. Władysława Reymonta, w zakresie zadania nr 3 określonego w zatwierdzonym projekcie budowlanym* (numer postępowania ZP/EPLL/08/03), wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Hochtief Polska Sp. z o.o., Warbud SA, Hochtief Construction AG oraz wykluczenia z postępowania Konsorcjum Porr (Polska) SA, Porr Projekt und Hochbau AG, w dniu 9 listopada 2009 r. Konsorcjum Porr wniosło protest do zamawiającego. Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 16 listopada 2009 r., od którego to rozstrzygnięcia wykonawca wniósł w dniu 25 listopada 2009 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (data nadania przesyłki w urzędzie pocztowym operatora publicznego). Zawiadomienie o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, w tym o odrzuceniu oferty Konsorcjum Porr zamawiający przekazał wykonawców w dniu 30 października 2009 r.

W odwołaniu wykonawca podtrzymał zarzuty podniesione w proteście naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 PrZamPubl w związku z zaniechaniem wyboru oferty odwołującego oraz naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 PrZamPubl poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, a także naruszenie art. 181 ust. 2a poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Porr do przedłużenia ważności wadium oraz art. 93 ust. 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 poprzez kontynuowanie postępowania pomimo, iż

obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 29 października 2009 r., tj. wykluczenia odwołującego z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie zamawiającemu przywrócenie odwołującego do postępowania i nakazanie powtórzenia przez zamawiającego czynności badania i oceny złożonych ofert, alternatywnie o nakazanie czynności unieważnienia postępowania.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 4 PrZamPubl uznając, iż w dniu 29 października 2009 r., kiedy zamawiający dokonał powtórnej oceny ofert, nie upłynął jeszcze okres ważności złożonej oferty lecz nie była ona zabezpieczona wadium.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Zasadniczym dla rozstrzygnięcia odwołania, w kontekście zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 PrZamPubl było ustalenie, czy oferta odwołującego się w momencie dokonania ponownej oceny ofert była zabezpieczona wadium, a także ocena tej okoliczności w kontekście wypełnienia przez zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 181 ust. 2 a PrZamPubl, tj. wezwania odwołującego do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

Zarzut ten należało odnieść do okoliczności towarzyszących podjęciu przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający pierwotnie w dniu 19 maja 2009 r., jako najkorzystniejszą wybrał ofertę odwołującego, a następnie na skutek ostatecznego rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum Hochtief, dokonał wyboru oferty tego wykonawcy, jednocześnie odrzucając ofertę odwołującego (czynność z 03.06.2009 r.). Konsorcjum Porr wносиło dwukrotnie protesty, a następnie odwołania, na czynność odrzucenia jego oferty oraz powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, które zostały odrzucone przez KIO postanowieniami z dnia 7 lipca 2009 r. (KIO/UZP 796/09) oraz 23 lipca 2009 r. (KIO/UZP 873/09). Skutkowało to tym, iż wykonawca wyczerpał przysługujące mu środki ochrony prawnej wobec czynności odrzucenia jego oferty. Następnie, w związku z zaleceniami Prezesa UZP zawartymi w informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 11 września 2009r., zamawiający w dniu 20 października 2009 r. wezwał Konsorcjum Porr na

podstawie art. 26 ust. 3 PrZamPubl do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego dysponowanie kierownikiem robót sanitarnych w zakresie określonym w ogłoszeniu o zamówienie, a także dokonał poprawienia oferty Konsorcjum Porr w zakresie opisu poz. 174 i 176 kosztorysu ofertowego. Jednocześnie, zamawiający dokonał sprawdzenia ważności oferty Konsorcjum Porr pod względem jej zabezpieczenia wadium. Konsorcjum Porr na wezwanie zamawiającego z dnia 14 lipca 2009 r. przedłużyło ważność wadium do dnia 31 sierpnia 2009 r. W związku z powyższym ustaleniem, zamawiający uznał, iż oferta Konsorcjum Porr nie była na dzień 29 października 2009 r. zabezpieczona wadium.

Przepis art. 181 ust. 2a PrZamPubl, którego naruszenie wskazuje odwołujący dotyczy obowiązku zamawiającego wezwania wykonawców do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego, zamawiający wezwał w dniu 14 lipca 2009 r. odwołującego do przedłużenia ważności wniesionego w formie gwarancji wadialnej wadium. W odpowiedzi, odwołujący w dniu 21 lipca 2009 r. przekazał zamawiającemu aneks do gwarancji, potwierdzający jej ważność do dnia 31 sierpnia 2009 r. Odwołujący w dniu 14 lipca 2009 r. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o wskazanie okresu, na jaki wadium powinno zostać przedłużone i w odpowiedzi zamawiającego z dnia 15 lipca 2009 r. uzyskał informację, iż wskazanie terminu jest niemożliwe do przewidzenia. Odwołujący dopiero wnosząc protest w dniu 9 listopada 2009 r. przedłożył aneks nr 2 z dnia 5.11.2009 r. do gwarancji wadialnej, w którym okres ważności gwarancji został wskazany do dnia 31.12.2009 r. włącznie.

Izba uznała, iż zamawiający dopełnił obowiązku wezwania Konsorcjum Porr do przedłużenia ważności wadium lub złożenia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, który wynika z art. 181 ust. 2 a PrZamPubl. Okoliczność, iż zamawiający nie wskazał konkretnego okresu, na który wykonawcy mieli przedłużyć ważność wadium lub wnieść nowe, nie może prowadzić do stawiania zarzutu zamawiającemu nie dochowania należytej staranności i naruszenia obowiązku ustawowego. Izba nie znalazła uzasadnienia w przepisach ustawy dla twierdzeń odwołującego, jakoby zamawiający był zobowiązany poinformować wykonawców o fakcie upływu ważności wadium zawsze, gdy nie zawarto umowy w sprawie zamówienia publicznego i gdy wykonawca pozostaje w dalszym ciągu związany ofertą. Ustawowy obowiązek wezwania wykonawców do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium, wynika z okoliczności zawieszenia biegu terminu związania ofertą na skutek wniesienia protestu. Skoro zamawiający poinformował o tej okoliczności wykonawców, to sami wykonawcy winni dbać o ważność wniesionego wadium. Nie można w tych okolicznościach uznać, iż to z winy zamawiającego wykonawca nie zabezpieczył oferty na czas niezbędny do zawarcia umowy.

Niezależnie od uznania bezzasadności stawianych zarzutów, Izba wskazuje, iż w okolicznościach faktycznych sprawy, nawet przyznanie odwołującemu racji co do twierdzenia o nie wypełnieniu przez zamawiającego o obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia wadium, okoliczność ta nie mogła mieć wpływu na wynik postępowania i stąd odwołanie podlegałoby również oddaleniu, na podstawie art. 191 ust. 1 a PrZamPubl.

Skład orzekający uznał, iż zalecenia wskazane w informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa UZP z dnia 11 września 2009 r., w której Prezes „zaleca wezwanie konsorcjum Porr (Polska) S.A. (lider), Porr Projekt und Hochbau Aktiengesellschaft na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego dysponowanie kierownikiem robót sanitarnych w zakresie określonym w ogłoszeniu o zamówieniu (...) poprawienie omyłek stwierdzonych w ofercie ww. wykonawcy, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i zawiadomienie o tym wykonawcy oraz dokonanie powtórnej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu”, pozostawały w sprzeczności z ostatecznym rozstrzygnięciem protestów, które nastąpiło przez wydanie postanowień kończących postępowania odwoławcze przed Izbą w dniu 7 oraz 23 lipca 2009 r. Na skutek oddalenia skargi odwołującego oraz umorzenia postępowania skargowego, decyzje zamawiającego dotyczące odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej stały się ostateczne. Zalecenia Prezesa nie mogły zatem przywrócić oferty odwołującego do ponownej oceny i wyboru. Tym samym odwołujący utracił status wykonawcy, co oznacza również iż nie posiada interesu prawnego do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego podjętych po ostatecznym odrzuceniu jego oferty. Ponadto, z uwagi na zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, które nastąpiło w dniu 24 listopada 2009 r. na podstawie postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2009 r. uchylającego zakaz zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (sygn. akt KIO/W 89/09), postępowanie o udzielenie zamówienia zostało już zakończone i nie ma możliwości prawnej oraz faktycznej jego wznowienia i kontynuowania, o co wnosił odwołujący.

Mając powyższe na uwadze, Izba oddaliła odwołanie jako bezzasadne.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....