

Sygn. akt: KIO 1250/12

WYROK
z dnia 2 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **Astaldi S.p.A. Via G.V.Bona 65, 00156 Rzym, Włochy** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. reprezentowane przez: Centrum Realizacji Inwestycji z siedzibą w Warszawie, 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu, 61-052 Poznań, ul. Mogileńska 10G (pełnomocnik); „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR” Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu, 42-400 Zawiercie, ul. Okólna 10 i Polimex – Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1250/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Astaldi S.p.A. Via G.V.Bona 65, 00156 Rzym, Włochy i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Astaldi S.p.A. Via G.V.Bona 65, 00156 Rzym, Włochy** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla Modernizacji linii kolejowej E75 Rail Baltica Warszawa – Białystok – granica z Litwą, etap I, odcinek Warszawa Rembertów – Zielonka – Tłuszcz (Sadowne)”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 września 2011 r., nr 2011/S 183-299252.

W dniu 5 czerwca 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Astaldi SpA S.A. z siedzibą w Rzymie, Włochy, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, wskazując iż w dniu 17 maja 2012 r., działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp zwrócił się do wszystkich wykonawców o zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni. Do dnia 20 maja 2012 r., tj. do końca terminu związania ofertą odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Odwołujący przekazał zamawiającemu pismo w dniu 24 maja 2012 r., tj. po terminie związania ofertą datowane 21 maja 2012 r. i informujące, że odwołujący zgadza się na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, w dowód czego załącza aneks do gwarancji przetargowej przedłużającej termin gwarancji do dnia 31 lipca 2012 r. Z uwagi na fakt, że odwołujący przekazał zamawiającemu pismo 4 dni po upływie terminu związania ofertą – zamawiający uznał, że odwołujący przestał być związany ofertą, albowiem okres związania ofertą musi pozostawać ciągły i nieprzerwany, a nie jest dopuszczalne przerwanie okresu związania ofertą i po przerwie jego ponowne ustanowienie.

W dniu 15 czerwca 2012 r. (pismem z dnia 14 czerwca 2012 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 15 czerwca 2012 r.) wniósł odwołanie wobec niezgodnej z prawem czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4, art. 85 ust. 2, art. 89 ustawy Pzp, a także zasad wyrażonych w art. 7 ustawy Pzp

Jednocześnie odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. uznania za niezgodną z prawem decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego,

2. dokonania merytorycznej oceny oferty odwołującego i w konsekwencji,
3. uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż zamawiający w dniu 17 maja 2012 r. zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o oznaczony okres. Pierwotnie ustalony termin związania ofertą upływał 20 maja 2012 r. zamawiający powinien doręczyć wezwanie najpóźniej we środę 16 maja 2012 r., gdyż obliczenie 3 dniowego terminu winno nastąpić bez uwzględnienia dnia, w którym upływał ten termin (czyli bez niedzieli 20 maja 2012 r.) oraz dnia, w którym powinno zostać wysłane wezwanie (czyli bez środy 16 maja 2012 r.).

Nadto podniósł, iż literalne brzmienie przepisu, jak i cel, dla którego ustawodawca zawarł w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp dyspozycję zabezpieczenia „3 dni”, które mają gwarantować wykonawcom czas na załatwienie wszelkich formalności z ewentualnym wyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, tym samym wskazał, iż zamawiający powinien przedmiotowe wezwanie przesłać odwołującemu najpóźniej w dniu 16 maja 2012 r.

Odwołujący nie złożył żadnej deklaracji w przedmiocie terminu związania ofertą, regulując tę kwestię w złożonej przez siebie gwarancji wadialnej ważnej do dnia 28 maja 2012 r. Składając wraz z ofertą bankową gwarancje wadialną, zgodnie z jej treścią od dnia 21 lutego 2012 r. do dnia 28 maja 2012 r., tym samym wyznaczył samodzielnie na podstawie upoważnienia wynikającego z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp upływ terminu związania ofertą na dzień 28 maja 2012 r. Zatem jego stanowisko w przedmiocie przedłużenia tego terminu winno zostać złożone przed upływem ważności gwarancji wadialnej, co miało miejsce, bowiem w dniu 21 maja 2012 r. takie oświadczenie złożył. Powyższe oświadczenie złożył w terminie związania ofertą, który upływał 28 maja 2012 r., jednocześnie z upływem terminu ważności gwarancji wadialnej. Stąd przed upływem tego terminu złożył deklarację o jego przedłużeniu i dostarczył aneks do gwarancji wadialnej opiewający na termin do dnia 31 lipca 2012 r.

W dniu 18 czerwca 2012 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 20 czerwca 2012 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Torpol S.A. z siedzibą w Warszawie (pełnomocnik), Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu i Polimex – Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, zwani dalej „konsorcjum Torpol”,

przystąpili do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 21 czerwca 2012 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący został bowiem wykluczony, a jego oferta odrzucona i powyższe stanowi przedmiot postawionych w odwołaniu zarzutów. Natomiast, gdyby nie ta czynność jego oferta z najniższą zaoferowaną ceną, spośród wykonawców niewykluczonych, i których oferty nie zostały odrzucone, zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Tym samym jego interes w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku, polegającego na utracie możliwości uzyskania tego zamówienia i związanych z nim zysków.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (część IV.3.7.), jak i w SIWZ (pkt 16.1.) wskazał, iż „wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą przez 90 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert”.

Zamawiający, pismem z dnia 17 maja 2012 r. zwrócił się do odwołującego „o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w w/w postępowaniu o 60 dni”, jednocześnie informując, że zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy przedłużenie terminu związania ofertą, jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, albo jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Przedmiotowe pismo przekazano drogą elektroniczną, faksową oraz pisemnie.

