

WYROK
z dnia 9 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Członkowie: Izabela Niedziałek
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 stycznia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: PxM – Prodem, ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków** protestu z dnia 3 grudnia 2008 r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: PxM – Prodem, ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: PxM – Prodem, ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: PxM – Prodem, ul. Mazowiecka 25, 30-019 Kraków.**

Uzasadnienie

Spółka PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie jako lider Konsorcjum: „PxM - Prodem” składającego ofertę wspólną w przetargu nieograniczonym na Zarządzanie kontraktem, tj. pełnienie funkcji nadzoru inwestorskiego i kontroli jakości zakończonej uzyskaniem międzynarodowego certyfikatu jakości dla obiektu przy budowie Instytutu Zoologii Uniwersytetu Jagiellońskiego zlokalizowanej przy ul. Gronostajowej w Krakowie wniosła odwołanie od decyzji Zamawiającego z dnia 12.12.2008r. (doręczonej Odwołującemu pocztą elektroniczną w dniu 12.12.2008r.) o odrzuceniu protestu złożonego przez Odwołującego zawierającego zarzut zaniechania przez Zamawiającego czynności ponownego badania ofert nakazanej przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem z dnia 14.10.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 1042/08. W proteście Odwołujący domagał się od Zamawiającego natychmiastowego dokonania czynności badania ofert, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej celem podpisania umowy w przetargu publicznym oraz wezwania wykonawców składających ofertę w niniejszym postępowaniu do przedłużenia ważności ich ofert o czas niezbędny do przeprowadzenia powyższych czynności.

Decyzji Zamawiającego o odrzuceniu protestu Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 180 ust. 7 w zw.z ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp z uwagi na uznanie, że

protest został wniesiony przez podmiot nieuprawniony, gdyż zdaniem Zamawiającego Odwołujący utracił status wykonawcy - mimo, że żadna decyzja w tym zakresie nie została podjęta przez Zamawiającego i nie zachodzą przewidziane w ustawie przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania, gdyż zarówno ofertę Odwołującego, jak i wniesione wadium należy traktować jako ważne, ponieważ terminy ich ważności zostały skutecznie przedłużone,

2

- art. 179 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na uznanie, że Odwołującemu nie przysługują środki ochrony prawnej w niniejszym postępowaniu, gdyż podobnie jak w przypadku powyższej podstawy prawnej, zdaniem Zamawiającego Odwołujący utracił status wykonawcy, mimo że decyzja w tym zakresie nie została podjęta przez Zamawiającego i nie zachodzą przewidziane w ustawie przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania, gdyż zarówno ofertę Odwołującego jak i wniesione wadium należy traktować jako ważne, ponieważ terminy ich ważności zostały skutecznie przedłużone.

Odwołujący wniósł wobec powyższego o:

1. unieważnienie lub stwierdzenie nieskuteczności czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu protestu Odwołującego i tym samym uznanie Odwołującego jako podmiot uprawniony do wniesienia protestu w przedmiotowym postępowaniu,
2. uznanie za skutecznie przedłużoną ważność oferty Odwołującego pismem z dnia 3.12.2008r. oraz pismem z dnia 08.12.2008 r. o przedłużeniu ważności wniesionego wadium,
3. a ponadto o nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej celem podpisania umowy w przetargu publicznym.

Uzasadniając odwołanie wskazano, że wyrokiem z dnia 14 października 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1042/08, Krajowa Izba Odwoławcza na skutek uwzględnienia odwołania Konsorcjum, w imieniu którego występował i występuje obecnie Odwołujący PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o. nakazała Zamawiającemu ponowne dokonanie czynności badania ofert. Pomimo znacznego upływu czasu (50 dni licząc od dnia wydania wyroku przez KIO do dnia złożenia protestu), Zamawiający bezpodstawnie nie wykonał nakazanych czynności ignorując w ten sposób wyrok KIO. Mając na uwadze zawinione zaniechanie Zamawiającego, Odwołujący w dniu 03.12.2008 r. wniósł protest, w którym zarzucił Zamawiającemu, że nie podejmuje nakazanych przez KIO czynności oraz z ostrożności (ponieważ żądane czynności zostały już nakazane przez KIO) zażądał natychmiastowego dokonania czynności badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający decyzją z dnia 12.12.2008 r. odrzucił protest powołując się na art. 180 ust. 7 ustawy Pzp uznając, że protest został wniesiony przez podmiot nieuprawniony. Wskazał także, iż w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący utracił status wykonawcy, gdyż w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie nie przedłużył terminu związania ofertą oraz ważności wniesionego zabezpieczenia wadialnego i nie złożył nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, na dowód czego Zamawiający wskazał, iż pismem z dnia 12.09.2008 r. wezwał wykonawców do dokonania tych czynności w terminie do 31.10.2008 r.

Zdaniem Odwołującego decyzja Zamawiającego o odrzuceniu protestu jest bezpodstawną, gdyż w chwili składania protestu oferta oraz wadium Odwołującego nadal były ważne.

3

Ponadto Odwołujący wskazał, że żadną decyzją Zamawiającego nie został wykluczony z postępowania, co zresztą przyznał sam Zamawiający w uzasadnieniu swej decyzji z dnia 12.12.2008 r.

Odwołujący podkreślił, iż nie zachodzą żadne przewidziane w ustawie przesłanki do wykluczenia go z postępowania. Zarówno ofertę Odwołującego jak i wniesione wadium należy traktować jako ważne. W dniu wniesienia protestu, tj. 3 grudnia 2008 r. złożona dnia 10 września 2008 r. oferta (pierwszy protest z datą 11 września 2008 r. zawiesił bieg związania ofertą do dnia 14 października 2008 r., czyli dnia wydania wyroku przez KIO) oraz wniesione wadium były ważne, a ponadto terminy ich ważności zostały skutecznie przedłużone - pismem z dnia 03 grudnia 2008 r. oraz potwierdzone pismem z dnia 08 grudnia 2008 roku.

Stąd też nie zachodzą podstawy prawne wskazane przez Zamawiającego, jako

uzasadniające odrzucenie protestu, natomiast interes prawny Odwołującego doznał na skutek tej decyzji uszczerbku. Z tego powodu Odwołujący wniósł o unieważnienie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu protestu z dnia 12.12.2008 r. jako podjętej bez podstawy prawnej.

Mając na uwadze sentencję wyroku KIO z dnia 14.10.2008 r. nakazującej Zamawiającemu ponowienie czynności badania ofert, Odwołujący nie widzi uzasadnienia dla ponawiania obecnie żądania dokonania tej czynności przez Zamawiającego, skoro zobowiązanie to już raz na Zamawiającego zostało nałożone. Odwołujący z ostrożności zażądał jednak, aby w razie jakichkolwiek wątpliwości co do zakresu nakazanej czynności badania ofert - obecnie nakazano Zamawiającemu dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w celu podpisania umowy z Wykonawcą, którego oferta zostanie wybrana. Odwołujący uznał za niedopuszczalną praktykę stosowaną przez Zamawiającego polegającą na niczym nieuzasadnionym opóźnianiu dokonania nakazanej przez KIO czynności. Tak daleko idące zaniechanie w wykonaniu przez Zamawiającego nakazanej czynności budzi poważne wątpliwości co do intencji Zamawiającego, który w sposób jawny ignoruje orzeczenie uprawnionego organu władzy.

Odwołujący również zwrócił uwagę, iż Zamawiający w dniu 29.10.2008 r. skierował za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych skargę do Sądu Okręgowego w Krakowie o uchylenie wyroku KIO z dnia 14.10.2008 r. wskazując jako przeciwnika skargi Odwołującego tj. PxM-Projekt-Południe Sp. z o.o.; czynność ta nie stanowiła jednak przeszkody do tego, aby Zamawiający dokonał nakazanej przez KIO czynności zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż wyrok KIO z 14.10.2008 r. ostatecznie rozstrzygał poprzednie postępowanie protestacyjne zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 3 lit.a) ustawy Pzp. Niniejsze zamówienie jest bowiem usługą o wartości nie przekraczającej kwoty 10.000.000 euro.

4

Odwołujący stwierdził, iż skoro nie ma decyzji o wykluczeniu go z postępowania, to nie ma też podstaw do odrzucenia złożonego odwołania. Złożona oferta jest ważna łącznie z wadium.

Odwołujący na rozprawie poparł odwołanie wraz z argumentacją w nim zawartą. Wskazał na zaniechania Zamawiającego, który nie wykonał wyroku KIO z dnia 14.10.2008 r. Stwierdził, iż protest został złożony dnia 3.12.2008 r. w okresie ważności oferty i wadium. Okres związania ofertą i ważności wadium został przedłużony oświadczeniami z dnia 3 i 8.12.2008 r. Wskazał, że wadium zostało wniesione w pieniądzu i nie zostało wycofane. Stwierdził przy tym, że nie miał podstaw wycofania wadium, a podstaw takich nie przewidują również przepisy ustawy na tym etapie postępowania.

