

Sygn. akt: KIO/UZP 706/08

WYROK
z dnia 24 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39 A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **4system Polska Sp. z o.o., 65-392 Zielona Góra, ul. Botaniczna 70** protestu z dnia 30 czerwca 2008 r.

przy udziale wykonawcy **Jacka Michalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Galaxy Jacek Michalski, 65-001, Zielona Góra, ul. Krośnieńska 12** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża 4system Polska Sp. z o.o., 65-392 Zielona Góra, ul. Botaniczna 70 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39 A**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez **4system Polska Sp. z o.o., 65-392 Zielona Góra, ul. Botaniczna 70** na rzecz **ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39 A** 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 17 968 zł 00 gr. (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39 A**.

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

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na "Dostawę wyposażenia 379 centrów kształcenia na odległość na wsiach – urzędnicy przeznaczone dla osób niepełnosprawnych", Odwołujący – ComArch S.A. w dniu 25.06.2008r. otrzymał od Zamawiającego informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Odwołującego z udziału w tym postępowaniu.

Swój interes prawny Odwołujący uzasadnił tym, że złożył w tym postępowaniu ofertę z najniższą ceną (jedyne kryterium oceny ofert), która wobec niezasadnego wykluczenia go z postępowania, nie została uznana za najkorzystniejszą i Odwołujący nie uzyskał zamówienia.

Odwołujący w dniu 30.06.2008r. złożył protest i zarzucił Zamawiającemu naruszenie **art. 7 ust. 1, 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) - zwanej dalej ustawą Pzp, wnosząc o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w tym postępowaniu,

2. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
4. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający uzasadnił wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu w następujący sposób: „ Wykonawca wniósł wadium w formie pieniężnej jako przelew na konto Zamawiającego. Termin ważności wadium oraz termin związania ofertą upłynął w dniu 24.04.2008r.” Odwołujący stwierdził, że 24.04.2008r. był 24 dniem związania ofertą, zaś wadium w formie pieniężnej nie ma w ogóle żadnego okresu ważności – jest ważne tak długo, jak długo znajduje się na koncie Zamawiającego.

Odwołujący przedstawił następujące kalendarium:

1. 22.02.2008r. – Odwołujący wpłacił na konto Zamawiającego wadium w formie pieniądza,
2. 25.02.2008r. – wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert; termin związania ofertą 60 dni,
3. 13.03.2008r. – wybór, jako najkorzystniejszej Odwołującego ComArch (najniższa cena – jedyna kryterium oceny ofert to cena),
4. 20.03.2008r. – protest na wybór oferty ComArch złożył wykonawca – GALAXY Jacek Michalski,
5. 20.03.2008r. – zawieszenie, wobec złożenia protestu, terminu związania ofertą do dnia ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, co oznacza, że termin związania ofertą biegł od 25.02.2008r. do dnia 19.03.2008r., zaś 19.03.2008r. był 24 dniem związania ofertą, kolejnym 25 dniem mógł być dopiero następny dzień po dniu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu,
6. 22.04.2008r. – ostateczne rozstrzygnięcie protestu poprzez wydanie przez KIO postanowienia o umorzeniu, wobec cofnięcia odwołania przez GALAXY, co oznacza, że 23.04.2008r. byłby 25 dniem związania ofertą.

Wobec powyższych ustaleń nie znajduje, w ocenie Odwołującego, żadnego uzasadnienia wykluczenie Odwołującego z tego powodu, że w dniu 24.04.2008r. termin ważności wadium oraz związania ofertą upłynął.

W dniu 23.04.2008r. złożony został kolejny protest (wobec unieważnienia postępowania przez Zamawiającego w dniu 17.04.2008r.), co oznacza, że w dniu 23.04.2008r. termin związania ofertą nie rozpoczął biegu.

Ostateczne rozstrzygnięcie tego protestu nastąpiło w dniu 19.05.2008r. poprzez wydanie przez KIO wyroku uwzględniającego odwołanie i nakazującego unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Złożenie protestów z dnia 20.03.2008r. i 23.04.2008r. oznacza, że od 20.03.2008r. do 19.05.2008r. termin związania ofertą był nieprzerwanie zawieszony.

20.05.2008r. był dopiero 25 dniem związania ofertą i w tej dacie wadium złożone przez Odwołującego znajdowało się na koncie Zamawiającego.

