

Sygn. akt KIO/UZP 1763/09

Sygn. akt KIO/UZP 1764/09

WYROK
z dnia 4 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Dagmara Gałczewska – Romek

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lutego 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2010 r. do łącznego rozpoznania wniesionych przez:

A. POYRY INFRA Sp. z o.o. ul. Krupnicza 5/1 31-123 Kraków ,

B. Konsorcjum firm: APIA XXI I.A.K. Sp. z o.o.; APIA XXI S.A z siedzibą lidera ul. Grójecka 5, 02-019 Warszawa;

Od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Mazowieckie Wojewódzki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa** protestów:

A. POYRY INFRA Sp. z o.o. ul. Krupnicza 5/1 31-123 Kraków z dnia 6 listopada 2009 r.

B. Konsorcjum firm: APIA XXI I.A.K. Sp. z o.o.; APIA XXI S.A z siedzibą lidera ul. Grójecka 5, 02-019 Warszawa z dnia 6 listopada 2009 r.

przy udziale konsorcjum wykonawcy **EGIS Poland Sp. z o. o., EGIS Route- Scetauroute S.A Oddział w Polsce w imieniu EGIS Route- Scetauroute S.A**, z siedzibą lidera ul. Puławska 182, 02-670 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowań

1

odwoławczych: sygn. akt KIO/UZP 1763/09, sygn. akt KIO/UZP 1764/09 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie A POYRY INFRA Sp. z o.o.

2. Uwzględnić odwołanie B konsorcjum firm: APIA XXI I.A.K. Sp. z o.o.; APIA XXI S.A

Nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum EGIS Poland Sp. z o. o. , EGIS Route- Scetauroute S.A Oddział w Polsce w imieniu EGIS Route- Scetauroute S.A, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego A i odwołującego B z postępowania oraz ponowne dokonanie czynności oceny i wyboru ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Województwo Mazowieckie Wojewódzki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie ul. Mazowiecka 14, 00-048 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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A. koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: **dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote**) z kwoty wpisu uiszczanego przez **POYRY INFRA Sp. z o.o. ul. Krupnicza 5/1 31-123 Kraków,**

B. koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: **dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote**) z kwoty wpisu uiszczanego przez konsorcjum firm: **APIA XXI I.A.K. Sp. z o.o.; APIA XXI S.A. z siedzibą lidera ul. Grójecka 5, 02-019 Warszawa;**

2) dokonać wpłaty kwoty **2 222 zł 00 gr** (słownie: **dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote**) przez **Województwo Mazowieckie Wojewódzki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa**, na rzecz **POYRY INFRA Sp. z o.o. ul. Krupnicza 5/1 31-123 Kraków**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

3) dokonać wpłaty kwoty **2 222 zł 00 gr** (słownie: **dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote**) przez **Województwo Mazowieckie Wojewódzki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa**, na rzecz konsorcjum firm: **APIA XXI I.A.K. Sp. z o.o.; APIA XXI S.A. z siedzibą lidera ul.**

2

Grójecka 5, 02-019 Warszawa, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

4) dokonać zwrotu kwoty **25 556 zł 00 gr** (słownie: **dwadzieścia pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz: odwołujących się, w tym:

A. kwoty **12 778 zł. 00 gr** (słownie; **dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz: odwołującego A. **POYRY INFRA Sp. z o.o. ul. Krupnicza 5/1 31-123 Kraków**,

B. kwoty **12 778 zł. 00 gr** (słownie; **dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy**) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego konsorcjum firm: **APIA XXI I.A.K. Sp. z o.o.; APIA XXI S.A. z siedzibą lidera ul. Grójecka 5, 02-019 Warszawa;**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na "Opracowanie dokumentacji projektowej dla budowy wiaduktu nad torami PKP w ciągu drogi wojewódzkiej nr 730 w miejscowości Warka. (Dz. Urz. UE 2009/ S 134 – 196301 z 16.07.2009 r.) zostały wniesione protesty, a następnie odwołania przez:

- 1) POYRY INFRA Sp. z o.o. w dniu 6 listopada 2009 r., zwanym dalej odwołującym A.
- 2) Konsorcjum firm: APIA XXI I.A.K. Sp. z o.o. APIA XXI S.A. w dniu 6 listopada 2009 r., zwanym dalej odwołującym B.

