

Sygn. akt: KIO/UZP 2276/10

## WYROK

z dnia 28 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Barbara Bettman

**Członkowie:** Katarzyna Brzeska

Anna Chudzik

**Protokolant:** Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum firm: FEROCO S.A., TORPOL Sp. z o.o., Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „INTERCOR” Sp. z o.o. reprezentowane przez pełnomocnika (lidera): FEROCO S.A. ul. Marcelińska 92/94, 60-324 Poznań od rozstrzygnięcia przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji ul. Targowa 74 03-734 Warszawa protestu z dnia 1 października 2010 r.

Przy udziale wykonawcy - konsorcjum firm: Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., Swietelsky Baugesellschaft m.b.H., reprezentowane przez pełnomocnika (lidera): Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A. ul. Jugowicka 6A, 30-443 Kraków, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie.
2. Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum firm: **Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., Swietelsky Baugesellschaft m.b.H,** reprezentowane przez pełnomocnika (lidera): **Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A. ul. Jugowicka 6A, 30-443 Kraków** oraz nakazuje dokonanie ponownej czynności oceny i wyboru oferty.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji ul. Targowa 74 03-734 Warszawa** 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 uiszczonego przez konsorcjum firm: **FEROCO S.A., TORPOL Sp. z o.o., Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „INTERCOR” Sp. z o.o.** reprezentowane przez pełnomocnika (lidera): **FEROCO S.A. ul. Marcelińska 92/94, 60-324 Poznań,**
  - 2) dokonać wpłaty przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji ul. Targowa 74 03-734 Warszawa** kwoty **8 044,00 zł.** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy na rzecz odwołującego konsorcjum firm: **FEROCO S.A., TORPOL Sp. z o.o., Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „INTERCOR” Sp. z o.o.** reprezentowane przez pełnomocnika: **FEROCO S.A. ul. Marcelińska 92/94, 60-324 Poznań,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wpisu, i zastępstwa przez pełnomocnika.
  - 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
  - 4) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz konsorcjum firm: **FEROCO S.A., TORPOL Sp. z o.o., Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „INTERCOR” Sp. z o.o.**

**reprezentowane przez pełnomocnika: FEROCO S.A. ul. Marcelińska  
92/94, 60-324 Poznań.**

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych modernizacji infrastruktury kolejowej stacji i szlaków w obszarze LCS Ciechanów, Odcinek Ciechanów - Mława od km 99,450 do km 131,100. LOT A - stacje: Konopki, Mława, LOT B - szlaki: Ciechanów - Konopki, Konopki - Mława, w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej E 65/CE 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Ciechanów” (Dz. Urz. UE 2009/S 238-340857 z 10.12.2009 r.), w dniu 1 października 2010 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez konsorcjum firm: FEROCO S.A., TORPOL Sp. z o.o., Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „INTERCOR” Sp. z o.o. reprezentowane przez pełnomocnika (lidera): FEROCO S.A. z siedzibą w Poznaniu.

Wniesienie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia pismem doręczonym 22 września 2010 r. o dokonanych czynnościach:

- 1) unieważnienia wyboru oferty odwołującego dokonanej w dniu 24 maja 2010 r,
- 2) wyborze oferty konsorcjum firm: Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., Swietelsky Baugesellschaft m.b.H., reprezentowane przez pełnomocnika (lidera): Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej zwane konsorcjum ZUE), jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – PKP Polskim Liniom Kolejowym S.A. Centrum Realizacji Inwestycji w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655; z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241), dalej ustawy Pzp, to jest:

1. art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z art. 61 § 1 kodeksu cywilnego i art. 14 tej ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum w składzie: Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., Swietelsky Baugesellschaft m.b.H., który to wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą;

2. art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum ZUE mimo, iż wykonawca ten nie wniósł prawidłowego, zgodnego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wadium w postępowaniu;
3. art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 tej ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum ZUE, które podlegało wykluczeniu z postępowania;
4. art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami tej ustawy oraz w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji;  
ewentualnie, na wypadek nie uznania powyższych zarzutów, odwołujący wskazywał na naruszenie:
5. art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo iż obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący powołał się na doznany uszczerbek interesu prawnego w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy prawo zamówień publicznych oraz wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. dokonanie zaniechanych czynności i wykluczenie konsorcjum wykonawców w składzie: Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., Swietelsky Baugesellschaft m.b.H. z postępowania;
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz dokonanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty;  
ewentualnie:
4. unieważnienie postępowania, jako obciążonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu zarzutów protestu odwołujący podnosił, iż zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez konsorcjum ZUE, który to wykonawca podlegać winien wykluczeniu z postępowania, a złożona przez niego oferta winna zostać uznana za odrzuconą. Jednocześnie odwołujący wyjaśniał, iż zamawiający w niniejszym postępowaniu wyznaczył wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia termin składania ofert na dzień 16 marca 2010 r. wymagając zgodnie z art. 85 ustawy Pzp w SIWZ, by okres związania ofertą wyniósł 90 dni. W dniu 24 maja 2010 r. (70 dni po terminie składania ofert) zamawiający pierwszy raz zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał wówczas ofertę odwołującego, zaś konsorcjum ZUE zostało wykluczone z

postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp. Jako przyczynę wykluczenia zamawiający podał złożenie przez wymienione konsorcjum niezgodnej z SIWZ gwarancji ubezpieczeniowej zabezpieczającej wadium. Od powyższego rozstrzygnięcia wykluczony wykonawca złożył w dniu 2 czerwca 2010 r. protest, co nastąpiło w 79 dni po terminie składania ofert. Na skutek wniesienia protestu uległ zawieszeniu bieg terminu związania ofertą, na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z wniesieniem protestu zamawiający na podstawie art. 181 ust. 2a ustawy Pzp wezwał wykonawców pismem z dnia 9 czerwca 2010 r. do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia oferty do czasu zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. W odpowiedzi na to wezwanie konsorcjum ZUE w dniu 10 czerwca 2010 r. przedłożyło zamawiającemu Aneks nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej nr 250001070153, przedłużającej wadium do dnia 13 sierpnia 2010 r. Dnia 10 czerwca 2010 r. zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go w całości. Konsorcjum ZUE nie złożyło w terminie ustawowym (tj. do dnia 20 czerwca 2010 r.) odwołania, zatem po tym dniu rozpoczął bieg dalszy okres związania ofertą, który w przekonaniu odwołującego, w przypadku konsorcjum ZUE zakończył się z dniem 1 lipca 2010 r. W dniu 2 lipca 2010 r. zamawiający zwrócił się do konsorcjum ZUE o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o dalsze 60 dni. Wymienione konsorcjum pismem z dnia 6 lipca 2010 r. złożonym w dniu 7 lipca 2010 r. poinformowało zamawiającego, iż na podstawie art. 85 ust. 3 ustawy Pzp odmawia wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą oraz odmawia przedłużenia okresu ważności wadium. W tym czasie, w dniu 5 lipca 2010 r. zamawiający przekazał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych dokumentację przetargu wraz z prośbą o przeprowadzenie kontroli uprzedniej postępowania, zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący wskazywał, że na podstawie art. 170 ust. 4 ustawy Pzp bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu do dnia zakończenia kontroli. W trakcie kontroli, pismem z dnia 30 lipca 2010 r. konsorcjum ZUE zwróciło się do zamawiającego o informację na jaki okres po dniu 13 sierpnia 2010 r. powinno przedłożyć oświadczenie dotyczące przedłużenia terminu związania ofertą oraz wadium. Pismem z dnia 9 sierpnia 2010 r. konsorcjum ZUE złożyło oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą do dnia 12 października 2010 r., załączając Aneks nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej zabezpieczającej wadium.

Po zakończeniu kontroli zamawiający wykonał zalecenia kontrolującego i powiadomił w dniu 22 września 2010 r. wykonawców, o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej - oferty konsorcjum ZUE.

Przytoczony powyżej stan faktyczny, doprowadził odwołującego do wniosku, że konsorcjum ZUE nie pozostawało związane ofertą w dniu dokonania przez zamawiającego ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Dnia 6 lipca 2010 r. (data dojścia oświadczenia do wiadomości zamawiającego 7 lipca 2010 r.) konsorcjum ZUE złożyło bowiem

oświadczenie o odmowie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz terminu ważności wadium. Jako że okres związania ofertą zakończył się już wcześniej, tj. z dniem 1 lipca 2010r. a konsorcjum ZUE go nie przedłużyło, wprost odmawiając swej zgody, zdaniem odwołującego, konsorcjum ZUE po tym dniu już nie pozostawało związane ofertą.

