

Sygn. akt: KIO/UZP 1879/10

WYROK
z dnia 10 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Emil Kawa
Aneta Mlącka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **ECORYS Polska Sp. z o.o., 00-845 Warszawa, ul. Łucka 2/4/6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, 00-834 Warszawa, ul. Pańska 81/83** protestu z dnia 6 sierpnia 2010 r.

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie oraz nakazuje unieważnić czynność unieważniania postępowania i czynność wykluczenia odwołującego oraz nakazuje powtórzyć czynność oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, badania i oceny ofert.**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, 00-834 Warszawa, ul. Pańska 81/83**
i nakazuje:

- 1) **zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez wykonawcę **ECORYS Polska Sp. z o.o., 00-845 Warszawa, ul. Łucka 2/4/6;****

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez zamawiającego **Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, 00-834 Warszawa, ul. Pańska 81/83** na rzecz wykonawcy **ECORYS Polska Sp. z o.o., 00-845 Warszawa, ul. Łucka 2/4/6** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **ECORYS Polska Sp. z o.o., 00-845 Warszawa, ul. Łucka 2/4/6**.

Uzasadnienie

Zamawiający Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Instrument Szybkiego Reagowania«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241 i Nr 206, poz. 1591) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

16.01.2010 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 11-013900.

Od 02.04.2010 r. do 22.04.2010 r. biegu terminu związania ofertą uległ zawieszeniu ze względu na rozpatrywanie protestu.

08.03.2010 r. upłynął termin składania ofert i rozpoczął się bieg terminu związania ofert.

28.07.2010 r. zamawiający zawiadomił o:

- 1) wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu wszystkich ofert, a w tym wykonawcy ECORYS Polska Sp. z o.o., ul. Łucka 2/4/6, 00-845 Warszawa – wykonawca został wykluczony z postępowania, gdyż od 26.06.2010 r. jego oferta nie była zabezpieczona wadium na cały okres związania ofertą – art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 4 Pzp;
- 2) unieważnieniu postępowania, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu – art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

06.08.2010 r. wykonawca ECORYS Polska Sp. z o.o., ul. Łucka 2/4/6, 00-845 Warszawa wniósł protest na:

- 1) czynność zamawiającego, polegającą na wykluczeniu protestującego z postępowania, czym naruszono art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp;
- 2) czynność zamawiającego, polegającą na unieważnieniu prowadzonego postępowania, czym naruszono art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp;
- 3) zaniechanie czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej, czym naruszono art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp;

- 4) naruszenie innych przepisów wymienionych w treści protestu, co w trakcie rozprawy zostało sprecyzowane do art. 46 ust. 1 i 85 ust. 4 Pzp.

Protestujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności unieważniania postępowania;
- 2) unieważnienie czynności, polegającej na wykluczeniu protestującego.

W wyniku wniesienia protestu z 2 kwietnia 2010 r. doszło do przedłużenia pierwotnego terminu związania ofertą o 20 dni, tj. do dnia 25 czerwca 2010 r. W piśmie z 1 czerwca 2010 r. protestujący zgodził się, na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do 25 sierpnia 2010 r. i złożył zmienioną treść gwarancji wadium ważnej do 15 sierpnia 2010 r. Jednak w dniu powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty – 25 czerwca 2010 r. – oferta protestującego była zabezpieczona wadium, co przyznaje zamawiający.

Tym samym zamawiający nie mógł przed 26 czerwca 2010 r. stwierdzić, że protestujący podlega wykluczeniu, ani też dokonać samej czynności wykluczenia.

Zamawiający przyznał to w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z 28 lipca 2010 r. pisząc, iż „czynność wykluczenia wykonawcy nie mogła nastąpić wcześniej, gdyż w chwili dokonywania wyboru najkorzystniejszej oferty była ona prawidłowo zabezpieczona pierwotnym wadium”.