Złożenie protestów nastąpiło skutkiem powiadomienia pismem z 28 października 2009 r., doręczonym w tej samej dacie o wyborze oferty złożonej przez konsorcjum EGIS Poland Sp. z o. o., EGIS Route - Scetauroute S.A. Oddział w Polsce oraz o wykluczeniu odwołujących A i B z postępowania z powodu nie wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu - Województwu Mazowieckiemu Wojewódzkiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Warszawie, 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. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742), dalej ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO/UZP 1763/09

3

Odwołujący A POYRY INFRA Sp. z o.o. zarzucił w proteście naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez wykluczenie z postępowania, pomimo, iż jego oferta zabezpieczona była wadium na wydłużony okres związania ofertą,

2) art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy konsorcjum firm: Egis Poland Sp. z o. o. Egis Route-Scetauroute S.A. Oddział w Polsce w imieniu Egis Route-Scetauroute S.A., zwanego dalej konsorcjum Egis, pomimo, iż wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący A powołał się na okoliczność, iż w wyniku naruszenia przez

w uzyskaniu zamawiającego

wskazanych przepisów ustawy Pzp jego interes prawny

zamówienia może doznać uszczerbku, albowiem w przypadku prawidłowego działania zamawiającego, odwołujący A nie zostałby wykluczony z postępowania, a jego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. W związku z powyższym zażądał:

1) unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania odwołującego A POYRY INFRA Sp. z o.o.,

2) wykluczenia z postępowania wykonawcy konsorcjum Egis i odrzucenia jego oferty,

3) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem ofert odrzuconych i wykonawców wykluczonych.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów, podnosił, iż zamawiający pismem z dnia 28 października 2009 r. poinformował o wykluczeniu odwołującego A z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, za nie wniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą. Wyjaśnił iż zamawiający - w dniu 14 października 2009 r. - zwrócił się do niego z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 18 grudnia 2009 r., informując iż pisemne potwierdzenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenie ważności wadium albo wniesienie nowego wadium obejmującego przedłużony okres związania ofertą, należy wnieść do dnia 20 października 2009 r. Odwołujący A w piśmie z dnia 16 października 2009 r. oświadczył, iż wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 18 grudnia 2009 r., wskazując jednocześnie, iż w najbliższym czasie dostarczy wadium na przedłużony okres. Za istotny fakt uznał, iż oferta odwołującego A na dzień składania oświadczenia, zabezpieczona była wadium do dnia 22 listopada 2009 r. Pomimo tego, zamawiający wykluczył odwołującego A z postępowania. Odwołujący A przyznał, iż oryginał wadium został złożony w siedzibie zamawiającego po dniu 20 października 2009 r., a więc po upływie wyznaczonego terminu, jednakże okoliczność tą w niniejszej sprawie poczytał za nieistotną. Decydujący jest bowiem fakt, iż oferta odwołującego A była i jest zabezpieczona wadium w sposób nieprzerwany.

4

Uznał, iż dla oceny przedmiotowej sprawy nie ma więc znaczenia to, kiedy wykonawca przekazał zamawiającemu dokument potwierdzający wniesienie wadium w postaci gwarancji bankowej na przedłużony okres związania ofertą (o ile uczynił to w terminie ważności dotychczas ustanowionego wadium), ale czy oferta była należycie zabezpieczona wadium. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wadium służy zabezpieczeniu zamawiającego na wypadek zaistnienia okoliczności, określonych w art. 46 ust. 4 a i ust. 5 ustawy na cały okres związania ofertą, a jego istotą jest możliwość zaspokojenia roszczeń zamawiającego związanych z rozstrzygnięciem przetargu bezpośrednio z wadium. Podnosił, iż zamawiający wyznaczył termin, w jakim wykonawca winien przedłużyć termin ważności wadium. Jednakże w opinii odwołującego A, warunek złożenia dokumentu wadium do terminu, określonego przez zamawiającego, nie mieści się w treści art. 181 ust. 2a ustawy. Na potwierdzenie swego stanowiska przywołał pogląd ugruntowany w orzecznictwie arbitrażowym np. (sygn. akt KIO/UZP/108/07), iż „Wystarczające jest złożenie stosownego dokumentu, nie później niż w ostatnim dniu terminu ważności będącego w posiadaniu zamawiającego zabezpieczenia wadialnego.” A więc w tym przypadku, wykonawca winien przedłużyć ważność wadium najpóźniej w dniu 22 listopada 2009 r. Jeżeli zatem nie upłynął jeszcze termin ważności dotychczas ustanowionego wadium, to samo złożenie oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą jest wystarczające. Zamawiający na dzień przyjęcia oświadczenia był w posiadaniu wadium, co oznacza, iż do dnia ważności wadium (tj. do dnia 22 listopada 2009 r. włącznie) mógł zrealizować swoje uprawnienia w sytuacji określonej w art. 46 ust. 4 a i ust. 5 ustawy. Dlatego też wykonawca nie może zostać wykluczony z postępowania ze względu na brak wadium, które faktycznie zostało wniesione i funkcjonowało w sposób nieprzerwany.