W dniu 24 maja 2012 r. wpłynęło do zamawiającego pismo odwołującego z dnia 21 maja 2012, w którym odwołujący oświadczył, iż „deklaruje niniejszym, że wyraża zgodę na

przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni”, załączając do przedmiotowego pisma „oryginał Aneksu nr 1 z dnia 21.05.2012 r. do Gwarancji przetargowej Nr 70020374 z dnia 21.02.2012r., przedłużający termin ważności Gwarancji do dnia 31 lipca 2012 r.”.

Zamawiający w dniu 5 czerwca 2012 r. (pismem z tej samej daty) poinformował wykonawcę Astaldi SpA S.A. z siedzibą w Rzymie, Włochy, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, podnosząc że z uwagi na fakt, że odwołujący przekazał zamawiającemu pismo 4 dni po upływie terminu związania ofertą – zamawiający uznał, że odwołujący przestał być związany ofertą, albowiem okres związania ofertą musi pozostawać ciągły i nieprzerwany, a nie jest dopuszczalne przerwanie okresu związania ofertą i po przerwie jego ponowne ustanowienie.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż termin związania ofertą to czas, przez jaki wykonawcy są związani swoimi ofertami. Termin związania ofertą określa zamawiający, podając go w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ. Oznaczenie tego terminu ma więc to znaczenie, że do chwili jego upływu wykonawca jest związany swoją ofertą, co oznacza, że nie może jej wycofać ani zmienić, ponieważ do tego czasu zamawiający ma czas na dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcie umowy na warunkach określonych w tej ofercie. Zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni, przy czym czynności tej powinien dokonać co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą. Niemniej jednak zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawców o zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą nie powoduje obowiązku wyrażenia takiej zgody. Jeżeli wykonawca wyraża zgodę powinien złożyć ją w formie pisemnej lub formie przewidzianej przez zamawiającego w danym postępowaniu jako właściwa do składania oświadczeń, przy czym zgoda ta powinna być wyrażona przed upływem dotychczasowego terminu związania ofertą, ponieważ milczenie wykonawcy w tym zakresie musi być każdorazowo traktowane jako brak wyrażenia takiej zgody, gdyż milczenia (braku informacji o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą bądź braku takiej zgody) nie można traktować jako oświadczenia woli.

W niniejszym stanie faktycznym ustalony przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ termin związania ofertą upływał w dniu 20 maja 2012 r. Tak więc najpóźniej w tym właśnie dniu odwołujący powinien był złożyć oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, jak również przedłożyć dokument przedłużający okres ważności wadium. W świetle obowiązujących przepisów przedłużenie terminu związania ofertą jest bowiem dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. Tym samym niedopuszczalnym jest przedłużenie ważności wadium dokonane po upływie terminu związania ofertą, nawet jeśli wadium wniesione wraz ze składaniem ofert

opiewa na okres dłuższy niż pierwotnie wskazany w SIWZ, ale krótszy niż nowy termin związania ofertą. Odwołujący powinien więc najpóźniej w dniu upływu terminu związania ofertą złożyć oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, jak również dokument przedłużający okres ważności wadium. Tymczasem zarówno oświadczenie odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą, jak również „oryginał Aneksu nr 1 z dnia 21.05.2012 r. do Gwarancji przetargowej Nr 70020374 z dnia 21.02.2012r.”, przedłużający termin ważności Gwarancji do dnia 31 lipca 2012, wpłynęło do zamawiającego dopiero w dniu 24 maja 2012 r., a więc po terminie związania ofertą. Niemniej jednak nawet, gdyby przy najbardziej liberalnym podejściu do kwestii terminu związania ofertą, zastosować reguły kodeksu cywilnego, a mianowicie art. 111 ust.1 k.c. wskazujący, iż termin oznaczony w dniach kończy się ostatniego dnia, oraz art. 115 k.c., zgodnie z którym, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień wolny ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego, to termin ten upływałby 21 maja 2012 r., tym samym powodując, iż termin ten nadal nie jest przez odwołującego zachowany, gdyż stosowne oświadczenie wykonawcy (odwołującego) wpłynęło do zamawiającego dopiero w dniu 24 maja 2012 r.

Nieuprawnionym jest również twierdzenie odwołującego, iż sam w złożonej ofercie termin związania ofertą określił na okres dłuższy niż wymagał tego zamawiający, gdyż okoliczność ta nie wynika z treści złożonej przez niego oferty. A ponadto takiego uprawnienia nie dają wykonawcy przepisy ustawy Pzp, gdyż samodzielne określenie terminu związania ofertą prowadziłoby w istocie do naruszenia zasady legalizmu i równego traktowania wykonawców. Wykonawca może jedynie samodzielnie przedłużyć termin związania ofertą, a tego odwołujący nie uczynił. Dlatego też stwierdzić należy, iż zarzuty odwołującego dotyczące nieuprawnionego wykluczenia z postępowania, a tym samym nieuprawnionego odrzucenia jego oferty nie potwierdziły się.

Zarzut dotyczący nieprawidłowego wezwania odwołującego „o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w w/w postępowaniu o 60 dni” – jak słusznie podnosili zamawiający i przystępujący – jest zarzutem spóźnionym, a więc złożonym po terminie. Odwołujący chcąc tę czynność kwestionować powinien był bowiem uczynić to w terminie 10 dni od wadliwej – w jego ocenie – czynności wezwania go do złożenia stosownego oświadczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania, a także dokumenty złożone na rozprawie przez strony, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: