

WYROK
z dnia 22 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Robert Skrzyszewski
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KPMG Advisory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, MGGP Spółka Akcyjna, Centrum Badań Marketingowych INDICATOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, ul. Nowogrodzka 1/3/5, 00-513 Warszawa**, protestu z dnia **29 stycznia 2010 r.**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KPMG Advisory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, MGGP Spółka Akcyjna, Centrum Badań Marketingowych INDICATOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Chłodna 51, 00-867 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 uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KPMG Advisory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, MGGP Spółka Akcyjna, Centrum Badań Marketingowych INDICATOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KPMG Advisory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, MGGP Spółka Akcyjna, Centrum Badań Marketingowych INDICATOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa**

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, 00-513 Warszawa, ul. Nowogrodzka 1/3/5 – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przeprowadzenie badania pt. „Badanie mechanizmów konsultacji społecznych”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

Pismem z dnia 28 stycznia 2010 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **KPMG Advisory Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, MGGP Spółka Akcyjna, Centrum Badań Marketingowych INDICATOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Chłodna 51, 00-867 Warszawa** wniósł protest na czynności i zaniechania zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegające na:

1) wykluczeniu przystępującego z postępowania z uwagi na przedłużenie terminu związania ofertą oraz nie przedłużenie ważności wadium oraz odrzuceniu jego oferty,

2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum SMG/KRC Poland Media S.A., Fundacja Pracownia Badań i Innowacji Stołecznych STOCZNIA, w sytuacji, gdy w porównaniu ofert nie uczestniczyła oferta protestującego, mimo że protestujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta nie podlega odrzuceniu.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, obligującego do prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz:

1) naruszenie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania protestującego do przedłużenia terminu związania ofertą oraz przedłużenia ważności wadium,

2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie protestującego z postępowania i odrzucenie jego oferty
a w konsekwencji:

3) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo, że w porównaniu i ocenie ofert nie uczestniczyła oferta protestującego

ewentualnie:

4) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, które jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Protestujący zażądał:

1) powtórzenia czynności oceny oferty odwołującego się i uznania, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania, a jego oferta nie podlega odrzuceniu

a w konsekwencji:

2) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o kryteria oceny ofert,

ewentualnie:

3) unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w związku z faktem, że zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy Pzp.

Protestujący podniósł, iż w piśmie z dnia 21 stycznia 2010 roku informującym o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający stwierdził, że pismem z dnia 9 listopada 2009 roku zwrócił się do protestującego z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium lub wniesieniem wadium na przedłużony termin związania ofertą. Protestujący pisma tego nie otrzymał, więc nie może ponosić negatywnych konsekwencji zaniechania zamawiającego wbrew dyspozycji art. 85 ustawy Pzp nie wezwał protestującego do przedłużenia terminu związania ofertą. Ponadto w dniu 23 listopada 2009 roku, w którym upływał termin związania ofertą zamawiający skierował do protestującego pismo w sprawie złożenia wyjaśnień i uzupełnień dokumentów złożonych wraz z ofertą. Protestujący skierował do zamawiającego odpowiedź, co dowodzi, że nadal był uczestnikiem postępowania związanym złożoną ofertą. Nie można także uznać, że upłynął termin ważności wadium, bowiem zostało ono wniesione w formie pieniężnej (przelew bankowy). Protestujący nie wnioskował do zamawiającego o zwrot wadium, zatem odpowiednia kwota pozostawała na koncie zamawiającego i nieprzerwanie zabezpieczała ofertę protestującego. Nie można zatem stwierdzić, że w sprawie doszło do wypełnienia dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp obligującego do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wniósł wadium, w tym również na przedłużony termin związania ofertą lub nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą. Zaniechanie zamawiającego polegające na nie wezwaniu protestującego do przedłużenia terminu związania ofertą oraz okresu ważności wadium w sytuacji, gdy zamawiający skierował takie wezwanie do innych wykonawców, a następnie wykluczenie protestującego z postępowania z powodu nie przedłużenia tego terminu w sposób bezdyskusyjny naruszyło zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dokonanie wyboru oferty z naruszeniem tej zasady stanowi rażące naruszenie ustawy Pzp, które – w sytuacji zawarcia umowy – skutkowałoby nieważnością tej umowy (art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Ponadto, w przypadku zamówienia współfinansowanego ze środków pochodzących z budżetu UE, naruszenie takie może skutkować nałożeniem na zamawiającego korekt finansowych sięgających 100% dofinansowania.

Pismem z dnia 10 lutego 2010 roku zamawiający oddalił protest. W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 10 listopada 2009 roku zamawiający zwrócił się pismem z dnia 9 listopada 2009 roku do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w ww. postępowaniu, o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 23 stycznia 2010 roku z jednoczesnym przedłużeniem terminu ważności wadium. Termin na złożenie przez wykonawców stosownego oświadczenia (w formie pisemnej) został wyznaczony do dnia 23 listopada 2009 roku, tj. do dnia upływu terminu związania ofertą. Wezwanie zostało przekazane faksem – zgodnie z zapisami zawartymi w Rozdz. 9 pkt 9.1 i 9.2 siwz: *Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują pisemnie lub faksem.*

Zamawiający przesłał ww. pismo faksem do protestującego na numer faksu lidera protestującego konsorcjum 22 528 11 09 wskazany w ofercie protestującego na stronie nr 1 oraz powtórzony na stronie 2 oferty. Zamawiający otrzymał wydruk kontrolny z przesłania pisma, gdzie zostały wskazane dane dotyczące: daty, czasu wysłania, numeru oraz pozytywnego (OK) rezultatu transmisji. Zamawiający miał zatem uzasadnione podstawy, aby przypuszczać, że wysłane tą drogą pismo dotarło do adresata w sposób pozwalający mu zapoznać się z treścią pisma. W toku postępowania w dniu 23 listopada 2009 roku zamawiający wezwał wykonawców, w tym protestującego, kolejnym pismem, do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w wyznaczonym terminie do dnia 27 listopada 2009 roku. Pismo zostało wysłane do lidera protestującego konsorcjum na ten sam numer. Zamawiający uzyskał analogiczny wydruk kontrolny potwierdzający pozytywną transmisję przesłania pisma. Do końca dnia 23 listopada 2009 roku (pierwotnego terminu związania ofertą) oświadczenie protestującego dotyczące przedłużenia terminu związania ofertą oraz przedłużenia ważności wadium nie dotarło do zamawiającego. Natomiast protestujący przekazał w wymaganym terminie żądane wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów, co potwierdza, że pisma zamawiającego przesyłanie faksem na podany w ofercie numer docierały do adresata. Tym samym nieprawdziwym wydaje się twierdzenie odwołującego się, iż nie otrzymał wezwania zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie może przedłużyć termin związania ofertą, ale protestujący nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia. Zatem zamawiający obowiązany był w świetle przepisów ustawy Pzp do wykluczenia protestującego z postępowania. Zgodnie zaś z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Protestujący od rozstrzygnięcia protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu podtrzymał zarzuty, argumenty i wnioski wyrażone w proteście.

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

Odwołanie jest bezzasadne.

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

W myśl art. 85 ust. 2 ustawy Pzp 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 tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Stosownie do ust. 4 przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony termin związania ofertą.

Przedłużenie terminu związania ofertą ma podstawowe znaczenie dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Determinuje bowiem jego dalsze uczestnictwo w postępowaniu w sytuacji, gdy pierwotny termin związania ofertą kończy się, a postępowanie nie zostało jeszcze rozstrzygnięte. Wyrazem tego jest art. 24

ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nakazujący zamawiającemu wykluczenie z postępowania wykonawcy, który nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą. Należy zaznaczyć, iż zgoda w tym przypadku nie może mieć charakteru dorozumianego, lecz winna być oświadczeniem wykonawcy. Wniosek taki wypływa z treści cytowanego wyżej art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, które dla dokonania skutecznego przedłużenia terminu związania ofertą przewidują dla wykonawcy obowiązek dokonania dwóch czynności: złożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą (ust. 2) oraz jednocześnie przedłużenie okresu ważności wadium (ust. 4).

Odwolujący się w przedmiotowym postępowaniu nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Odnosząc się do argumentu, iż nie otrzymał on wniosku zamawiającego w sprawie dokonania takiego przedłużenia podnieść należy, iż zamawiający przedłożył dowód nadania do odwołującego się za pomocą faksu pisma wzywającego do dokonania tej czynności. Widniejący na dowodzie nadania statut doręczenia pisma (OK) pozwala na domniemanie, iż pismo takie zostało przez aparat odwołującego się odebrane i mógł on zapoznać się z jego treścią. Dla oceny niniejszej sprawy bez znaczenia jest godzina nadania faksu. Urządzenia faksowe mogą działać bez

konieczności ich nadzorowania przez pracownika, zaś o tym, czy pismo zostało doręczone może świadczyć raport nadania faksu.

W ocenie Izby odwołujący się nie może również swojej argumentacji opierać na stwierdzeniu, iż z powodu nie odebrania faksu nie mógł potwierdzić, iż rzeczne pismo otrzymał, w sytuacji, gdy pismo wzywające do przedłużenia terminu związania ofertą zawierało prośbę zamawiającego o potwierdzeniu otrzymania przesyłki. Zamawiający co prawda zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienie, iż w przypadku wysyłania korespondencji faksem każda ze stron na żądanie drugiej potwierdza fakt otrzymania korespondencji, niemniej jednak brak takiego potwierdzenia nie może stanowić o skuteczności doręczenia pisma. W szczególności zamawiający nie uzależnił uznania skuteczności doręczenia od otrzymania takiego potwierdzenia, a po drugie odmienna interpretacja mogłaby sparaliżować pracę zamawiającego w sytuacji ignorowania przez wykonawców prośby zamawiającego o potwierdzanie otrzymania korespondencji. Stanowisko takie jest o tyle uzasadnione, że zamawiający podniósł na rozprawie, iż wykonawcy (w tym odwołujący się) nie przesyłali mu takowych potwierdzeń, pomimo, że każde pismo kierowane do nich za pomocą faksu zawierało prośbę o dokonanie potwierdzenia.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, iż przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp daje wykonawcom możliwość samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. Odwołujący się mógł zatem takiego przedłużenia dokonać, bez wcześniejszego wniosku zamawiającego w przedmiocie dokonania przedłużenia. Zauważyć należy, iż od odwołującego się – będącego profesjonalnym podmiotem uczestniczącym w obrocie gospodarczym – wymagana jest szczególna staranność przejawiająca się również w znajomości przepisów ustawy Pzp i we właściwym ich stosowaniu. Skoro odwołujący się, jak twierdzi, nie został poinformowany o konieczności przedłużenia terminu związania ofertą, mógł i powinien takiej czynności dokonać. Zaniedbania odwołującego się w tej kwestii mogą obciążać wyłącznie jego samego.

Izba zwraca uwagę, iż zamawiający w piśmie z dnia 21 stycznia 2010 roku poinformował odwołującego się o odrzuceniu jego oferty podczas, gdy – zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp – winien był uznać jego ofertę za odrzuconą. Naruszenie to nie ma jednak żadnego wpływu na wynik postępowania, zatem odwołanie należało oddalić na podstawie art. 191 ust. 1a *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz przepisów 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 rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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:

.....

.....