

Sygn. akt: KIO/UZP 753/10

WYROK
z dnia 13 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Marek Szafraniec
Justyna Tomkowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 maja 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum: **KEM - Tyskie Drogi Sp. z o.o. (lider), Usługi Transportowo - Sprzętowe Jan Romanko, SILESIANA B.C. Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 43-100 Tychy, ul. Urbanowicza 8** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Ulic i Mostów, 43-100 Tychy, ul. Budowlanych 59** protestu z dnia **31 marca 2010 r.**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża konsorcjum: KEM - Tyskie Drogi Sp. z o.o. (lider), Usługi Transportowo - Sprzętowe Jan Romanko, SILESIANA B.C. Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 43-100 Tychy, ul. Urbanowicza 8**

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 konsorcjum: **KEM - Tyskie Drogi Sp. z o.o. (lider), Usługi Transportowo - Sprzętowe Jan Romanko, SILESIANA B.C. Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 43-100 Tychy, ul. Urbanowicza 8,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz konsorcjum: **KEM - Tyskie Drogi Sp. z o.o. (lider), Usługi Transportowo - Sprzętowe Jan Romanko, SILESIANA B.C. Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 43-100 Tychy, ul. Urbanowicza 8.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczanie dróg i obiektów drogowych na terenie miasta Tychy w sezonach 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012” - Zadanie I, wykonawca - konsorcjum firm: KEM - Tyskie Drogi Sp. z o.o., Usługi Transportowo - Sprzętowe Jan Romanko oraz SILESIANA B.C. Sp. z o.o. (dalej „protestujący” lub „odwołujący” lub „konsorcjum”) złożył protest, a następnie odwołanie na czynność zamawiającego - Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów, polegającą na wykluczeniu konsorcjum z tego postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 85 ust. 4 oraz 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.), (dalej „ustawa Pzp”) w związku z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne uznanie, że konsorcjum nie zgodziło się na przedłużenie okresu związania ofertą, ewentualnie nie wniosło wadium na przedłużony okres związania ofertą,

2. art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne uznanie, że zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty odwołującego bądź do uznania tej oferty za odrzuconą.

Konsorcjum zażądało:

1. unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
2. przywrócenia konsorcjum do postępowania.

Konsorcjum wniosło o dopuszczenie dowodu z następujących dokumentów, załączonych do odwołania:

1. odpisu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium z dnia 25.09.2009 r.,
2. odpisu aneksu nr 1 z dnia 18.11.2009 r. do gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 25.09.2009 r.,
3. odpisu aneksu nr 2 z dnia 25.01.2010 r. do gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 25.09.2009 r.,
4. odpisu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium z dnia 22.03.2010 r.,
5. odpisu oświadczenia odwołującego z dnia 02.03.2010 r. o przedłużeniu terminu związania ofertą na okres 60 dni.

Jak wskazał odwołujący powodem wykluczenia go z udziału w postępowaniu, wskazanym przez zamawiającego był fakt, że dnia 25.02.2010 r. upłynął 60-dniowy termin związania ofertą, a odwołujący w wyznaczonym terminie nie przedłużył okresu związania ofertą.

Odwołujący wyjaśnił, że 25.09.2009 r., przystępując do przedmiotowego przetargu wniósł wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej nr GWB/27/09/0352 z dnia 25 września 2009 r., a następnie dokonywał przedłużenia ważności wniesionego wadium zabezpieczającego jego ofertę (aneksem z dnia 18.11.2009 r. do dnia 26.01.2010 r., aneksem z dnia 25.01.2010 r. do dnia 26.03.2010 r., w dniu 22.03.2010 r. poprzez zawarcie kolejnej umowy gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr GWB/27/10/0013 od dnia 27.03.2010 r. do dnia 30.06.2010 r.), wobec czego nie zachodzi powołana przez zamawiającego podstawa do wykluczenia go, określona w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że podstawa wykluczenia nie zachodzi z uwagi na to, że zamawiający nie zwracał się do odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą, a zatem nie mógł on w odpowiedzi na nieistniejące zapytanie zamawiającego nie zgodzić się na przedłużenie terminu związania ofertą - i - jak oświadczył odwołujący - takiego oświadczenia nie złożył - ani w sposób wyraźny ani dorozumiany.

Wskazał, że złożył oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą 02.03.2010 r., tj. gdy jego udział w postępowaniu zabezpieczało ważne złożone wadium, dodając, że oświadczenie to miało stanowić tylko potwierdzenie okoliczności związania ofertą, istniejących już poprzez sam fakt przedłużenia wadialnej gwarancji ubezpieczeniowej.

Odwołujący stwierdził, że w niniejszej sprawie zaistniała sytuacja, w której przez kilka dni istniało ważne wadium zabezpieczające ofertę przy równoczesnym braku pisemnego oświadczenia o przedłużeniu oferty, które zostało złożone w terminie późniejszym.

W ocenie odwołującego przedłużenie ważności wadium zabezpieczającego ofertę, należy odczytywać jako wolę wykonawcy do związania się złożoną ofertą, ponieważ związanie wykonawcy ofertą, jak i zabezpieczenie oferty wadium, stanowią okoliczności ściśle ze sobą powiązane, na co wskazuje treść art. 85 ust. 4 ustawy Pzp.

Uznał, że w przypadku, gdy wykonawca nie złoży oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą lub złoży go po terminie (jak odwołujący), ale przedłuży okres ważności wadium, to jest to równoznaczne z wyrażeniem woli wykonawcy na dalsze związanie ofertą.

Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r. o sygn. akt: KIO/UZP 1501/08 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 27 maja 2007 r. o sygn. akt XIX Ga 104/07 (złożenie wadium jest wyrazem woli wykonawcy związania się ofertą do dnia wskazanego w gwarancji wadialnej).

Odwołujący wywnioskował, że zamawiający uznając, że nie doszło do przedłużenia ważności oferty odwołującego w wyniku przedłużenia ważności wadium zabezpieczającego ofertę, naruszył art. 85 ust. 2 i art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, zaś bezzasadnie wykluczając odwołującego w konsekwencji naruszył art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, dokonując odrzucenia oferty odwołującego / uznając ofertę odwołującego za odrzuconą.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a także oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty:

1. ogłoszenie o zamówieniu z dnia 12.08.2009 r. (2009/S 153-223496) oraz z dnia 09.09.2009 r. - Informacje dodatkowe (2009/S 173-249022),
2. specyfikację istotnych warunków zamówienia, opracowaną przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

3. protokół postępowania o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (ZP-1) wraz z załącznikami,
4. oświadczenie odwołującego z dnia 02.03.2010 r. i 29.09.2010 r. o przedłużeniu terminu związania,
5. pismo zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 22.03.2010 r. (pismo znak: DTT/ZP/30/1642/09/MW).

Izba przeprowadziła dowód z następujących dokumentów:

1. ogłoszenia o zamówieniu z dnia 12.08.2009 r. (2009/S 153-223496) oraz z dnia 09.09.2009 r. - Informacje dodatkowe (2009/S 173-249022),
2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
3. protokołu postępowania o udzielenie zamówienia o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (ZP-1) wraz z załącznikami.

Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie w dniu 12.08.2009 r., a zatem przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem 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 oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie, tj. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów: z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) i 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 (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.) w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Materialnoprawną przesłanką skutecznego wniesienia środków ochrony prawnej w postaci protestu i odwołania jest wykazanie przez protestującego i odwołującego, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Ze złożonych przez odwołującego środków ochrony prawnej wynika, że odwołujący uzasadniał swój interes prawny tym, że poprzez nieprawidłowe zastosowanie przez zamawiającego przepisów prawa, skutkującego nieuzasadnionym wykluczeniem odwołującego z postępowania oraz w konsekwencji odrzuceniem jego oferty, odwołujący utracił możliwość ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia (protest z dnia 31.03.2010 r.), a nadto tym, że w razie przywrócenia do postępowania nadal będzie miał możliwość ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia (odwołanie z dnia 20.04.2010 r.).

Izba ustaliła, że odwołujący nie legitymował się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ani na etapie wnoszenia protestu, ani na etapie wnoszenia odwołania.

Izba wskazuje, że uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej aktualizuje się, gdy spełnione są łącznie następujące przesłanki:

1. nastąpiło naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp,
2. powstał lub może powstać uszczerbek w interesie prawnym podmiotu uprawnionego,
3. istnieje związek przyczynowy pomiędzy uszczerbkiem w interesie prawnym podmiotu uprawnionego (albo możliwością jego powstania), a naruszeniem przez zamawiającego swoim postępowaniem przepisów ustawy.

Izba za własny przyjmuje pogląd, znajdujący odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, zgodnie z którym 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.

Innymi słowy uwzględnienie protestu lub odwołania winno otwierać drogę wnoszącemu je wykonawcy do uznania jego oferty za najkorzystniejszą, a tym samym do uzyskania zamówienia.

W ocenie Izby uwzględnienie odwołania z dnia 20.04.2010 r. nie otworzy odwołującemu drogi do uznania jego oferty za najkorzystniejszą, ponieważ

w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z pkt. 12 SIWZ „Zasady oceny ofert” jedynym kryterium oceny ofert jest cena, odwołujący zaś nie złożył w zadaniu nr 1, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie oferty z najniższą ceną (cena odwołującego to 8 905 860,48 zł brutto). W zadaniu tym ofertę najniższą cenowo, która pozostaje ofertą ważną i nie podlega odrzuceniu złożył wykonawca Ekośrodowisko Sp. z o.o. z ceną 7 489 000,00 zł.

Izba za błędne uznała stanowisko odwołującego, izby dopiero w wyniku ponownej oceny ofert, będącej następstwem wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2010 r. o sygn. akt: KIO/UZP 703/10 odwołujący poznał stanowisko odwołującego co do „losu” oferty Ekośrodowisko Sp. z o.o.

Należy bowiem uwzględnić fakt, że stanowisko zamawiającego co do tego wykonawcy i jego oferty odwołujący poznał już w dniu 06.11.2009 r., kiedy to otrzymał od zamawiającego pismo DTT/ZP/30/7777/09/MW, zawierające informację o:

1. wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i odrzuceniu jego oferty,
2. wykluczeniu konsorcjum firm w składzie: Alba PTS Sp. z o.o., PHU „Sprint” Zbigniew Golemo na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i odrzuceniu jego oferty,
3. wykluczeniu wykonawcy Ekośrodowisko Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i odrzuceniu jego oferty,

przekazywane przez zamawiającego w związku z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej.

O samym wyborze oferty najkorzystniejszej odwołujący powziął informację z treści pisma z tego samego dnia (znak: DTT/ZP/30/776/09/MW - wg rozdzielnika). Dodatkowo w piśmie tym zamawiający wskazał, że oferta wybrana, złożona przez Alba ekoserwis Sp. z o.o. jest jedyną ofertą niepodlegającą odrzuceniu w tym postępowaniu.

Uwzględniając zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, wyrażoną w art. 181 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, sprowadzającą się do tego, że nie podniesienie zarzutów co do danego działania lub zaniechania zamawiającego skutkuje utratą prawa do ich powoływania na dalszym etapie postępowania, wskazać należy, że odwołujący nie może i nie będzie już mógł podnosić zarzutów odnośnie oferty Ekośrodowisko Sp. z o.o., ponieważ odwołujący nie podniósł, po otrzymaniu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w zadaniu nr 1, istnienia jakiegokolwiek innej podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy Ekośrodowisko Sp. z o.o., niż wskazana przez zamawiającego w piśmie z dnia 06.11.2009 r., zaś podstawa wskazana przez

zamawiającego okazała się być błędna, o czym orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 lutego 2010 r. o sygn. akt: 1798/09, KIO/UZP 1838/09, nakazując przywrócenie oferty tego wykonawcy do postępowania.

Zastrzeżenia te mogły być podnoszone jedynie w terminie 10 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę ich wnoszenia, czego odwołujący nie uczynił - nie złożył protestu na zaniechanie zamawiającego, polegające na nie wskazaniu w piśmie z dnia 06.11.2009r. innej jeszcze niż podana przez zamawiającego podstawie odrzucenia oferty wykonawcy Ekośrodowisko Sp. z o.o.

Innymi słowy oferta wykonawcy Ekośrodowisko Sp. z o.o. jest ofertą, która nie podlega odrzuceniu, wskazany wykonawca jest tą ofertą związany, ponieważ pismem z dnia 24.02.2010 r. (znak pisma: 2010/MO) przedłużył z własnej inicjatywy termin związania ofertą o kolejne 120 dni, jednocześnie przedłużając okres ważności wadium do czasu zawarcia umowy.

Reasumując, z powodu stwierdzenia braku interesu prawnego odwołującego do wniesienia protestu i odwołania - wobec braku możliwości podważenia prawidłowości oferty złożonej przez wykonawcę, który zaoferował niższą od odwołującego cenę, a którego oferta nadal jest ważna (wykonawca jest nią związany) i zabezpieczona wadium, Izba na podstawie art. 191 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

Ze względu na ustalenie braku legitymacji odwołującego do wniesienia protestu i odwołania Izba nie rozpoznała podniesionego w środkach ochrony prawnej zarzutu niezasadnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, wobec czego nie przeprowadziła dowodu z oświadczeń odwołującego z dnia 02.03.2010 r. i 29.09.2010 r. o przedłużeniu terminu związania, które dotyczyły pozostawionego bez merytorycznego rozpoznania zarzutu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....