Odwołujący zaznaczał, iż brak podstaw do uznania by oświadczenia składane w pismach konsorcjum ZUE z dnia 30 lipca 2010 r. czy 9 sierpnia 2010 r. stanowiły odwołanie złożonego wcześniej oświadczenia woli. Zgodnie bowiem z przepisem art. 61 § 1 K.c. oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia woli jest skuteczne tylko wtedy, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. Jako że w niniejszym postępowaniu zamawiający zdecydował się kontaktować z wykonawcami w formie pisemnej, elektronicznej - poprzez email bądź faksem, niewątpliwie odwołanie oświadczenia woli złożonego zamawiającemu w dniu 7 lipca 2010 r. powinno dojść do niego w jednej z wymienionych form w tym dniu. Tymczasem z dokumentacji postępowania nie wynika w żaden sposób, by takie oświadczenie zostało zamawiającemu złożone. Powyższe, zdaniem odwołującego, oznacza że konsorcjum ZUE nie było związane ofertą w terminie, w którym zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Dalej odwołujący wywodził, iż oferta konsorcjum ZUE winna zostać odrzucona, albowiem jest to oferta podmiotu wykluczonego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący powoływał się na utrwaloną linię orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, iż przedłużenie ważności wadium nie może być w żaden sposób uznawane za jednoznaczne z przedłużeniem terminu związania ofertą. Przywołał orzeczenie KIO z dnia 29 czerwca 2010 r. (KIO/UZP 1205/10, LEX nr 590057), zgodnie z którym: „Czynność wniesienia wadium, obok swojej zasadniczej funkcji, nie może być uznana jako równoczesna czynność zastępująca wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.” Stanowisko takie wynika również z wyroku Izby z dnia 1 sierpnia 2008 r. (KIO/UZP 744/08, LEX nr 442977) stwierdzającego, iż „Okoliczność dalszego przedłużenia ważności wadium nie ma prawnego znaczenia i wpływu na bieg terminu związania ofertą.” W przekonaniu odwołującego, wcześniejsze dokonanie przedłużenia wadium przez wybrane konsorcjum, w związku z wezwaniem zamawiającego z dnia 9 czerwca 2010 r. nie może być zatem uznane za równoznaczne z przedłużeniem terminu związania ofertą przez wymienionego wykonawcę.

Szczególnie odwołujący podkreślał, że wybrane konsorcjum oświadczyło, w piśmie złożonym w dniu 7 lipca 2010 r, że nie wyraża zgody ani na przedłużenie terminu związania ofertą ani na przedłużenie ważności wadium w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2010 r. (KIO/UZP 1021/10, LEX nr 585119), gdzie Izba stwierdziła: „To wykonawca wyrażając zgodą na przedłużenie terminu związania

ofertą bądź samodzielnie przedłużając niniejszy termin podejmuje decyzje o dalszym swoim udziale w postępowaniu i jako podmiot profesjonalny zobowiązany jest do działania z należytą starannością przez podejmowanie działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego." Odwołujący argumentował, iż skoro konsorcjum ZUE wprost stwierdziło, że nie wyraża zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, to istnieją podstawy do uznania, że zrezygnowało z dalszego udziału w postępowaniu i z możliwości zawarcia w przyszłości z zamawiającym umowy na realizację zamówienia publicznego. Przywołał dalsze orzeczenie KIO (wyrok z dnia 29 czerwca 2010 r. (KIO/UZP 1181/10, LEX nr 590032), gdzie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż „Umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta także po upływie terminu związania ofertą jednak sam wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu powinien nastąpić w tym terminie”. Podobny pogląd został wyrażony w uchwale z dnia 5 maja 2010 r. (KIO/KD 46/10, LEX nr 585646): „Umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta po upływie terminu związania ofertą, jednak sam wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu powinien nastąpić w tym terminie.” Odwołujący dalej w proteście, podnosił że:

- 1) oświadczenie każdego wykonawcy o związaniu treścią swojej oferty powinno być ważne w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co najmniej do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) z chwilą upływu okresu związania ofertą należy uznać, że wykonawca nie jest zainteresowany realizacją niegdyś złożonej oferty, w przeciwnym wypadku z własnej inicjatywy w oparciu o przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp przedłużyłby okres związania ofertą. Oferta taka winna być odrzucona jako sprzeczna z art. 89 ust. 1 pkt 1 tej ustawy;
3. Pzp ustala trzy formy porozumiewania się stron postępowania. Nie przewiduje innej formy, np. ustnej lub tzw. "dorozumianego oświadczenia woli,"
4. w związku z faktem braku zwrotu wykonawcy gwarancji wadialnej, do której zamawiający był zobowiązany z mocy prawa, nie można wywodzić twierdzeń, iż z tego naruszenia prawa, wypływa pozytywny dla wykonawcy wniosek - bycia związanym ofertą.  
Dla uzyskania efektu bycia związanym ofertą, niezbędne jest wykonanie dwóch oddzielnych czynności - złożenia przez wykonawcę oświadczenia o terminie przedłużenia związania ofertą i zabezpieczenia jej wadium,
5. wybór najkorzystniejszej oferty jest możliwy tylko spośród ważnych ofert, czyli takich którymi wykonawcy pozostają związani,
6. dla ważności oferty nie wystarcza tylko fakt posiadania tak zatytułowanego dokumentu, ale konieczne jest również uzewnętrznienie woli kontrahenta wyrażające się zamiarem zawarcia umowy - zgodnie z art. 66 K.c. - jest to oświadczenie woli zawarcia umowy, oświadczenie o związaniu się ofertą przez wykonawcę.

Odwołujący wskazywał na okoliczność, że to nie do zamawiającego należy dbanie o to, by wykonawca był związany ofertą (wyrok z dnia 22 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1286/09, LEX nr 526383). Z powyższego wywodził, iż:

1. na podstawie samego literalnego brzmienia art. 85 ust. 2 ustawy Pzp nie można zamawiającemu przypisać obowiązku zwrócenia się do wykonawcy z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą,
2. jedynym dysponentem przedłużania terminu związania ofertą poza okres wynikający z samej ustawy (art. 85 ust. 1 Pzp), jest wykonawca.

Zdaniem odwołującego, mimo samodzielnego podjęcia przez konsorcjum ZUE czynności w późniejszym terminie i finalnego złożenia w dniu 9 sierpnia 2010 r. oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą, było ono nieskuteczne, gdyż oferta wówczas już nie wiązała. W postępowaniu nie zachowano ciągłości związania ofertą przez konsorcjum ZUE. Oceniając czynności tego konsorcjum, odwołujący doszedł do przekonania, że składając oświadczenie w dniu 9 sierpnia 2010 r, wybrany obecnie wykonawca doprowadził poniekąd do złożenia zamawiającemu nowej oferty, poprzednia bowiem przestała wiązać. Taka sytuacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dopuszczalna, gdyż samo posiadanie przez zamawiającego „papierowej” oferty konsorcjum ZUE, nawet zabezpieczonej wadium, nie mogło zdaniem odwołującego, zostać uznane za skuteczne bez jednoczesnego oświadczenia konsorcjum ZUE, że w dalszym ciągu uznaje się za związane ofertą. Tymczasem konsorcjum ZUE wprost oświadczyło, że na przedłużenie terminu związania ofertą nie wyraża swej zgody.

W odniesieniu do zarzutu wadliwości wadium złożonego przez konsorcjum ZUE w postępowaniu, odwołujący podnosił, iż gwarancja ubezpieczeniowa przedłożona przez wymienionego wykonawcę nie odpowiadała wymaganiom zamawiającego, określonym w SIWZ, co obligowało zamawiającego do uznania, że złożona oferta nie została zabezpieczona wadium i wykluczenia konsorcjum ZUE z postępowania. Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wadium. W punkcie 11 Instrukcji dla wykonawców – SIWZ zapisał, że wadium musi spełniać warunki określone w ustawie Pzp, w szczególności zaś musi zostać złożone w formach określonych w art. 45 ust. 6 tej ustawy. Zamawiający wskazał w punkcie 11.6 IDW SIWZ, że w przypadku gdyby wykonawca zdecydował się na wniesienie wadium w formie gwarancji, „gwarancja ma być, co najmniej gwarancją bezwarunkową nieodwołalną niepodlegającą przeniesieniu na rzecz osób trzecich i płatną na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego,” natomiast konsorcjum ZUE w treści złożonej przez siebie gwarancji ubezpieczeniowej, mającej zabezpieczać wadium, nie zawarło stwierdzenia, że „gwarancja nie podlega przeniesieniu na rzecz osób trzecich.” Tym samym, zdaniem odwołującego, gwarancja nie jest zgodna z SIWZ.



