

Sygn. akt KIO/UZP 1678/09

WYROK
z dnia 18 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Izabela Kuciak

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Budimex Dromex SA ul. Stawki 40, 01- 040 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Łódzki ul. Narutowicza 65, 90 – 131 Łódź** protestu z dnia 27 października 2009 r.

przy udziale konsorcjum wykonawców: **Condite Sp. z o. o. oraz Maria Potz prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Mosaicon Maria Potz** z siedzibą lidera przy ul Zagnańskiej 61, 25 - 528 Kielce, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie. Nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty konsorcjum Condite Sp. z o.o. oraz Maria Potz prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Mosaicon Maria Potz. Nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty

2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Łódzki ul. Narutowicza 65, 90 – 131 Łódź** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr.** (słownie: **cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy**) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Budimex Dromex SA ul. Stawki 40, 01- 040 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr.** (słownie: **osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy**) przez **Uniwersytet Łódzki ul. Narutowicza 65, 90 – 131 Łódź,** na rzecz **Budimex Dromex SA ul. Stawki 40, 01- 040 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa przez pełnomocnika;
- 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 **15 538 zł 00 gr** (słownie: **piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Budimex Dromex SA ul. Stawki 40, 01- 040 Warszawa.**

U z a s a d n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na "Przebudowę budynku Chemii dla potrzeb Wydziału Filologicznego UŁ przy ul. Narutowicza 68 w Łodzi (BZP nr 1 poz. 286470 z 20.08.2009 r.) w dniu 27 października 2009 r. został wniesiony protest (doreczony faksem 28 października 2009 r., a następnie odwołanie przez Budimex Dromex S.A. z siedzibą w Warszawie.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 26 października 2009 r. o wyborze oferty złożonej przez Condite Sp. z o. o. oraz Marię Potz, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Mosaicon Maria Potz oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania z powodu nie wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655; z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420; poz. 227 poz. 1505, z 2009 r. Ne 19, poz. 101, Nr 65, poz.

545, Nr 91, poz. 742), zwaną dalej ustawą Pzp, to jest: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 art. 24 ust. 4 oraz art. 85 ust. 4 Pzp.

Odwołujący powołał się na doznany uszczerbek interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia oraz wniósł o:

- 1) unieważnienie wyboru oferty konsorcjum Condite Sp. z o. o. oraz Maria Potz jako najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 3) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert;
- 4) dokonanie wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu protestu odwołujący wyjaśnił, iż w pierwszym wyniku postępowania w dniu 8 października 2009 r. została wybrana oferta konsorcjum: Condite Sp. z o. o. oraz Maria Potz, a oferta odwołującego odrzucona. Skutkiem uwzględnienia protestu odwołującego z dnia 13 października 2009 r. zamawiający dokonał ponownej oceny ofert. Następnie pismem z dnia 26 października 2009 r. poinformował o ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum: Condite Sp. z o. o. i Maria Potz oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania za niewniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą. W opinii odwołującego czynność ta jest bezpodstawna, gdyż po otrzymaniu wezwania zamawiającego, pismem z 29 października 2009 r. przedłużył okres związania ofertą o 30 dni. Jednocześnie w tym samym piśmie poinformował, że skoro termin ważności wadium (gwarancji) upływa w dniu 2 listopada 2009 r., to przed upływem tego terminu wniesie wadium na przedłużony okres związania ofertą. W piśmie uzasadniającym wykluczenie, zamawiający stwierdził, iż nie zostało złożone oświadczenie o przedłużeniu ważności wadium, co skutkuje, iż jest ono ważne do 2 listopada 2009 r., a w chwili ponownej oceny ofert (26.10.2009 r.), oferta odwołującego nie była zabezpieczona wadium na cały przedłużony okres związania ofertą. Odwołujący wskazywał, iż okres związania ofertą ex lege uległ zawieszeniu wskutek jego protestu z dnia 13 października 2009 r., a zamawiający poinformował o zawieszeniu terminu dopiero w dniu 16 października 2009 r. po protestach wniesionych przez wykonawców: PUH Dekorum - Bud Sp. J. oraz Intel - Bud Cezariusz Brzęczek. Odwołujący stwierdził, iż uwzględniając przepisy, a nie błędne informacje zamawiającego, należy przyjąć (wobec złożenia ofert 22 września 2009 r.), iż w dniu 12 października 2009 r. upłynął 21 dzień terminu związania ofertą. Skoro zamawiający rozstrzygnął protesty 23.10.2009 r. oznacza to dalszy bieg terminu od 24.10.2009 r. Czego konsekwencją jest, że pierwotny 30 dniowy termin związania ofertą upływał 1.11.2009 r. zaś wadium było wniesione do 2.11.2009 r. Odwołujący zaznaczył, iż w dniu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty konsorcjum: Condite Sp. z o. o. oraz Maria Potz, oferta odwołującego była prawidłowo zabezpieczona wadium, bowiem nie upłynął jeszcze termin

związania ofertą, liczony od dnia składania ofert, czyli od 22 września 2009 r., jak też nie upłynął termin ważności wadium.

Odwołujący wskazywał, iż interpretacja treści art. 85 ust. 4 Pzp przez zamawiającego jest niewłaściwa. Zamawiający uznał, iż jeżeli nie zostało wniesione wadium wraz ze złożeniem oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, to tym samym wykonawca uchybił wymienionej normie. Odwołujący powołał się na stanowisko doktryny poświadczające rozumienie powołanego przepisu, zgodnie z którym czynność przedłużenia ważności wadium musi nastąpić przed upływem terminu związania ofertą i terminu ważności pierwotnie wniesionego wadium, tak aby oferta była prawidłowo zabezpieczona przez cały okres postępowania. Wystarczające będzie, gdy obie te czynności zostaną dokonane w dowolnej kolejności, byle tylko przed upływem terminu związania ofertą. Zatem w ocenie odwołującego czynność wykluczenia go z postępowania nie znajduje uzasadnienia, gdyż przy ponownej ocenie ofert, w dniu 26 października 2009 r. jego oferta była zabezpieczona wadium. Za nieuprawnione uznał przypuszczenia zamawiającego, że mógłby nie otrzymać przedłużenia gwarancji wadialnej na dalszy okres, aż do dnia zawarcia umowy. Stwierdził, iż dopuszczalne jest także zawarcie umowy po okresie związania ofertą. Zamawiającemu przypisał naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców oraz z bezprzezwagania reguł zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 28 października 2009 r. do postępowania wywołanego protestem przystąpili:

- w dniu 30.10.2009 r. wybrany wykonawca konsorcjum firm: Condite Sp. z o. o. oraz Maria Potz prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Mosaicon Maria Potz z siedzibą lidera w Kielcach. Przystępujący wniósł o oddalenie protestu i poparł stanowisko zamawiającego.
- w dniu 30.10.2009 r. konsorcjum: PUH Decorum – Bud Sp. J. i Cezariusz Brzęczek firma Intel-Bud, domagający się oddalenia protestu.

Pismem z dnia 6 listopada 2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie w całości, wskazane w nim naruszenia przepisów i ich uzasadnienie uznał za bezpodstawne i nie dające zamawiającemu podstaw do dokonania żądanych czynności. Zaznaczył, iż odwołujący wbrew przedstawianym faktom, z własnej inicjatywy samodzielnie przedłużył termin związania ofertą, do czego miał niezaprzeczone prawo, wynikające z treści art. 85 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem zamawiającego, wiązać się to musiało z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium na cały przedłużony okres związania ofertą, czego odwołujący już nie uczynił. Podnoszoną okoliczność, iż z mocy prawa nastąpiło zawieszenie terminu związania ofertą, uznał za pozbawioną znaczenia, w kontekście złożenia

samodzielnego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. W przekonaniu zamawiającego, cel wadium realizuje się jedynie wówczas, gdy oferta jest zabezpieczona przez cały okres, w jakim wykonawca jest nią związany. Sankcję za nieprawidłowości w tym zakresie przewiduje art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca, który nie wniesie wadium także na przedłużony okres związania ofertą, podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu. W przeciwieństwie do wadium wniesionego w pieniądzu, zamawiający uznał za problematyczne zabezpieczenie swoich interesów, w przypadku, gdy przedłużenie wadium wiązało się z uzyskaniem aneksu do gwarancji wadialnej, a wadium odwołującego wniesione zostało właśnie w tej formie (gwarancji ubezpieczeniowej). Podkreślił, iż jego zdaniem wadium w postaci gwarancji jest wniesione, gdy zamawiający otrzyma stosowny dokument, aby mógł on być w jego posiadaniu. Samo zobowiązanie się do przedłużenia ważności wadium, równocześnie z upływem terminu oznaczonego w dokumencie gwarancji, zamawiający ocenił jako pozbawione doniosłości prawnej dla skuteczności takich działań. Tylko posiadanie dokumentu wadium daje możliwość uczynienia z niego użytku wyznaczonego przepisem art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Za istotniejszy uznał zamawiający fakt, iż zawarcie umowy winno nastąpić w okresie związania ofertą, zabezpieczoną wadium. Dlatego zamawiający wyznaczając termin podpisania umowy zważa, aby przypadał on jeszcze w okresie związania ofertą, na co wskazuje wyrok z dnia 9 stycznia 2009 r. KIO/UZP 1484/08. Zamawiający podał, iż zachowuje aktualność uchwała Sądu Najwyższego z 24 listopada 2005 r. sygn. akt III CZP 85/05 (OSNC z 2006 Nr 10, poz. 1615), ustalająca, iż stwierdzenie upływu terminu związania ofertą prowadzi do unieważnienia postępowania. Zatem w sytuacji jaka zaistniała w niniejszej sprawie - brak zabezpieczenia wadium na cały okres związania ofertą, w opinii zamawiającego, uniemożliwia zobligowanie odwołującego do zawarcia umowy, a w przypadku uchylania się wykonawcy od zawarcia umowy, niemożliwy byłby skutek zatrzymania wadium. Zamawiający wywodził, iż odwołujący stracił legitymację wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, przez co utracił też interes prawny dla korzystania ze środków odwoławczych. Dalej zamawiający utrzymywał, iż literalne brzmienie przepisu art. 85 ust. 4 Pzp przemawia za jednoczesnym wniesieniem wadium z oświadczeniem o przedłużeniu terminu związania ofertą na cały przedłużony okres, albowiem istnieje prawdopodobieństwo, iż wybrany wykonawca nie otrzyma przedłużenia gwarancji (ubezpieczeniowej), a następnie nie stanie do podpisania umowy o wykonanie zamówienia, co może zagrażać interesom zamawiającego. Swoje stanowisko zamawiający poparł poglądami wyrażonymi w wyrokach: KIO/UZP 629/09 i UZP/ZO/0 - 1701/06. Reasumując stwierdził, iż celem regulacji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jest uniknięcie sytuacji, w której po wyborze oferty, zamawiający byłby pozbawiony możliwości zmuszenia wykonawcy do zawarcia umowy realizacyjnej na przedmiot zamówienia.

W odwołaniu wniesionym w dniu 12 listopada 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty konsorcjum: Condite Sp. z o. o., Maria Potz jako najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 3) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert;
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący ponowił argumentację przedstawioną w proteście. Odnosząc się do rozstrzygnięcia zamawiającego, uznał je za niezasadne. Za niezrozumiałe przyjął wywody zamawiającego, iż za moment wniesienia wadium przyjmuje się moment doręczenia dokumentu gwarancji wadialnej.

Swój Interes prawny odwołujący wywodził bezpośrednio z treści zaskarżonych czynności i zaniechania zamawiającego, które jego zdaniem powodują uszczerbek w interesie prawnym wykonawcy. W przypadku dokonania ponownej oceny oferty zgodnej z ustawą Pzp, oferta złożona przez odwołującego, w świetle przyjętego kryterium ceny, jawi się bowiem jako najkorzystniejsza.

Pismem z dnia 17 listopada 2009 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło konsorcjum wykonawców: Condite Sp. z o. o. oraz Maria Potz prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Mosaicon Maria Potz, domagając się odrzucenia względnie oddalenia odwołania. Przystępujący wskazywał, iż odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika, a była to osoba nieuprawniona, ponieważ do odwołania została dołączona kopia pełnomocnictwa, z zaznaczeniem, iż jego oryginał znajduje się w aktach oferty odwołującego (strona 578).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w postępowaniu na roboty budowlane o wartości 5 121 615,91 euro tj. poniżej progów ustalonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 241, poz. 1762), wydanego na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Z tych względów odwołanie jest jedynie dopuszczalne na rozstrzygnięcie protestu dotyczącego:

- 1) wyboru oznaczonego trybu,
- 2) opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) wykluczenia wykonawcy;
- 4) odrzucenia oferty.

Skoro odwołanie dotyczy oddalenia protestu na czynność wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, treść art. 184 ust. 1a Pzp, nie stanowi przeszkody do jego rozpoznania.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp, jako wniesionego przez osobę nieuprawnioną. Do odwołania została dołączona kopia pełnomocnictwa, z zaznaczeniem, iż oryginał znajduje się w aktach oferty odwołującego. Izba ustaliła w oparciu o wymieniony oryginał oferty, że strona 578 w rzeczywistości zawiera owe pełnomocnictwo w oryginale, które uprawnia p. Marka G. między innymi do wnoszenia w imieniu spółki środków odwoławczych, a więc ma wymagany charakter rodzajowy, a ponadto odnosi się do konkretnie oznaczonego postępowania. Pełnomocnictwo zostało wystawione w dniu 10 września 2009 r. przez osobę uprawnioną do reprezentowania odwołującego zgodnie z załączonym odpisem z KRS o numerze 131057. Zatem w dacie wniesienia odwołania, pełnomocnik dysponował stosownym pełnomocnictwem, a okoliczność ta znalazła potwierdzenie w przeprowadzonych dowodach, które nie zostały przez zamawiającego ani przystępującego zakwestionowane. Izba ustala skuteczność odwołania na posiedzeniu, zatem stwierdziła, że zostało ono wniesione przez osobę uprawnioną. Izba ustaliła także, iż nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania z innych przyczyn formalnych, określonych w art. 187 ust. 4 Pzp.

Izba dopuściła konsorcjum wykonawców: Condite Sp. z o. o., Maria Potz prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Mosaicon Maria Potz do postępowania odwoławczego, w charakterze przystępującego po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego w oryginale, pism stron złożonych w postępowaniu protestacyjno-odwoławczym. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Według zgodnego oświadczenia stron, oferty nadal pozostają zabezpieczone wadium, a okres związania ofertą nie upłynął. Odwołujący nie skorzystał z możliwości wycofania wadium w trybie art. 46 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp. Oferta odwołującego została zabezpieczona wadium do dnia 01.02.2010 r.

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

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do wadium zawiera następujące postanowienia:

Pkt 8 każdy wykonawca przystępujący do postępowania zobowiązany jest wnieść wadium w kwocie 300 000,00 zł. Wadium należy wnieść najpóźniej do dnia ostatecznego terminu składania ofert. Wadium może być złożone między innymi w gwarancjach ubezpieczeniowych. Wadium wnoszone w innych formach niż w pieniądzu, winno być złożone w formie oryginału w siedzibie zamawiającego (oddzielnie od oferty). Zamawiający podał przypadki uprawniające wykonawcę do otrzymania zwrotu wadium oraz sytuację przewidziane ustawą Pzp, które obligują zamawiającego do zatrzymania wadium. Ponadto w uwagach pod treścią punktu 8 SIWZ, zamawiający podał:

- podpunkt 2. wadium musi być wniesione najpóźniej do wyznaczonego terminu składania ofert, tj. do 22.09.2009 r. do godz. 10:00;
- podpunkt 4. wykonawca, który nie zabezpieczy oferty akceptowalną formą wadium na wymagany okres związania ofertą według (postanowień) określonych w SIWZ, zostanie wykluczony z postępowania, a jego oferta zostanie uznana za odrzuconą;
- podpunkt 5. w przypadku przedłużenia okresu związania ofertą, wykonawca musi jednocześnie przedłużyć okres ważności wadium, albo jeżeli nie jest to możliwe, wnieść nowe wadium na przedłużony okres związania ofertą.

W punkcie 9 SIWZ okres związania ofertą został oznaczony na 30 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, podanym w punkcie 11 SIWZ, tj. 22 września 2009 r.

Punkt 14 SIWZ przyjmuje cenę oferty za jedyne kryterium oceny ofert.

Z załącznika do protokołu ZP -12 wynika, że oferta odwołującego była najkorzystniejsza według ustalonego kryterium, a oferty złożyli:

- Mostostal SA – cena brutto 17 894 898,79 zł.
- konsorcjum: Condite Sp. z o. o. oraz Maria Potz – cena brutto 14 497,130, 98 zł.
- Budimex Dromex SA – cena brutto 14 149 139,99 zł.
- konsorcjum PUH Decorum – Bud – cena brutto 17 153 501,23 zł.

W wyznaczonym terminie 22 września 2009 r. (data złożenia ofert), odwołujący złożył w siedzibie zamawiającego wadium w wymaganej kwocie w formie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeniowe Ergo Hestia S.A. z dnia 16 września 2009 r. z oznaczonym terminem ważności od dnia 22.09.2009 r. do 02.11.2009 r. włącznie. Okoliczność prawidłowego zabezpieczenia oferty wadium ze strony odwołującego w wymienionym wyżej okresie jest między stronami bezsporna.

Pismem z dnia 8 października 2009 r. zamawiający powiadomił wykonawców o odrzuceniu ofert:

- odwołującego - za podanie nieprawidłowego terminu wykonania robót;
- oraz Mostostal S.A. Jednocześnie zamawiający powiadomił o wyborze oferty konsorcjum Condite Sp. z o. o., Maria Potz.

W wyniku uwzględnienia protestu odwołującego, wniesionego w dniu 13 października 2009 r. na odrzucenie oferty, zamawiający pismem z dnia 23 października 2009 r. uznał zarzuty protestu w całości i dokonał powtórnej oceny ofert w dniu 26 października 2009 r., co potwierdza dowód w postaci kart indywidualnej oceny ofert (Druk ZP-20). Po ponownej ocenie ofert, zamawiający wybrał ponownie ofertę konsorcjum Condite Sp. z o. o., Maria Potz. Za ofertę niepodlegającą odrzuceniu uznał jeszcze ofertę wykonawcy konsorcjum PUH Decorum - Bud. Natomiast ofertę odwołującego zamawiający odrzucił, uzasadniając w piśmie powiadającym z dnia 26 października 2009 r., iż nie została ona zabezpieczona wadium na cały przedłużony okres związania ofertą.

Zamawiający w trakcie dokonywania ponownej oceny ofert, wziął pod uwagę, że odwołujący pismem z dnia 21 października 2009 r. (złożonym 22.10.2009 r.) powiadomił, iż działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, przedłuży termin związania ofertą o 30 dni. Jednocześnie poinformował, powołując się na treść art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, że termin ważności jego wadium upływa w dniu 2 listopada 2009 r. i przedłużenie terminu ważności wadium lub wniesienie nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą nastąpi do dnia 2 listopada 2009 r. Z pisma z dnia 13 października 2009 r. wynika, że odwołujący był wzywany przez zamawiającego do przedłużenia ważności wadium w związku z wniesieniem pierwszego protestu termin dla tej czynności nie został oznaczony. Przy piśmie z dnia 29 października 2009 r. odwołujący przedłożył zamawiającemu aneks Nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej STU Ergo Hestia S.A. z dnia 16 września 2009 r., wystawiony 26 października 2009 r. przedłużający ważność gwarancji do 7 grudnia 2009 r. włącznie.

