

Sygn. akt KIO 536/11

WYROK
z dnia 23 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 marca 2011 r. przez **Gildia Spółkę o ograniczoną odpowiedzialnością, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Politechnika Rzeszowska, 35-959 Rzeszów, ul. Wincentego Pola 2**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. SIMVISION Simulatoren Vertriebs GmbH, 2. Virtual Reality Media a.s., Baumeistergasse 48, A-1160 Wiedeń, Austria** zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Gildia Spółkę o ograniczoną odpowiedzialnością, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Gildia Spółkę o ograniczoną odpowiedzialnością, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Gilidia Spółkę o ograniczoną odpowiedzialnością, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B** na rzecz **Politechniki Rzeszowskiej, 350959 Rzeszów, ul. Wincentego Pola 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Politechnika Rzeszowska, 35-959 Rzeszów, ul. Wincentego Pola 2 – prowadzi postępowanie na dostawę symulatorów lotu w ramach realizacji projektu pn. „Rozbudowa i doposażenie Ośrodka Kształcenia Lotniczego Politechniki Rzeszowskiej im. Ignacego Łukasiewicza”.

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

W dniu 14 marca 2011 roku wykonawca Gildia Sp. z o.o., 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B, wniósł odwołanie wobec następujących czynności zamawiającego:

1) wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, tj. Simulatoren Vertriebe GmbH oraz Virtual Reality Media a.s., zwanych dalej "SIMVISION", oraz zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, 3) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Alsim, oraz zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy. 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego się z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SIMVISION oraz zaniechanie wykluczenia SIMVISION z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Alsim, oraz zaniechanie wykluczenia Alsim z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Odwołujący się wniósł o: 1) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego się z postępowania, 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się, 3) odrzucenie oferty SIMVISION oraz o wykluczenie tego wykonawcy z postępowania, 4) odrzucenie oferty wykonawcy Alsim również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz o wykluczenie tego wykonawcy z postępowania również na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy, 5) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wykluczył odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, ponieważ, jak wskazano w uzasadnieniu, cyt.: „Wykonawca nie wniósł wadium na cały przedłużony okres związania ofertą. Obowiązkiem Wykonawcy jest złożenie wadium ważnego przez cały okres związania ofertą. Uływ terminu ważności wniesionego wadium nie może być krótszy od terminu związania ofertą. Termin ważności Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium (...) wydłużony Anekssem nr 1 do ww. Gwarancji do 8 kwietnia 2011 r. nie obejmuje całego okresu związania ofertą, który upływa w dniu 20 kwietnia 2011 r.". W ocenie odwołującego się przesłanka wskazana przez zamawiającego nie zachodzi w

przedmiotowej sprawie, a co za tym idzie, czynność wykluczenia odwołującego się została dokonana z naruszeniem prawa. W odniesieniu do wykonawcy SIMVISION odwołujący się podniósł, co następuje: Na stronie 18 siwz, w części warunek przedmiotowy, zamawiający wymaga cyt.: „urządzenia treningowe muszą być certyfikowane wg JAR-FSTD(A) i posiadać aktualny certyfikat krajowej władzy lotniczej dowolnego kraju UE będącej pod nadzorem EASA”. Tymczasem SIMVISION wymaganego certyfikatu nie przedstawiła. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów - pismo zamawiającego z dnia 17.02.2011 r., z prośbą o przedstawienie aktualnych certyfikatów na symulatory, wykonawca dostarczył jedynie potwierdzenie Urzędu Lotnictwa Cywilnego w Czechach, iż ma możliwość uzyskania certyfikatu na owe urządzenia. SIMVISION nie przedstawił zatem wymaganych przez zamawiającego certyfikatów na potwierdzenie warunku przedmiotowego, a co za tym idzie, oferta złożona przez tego wykonawcę podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz - z ostrożności - wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. 3. W odniesieniu do wykonawcy Alsim, odwołujący się podniósł, co następuje: Zgodnie z pkt. 6 lit. f siwz Zamawiający wymagał, aby symulator miał możliwość, cyt.: „realistycznego odwzorowania obrazu w odniesieniu do następujących zjawisk: zmieniającej się pory dnia wraz z pojawiającymi się Słońcem lub Księżycem, występowaniem opadów atmosferycznych, występowanie chmur, mgieł itp.". Z dokumentacji dołączonej do oferty Alsim wynika, że oferowane przez tego wykonawcę urządzenia nie umożliwiają symulacji Księżyca, a jedynie gwiazd. Stąd należy uznać, że oferta Alsim jest niezgodna z siwz, a co za tym idzie, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Ponadto wykonawca Alsim podlega również wykluczeniu, ponieważ nie złożył wymaganych dokumentów potwierdzających, iż nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania. I tak, wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy, ponieważ nie wykazał, iż nie zalega z płatnością podatków i składek na ubezpieczenie społeczne. Złożony przez tego wykonawcę -na wezwanie do uzupełnienia - dokumenty nie potwierdzają powyższej okoliczności na dzień składania ofert, lecz na dzień 31.12.2010 r.

Na rozprawie w dniu 23 marca 2011 roku odwołujący się cofnął zarzuty dotyczące wykonawcy Alsim.

Izba ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 3 lutego 2011 roku zamawiający zwrócił się do odwołującego się o przedłużenie ważności wadium do dnia 20 lutego 2011 roku, zgodnie z terminem związania ofertą, który upływa w dniu 20 lutego 2011 roku.

W odpowiedzi odwołujący się przedłużył ważność oferty z jednoczesnym wniesieniem nowego wadium do dnia 8 kwietnia 2011 roku. Wraz z pismem przedłożył aneks Nr A1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr 02GG53/0122/10/0005 z dnia 2 grudnia 2010 roku.