Podobnie wyrok Zespołu Arbitrów z 2 lipca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-762/07, gdzie skład orzekający wyraził pogląd, iż „nie ma wątpliwości, że niewyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą stanowi bezwzględną przesłankę wykluczenia wykonawcy. Zdaniem składu orzekającego wykluczenie z postępowania przez zamawiającego może nastąpić jednak dopiero z chwilą upływu pierwotnego terminu związania ofertą uwzględniającego okres zawieszania biegu terminu”.

25 czerwca 2010 r., drogą elektroniczną, zamawiający zwrócił się do protestującego o ustalenie sposobu zwrotu wadium. Postępowanie toczy się z uwzględnieniem ustawy z dnia 5 listopada 2009 roku o nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie 22 grudnia 2009 roku. Nowelizacja wprowadziła do polskiego prawa instytucję zwolnienia z obowiązku zabezpieczania wadium ofert począwszy od momentu dokonania przez zamawiającego, czynności wyboru oferty innego wykonawcy, Zostało to ustanowione wprost w art. 46 ust. 1 Pzp.

Uprawnione jest zatem twierdzenie, że niezależnie od środka ochrony prawnej, wykonawca może przedłużyć termin związania ofertą po wyborze najkorzystniejszej oferty – nie wnosząc nowego ani nie przedłużając wadium. Wszak w przypadku, gdyby ostatni dzień terminu związania ofertą a zarazem ważności wadium, przypadał po wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający nie wezwałby do przedłużenia terminu związania

ofertą i wadium, zaś wykonawca zamierzałby skorzystać ze środka ochrony prawnej – wówczas musiałby dla możliwości udokumentowania posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, co jest warunkiem koniecznym dla wniesienia środka ochrony, przedłużyć termin związania ofertą. Na wniesienie środka ochrony, ustawa określa termin. W okresie przed protestem – termin związania ofertą płynie, jednak nie ma obowiązku wnoszenia wadium. Zatem w stanie prawnym obowiązującym dla przedmiotowej sprawy, powstaje wyjątek od stosowania art. 85 ust. 4 Pzp.

Przedłużenie terminu związania ofertą, którego niewspółbieżność (odmienność co do terminu trwania) z wadium podważył zamawiający następowo *de facto* 26 czerwca 2010 r. Oznacza to, że w dniu wejścia w życie przedłużenia terminu związania ofertą protestujący nie miał obowiązku wnoszenia wadium. Fakt, iż wadium pozostało złożone u zamawiającego, nie ma żadnego znaczenia. Gdyby nie pismo z 25 czerwca 2010 r. o wyborze oferty, oraz wysłane w ślad za nim, pismo o ustalenie sposobu odebrania dowodu wniesienia wadium. Protestujący uzupełniłby wadium w terminie. Skoro otrzymał zawiadomienie o wyborze wykonawcy WYG oraz pismo ustalające sposób odbioru wadium – zaniechał czynności jego dalszego wnoszenia. Sprawa wydaje się na tyle oczywista, że decyzja o unieważnieniu postępowania oraz uznaniu iż protestujący podlega wykluczeniu z postępowania, na skutek rzekomego nie wniesienia wadium, które wniesione być nie miało – jawi się jako niezrozumiała. Jest niezgodna z art. 46 ust. 1 Pzp.

Po 25 czerwca 2010 r. zamawiający nie miał podstawy do wymagania od protestującego wadium skoro, zgodnie z art. 46 ust. 1 Pzp, był zobowiązany zwrócić je wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Tym samym należy uznać, że zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia protestującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zamawiający mógłby wykluczyć protestującego z postępowania w przypadku, gdyby ten nie wniósł ponownie wadium w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 Pzp. Oferta protestującego nie została jednak na razie wybrana jako najkorzystniejsza, a protestujący nie został wezwany do powtórnego wniesienia wadium.

Nawet gdyby twierdzić, że argumentacja związana z rozumieniem skutków wprowadzenia regulacji art. 46 ust. 1 Pzp jest nadmierna, nie można wykonawcy czynić zarzutów z powodu faktu, że 26 czerwca 2010 r. okres ważności wadium nie był tożsamy z terminem związania ofertą.

