Sygn. akt: KIO 635/12

POSTANOWIENIE
z dnia 11 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 11 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę: **Andrzej Landowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INSTAL Hurt – Detal Andrzej Landowski, ul. Wybudowanie 45/1; 83-240 Lubichowo,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Książki, ul. Bankowa 4; 87-222 Książki,**

przy udziale wykonawcy **AWAS-Systemy sp. z o.o., ul. Żegańska 1; 04-713 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Andrzeja Landowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INSTAL Hurt – Detal Andrzej Landowski, ul. Wybudowanie 45/1; 83-240 Lubichowo** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Andrzeja Landowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą INSTAL Hurt– Detal Andrzej Landowski, ul. Wybudowanie 45/1; 83-240 Lubichowo** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

……

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Książki, ul. Bankowa 4; 87-222 Książki, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Budowę przydomowych biologicznych oczyszczalni ścieków w gminie Książki”,* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 6 lutego 2012 roku pod pozycją 34456.

Zamawiający pismem z dnia 28 marca 2012 roku przesłał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty wykonawcy - Andrzej Landowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INSTAL Hurt – Detal Andrzej Landowski, ul. Wybudowanie 45/1; 83-240 Lubichowo.

Wykonawca - Andrzej Landowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą INSTAL

Hurt – Detal Andrzej Landowski, ul. Wybudowanie 45/1; 83-240 Lubichowo (zwany dalej „Odwołującym") dnia 2 kwietnia 2012 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego zamawiający niezgodnie z przepisami ustawy Pzp dokonał lub zaniechał następujących czynności, do których dokonania był zobowiązany:

1) dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego z przedmiotowego postępowania,
2) dokonanie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty firmy AWAS SYSTEMY sp. z o.o.,
3) zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego.
2. Unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty firmy AWAS SYSTEMY sp. z o.o.
3. Dokonania ponownej czynności oceny ofert i wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z wymaganiami zamawiającego, proponując w swojej ofercie osadniki gnilne innego producenta niż wskazał zamawiający, dołączył do oferty wykaz wyspecyfikowanych urządzeń wraz z podaniem nazwy producenta, dokładnego i jednoznacznego typu urządzenia oraz załączył, deklaracje zgodności producenta. W wyniku uzupełnień dokumentów zgodnie z wezwaniami zamawiającego, odwołujący przedstawił również dodatkowe dokumenty. Złożona oferta wraz z uzupełnionymi dokumentami, potwierdzała, że zaproponowane przez odwołującego oczyszczalnie spełniają wszystkie wymogi określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący uzasadniając podniósł, iż zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, gdyż jak napisał zamawiający w piśmie informującym o rozstrzygnięciu postępowania, *„oferent nie przedłożył żadnego wiarygodnego dokumentu stwierdzającego jakiekolwiek możliwości uzyskania oczyszczania ścieków oraz nie posiada prawnego upoważnienia do przedłożenia w ofercie dokumentów obcych".* Odwołujący wyjaśnił, że złożył w drodze uzupełnienia wszystkie wymagane przez zamawiającego dokumenty, a zamawiający nie wyjaśnił, jakich wiarygodnych dokumentów nie dostarczył odwołujący. Z całokształtu zachowań zamawiającego, podczas całego postępowania przetargowego wynika, że przedmiotem niezgodności są osadniki gnilne, spełnianie przez nie normy PN-EN 12566-1/A oraz dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane osadniki wymaganych norm. Odwołujący wskazał, że potwierdził, że proponowane przez niego osadniki gnilne, których producentem jest firma Delfin sp. z o.o. spełniają normy wymagane przez zamawiającego. Przedstawione przez odwołującego deklaracje zgodności oraz wyniki badań przeprowadzonych przez Instytut Techniki Budowlanej potwierdzają fakt spełniania przez przedmiotowe osadniki, normy PN-EN 12566-1/A. Zarzut dotyczący braku prawnego upoważnienia do posługiwania się dokumentami takich jak deklaracja zgodności, nie znajduje oparcia ani w zapisach s.i.w.z. ani w przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz w sytuacji faktycznej. Dodatkowo odwołujący podniósł, że zamawiający nie sformułował w s.i.w.z. żadnych wymogów dotyczących tytułu prawnego do posługiwania się dokumentami takimi jak deklaracje zgodności. Również ustawa oraz akty wykonawcze do niej nie zawierają takich regulacji.

Izba ustaliła, że zamawiający pismem z dnia 6 kwietnia 2012 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż zgadza się z zarzutami odwołującego i uwzględnia odwołanie w całości.

Zamawiający dnia 3 kwietnia 2012 roku przekazał kopię odwołania innym wykonawcom.

Dnia 6 kwietnia 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca: AWAS SYSTEMY sp. z o.o.