24.04.2008r. nie mógł upłynąć termin związania ofertą, ponieważ zgodnie z zasadami biegu terminów i ich zawieszania – żaden termin nie może upłynąć w okresie zawieszenia.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający nie wnosił o odrzucenie odwołania wniesionego przez niego jako przez podmiot nieuprawniony po dacie 24.04.2008r., kiedy to rozpatrywane było odwołanie. KIO nie dopatrzyła się podstaw odrzucenia odwołania z tego powodu, że wniósł je podmiot nieuprawniony.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie chce zawrzeć z nim umowy kierując się czynnikami pozamerytorycznymi i pozaprawnymi.

W terminie ustawowym, pismem z dnia 07.07.2008r., które doręczono Odwołującemu w tym samym dniu faksem, Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego oddalenie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający wskazał, że podejmując w dniu 25.06.2008r. decyzję o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu, nie widział potrzeby przypominać mu terminu na jaki złożył on wadium, gdyż z czynności Odwołującego z dnia 28.05.2008r. polegającej na przedłużeniu okresu związania ofertą (27 dni przed jego upływem) i terminu ważności wadium wynika jednoznacznie, że wiedział on o upływie terminu ważności wadium, a termin ten nie może być przywrócony.

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu termin związania ofertą biegł od 25.02.2008r. i był zawieszony od 20.03.2008r. do 19.05.2008r. Termin ten rozpoczął swój dalszy bieg 20.03.2008r., a zakończył się po upływie 60 dni, czyli 24.06.2008r.

Zamawiający wyjaśnił, że przed tym dniem oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie okresu związania oferta o dalsze 60 dni oraz o przedłużeniu terminu ważności wadium złożył wykonawca – Jacek Michalski GALAXY w dniu 18.04.2008r. oraz Odwołujący w dniu 28.05.2008r.

W ocenie Zamawiającego, ważność terminu wadium, niezależnie od formy jego wniesienia, wynika z oświadczenia woli wykonawcy wnoszącego to zabezpieczenie, a dla skuteczności wniesienia wadium nie jest wystarczające dowolne przekazanie pieniędzy na dowolny rachunek bankowy Zamawiającego, ale musi to być dokonane na rachunek wskazany przez Zamawiającego, przelewem zawierającym oświadczenie woli wykonawcy, że jest to wpłata wadium i jakiego postępowania dotyczy. Gdyby ustawodawca uznał, że wadium wniesione w pieniądzu nie wymaga przedłużenia terminu jego ważności, to by wyłączył wykonawców, którzy wnieśli wadia w tej formie z obowiązku wzywania ich do

przedłużania terminu ważności ich wadium. To, że pieniądze są na koncie Zamawiającego nie oznacza, że wadium jest wniesione.

Do uznania wadium w formie pieniężnej za skutecznie wniesione konieczne jest jednoczesne zaistnienie dwóch przesłanek:

1. oświadczenie woli wykonawcy o wniesieniu wadium,
2. wpływ środków na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego przed terminem składania ofert.

Zasada ciągłości wadium wymaga, aby obie te przesłanki zachodziły jednocześnie w okresie od złożenia oferty do zawarcia umowy.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący złożył oświadczenie o przedłużeniu wadium, którego termin ważności upłynął 24.04.2008r. (60 dni od daty rozpoczęcia terminu związania ofertą) dopiero 28.05.2008r., co oznacza, że przez okres pomiędzy tymi datami jego oferta nie była zabezpieczona ważnym wadium.

W dniu 09.07.2008r., pismem z tego samego dnia, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych poprzez jego nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego.