Odwołujący nie zaprzeczył, iż kwestia ważności gwarancji złożonej przez konsorcjum ZUE wraz z ofertą, oceniona została przez dokonującego kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a także była przedmiotem uchwały Krajowej Izby Odwoławczej. Mimo że oba te podmioty stały na stanowisku, iż gwarancja złożona przez konsorcjum ZUE zawierała wszystkie konieczne elementy, skutecznie zabezpieczające złożoną ofertę, odwołujący nie zgodził się z ich stanowiskiem i zanegował przyjętą argumentację. Podnosił, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 13 marca 2009 r. (sygn. KIO/UZP 224/09 oraz KIO/UZP 252/09), ubezpieczeniowa gwarancja, która może być przedmiotem przelewu, wbrew wymaganiu jej nieprzenoszalności przez zamawiającego, została wystawiona niezgodnie z wymogami określonymi w SIWZ. Idąc tym tokiem, odwołujący wywodził, iż jest to równoznaczne z brakiem wniesienia wadium w formie i treści odpowiadającej wymaganiom określonym w SIWZ, co obligowało zamawiającego, w niniejszym stanie faktycznym do wykluczenia konsorcjum ZUE z postępowania.

Podkreślał, że zamawiający ma obowiązek respektowania postanowień art. 45 i 46 ustawy Pzp, które stanowią minimum wymagań ustawodawcy w stosunku do wadium żadanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż postanowień tych przepisów nie wolno zamawiającemu zmieniać lub pomijać. W ocenie odwołującego, zamawiający ma jednak możliwość doprecyzowania wymagań dotyczących wadium w treści SIWZ, z zastrzeżeniem, że respektować musi podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, w szczególności zasadę równości wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 36 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp, zamawiający ma przedstawić w SIWZ wymagania dotyczące wadium. Założył zatem, że przepis ten nakłada na zamawiającego obowiązek nie tylko wskazania kwoty, jakiej wymaga, ale również dokładnego opisanie sposobu, w jaki wadium ma zostać wniesione, z uwzględnieniem dopuszczenia wadium w różnych formach. Gdyby ustawodawca nie pozostawił zamawiającym możliwości określania dodatkowych wymagań to nadałby przepisowi art. 36 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp odmienne brzmienie. Odwołujący przytoczył tezy wyroku KIO z dnia 15 lipca 2008 r. (KIO/UZP 1082/09, KIO/UZP 1095/09, KIO/UZP 1112/09), zgodnie z którym: „Ustawodawca nałożył na zamawiających obowiązek zawarcia w specyfikacji wymagań dotyczących wadium (art. 36 ust. 1 pkt 8 p.z.p.). Gdyby obowiązek ten miał sprowadzać się do wskazania przez zamawiającego danych odnośnie terminu, miejsca czy też numeru rachunku, na który należy wnieść wadium, to konstrukcja pkt 8 art. 36 ust. 1 byłaby inna, wskazywałaby konkretne dane, podobnie jak jest to w przypadku pkt 1, 4, 9 czy 11 art. 36 ust. 1 ustawy Pzp.” Odwołujący zaznaczał, iż wymagania SIWZ, o których mowa w art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp winny precyzować kwestie, które zawarto już w przepisach ustawy (w art. 45 i 46) lub regulować te kwestie, które nie zostały w niej ujęte. Wymagania dotyczące wadium, artykułowane przez zamawiających, nie mogą naruszać zasad prowadzenia postępowania,

w tym przede wszystkim zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, czy też ograniczać formy czy sposobu wnoszenia wadium poprzez takie konstruowanie wymagań dodatkowych, które możliwość wniesienia wadium, w którejkolwiek z ustawowo dopuszczonych form, czyniłoby iluzoryczną. Zasady wnoszenia wadium na etapie przed terminem składania ofert uznawał za tożsame z zasadami wnoszenia wadium w związku z przedłużaniem terminu związania ofertą, w szczególności co do formy tej gwarancji, ponieważ zarówno w pierwszym, jak i w drugim przypadku chodzi o to samo – mianowicie o zabezpieczenie oferty wadium. Nadmieniał, iż precyzując sposób wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, zamawiający musi mieć na uwadze zabezpieczenie swoich słuszych interesów, przez materialne zagwarantowanie podpisania umowy ze strony wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Uwypuklił, iż obowiązkiem zamawiającego, wydatkującego środki publiczne, jest jak najbardziej precyzyjne określenie sposobu wniesienia wadium. Zabezpieczać to ma przed, okolicznościami, które mogłyby udaremnić ewentualne zaspokojenie roszczeń zamawiającego w przypadku próby uchylania się wybranego wykonawcy przed podpisaniem umowy o zamówienie publiczne. Zaznaczał, iż tę kwestię poruszyła również KIO w powyżej przytoczonym wyroku z dnia 13 marca 2009 r. Jeśli któryś z wykonawców uznawałby, że wymagania stawiane przez zamawiającego w SIWZ w stosunku do gwarancji zabezpieczających wadium, są niemożliwe do spełnienia bądź naruszają w jakikolwiek sposób uczciwą konkurencję, czy inne przepisy ustawy Pzp, winien oprotestować treść SIWZ w terminie przewidzianym na dokonanie tej czynności. Konsorcjum ZUE nie wystąpiło z takim protestem. Tymczasem zamawiający określając sposób wnoszenia wadium w żaden sposób nie ograniczył wykonawców w wyborze jednej z form przewidzianej przepisem art. 45 ust. 6 ustawy Pzp. Postanowienia SIWZ w tym zakresie obowiązywały wszystkich wykonawców. Odwołujący tłumaczył, iż postanowień SIWZ nie można uznać za bezsankcyjne tylko dlatego, że są wymaganiami zamawiającego określonymi treścią SIWZ, zaś nie wynikają bezpośrednio z treści przepisów ustawy Pzp. Ustawodawca pozostawił bowiem zamawiającemu możliwość precyzowania wymagań dotyczących wadium, co zamawiający w niniejszym postępowaniu uczynił. Podważał zatem odmienne stanowisko prezentowane w treści uchwały KIO z dnia 3 września 2010 r. sygn. akt KIO/KU 63/10, uznając, że zamawiający miał prawo zażądać, by składana gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa zabezpieczała jego słusze interesy i zawierała postanowienia określonej treści. Takie żądanie nie oznaczało modyfikacji przepisów ustawy Pzp, ale ich doprecyzowanie w granicach dopuszczalnych przepisami. Jednocześnie wskazanie tych wymogów w treści SIWZ stanowiło dla wykonawców zamierzających wziąć udział w postępowaniu warunek niezbędny do uznania przez zamawiającego, że złożona przez nich oferta jest zgodna ze SIWZ. Zamawiający nie może zostać pozbawiony

możliwości egzekwowania zgodności oferty z treścią SIWZ. Stosownie zaś do postanowień art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp sankcją za złożenie oferty nie odpowiadającej treści SIWZ jest jej odrzucenie.

W podsumowaniu odwołujący podtrzymał zarzut, iż wadium złożone przez konsorcjum ZUE jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego wskazanymi w SIWZ. Zamawiający winien zatem uznać, że oferta nie jest zabezpieczona wadium, a wykonawca który ją złożył podlega wykluczeniu z postępowania.

Wskazywał, że jeśli sformułowane przez zamawiającego postanowienia SIWZ uniemożliwiały wykonawcom złożenie prawidłowego wadium, to zamawiający winien rozważyć konieczność unieważnienia postępowania, w oparciu o postanowienie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp. Prowadzone postępowanie obarczone jest bowiem wadą, która uniemożliwia prawidłowy wybór oferty, a tym samym zawarcie ważnej umowy.