Art. 85 ust. 4 ani art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nie stanowią iż przedłużenie ważności wadium powinno zostać dokonane na cały przedłużony okres związania ofertą, a stanowią jedynie o „przedłużonym okresie związania ofertą”. Instytucja wadium przejawia się w zabezpieczeniu ważności oferty w celu zawarcia umowy. W konsekwencji z punktu widzenia interesu

zamawiającego obojętne jest czy wadium to pokrywa czy też nie pokrywa okresu znajdującego się w przyszłości.

Przyznając rację argumentacji przeciwnej, za uzasadnione należałoby uznać stanowisko, iż w sytuacji gdy termin związania ofert równy jest terminowi ważności wadium (innych niż gotówkowe), po wniesieniu środka odwoławczego już w pierwszym dniu każdy z wykonawców podlegałby wykluczeniu, gdyż termin związania ofertą o ten choćby jeden dzień zawieszenia, przekracza okres ważności wadium, Stanowisko takie jest jednak oczywiście niezasadne.

Pogląd taki potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z 4 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1763/09 i KIO/UZP 1764/09 Izba stwierdziła, cyt.: „Izba podziela stanowisko prezentowane w doktrynie i w orzecznictwie, potwierdzające rozumienie powołanego przepisu art. 85 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym czynność przedłużenia ważności wadium musi nastąpić w terminie związania ofertą i przed upływem terminu ważności pierwotnie wniesionego wadium, tak aby oferta była prawidłowo zabezpieczona przez cały okres postępowania. Wystarczające będzie, gdy obie te czynności zostaną dokonane w dowolnej kolejności”.

5 sierpnia 2010 r. protestujący złożył u zamawiającego, aneks do gwarancji bankowej zapłaty wadium. Zostało to poprzedzone podjętymi przez zamawiającego bezprawnymi czynnościami unieważnienia postępowania, których źródła należy upatrywać w dorozumianym przez zamawiającego obowiązku wykluczenia protestującego z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp za niewniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Zamawiający ustalił stan faktyczny z rażącym niedbalstwem, dokonał błędnej wykładni art. 85 ust. 4 Pzp, nadto w wyniku błędnej subsumcji, bezprawnie zastosował art. 24 ust. 2 pkt 2 i w konsekwencji, art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, godząc tym samym w interes prawny protestującego.

Pogląd taki potwierdza linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, pokrywająca się w zakresie istoty oraz funkcji, którą pełni wadium z doktryną prawa cywilnego, która swoje poglądy opiera na definicji wadium zawartej w art. 70⁴ Kc. Wadium w powołanym przepisie funkcjonuje w dwóch znaczeniach. W pierwszym jest rozumiane jako dodatkowe zastrzeżenie w warunkach aukcji lub przetargu, uzależniające dopuszczenie potencjalnych uczestników do udziału w postępowaniu od wpłacenia przez nich organizatorowi określonej sumy pieniężnej lub zabezpieczenia jej zapłaty. Z kolei w drugim znaczeniu wadium oznacza pewną sumę, którą uczestnik ma zapłacić lub której zapłatę ma zabezpieczyć. Istotna jest jednak funkcja, którą spełnia wadium. Zarówno doktryna prawa cywilnego [por. m.in. P, Machnikowski – Kodeks cywilny, Komentarz, (red. E. Gniewek), Wrocław 2008 r.; Z. Radwański w System Prawa Prywatnego – t. 2 Prawo cywilne – część ogólna, Suplement,

Warszawa 2004 r.], judykatura (np. orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 8 marca 2006 r., I Aca 1018/05) jak również ukształtowana w tym zakresie linia orzecznicza; sygn. akt UZP/ZO/0-1690/03; sygn. akt UZP/ZO/0-1312/03; sygn. akt UZP/ZO/0-1221/02) wyznacza wadium funkcję zabezpieczającą. Odnosząc powyższe wywody do dyspozycji normy prawnej zawartej w art. 85 ust. 4 Pzp, który stanowi, że przedłużenie okresu 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. Zastosowanie literalnej wykładni powyższej normy prawnej oznaczałoby doprowadzenie w niektórych sytuacjach, jak w tym postępowaniu, do kuriozalnych konsekwencji. Posiadając gwarancje bankowe, których termin ważności (możliwość zaspokojenia przez zamawiającego swoich roszczeń) w dniu dokonywania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, który jednocześnie, jest ostatnim dniem pierwotnego terminu związania ofertą, przenosi określony przez zamawiającego okres związania ofertą i w przypadku wezwania wykonawców do przedłużenia okresu związania ofertą, który z kolei przenosi wydłużony okres ważności wystawionej gwarancji bankowej (jak to miało miejsce w rozpoznawanym postępowaniu), zamawiający każdorazowo zmusza wykonawców do irracjonalnego, tak z punktu widzenia art. 85 ust. 4 Pzp jak i prowadzenia działalności gospodarczej, zachowania polegającego na konieczności ubiegania się o kolejną gwarancję bankową, która będzie opiewała na tę samą kwotę, dotyczyła tego samego postępowania, prowadzonego przez tego samego zamawiającego, ale przede wszystkim będzie dotyczyła (przynajmniej częściowo) tego samego okresu.

Niezależnie od tego, na jakie kwoty opiewa wystawiana gwarancja bankowa, koszty jej udzielenia nie należą do najmniejszych i bezpodstawnie zmuszanie wykonawców do ich ponoszenia, nawet w sytuacji, w której oferta pozostaje zabezpieczona w sposób ciągły, godzi w interes ekonomiczny protestującego. Wymóg dopełnienia przez wykonawcę obowiązku jednoczesnego wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą wraz z wniesieniem wadium na przedłużony okres związania ofertą natęży interpretować w sposób celowościowy, co potwierdzają identyczne poglądy zawarte np. w orzeczeniu sygn. akt KIO/UZP 845/09. Także w wyroku o sygn. akt KIO/UZP/108/07 Izba stwierdza iż „Wystarczające jest złożenie stosownego dokumentu, nie później niż w ostatnim dniu terminu ważności będącego w posiadaniu zamawiającego zabezpieczenia wadium”.

Zatem w tym przypadku, protestujący powinien przedłużyć ważność wadium najpóźniej 14 sierpnia 2010 r. Jeżeli więc nie upłynął jeszcze termin ważności dotychczas ustanowionego wadium, to samo złożenie oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą jest wystarczające. Zamawiający na dzień przyjęcia oświadczenia (1 czerwca 2010 r.) był w posiadaniu wadium, co oznacza, że do dnia upływu ważności wadium (tj. do 15 sierpnia 2010 r. włącznie) zamawiający mógł zrealizować swoje

uprawnienia w sytuacji określonej w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp. Dlatego też protestujący nie może zostać wykluczony z postępowania ze względu na brak wadium, które faktycznie zostało wniesione i funkcjonuje w sposób nieprzerwany. Pogląd taki jest zgodny z bieżącym orzecznictwem Krajowa Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 4 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1763/09 i sygn. akt KIO/UZP 1784/09 orzeczono, iż cyt.: „Z treści art. 85 ust. 4 Pzp, nie można wywodzić zbyt daleko idących wniosków co do jednoczesności złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i przedłużenia terminu wadium. Wykonawca posiadający ofertę zabezpieczoną wadium na okres dłuższy niż pierwotnego związania, który przedłuża następnie okres związania ofertą w czasie, gdy pierwotny okres ważności wadium nie upłynął, nie jest w ocenie Izby, zobowiązany jednocześnie dokonać przedłużenia ważności wadium. [...]. Izba zauważa, że to od zamawiającego zależy, w jakim terminie dokonuje wyboru oferty. Wykonawca nie ma na to najmniejszego wpływu. Zatem zamawiający powinien zadbać o wybór oferty w takim czasie, aby mógł zawrzeć umowę w okresie związania ofertą wraz z zabezpieczeniem wadium. Izba stwierdza, iż w dacie dokonywana oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej [...] oferty odwołujących pozostawały zabezpieczone wadium do dnia [...], zatem nie zachodziła podstawa do wykluczenia odwołujących z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, [obecny art. 24 ust. 2 pkt 2 – przypis protestującego] ani do uznania za odrzucone ich ofert w oparciu o art. 24 ust. 4 Pzp. Zamawiający odrzucając oferty odwołujących naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 [obecny art. 24 ust. 2 pkt 2 – przypis protestującego] i ust. 4 Pzp oraz art. 85 ust. 4 Pzp, W następstwie naruszył także art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż bezzasadne wykluczenie uczestnika przetargu zawsze narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób respektujący zasady uczciwej konkurencji. Zasadniczą kwestią jest, że oferty odwołujących w dacie czynności wyboru, pozostawały zabezpieczone należycie wadium, chroniąc interesy zamawiającego, co Izba ustaliła [...]”.

