

Sygn. akt KIO 1473/10

WYROK
z dnia 28 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 lipca 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Hydrogeo-Polska Spółka Akcyjna (pełnomocnik), 2. Jarosław Borkowski, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU Hydrogeo Jarosław Borkowski, 3. Hidroelektra Niskogradnja d.d., adres dla pełnomocnika: ul. Ryżowa 43D/lok 3, 02-495 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Spółka Akcyjna (pełnomocnik), 2. DROG-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, adres dla pełnomocnika: ul. 24 kwietnia 4, 74-200 Kędzierzyn-Koźle** zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Hydrogeo-Polska Spółka Akcyjna (pełnomocnik), 2. Jarosław Borkowski, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU Hydrogeo Jarosław Borkowski, 3. Hidroelektra Niskogradnja d.d., adres dla pełnomocnika: ul. Ryżowa 43D/lok 3, 02-495 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Hydrogeo-Polska Spółka Akcyjna (pełnomocnik), 2. Jarosław Borkowski, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU Hydrogeo Jarosław Borkowski, 3. Hidroelektra Niskogradnja d.d., adres dla pełnomocnika: ul. Ryżowa 43D/lok 3, 02-495 Warszawa** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, 45-085 Opole, ul. Niedziałkowskiego 6 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na poprawę bezpieczeństwa ruchu drogowego na DK nr 45 – Rozbudowa drogi krajowej nr 45 Granica Państwa – Racibórz – Opole – Kluczbork – Złoczew, odcinek Węzeł Dąbrówka – Boguszyce, odcinki: km 82+814,00 do km 86+663,55 i od km 86+887,72 do km 89+650,00.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 14 lipca 2010 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. Hydrogeo-Polska Spółka Akcyjna (pełnomocnik), 2. Jarosław Borkowski, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PHU Hydrogeo Jarosław Borkowski, 3. Hidroelektra Niskogradnja d.d., adres dla pełnomocnika: ul. Ryżowa 43D/lok 3, 02-495 Warszawa (dalej: odwołujący się) wnieśli odwołanie na czynności zamawiającego.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wykluczenie wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego się.

Odwołujący się wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego się,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego się.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący się stwierdził, iż zgodnie z art. 45 ustawy Pzp zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium i tę czynność odwołujący się wykonał w terminie wnosząc wadium. Stwierdził także, iż podanie podstawy prawnej wykluczenia odwołującego się z postępowania – art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp – jest wadliwe, gdyż jest rzeczą bezsporną, iż odwołujący się wniósł wadium w terminie. Fakt ten potwierdza zamawiający. Ustawodawca przewiduje sankcje podstawy do wykluczenia wykonawcy w przypadku, gdy nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert i nie przewiduje sankcji, gdy okres wniesienia wadium pokrywa się z okresem związania ofertą. Również w specyfikacji zamawiający nie przewidział dodatkowej sankcji dla wniesienia wadium na okres

krótszy niż termin związania ofertą, który np. wydłuża się przy wniesieniu środków odwoławczych. W ocenie odwołującego się zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego się powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ nie zachodzi przesłanka zawarta w tym artykule.

Odwołujący się podniósł, iż brak jest konsekwencji w postępowaniu zamawiającego, który sam przyczynił się do takiej sytuacji, gdyż bezpodstawnie przedłużył termin składania ofert (tylko o dwa dni), czym przyczynił się do możliwości zmiany zabezpieczenia wadium. Zamawiający dokonując zmiany terminu składania ofert nie dokonał zmiany innych terminów zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu (data wysłania 11 maja 2010 roku). W rubryce II.3 „Czas trwania zamówienia lub termin realizacji” przewidziano rozpoczęcie na 20 lipca 2010 roku i zakończenie na 15 grudnia 2010 roku. Tym samym zamawiający potwierdził, iż jego instrukcyjny termin związania ofertą (60 dni) nie jest wiążący i wadium wniesione przez odwołującego się gwarantuje zawarcie umowy z wykonawcą, którego oferta jest zabezpieczona wadium. Ponadto w ogłoszeniu o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający potwierdził, iż „Umowa w sprawie zamówienia może być zawarta począwszy od dnia 17 lipca 2010 roku”. Tym samym wybór oferty konsorcjum odwołującego się jest zasadny, gdyż wniesione wadium zabezpiecza ten termin.

Izba ustaliła, co następuje:

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 11.1 zamawiający zobowiązał wykonawców do wniesienia wadium w wysokości 235.000 PLN. Zgodnie z postanowieniem pkt 11.3 wadium wnoszone w formie poręczeń i gwarancji powinno być złożone w oryginale i musi obejmować cały okres związania ofertą. Termin związania ofertą, w myśl pkt 13.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wynosił 60 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczynał się wraz z upływem terminu składania ofert.

Ostateczny termin składania ofert ustalony został na dzień 21 czerwca 2010 roku godz. 10.50. Następnie, pismem z dnia 18 czerwca 2010 roku termin ten został zmieniony na dzień 23 czerwca 2010 roku godz. 10.50. Ogłoszenie o zmianie terminu składania ofert zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 czerwca 2010 roku.

Odwołujący się do wraz ze złożoną ofertą złożył dokument gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Zgodnie z treścią dokumentu gwarancja ważna jest w okresie od dnia 21 czerwca 2010 roku do 20 sierpnia 2010 roku.

Pismem z dnia 6 lipca 2010 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie w piśmie tym zawarł informację o odrzuceniu oferty odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Odwołujący się został wykluczony z

postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż nie wniósł wadium zgodnie z wymogami ustawy Pzp oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wykonawca dla potwierdzenia związania ofertą przez okres 60 dni od upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 21 sierpnia 2010 roku zobowiązany był wnieść stosowne wadium. Z załączonej do oferty gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium wynika, iż jest ona ważna jedynie do dnia 20 sierpnia 2010 roku, stąd też wniesione wadium należało uznać za niewłaściwe, a to jest jednoznaczne z brakiem wadium zabezpieczającego ofertę.

W dniu 16 lipca 2010 roku do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca: konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych S.A., ul. 24 Kwietnia 4, 47-200 Kędzierzyn-Koźle i DROG-BUD Sp. z o.o., Lubojenka, ul. Prosta 88/90, 42-209 Częstochowa.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego się, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków odwoławczych, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W myśl art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy 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 terminu związania ofertą. W ocenie Izby dyspozycja tegoż artykułu obejmuje również sytuację, kiedy wykonawca wniósł wprawdzie wadium, lecz nie objęło ono całego terminu związania ofertą.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający ustalił termin składania ofert na dzień 23 czerwca 2010 roku i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stwierdził, iż termin związania ofertą wynosi 60 dni, a bieg ten rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Zatem przyjęć należy, iż bieg terminu związania ofertą rozpoczął się w dniu 23 czerwca 2010 roku i kończy się w dniu 21 sierpnia 2010 roku.

Tym samym wnoszone przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu wadium winno być obejmować co najmniej okres od dnia 23 czerwca 2010 roku do dnia 21 sierpnia 2010 roku.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji wadium. Pod pojęciem tym jednakże rozumie się określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, od których wniesienia zamawiający uzależnia dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium jest zabezpieczeniem zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą. W związku z rolą, jaką odgrywa wadium, musi ono być ważne przez cały okres związania ofertą.

Obowiązek wnoszenia wadium na cały okres związania ofertą można wywieść z wielu przepisów ustawy Pzp. W szczególności, zgodnie z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, wadium zabezpiecza interesy zamawiającego w sytuacji, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W przypadku zaistnienia którejkolwiek ze wskazanych wyżej sytuacji zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium wraz z odsetkami. Wskazane przypadki dotyczą czynności związanych z zawarciem umowy, względnie z niemożliwością dokonania tej czynności z przyczyn, za który odpowiedzialny jest wybrany wykonawca. Do zawarcia umowy dochodzi na ogół w terminie związania ofertą, zatem w przypadku, gdyby w całym tym okresie oferta nie była zabezpieczona wadium, zamawiający nie mógłby skorzystać z wynikającego z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp uprawnienia, o ile zaszłyby jedna z okoliczności wskazanych w tym artykule.

Powyższym celom służy także wynikające z art. 36 ust. 3 ustawy Pzp uprawnienie zamawiającego do żądania ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Prezentowane przez Izbę stanowisko uzasadnia również treść art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw. Czynności polegające na wzywaniu wykonawców do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokonywane są przez zamawiającego w toku postępowania na etapie oceny ofert, czyli bez wątplenia w terminie związania ofertą. Zamawiający nie mógłby więc skorzystać z

uprawnienia do zatrzymania wadium w okolicznościach, o których mowa w art. 46 ust. 4a, gdyby okazało się, że mimo aktualnego terminu związania ofertą upłynął termin zabezpieczenia wadium wniesionego w innej formie aniżeli w pieniądzu.

Powyższe uzasadnia także treść art. 85 ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Skoro zatem ustawodawca ustanowił obowiązek wniesienia wadium na cały okres związania ofertą w sytuacji, gdy dochodzi do jego przedłużenia, twierdzenie, iż obowiązek ten nie dotyczy pierwotnego terminu związania ofertą jest nielogiczny i nieuzasadniony.

W tej sytuacji przyjąć należy, iż obowiązek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy nie tylko tych wykonawców, którzy nie wnieśli w ogóle wadium, ale również tych, którzy wnieśli wadium, ale w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp. Odmienne stanowisko stawiałoby w sytuacji uprzywilejowanej wykonawców, którzy – korzystając z takiej interpretacji – wnosiliby wadium na kilka bądź kilkanaście dni związania ofertą. Przyznanie racji odwołującemu się umożliwiłoby taką praktykę zwłaszcza wobec faktu, iż bez znaczenia byłoby wówczas, na jaki okres związania ofertą wadium nie zostało wniesione.

Niezależnie od powyższego Izba zwraca uwagę, iż wymagania dotyczące wadium zostały zawarte również w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie w pkt. 11.3, w sposób nie budzący wątpliwości, stwierdza się, iż wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji musi obejmować cały okres związania ofertą.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego się, iż wobec zmiany terminu składania ofert zamawiający obowiązany był dokonywać jakichkolwiek zmian w ogłoszeniu o zamówieniu. Termin ten również w sposób jasny wynika zarówno z ogłoszenia o zamówieniu, jak i ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wynosi 60 dni, a jego bieg rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert (pkt IV.3.7 ogłoszenia i 13.1 specyfikacji). Oczywistym jest zatem, iż w przypadku zmiany terminu składania ofert, automatycznie, bez konieczności dokonywania jakichkolwiek odrębnych czynności, zmienia się termin związania ofertą.

W tym miejscu warto również wskazać, iż odwołujący się – o ile kwestionował czynność przedłużenia terminu składania ofert – był uprawniony do jej zaskarżenia w drodze przewidzianych w ustawie Pzp środków ochrony prawnej. Fakt, iż odwołujący się o zmianie tegoż terminu dowiedział się dopiero w dniu 21 czerwca 2010 roku, czyli w dniu ustalonym jako pierwotny termin składania ofert, może obciążać jedynie odwołującego się. Ogłoszenie o zmianie terminu składania ofert było ogłoszone w sposób przewidziany ustawą Pzp, zatem brak jest podstaw by na tym etapie zarzucać zamawiającemu bezpodstawność tej czynności.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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

.....