W następstwie swego stanowiska, odwołujący podtrzymał zgłoszone zarzuty oraz żądania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 4 października 2010 r, przekazane wykonawcom 5 października 2010 r. do postępowania wywołanego protestem przystąpił w dniu 8 października 2010 r. wybrany wykonawca konsorcjum: Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., Swietelsky Baugesellschaft m.b.H., który wniósł o oddalenie protestu (kopia przystąpienia została przekazana stronom). Przyznał okoliczności faktyczne opisane w proteście, przypisując im jednakże inne skutki. W uzasadnieniu podał, że w dacie wyboru jego oferty, była ona zabezpieczona wadium, co wskazuje na wolę uczestniczenia w przetargu i stan związania wykonawcy złożoną ofertą. Przystępujący wywodził, iż z jego oświadczenia z dnia 10 czerwca 2010 r. wynika, zgodnie z interpretacją oświadczenia woli określoną art. 65 K. c., iż stanowiło ono jednocześnie o przedłużeniu okresu związania ofertą na taki sam okres do 13 sierpnia 2010 r. na jaki oferta została zabezpieczona wadium. Wskazywał, że gdy zbliżała się data 13 sierpnia 2010 r. wystąpił o informację odnośnie terminu przedłużenia wadium oraz związania ofertą. Natomiast dnia 9 sierpnia 2010 r, na trzy dni przed upływem terminu związania ofertą, wystosował do zamawiającego oświadczenie, w którym przedłużył okres związania ofertą oraz wadium do 12 października 2010 r. Pismo zamawiającego z dnia 2 lipca 2010 r. w sprawie zadeklarowania przedłużenia okresu związania ofertą potraktował jako przedwczesne i z tych przyczyn złożył oświadczenie, iż nie przedłuży wadium oraz okresu związania ofertą. Zwrócił również uwagę, iż upływ terminu związania ofertą nie stanowi przeszkody do zawarcia umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego. Dalej przystępujący wywodził, iż zalecenia pokontrolne Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych były dla zamawiającego wiążące, a okoliczności braku związania ofertą konkurencyjnego

wykonawcy, podnoszone przez odwołującego, nie zostały potwierdzone w wyniku kontroli. Przystępujący przyznał, iż w piśmie z dnia 10 czerwca 2010 r. złożył jedynie oświadczenie o przedłużeniu wadium, wraz ze stosownym dokumentem to potwierdzającym, Aneksem nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej, jednakże domagał się, aby wymienione oświadczenie w oparciu o art. 65 K. c. tłumaczyć tak jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Jednym słowem, oświadczenie o przedłużeniu okresu wadium, przystępujący utożsamiał z oświadczeniem o przedłużeniu okresu związania ofertą. Wskazywał, iż odwołujący w swoim piśmie z dnia 11 czerwca 2010 r. użył określenia, iż „przedłuża okres ważności wadium, a tym samym okres związania ofertą,” co w przekonaniu przystępującego, świadczy o identyczności złożonych oświadczeń. Złożenie protestu, przystępujący ocenił jako nadużycie prawa podmiotowego odwołującego. Przystępujący przytoczył orzecznictwo Izby, potwierdzające, iż zawarcie umowy o realizację zamówienia publicznego po upływie okresu związania ofertą jest prawnie dopuszczalne. Wskazywał dalej na okoliczność, iż zalecenie usunięcia naruszeń stwierdzonych w wyniku kontroli jest wydawane, gdy są one możliwe do usunięcia na tym etapie postępowania. Uznał kwestię dotyczącą oceny gwarancji wadialnej za zamkniętą, w związku z wydaną uchwałą Izby z dnia 3 września 2010 r.

Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Pzp poczytuje się za jego oddalenie.

W odwołaniu wniesionym w dniu 19 października 2010 r, z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zostały podtrzymane zarzuty protestu oraz wnioski o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty;
  2. dokonania zaniechanych czynności, tj. wykluczenia konsorcjum wykonawców w składzie Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., Swietelsky Baugesellschaft m.b.H. z postępowania oraz uznania oferty wykonawcy za odrzuconą;
  3. dokonania powtórnego badania i oceny ofert złożonych oraz dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty;
- ewentualnie o nakazanie zamawiającemu:
4. unieważnienie postępowania, jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.
  5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

W uzasadnieniu, wobec braku stanowiska zamawiającego, odwołujący w całości ponowił argumentację protestu. Nie zgodził się z twierdzeniami konsorcjum ZUE zaprezentowanymi w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem, iż złożone przez wybranego wykonawcę oświadczenie w przedmiocie zabezpieczenia oferty wadium było równoznaczne z przedłużeniem okresu związania ofertą. Na poparcie swego stanowiska odwołujący przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, między innymi w sprawach: KIO/UZP 1021/10 LEX nr 585119, KIO/UZP 1286/09, LEX nr 526383.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, pismem z dnia 26 października 2010 r, którego kopia została przekazana stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, przystąpiło konsorcjum: Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., Swietelsky Baugesellschaft m.b.H., które podtrzymało swoje stanowisko przedstawione w przystąpieniu do postępowania zainicjowanego protestem. Przystępujący zrelacjonował stan faktyczny w postępowaniu, podkreślając, iż wezwanie zamawiającego z dnia 2 lipca 2010 r. do przedłużenia okresu związania ofertą uznał za przedwczesne, ponieważ uprzednio złożył Aneks nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej przedłużającej wadium do dnia 13 sierpnia 2010 r. i uważał to za jednoznaczne z przedłużeniem okresu związania ofertą na ten sam okres.

Przystępujący przyznał, iż na dzień tego wezwania konsorcjum ZUE zostało prawomocnie wykluczone z postępowania, gdyż do upływu ustawowego terminu do dnia 21 czerwca 2010 r. nie wniosło odwołania od niekorzystnego dla niego rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego. Zmianę tego stanu rzeczy, przystępujący upatrywał oczekując jedynie na wyniki obligatoryjnej kontroli uprzedniej przeprowadzanej w takich zamówieniach przez Prezesa UZP.

Przystępujący zakwestionował interes odwołującego w skarżeniu czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z zaleceniami kontroli. Przypomniał, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Mając zaś na uwadze art. 6 K.c. ciężar udowodnienia tych przesłanek spoczywał na odwołującym. Wskazywał, że z samego faktu wydania zaleceń pokontrolnych, wynika usankcjonowanie prawne czynności wyboru oferty przystępującego. Albowiem kontrola została zakończona wysłaniem jej wyniku dnia 28 lipca 2010 r., a więc po zajściu okoliczności, które przytacza odwołujący jako podstawę żądania wykluczenia. Biorąc pod uwagę również treść uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2010 r. nie uwzględniającej zastrzeżeń do wyniku kontroli, w opinii przystępującego, odwołujący skarży rozstrzygnięcie prawomocne i ostateczne, dokonane na podstawie ustawy Pzp i zgodne z jej

postanowieniami, co nie może być traktowane jako naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy w rozumieniu dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Skutkuje to, zdaniem przystępującego, zaistnieniem podstawy do odrzucenia odwołania określonej art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Ewentualnie podstawą do oddalenia odwołania z tej samej przyczyny. Przystępujący przedstawiając swój punkt widzenia, podtrzymał stwierdzenie, iż jego zdaniem, odwołujący skarży czynności wykonane zgodnie z przepisami ustawy, co pozbawia go interesu koniecznego do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Niemniej przystępujący podjął polemikę z zarzutami odwołania, kwestionując stanowisko, iż nie pozostawał związany własną ofertą. Jako na podstawowy dowód w tym zakresie, wskazał na oświadczenie z dnia 10 czerwca 2010 r. o przedłużeniu ważności wadium, Aneksem nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej, czym w sposób dorozumiany przedłużył termin związania ofertą przynajmniej do dnia 13 sierpnia 2010 r. Przystępujący opowiedział się za dopuszczalnością konkludentnego złożenia oświadczenia woli w zakresie przedłużenia terminu związania ofertą. Przytoczył poglądy doktryny w odniesieniu do przepisów art. 56-81 K.c. dopuszczające wyrażenie woli przez każde zachowanie, które ujawnia wolę osoby w sposób dostateczny. Przystępujący przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, oparte na tym poglądzie. Szczególnie za reprezentatywną uznał tezę uchwały sygn. akt KIO/KD 46/10, w której stwierdzono, że: „gdy wykonawca w okresie związania ofertą wnosi nowe wadium, a z jakiejś nieznanej przyczyny nie składa oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą, w uzasadnionym stanie sprawy przypadkach uznaje się w sposób dorozumiany, że wpłacający wadium zamierza nadal pozostawać związany ofertą, bo inaczej nie wnosiłby wadium.” Przystępujący przez szersze przytoczenie powoływanego przez odwołującego orzecznictwa KIO w omawianej kwestii, zarzucał, iż cytowane przez odwołującego tezy zostały wyrwane z kontekstu „w sposób wybiórczy i stronniczy.”

Przystępujący wywodził, iż gdy przepisy ustawy Pzp nie odnoszą się w sposób odmienny, niż zostało to wskazane w Kodeksie cywilnym, to przepis art. 65 K.c. znajduje pełne zastosowanie na gruncie ustawy Pzp poprzez art. 14 tej ustawy. Więc oświadczenie woli złożone przez wykonawców, należy tak tłumaczyć jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje. Przystępujący szczególnie podkreślił, iż inni wykonawcy, w tym odwołujący posługiwali się zwrotem, „iż przedłużają wadium na oznaczony czas, a tym samym okres związania ofertą,” co zdaniem przystępującego, potwierdza jego stanowisko o nierozłączności tych oświadczeń, z którego wynika, iż samo przedłużenie zabezpieczenia oferty wadium oznacza jednocześnie wyrażenie zgody na przedłużenie okresu związania

ofertą, inaczej nie można byłoby doszukać się sensu i celu w podejmowaniu takich częściowych działań, tj. samego przedłużania wadium.

W końcu przystępujący zarzucił, iż złożenie odwołania stanowi przejaw nadużycia prawa podmiotowego przez odwołującego, które nie powinno korzystać z ochrony, gdyż jak wynika z jego pism, działał w podobny sposób. W późniejszym czasie używał natomiast konstrukcji słownej, iż „ przedłuża okres ważności wadium, jak również okres związania ofertą.”

Zdaniem przystępującego, gdy zamawiający wezwał wykonawców do przedłużenia ważności wadium w dniu 9 czerwca 2010 r, wnosił tym samym o przedłużenie terminu związania ofertą, do czego wykonawcy się dostosowali. Zamawiający zdawał sobie sprawę, iż wezwaniem z 9 czerwca 2010 r. wyczerpał dyspozycję art. 85 ust. 2 ustawy Pzp (jednokrotnego wezwania) i w kolejnych pismach prosił o przedłużenie terminu związania ofertą. Wskazał, że wezwanie z 2 lipca 2010 r. było niezgodne z wymogiem jego 3 dniowej uprzedniości, przy tym dokonanym po upływie terminu związania ofertą. Natomiast wezwanie z dnia 9 czerwca 2010 r. spełnia przedmiotowy wymóg. Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko, iż nie podporządkował się wezwaniu w dniu 2 lipca 2010 r. o przedłużenie okresu związania ofertą, gdyż pozostawał nią związany na podstawie swego pisma z dnia 10 czerwca 2010 r. Gdyby podzielić racje odwołującego, przedłużanie terminu związania ofertą, w przypadku przystępującego byłoby bezprzedmiotowe, wobec wcześniejszego jego wygaśnięcia w dniu 1 lipca 2010 r.

Przystępujący sformułował zarzuty wobec oferty odwołującego, stwierdzając, iż także ten wykonawca nie przedłużył skutecznie okresu związania swoją ofertą, a więc także podlegałby wykluczeniu z postępowania na tej samej podstawie co przystępujący, co w jego opinii, przesądzało o braku interesu po stronie odwołującego do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Z ostrożności procesowej przystępujący wywodził, iż można przyjąć, iż oświadczenie złożone dnia 7 czerwca 2010 r. o odmowie przedłużenia wadium i odmowie przedłużenia okresu związania ofertą złożył pod wpływem błędu, co do poprawności czynności wykluczenia z postępowania, a jego pismo do zamawiającego z dnia 30 lipca 2010 r. o wyjaśnienie okresu związania ofertą, winno zostać potraktowane jako uchylenie się od skutków prawnych tego oświadczenia.

W dalszej kolejności zwracał uwagę na szczególne okoliczności tej sprawy, będącej wynikiem nieprawidłowego wykluczenia, gdzie dopiero działanie Prezesa UZP spowodowało, mimo że jego oferta została ostatecznie odrzucona, to wynikiem kontroli została przywrócona do postępowania, co zdaniem przystępującego, skutkowało odmienną sytuacją niż w dotychczas rozpatrywanych przypadkach przez Izbę.

W podsumowaniu, przystępujący podtrzymał swoje twierdzenia oraz wskazał na niekwestionowaną dopuszczalność zawarcia umowy po upływie okresu związania ofertą. Podtrzymał również stanowisko zaprezentowane w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem w odniesieniu do prawidłowości zabezpieczenia oferty wadium. W konsekwencji wnosił o odrzucenie odwołania względnie jego oddalenie.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 10 grudnia 2009 r, zatem nie znajdują zastosowania przepisy ustawy Pzp z nowelizacją tej ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 332, poz. 1778), lecz w brzmieniu ustawy Pzp przed nowelizacją, co wynika odpowiednio z art. 4 ust. 1 przywołanej ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r.

W odniesieniu do wniosku o odrzucenie odwołania, zdaniem Izby, brak było podstaw do uznania, iż odwołanie zostało wniesione przez osobę nieuprawnioną w rozumieniu art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp. Zaś okoliczność, iż czynność zamawiającego była wynikiem zalecenia pokontrolnego, nie została wymieniona wprost w zamkniętym katalogu przesłanek odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Zastrzeżenia związane z treścią ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej, złożonej przez przystępującego, ujawniły się wprawdzie po pierwszym wyborze oferty odwołującego w dniu 24 maja 2010 r. Odwołujący przystąpił do postępowania wywołanego protestem konsorcjum ZUE, na wykluczenie z postępowania. Jednakże wobec oddalenia tego protestu i braku odwołania zainteresowanego wykonawcy, tj. konsorcjum ZUE, odwołujący nie posiadał interesu prawnego aby wówczas korzystać z dalszych środków ochrony prawnej. Ponadto zarzuty odwołującego sprowadzają się również do nowej okoliczności, iż przystępujący nie pozostawał związany ofertą w momencie jej wyboru. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie zachodziły podstawy do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum: Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., Swietelsky Baugesellschaft m.b.H do udziału w sprawie w charakterze przystępującego do postępowania odwoławczego, z oznaczeniem tego przystąpienia po stronie zamawiającego. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego kwestionującego interes prawny przystępującego i uznała, iż przystępujący wykazał swój interes prawny w korzystaniu z wymienionego środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 184 ust. 4 ustawy Pzp. Wskazał również stronę, do której przystępuje. Interes prawny przystępującego sprowadzał się do obrony własnej oferty, która zaskarżoną czynnością zamawiającego została uznana za najkorzystniejszą.



Izba nie znalazła innych podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania, bądź nie dopuszczeniem przystępującego do udziału w sprawie, zatem przesłanki formalne związane z wniesieniem środków ochrony prawnej uznała za spełnione.

Rozpatrując sprawę merytorycznie, Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania z załącznikami, protokołu kontroli postępowania, dokumentu wyniku kontroli przedmiotowego postępowania przeprowadzonej przez Prezesa UZP, uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2010 r., akt sprawy sygn. KIO/KU 63/10, oferty konsorcjum: Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., Swietelsky Baugesellschaft m.b.H, pism stron i przystępującego złożonych w postępowaniu.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak nakazuje art. 191 ust. 3 Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Specyfikacja Istotnych warunków zamówienia Tom I SIWZ – Instrukcja dla wykonawców zawiera następujące postanowienia.

Punkt 11.6 W przypadku wnoszenia przez wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja ma być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwoalną, niepodlegającą przeniesieniu na rzecz osób trzecich i płatną na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego.

Punkt 16.1 przewidywał okres związania ofertą przez 90 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się z upływem terminu składania ofert.

Punkt 16.2 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.

Punkt 16.3 Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu, o którym mowa w pkt 16.1 o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Ostateczny termin składania ofert został wyznaczony na dzień 16 marca 2009 r.

Jedynym kryterium oceny, w oparciu o postanowienia punktu 20.9 SIWZ została ustanowiona cena oferty.

Z załącznika do protokołu ZP-12 wynika, iż oferty złożyło 8 wykonawców. Oferta przystępującego – konsorcjum: Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., Swietelsky Baugesellschaft m.b.H podawała najniższą cenę 455 815 492,44 zł. brutto, natomiast oferta odwołującego była drugą w kolejności, z ceną 484 687 875,72 zł. brutto.

Pismem z dnia 24 maja 2010 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego oraz o odrzuceniu oferty przystępującego w następstwie wykluczenia z postępowania, gdyż w przedłożonej gwarancji ubezpieczeniowej zabrakło stwierdzenia - "niepodlegająca przeniesieniu na rzecz osób trzecich," a dokument ten nie podlegał uzupełnieniu.

Protest wniesiony w dniu 2 czerwca 2010 r. przez konsorcjum ZUE został oddalony pismem zamawiającego z dnia 10 czerwca 2010 r. Konsorcjum ZUE nie wniosło odwołania na treść tego rozstrzygnięcia.

Pismem złożonym dnia 5 lipca 2010 r. zamawiający na podstawie art. 170 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 169 ust. 2 tej ustawy przekazał kopię dokumentacji postępowania celem przeprowadzenia obowiązkowej kontroli uprzedniej. Odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/KU 63/10 w sprawie rozpatrzenia zastrzeżeń do wyniku kontroli został przekazany dnia 8 września 2010 r. zamawiającemu. W informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 28 lipca 2010 r. zamawiający otrzymał zalecenie usunięcia naruszenia przez powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez konsorcjum: Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., Swietelsky Baugesellschaft m.b.H. oraz wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z przyjętym kryterium oceny.

W ofercie wybranego konsorcjum został zadeklarowany okres związania ofertą 90 dni - przez akceptację postanowień SIWZ. Wykonawca ten złożył gwarancję ubezpieczeniową wystawioną przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. zabezpieczającą ofertę wymaganą kwotą na okres ustawowego terminu 90 dni związania ofertą. Bezsporną okoliczność stanowi, iż wymieniona gwarancja nie zawiera stwierdzenia, iż "nie podlega przeniesieniu na rzecz osób trzecich."