W odwołaniu Odwołujący ponowił zarzuty, żądania (z wyłączeniem żądania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego) i argumentację zawartą uprzednio w proteście. Dodatkowo wskazał, że pismo z dnia 28.05.2008r. złożył „na wyrost”, z daleko posuniętej ostrożności procesowej. Podniósł, że Zamawiający w ogóle nie skorzystał w przedmiotowym postępowaniu z art. 181 ust. 2a ustawy Pzp – Odwołujący nie otrzymał wezwania o przedłużenie ważności lub konieczności wniesienia nowego wadium. W ocenie Odwołującego, przepis ten byłby naruszony, a konsekwencją byłoby unieważnienie postępowania, gdyby z powodu zaniechania Zamawiającego upłynęła ważność wadium. Ponieważ wadium zostało przez Odwołującego wniesione w formie pieniężnej to jest ważne na cały okres związania ofertą, w tym i na okres ustawowo wydłużony z powodu wniesienia protestu. Odwołujący stwierdza, że skoro Zamawiający twierdzi, że pomiędzy 24.04.2008r. a 28.05.2008r. oferta Odwołującego nie była zabezpieczona wadium, to winien zwrócić wadium bezpośrednio po 24.04.2008r. Tymczasem zgodnie z art. 46 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wadium zwraca się niezwłocznie po upływie terminu związania ofertą. Jeżeli jednak został on wydłużony z mocy samej ustawy (zawieszenie) to wadium zwraca się niezwłocznie po upływie tak wydłużonego terminu związania ofertą. W tym zakresie istnieje różnica pomiędzy wadium wnoszonym w formie pieniężnej, a wadium w formach niepieniężnych. Wadium w formach niepieniężnych wymaga czynności podmiotu trzeciego (gwaranta, lub poręczyciela), wadium w formie pieniężnej takiej czynności z oczywistych względów nie wymaga. O ile wykonawca nie złożył wniosku o zwrot wadium pozostaje ono ważne.

Wadium złożone przez Odwołującego spełnia swoją funkcję – zabezpiecza ofertę i Zamawiający ma możliwość zatrzymania wadium.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron oraz Przystępującego, złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W prowadzonym przez Zamawiającego – 4system Polska Sp. z o.o. – przetargu nieograniczonym na "Dostawę wyposażenia 379 centrów kształcenia na odległość na wsiach – urządzenia przeznaczone dla osób niepełnosprawnych" oferty złożyło 4 wykonawców, w tym Odwołujący - ComArch S.A.

Jedynym kryterium oceny ofert była „cena”. Biorąc pod uwagę ceny zaproponowane przez uczestniczących w postępowaniu wykonawców, ranking ofert jest następujący:

1. oferta ComArch S.A. (cena 3 431 989,02 zł brutto),
2. oferta NTT System S.A. (cena 3 779 464,80 zł brutto),
3. oferta GALAXY Jacek Michalski (cena 3 789 204,10 zł brutto),
4. oferta PC Factory (cena 4 044 286,00 zł brutto).

Bezsporne między stronami jest, że w związku z wniesionymi w postępowaniu protestami (z dnia 20.03.2008r. oraz z dnia 23.04.2008r.) termin związania ofertą biegł od 25.02.2008r. (termin składania ofert) i był zawieszony od dnia 20.03.2008r. do 19.05.2008r.

W toku postępowania Zamawiający nie wzywał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, ani do przedłużenia ważności wadium na podstawie art. 181 ust. 2a ustawy Pzp.

Odwołujący, pismem z dnia 28.05.2008r., z własnej inicjatywy, przedłużył termin związania ofertą i ważności wadium, przy czym wadium zostało przez tego wykonawcę złożone w formie pieniężnej. W związku ze złożeniem w dniu 23.06.2008r. protestu przez ComArch S.A. na zaniechanie Zamawiającego, termin ten uległ ponownemu zawieszeniu. Aktualnie zatem z 60 – cio dniowego terminu związania ofertą upłynęło 59 dni. Odwołujący, przed terminem składania ofert, wniósł na wskazany przez Zamawiającego w SIWZ rachunek bankowy, właściwie oznaczając, wadium w żądanej wysokości w formie pieniężnej. Wadium to nadal pozostaje w dyspozycji Zamawiającego, na jego koncie.

Skład orzekający Izby w pełni podziela stanowisko Odwołującego, tj. że wadium wniesione w formie pieniężnej w ogóle nie ma żadnego okresu ważności.

Skład orzekający Izby za błędne uznał stanowisko Zamawiającego, tj. że „Do uznania wadium w formie pieniężnej za skutecznie wniesione konieczne jest zaistnienie dwóch

przesłanek: oświadczenie woli Wykonawcy o wniesieniu wadium i wpływ środków na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego przed terminem składania ofert.” W ocenie składu orzekającego Izby, w przypadku wadium wnoszonego w formie pieniężnej, sam fakt dokonania przed terminem składania ofert przelewu kwoty w żądanej przez Zamawiającego wysokości, na żądany przez Zamawiającego rachunek, właściwie przypisanej do danego postępowania oznacza, że wadium zostało wniesione. Nie jest prawdą, że Odwołujący ComArch S.A., dokonując technicznej czynności przelewu żądanej kwoty, złożył Zamawiającemu jakieś odrębne od oferty oświadczenie woli. Konsekwentnie także nie jest potrzebne, odrębne od oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, oświadczenie o przedłużeniu terminu ważności wadium wniesionego w formie pieniężnej. Jak słusznie podniósł Odwołujący ComArch S.A. w odwołaniu, wadium w formach niepieniężnych wymaga czynności podmiotu trzeciego, tj. gwaranta lub poręczyciela, stąd właśnie niezbędna jest dodatkowa czynność, tj. przedłużenie terminu ważności wadium. Wola zainteresowanego wykonawcy, tj. zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą nie jest w takim przypadku wystarczająca, ponieważ nie powoduje przedłużenia ważności gwarancji, czy poręczenia.

Wywodzenie obowiązku złożenia oświadczenia o przedłużeniu ważności wadium wnoszonego w formie pieniężnej z tego powodu, że ustawodawca nie wyłączył tej formy wadium w przepisie art. 181 ust.2a, w ocenie składu orzekającego Izby, jest niezasadne, ponieważ stoi w sprzeczności z celem, jakemu służyć ma to wezwanie, tj. spowodowanie dalszego zabezpieczenia oferty. W przypadku wadium w formie pieniężnej wezwanie to jest bezprzedmiotowe, ponieważ kwota pozostająca w dyspozycji Zamawiającego ponad wszelką wątpliwość zabezpiecza jego interesy na wypadek wystąpienia którejkolwiek z okoliczności, o której mowa w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, a trudno uznać, że wolą wykonawcy, który złożył ofertę, skutecznie korzystał w postępowaniu ze środków ochrony prawnej, przedłużył termin związania ofertą nie było jednocześnie, aby wadium nie zabezpieczało oferty, której ważność przedłużył. Nadto Odwołujący nie żądał zwrotu wniesionego przez siebie wadium.

Nie może być także podstawą żądania złożenia oświadczenia o przedłużeniu ważności wadium wniesionego w formie pieniężnej zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ to dokonany przez poszczególnych wykonawców wybór formy wadium prowadzi w konsekwencji do odmiennego sposobu przedłużenia ważności wadium. Każdy wykonawca, podejmując decyzję o wniesieniu wadium w jednej z dopuszczonych form, musi brać pod uwagę nie tylko koszty związane z poszczególnymi formami wadium, ale winien być także świadomy odmienności, jakie wiążą się z wybraną formą wadium z punktu widzenia uciążliwości i czosochłonności w przypadku późniejszej, ewentualnej konieczności zabezpieczenia oferty na wydłużony okres związania ofertą.

W dniu 25.06.2008r., oferta Odwołującego ComArch S.A. była ważna – Odwołujący pozostawał nią związany i była zabezpieczona wadium w formie pieniężnej; wadium nieprzerwanie zabezpieczało i zabezpiecza ofertę ComArch S.A.

Wobec powyższego, skład orzekający uznaje, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, wykluczając Odwołującego ComArch S.A. na podstawie tego przepisu w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy cały czas pozostawała zabezpieczona wadium w formie pieniężnej. W konsekwencji skład orzekający Izby nakazuje Zamawiającemu powtórzyć czynność badania i oceny ofert, zwracając uwagę, że powtórzenie tych czynności - dla skuteczności zawarcie umowy w przedmiotowym postępowaniu w trybie art. 94 ust. 1a ustawy Pzp - może nastąpić do dnia 25.07.2008r., tj. w czasie kiedy jeszcze wykonawcy będą związania złożonymi przez siebie ofertami., biorąc pod uwagę, iż ostateczny termin na rozstrzygnięcie protestu upływa w dniu wydania niniejszego orzeczenia przez KIO.

Jednocześnie skład orzekający Izby nie uznał za zasadny zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w szczególności poprzez niedokonanie niezwłocznej oceny ofert, ponieważ tak w proteście, odwołaniu, jak i w toku rozprawy Odwołujący nie przedstawił argumentów ten zarzut uzasadniających.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp.

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

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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), uznał za uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie faktury VAT złożonej na rozprawie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*