Nie ma podstaw do wykluczenia z postępowania protestującego, gdyż jest on związany złożoną przez siebie ofertą, która była i jest zabezpieczona wadium w sposób ciągły, czyli wykonawcy, który wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą i ma możliwość przedłużenia ważności wadium przed upływem ważności uprzednio złożonego wadium (czynność przedłużenia została dokonana 5 sierpnia 2010 r.).

Powyższa argumentacja skłania protestującego do wniosku, iż dochował on wszelkich obowiązków związanych z przedłużeniem okresu związania ofertą, swoje oświadczenie, złożone w trybie art. 85 ust. 4 Pzp należy uznać za precyzyjne i nie budzące żadnych wątpliwości. Oferta pozostaje zabezpieczona wadium w sposób ciągły. Zamawiający nie może mieć wątpliwości, że wolą i celem wykonawcy jest dalsze ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Zarzut zamawiającego sprowadza się bowiem do braku dochowania „jednoczesności” złożenia oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą

z wniesieniem (nowego) wadium na cały przedłużony okres związania ofertą tj. o kolejne 60 dni, co w obliczu zaprezentowanej argumentacji, należy uznać za błędne rozumienie przepisu art. 85 ust. 4 Pzp, które doprowadziło do bezprawnego wykluczenia protestującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i w konsekwencji do unieważnienia postępowania.

Ponieważ nie było podstaw do wykluczenia protestującego z postępowania, należy uznać, iż zamawiający unieważniając postępowanie naruszył art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Co więcej, druga ewentualna podstawa prawna do unieważnienia postępowania, tj. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp, również nie ma zastosowania do rozpoznawanej sprawy. Zamawiający nie informując protestującego o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą spowodowanego wniesieniem protestu z 2 kwietnia 2010 r. oraz nie wzywając protestującego do przedłużenia wadium naruszył art. 181 ust. 2 i 2a Pzp, lecz naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania, gdyż mimo przedłużenia przez protestującego wadium na krótszy okres nie podlega on wykluczeniu z postępowania. Nie wpływa to na umowę w sprawie zamówienia w taki sposób, że powoduje jej bezwzględną nieważność.

W wyroku, z 13 lutego 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 72/08) Izba przywołała interesujący pogląd wyrażony w postanowieniu Sądu Okręgowego w Poznaniu: „Zgodnie z powołaną podstawą prawną z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ocena, czy występująca wada skutkuje niemożnością zawarcia ważnej umowy, oceniane być musi w kontekście ewentualnego zawarcia umowy dotkniętej bezwzględną nieważnością. Podobnie stwierdził Sad Okręgowy w Poznaniu, który w postanowieniu z 4 listopada 2005 r. wskazał, iż wadą – w rozumieniu tego przepisu – jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, że powoduje jej bezwzględną nieważność. Wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty”.

Protestujący ma interes prawny w złożeniu protestu, który opiera się na fakcie, że zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej, a więc także uprawnienie do złożenia protestu, przysługują każdemu podmiotowi, który doznał lub choćby tylko mógł doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie protestującego jego oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza z uwagi na fakt, że protestujący jest jedynym wykonawcą niepodlegającym wykluczeniu z postępowania.

09.08.2010 r. zamawiający powiadomił wykonawców faksem o wniesieniu protestu.

16.08.2010 r. zamawiający oddalił protest w całości, ze względu na zaniechanie rozstrzygnięcia protestu, zgodnie z art. 183 ust. 3 Pzp.