Na wezwanie zamawiającego z dnia 9 czerwca 2010 r. o przedłużenie ważności wadium dla zabezpieczenia postępowania do czasu zawarcia umowy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu wniesionego przez przystępującego, wystosowanym w trybie art. 181 ust. 2a ustawy Pzp, przystępujący przy piśmie z dnia 10 czerwca 2010 r. przekazał Aneks nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej przedłużającej wadium do 13 sierpnia 2010 r. włącznie.

W dniu 2 lipca 2010 r. zamawiający zwrócił się na podstawie art. 85 ust. 4 ustawy Pzp do wszystkich wykonawców, w tym do przystępującego, o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na wykonanie niniejszego zamówienia o dalsze 60 dni. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż na podstawie art. 85 ust. 4 ustawy Pzp 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.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie konsorcjum ZUE pismem datowanym 6 lipca 2010 r. przekazanym 7 lipca 2010 r. złożyło oświadczenie następującej treści – „Działając w imieniu konsorcjum, w skład którego oprócz ZUE S.A. wchodzi: Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., Swietelsky Baugesellschaft m.b.H na podstawie art. 85 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odmawiam zgody na:

- przedłużenie okresu związania oferty,
- przedłużenie okresu ważności wadium.

Pismo zostało podpisane przez Prezesa Zarządu lidera konsorcjum Zakładów Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE z siedzibą w Krakowie, zgodnie z pełnomocnictwem udzielonym liderowi oraz sposobem reprezentacji ujawnionym w KRS przystępującego o numerze 135388.

Następnie przystępujący w piśmie z dnia 29.07.2010 r. zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie mu dokumentów wyników kontroli uprzedniej wraz z zaleceniami pokontrolnymi.

W dniu 30.07.2010 r. wystosował do zamawiającego pismo o następującej treści:” w związku z faktem iż przeprowadzana kontrola uprzednia postępowania o udzielenie ww. zamówienia, wyklucza zakończenie tego postępowania przed dniem 13.08.2010 r. oświadczam, że zostanie złożone przez konsorcjum oświadczenie dotyczące przedłużenia terminu związania ofertą oraz wadium.” Jednocześnie przystępujący prosił o powiadomienie go na jaki okres po dniu 13.08.2010 r. powinien przedłożyć oświadczenie dotyczące przedłużenia terminu związania ofertą oraz wadium. Na wymienione pismo zamawiający nie udzielił odpowiedzi.

W piśmie z dnia 9.08.2010 r. przesłanym z inicjatywy własnej, przystępujący złożył oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą do dnia 12.10.2010 r. oraz przedłużeniu okresu ważności wadium na okres do dnia 12.10.2010 r. W załączeniu złożył Aneks nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, której ważność została określona do 12.10.2010 r. włącznie.

Pismem z 11.10.2010 r. zamawiający również na podstawie art. 181 ust. 2a ustawy Pzp, czyli w związku z protestem wniesionym przez odwołującego, wezwał przystępującego

po rygorem wykluczenia z postępowania do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

Pismem datowanym 8.10.2010 r. złożonym zamawiającemu 12.10.2010 r. przystępujący złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 11.12.2010 r. oraz oświadczenie o przedłużeniu okresu ważności wadium do dnia 11.12.2010 r. W załączeniu przedłożył Aneks nr 3 do gwarancji określający termin jej ważności do 11.12.2010 r. włącznie.

W dniu 22 września 2010 r. zamawiający powiadomił wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, iż wykonując zalecenia kontroli, unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 24 maja 2010 r. złożonej przez odwołującego oraz, że w wyniku ponownego badania i oceny ofert, za najkorzystniejszą uznał ofertę konsorcjum: Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., Swietelsky Baugesellschaft m.b.H.

Oceniając wyżej przedstawiony materiał dowodowy, Izba zważyła co następuje.

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, iż odwołujący nie legitymował się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniającym do wniesienia odwołania. Interes prawny odwołującego wynikał z faktu, iż złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, zgodną z SIWZ, która została sklasyfikowana jako druga w ustalonym kryterium oceny. Odwołujący dowodził, iż zamawiający nieprawidłowo uznał za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez konsorcjum ZUE, które winno zostać wykluczone z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą. Natomiast oferta złożona przez odwołującego mogła okazać się ofertą najkorzystniejszą przy ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie.

Okolicznością bezsporną pozostawało, że zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego w wyniku wykonania zaleceń pokontrolnych Prezesa Urzędu. W przekonaniu Izby, zalecenia pokontrolne nie stanowią źródła prawa, a więc nie zachodzi sytuacja, która upoważniałaby przystępującego do skutecznego negowania interesu odwołującego ze względu na wykonanie czynności przez zamawiającego zgodnie z przepisami ustawy, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba miała również na uwadze, że w protokole postępowania na stronie 16, akapit 2 widnieje stwierdzenie, iż „Pismem z dnia 7 lipca 2010 r. konsorcjum firm: Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A. (lider) wyraziło zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą.” Przeprowadzone postępowanie dowodowe przez Izbę, potwierdziło że w wymienionej dacie, przystępujący

złożył wprost oświadczenie, iż nie wyraża zgody na przedłużenie okresu związania ofertą. Strony zgodnie przyznały, że inne pismo przystępującego w tej dacie nie zostało zamawiającemu przekazane. Na tak poczynionych ustaleniach opierał się wynik kontroli zalecający zamawiającemu ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty przystępującego.

Wprawdzie zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli, ale jedynie kwestionował ustalenia w odniesieniu do prawidłowości zabezpieczenia oferty przystępującego wadium. W tym też zakresie, sprawę rozpatrywała Krajowa Izba Odwoławcza wydając uchwałę z dnia 3 września 2010 r. sygn. akt KIO/ KU 63/10.

Izba również nie uwzględniła argumentacji przystępującego, że odwołujący tak samo złożył oświadczenie, iż „przedłuża okres ważności wadium, a tym samym okres związania ofertą o 60 dni,” co w przekonaniu przystępującego, jest równoznaczne z utożsamianiem tych pojęć, zatem przy równym potraktowaniu wykonawców również przystępujący winien zostać wykluczony z postępowania, co pozbawiało go interesu prawnego do kwestionowania oferty przystępującego.

Przystępujący zgodnie z upoważnieniem wynikającym z art. 181 ust. 5 oraz z art. 184 ust. 4 ustawy Pzp był jedynie władny aby w przystąpieniu określić swoje żądanie wobec zarzutów zawartych w proteście i podtrzymanych w odwołaniu, nie miał natomiast możliwości podnoszenia zarzutów przeciwko ofercie odwołującego.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu nieprawidłowej treści gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez konsorcjum ZUE. Bezspornie zamawiający postawił wymóg, aby w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji była ona „bezwarunkowa, nieodwoalna, niepodlegająca przeniesieniu na rzecz osób trzecich, płatna na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego.” Okoliczność bezsporną stanowiło, iż w gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez konsorcjum ZUE brak było stwierdzenia, iż „:gwarancja ta nie podlega przeniesieniu na rzecz osób trzecich.” Oceniając ten zarzut, Izba miała na względzie, iż istotą gwarancji ubezpieczeniowej jest nieodwołane i bezwarunkowe zobowiązanie się ubezpieczyciela (gwaranta) do świadczenia pieniężnego w sytuacji zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, kwestionowana gwarancja zawiera wszystkie niezbędne dane: oznaczenie beneficjenta, kwotę wadium, termin ważności oraz oświadczenie, że w razie wystąpienia okoliczności upoważniających zamawiającego do uruchomienia gwarancji, zapłata kwoty wadium nastąpi nieodwołanie, bezwarunkowo, na pierwsze żądanie. Taka treść gwarancji wadium, daje beneficjentowi pewność zaspokojenia jego roszczeń w przypadku wystąpienia okoliczności ustawowych, uprawniających do zatrzymania wadium. Wprawdzie wprowadzenie do gwarancji ubezpieczeniowej klauzuli o jej nieprzenoszalności mogło być dokonane na wniosek wykonawcy zlecającego wystawienie gwarancji, jednakże wobec jej podstawowej

treści zawierającej wszelkie niezbędne elementy skutecznego zabezpieczenia interesów zamawiającego, byłoby to oświadczenie wtórne i bezprzedmiotowe. Izba, w tym składzie, podzieliła pogląd, iż „niepodleganie przez wadium przeniesieniu na osoby trzecie” dotyczy instytucji przelewu wierzytelności bądź przejęcia długu w rozumieniu przepisów art. 509 K.c. oraz art. 519 K.c. Przeniesienie praw wynikających z gwarancji może dotyczyć wyłącznie beneficjenta (zamawiającego). Oznacza to, iż jedynie zamawiający byłby władny dokonać cesji, co nie stanowi ograniczenie jego uprawnień z gwarancji, czy stwarzania ryzyka niepełnego zabezpieczenia roszczeń z gwarancji. Bezpośrednim dłużnikiem jest ubezpieczyciel wystawca gwarancji, zaś zmiana dłużnika możliwa jest wyłącznie albo z woli wierzyciela (umowa wierzyciela z osobą trzecią) lub za jego zgodą (wyrażoną na zawarcie umowy między dłużnikiem a osobą trzecią). Izba zatem podzieliła stanowisko, iż w okresie ważności gwarancji i w takim kształcie jak została przedstawiona przez przystępującego, interesy zamawiającego pozostały prawidłowo zabezpieczone.

