

Sygn. akt: KIO 1655/10

**WYROK**  
**z dnia 20 sierpnia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Rzońca**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 3 sierpnia 2010 r. wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane BUDIREM Lucjan Macek, Ewa Żurek Spółka Jawna, 41-219 Sosnowiec, ul. Kosynierów 34a** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Agencja Rozwoju Regionalnego „MARR” Spółka Akcyjna, 39-300 Mielec, ul. Chopina 18**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budowlane BUDIREM Lucjan Macek, Ewa Żurek Spółka Jawna, 41-219 Sosnowiec, ul. Kosynierów 34a**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane BUDIREM Lucjan Macek, Ewa Żurek Spółka Jawna, 41-219 Sosnowiec, ul. Kosynierów 34a,**

Stosownie do art. 198 a i 198 b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnobrzegu**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Agencja Rozwoju Regionalnego „MARR” Spółka Akcyjna w Mielcu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę hali usługowej z częścią administracyjno-socjalną wraz z towarzyszącą infrastrukturą oraz zbiorników retencyjnych dla Mieleckiego Parku Przemysłowego obszar „C” w ramach projektu pn. Budowa Inkubatora Nowych Technologii IN-TECH wraz z rozbudową Mieleckiego Parku Przemysłowego realizowanego w ramach działania 1.3 Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007- 2013. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 13 kwietnia 2010 roku. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Pismem z dnia 27 lipca 2010 r., doręczonym w tym samym dniu za pomocą faksu, Przedsiębiorstwo Budowlane BUDIREM Lucjan Macek, Ewa Żurek Spółka Jawna z siedzibą w Sosnowcu (dalej: „Odwołujący”), zostało poinformowane, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. W tym samym dniu, również za pomocą faksu Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu pozostałych wykonawców z postępowania i odrzuceniu ich ofert. W konsekwencji oferta Odwołującego była jedyną ofertą, która była ważna i nie podlegała odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 29 lipca 2010 r. pismem nr MARR/AA/660/W/2010 Odwołujący został poinformowany, że Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z uwagi na fakt, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu Zamawiający podał, że powodem podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania jest brak ważnych ofert tzn. w dniu 27.07 upłynął termin związania ofertą Odwołującego, która została uznana za najkorzystniejszą.

W dniu 3 sierpnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy - Przedsiębiorstwo Budowlane BUDIREM Lucjan Macek, Ewa Żurek Spółka Jawna.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania,
2. naruszenie art. 92 ustawy poprzez nie poinformowanie Odwołującego o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu jego oferty,
3. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowanie po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Odwołujący żądał:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania,
3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
4. orzeczenie o kosztach poprzez obciążenie Zamawiającego na rzecz odwołującego się kwota wpisu zaliczoną na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania podnosił, że mimo iż termin związania ofertą minął w dniu 27.07.2010 r. to Zamawiający dokonał w tym terminie wyboru najkorzystniejszej oferty i poinformował o tym fakcie wszystkich wykonawców. Zgodnie z brzmieniem złożonej gwarancji ubezpieczeniowej wraz z aneksem nr 1 była ona ważna do dnia 28.07.2010 r. włącznie. Wykonawca w dniu 28.07.2010 r. złożył Zamawiającemu oświadczenie dotyczące przedłużenia terminu związania ofertą o kolejne 10 dni (do dnia 06.08.2010 r.). Zatem oświadczenie to wywołało skutki prawne, bowiem w tym dniu oferta była jeszcze zabezpieczona wadialnie.

Ponadto, Odwołujący wskazywał, że do dnia złożenia Odwołania nie został pisemnie poinformowany o wykluczeniu z postępowania i w konsekwencji o odrzuceniu jego oferty, choć domniemuje, że Zamawiający za taką ją uznał - inaczej bowiem nie miałby możliwości skutecznego unieważnienia postępowania.