Pismem z dnia 16 lutego 2011 roku zamawiający zwrócił się do odwołującego się na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp o wyrażenie pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni, wraz z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium.

Odwołujący się pismem z dnia 17 lutego 2011 roku oświadczył, że w dniu 4 lutego 2011 roku przedłużył ważność oferty z jednoczesnym wniesieniem nowego wadium do dnia 8 kwietnia 2011 roku.

Pismem z dnia 3 marca 2011 roku zamawiający poinformował odwołującego się o wykluczeniu go z postępowania o udzielenie zamówienia. W uzasadnieniu wskazał, że wykonawca nie wniósł wadium na cały przedłużony okres związania ofertą. Obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wadium ważnego przez cały okres związania ofertą. Uływ terminu ważności wniesionego wadium nie może być krótszy od terminu związania ofertą. Termin ważności Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty Wadium nr 02GG53/0122/10/0005 wystawionej w dniu 02.12.2010 r. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group Przedstawicielstwo Generalne z siedzibą 25-501 Kielce, ul. Sienkiewicza 78A, wydłużony Aneksem nr 1 do ww. Gwarancji do dnia 08.04.2011 r. nie obejmuje całego okresu związania ofertą, który upływa w dniu 20.04.2011 r. Zamawiający przypomina, iż wprowadzie pierwotny 60-dniowy termin związania ofertą mijał w dniu 04.02.2011 r., ale został on zawieszony z uwagi na wniesione odwołanie na okres od dnia 14.12.2010 r. do dnia 29.12.2010 r. i w konsekwencji upływał w dniu 20.02.2011 r. Wyróżając zgodę na przedłużenie związania ofertą o kolejne 60 dni, Wykonawca zobowiązany był zabezpieczyć ofertę od dnia 21.02.2011 r. do dnia 20.04.2011 r.

Wykonawca Simulatoren Vetriebe GmbH oraz Virtual Reality Media a.s. do oferty załączył dwa dokumenty potwierdzające wymagania zamawiającego, tj. certyfikat wydany przez Urząd Lotnictwa Cywilnego Republiki Słowackiej z dnia 8 lipca 2008 roku na symulator FNPT II MCC oraz certyfikat wystawiony przez IImailuhallinto – Finih Civil Aviation Authorit (EASA) na symulator FNTP II MCC z dnia 11 sierpnia 2009 roku.

Pismem z dnia 17 lutego 2011 roku zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia aktualnych na dzień składania ofert certyfikatów na urządzenia klasy FNPT II lub FNPT II MCC potwierdzający możliwość szkolenia na symulatorach w następujących klasach samolotów:

- SEP(L) – Single Engine Piston (Land) jednosilnikowych, tłokowych lądowych z chowanym podwoziem i przestawianym śmigłem – complex,

- MEP(L) – Multi Engine Piston (Land) wielosilnikowych, tłokowych, lądowych z chowanym podwoziem i przestawianymi śmigłami,

- GENERIC JET – wielosilnikowych odrzutowych.

W odpowiedzi wykonawca pismem z dnia 24 lutego 2011 roku dostarczył ważne kopie certyfikatów oraz potwierdzenie z Urzędu Lotnictwa Cywilnego Republiki Czeskiej.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert, a także biorąc pod uwagę oświadczenia stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

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

W myśl art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 albo nie zgodzili się na przedłużenie terminu związania ofertą. W ocenie Izby dyspozycja tegoż artykułu obejmuje również sytuację, kiedy wykonawca przedłużył wprawdzie wadium, lecz nie objęło ono całego terminu związania ofertą.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający pierwotny termin związania ofertą kończył się w dniu 4 lutego 2011 roku, ale ze względu na wniesione odwołanie został zawieszony i w konsekwencji upływał w dniu 20 lutego 2011 roku. Wyrażając zgodę na przedłużenie związania ofertą o kolejne 60 dni wykonawca zobowiązany był zabezpieczyć ofertę od dnia 21 lutego 2011 roku do dnia 20 kwietnia 2011 roku.

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

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

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

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

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

Prezentowane przez Izbę stanowisko uzasadnia również treść art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw. Czynności polegające na wzywaniu wykonawców do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokonywane są przez zamawiającego w toku postępowania na etapie oceny ofert, czyli bez wątplenia w terminie związania ofertą. Zamawiający nie mógłby więc skorzystać z uprawnienia do zatrzymania wadium w okolicznościach, o których mowa w art. 46 ust. 4a, gdyby okazało się, że mimo aktualnego terminu związania ofertą upłynął termin zabezpieczenia wadium wniesionego w innej formie aniżeli w pieniądzu.

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

W tej sytuacji przyjąć należy, iż obowiązek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy nie tylko tych wykonawców, którzy nie przedłużyli w ogóle wadium pomimo przedłużenia terminu związania ofertą, ale też tych, którzy co prawda wadium przedłużyli, ale okres ważności wadium nie objął całego okresu związania ofertą.

W ocenie Izby bezpodstawny jest zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Simulatoren Vetriebe GmbH oraz Virtual Reality Media a.s. Wykonawca do oferty załączył dwa dokumenty potwierdzające wymagania zamawiającego, tj. certyfikat wydany przez Urząd Lotnictwa Cywilnego Republiki Słowackiej z dnia 8 lipca 2008 roku na symulator FNPT II MCC oraz certyfikat wystawiony przez Ilmailuhallinto – Finih Civil Aviation Authorit (EASA) na symulator FNTP II MCC z dnia 11 sierpnia 2009 roku. Dokumenty te są ważne, nie mają charakteru warunkowego i nie były kwestionowane przez odwołującego się.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

.....