

Sygn. akt: KIO 1787/10

WYROK
z dnia 8 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Paweł Trojan
Protokolant:	Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 03.09.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20.08.2010 r. przez wykonawcę **GOSPODARCZA Spółka z o.o., ul. Kłodnicka 54, 41-706 Ruda Śląska** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenia usług związanych z kompleksowym utrzymaniem łaźni pracowniczej wraz z urządzeniami technicznymi dla KW S.A. Oddział KWK „Halemba-Wirek” Ruch Halemba i Ruch Wirek”

orzeka:

- 1. oddala odwołanie.**
2. kosztami postępowania obciąża **GOSPODARCZA Spółka z o.o., ul. Kłodnicka 54, 41-706 Ruda Śląska** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **GOSPODARCZA Spółka z o.o., ul. Kłodnicka 54, 41-706 Ruda Śląska,**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok -

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 8 września 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1787/10

Zamawiający - Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenia usług związanych z kompleksowym utrzymaniem łaźni pracowniczej wraz z urządzeniami technicznymi dla KW S.A. Oddział KWK „Halemba-Wirek” Ruch Halemba i Ruch Wirek”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 19.03.2010 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 24.03.2010 r. Nr ogłoszenia 2010/S 58-086639.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu **24.03.2010 r.** poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej.

Zamawiający w dniu **06.08.2010 r.** nadał listem poleconym pismo zawierające informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe pismo Odwołujący otrzymał w dniu 10.08.2010 r.

W dniu **20.08.2010 r.** wykonawca GOSPODARCZA Spółka z o.o. wniósł do Prezesa KIO odwołanie wobec czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w toku postępowania, a polegających na naruszeniu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wskutek bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania i w konsekwencji unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Ponadto w dalszej części odwołania zostało wskazane, iż Zamawiający błędnie pouczył wykonawcę o prawie wniesienia odwołania w terminie 10 dni, gdy tymczasem w ocenie Odwołującego, przysługuje 15-dniowy termin z uwagi na fakt, iż o czynności

Zamawiającego został poinformowany listownie.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż wniósł wymagane przepisami wadium. Zgodnie z postanowieniem XXIV pkt 3 SIWZ Zamawiający miał przekazywać wykonawcom zawiadomienia i informacje faksem, a zgodnie z pkt. 4 informacje dotyczące postępowania na stronie internetowej. Z uwagi na powyższe wykonawca nie otrzymał żadnej informacji o przedłużonym okresie związania ofertą ani tym bardziej o konieczności przedłużenia ważności wadium, bądź konieczności wniesienia nowego wadium.

Tym samym Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 85 ustawy Pzp, wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ. Pkt XXI SIWZ podawał, iż Wykonawca był związany ofertą przez okres 60 dni od dnia otwarcia ofert. W przedmiotowej sprawie nie pojawił się wniosek Zamawiającego dotyczący przedłużenia terminu związania ofertą, ani w żaden sposób Odwołujący nie został powiadomiony, że taka konieczność się pojawi. Nie pojawiła się także taka informacja na stronie internetowej.

W odniesieniu do zarzutu poinformowania Odwołującego o czynnościach Zamawiającego w niewłaściwej formie wskazał, iż w dniu 10.08.2010 r. otrzymał listem poleconym informację o wykluczeniu, odrzuceniu jego oferty oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie zaś z postanowieniami XXIV pkt. 3 SIWZ: „Zamawiający będzie przekazywał wykonawcom zawiadomienia i informacje faksem”. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający tego nie uczynił.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego błędnego pouczenia o terminie wniesienia odwołania wskazał, iż Zamawiający błędnie pouczył Odwołującego o prawie wniesienia odwołania w terminie 10 dni, gdy tymczasem przysługiwał jemu 15-dniowy termin z uwagi na fakt, iż o czynności Zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia ten ostatni poinformował go listownie.

Nadto na okoliczność, iż Zamawiający dopuszcza się naruszeń przepisów ustawy Pzp przemawiają, w ocenie Odwołującego, okoliczności, iż Zarząd Kompanii Węglowej S.A. w dniu 20.07.2010 roku podjął uchwałę o unieważnieniu przedmiotowego postępowania oraz o wyrażeniu zgody na ponowne uruchomienie przedmiotowego postępowania nieobjętego ustawą Pzp w trybie negocjacji z jednym wykonawcą spełniającym wymogi art. 136 ustawy Pzp, tj. Konsorcjum Ochrony Kopalń Spółka z o.o. w Zabrze. Zdaniem Odwołującego Zarząd podjął powyższe uchwały, pomimo iż wykluczeni wykonawcy mogli wnieść odwołanie, a także pomimo iż pozostaje to w sprzeczności z postanowieniem §17 „Regulaminu

określającego sposób postępowania w sprawach o udzielenie zamówień w Kompanii Węglowej S.A.". Zgodnie bowiem z postanowieniami przedmiotowego regulaminu, negocjacje z jednym wykonawcą są dopuszczalne w enumeratywnie wymienionych okolicznościach, a żadna z takowych okoliczności nie miała miejsca. Odwołujący wskazał ponadto, iż uzyskał informację od osób zajmujących się przetargiem, iż Konsorcjum Ochrony Kopalń było wzywane do uzupełnienia braków swojej oferty i podlegałoby wykluczeniu z uwagi na fakt, iż braków tych nie uzupełniło.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez unieważnienie czynności Zamawiającego oraz nakazanie wykonania lub powtórzenia czynności Zamawiającego.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, oraz w konsekwencji unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z ogłoszeniem o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem oraz po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. 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 Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, w tym w szczególności z treści SIWZ. Izba dopuścił również dowód

ze stanowisk i oświadczeń Stron złożonych ustnie do protokołu.

Następnie skład orzekający Izby wskazuje, iż Izba z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia jest przesłanką materialnoprawną co oznacza, iż odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone.

W odniesieniu do powyższego Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt XXI SIWZ (termin związania ofertą) określił, iż wykonawca jest związany ofertą przez okres 60 dni od dnia otwarcia ofert. Wskazał również, iż bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.

Po drugie Izba ustaliła, iż zgodnie z pkt IV.3.4. ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt XXII SIWZ Zamawiający termin składania ofert wyznaczył na dzień 15.04.2010 r. godz. 08.30.

Po trzecie Izba ustaliła w oparciu o druk ZP-1 protokołu postępowania, iż termin składania ofert upłynął w dniu 15.04.2010 r. o godzinie 08.30.

Wobec powyższego termin związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 14.06.2010 r.

Izba ustaliła ponadto w toku rozprawy, iż Odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą, jak również nie przedłużył ważności wadium lub nie wniósł nowego wadium na kolejny okres.

W odniesieniu do powyższych ustaleń Izba wskazuje, iż nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009 r. dokonano implementacji dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w zakresie zamówień publicznych. W świetle art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy Państwa Członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Powyższy przepis dyrektywy odwoławczej znalazł swoje odzwierciedlenie w treści art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niniejszy przepis ustawy uległ zmianie w szczególności poprzez rezygnację przez ustawodawcę z interesu prawnego na rzecz pojęcia – „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”. W świetle nowych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże, łącznie spełnienie następujących przesłanek, t.j. wykaże, że:

- 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz
- 2) poniósł lub może ponieść szkodę

a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż ustawodawca posługuje się pojęciem „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”, co oznacza że Odwołujący zobowiązany jest do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, tj. wykazania, że obiektywnie w konkretnym postępowaniu posiada potrzebę uzyskania danego zamówienia, będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Interes w uzyskaniu zamówienia musi odnosić się do konkretnego postępowania w konkretnym stanie faktycznym. Ponadto, na co wskazuje treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący jednocześnie zobowiązany jest do wykazania, że poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, iż w opisanym stanie faktycznym skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący nie legitymował się interesem w uzyskaniu zamówienia w korzystaniu z środków ochrony prawnej, o których stanowi treść art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu, niezależnie od zasadności zarzutów wskazanych w odwołaniu, Odwołujący nie wykazał istnienia interesu w uzyskaniu danego zamówienia ponieważ nie przedłużając terminu związania ofertą nie wyraził woli dalszego uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji uzyskania zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że termin związania ofertą w niniejszym postępowaniu upłynął w dniu 14.06.2010 r. oraz w tym też terminie wygasło wadium złożone przez Odwołującego.

Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie i przesłał Odwołującemu listem poleconym informację o powyższej czynności w dniu 06.08.2010 r., zaś postępowanie odwoławcze zostało wszczęte (poprzez wniesienie odwołania) w dniu 20.08.2010 r. Odwołujący na rozprawie przyznał, iż nie przedłużył terminu związania ofertą, a wnosząc odwołanie, jego oferta nie była zabezpieczona wadium.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Tym samym to wykonawca wyrażając zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą bądź samodzielnie przedłużając niniejszy termin podejmuje decyzję o dalszym swoim udziale w postępowaniu. To wykonawca, jako podmiot profesjonalny zobowiązany jest do działania z należytą starannością poprzez podejmowanie działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto należy również zwrócić uwagę na dyspozycję art. 85 ust. 4 ustawy Pzp zgodnie z którym przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, albo jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Jednakże w niniejszym postępowaniu Odwołujący nie skorzystał z możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą na co pozwalała mu dyspozycja art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. W konsekwencji Odwołujący swoim zachowaniem spowodował, iż w świetle tak przedstawionego stanu faktycznego nie można mówić, iż Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu danego zamówienia publicznego.

W związku z powyższym należy również stwierdzić, iż Odwołujący w konsekwencji braku zaistnienia interesu w uzyskaniu danego zamówienia nie wykazał również tym samym istnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący bowiem miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, lecz wobec faktu nieprzedłużenia terminu związania ofertą nie ma możliwości wykazania przesłanki szkody będącej skutkiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy albowiem ewentualna szkoda, którą mógłby ponieść Odwołujący byłaby skutkiem zaniedbania po stronie tegoż Odwołującego.

Regulacja art. 85 ust 2 ustawy Pzp umożliwia wykonawcy samodzielne przedłużenie terminu związania ofertą, jednakże uprawnienie to determinuje obowiązek po stronie wykonawcy do przedłużenia samodzielnie terminu związania ofertą w przypadku gdy nie wnioskuje o to zamawiający (z uwagi na to, że termin związania ofertą już raz przedłużał lub

nie wezwał wykonawców do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą) a gdy wykonawca chce być uczestnikiem postępowania, bowiem w innym przypadku na skutek upływu terminu związania ofertą, oferta Odwołującego nie wiąże, co prowadzi do wniosku, iż Odwołujący przestaje być uczestnikiem postępowania.

Mając powyższe na względzie, zakładając iż Krajowa Izba Odwoławcza bada istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia na moment wniesienia odwołania (wszczęcia procedury odwoławczej) należy stwierdzić, iż Odwołujący nie legitymuje się istnieniem interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia a w konsekwencji jednocześnie nie wykazał zaistnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, a Odwołujący w postępowaniu nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

W związku z powyższym, niezależnie od zasadności postawionych w odwołaniu zarzutów niniejsze odwołanie zostało oddalone.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....