

Sygn. akt: KIO/UZP 1176 /10

WYROK
z dnia 24 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: NDI S.A., SB Granit S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** protestu z dnia 1 czerwca 2010 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: NDI S.A., SB Granit S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot 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 uiszczonego przez **Konsorcjum firm: NDI S.A., SB Granit S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: NDI S.A., SB Granit S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** na rzecz **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 **Konsorcjum firm: NDI S.A., SB Granit S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot**.

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

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie (Oddział w Rzeszowie) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na zadanie pod nazwą „Budowa autostrady A-4 Tarnów Rzeszów, na odcinku od węzła Krzyż do węzła Dębica Pustynia km około 502+796,97 do około 537+550”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2009/S 120-174878 w dniu 26 czerwca 2009 r. Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zmianami), zwanej dalej Pzp, w brzmieniu sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Zamawiający, pismem z dnia 26 maja 2010 r., przekazał wykonawcy Konsorcjum: NDI S.A. i SB Granit S.A., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wezwanie do wniesienia do dnia 1 czerwca 2010 r. należytego zabezpieczenia umowy oraz zaprosił do podpisania umowy w dniu 2 czerwca 2010 r.

Odwołujący, Konsorcjum: NDI S.A. i SB Granit S.A. pismem z dnia 27 czerwca 2010r., odmówił zawarcia umowy oraz w dniu 1 czerwca 2010 r. wniósł protest wobec zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. Wykonawca zarzucił zamawiającemu niezastosowanie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 85 ust. 2 i ust. 4 Pzp, niezastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 181 ust. 2a Pzp, a także niezastosowanie art. 181 ust. 2 Pzp, co w ocenie wykonawcy stanowi rażące naruszenie prawa.

W uzasadnieniu wykonawca podał, że w dniu 13 maja 2010 r. otrzymał od zamawiającego pismo z dnia 12 maja 2010 r. w którym zamawiający na podstawie art. 85 ust. 2 i ust. 4 Pzp wezwał odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, albo jeśli nie jest to możliwe do wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 18 lipca 2010 r. W odpowiedzi na ww. pismo odwołujący złożył oświadczenie, którym odmówił wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem wadium o 60 dni, co zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, w ocenie odwołującego, winno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Tymczasem zamawiający pismem z dnia 26 maja 2010 r. wezwał odwołującego do wniesienia do dnia 1 czerwca 2010 r. należytego zabezpieczenia umowy oraz zaprosił do podpisania umowy w dniu 2 czerwca 2010 r. W odpowiedzi wykonawca pismem z dnia 27 maja 2010 r. poinformował zamawiającego, iż termin ważności oferty upłynął w dniu 20 maja 2010 r. Pismem z tego samego dnia zamawiający wyjaśnił, iż w związku z postępowaniem protestacyjnym i odwoławczym, a także w związku z przeprowadzoną kontrolą uprzednią Prezesa UZP, bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu w 46 dniu ww. terminu, a zatem termin ten biegnie do 8 lipca 2010 r.

Wykonawca podniósł, że zamawiający nie dopełnił obowiązku powiadomienia o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą z powodu wniesienia protestów ani też z powodu kontroli uprzedniej (art. 170 ust. 4 oraz art. 181 ust. 1 Pzp). Wskazał, że skoro odmówił przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, to powinien zostać wykluczony z postępowania. Wykonawca wniósł w proteście o dokonanie przez zamawiającego zaniechanej czynności wykluczenia go z postępowania.

Zamawiający odrzucił protest wskazując, iż wykonawca nie zachował terminu na wniesienie protestu dotyczącego zaniechania wykluczenia go z postępowania, gdyż termin ten należy liczyć od dnia doręczenia odwołującemu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. od 26 marca 2010 r. Wskazał, że wykluczenie wykonawcy z powodu nieprzedłużenia ważności wadium może nastąpić w przypadku wezwania przez

zamawiającego do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą - pod rygorem wykluczenia z postępowania. Na podstawie art. 181 ust. 2a Pzp wezwanie powinno nastąpić na 7 dni przed upływem ważności wadium, a zatem w przypadku odwołującego, termin ten należałoby liczyć od dnia 13 maja 2010 r., gdyż oferta odwołującego była zabezpieczona wadium do dnia 20 maja 2010 r. Termin do wniesienia protestu wobec zaniechania ww. wezwania należy liczyć od dnia 14 maja 2010 r.

Ponadto, zamawiający zarzucił odwołującemu brak interesu prawnego we wniesieniu protestu z uwagi na nie wykazanie, że wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, doznał uszczerbku w tym konkretnym przetargu, poprzez utratę możliwości uzyskania zamówienia.

Konsorcjum NDI i SB Granit S.A. wniosło odwołanie wobec ww. rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu bezprawne zaniechanie własnego wykluczenia z postępowania. Odwołujący wskazał na rażące naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 85 ust. 2 i ust. 4 Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 181 ust. 2a Pzp, a także art. 181 ust. 2 Pzp, przez ich niezastosowanie. Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp w związku z niezastosowaniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 85 ust. 2 i ust. 4 Pzp oraz niezastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 181 ust. 2a, a także niezastosowanie art. 181 ust. 2 Pzp lub alternatywnie o nakazanie zamawiającemu wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 85 ust. 2 i ust. 4 Pzp oraz w związku z art. 181 ust. 2a Pzp.

Zdaniem odwołującego, termin na wniesienie protestu na zaniechanie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu nie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenia wadium bądź wniesienia nowego wadium na przedłużony termin związania ofertą, należy liczyć od dnia 26 maja 2010 r. W tym dniu zamawiający wezwał wykonawcę do wniesienia należytego zabezpieczenia umowy oraz zaprosił do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy zachowaniu należytej staranności w ww. terminie odwołujący mógł się dowiedzieć o zaniechaniu przez zamawiającego wykluczenia go z postępowania. Odwołujący podniósł, że wadium musi zabezpieczać ofertę przez cały okres jej ważności, a przerwanie tego zabezpieczenia prowadzi do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Uzasadniając swój interes prawny odwołujący wskazał, że wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą i przedłużenia złożonego lub wniesienia nowego wadium, spowodowało niekorzystną sytuację po stronie odwołującego. Odwołujący musiałby ponieść

wysokie nieprzewidziane koszty, związane z uzyskaniem nowego wadium lub przedłużeniem dotychczasowego. Ponadto, upłynęły terminy ważności ofert złożonych odwołującemu przez jego podwykonawców, co było efektem wzrostu cen materiałów budowlanych, transportu, sprzętu oraz kosztów usług budowlanych. Odwołujący wskazał, iż na skutek nieprawidłowości postępowania zamawiającego oferta odwołującego przestała być wiążąca, a jego interes prawny uzasadnia istniejący stan niepewności jego pozycji w postępowaniu, tj. brak jednoznacznego ustalenia „mocy wiążącej” złożonej oferty. Trwanie tej niepewności powoduje uszczerbek w interesie prawnym wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący nie legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iż interes prawny tego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, w szczególności przez zarzucane zamawiającemu zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Prawo zamówień publicznych nie zawiera legalnej definicji pojęcia interesu prawnego, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. W prawie cywilnym interes prawny strony stosunku cywilnoprawnego jest rozumiany szeroko, chodzi bowiem o interes prawny strony wynikający z zagrożenia dla jej sfery prawnej, zarówno majątkowej, jak i niemajątkowej. Odnosi się go do szeroko rozumianych praw i stosunków prawnych podmiotu prawnego, który powinien być zgodny z prawem, zasadami współżycia społecznego i celem procesu cywilnego.

Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie „Na gruncie prawa zamówień publicznych chodzi o interes wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia. Interes prawny musi odnosić się do postępowania, w którym składany jest środek odwoławczy. Wykonawca, który złożył ofertę nie może mieć zatem interesu prawnego tylko w unieważnieniu postępowania.” (patrz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 maja 2008 r. sygn. akt V Ca 927/08). W piśmiennictwie i orzecznictwie za utrwalony uznaje się pogląd, według którego interes

prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę do sądu doznał (lub mógł doznać) uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy, polegającego na tym, że wykonawca traci możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 6 czerwca 2008 r. sygn. akt V Ca 1040/08 stwierdził, iż „Decydującą dla interesu prawnego jest kwestia możliwości uzyskania danego, konkretnego zamówienia [...]”.

Interes prawny, w odróżnieniu od interesu faktycznego, oznacza, że musi on mieć oparcie w normie prawnej. Ocena, czy w danym przypadku wykonawca posiada interes prawny, powinna być dokonywana w sposób obiektywny, tj. w świetle obowiązujących norm prawnych. Interes prawny powinien być usprawiedliwiony, uzasadniony i słuszny, a nie wynikający tylko z subiektywnego odczucia podmiotu. Wykonawca korzystający ze środków ochrony prawnej jest obowiązany wykazać, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jego interes prawny doznał lub może doznać uszczerbku, a jednocześnie, że zachodzi związek przyczynowy między ww. przesłankami a możliwością uzyskania zamówienia.

Podsumowując, interes prawny to obiektywna okoliczność w świetle obowiązujących przepisów prawnych, wywołana rzeczywistym naruszeniem albo zagrożeniem określonej sfery prawnej wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Interes prawny, o którym mowa, stanowi materialno-prawną przesłankę skuteczności środka ochrony prawnej, co oznacza, że nie wykazanie tej przesłanki skutkuje oddaleniem wniesionego środka.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący złożył ofertę, która została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Wybór tej oferty stał się ostateczny na skutek ostatecznego rozstrzygnięcia protestu wniesionego na tę czynność przez Konsorcjum firm: SIAC Construction Ltd, APRIVIA S.A., HYDROBUDOWA POLSKA S.A., PBG S.A., w wyniku wyroku KIO z dnia 11 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 752/10. Złożona przez odwołującego oferta została zabezpieczona wadium do dnia 20 maja 2010 r. gwarancją nr 0/002655/2010, udzieloną przez Towarzystwo Ubezpieczeń Euler Hermes S.A. z siedzibą w Warszawie (obowiązującą do dnia 20 maja 2010 r.) oraz gwarancją nr 700761-001827/MS, udzieloną przez NLB Tutunska banka AD w Skopje (obowiązującą do dnia 25 maja 2010 r.). Odwołujący jest związany złożoną ofertą w terminie do 8 lipca 2010 r. bowiem na skutek protestu i odwołania, a następnie - kontroli uprzedniej zamówienia Prezesa UZP, nastąpiło zawieszenie biegu terminu związania ofertą, pierwotnie ustalonego w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Faktem jest, że w dniu 13 maja 2010 r. (pismo z dnia 12 maja 2010 r.) zamawiający błędnie, na podstawie art. 85 ust. 2 i ust. 4 Pzp, wezwał odwołującego do przedłużenia

terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, albo jeśli nie jest to możliwe do wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 18 lipca 2010 r. Zauważyć jednak należy, że wezwanie powyższe, pomimo mylnej jego treści, nie miało i nie mogło mieć wpływu na fakt związania wykonawcy ofertą, gdyż termin związania ofertą (po upływie zawieszenia) - z mocy prawa – biegnie w tym postępowaniu nadal do dnia 8 lipca 2010 r. niezależnie od woli (lub omyłki) zamawiającego ani też woli wykonawcy. Złożone przez odwołującego w dniu 24 maja 2010 r. oświadczenie, którym odmówił on wyrażenia zgody na „przedłużenie terminu związania ofertą” w odpowiedzi na ww. pismo, nie wywiera zatem żadnego skutku.

Odrębną kwestią jest nie przedłużenie ważności wadium lub nie wniesienie nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Odwołujący nie wniósł nowego wadium ani nie przedłużył wniesionego wadium na okres do upływu terminu związania ofertą. Oferta odwołującego nie jest zabezpieczona wadium od dnia 21 maja 2010 r. Zamawiający nie wezwał wykonawcy w trybie art. 181 ust. 1a Pzp do przedłużenia lub wniesienia nowego wadium na okres zabezpieczający postępowanie do czasu podpisania umowy, pod rygorem wykluczenia z postępowania. Nie mniej jednak wezwanie z dnia 12 maja 2010 r. zostało przekazane wykonawcy na 7 dni przed upływem ważności złożonego wadium, tj. w terminie wymaganym w art. 181 ust. 2a Pzp. W wezwaniu zamawiający wskazał jako podstawę prawną - art. 85 ust. 2 i ust. 4 Pzp.

Zdaniem Izby, dla oceny interesu prawnego wykonawcy w tym przypadku istotne znaczenie ma fakt, iż na wezwanie do wniesienia należytego zabezpieczenia umowy i zaproszenie do podpisania umowy w sprawie zamówienia, pismem z dnia 27 maja 2010 r. odwołujący odmówił podpisania umowy stwierdzając „nie widzimy możliwości podpisania przedmiotowej umowy”. Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, że wykonawca uchylił się od podpisania umowy w sprawie zamówienia, a zatem - nie dąży do uzyskania zamówienia, pomimo posiadania obiektywnie takiej możliwości.

W świetle powyższego nie można uznać, że odwołujący wykazał, iż jego ewentualne prawo związane z zarzucanym zaniechaniem przez zamawiającego obowiązku wykluczenia go z postępowania zostało naruszone w postępowaniu w taki sposób, że skutkowało (lub może skutkować) uszczerbkiem w interesie prawnym tego wykonawcy w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Niezależnie od kwestii czy rzeczywiście nastąpiło naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 85 ust. 2 i ust. 4 Pzp oraz w związku z niewypełnieniem przez zamawiającego obowiązku informacyjnego wynikającego z art. 181 ust. 2 i art. 181 ust. 2a Pzp, należy uznać, że ewentualne naruszenie przez zamawiającego ww. przepisów pozostaje bez wpływu na sytuację prawną odwołującego w postępowaniu. Wykonawca poprzez odmowę podpisania umowy zrezygnował z ubiegania się

o przedmiotowe zamówienie. Z ustalonego stanu faktycznego wynika, że wykonawca, w wyniku odmowy podpisania umowy o zamówienie, ani teoretycznie ani też praktycznie nie ma możliwości uzyskania zamówienia. Powyższy stan nie może ulec zmianie na skutek wniesienia środka ochrony prawnej. W tych okolicznościach nie sposób uznać, że zachodzi związek przyczynowy pomiędzy ewentualnym naruszeniem przepisów przez zamawiającego, a brakiem możliwości uzyskania zamówienia przez odwołującego. Tym samym nie można uznać, iż odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania i żądaniu w danych okolicznościach własnego wykluczenia z postępowania lub unieważnienia postępowania. Izba stwierdziła, że wskazane przez odwołującego okoliczności dotyczące dodatkowych kosztów wynikających z przedłużenia ważności wadium lub wzrost cen na rynku budowlanym stanowią jedynie interes faktyczny odwołującego, który nie ma jakiegokolwiek związku z ewentualnym naruszeniem przepisów przez zamawiającego. Wykonawca, jako profesjonalista, składając ofertę, powinien skalkulować wszelkie koszty związane z ubieganiem się o zamówienie.

Zauważyć również należy, że w ustalonych okolicznościach, na podstawie art. 94 ust. 2 Pzp, zamawiający ma możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ponownej ich oceny. Jak wyjaśnił zamawiający, oferta złożona przez Konsorcjum firm: SIAC Construction Ltd, APRIVIA S.A., HYDROBUDOWA POLSKA S.A., PBG S.A., sklasyfikowana przez zamawiającego na drugiej pozycji, jest nadal zabezpieczona ważnym wadium.

Oddalając odwołanie z powodu braku wykazania interesu prawnego przez odwołującego KIO nie odnosiła się merytorycznie do podniesionych przez odwołującego zarzutów, opierając się w tym zakresie na treści orzeczenia Sądu Okręgowego w Lublinie – wyrok z dnia 5 maja 2008 r. sygn. akt 44/08.

Biorąc za podstawę powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 z późn. zm.).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....