Wyłącznie od woli zamawiającego zależało, czy doszłoby do przeniesienia wadium w postaci przelewu wierzytelności lub przejęcia długu. Tym samym niezależnie od umieszczenia wymaganej klauzuli „nieprzenoszalności wadium,” nikt inny nie mógł stać się beneficjentem gwarancji lub dłużnikiem z tego tytułu, bez akceptacji ze strony zamawiającego. Zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum ZUE mimo, iż wykonawca ten nie wniósł prawidłowego, zgodnego z SIWZ wadium w postępowaniu oraz art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 tej ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum ZUE, które podlegało wykluczeniu z postępowania, w tym zakresie okazały się bezzasadne.

W odniesieniu do zarzutu odwołującego, dokonania wyboru oferty konsorcjum: Zakłady Usług Energetycznych i Komunikacyjnych Grupa ZUE S.A., Kolejowe Zakłady Automatyki Katowice S.A., Przedsiębiorstwo Robót Komunikacyjnych w Krakowie S.A., Swietelsky Baugesellschaft m.b.H. po upływie okresu związania ofertą, Izba zajęła odmienne stanowisko.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zawierają odrębne od postanowień Kodeksu cywilnego uregulowania szczególne: dotyczące złożenia oferty, ustanowienia okresu związania ofertą, zabezpieczenia oferty wadium. Jak również określają formę czynności, terminy ich dokonywania i wymagany sposób komunikowania między zamawiającym a uczestnikami przetargu, obejmujące zbiór reguł ustawowych przewidujących sztywne ramy dopuszczalnych zachowań wykonawców i zamawiających oraz formy składania oświadczeń ze skutkiem prawnym. Stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego, z mocy art. 14 ustawy Pzp ograniczone jest do sytuacji „jeżeli przepisy ustawy nie

stanowią inaczej.” Stąd wywodzi się uzasadniony pogląd o sformalizowaniu procedur przetargowych.

Ustawa Pzp w art. 85 ust. 1 pkt 2 stanowi, iż wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ, jednak nie dłużej niż 90 dni - jeżeli wartość robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro. Przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp upoważnia zamawiającego do jednokrotnego zwrócenia się do wykonawców co najmniej na 3 dni przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą, o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres nie dłuższy jednak niż 60 dni, który należy liczyć od zakończenia podstawowego okresu związania ofertą. Wyłącznie od woli wykonawcy, zależy jego dalsze uczestniczenie w postępowaniu ponad okres wskazany pierwotnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca może bowiem podjąć decyzję o wycofaniu się z rywalizacji o uzyskanie zamówienia wraz upływem terminu związania, jaki zadeklarował w ofercie. Ponadto nie należało pomijać, iż ustawodawca w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp dał wykonawcy możliwość samodzielnego zadecydowania o okresie, do którego będzie związany złożoną ofertą i przedłużenia tego okresu, nawet jeżeli z wnioskiem takim nie wystąpił zamawiający. W art. 85 ust. 4 ustawy Pzp ustawodawca ustanowił warunek, iż przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Z treści przywołanego przepisu wyraźnie wynika, iż ustanowienie okresu związania ofertą i ustanowienie wadium są to dwie odrębne instytucje, mające do spełnienia odrębne zadania, tym niemniej ze sobą ściśle powiązane. Zamawiający może skutecznie dokonać wyboru oferty, jedynie w okresie, w którym wykonawca jednoznacznie zadeklarował, iż pozostaje nią związany. Natomiast wadium zabezpiecza zamawiającego przed uchyleniem się od zawarcia umowy przez wykonawcę, na warunkach oferty już po dokonaniu jej wyboru. Bezsporną okoliczność stanowi, iż samo zawarcie umowy może nastąpić poza okresem związania ofertą.

W ocenie Izby, oświadczenie o związaniu ofertą w przedłużonym okresie powinno zostać złożone przez wykonawcę wprost, a nie może być wywodzone pośrednio z faktu, iż wykonawca mimo nie przedłużenia okresu związania ofertą nie domagał się zwrotu wadium, bądź jak miało miejsce w tym przypadku przedłużał wadium. Przepis art. 46 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do niezwłocznego zwrócenia wadium jeżeli upłynął okres związania ofertą równoznaczny z ustaniem uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu.

W przypadku, gdyby samo przedłużanie wadium miało bezpośredni wpływ na okres związania ofertą, należałoby założyć, iż ustawa zawierałaby regulację, iż przedłużenie wadium jest równoznaczne z oświadczeniem wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą. Przytaczane przepisy ustawy Pzp w art. 181 ust. 1 i w art. 170 ust. 4 ustanawiają

zawieszenie okresu związania ofertą w przypadku wniesienia protestu, czy też wszczęcia kontroli uprzedniej, co powoduje iż okres ten biegnie nadal po okresie zawieszenia. Nie przewidują takiego skutku w odniesieniu do wadium. Stąd zamawiający zostali zobligowani w art. 181 ust. 2a ustawy Pzp w przypadku protestów, do wzywania wykonawców do przedłużenia wadium. Wezwanie w tym trybie nie odnosi się w żadnym razie do okresu związania ofertą, który z mocy prawa ulega zawieszeniu.

Izba uznała za udowodnione i przyznane przez strony oraz uczestnika postępowania, iż pierwotny 90 dniowy okres związania ofertą, wliczając zawieszenie biegu tego terminu, wywołane protestem przystępującego upłynął w dniu 1 lipca 2010 r.

Na wezwanie zamawiającego z 2 lipca 2010 r, przystępujący jednoznacznie w piśmie z dnia 6 lipca 2010 r. przekazany zamawiającemu 7 lipca 2010 r. złożył oświadczenie woli, że odmawia przedłużenia okresu związania ofertą oraz przedłużenia wadium, a miało to miejsce po upływie terminu na wniesienie odwołania od oddalenia jego protestu, stąd stanowiło działanie logiczne. Przy czym Izba miała na uwadze, iż uprzednio na wezwanie zamawiającego w trybie art. 181 ust. 2a ustawy Pzp, w związku z wniesieniem protestu, przystępujący przedłużył wadium Aneksem nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej na okres do 13 sierpnia 2010 r. Natomiast od 2 lipca 2010 r. przystępujący nie był związany złożoną ofertą, co potwierdził wprost w treści swego oświadczenia z dnia 7 lipca 2010 r. (pismem z 6 lipca 2010 r.).

Bezsprzecznie przystępujący przedłużał wadium z zachowaniem jego ciągłości do dnia 11 grudnia 2010 r. Na gruncie art. 85 ustawy Pzp wyraźnie rozróżnia się jednak oświadczenie o okresie związania ofertą od zabezpieczenia oferty wadium, co potwierdzają także inne orzecznictwo Izby, między innymi: wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2010 r. (KIO/UZP 1205/10, LEX nr 590057), stwierdzający: „Czynność wniesienia wadium, obok swojej zasadniczej funkcji, nie może być uznana jako równoczesna czynność zastępująca wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą,” wyrok Izby z dnia 1 sierpnia 2008 r. (KIO/UZP 744/08, LEX nr 442977) zawierający tezę, iż „Okoliczność dalszego przedłużenia ważności wadium nie ma prawnego znaczenia i wpływu na bieg terminu związania ofertą.”

Izba nie zgodziła się z poglądem, iż zabezpieczenie oferty przystępującego wadium jest równoznaczne z przedłużeniem okresu związania ofertą. Przepis art. 85 ustawy Pzp, ustanawiający terminy związania ofertą ma na celu pewność obrotu i zagwarantowanie skuteczność wyboru oferty. W ocenie Izby, wykonawca zobligowany jest wprost zadeklarować ciągły okres związania własną ofertą, nie może zaś tego potwierdzać (albo też nie potwierdzać) po wyborze oferty, czego w istocie domagał się przystępujący, który jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego obowiązany jest zgodnie z art. 355 § 2 K. c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, wykazać podwyższoną staranność w działaniu i jak stanowi



przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, uprzednio i jednoznacznie oświadczyć, czy pozostaje nadal związany ofertą. Wykonawca składając ofertę jest obligowany terminem związania ofertą określonym w SIWZ. Dalsze zaś uczestnictwo w przetargu jest uzależnione wyłącznie od woli samego wykonawcy, który może nie zgodzić się na dalsze oczekiwanie na wybór oferty, w szczególności gdy procedury przetargowe przeciągają się ponad zakładany okres, lub też zrezygnować z uczestnictwa w przetargu publicznym, gdy uzyskał inne zamówienia, które zamierza realizować.

