

Sygn. akt: KIO 630/19

WYROK

z dnia 25 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **Infomex Sp. z o.o., ul. Wesoła 19b, 34-300 Żywiec** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków**

przy udziale wykonawcy **POLCOM S.A., ul. Krakowska 43, 32-050 Skawina** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Województwu Małopolskiemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Infomex Sp. z o.o.,**
2. kosztami postępowania obciąża **Województwo Małopolskie, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Infomex Sp. z o.o., ul. Wesoła 19b, 34-300 Żywiec** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Województwa Małopolskiego, ul. Basztowa 22, 31-156 Kraków** na rzecz wykonawcy **Infomex Sp. z o.o., ul. Wesoła 19b, 34-300 Żywiec** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący :

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

Województwo Małopolskie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi kolokacji sprzętu komputerowego Centrum Przetwarzania Danych UMWM. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 6 lutego 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 511304-N-2019.

W dniu 8 kwietnia 2019 r. wykonawca Infomex Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- a) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę POLCOM S.A., jako najkorzystniejszej oferty,
- b) czynności badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego,
- c) czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na nie wniesienie wadium lub wniesienie go w sposób nieprawidłowy.

Odwołujący argumentował, że przedłużenie terminu związania ofertą wraz z jednoczesnym przedłużeniem ważności zabezpieczenia oznacza jedynie, że Zamawiający w momencie przedłużenia terminu związania musi być zabezpieczony w przypadku wyboru oferty takiego wykonawcy. Odwołujący podniósł, że przedłużenie terminu związania oraz przedłużenie zabezpieczenia na różne okresy w żaden sposób nie jest sankcjonowane przez ustawodawcę - brak jest jakiegokolwiek przepisu w ustawie Pzp czy ustawach szczególnych, które wskazywałyby na konieczność odrzucenia jego oferty. Powyższe, jak zauważył Odwołujący, potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 12 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 153/18, w którym Izba stwierdziła: „Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Prawo

zamówień publicznych, na przedłużenie terminu związania ofertą. W ocenie Izby, art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych zezwala na odrzucenie oferty wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, na przedłużenie terminu związania ofertą. Brak jest zatem podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na trzy dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Zatem przepis ten mówi o zgodzie, jaką wykonawca ma wyrazić w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Treść przepisu jest zatem jednoznaczna - tylko i wyłącznie wtedy, gdy wykonawca odmówi wyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą, aktualizuje się obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy(...). Izba podziela pogląd, że przepisów sankcyjnych, do jakich bez wątplenia należy przepis art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszący się do odrzucenia ofert, nie można interpretować rozszerzająco. Izba orzekając miała na uwadze Postanowienie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 roku wydane w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, które zapadło w odpowiedzi na zadane pytanie prejudycjalne. Z treści postanowienia wynika, że wykluczenie wykonawcy (lub odrzucenie jego oferty) może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy jednoznacznie wynika to z przepisów ustawy lub taka podstawa wykluczenia została wskazana w dokumentacji postępowania (ogłoszenie o zamówieniu lub specyfikacja istotnych warunków zamówienia). Jak wskazano powyżej, Wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji ABT sp. z o.o. nie odmówił wyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą, zatem nie jest możliwe odrzucenie jego oferty na podstawie tego przepisu”.

Odwołujący wskazał również na wyrok KIO z dnia 31 października 2017 r., sygn. akt KIO 2181/17: „W ocenie Izby, w stanie faktycznym takim jak w przedmiotowej sprawie, brak jest podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Przepis stanowi bowiem jednoznacznie, że odrzuca się ofertę tylko takiego wykonawcy, który nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą. W art. 85 ust. 2 Pzp zaś jest mowa o zgodzie, jaką wykonawca ma wyrazić w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Tylko i wyłącznie wtedy gdy wykonawca odmówi wyrażenia zgody na przedłużenie związania oferta aktualizuje się

obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy”.

Odwołujący jako własne przyjął stanowisko zaprezentowane w Postanowieniu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 lipca 2017 roku wydane w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, które zapadło w odpowiedzi na zadane pytanie prejudycjalne. Z treści postanowienia wynika, że wykluczenie wykonawcy (lub odrzucenie jego oferty) może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy jednoznacznie wynika to z przepisów ustawy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że z treści przepisów ustawy w żadnym wypadku nie wynika, że w sytuacji faktycznej, jak w niniejszym postępowaniu Zamawiający winien dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 7b). Odwołujący podkreślił, że na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej, oferta Odwołującego była ważna i zabezpieczona wadium w prawidłowej wysokości. Zdaniem Odwołującego, ocena Zamawiającego jest skrajnie formalna i powoduje wybór oferty droższej o ponad 700 000,00 zł. Należy mieć przy tym na uwadze, że Odwołujący, jako dotychczasowy wykonawca, jest w stanie wykonać przedmiotową usługę za zaoferowaną cenę. Odwołujący zaznaczył, że celem prowadzenia postępowania jest wybór wykonawcy zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś formalizm sam w sobie, jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą Zamawiający był już w posiadaniu oświadczenia o przedłużeniu tego terminu, jak i gwarancji wadialnej i mógł skierować do Odwołującego prośbę o wyjaśnienia swoich wątpliwości w zakresie rozbieżności dat, czego również zaniechał ze szkodą dla własnej gospodarki finansowej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność wyboru oferty POLCOM S.A. jako najkorzystniejszej;
- b) dokonał unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- c) dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca POLCOM S.A.

Izba ustaliła, że w dniu 2 kwietnia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę POLCOM S.A. Zamawiający poinformował, że odrzuca ofertę złożoną przez Infomex Sp. z o.o. „na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1) pkt 7b ustawy, zgodnie z którymi Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. W związku, iż w dniu 30 marca 2019 r. upływał termin związania ofertą, Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni oraz wniesienie nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Wykonawca przedłużył termin związania ofertą do dnia 29.05.2019 r. oraz wniósł gwarancję bankową jako nowe wadium w postępowaniu. Jednak z treści gwarancji wynika, iż wygasa ona dnia 26.05.2019 r., podczas gdy winna zabezpieczać ofertę do dnia 29 maja br. – przez cały okres związania ofertą.”.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumenty wymienione w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Przedmiot sporu stanowiło ziszczenie się przesłanek odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z uwagi na to, że daty końcowe przedłużonego przez Odwołującego terminu związania ofertą oraz nowego wadium wniesionego przez Odwołującego nie pokrywały się.

Izba zgadza się ze stanowiskiem, że dyspozycja art. 85 ust. 4 ustawy Pzp wskazuje na to, że wadium powinno zabezpieczać pełen okres związania ofertą. Celem tej regulacji jest zabezpieczenie interesów zamawiającego w ten sposób, aby złożona oferta była zabezpieczona wadium przez cały termin, w jakim wykonawca jest związany jej treścią.

Należy jednak mieć na uwadze, że Izba rozpoznając każdą sprawę zobowiązana jest mieć na względzie indywidualne okoliczności, jakie w danej sprawie zaistniały. W przedmiotowej sprawie za istotną Izba uznała okoliczność, że Odwołujący odpowiedział na prośbę Zamawiającego z dnia 22 marca 2019 r. o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni oraz o przedłużenie okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, wniesienie nowego wadium, na przedłużony okres związania ofertą. Odwołujący wyraził zgodę zarówno na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni (pismo z dnia 25 marca 2019 r.), jak i wniósł nowe wadium, które obejmowało okres od dnia 26 marca 2019 r. do dnia 26 maja 2019 r., tj. 60 dni (Gwarancja nr KLG58194IN19 z dnia 26 marca 2019 r. wystawiona przez ING Bank Śląski S.A.). Nie ulega zatem wątpliwości, że celem Odwołującego było uczynienie zadość prośbie Zamawiającego i dopełnienie wszelkich niezbędnych wymogów formalnych w celu utrzymania oferty w postępowaniu i jej zabezpieczenia.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy odrzucenie oferty było wynikiem nadmiernego formalizmu Zamawiającego, który nie może być priorytetem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oczywiście, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym i z uwagi na pochodzenie środków takie być musi, jednak nie może znikać z pola widzenia jego cel, którym jest wybór oferty najkorzystniejszej i zawarcie ważnej umowy. Izba stwierdziła, że w konkretnych okolicznościach przedmiotowej sprawy zrealizowanie celu postępowania jest możliwe, bowiem termin związania ofertą został przedłużony, a oferta jest zabezpieczona wadium.

Należy też mieć na uwadze, że w konkretnych okolicznościach przewidzianych przez ustawę Pzp termin związania ofertą może się zakończyć innego dnia niż termin ważności wadium, bowiem zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy Pzp bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu w przypadku wniesienia odwołania do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia. Na skutek zawieszenia biegu terminu związania ofertą, termin ten może zakończyć się później niż termin ważności wadium.

Izba stwierdziła ponadto, że podstawą oddalenia odwołania nie mogła być okoliczność, że Odwołujący nie przywołał w odwołaniu właściwego przepisu ustawy Pzp.

Skarżone czynności, oraz przedstawione okoliczności faktyczne jednoznacznie określają zakres zaskarżenia i umożliwiają jego merytoryczne rozpoznanie.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :