

Sygn. akt KIO/UZP 168/08

WYROK
z dnia 12 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Ewa Marcjoniak

Lubomira Matczuk - Mazuś

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Dell Sp. z o.o., Warszawa, ul. Domaniewska 41** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Warszawa, Al. Jana Pawła II 70** protestu z dnia 14.02.2008 r.

przy udziale **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., Warszawa, Al. Jerozolimskie 56c** i **Consortia Sp. z o.o., Warszawa, ul. Jagiellońska 74** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1 . oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Dell Sp. z o.o., Warszawa, ul. Domaniewska 41**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Dell Sp. z o.o., Warszawa, ul. Domaniewska 41.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie:..xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Dell Sp. z o.o., Warszawa, ul. Domaniewska 41.**

Uzasadnienie

Dnia 20 września 2007r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod poz. 2007/S 181 - 221411 ukazało się ogłoszenie Zamawiającego tj. Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie o zamówieniu publicznym na „zakup i dostawę 3000 szt. komputerów”. W dniu 20 września 2007 r. Zamawiający udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia na swojej stronie internetowej. Postępowanie zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 7 lutego 2008 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2006r. Nr 164, poz. 1163 ze zmianami) (zwanej w dalszej treści ustawą Pzp). Faktyczną przyczyną unieważnienia było niewezwanie przez Zamawiającego wykonawców do przedłużenia ważności wadium na okres zawieszenia terminu związania ofertą w terminie, określonym w art. 181 ust. 2a ustawy Pzp, co stanowi wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, a tym samym wyczerpuje ww. przesłankę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

W dniu 14 lutego 2008r. Odwołujący wniósł do Zamawiającego protest na czynność unieważnienia postępowania oraz zaniechania dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący w proteście zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 oraz art. 94 ust. 1a ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł w proteście o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
2. dokonanie czynności powtórnego badania i oceny ofert,
3. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
ewentualnie o:
4. wezwanie wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą przed dokonaniem czynności powtórnego badania i oceny ofert.

Odwołujący w uzasadnieniu protestu stwierdził, że Zamawiający bezzasadnie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia. Wskazał, że żaden przepis ustawy Pzp nie nakazuje aby wadium było ważne przez okres zawieszenia biegu terminu związania ofertą. Zdaniem Odwołującego z przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wynika jedynie upoważnienie a nie obowiązek Zamawiającego wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą a zatem i ważności wadium. Ponadto zgodnie z art. 94 ust. 1a ustawy Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta po upływie terminu związania ofertą, jeżeli Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty przed upływem terminu

związania ofertą, a wykonawca wyraził zgodę na zawarcie umowy, co jest w dalszym ciągu możliwe w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 22 lutego 2008 r. Zamawiający oddalił protest. Zamawiający stwierdził, że na skutek zawieszenia biegu terminu związania ofertą, co nastąpiło w wyniku wniesienia protestu na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty przez firmę Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. okres ważności wadium, wniesionego przez wykonawców winien zostać przedłużony na czas niezbędny do zabezpieczenia postępowania do czasu zawarcia umowy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Zamawiający był zobowiązany wezwać wykonawców do przedłużenia ważności wadium lub złożenia nowego wadium nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, czego nie uczynił.

Zdaniem Zamawiającego mimo braku przepisu w ustawie Pzp, wskazującego wprost, że wadium musi być ważne przez okres zawieszenia biegu terminu związania ofertą, przepis art. 181 ust. 2a ustawy Pzp, nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawców do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do czasu zawarcia umowy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. W ocenie Zamawiającego wykonawcy nie mogą samodzielnie tj. bez wezwania zamawiającego, składać oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą. Ponadto zaniechanie wezwania do przedłużenia ważności wadium i wykluczenie 10 spośród 17 wykonawców w związku z nieprzedłużeniem przez nich ważności wadium, stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Od rozstrzygnięcia protestu, w dniu 27 lutego 2008 r. Odwołujący Dell Sp. z o.o. wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzuty zawarte w proteście oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, dokonania czynności powtórnego badania i oceny ofert, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą przed dokonaniem czynności powtórnego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał dodatkowo, że do wadium wniesionego w pieniądzu, jak ma to miejsce w przypadku Odwołującego, nie ma zastosowania przepis art. 181 ust. 2a ustawy Pzp. Termin ważności wadium wniesionego w pieniądzu nie wymaga przedłużania. W przedmiotowym postępowaniu oferta Odwołującego była przez cały czas zabezpieczona wadium. Ponadto zgodnie z orzeczeniem z dnia 28 maja 2007 r. Sądu Okręgowego w Katowicach (sygn. akt XIX Ga 194/07) przedsiębiorca może przez jednostronną czynność prawną wydłużyć termin związania swoją ofertą bez zgody Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, w świetle treści przepisu art. 181 ust. 2a ustawy Pzp nadal aktualne jest twierdzenie, iż to wykonawca ma dopilnować, aby jego wadium było

ważne do momentu upływu terminu związania ofertą. Przestrzeganie zaś zasady równego traktowania wykonawców należy rozumieć jako stosowanie tej samej lub podobnej miary do wszystkich wykonawców, znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, a nie jako jednakową ocenę wykonawców. Odwołujący podniósł także, że przedłużenie okresu ważności wadium jest nierozłącznie związane z przedłużeniem okresu związania ofertą. Stosownie do treści art. 85 ust. 4 ustawy Pzp zgoda wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalna tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo jeżeli nie jest to możliwe z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. W związku z powyższym nie ma obowiązku zabezpieczenia oferty wadium w okresie zawieszenia biegu terminu związania ofertą. Istotnym jest bowiem aby oferta była zabezpieczona w okresie związania ofertą.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosiła w dniu 6 marca 2008r. firma Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., a w dniu 10 marca 2008 r. Consortia Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentacji postępowania oraz złożonych na rozprawie wyjaśnień stron i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

W ogłoszeniu (pkt III. 2.1 lit. h) Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu wymaga złożenia przez wykonawców wraz z ofertą dowodu wpłacenia/wniesienia przez wykonawców wadium, obowiązującego przez cały okres związania ofertą. W rozdz. XI siwz pkt 1-6 zamawiający opisał wymagania dotyczące wadium. Jako minimalny okres związania ofertą Zamawiający wskazał okres 60 dni od daty składania ofert tj. od 30 października 2007 r. (pkt. IV.3.7 ogłoszenia i rozdz. XII siwz). W dniu 29 października 2007 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o modyfikacji siwz i przesunięciu terminu składania ofert na 7 listopada 2007 r. Ostatecznie termin związania ofertą, a zatem i minimalny termin ważności wadium w niniejszym postępowaniu upływał w dniu 5 stycznia 2008 r.

W dniu 24 grudnia 2007r. Zamawiający poinformował wykonawców o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, wniesionego w dniu 21 grudnia 2007r. przez firmę Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. Z uwagi na upływ terminu ważności wadium zgodnie z art. 181 ust. 2a ustawy Pzp Zamawiający był zobowiązany do wezwania wykonawców do przedłużenia ważności wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, pod rygorem wykluczenia z postępowania. Powyższy obowiązek Zamawiający zobowiązany był spełnić najpóźniej w dniu 29 grudnia 2007r. tj. nie później niż

na 7 dni przed upływem ważności wadium. Zamawiający nie wezwał wykonawców do przedłużenia ważności wadium, przez co naruszył przepis art. 181 ust. 2a ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 19 wykonawców. Zamawiający wyjaśnił w toku rozprawy, co nie było kwestionowane przez Odwołującego i uczestników postępowania odwoławczego, iż termin ważności wadium został przedłużony z własnej inicjatywy przez 3 wykonawców, natomiast 4 wykonawców, w tym m.in. Odwołujący, wniosło wadium w pieniądzu, niewymagające przedłużenia ważności. Pozostali wykonawcy nie dokonali przedłużenia ważności wadium. Tym samym oferty złożone przez tych wykonawców straciły zabezpieczenie wadium. Izba uznała, że Zamawiający nie wzywając wykonawców do przedłużenia ważności wadium, co prawda jednakowo potraktował wszystkich wykonawców w tym względzie, jednak zaniechanie to doprowadziłoby do nierównej sytuacji wykonawców w tym postępowaniu. Negatywną konsekwencją błędu Zamawiającego, w postaci niezabezpieczenia swojej oferty wadium, ponieśliby wykonawcy, którzy nie wnieśli wadium w formie pieniężnej oraz nie przedłużyli ważności wadium z własnej inicjatywy.

Mając na uwadze istotę wadium i cel jego wnoszenia należy stwierdzić, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji określonej w art. 45 ust. 1 ustawy Pzp oferta musi być zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą. Ustawodawca przewidział rygor wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy na wezwanie Zamawiającego nie dokonali przedłużenia ważności wadium lub nie wnieśli nowego wadium. Zatem brak wezwania wykonawców do przedłużenia ważności wadium pod rygorem wykluczenia ich z postępowania skutkuje brakiem podstawy do wykluczenia tych wykonawców z powodu nieprzedłużenia wadium bądź nie wniesienia nowego wadium. Bezsporne jest zdaniem Izby, że udział w postępowaniu wykonawców, których oferty nie są zabezpieczone wadium przez okres związania ofertą jest niezgodny z ustawą Pzp.

Izba podzieliła stanowisko, zaprezentowane przez Odwołującego (poparte wyrokiem ZA z dnia 19 maja 2006 r. sygn. Akt UZP/ZO/0-1433/06), iż naruszenie art. 181 ust. 2 ustawy Pzp (a w obecnym stanie prawnym art. 181 ust. 2a ustawy Pzp) nie skutkuje w sposób obligatoryjny unieważnieniem postępowania. Przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia powinny być badane w danym stanie faktycznym, w konkretnym postępowaniu. Izba uznała, że naruszenie art. 181 ust. 2a ustawy Pzp poprzez zaniechanie Zamawiającego wezwania wykonawców do przedłużenia ważności wadium może stanowić przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. pod warunkiem wykazania, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że w przedmiotowym postępowaniu nie może zostać zawarta ważna umowa ponieważ naruszenie przez Zamawiającego normy art. 181 ust. 2a ustawy Pzp

miałoby wpływ na wynik postępowania. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty dokonany w dniu 14 grudnia 2007 r. oraz zobowiązał się jednocześnie do dokonania ponownej oceny ofert wobec uwzględnienia zarzutu podniesionego w proteście IST Sp. z o.o. w zakresie zaniechania odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, złożonej przez Consortia Sp. z o.o. Izba ustaliła na podstawie treści ww. pisma, informującego wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o punktacji przyznanej ofertom, że oferta Odwołującego oraz oferty firmy IST Sp. z o.o. i Biatel Sp. z o.o. znajdują się w grupie ofert o najwyższej jednakowej punktacji – 99,1 pkt, co pretenduje je do wyboru jako oferty najkorzystniejszej. W sytuacji, gdy nie można wybrać oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród ofert wybiera ofertę z najniższą ceną (art. 91 ust. 4 ustawy Pzp). Ofertę z najniższą ceną złożył wykonawca IST Sp. z o.o. Oferta złożona przez tego wykonawcę nie jest zabezpieczona wadium, co stwierdził Zamawiający w trakcie rozprawy, a czemu Wykonawca IST Sp. z o.o. nie zaprzeczył. Termin ważności wadium wniesionego przez IST Sp. z o.o. upłynął w dniu 7 stycznia 2008r. W tym stanie faktycznym Izba uznała, że oferta złożona przez IST Sp. z o.o. jako niezabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą, nie będzie mogła być brana pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej oferty. W ocenie Izby, skoro zaniechanie wezwania wykonawcy do przedłużenia ważności wadium powoduje konieczność wyłączenia z uczestnictwa w postępowaniu wykonawcy, którego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, to należy uznać, że tym samym naruszenie przepisu ustawy Pzp ma wpływ na wynik postępowania, a zatem stanowi przesłankę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Ponadto w ocenie Izby, z faktu, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta po upływie terminu związania ofertą w trybie art. 94 ust. 1a ustawy Pzp, wynika, że zawarcie umowy może nastąpić po upływie terminu ważności wadium, z tym że wybór najkorzystniejszej oferty musi nastąpić w terminie związania ofertą, a zatem również w terminie ważności wadium oraz że wykonawca wyrazi zgodę na zawarcie umowy na warunkach określonych w ofercie. Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty przed unieważnieniem postępowania w dniu 7 lutego 2008 r. Zważywszy, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty musi być dokonana przed upływem terminu związania ofertą, a do upływu tego terminu pozostał jeden dzień, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że nadal jest możliwe zawarcie umowy w sprawie zamówienia.

Izba nie rozpoznawała zarzutu, dotyczącego naruszenia art. 94 ust. 1a ustawy Pzp wobec cofnięcia powyższego zarzutu przez pełnomocnika Odwołującego w toku rozprawy. Jednocześnie Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, w ślad za rozstrzygnięciem Sądu

Okręgowego w Katowicach - wyrok z dnia 28 maja 2007 r. sygn. akt XIX Ca 194/07, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy (przedsiębiorcy) mogą bez wezwania ze strony Zamawiającego składać oświadczenia dotyczące przedłużenia terminu związania ofertą, a także terminu ważności wadium. Przy czym, o ile dla realizacji celu wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest istotne czy zostało ono wniesione (przedłużone) w wyniku wezwania przez Zamawiającego, czy też jednostronnie przez wykonawcę, to jednostronne przedłużenie terminu związania ofertą stanowi deklarację wykonawcy, nie może skutkować jednak zwolnieniem zamawiającego z obowiązku stosowania przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może tylko raz i tylko w uzasadnionych przypadkach, na co najmniej 7 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Zatem okoliczności, iż Odwołujący w dniu 12 lutego 2008 r. dokonał przedłużenia terminu związania ofertą „o kolejne 90 dni”, a wykonawca Consortia Sp. z o.o. pismem z dnia 2 lutego 2008 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do 7 maja 2008 r. należy traktować jako wyraz woli zawarcia umowy na warunkach określonych w złożonych ofertach.

W tym stanie faktycznym Izba nie uznała zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp za uzasadniony. W ocenie Izby, uwzględnienie argumentacji Odwołującego zawartej w proteście i odwołaniu oraz przedstawionej w trakcie rozprawy, a tym samym uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do tego, iż Zamawiający zostałby zmuszony do wyeliminowania z postępowania wykonawców, których oferty nie zostały zabezpieczone wadium na skutek zaniechania czynności przez Zamawiającego, a zatem do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z ustawą Pzp.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655).

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655).

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*