

Sygn. akt: KIO/UZP 1667/09

WYROK
z dnia 29 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Dagmara Gałczewska - Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum firm w składzie: TPF PLANEGE Consultores de Engenharia e Gestao S.A., Rua Laura Aloes 12, 8, 1050 - 138 Lizbona Portugalia, E & L Architects Sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa od rozstrzygnięcia przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa protestu z dnia 19 października 2009 r.

przy udziale konsorcjum firm w składzie: Grontmij Polska Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum, Grontmij Nederland B.V., Biuro Projektów Architektonicznych i Budowlanych A i B Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **konsorcjum firm w składzie: TPF PLANEGE Consultores de Engenharia e Gestao S.A., Rua Laura Aloes 12, 8, 1050 - 138 Lizbona Portugalia, E & L Architects Sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **konsorcjum firm w składzie: TPF PLANEGE Consultores de Engenharia e Gestao S.A., Rua Laura Aloes 12, 8, 1050 - 138 Lizbona Portugalia, E & L Architects Sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **konsorcjum firm w składzie: TPF PLANEGE Consultores de Engenharia e Gestao S.A., Rua Laura Aloes 12, 8, 1050 - 138 Lizbona Portugalia, E & L Architects Sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **konsorcjum firm w składzie: TPF PLANEGE Consultores de Engenharia e Gestao S.A., Rua Laura Aloes 12, 8, 1050 - 138 Lizbona Portugalia, E & L Architects Sp. z o.o., ul. Szyszkowa 34, 02-285 Warszawa.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na "Nadzór i zarządzanie robotami w ramach projektu nr POIiŚ 7.1 - 18 Modernizacja linii kolejowej nr 8, budowa łącznicy do lotniska Okęcie (od przystanku osobowego Służewiec do stacji MPL Okęcie)" konsorcjum firm w składzie: TPF Planege S.A. oraz E & L Architects Sp. z o.o. (dalej konsorcjum TPF Planege) w dniu 20.10.2009 r., pismem z dnia 19.10.2009 r. złożyło protest, a następnie - wobec oddalenia protestu przez zamawiającego, w dniu 09.11.2009 r., pismem z dnia 07.11.2009 r., złożyło odwołanie.

W proteście i odwołaniu konsorcjum zarzuciło zamawiającemu, tj. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. niezgodny z przepisami ponowny wybór oferty konsorcjum firm w składzie: Grontmij Polska Sp. z o.o., Grontmij Nederland B.V., Biuro Projektów Architektonicznych i Budowlanych A i B Sp. z o.o. oraz zaniechanie wykluczenia tego konsorcjum z udziału w postępowaniu.

Wykazując swój interes prawny na etapie wniesienia protestu i odwołania konsorcjum TPF Planege wskazało, że postępowanie zamawiającego polegające na wybraniu oferty konsorcjum Grontmij, które winno być wykluczone i którego oferta winna być odrzucona ma wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Zmiana zaś decyzji zamawiającego doprowadzi do stworzenia odwołującemu realnych szans w ubieganiu się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany.

Skład orzekający Izby ustalił jednak, że zmiana decyzji zamawiającego nie może doprowadzić do uzyskania przez odwołujące się konsorcjum przedmiotowego zamówienia publicznego.

Przyjmując za własny pogląd, znajdujący odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, tj., że interes prawny wnoszącego środek odwoławczy musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym on uczestniczy i polegać na tym, że traci on możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą, przy czym interes ten nie może być oceniany pod kątem ewentualnego i niepewnego udziału odwołującego się w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie publiczne i uzyskanie w nim wyniku polegającego na wyborze przez zamawiającego jego oferty, skład orzekający Izby uznał brak legitymacji odwołującego się konsorcjum do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Odwołujące się konsorcjum nie legitymowało się interesem prawnym ani na etapie wnoszenia protestu, ani na etapie wnoszenia odwołania.

Wynika to faktu, że w dniu 11.10.2009 r., tj. już przed wniesieniem protestu (tym bardziej zatem odwołania) oferta odwołującego się konsorcjum nie była zabezpieczona wadium, a zatem nie mogła być uznana za najkorzystniejszą.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujące się konsorcjum wniosło wadium w formie gwarancji bankowej nr GAR/09301709, wystawionej przez Bank BPI S.A. w dniu 19.03.2009 r., poprzez złożenie wraz z ofertą oryginału listu gwarancyjnego z terminem ważności tejże gwarancji do dnia 10.08.2009 r., której ważność została następnie przedłużona poprawkami (aneksami) w dniu 03.08.2009 r. do dnia 10.10.2009 r., a w dalszej kolejności w dniu 29.10.2009 r. do dnia 31.12.2009 r.

Z powyższego wynika, że odwołujące się konsorcjum nie doprowadziło do ustanowienia gwarancji, która w okresie od dnia 11.10.2009 r. do dnia 28.10.2009 r. zabezpieczałaby złożoną przez to konsorcjum ofertę.

Biorąc pod uwagę fakt, że wadium musi zabezpieczać ofertę w całym okresie, w którym jest nią związany składający ją wykonawca stwierdzić należy, że w okresie od dnia 11.10.2009 r. do dnia 28.10.2009 r. oferta odwołującego się konsorcjum nie była zabezpieczona wadium w formie gwarancji bankowej nr GAR/09301709 wraz z poprawkami do niej.

Odwołujące się konsorcjum potwierdziło na rozprawie, że na ten okres nie wniosło wadium w innej formie.

Bez znaczenia z punktu widzenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i oceny pozostawiania zabezpieczoną oferty jest w takim przypadku fakt, że bank przedłużył w dniu 29.10.2009 r. ważność tejże gwarancji, która utraciła swoją ciągłość w dniu 11.10.2009 r.

Brak zabezpieczenia oferty wadium (poprzez nie przedłużenie ważności wadium) oznacza ustawowo nakazany obowiązek wykluczenia wykonawcy, który ofertę taką złożył i ustawowy obowiązek uznania takiej oferty za odrzuconą, tj. taką, która nie podlega ocenie.

Utrata przez odwołujące się konsorcjum statusu uczestnika postępowania, a jednocześnie eliminacja oferty tego konsorcjum z procedury oceny ofert przesądza jednocześnie o niemożności uzyskania zamówienia przez to konsorcjum, co z kolei jest równoznaczne z brakiem po stronie odwołującego się konsorcjum interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia na "Nadzór i zarządzanie robotami w ramach projektu nr POLiŚ 7.1 -18 Modernizacja linii kolejowej nr 8, budowa łącznicy do lotniska Okęcie (od przystanku osobowego Służewiec do stacji MPL Okęcie)".

To, że zamawiający dopiero pismem z dnia 04.11.2009 r. poinformował o podstawach wykluczenia odwołującego się konsorcjum z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, nie zmienia w żaden sposób faktu istnienia podstaw do wykluczenia tego konsorcjum w dniu 11.10.2009 r. i utraty w tym dniu statusu wykonawcy - uczestnika przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można bowiem zaakceptować sytuacji, w której zaniechanie wykonania jakiejś czynności przez zamawiającego kreowałoby odmienny od rzeczywistości stan zabezpieczenia oferty wadium (w dniu 11.10.2009 r. oferta odwołującego się konsorcjum nie była zabezpieczona wadium, pomimo stwierdzenia tego faktu przez zamawiającego w dacie późniejszej).

Niezależnie od powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że nawet ustanowienie wadium w okresie od dnia 11.10.2009 r. do dnia 28.10.2009 r. w formie gwarancji bankowej (kolejnej poprawki - aneksu), ale nie przedłożenie listu gwarancyjnego zamawiającemu skutkować by musiało uznaniem, że odwołujące się konsorcjum nie wniosło wadium, co byłoby równoznaczne z koniecznością eliminacji takiego wykonawcy i złożonej przez niego oferty z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający, w celu dopuszczenia wykonawców do udziału w postępowaniu oraz poddaniu ocenie złożonych przez nich ofert jest zobowiązany w pierwszej kolejności zweryfikować, czy oferty zostały zabezpieczone wadium. Weryfikacja ta, za czym przemawia ekonomika prowadzenia postępowania, winna nastąpić jako jedna z pierwszych czynności zamawiającego po to, aby nie narażać zamawiającego na badanie ofert, z których żadna nie będzie mogła być wybrana i uznana za najkorzystniejszą, a wykonawców na przedłużenie terminu związania ofertą i ewentualne koszty z tym związane.

Tożsame argumenty, tj. nie dopuszczenie do badania i oceny, a tym bardziej wyboru oferty, która nie będzie mogła zostać wybrana odnieść należy do ofert, które wprawdzie pierwotnie były zabezpieczone wadium, ale w jakimś momencie terminu związania utraciły zabezpieczenie wadium.

Aby weryfikacja złożonych ofert była w ogóle możliwa - tak na etapie pierwotnego badania zabezpieczenia oferty wadium, jak i w wyniku przedłużenia terminu związania ofertą, a nadto aby weryfikacja ta była zgodna z zasadą pisemności postępowania, wyrażoną w przepisie art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający musi dysponować dokumentami.

Ponad wszelką wątpliwość skład orzekający Izby stwierdził, że w momencie ponownej weryfikacji oferty odwołującego pod kątem jej zabezpieczenia wadium, co nastąpiło nie później niż w dniu 04.11.2009 r. skoro w tym dniu odwołujące się konsorcjum otrzymało informację o wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający nie dysponował dokumentami, które pozwoliłyby mu uznać, że oferta odwołującego zabezpieczona jest wadium.

W ocenie składu orzekającego Izby „wniesienia” wadium należy interpretować na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych - zarówno jej celów, jak i obowiązków zamawiającego i nie należy tego pojęcia utożsamiać z innym - „ustanowienia” wadium.

W przypadku gwarancji bankowej przez ustanowienie wadium rozumieć należy doprowadzenie przez wykonawcę do zobowiązania się banku do wypłaty beneficjentowi określonej kwoty w określonych okolicznościach w określonym okresie, czego potwierdzeniem jest list gwarancyjny (dokument gwarancji), zaś przez wniesienie wadium w takim przypadku należy rozumieć złożenie dokumentu zamawiającemu (abstrahując od tego, czy dokument winien być złożony w formie kopii czy oryginału), co po pierwsze pozwoli zamawiającemu powziąć wiadomość, że stał się wierzycielem - beneficjentem gwarancji, co jest warunkiem sine qua non skorzystania z praw przysługujących wierzycielowi, po drugie zaś, co nie mniej istotne, pozwoli zamawiającemu na wywiązanie się z obowiązków ustawowych, polegających na weryfikacji oferty pod kątem jej zabezpieczenia wadium w dowolnym momencie prowadzonego postępowania.

W świetle powyższego ustanowienie wadium nie jest wystarczające do uznania, że wadium zostało wniesione.

Biorąc pod uwagę, że weryfikacja czy oferty zostały zabezpieczone wadium w formie gwarancji bankowej opierać się może wyłącznie na złożonych dokumentach, skład orzekający Izby stwierdził, że jedyną podstawą oceny czy oferta odwołującego została zabezpieczona wadium jest dokument gwarancji przetargowej nr GAR/09301709, wystawionej przez Bank BPI S.A. w dniu 19.03.2009 r., złożonej przez odwołującego wraz z ofertą oraz poprawki do tejże gwarancji z dnia 03.08.2009 r. oraz 29.10.2009 r. Te zaś dowodzą, że oferta odwołującego się konsorcjum w dniach 11.10.2009 r. - 28.10.2009 r. nie była zabezpieczona wadium.

Reasumując, w konsekwencji stwierdzenia braku interesu prawnego po stronie odwołującego się konsorcjum w zakresie wniesienia środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skład orzekający Izby zobowiązany jest odwołanie oddalić, a zgłoszone zarzuty pozostawić bez merytorycznego rozpoznania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....