Odwołujący stwierdził, że ustawa Pzp nie daje możliwości Zamawiającemu pełnej swobody w tym zakresie - bowiem art. 93 wskazuje konkretne, enumeratywnie wyliczone przesłanki dotyczące możliwości unieważnienia postępowania, jakie muszą zaistnieć. Zamawiający swoim piśmie wskazuje, że zaistniała przesłanka z pkt 7 ww. artykułu,

jednakże Odwołujący ma w tym zakresie poważne wątpliwości, gdyż udowodnił w piśmie z dnia 30 lipca 2010r., że oferta była ważna i zabezpieczona wadialnie. Odnosząc się do uzasadnienia unieważnienia postępowania Odwołujący twierdził, że nie można mówić o zaistnieniu wady, która powoduje niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, ponieważ Zamawiający wiedząc o oświadczeniu Wykonawcy w sprawie przedłużenia terminu związania ofertą winien poczekać na dostarczenie nowego dokumentu potwierdzającego zabezpieczenie oferty wadialnie, a nie unieważniać postępowanie. W opinii Odwołującego czynność powyższa była dokonana przez Zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, bowiem w dniu 29.07.2010r. otrzymał od Wykonawcy wadium na przedłużony termin związania ofertą. Nie można zatem powiedzieć, że zaistniała jakakolwiek wada bowiem wcześniejsza gwarancja zabezpieczała ofertę do dnia 28.07.2010r., a nowa o dnia 29.07.2010r., więc oferta jest zabezpieczona wadialnie w sposób ciągły.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, ofertę oraz stanowiska i oświadczenia stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

Dokumentacja przedmiotowego postępowania zawierała m. in. dokument pt. „WADIUM (GWARANCJA UBEZPIECZENIOWA)” o nr 250001226457 z dnia 26.04.2010, wystawiony przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia Spółka Akcyjna Przedstawicielstwo Korporacyjne w Gliwicach na kwotę 80 tys. zł. W treści gwarancji podano, że jest ona ważna od dnia 29.04.2010 r. do dnia 28.05.2010 r. włącznie (okres ważności gwarancji).

Na prośbę Zamawiającego o przedłużenie terminu związania ofertą (pismo z dnia 24.05.2010 r.) Odwołujący przedłużył termin związania ofertą o kolejne 60 dni, tj. do 27.07.2010 r. (włącznie). Aneksem Nr 1 do WADIUM (GWARANCJA UBEZPIECZENIOWA)” o nr 250001226457 z dnia 26.04.2010 („Gwarancja”), Gwarant przedłużył termin ważności gwarancji do dnia 28.07.2010 r. włącznie (okres ważności gwarancji).

Pismem z dnia 27.07.2010 r. drogą faksową Zamawiający poinformował Odwołującego o fakcie uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Izba ustaliła na rozprawie, co też potwierdziły strony, że w dniu 28.07.2010r. o godz. 14:03 do Zamawiającego, w formie faksu, wpłynęło pismo ze strony Odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą o kolejne 10 dni tj. do dnia 06.08.2010 r.

W dniu 29.07.2010 r. o godz. 9:15 Zamawiający przesłał Odwołującemu informację o unieważnieniu postępowania w trybie art. 93 ust. pkt 7 Pzp. W piśmie podał m. in. „(...) Powodem podjęcia takiej decyzji jest brak ważnych ofert tzn. w dniu 17 bm. upłynął termin związania ofertą Wykonawcy, który złożył jedyną ważną ofertę jaka pozostała w postępowaniu (...) a ponadto należy wskazać na istotną przesłankę skutkującą jej nieważnością, polegającą na tym, że dotychczasowe wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wygasło w dniu 28 bm. i na dzień dzisiejszy oferta (nawet gdyby uznać, że oświadczenie Wykonawcy wywołało skutki prawne) nie jest zabezpieczona wymaganym wadium. (...)”