Odnosząc się do podtrzymanych na rozprawie zarzutów protestu, Izba w oparciu o przeprowadzone dowody w sprawie, zważyła co następuje.

Przepis art. 45 ust. 2 ustawy Pzp uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawców wniesienia wadium, w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zamawiający wymagał zabezpieczenia ofert wadium w kwocie 300 tys. zł. na okres 30 dni, liczony włącznie z dniem składania ofert, tj. od 22 września 2009 r. Odwołujący przedłożył gwarancję ubezpieczeniową, bez wątpliwości zabezpieczającą wadium na okres dłuży niż wymagany, bo do 2 listopada 2009 r. Wniesienie protestu po upływie terminu składania ofert, zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp powoduje zawieszenie biegu terminu związania ofertą do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Protest nie odnosi takiego skutku w stosunku do wadium, które musi zostać przedłużone w taki sposób, aby zabezpieczało okres związania ofertą. Z tego względu ustawodawca nałożył na zamawiającego w art. 181 ust. 2a ustawy Pzp obowiązek, aby nie później niż 7 dni przed upływem ważności wadium, wezwał wykonawców, pod 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. Zamawiający wezwał pismem z 13.10.2009 r. odwołującego do przedłużenia ważności wadium, jednakże nie określił żadnego terminu. Pouczenie zawierało jedynie przytoczenie treści art. 181 ust. 2a ustawy Pzp. Izba za niewadliwe i potwierdzone przeprowadzonymi dowodami, uznała ustalenia odwołującego, że wskutek zawieszenia pierwotnego 30 dniowego terminu związania ofertą do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestów, trwał on do 1 listopada 2009 r., natomiast oferta odwołującego była z góry zabezpieczona wadium do 2 listopada 2009 r. włącznie. Zatem w dniu 26 października 2009 r., kiedy to zamawiający dokonał powtórnej oceny i wyboru oferty, oferta odwołującego pozostawała prawidłowo zabezpieczona wadium w okresie pierwotnego związania ofertą i nie zachodziły jakiegokolwiek podstawy do jej odrzucenia z powołaniem się na dyspozycję art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Ustawodawca przyjął w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, że termin związania ofertą może zostać przedłużony samodzielnie przez wykonawcę, lub na wniosek zamawiającego, skierowany do wykonawcy na co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zaznaczając w art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, iż powinno to nastąpić z jednoczesnym przedłużeniem wadium lub wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. W ocenie Izby, przedłużony okres związania ofertą liczy się od upływu poprzedniego terminu związania ofertą. Skoro odwołujący złożył w dniu 21 października 2009 r. oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o kolejne 30 dni, to oświadczenie to wywierało skutek od 2 listopada 2009 r. do 1 grudnia 2009 r. Przedłużony okres związania ofertą rozpoczyna się bowiem po upływie okresu poprzedniego, a nie w jego trakcie. Z wymienionych względów również zabezpieczenie oferty wadium na przedłużony okres związania ofertą należy odnosić do nowego okresu, a nie do poprzedniego okresu. Ustawodawca w art. 181 ust. 2a ustawy Pzp wyznaczył zamawiającemu minimalny termin 7 dni przed upływem ważności poprzedniego wadium do wystosowania wezwania do wykonawców, celem przedłużenia wadium, natomiast nie wyznaczył konkretnego terminu samemu wykonawcy na dokonanie tej czynności. Z treści art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, nie można wywodzić zbyt daleko idących wniosków co do jednoczesności złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i przedłużenia terminu wadium. Wykonawca posiadający ofertę zabezpieczoną wadium na okres dłuży niż pierwotnego związania, który przedłuża następnie okres związania ofertą w czasie, gdy pierwotny okres ważności wadium nie upłynął, nie jest w ocenie Izby zobowiązany jednocześnie dokonać przedłużenia ważności wadium. Należy mieć na uwadze, iż za prawidłowe działanie wykonawcy, w świetle cytowanych wyżej przepisów ustawy musiałoby zostać uznane, gdyby złożył oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą wraz z przedłużeniem ważności wadium najpóźniej w terminie 1 listopada 2009 r., jeżeli jego wadium byłoby ważne jeszcze w tej dacie, bez względu na