Zdaniem Izby, okres związania ofertą musi pozostawać ciągły i nieprzerwany. Nie jest natomiast dopuszczalne przerwanie okresu związania ofertą i po przerwie jego ponowne ustanowienie. Próby reaktywowania okresu związania ofertą podejmowane przez przystępującego, należy uznać za bezskuteczne.

Mimo, że wybór oferty przystępującego byłby ze wszech miar pożądanym, ze względu na najniższą cenę wykonania zamówienia, to obowiązkiem Izby jest respektowanie litery prawa, a interpretacja przepisów w zależności od przypadku, nie może przekraczać granic, które wypaczyłyby sens i cel danej normy prawnej.

Z przeprowadzonych dowodów nie wynika jednoznaczna postawa przystępującego w dążeniu do uzyskania przedmiotowego zamówienia, aby w sposób dorozumiany jak chciał tego przystępujący wywodzić poza albo mimo jego oświadczeń, w oparciu o art. 65 K.c., iż jego niezachwianym celem było związanie się treścią złożonej oferty aż do czasu uzyskania zamówienia i zakończenia postępowania. Ustalone fakty przeczą takim twierdzeniom. Izba nie mogła pominąć, że przystępujący po wykluczeniu go z postępowania i wyborze oferty odwołującego oraz oddaleniu złożonego protestu, na ten wynik przetargu nawet nie wniósł odwołania, co było równoznaczne z ostatecznym charakterem podjętych czynności zamawiającego, wynikającym z przepisów ustawy Pzp w zakresie środków ochrony prawnej i zakończeniem przez przystępującego udziału w postępowaniu z tej przyczyny. Przystępujący wprost przyznał, iż na dzień 1.07.2010 r. w którym upłynął okres związania ofertą pozostawał „prawomocnie” wykluczony z postępowania, gdyż od dnia 21 czerwca 2010 r. nie przysługiwał mu żaden środek ochrony prawnej. W przypadku wykonawcy wykluczonego z postępowania, którego ofertę z mocy art. 24 ust. 4 ustawy Pzp z mocy prawa uznaje się za odrzuconą zachodzą podstawy do zwrotu wadium w oparciu o art. 46 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przedłużanie zabezpieczenia oferty wadium przez przystępującego, mimo że był wykluczony z postępowania w sposób ostateczny, nie pociągało za sobą żadnego skutku prawnego. Oferta wykonawcy wykluczonego z mocy prawa uznawana jest za odrzuconą, a więc nie istniał sam przedmiot (oferta), dla którego przystępujący ustanawiał (przedłużał) zabezpieczenie wadium.

Drugim czynnikiem oddającym prawidłowe intencje podejmowanych działań przez przystępującego jest jego oświadczenie z dnia 6 lipca 2010 r, iż nie przedłuży wadium i nie

przedłużyć okresu związania ofertą. Oświadczenie zostało złożone skutecznie i nie zachodzą jakiegokolwiek podstawy do uchylenia się od jego skutków prawnych, a przywoływana treść jest tak jednoznaczna, że nie poddaje się jakiegokolwiek wykładni. Zatem nawet stosując art. 65 K.c., nie można przyjąć, iż oświadczenie to należy tłumaczyć w inny sposób, jak zostało złożone, a w szczególności, iż było ono wywołane przedwczesnym wezwaniem. Uwzględniając zaistniałe okoliczności, nie można przyjąć za niewątpliwą wolę przystępującego dalszego związanie się ofertą. Zdaniem Izby, okoliczności tej sprawy świadczą, iż przystępujący pogodził się z faktem, że został wykluczony z postępowania i nie wnosząc odwołania, na tym etapie postanowił zakończyć swój udział w przetargu. W następnej zaś kolejności zmienił zdanie i po wszczęciu kontroli podjął decyzję aby w dalszym ciągu ubiegać się o to zamówienie, upatrując zmiany stanu rzeczy w jej wyniku, co zostało wprost przyznane. Logiczny ciąg zdarzeń, potwierdza taki właśnie przebieg wypadków. Okres związania ofertą, w przypadku przystępującego, zakończył się przed wszczęciem kontroli przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Przepis art. 170 ust. 4 ustawy Pzp o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą od daty wszczęcia do dnia zakończenia kontroli, nie odnosi się do oferty przystępującego, która przestała wiązać jeszcze przed wszczęciem kontroli. Wynik kontroli nie dokonuje żadnej oceny okoliczności związania ofertą przystępującego, ale opiera się w tym względzie na ustaleniach protokołu, które Izba przytoczyła wyżej. Twierdzenia przystępującego nie były przy tym konsekwentne, gdyż z jednej strony twierdził, iż przez fakt utrzymywania wadium był związany ofertą, z drugiej zaś, wywodził, iż pismem z dnia 30 lipca 2010 r. uchylił się od skutków swego oświadczenia woli o odmowie przedłużenia terminu związania ofertą. W przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem, utrzymywał, iż wymienionym pismem zwracał się jedynie o informacje do zamawiającego, natomiast w przystąpieniu do odwołania, iż stanowiło ono uchylenie się od skutków prawnych oświadczenia woli. Z powyższych rozważań wynika, iż przystępujący, na skutek własnych zaniedbań i braku konsekwencji w działaniu, utracił szansę uzyskania zamówienia, pozbawiając zarazem zamawiającego możliwości wyboru tej oferty, mimo, że była najkorzystniejsza w ustalonym kryterium ceny.

Izba w pełni podziela poglądy, oparte na ugruntowanej linii orzecniczej, że wybór oferty wykonawcy musi być dokonany w okresie kiedy pozostaje on związany własną ofertą. Przeprowadzony materiał dowodowy potwierdził, iż wybór oferty przystępującego w dniu 22 września 2010 r. był nieprawidłowy, gdyż nastąpił poza okresem związania ofertą, a próby jego reaktywowania należało uznać za sprzeczne z powołanymi przepisami ustawy Pzp i prawnie nieskuteczne. Zdaniem Izby, wybór oferty przystępującego nawet zabezpieczonej wadium, poza okresem związania ofertą, dawałby wykonawcy możliwość uchylenia się od zawarcia umowy np. w przypadku pozyskania innych kontraktów, bez konsekwencji w postaci utraty wadium. Sytuacja podmiotu funkcjonującego na rynku ulega zmianom i

możliwe jest uzyskanie korzystniejszych kontraktów w okresie trwającego przez wiele miesięcy postępowania przetargowego o zamówienie publiczne. Z tych względów deklarowany okres co dalszego związania ofertą musi być w przekonaniu Izby, jednoznaczny a nie wywodzony jedynie z określonych zachowań wykonawcy. Przepisy nie dopuszczają potwierdzenia takiego faktu po upływie wyznaczonego terminu, a ciągłość związania ofertą warunkuje wprost możliwość jej wyboru w danym postępowaniu. W przeciwnym razie zachodziłby przypadek, na co trafnie wskazywał odwołujący, złożenia nowej oferty o takiej samej treści wraz z zabezpieczeniem jej wadium.

Zalecenie w wyniku kontroli ponownej oceny i wyboru oferty, z uwzględnieniem oferty przystępującego, nie zwalniało zamawiającego od ustalenia czy przystępujący w przypadku wyboru jego oferty, prawidłowo w dacie tego wyboru, pozostawał związany jej postanowieniami.

W oparciu o powyższe ustalenia, izba stwierdziła, iż materiał dowodowy sprawy potwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami tej ustawy oraz w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż nieprzedłużenie okresu związania ofertą, na wezwanie zamawiającego, jest okolicznością, z którą art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 wiąże sankcję wykluczenia i odrzucenia oferty.

Izba nie znalazła podstaw do nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, gdyż nie zachodził przypadek, iż obarczone było wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Z tytułu uzasadnionych kosztów zastępstwa przez pełnomocnika oraz wpisu od odwołania, Izba orzekła od zamawiającego na rzecz odwołującego w oparciu o złożony rachunek, kwotę łączną 8 044,00 zł. na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.). Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o zwrot kosztów przejazdu na rozprawę, złożone kopie biletów były bowiem nieczytelne.

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 ze 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:**

.....

.....

