

**Sygn. akt: KIO/UZP 705/08**

**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 **PC Factory S.A., 02-823 Warszawa, ul. Osmańska 11** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **4system Polska Sp. z o.o., 65-392 Zielona Góra, ul. Botaniczna 70** protestu z dnia 27 czerwca 2008 r.,

przy udziale wykonawców **ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39 A** oraz **Jacka Michalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Galaxy Jacek Michalski, 65-001, Zielona Góra, ul. Krośnieńska 12** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża PC Factory S.A., 02-823 Warszawa, ul. Osmańska 11**  
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 **PC Factory S.A., 02-823 Warszawa, ul. Osmańska 11,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 1 800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych) przez **PC Factory S.A., 02-823 Warszawa, ul. Osmańska 11** na rzecz **4system Polska Sp. z o.o., 65-392 Zielona Góra, ul. Botaniczna 70** 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 **PC Factory S.A., 02-823 Warszawa, ul. Osmańska 11.**

### **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 – PC Faktory S.A. w dniu 25.06.2008r. otrzymał od Zamawiającego informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Odwołującego z udziału w tym postępowaniu.

Odwołujący w dniu 27.06.2008r. złożył protest i zarzucił Zamawiającemu naruszenie **art. 7 ust. 1, 85 ust. 2, 91 ust. 1, 93 ust. 1 pkt 7, 181 ust. 2a** 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 wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie postępowania w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

Swój interes prawny Odwołujący uzasadnił tym, że w związku z zaniechaniami Zamawiającego został pozbawiony szans na uzyskanie zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 85 ust. 2 i 181 ust. 2a w związku z zaniechaniem przez Zamawiającego wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą oraz do przedłużenia ważności wadium lub złożenia nowego wadium, czym Zamawiający doprowadził do sytuacji, że w pierwszej kolejności oferty wykonawców przestały być zabezpieczone wadium, a następnie upłynął termin związania ofertą. Fakt ten, w ocenie Odwołującego, obligował Zamawiającego do unieważnienia postępowania

na podstawie art. 93 ust. 7 ustawy Pzp (Zamawiający nie dopełnił obowiązków ustawowych, które miały decydujący wpływ na wynik postępowania). Tymczasem Zamawiający dokonał wyboru oferty firmy GALAXY, naruszając tym samym zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Na potwierdzenie swojego stanowiska odwołujący przywołał wyroku KIO o sygnaturach: KIO/UZP 168/08 i KIO/UZP 274/08.

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 wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wyjaśniając funkcje, jakie pełni wadium oraz wskazując na wymóg, że wadium musi zabezpieczać ofertę przez cały okres związania ofertą Zamawiający podniósł, że w tym postępowaniu wpłynął protest, który, zawiesił bieg terminu związania ofertą, jednak skutek zawieszenia nie odnosi się do terminu ważności wadium. Zamawiający, powołując się na Komentarz do ustawy Pzp, wydany przez UZP, podniósł, że czynność przedłużenia terminu ważności wadium nie może zostać dokonana w sposób dorozumiany, co oznacza, że zgoda wykonawcy powinna mieć formę oświadczenia. Oferta Odwołującego nie była zabezpieczona przez cały okres związania ofertą, wobec czego został on wykluczony, a jego oferta odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W dniu 11.07.2008r., 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 i argumentację zawartą uprzednio w proteście.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron oraz Przystępujących złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie 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 – PC Factory Sp. z o.o.

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 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.

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, nie będąc wzywany, oświadczenia w zakresie przedłużenia terminu związania ofertą nie złożył, przy czym wadium Odwołujący wniósł w formie pieniężnej. Oferta Odwołującego była, biorąc pod uwagę zawieszenie terminu związania ofertą w związku z wnoszonymi protestami, i nadal pozostaje wiążąca, a wniesione w formie pieniężnej wadium, nadal tą ofertę zabezpiecza .

Skład orzekający Izby podziela utrwalony przez orzecznictwo Zespołów Arbitrów i Krajową Izbę Odwoławczą pogląd, że legitymacji do wniesienia odwołania nie ma wykonawca, o ile jego interes prawny nie doznaje uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym on uczestniczy, a interes ten nie może być oceniany pod kątem ewentualnego i niepewnego udziału Odwołującego w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie publiczne.

Ustalając istnienie interesu prawnego Odwołującego, w powyższym rozumieniu, skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący nie miał interesu prawnego, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającego go do złożenia protestu i odwołania, ponieważ w świetle zaoferowanych w tym postępowaniu przez wykonawców cen oraz kryterium ceny o znaczeniu 100%, stwierdzić należy, że oferta Odwołującego nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w tym postępowaniu. Skoro zaoferowana przez tego wykonawcę cena jest ostatnią ceną w rankingu to nie można uznać, że zaniechanie Zamawiającego, tak co do terminu związania ofertą, jak i co do terminu ważności wadium – wobec faktu, że oferta ta jest nadal ważna i zabezpiecza ją wniesione w formie pieniężnej wadium, w jakikolwiek sposób naruszyłoby interes prawny tego wykonawcy, ponieważ wezwanie przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą i przedłużenia terminu ważności wadium oraz zadośćuczynienie temu wezwaniu przez Odwołującego, i tak nie

doprowadziłoby do wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej i udzielenia mu przedmiotowego zamówienia publicznego. Nadto Odwołujący nie kwestionował ważności ofert, poprzedzających jego ofertę w ogólnym rankingu ofert. Biorąc pod uwagę przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wobec wykazanego braku interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia przez Odwołującego na "Dostawę wyposażenia 379 centrów kształcenia na odległość na wsiach – urządzenia przeznaczone dla osób niepełnosprawnych", skład orzekający Izby zobowiązany był odwołanie oddalić.

Skład orzekający Izby nie znalazł także podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania z urzędu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp:

1. co do zasady, zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności wezwania wykonawców, o którym mowa w art. 181 ust. 2a, stanowi oczywiste naruszenie tego przepisu. Naruszenie to nie ma jednak charakteru rażącego naruszenia ustawy, ponieważ „...to Wykonawca, o ile działa z należytą starannością jest zobligowany zapewnić ciągłość zabezpieczenia oferty wadium i musi liczyć się ze skutkami niezabezpieczenia oferty wadium nawet przez krótki okres” (UZP/ZO/0131/06).
2. ze względu na najwyższą cenę, jaką zaoferował Odwołujący, fakt, że nie złożył on oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, nie wpłynął na wynik tego postępowania, ponieważ oferta Odwołującego nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą w świetle jedyne kryterium oceny, tj. ceny.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 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 Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie faktury złożonej na rozprawie, ograniczając je do połowy ze względu na fakt, że złożona faktura dotyczyła zarówno zastępstwa w sprawie niniejszej oraz w sprawie o sygnaturze KIO/UZP 706/08.

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*