okoliczność w jakim terminie zamawiający dokonałby wyboru oferty. Zamawiający przyznał, że odwołujący z własnej inicjatywy złożył oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą i nie był do tej czynności wzywany. Skoro odwołujący złożył oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą już w dniu 22 października 2009 r., zapowiadając przedłużenie wadium przed upływem terminu jego ważności, a w dniu 29 października 2009 r. złożył zamawiającemu dokument aneksu do gwarancji wadialnej, poświadczający jej przedłużenie na pierwotnie ustalonych warunkach do dnia 7 grudnia 2009 r., to nie może być karany za skutki swojej zapobiegliwości, a więc za to, że nie odczekał z tymi działaniami do końca terminów, w którym jego czynności byłyby jeszcze skuteczne, bądź nie czekał na wezwanie zamawiającego. Izba zauważa, że to od zamawiającego zależy w jakim terminie dokonuje wyboru oferty. Wykonawca nie ma na to najmniejszego wpływu. Zatem zamawiający powinien zadbać o wybór oferty w takim czasie, aby mógł zawrzeć umowę w okresie związania ofertą wraz z zabezpieczeniem wadium, a więc wtedy, gdy oferty zostałyby zabezpieczone wadium na przedłużony okres związania ofertą. Izba zwraca uwagę, iż nowelizacją z dnia 4 września 2009 r. o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw Dz. U. Nr 171, poz. 1058) został zmieniony art. 94 ust. 1a ustawy Pzp i obecnie nie przewiduje on wprost możliwości zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą, gdy wykonawca wyraził zgodę na zawarcie umowy na warunkach określonych w ofercie. Izba stwierdza, iż w dacie dokonywania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 26 października 2009 r. oferta odwołującego pozostawała zabezpieczona wadium do dnia 2 listopada 2009 r., zatem nie zachodziła podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ani do odrzucenia oferty w oparciu o art. 24 ust. 4 Pzp. Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego rażąco naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 85 ust. 2 Pzp. W następstwie naruszył także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż bezzasadne wykluczenie wykonawcy zawsze narusza zasadę równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób respektujący zasady uczciwej konkurencji.

Nie może znaleźć zrozumienia argumentacja zamawiającego, że w dacie wyboru oferty nie miał pewności, czy odwołujący rzeczywiście dostarczy przedłużenie gwarancji wadialnej. Bezsprzecznie taką pewność zamawiający uzyskał w momencie, w którym rozstrzygał protest, to jest w dniu 6 listopada 2009 r., skoro przedmiotowy dokument został złożony w dniu 29 października 2009 r. Zasadniczą kwestią jest, że oferta odwołującego pozostawała zabezpieczona w sposób należyty wadium, co Izba ustaliła i zważyła w sposób wyżej opisany.

Postępowanie dowodowe wykazało, iż odrzucenie oferty odwołującego oraz wybór oferty złożonej przez konsorcjum Condite Sp. z o. o., Maria Potz prowadząca działalność

gospodarczą pod nazwą Mosaicon Maria Potz, która nie była najkorzystniejsza w ustalonym kryterium, naruszyły wskazane przepisy ustawy Prawa zamówień publicznych, a naruszenie to miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

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

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Z tytułu uzasadnionych kosztów odwołującego - wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, Izba orzekła od zamawiającego kwotę 8 062 zł na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich pobierania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, Dz. U. Nr 182, poz.1122).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*