26.08.2010 r. wykonawca ECORYS Polska Sp. z o.o., ul. Łucka 2/4/6, 00-845 Warszawa złożył odwołanie podnosząc to samo co w proteście.

26.08.2010 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez dokonanie czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający ustanowił w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji 90-dniowy termin związania ofertą od upływu terminu składania ofert. W trakcie postępowania termin ten uległ zawieszeniu na 20 dni ze względu na rozpatrywanie protestu. Wobec tego ostateczny termin związania ofertą upływał 25 czerwca 2010 r.

Zamawiający, przewidując późniejsze zakończenie postępowania wystosował 25 maja 2010 r. ogólne wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni oraz o przedłużenie okresu ważności wadium. Zamawiający przypomniał treść art. 85 ust. 4 Pzp w brzmieniu obowiązującym w postępowaniu, cyt. »przedłużenie okresu 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«. Żądanie to było wystosowane na 10 dni przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą (do którego były dostosowane okresy wadium) i 30 dni przed upływem rzeczywistego okresu zwiania ofertą, wynikającego z 20-dniowego zawieszenia biegu terminu związania ofertą.

Zamawiający nie zindywidualizował terminów przedłużenia okresów związania ofertą oraz przedłużenia okresów ważności wadium, mimo że na podstawie przebiegu postępowania i posiadanej dokumentacji wiedział, że terminy na dokonanie żądanych czynności są różne w zależności od konkretnej sytuacji wykonawcy.

Wykonawcy musieli złożyć, aby pozostać dalej w postępowaniu, oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz przedłużyć okres ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą lub wnieść nowe wadium na ten okres. W przypadku rozpoznawanej oferty odwołującego, termin związania ofertą upływał 15 czerwca 2010 r. bo do tego terminu oferta była zabezpieczona wadium. Odwołujący 1 czerwca 2010 r. złożył oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania ofertą o wymagany termin 60 dni i wniósł dokument o przedłużeniu ważności wadium do 15 sierpnia 2010 r., czyli na niepełne 60 dni. A więc faktycznie odwołujący uzupełnił swój okres związania ofertą i zabezpieczenie oferty wadium do dnia 25 czerwca 2010 r., czyli do upływu podstawowego terminu związania ofertą.

Skład orzekający Izby stwierdza, że każde przedłużenie zabezpieczenia oferty wadium o terminie choćby o jeden dzień krótszym niż wymagany przez zamawiającego termin związania ofertą musi spowodować konieczność wykluczenia takiego wykonawcy, na podstawie art. 85 ust. 4 i art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Jednak realnie odwołujący posiadał zabezpieczenie swojej oferty wadium do końca pierwotnego terminu związania ofertą przedłużonego o okres zwieszenia biegu terminu związania ofertą czyli do 25 czerwca 2010 r. Wykonawca ten [po złożeniu oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania ofertą 1 czerwca 2010 r.] musiał do końca tego dnia 25 czerwca 2010 r. przedłużyć termin obowiązywania wadium albo liczyć się z nieuchronną koniecznością wykluczenia z postępowania. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp brzmi, cyt.: »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy (2) nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą«.

Jednak w godzinach południowych 25 czerwca 2010 r., pismem z 24 czerwca 2010 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Skład orzekający Izby stwierdza, że do rozpoznawanego stanu faktycznego należy przez analogię zastosować zasadę »*Lex posterior derogat legi priori* – ustawa późniejsza uchyla wcześniejszą«. Czynność zamawiającego z 25 czerwca 2010 r. – zawiadomienie o dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, uchylila skutki wcześniejszej czynności, wezwania z 25 maja 2010 r. do przedłużenia terminu związania ofertą. Nie miałoby sensu stosowanie się wykonawców do wezwania z 25 maja 2010 r. do przedłużenia terminu związania ofertą, wobec dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w pierwotnym

terminie związani ofertą. Odwołujący, który nie zareagował na wezwanie z 25 maja 2010 r. i nie przedłużył terminu związania ofertą, nie może być wykluczony z postępowania na podstawie art. 85 ust. 4 i art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, gdyż zamawiający musi dostosować się do sytuacji, która wytworzyła się na skutek pisma wystosowanego w południe 25 czerwca 2010 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty. Od tego momentu zamawiający nie może wymagać przedłużenia terminu związania ofertą od wykonawców, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza, ale na podstawie art. 46 ust. 1 Pzp zwraca wadium tym wykonawcom. Art. 46 ust. 1 Pzp brzmi, cyt.: »Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a«.

Z przytoczonych wyżej powodów pierwszy zarzut odwołującego jest popierany przez skład orzekający Izby.

W zakresie drugiego zarzutu – naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez unieważnienie prowadzonego postępowania – Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska odwołującego.

Jak wykazano to wyżej w omówieniu zarzutu pierwszego, zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania i w postępowaniu cały czas istniała przynajmniej jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu. Wobec tego zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, który brzmi »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3«, a w postępowaniu nie mają zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, gdyż przepisuy te dotyczą postępowań prowadzonych w trybach zapytania o cenę i licytacji elektronicznej, a postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego.

Z przytoczonych wyżej powodów drugi zarzut odwołującego jest popierany przez skład orzekający Izby.

W zakresie trzeciego zarzutu – naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej – Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się częściowo do stanowiska odwołującego, stwierdzając, że zamawiający bezpodstawnie zaniechał dokonania czynności wyboru oferty, natomiast nie jest w zakresie kognicji Izby stwierdzanie której oferty powinien dotyczyć wybór zamawiającego.

Zamawiający wszczynając postępowanie jest obowiązany do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, chyba że wystąpią przesłanki do unieważnienia postępowania enumeratywnie przedstawione w art. 93 ust. 1 lub 1a Pzp.

Wobec wykazania, że nie zachodzi wskazana przez zamawiającego przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający bezpodstawnie unieważnił postępowanie i naruszył tym wcześniej cytowany art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Jednak wybór najkorzystniejszej oferty jest procesem dalece skomplikowanym i Izba nie może o tym przesądzać wyręczając w tym zamawiającego, dla którego wybór najkorzystniejszej oferty jest jedną z najważniejszych prerogatyw. Ponadto wskazanie wyboru konkretnej oferty jako najkorzystniejszej prowadziłoby w efekcie do nakazania zamawiającemu zawarcia umowy, co jest zakazane dla Izby w art. 191 ust. 5 Pzp [obecnie, po nowelizacji art. 192 ust. 6 Pzp], który brzmi, cyt.: »Izba nie może nakazać zawarcia umowy«.

Z przytoczonych wyżej powodów trzeci zarzut odwołującego jest częściowo popierany przez skład orzekający Izby.

W zakresie czwartego zarzutu – naruszenia art. 46 ust. 1 i art. 85 ust. 4 – Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że przedmiotowe naruszenia były argumentami na poparcie zarzutu pierwszego i jako argumenty zostały rozpoznane i omówione w uzasadnieniu zarzutu pierwszego, natomiast zamawiający nie wyartykułował naruszeń tych przepisów jako samodzielnych zarzutów dlatego skład orzekający Izby nie rozpoznawał naruszeń tych przepisów oddzielnie, ale ustosunkował się do tych naruszeń w uzasadnieniu do zarzutu pierwszego. Skład orzekający Izby nie przychylił się do tego zarzutu sformułowanego bez należytej precyzji, aby móc go oddzielnie rozpoznawać.

Na marginesie skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie był zobowiązany, ale mógł wykazać najwyższą staranność, przekraczającą, wymaganą od zamawiającego, należyta staranność i doprecyzować oraz wskazać terminy indywidualne wniesienia oświadczeń o przedłużeniu terminów związania ofertą i obowiązywania wadium – szczególnie w okresie przejściowym zmian przepisów wywołanych nowelizacjami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Takie zachowanie zamawiającego mogłoby zapobiec powstaniu rozpoznawanej sytuacji spornej.

Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 46 ust. 1, art. 85 ust. 4, art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 i z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241 i Nr 206, poz. 1591) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....