W tym stanie rzeczy Odwołujący wniósł jak na wstępie, wskazując na 50-dniową bezczynność Zamawiającego, który nie wykonał nakazanych czynności przez KIO, a tym samym na zasadność wniesienia protestu w tym postępowaniu. a ponadto wniósł o przyznanie kosztów postępowania odwoławczego, a także wydatków związanych z obecnością na rozprawie umocowanych do reprezentacji Odwołującego osób.

Zamawiający działając w oparciu o art. 180 ust. 7 ustawy Pzp protest odrzucił.

Po analizie zebranych w sprawie dokumentów Zamawiający stwierdził, iż protest podlega odrzuceniu na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy, gdyż został wniesiony przez podmiot nieuprawniony. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W niniejszym przypadku Zamawiający uznał, że wnoszący protest utracił status wykonawcy, gdyż w wyznaczonym przez zamawiającego terminie nie przedłużył terminu związania ofertą oraz ważności wniesionego zabezpieczenia wadialnego i nie złożył nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Zamawiający w piśmie skierowanym w dniu 12 września 2008 r. do wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu, zawiadomił ich o wpłynięciu protestu, wezwał do przyłączenia się do postępowania protestacyjnego oraz przedłużenia terminu związania ofertą oraz ważności wniesionych zabezpieczeń wadialnych lub złożenia nowych wadów. Stosowne pisma i/lub dokumenty w zakresie przedłużenia terminu związania ofertą oraz

ważności wniesionych zabezpieczeń wadialnych lub złożenia nowych wadów, należało złożyć w terminie nie później niż do dnia 31 października 2008 r. do godziny 15:30 w miejscu składania ofert, czyli w Biurze Zamówień Publicznych UJ w Krakowie.

5

W toku postępowania jedynie dwóch, z czterech wykonawców uczestniczących w postępowaniu, dokonało czynności przedłużenia terminu związania ofertą oraz ważności wniesionych zabezpieczeń wadialnych lub złożenia nowych wadów.

Zamawiający zaznaczył również, iż w świetle obowiązujących przepisów (art. 92 ustawy Pzp), niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, zawiadamia się wykonawców, którzy złożyli oferty, o dokonanych wyborze i wykonawcach, których oferty zostały odrzucone lub wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Dlatego też do czasu podjęcia decyzji o rozstrzygnięciu postępowania Zamawiający nie może powiadomić wykonawcy wnoszącego protest o wykluczeniu go z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a następnie uznania wniesionej przez niego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający uznał, iż protest jest całkowicie bezzasadny, a podniesione w nim argumenty nie znajdują oparcia w stanie faktycznym i prawnym. Argumentacja Zamawiającego została podtrzymana w piśmie z dnia 30.12.2008 r., które wpłynęło do Urzędu Zamówień Publicznych dnia 5.01.2009 r., tj. przed otwarciem posiedzenia Izby.

Zamawiający wniósł tym samym o odrzucenie odwołania lub jeżeli brak jest przesłanek do odrzucenia, wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na to, że protest i odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawniony, co wynika z faktu, że Odwołujący został wykluczony z postępowania na skutek nieprzedłużenia ważności wadium. Zadeklarował, że zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego zostanie przesłane po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

W trakcie rozprawy Zamawiający stwierdził, iż od dnia 10.11.2008 r., wobec braku oświadczenia Odwołującego, wezwanego pismem z wyznaczonym terminem do 31.10.2008 r., wniesione wadium przez Odwołującego utraciło ważność. Zamawiający wskazał, że przedłużenie terminu związania ofertą nie jest równoznaczne z przedłużeniem ważności wadium, a obie te instytucje należy traktować rozdzielnie, co wynika z treści przepisów ustawy. Zamawiający zakwestionował pogląd Odwołującego, iż pozostaje w zwłocie z wykonaniem czynności nakazanych wyrokiem Izby z 14.10.2008 r. Złożone przez wykonawców oferty zachowują bowiem ważność, a termin związania ofertą upływa dopiero w lutym, stąd złożenie protestu dnia 3.12.2008 r. uznał za przedwcześnie.

Zamawiający stwierdził również, że w toku postępowania nie naruszył żadnych terminów wynikających z ustawy, a od wyroku KIO z dnia 14.10.2008 r. złożył skargę do SO i spodziewa się wkrótce rozstrzygnięcia przez Sąd. Nie kwestionował przy tym stanowiska Odwołującego w kwestii ostateczności rozstrzygnięcia protestu w rozumieniu przepisów ustawy, które to rozstrzygnięcie nastąpiło z dniem wydania wyroku w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1042/08 z dnia 14 października 2008 roku.

6

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po rozpatrzeniu sprawy zważył i ustalił, co następuje.

Izba stwierdza, że w świetle ustalonego stanu faktycznego nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 187 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym również wskazywana przez Zamawiającego podstawa odrzucenia wymieniona w punkcie trzecim przepisu art. 187 ust. 4 ustawy, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Jak wykazało postępowanie dowodowe Odwołujący złożył w wymaganym terminie ofertę oraz złożył żądane od wykonawców wadium w formie pieniężnej, czyli formie dopuszczonej ustawą w art. 45 ust. 6 pkt 1 Pzp. Okoliczność ta jest niesporna, jak również poza sporem pozostaje ustalenie faktu, iż wpłacona tytułem wadium kwota pieniężna pozostaje nadal w dyspozycji Zamawiającego, a tym samym nie została zwrócona wykonawcy. Należy przy tym zauważyć, że w toku całego postępowania złożone wadium, będące skutkiem czynności

prawnej kauzalnej, związanej ze złożeniem ważnej oferty, nie zmieniło swojej funkcji na skutek jakiegokolwiek czynności którejkolwiek ze stron; taka ewentualna zmiana nie wynika też z żadnego przepisu prawa, w tym ustawy Pzp lub stosowanego na podstawie art. 14 Pzp, kodeksu cywilnego. Izba stwierdza, że Prawo zamówień publicznych nie zawiera wymogu składania odrębnego oświadczenia przez wykonawcę, iż złożone przez niego wadium pieniężne, które znajduje się na koncie bankowym Zamawiającego, nadal stanowi zabezpieczenie oferty, w związku ze złożeniem której zostało wpłacone. Tym samym twierdzenie Zamawiającego o utracie ważności wadium, wobec niezłożenia żądanego oświadczenia w tym przedmiocie, jest bezpodstawne. W konsekwencji, wobec trwającego nadal okresu związania ofertą przez Odwołującego i ważności wadium, nie może się ostać stanowisko, jakoby Odwołujący utracił przymiot wykonawcy w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i stał się podmiotem nieuprawnionym do składania środków ochrony prawnej, tj. protestu i odwołania będącego przedmiotem rozpatrzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Następstwem dokonanego ustalenia o braku przesłanek odrzucenia protestu i odwołania jest stwierdzenie, że Odwołujący ma interes prawny, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, we wniesieniu środków ochrony prawnej na postępowanie Zamawiającego, a w rozpatrywanej sprawie, zaniechanie dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Doznany lub mogący nastąpić uszczerbek interesu prawnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest kategorią o charakterze materialnoprawnym i podlega merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę na rozprawie. Powołany wyżej przepis stanowi o uszczerbku w interesie prawnym powstałym w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Za takie naruszenie uważa w niniejszej sprawie Odwołujący

7

pięćdziesięciodniową zwłokę w wykonaniu wyroku KIO z dnia 14 października 2008 r. nakazującego ponowne dokonanie czynności badania ofert złożonych przez wykonawców. Oceniając tę kwestię skład orzekający Izby stwierdza, że ustawa Pzp nie wskazuje literalnie terminu, w jakim wydane orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej podlega wykonaniu. Jednakże, jak wynika z przepisu art. 193 ustawy Pzp, orzeczenie Izby, w tym także jej wyrok, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu, a wyrokowi nadającemu się do wykonania w drodze egzekucji, może być nadana klauzula wykonalności.

W tym kontekście ustalenie, kiedy opóźnienie w wykonaniu nakazanych czynności nosi znamiona zwłoki, czyli w cywilistycznym ujęciu zawinione opóźnienie, wymaga odwołania się do podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, tj. art. 7 ustawy Pzp nakazującego przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i zapewnienie oferentom równego dostępu do uzyskania zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający jest obowiązany przeprowadzić postępowanie, którego efektem jest zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oznacza to, że wybór najkorzystniejszej oferty powinien być dokonany w okresie ważności oferty, tj. w okresie związania ofertą. Zważywszy, że w rozpatrywanej sprawie termin ten nie nastąpił, brak jest podstaw do twierdzenia, iż Zamawiający pozostaje w zwłoce z wykonaniem wyroku Izby zapadłym dnia 14 października 2008 r. Oznacza to, że żądania Odwołującego w niniejszej sprawie są przedwczesne, a tym samym odwołanie podlega oddaleniu.

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

8

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 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....
.....

** niepotrzebne skreślić*