Na posiedzeniu w dniu 11 kwietnia 2012 roku przystępujący złożył, ustnie do protokołu, oświadczenie, iż wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Strony na posiedzeniu zgodnie potwierdziły, że termin związania ofertą upływał w dniu 27 marca 2012 roku (termin składania ofert wyznaczony został na dzień 27 lutego 2012 roku).

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, iż dnia 28 marca 2012 roku, drogą elektroniczną (e-mail) o godzinie 15.28 oraz faksem o godzinie 16.14 złożył zamawiającemu oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 30 kwietnia 2012 roku.

Zamawiający okazał Izbie stosowne dokumenty potwierdzające wskazaną okoliczność.

W ocenie Izby złożone przez odwołującego oświadczenie zostało złożone właściwie, w formie wymaganej przez zamawiającego (opisanej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia), jednakże nie może stanowić o prawidłowej czynności odwołującego. Złożone oświadczenie nie może być traktowane, jako złożone w terminie, nie przedłużało terminu związania oferty już złożonej. Ewentualnie mogło być traktowane, jako złożenie nowej oferty, zawierającej takie same warunki, niemniej przy takim uznaniu, oferta została złożona po terminie wskazanym przez zamawiającego.

Zgodnie z przepisem art. 85 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, 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.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie zwracał się do wykonawców z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą. Tym samym obowiązek zabezpieczenia terminu związania ofertą na czas prowadzonego postępowania został

przeniesiony na wykonawców biorących udział w procedurze udzielenia zamówienia publicznego.

Z obowiązku powyższego odwołujący nie wywiązał się prawidłowo.

Z przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp jednoznacznie wynika, iż oświadczenie wykonawcy w zakresie przedłużenia terminu związania ofertą musi być złożone przed upływem jej pierwotnego okresu związania, w przeciwnym razie termin związania ofertą ulega przerwaniu. Odmienna interpretacja omawianego przepisu prowadziłaby do wniosku, że wykonawcy mają prawo do składania tego rodzaju oświadczeń po pierwotnie ustalonym terminie związania ofertą, co z kolei pozostaje w sprzeczności z uprawnieniem zamawiającego do występowania z wnioskiem do wykonawców w terminie na co najmniej 3 dni przed upływem terminu związania ofertą.

W powyższym zakresie bezzasadne jest również stanowisko odwołującego, iż bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert, gdyż w chwili wnoszenia odwołania odwołujący nie był pełnoprawnym uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia – utracił status wykonawcy w dniu 28 marca 2012 roku – niezabezpieczając ciągłości związania ofertą.

W ocenie Izby bez znaczenia pozostaje fakt, czy zaniechanie zachowania ciągłości związania ofertą było działaniem zamierzonym czy też nie oraz czy termin związania ofertą trwał krótko czy też długo (parę dni). Istotnym jest sama okoliczność niedochowania wymogów zachowania ciągłości związania ofertą.

Jak słusznie stwierdziła Izba w wyrokach z dnia 28 października 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 2276/10 oraz z dnia 20 sierpnia 2010 roku 2010 roku, sygn. akt KIO 1655/10 *„okres związania ofertą musi pozostawać ciągły i nieprzerwany. Nie jest natomiast dopuszczalne*

przerwanie okresu związania ofertą i po przerwie jego ponowne ustanowienie (…). 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 (…) złożenia nowej oferty o takiej samej treści (…)."

Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, iż odwołanie należało odrzucić na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, gdyż zostało złożone przed podmiot do tych czynności nieuprawniony.

Zgodnie z przepisem art. 2 pkt 11 ustawy Pzp przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący, składając oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu, po upływie pierwotnie obowiązującego terminu związania ofertą - utracił w ocenie Izby status wykonawcy, który mógłby skutecznie korzystać ze środków ochrony prawnej.

Środki ochrony prawnej, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

W ocenie Izby odwołujący utracił status wykonawcy, zgodnie z definicją przepisu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp.

W zakresie zaś możliwości uznania, iż odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania, jako innej osobie wymienionej w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, to w ocenie Izby, przepis powyższy, odnosi się do osób, które zamierzają ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego i na etapie ogłoszenia o zamówieniu, czy też publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia stwierdzają naruszenia przepisów przez Zamawiającego mogące mieć wpływ na możliwość złożenia, przez te osoby oferty, czyli ubiegania się o udzielenie zamówienia. Są to więc osoby nie zdefiniowane przepisem art. 2 pkt 11 ustawy Pzp.

Odwołujący, nieterminowo składając oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą uniemożliwił sobie racjonalną ochronę swoich praw, tj. uniemożliwił sobie korzystanie ze środków ochrony prawnej, określonych w ustawie - Prawo zamówień publicznych, czym usankcjonował czynności dokonane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Powyższe stanowisko, wyrażone w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 stycznia 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 1896/09 potwierdzone zostało postanowieniem sądu okręgowego w Legnicy z dnia 18 maja 2010 roku, sygn. akt VI Ga 54/10.

W związku z powyższym orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: ……