

Sygn. akt: KIO/UZP 401/08

WYROK

z dnia 9 maja 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Emil Kuriata
Członkowie:	Izabela Kuciak Luiza Łamejko
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót Instalacyjno-Inżynierskich LITZ Feliks Fietz, 60-589 Poznań, Nowina 38** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Oława, 55-200 Oława, pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 28** protestu z dnia 14 kwietnia 2008r..

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnić czynność unieważnienia postępowania oraz nakazuje powtórzyć czynność badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Oława, 55-200 Oława, pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 28** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót Instalacyjno-Inżynierskich LITZ Feliks Fietz, 60-589 Poznań, Nowina 38,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Oława, 55-200 Oława, pl. Marszałka Józefa Piłsudskiego 28** na rzecz **Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego Robót Instalacyjno-Inżynierskich LITZ Feliks Fietz, 60-589 Poznań, Nowina 38** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 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 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego Robót Instalacyjno-Inżynierskich LITZ Feliks Fietz, 60-589 Poznań, Nowina 38.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Oława prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Stanowice, Stanowice Lotnisko, Marcinkowice w gminie Oława”, w trybie przetargu nieograniczonego, nr sprawy RG-341-12/2007.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 14 sierpnia 2007 r. za numerem: 2007/S 155-193233.

W wyniku toczącej się przed Krajową Izbą Odwoławczą rozprawą, dnia 7 lutego 2008 roku został ogłoszony wyrok, którym to wyrokiem KIO uwzględniła odwołania i nakazała Zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert.

Odwołującymi byli następujący Wykonawcy:

- A. Konsorcjum: P.B.I. „WPBK” Sp. z o.o., P.R.I. POL-AQUA S.A.; Opole, ul. J. Cygana 5,
- B. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót Instalacyjno-Inżynierskich LITZ Feliks Fietz, Poznań, ul Nowina 38,
- C. Konsorcjum: P.B.I. „WPBK” Sp. z o.o., P.R.I. POL-AQUA S.A.; Opole, ul. J. Cygana 5.

Zamawiający pismem z dnia 11 kwietnia 2008 roku (doręczonym Protestującemu dnia 14 kwietnia 2008 roku), poinformował Wykonawców o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia. Jako podstawę unieważnienia postępowania wskazał przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 94 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Przyczyną unieważnienia, zdaniem Zamawiającego był fakt, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. w związku z niemożnością zawarcia umowy w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, nie późniejszym jednak niż termin związania ofertą.

W uzasadnieniu unieważnienia postępowania Zamawiający wskazał, iż dnia 10 kwietnia 2008 roku upłynął termin związania ofertą, a Zamawiający nie przekazał Wykonawcom informacji o wyborze oferty przed upływem terminu związania ofertą. Jedyną informacją (z dnia 18 grudnia 2007 roku) o wyborze oferty najkorzystniejszej dotyczyła konsorcjum firm: Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych WODKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i EKO-BET Sp. z o.o. z siedzibą w Złocieńcu, które to konsorcjum wykluczyło się z postępowania nie wyrażając zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W związku informacją uzyskaną w dniu 28 marca 2008 roku o tym, iż rozpatrzenie skargi wniesionej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu na wyrok Krajowej

Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2008 roku nastąpi na posiedzeniu w dniu 24 kwietnia 2008 roku, tj. po terminie związania ofertą, Zamawiający postanowił jak na wstępie.

Pismem z dnia 14 kwietnia 2008 roku (wpływ do Zamawiającego 18 kwietnia 2008 roku) Feliks Fietz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Robót Instalacyjno-Inżynierskich „LITZ” Feliks Fietz w Poznaniu (zwany dalej PHU „LITZ” lub Protestujący) oświadczył, że przedłuży o kolejne 30 dni termin związania ofertą złożoną w dniu 24 października 2007 roku w przedmiotowym postępowaniu.

Pismem z dnia 18 kwietnia 2008 roku PHU „LITZ” wniósł protest wobec czynności Zamawiającego dotyczącej unieważnienia przedmiotowego postępowania. Zarzucił Zamawiającemu wadliwe zastosowanie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 94 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. poprzez nieuzasadnione uznanie, iż w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na upływ terminu związania ofertą oraz naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Protestujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności unieważnienia postępowania pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych.

Protestujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie protestu;
- 2) anulowanie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania;
- 3) wykonanie czynności nakazanych wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej uwzględniającym wniesione odwołania i nakazującym dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu (sygn. akt. KIO/UZP 44/08, KIO/UZP 46/08 oraz KIO/UZP 57/08 z dnia 7 lutego 2008 r.);
- 4) dokonanie wyboru oferty złożonej przez Protestującego jako najkorzystniejszej z punktu widzenia spełnienia warunków kwalifikacyjnych oraz przyjętych kryteriów oceny ofert.

Protestujący uzasadniając zarzuty z protestu wskazał, iż Zamawiający od dnia wydania wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą, tj. od dnia 7 lutego 2008 roku winien bez zbędnej zwłoki podjąć dalsze czynności w sprawie, w tym w szczególności niezwłocznie wykonać orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Tymczasem Zamawiający nie podjął żadnej czynności przez okres ponad 60 dni, a następnie pismem z dnia 11 kwietnia 2008 roku zawiadomił Wykonawców o unieważnieniu postępowania z uwagi na wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na bezskutecznym upływie terminu związania ofertą. Zdaniem Protestującego, zaniechanie, jakiego dopuścił się Zamawiający w okresie od 8 lutego do 11 kwietnia 2008 roku ma charakter celowy, tzn. Zamawiający świadomie nie podejmował żadnych działań, zmierzając wprost do zaistnienia sytuacji, w której możliwe stanie się unieważnienie postępowania z przyczyn formalnych.

Protestujący zauważa również, że oferty zostały złożone dnia 24 października 2007 roku, a pierwotny termin ich związania wynosił 60 dni. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 grudnia 2007 roku Wykonawcy, w tym Odwołujący, poprzez złożenie oświadczenia wyrazili zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni. Tak więc, Zamawiający dysponował ofertami o łącznym terminie związania – 120 dni.

Protestujący zarzuca również Zamawiającemu zaniechanie skorzystania z przysługującego mu uprawnienia wynikającego z art. 94 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. umożliwiającego zawarcie umowy po upływie terminu związania ofertą, przy jednoczesnym uzyskaniu na tę czynność zgody wybranego Wykonawcy oraz poinformowaniu pozostałych Wykonawców o dokonanej wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający dysponując ważną ofertą, dla której nie upłynął termin związania, z uwagi na trwający nadal 120-dniowy termin jej ważności oraz z uwagi na złożenie przez Protestującego dodatkowe oświadczenie woli przedłużające ów termin, jest uprawniony do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej i nie ma przesłanek, by unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 94 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Protestującego ostateczne rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dacie wydania wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą, tj. w dacie jego doręczenia stronom odpisu orzeczenia, co nastąpiło w dniu 22 lutego 2008 roku, z którą to data przywrócono bieg terminu związania ofertą. Zdaniem Protestującego, błędem jest uznanie przez Zamawiającego, że datą wydania wyroku przez KIO jest data jego odczytania, stąd mylne przyjęcie, że dzień 10 kwietnia 2008 roku jest ostatnim dniem ważności ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Wyszczególnione przez Protestującego odstępstwa od przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią przesłankę do unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności zakończenia postępowania bez jego rozstrzygnięcia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Unieważnienie postępowania, zdaniem Protestującego, jest czynnością bezzasadną oraz niezgodną z istniejącym stanem faktycznym, jakim jest dysponowanie ważnymi ofertami, zabezpieczonymi wadium.

Pismem z dnia 21 kwietnia 2008 roku Zamawiający poinformował Protestującego o odrzuceniu protestu uzasadniając, iż w związku z upływem terminu związania ofertą w dniu 10 kwietnia 2008 roku i brakiem możliwości cofnięcia dokonanych czynności polegających między innymi na unieważnieniu postępowania - protest należało odrzucić.

Dnia 25 kwietnia 2008 roku Konsorcjum firm: P.B.I. „WPBK” Sp. z o.o., P.R.I. POL-AQUA S.A. Opole, zgłosiło swoje przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 23 kwietnia 2008 roku Konsorcjum firm: P.B.I. „WPBK” Sp. z o.o., P.R.I. POL-AQUA S.A. Opole wyraziło wolę przedłużenia okresu związania ofertą na kolejne 30 dni.

Protestujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i w dniu 28 kwietnia 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując argumentację i żądania z protestu.

Po zapoznaniu się z oryginalną dokumentacją przetargową oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie Izba ustaliła, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do terminu, określającego kiedy protest jest ostatecznie rozstrzygnięty. Zgodnie z przepisem art. 182 ust. 2 pkt 3 ppkt a) ustawy Prawo zamówień publicznych protest jest ostatecznie rozstrzygnięty w przypadku wniesienia odwołania, z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku Izby. Dniem wydania przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze jest dzień ogłoszenia orzeczenia. W związku z powyższym, termin związania ofertą ulega zawieszeniu od dnia wniesienia protestu (liczony zgodnie z art. 11 § 2 kc) do dnia ogłoszenia orzeczenia.

Wyliczenia poczynione przez Odwołującego są błędne, gdyż dniem, który winno uznać się za ostateczne rozstrzygnięcie protestu jest dzień wydania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2008 roku. Od dnia 8 lutego 2008 roku został odwieszony termin związania ofertą.

Odwołujący pismami z dnia 19 lutego 2008 roku, 18 marca 2008 roku przedłużył okres obowiązywania gwarancji, stanowiącej zabezpieczenie wadialne złożonej oferty. W treści tych pism jednakże, nie znajduje się stwierdzenie dotyczące wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zgoda taka, zgodnie z przepisem art. 60 kc jest dorozumiana, cyt.: *„Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny”*. Jako, że zgodnie z przepisem art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, należało zastosować przepis art. 60 kc.

W związku z powyższym Izba uznała za właściwe stanowisko Odwołującego, iż poprzez złożenie gwarancji wadialnych złożył dorozumiane oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, gdyż gwarancja wadialna dotyczy oferty, a nie innych dokumentów.

Dodatkowo, zachowując ciągłość oświadczeń oraz zabezpieczenia oferty w wadium, w dniu 17 kwietnia 2008 roku Odwołujący własnym oświadczeniem przedłużył termin związania swojej oferty, jednocześnie przedłużając gwarancję wadialną do dnia 23 maja 2008 roku. Stwierdzić należy, że właściwe i zgodne z obowiązującymi przepisami było złożenie oświadczenia przez Odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą. Stanowisko powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2008 roku, sygn. akt: KIO/UZP 315/08, KIO/UZP 330/08, w którym to Izba uznała za uprawnione, w świetle przepisu art. 66 § 1 ustawy Kodeks cywilny złożenie samodzielnego oświadczenia, bez wezwania Zamawiającego.

W związku z powyższym Izba uznała, że Odwołujący nadal legitymuje się ważną ofertą, prawidłowo zabezpieczoną wadium, dlatego też Zamawiający ma obowiązek wykonać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2008 roku nakazujący dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że żaden z Wykonawców, w terminie od 8 lutego do 11 kwietnia 2008 roku nie wniósł protestu na bezczynność Zamawiającego. Uznać należy więc, że zgadzał się z takim postępowaniem i w pełni je akceptował. Każda zwłoka Zamawiającego, w każdej czynności, do której zobowiązany był podjąć odpowiednie kroki, skutkować winna skutecznym złożeniem protestu. Bezczynność wywołać bowiem może negatywne skutki prawne dla Wykonawcy, których takich czynności nie wykonał.

Zwrócić też należy uwagę na fakt, że od dnia 8 lutego 2008 roku do dnia 11 kwietnia 2008 roku Zamawiający nie wykonał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 44/08; KIO/UZP 46/08; KIO/UZP 57/08, co w rażący sposób narusza przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.] oraz przepisy ustawy z dnia 17 grudnia 2004 roku o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych [Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 z późn. zm.], którym to przepisom podlega Zamawiający.

Wyjaśnienia Zamawiającego, że złożoność orzeczonego w dniu 7 lutego 2008 roku wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, specyfika zamówienia, na którą składa się ponowne przeanalizowanie kosztorysów oraz fakt, że wpłynęła skarga na ww. orzeczenie nie znajdują uznania u składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej. Tym bardziej, że potwierdził stanowisko Odwołującego, iż po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu pozostały tylko dwie ważne oferty.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*