Podczas rozprawy Odwołujący oświadczył, że w dniu 29.07.2010 r. o godz. 15:10 Odwołujący przesłał za pomocą faksu dowód zabezpieczenia oferty wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej - „WADIUM (GWARANCJA UBEZPIECZENIOWA)” o nr 250001259476 z dnia 29.07.2010 - wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia Spółka Akcyjna Przedstawicielstwo Korporacyjne w Gliwicach na kwotę 80 tys. zł. W treści gwarancji podano, że jest ona ważna od dnia 29.04.2010 r. do dnia 07.08.2010 r. włącznie (okres ważności gwarancji). Na potwierdzenie przedstawił raport transmisji faksu z pozytywnym wynikiem nadanego pod numer, który Zamawiający wskazał w SIWZ jako numer do korespondencji w sprawie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający nie potwierdził otrzymania ww. gwarancji w drodze faksowej natomiast potwierdził otrzymanie gwarancji w formie elektronicznej za pomocą e-mail.

W dniu 30.07.2010r. do Zamawiającego (bezpośrednio) wpłynęło pismo ze strony Odwołującego wraz z oryginałem ww. gwarancji ubezpieczeniowej .

### **Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż oferta Odwołującego została bowiem uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu a następnie została uznana przez Zamawiającego za nieważną w konsekwencji czego unieważniono przedmiotowe postępowanie. Zatem interes Odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku (szkoda) w sferze praw wykonawcy oraz jego interesu gospodarczego, objawiającego się w możliwości utraty dostępu do zamówienia i przewidywanych z tytułu jego realizacji zysków.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że zarzut w zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, podniesiony w odwołaniu nie potwierdził się.

Bezsporne jest, iż w przedmiotowym postępowaniu termin związania ofertą, który na wezwanie Zamawiającego był już przedłużany o kolejne 60 dni, w przedmiotowym postępowaniu upływał z dniem 27.07.2010 r. godz. 24:00. Odwołujący o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 06.08.2010 r. poinformował Zamawiającego w dniu 28.07.2010 r. w formie faksu o godz. 14:03.

Izba stwierdziła, że nastąpiło przerwanie terminu związania ofertą, gdyż zgodnie z art. 61 Kodeksu cywilnego oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie dokonującej czynności prawnej, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. W związku z powyższym należy Izba uznać, że oświadczenie Odwołującego wywołało skutki prawne dopiero w dniu 28.07.2010 r. godz. 14:03, podczas gdy termin związania ofertą upłynął z dniem 27.07.2010 r. godz. 24:00.

Podkreślić należy, że w przedmiotowym postępowaniu to jedynie Odwołujący miał możliwość i obowiązek - jeżeli był zainteresowanym dalszym uczestnictwem w przetargu - samodzielnego przedłużenia terminu związania, gdyż ustawodawca zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp uprawnił Zamawiającego wyłącznie do jednokrotnego wnioskowania o przedłużenie terminu związania ofertą, którą to możliwość Zamawiający wykorzystał zwracając się do Odwołującego z wnioskiem w dniu 24.05.2010 r.

W przedmiotowej sytuacji istotą, co wynika z dyspozycji art. 85 ust. 4 ustawy, jest przedłużenie terminu związania ofertą, które jest możliwe jedynie z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. W związku z tym obowiązkiem każdego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu jest złożenie wadium, które zachowuje ważność przez cały okres związania ofertą, co też znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 października 2005 r. Sądu Okręgowego w Katowicach (sygn. IV Ca 468/05). Oznacza to, iż w przedmiotowym wypadku wadium powinno obejmować

nieprzerwanie okres: od dnia 29.04.2010 r. (termin składania ofert) do dnia 06.08.2010 r. (przedłużony termin związania ofertą).

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej - Gwarancja Ubezpieczeniowa o nr 250001226457 z dnia 26.04.2010, wystawione przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia Spółka Akcyjna Przedstawicielstwo Korporacyjne w Gliwicach – której ważność określono od dnia 29.04.2010 r. do dnia 28.05.2010 r. włącznie (okres ważności gwarancji). Następnie Aneksem Nr 1 przedłużono termin ważności gwarancji do dnia 28.07.2010 r. włącznie (okres ważności gwarancji). W związku z tym okres ważności wadium upływał z dniem 28.07.2010 r. godz. 24:00.

Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, iż wadium zostało prawidłowo wniesione w dniu 29.07.2010 r. o godz. 15:10 poprzez przesłanie gwarancji ubezpieczeniowej za pomocą faksu. Izba uznała, że na przedłużony termin związania ofertą Odwołujący skutecznie wniósł nowe wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (Gwarancja ubezpieczeniowa o nr 250001259476 z dnia 29.07.2010), dopiero w dniu 30.07.2010 r. (bezpośredni wpływ do Zamawiającego).

Zgodnie z ugruntowany orzecznictwem Izby stwierdzić należy, że dla skuteczności wniesienia wadium zarówno w formie gwarancji, jak i w formie pieniądza nie jest wymagane ze strony wykonawców złożenia żadnego oświadczenia zamawiającemu, a jedynie uprzednie wykonanie dyspozycji i czynności wobec podmiotów innych niż sam zamawiający (złożenie dyspozycji przelewu, złożenie wniosku o udzielnie gwarancji), a w przypadku gwarancji dodatkowo doręczenie dokumentu gwarancyjnego Zamawiającemu. Zachowanie tych wymagań gwarantuje zamawiającemu zabezpieczenie jego interesów. Izba wskazuje, iż należy odróżnić fakt wniesienia wadium od udokumentowania jego wniesienia. Podkreślić należy, że Zamawiający winien mieć pewność, że wadium zostało prawidłowo wniesione w chwili przedłużenia terminu związania ofertą. O ile w przypadku wniesienia wadium w pieniądzu istnieje możliwość sprawdzenia stanu konta przez Zamawiającego, o tyle w przypadku wnoszenia wadium w formach niepieniężnych fakt wniesienia wadium powinien wynikać wprost ze złożonych dokumentów. W ocenie składu orzekającego Izby przemawia to za tym, że kwestie wadium nie mogą być interpretowane w oderwaniu od cech samych form wadium oraz celu jego wniesienia.

W rezultacie należy uznać, że Odwołujący nie wniósł skutecznie wadium na przedłużony okres związania ofertą co spowodowało przerwanie ciągłości zabezpieczenia oferty wadium.



Izba przyznała słuszność rozumowania Zamawiającego, że w terminie unieważnienia postępowania, tj. 29.07.2010 r. godz. 9:15 Zamawiający nie dysponował żadną informacją o ciągłym zabezpieczeniu oferty Odwołującego wadium w związku czym właściwie podjął decyzję o unieważnieniu niniejszego postępowania.

Tym samym Izba potwierdziła słuszność wykluczenia z postępowania Odwołującego w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, ponieważ nie wniósł on prawidłowo wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego o braku wykluczenia Odwołującego z postępowania, Izba po analizie pisma z dnia 29.07.2010 r. „Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania o dzielenie zamówienia publicznego”, doszła do przekonania, że Zamawiający skutecznie wykluczył z postępowania Odwołującego. W treści przedmiotowego pisma w jasny sposób zostały wskazane przesłanki wykluczenia Odwołującego, tj. brak zabezpieczenia oferty wadium. Jedynie uchybieniem formalnym, nie mającym wpływu na wynik postępowania, jest brak wskazania podstawy prawnej niniejszej czynności dokonanej przez Zamawiającego, co nie miało wpływu na dalszy wynik postępowania.

Zarzut dotyczący unieważnienia przedmiotowego postępowania nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę z uwagi na fakt, iż zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy w zakresie postępowań o wartości niższej od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, Odwołującemu nie przysługują środki ochrony prawnej w powyższym zakresie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba nie uwzględniła kosztów Zamawiającego związanych udziałem w rozprawie przed Izba, ponieważ nie przedstawiono w tym zakresie dokumentów w postaci rachunku lub faktury VAT wymaganych § 3 ust. 2 powyższego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....