Przyjęcie zaś odmiennego poglądu, zgodnie z którym w razie przedłużenia terminu

związania ofertą wykonawca zobowiązany jest do ustanowienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą lub przedłużenia ważności wadium niezależnie od faktu, czy dotychczas ustanowione wadium jest jeszcze ważne, uznał odwołujący A za wiodące do absurdu, prowadzącego się do tego, iż wykonawca będzie zmuszony ustanowić nowe wadium, obok dotychczasowego, przy czym okres ważności tego nowego wadium będzie liczony od daty jego ustanowienia. W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to, że aby zadośćuczynić wymogom zamawiającego, należałoby jednocześnie ustanowić dwa zabezpieczenia wadium, które w pewnym okresie będą funkcjonować obok siebie, obejmując ten sam okres czasu, czyli w tym samym czasie zabezpieczyć ofertę wadium wniesionym w „podwójnej” wysokości.

Podkreślał, iż ustawa odrębnie traktuje termin związania ofertą i ważność wadium w tym znaczeniu, iż przedłużenie ważności oferty nie przedłuża ważności wadium (i na odwrót) oraz, że zawieszenie biegu terminu związania ofertą nie powoduje zawieszenia terminu

5

ważności wadium. W tej sytuacji nie jest konieczne przedłużenie ważności wadium w dacie przedłużenia stanu związania ofertą (bo czynności te z istoty rzeczy są rozłączne), lecz ważne jest, aby zabezpieczyć ofertę wadium na przedłużony okres związania ofertą nie później, niż dacie upływu ważności dotychczasowego zabezpieczenia.

Odnosząc się do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy konsorcjum Egis, pomimo, iż wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, podnosił, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków lub złożone dokumenty zawierają błędy, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy. Ponadto z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy (art. 24 ust. 1 pkt 10). Zamawiający wyznaczył, iż o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „dysponują osobą/ osobami przewidzianymi do realizacji usług posiadającymi uprawnienia lub przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do realizacji usług:

- po 1 projektancie dla branży drogowej, mostowej, elektrycznej, gazowej, teletechnicznej, sanitarnej.
- po 1 projektancie sprawdzającym w każdej z w/w branż z uprawnieniami wymaganymi przez Prawo budowlane. (pkt 4. 3 SIWZ).

Z treści powyższego, odwołujący A wywiódł, iż wykonawca dla każdej z poszczególnych branż winien zaproponować osobę na stanowisko projektanta oraz projektanta sprawdzającego, po drugie poszczególne branże są niezależne od siebie, w związku z czym nie mogą być łączone. Tymczasem konsorcjum Egis podało, iż funkcję projektanta i projektanta sprawdzającego w danej branży będzie pełnić ta sama osoba. Nadto Konsorcjum nie rozdzieliło poszczególnych branż. Z treści oferty wynika, iż pan Eugeniusz Ł. został przewidziany na stanowisko projektanta i projektanta sprawdzającego w branży sanitarnej/gazowej. Dodał, iż branża sanitarno-gazowa nie została określona jako odrębna kategoria. Zamawiający dokonał wyraźnego podziału na poszczególne branże w tym niezależne od siebie branże: sanitarną i gazową. Połączenie dwóch branż jak również wskazanie jednej osoby na niezależne od siebie stanowiska jest w opinii odwołującego A, niedopuszczalne. Z czego wywiódł dalszy wniosek, iż wykonawca wybrany do realizacji zamówienia nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i winien być wykluczony z postępowania.

6

Na wezwanie zamawiającego z dnia 9 listopada 2009 r. do postępowania wywołanego protestem przystąpiło pismem z dnia 12 listopada 2009 r., konsorcjum EGIS Poland Sp. z o. o. , EGIS Route- Scetauroute SA Oddział w Polsce EGIS Route- Scetauroute S.A., wnosząc o utrzymanie czynności wyboru jego oferty. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego, iż ze względu na niespełnienie dyspozycji art. 85 ust. 4 ustawy

Pzp, wykluczenie odwołującego A znajdowało podstawy. Wskazał, iż postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) nie statuowały warunku rozłączności pełnienia funkcji w branży sanitarnej i gazowej. Zaprzeczył twierdzeniom, iż p. Eugeniusz Ł., wskazany na stanowisko projektanta w obu wymienionych branżach miał jednocześnie pełnić funkcję projektanta sprawdzającego, ponieważ w tym zakresie został podany p. Jacek Ł.

Pismem z dnia 13 listopada 2009 r., zamawiający rozstrzygnął protest odwołującego A, przez jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu wskazał na treść art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, z której wyprowadził wniosek, iż aby doszło do skutecznego przedłużenia związania ofertą, wykonawca zobowiązany jest; złożyć oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużyć okres ważności wadium lub wnieść nowe wadium. Skoro odwołujący A nie dopełnił jednocześnie i łącznie wymienionych wyżej czynności, podlegał wykluczeniu z postępowania z podanej podstawy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający powołał się na poglądy doktryny i orzecznictwa, między innymi wyrażone w wyrokach Izby o sygn. akt: KIO/UZP 20/09, KIO/UZP 213/09, KIO/UZP 214/09. W odniesieniu do stawianego zarzutu przeciwko ofercie wybranego wykonawcy konsorcjum EGIS Poland Sp. z o. o., EGIS Route- Scetauroute S.A. Oddział w Polsce, zamawiający przytoczył taką samą argumentację, jak przystępujący, zatem nie uwzględnił zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, przez wybór oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W odwołaniu wniesionym w dniu 23 listopada 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane w odniesieniu do czynności wykluczenia odwołującego A z postępowania wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego A z postępowania;
- 2) dokonania wyboru oferty z pominięciem ofert odrzuconych.

W uzasadnieniu odwołujący ponowił argumentację przedstawioną w proteście. Odnosząc się do rozstrzygnięcia zamawiającego, uznał je za niezasadne. Wskazał, iż jego oferta pozostawała zabezpieczona wadium w sposób nieprzerwany, zarówno na dzień

7

złożenia oferty, jak i na dzień złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, jak i w okresie przedłużonego terminu związania ofertą. Jako istotną w tej kwestii, odwołujący A pokreślił okoliczność, iż czynność przedłużenia ważności wadium została dokonana przed upływem ważności dotychczasowego wadium. Wywodził, iż bez znaczenia pozostaje to, kiedy wykonawca przekazał zamawiającemu dokument potwierdzający wniesienie nowego wadium, w postaci gwarancji bankowej na przedłużony okres związania ofertą. Powołał się na argumentację uzasadnienia wyroku Izby w sprawie sygn. akt KIO/UZP 845/09, stwierdzając, iż w odniesieniu do art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, zasadne jest stosowanie wykładni celowościowej, sprowadzającej się do badania, czy w danym przypadku oferta wykonawcy pozostawała zabezpieczona wadium. Dyspozycja przedłużenia wadium w terminie wyznaczonym przez zamawiającego do 20 października 2009 r., nie mieści się w upoważnieniu wyznaczonym treścią przepisu art. 181 ust. 2a ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego A, wystarczające było złożenie zamawiającemu dokumentu, potwierdzającego wniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą, nie później niż w dniu 22 listopada 2009 r., skoro z upływem tej daty, traciła ważność poprzednia gwarancja bankowa. W takich okolicznościach samo przedłużenie okresu związania ofertą w wyznaczonym terminie, odwołujący A uznał za wystarczające, skoro do daty upływu ważności poprzedniej gwarancji włącznie, zamawiający mógł zrealizować uprawnienia w razie zaistnienia sytuacji przewidzianej w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Zamawiający nie został więc ograniczony w możliwości zgłoszenia roszczeń, a ich dochodzenie nie zostało utrudnione.

Odwołujący A stwierdzał, iż zamawiający pozbawił go możliwości uzyskania zamówienia, co niezbieżnie dowodzi naruszenia interesu prawnego jako wykonawcy i stanowi wystarczającą przesłankę do skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Pismem z dnia 1 lutego 2010 r., przekazanym stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przystąpiło konsorcjum

EGIS Poland Sp. z o. o., EGIS Route- Scetauroute S.A. Oddział w Polsce, wnosząc o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego. Przystępujący odwoływał się do reguł interpretacyjnych, zgodnie z którymi w pierwszym rzędzie należy brać pod uwagę językowe znaczenie tekstu prawnego, które w przypadku art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, uznał za jednoznaczne.

Sygn. akt KIO/UZP 1764/09

Odwołujący B konsorcjum spółek w składzie: APIA XXI I.A.K.. Sp. z o.o., APIA XXI, S.A. wniósł protest wobec czynności wykluczenia go z postępowania oraz wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty konsorcjum EGIS. Zarzucił zamawiającemu naruszenie:

8

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez złamanie podstawowej zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, przez jego bezprawne zastosowanie jako podstawy prawnej wykluczenia konsorcjum;
3. art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, przez jego błędną wykładnię

W związku z powyższym wniósł o:

1. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na: (1) wykluczeniu odwołującego B z postępowania, (2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum spółek, którego liderem jest EGIS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
2. powtórzenie czynności badania oraz oceny złożonych ofert;
3. przywrócenie odwołującego B do postępowania;
4. uznanie za najkorzystniejszą oferty odwołującego B.

W uzasadnieniu zarzutów protestu, podniósł naruszenie swego interesu prawnego, przez pozbawienie możliwości ubiegania się o zamówienie, mimo iż złożona oferta była prawidłowa i najkorzystniejsza, przy tym prawidłowo zabezpieczona wadium. Powołał się na postanowienia SIWZ, zobowiązujące wykonawców do wniesienia wadium. Zamawiający wymagał, by wadium zostało wniesione w kwocie 34.000,00 zł., na okres 60 dni (czyli na okres odpowiadający okresowi związania ofertą), poczynawszy od 24 sierpnia 2009 r., tj. dnia, w którym upływał termin składania ofert przez wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Czyniąc wymogom treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniom SIWZ, dołączył do złożonej przez siebie oferty gwarancję bankową wystawioną 20 sierpnia 2009 r., w której gwarant zobowiązał się wypłacić na rzecz zamawiającego kwotę 34.000,00 zł pod warunkiem, że w okresie pomiędzy 24 sierpnia 2009 r. a 22 listopada 2009 r. ziszcza się przesłanki wskazane w treści gwarancji, odpowiadające przesłankom uregulowanym w art. 46 ust. 4a i 5 pkt 1 - 3 ustawy Pzp. Odwołujący B wyjaśniał, iż zamawiający zwrócił się do niego pismem z 14 października 2009 r. (znak: W-7-226/2316/2009/143) z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie okresu związania ofertą do 18 grudnia 2009 r., zakreślając termin tej czynności do 20 października 2009 r.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, odwołujący B pismem z 19 października 2009 r., złożył oświadczenie, iż wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do 18 grudnia 2009 r. oraz oświadczył, iż aneks do gwarancji bankowej, która pozostaje ważna do 22 listopada 2009 r., zostanie przekazany zamawiającemu „tak szybko, jak będzie to możliwe” (oczywiście przed upływem okresu ważności gwarancji z 20 sierpnia 2009 r., czyli przed 22 listopada 2009 r.). Złożenie przez odwołującego aneksu do gwarancji bankowej, zostało uprzedzone podjętymi przez zamawiającego bezprawnymi czynnościami wykluczenia odwołującego z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp za niewniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą. Zarzucił, iż zamawiający ustalił

9

stan faktyczny z rażącym niedbalstwem, dokonał błędnej wykładni art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, nadto w wyniku błędnej subsumcji, bezprawnie zastosował art. 24 ust. 2 pkt 4 tej ustawy, godząc tym samym w interes prawny odwołującego B. Powołał się linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, pokrywającą się w zakresie istoty oraz funkcji, którą pełni wadium z doktryną prawa cywilnego, która swoje poglądy opiera na definicji wadium zawartej w art. 70 4 Kodeksu cywilnego. Wadium w powołanym przepisie Kodeksu cywilnego funkcjonuje w dwóch znaczeniach. W pierwszym jest rozumiane jako dodatkowe zastrzeżenie w

warunkach aukcji lub przetargu, uzależniające dopuszczenie potencjalnych uczestników do udziału w postępowaniu od wpłacenia przez nich organizatorowi określonej sumy pieniężnej lub zabezpieczenia jej zapłaty. Z kolei w drugim znaczeniu wadium oznacza pewną sumę, którą uczestnik ma zapłacić, lub której zapłatę ma zabezpieczyć. Istotna jest jednak funkcja, którą spełnia wadium. Zarówno doktryna prawa cywilnego (por. m.in. P. Machnikowski - Kodeks cywilny. Komentarz, (red. E. Gniewek), Wrocław 2008 r.; Z. Radwański w System Prawa Prywatnego - t. 2 Prawo cywilne - część ogólna. Suplement. Warszawa 2004 r.), judykatura (vide orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 8 marca 2006 r., I ACa 1018/05) jak również ukształtowana w tym zakresie linia orzecznicza: sygn. akt UZP/ZO/0-1690/03; sygn. akt UZP/ZO/0-1312/03; sygn. akt UZP/ZO/0-1221/02) wyznacza wadium funkcję zabezpieczającą. Odnosząc powyższe wywody do dyspozycji normy prawnej zawartej w art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, iż przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, odwołujący B podkreślił, iż zastosowanie literalnej wykładni powyższej normy prawnej oznaczałoby doprowadzenie w niektórych sytuacjach, jak w tym postępowaniu, do kuriozalnych konsekwencji. Posiadając gwarancje bankowe lub ubezpieczeniowe, których - podobnie jak to miało miejsce w przypadku odwołującego B - termin ważności (możliwości zaspokojenia przez zamawiającego swoich roszczeń) znacząco przenosi określony przez zamawiającego okres związania ofertą i w przypadku wezwania wykonawców do przedłużenia okresu związania ofertą, który z kolei przenosi wydłużony okres ważności wystawionej gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej (jak to miało miejsce w tym postępowaniu), zamawiający każdorazowo zmusza wykonawców do irracjonalnego, tak z punktu widzenia art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, jak i prowadzenia działalności gospodarczej, zachowania polegającego na konieczności ubiegania się o kolejną gwarancję bankową/ubezpieczeniową, która będzie opiewała na tę samą kwotę, dotyczyła tego samego postępowania, prowadzonego przez tego samego zamawiającego, ale przede wszystkim dotyczyła (przynajmniej częściowo) tego samego okresu. Podkreślił, że niezależnie od tego, na jakie kwoty opiewa wystawiana gwarancja bankowa/ubezpieczeniowa, koszty jej udzielenia nie należą do najmniejszych i bezpodstawnie zmuszanie wykonawców do ich ponoszenia,

10

nawet w sytuacji, w której oferta pozostaje zabezpieczona w sposób ciągły, godzi w ich interesy ekonomiczne. W przekonaniu odwołującego B, wymóg dopełnienia przez wykonawcę obowiązku jednoczesnego wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą wraz z wniesieniem wadium na przedłużony okres związania ofertą należy interpretować w sposób celowościowy, co potwierdzają identyczne poglądy zawarte np. w orzeczeniu sygn. akt KIO/UPZ 845/09). Reasumując, stwierdził, iż nie ma podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który jest związany złożoną przez siebie ofertą, która była i jest zabezpieczona wadium w sposób ciągły, czyli wykonawcy, który wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużał ważność wadium w dniu bezpośrednio poprzedzającym dzień upływu ważności uprzednio złożonego wadium. Powyższa argumentacja skłoniła odwołującego B do wniosków, iż w dniu 19 października 2009 r. dochował wszelkich obowiązków związanych z przedłużeniem okresu związania ofertą, swoje oświadczenie, złożone w trybie art. 85 ust. 4 ustawy Pzp uznał za precyzyjne i nie budzące żadnych wątpliwości. Oferta pozostawała zabezpieczona wadium w sposób ciągły, odwołujący deklarował natomiast jednoznacznie jego przedłużenie (w stosownym momencie) do końca okresu związania ofertą. Zamawiający nie mógł mieć wątpliwości, że wolą i celem wykonawcy było dalsze ubieganie się o przedmiotowe zamówienie. Zarzut zamawiającego sprowadza się bowiem do braku dochowania „jednoczesności” złożenia oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą z wniesieniem (nowego) wadium na przedłużony okres związania ofertą, tj. kolejne 60 dni, co w obliczu zaprezentowanej argumentacji, uznał za błędne rozumienie przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, które doprowadziło do bezprawnego zastosowania w stosunku do odwołującego B sankcji wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 tej ustawy.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 9 listopada 2009 r. do postępowania wywołanego protestem przystąpiło pismem z dnia 12 listopada 2009 r. konsorcjum EGIS Poland Sp. z o. o., EGIS Router - Scetauroute S.A. Oddział w Polsce, wnosząc o utrzymanie

czynności wyboru jego oferty. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego, iż ze względu na niespełnienie dyspozycji art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, wykluczenie odwołującego B znajdowało podstawy. W przekonaniu przystępującego, ustawodawca uznał, iż przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne, ale tylko wówczas, gdy wykonawca przedłuży w tym samym czasie termin ważności wadium, niezależnie od tego, czy wniesione pierwotnie przez niego wadium nadal pozostaje ważne.

Pismem z dnia 13 listopada 2009 r. zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie.

11

W uzasadnieniu podał, iż zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy przedłużenie okresu 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. Z treści tego przepisu wynika jednoznacznie, że aby doszło do skutecznego przedłużenia terminu związania ofertą, wykonawca obowiązany jest dokonać dwóch czynności: złożyć oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania oraz przedłużyć okres ważności wadium (względnie wnieść nowe wadium) na przedłużony okres związania ofertą. Dokonanie wyłącznie jednej czynności musi skutkować uznaniem, iż przedłużenie zostało dokonane w sposób wadliwy, a tym samym - nie jest skuteczne. Na poparcie swoich twierdzeń zamawiający powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO/UZP 19/09, sygn. akt KIO/UZP 579/09, sygn. akt KIO/UZP 201/09; KIO/UZP 213/09; KIO/UZP 214/09. W opinii odwołującego, podobny pogląd – jak powyższy prezentowany jest również przez doktrynę, m.in. W. Dzierżanowski, M. Stachowiak, J. Jerzykowski w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” 3. Wydanie. Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. w komentarzu do art. 85 stwierdzono: „Zgoda na dalsze związanie ofertą powinna być wyrażona przed upływem dotychczasowego terminu związania i może rodzić skutki prawne tylko wówczas, gdy wraz z jej wyrażeniem wykonawca przedłuży okres ważności wadium. Literalne brzmienie przepisu może sugerować, iż przedłużenie ważności wadium musi nastąpić w tym samym momencie, co wyrażenie zgody na dalsze związanie ofertą („jednocześnie”). Celem przepisu jest jednak wyłącznie wprowadzenie obowiązku złożenia wadium na nowy okres związania ofertą. Wystarczające będzie więc, jeśli obie te czynności zostaną dokonane w dowolnej kolejności, byleby miały miejsce przed upływem terminu związania ofertą. Za niedopuszczalne w świetle przepisu należy natomiast uznać przedłużenie ważności wadium dokonane po upływie terminu związania ofertą, nawet jeśli wadium wniesione wraz ze składaniem ofert opiewało na dłuższy okres niż pierwotnie wskazany w SIWZ, ale krótszy niż nowy termin związania ofertą. Zakaz taki jest w pełni uzasadniony, gdyż w sytuacji odwrotnej, ocenie i porównaniu z innymi ofertami podlegałaby oferta, co do której wykonawca mógłby bez konsekwencji odmówić podpisania umowy.”

Mając na uwadze powyższe, czynność wykluczenia odwołującego B z postępowania uznał za zasadną.

W odwołaniu wniesionym w dniu 23 listopada 2009 r. z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego B z postępowania,

12

2. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum spółek, którego liderem jest EGIS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

3. nakazanie powtórzenia czynności badania oraz oceny złożonych ofert;

4. nakazanie przywrócenia odwołującego B do postępowania i nakazanie uznania za najkorzystniejszą jego oferty.

W uzasadnieniu odwołujący B ponowił argumentację zaprezentowaną w proteście. Odnosząc się do rozstrzygnięcia protestu, zaznaczył, iż wykładnia art. 85 ust. 4 ustawy Pzp nie może opierać się na literalnej interpretacji normy prawnej zawartej w powołanym artykule i do literalnej wykładni nie może również się ograniczać, ponieważ godziłoby to w

ekonomiczne interesy wykonawców, zmuszając ich do ponoszenia dodatkowych kosztów, do czego z punktu widzenia zasad racjonalnego gospodarowania nie są zobowiązani. Ograniczenie się do literalnej wykładni powołanego przepisu godziłoby również w istotę racjonalnego ustawodawcy, która sprowadza się m.in. do tego, że dla realizacji wybranego stanu rzeczy stosuje adekwatne (instrumentalnie niezbędne) środki. W ocenie odwołującego B, powołany przepis dopuszcza swobodę wykonawcy co do sposobu wnoszenia wadium w postaci gwarancji na przedłużony okres związania ofertą w przypadku, gdy okres ważności wadium przenosi okres związania ofertą – co potwierdza orzeczenie Zespołu Arbitrów z 4 listopada 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3151/05) stwierdzając „Wadium musi być ważne w dacie każdej czynności podejmowanej w postępowaniu, bowiem jego istotą jest zabezpieczenie Zamawiającego przed niesolidnością wykonawcy, który mógłby odmówić podpisania umowy, a zatem musi być ważne w terminie wyznaczonym na dzień zawarcie umowy.” W dacie podejmowania czynności przez zamawiającego w toku postępowania, które nastąpiły po określonym terminie składania oświadczeń o przedłużeniu okresu związania ofertą, zamawiający był należycie zabezpieczony wadium, jak również odwołujący B pisemnie zobowiązał do dostarczenia aneksu do gwarancji, która pozostawała ważna do 22 listopada 2009 r. (pismo konsorcjum z 19 października 2009 r.). Zaznaczył, iż stosownie do treści powołanego pisma, odwołujący wywiązał się z tego zobowiązania. Zatem podejmowanie czynności skutkujących negatywnymi konsekwencjami dla odwołującego B uznał za naruszenie zasady działania w zaufaniu do uczestników postępowania i podejmowanych przez nich czynności w dobrej wierze. Za nieuprawnione uznał zakładanie a priori, że wykonawca, który - w jego ocenie - złożył najkorzystniejszą ofertę, a wszelkie przesłanki wskazują na to, iż to właśnie jemu udzielone zostanie zamówienie publiczne przez zamawiającego, będzie zwlekał z przekazaniem gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, a tym samym narazi się na niekorzystne dla niego konsekwencje w postaci wykluczenia z postępowania. Podnosił, iż takie postępowanie zamawiającego godzi w zasadę pogłębiania zaufania wykonawcy do organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a przede wszystkim racjonalności podejmowanych przez niego czynności z uwagi na

13

ekonomikę postępowania oraz poszanowanie słuszych (tutaj ekonomicznych) interesów podmiotów ubiegających o udzielenie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 2 lutego 2010 r. przekazany stronom przed otwarciem posiedzenia Izby, do postępowania odwoławczego przystąpiło konsorcjum EGIS Poland Sp. z o. o., EGIS Route - Scetauroute S.A. Oddział w Polsce, wnosząc jak w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem. Przystępujący odwoływał się do reguł interpretacyjnych, zgodnie z którymi w pierwszym rzędzie należy brać pod uwagę językowe znaczenie tekstu prawnego, które w przypadku art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, uznał za jednoznaczne. Podważał skuteczność oświadczenia o związaniu ofertą, skoro okres tego związania nie pokrywa się w pełni z okresem, w którym oferta odwołującego pozostawała zabezpieczona wadium.

Do sygn. akt KIO/UZP 1763/09 oraz sygn. akt KIO/UZP 1764/09

Izba ustaliła, iż nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań z przyczyn formalnych, określonych w art. 187 ust. 4 Pzp.

Izba dopuściła konsorcjum EGIS Poland Sp. z o. o., EGIS Route- Scetauroute S.A. Oddział w Polsce do udziału w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1763/09 oraz sygn. akt KIO/UZP 1764/09 w charakterze przystępującego po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z protokołu postępowania z załącznikami, ofert odwołujących się, wezwań zamawiającego i złożonych dokumentów przedłużenia okresu związania ofertą oraz przedłużenia wadium, pism stron wniesionych 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 skorzystali z możliwości wycofania wadium w trybie art. 46 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp.

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

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

Pkt 8 każdy wykonawca przystępujący do przetargu zobowiązany jest wnieść wadium w kwocie 34 000,00 zł. Wadium należy wnieść najpóźniej do dnia 24.08.2009 r. Wadium może

14

być złożone między innymi w gwarancjach bankowych. Wadium wnoszone w innych formach niż w pieniądzu, winno być złożone w formie oryginału w siedzibie zamawiającego.

W punkcie 7 SIWZ okres związania ofertą został oznaczony na 60 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert 24.08.2009 r., a więc trwał do 22 października 2009 r.

SIWZ przyjmuje cenę oferty za jedyne kryterium oceny ofert.

Z załącznika do protokołu ZP -12 wynika, że oferty złożyli:

- konsorcjum AESA POLSKA Sp. z o.o. – cena brutto 1 860 500,00 zł. (oferta odrzucona)
- TEBODIN SAP Projekt Sp. z o.o. – cena brutto 1 854 400,00 zł. (oferta odrzucona)
- Mott MacDonald Limited - cena brutto 1 646 390,00 zł.
- SUDOP PRAHA SA – 1 543 300,00 zł. (oferta odrzucona)
- Pracownia projektowa Promost Consulting Tomasz Siwowski – cena brutto 1 646 390,00 zł.
- konsorcjum EGIS POLAND Sp. z o.o. – cena brutto 908 900,00 zł.
- POYRY INFRA Sp. z o.o. - cena brutto 907 799,56 zł.
- konsorcjum APIA XXI I.A.K Sp. z o.o. – cena brutto 889 380,00 zł.
- OCSC Sp. z o.o. – cena brutto 529 480,00 zł. (oferta odrzucona)

W wyznaczonym terminie do 24.08.2009 r. (data złożenia ofert), odwołujący złożyli w siedzibie zamawiającego wadium w wymaganej kwocie w formie gwarancji bankowych wystawionych przez:

- Nordea Bank Polska S.A. z dnia 21 sierpnia 2009 r. z oznaczonym terminem ważności od dnia 24.08.2009 r. do dnia 22.11.2009 r. włącznie dla odwołującego A - POYRY INFRA Sp. z o.o.,
- Kredyt Bank SA z dnia 20 sierpnia 2009 r. z oznaczonym terminem ważności od dnia 24.08.2009 r. do dnia 22.11.2009 r. włącznie dla odwołującego B - konsorcjum APIA XXI I.A.K Sp. z o.o.

Wobec upływu terminu związania ofertą w dniu 22 października 2009 r., pismem z dnia 14 października 2009 r. o jednakowej treści, zamawiający zwrócił się na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych do odwołujących A i B o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 18 grudnia 2009 r. z pisemnym potwierdzeniem wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, i zawiadomienie o tym do dnia 20.10.2009 r. Prosił również o przedłużenie ważności wadium albo wniesienie nowego wadium do tego terminu, obejmującego przedłużony okres związania ofertą.

Na wymienione wyżej wezwanie:

- odwołujący A POYRY INFRA Sp. z o.o., oświadczył pismem przesłanym faksem z dnia 16 października 2009 r. – „że wyraża zgodę na przedłużenie związania ofertą w ww. postępowaniu do dnia 18.12.2009 r. W najbliższych dniach dostarczymy wadium o terminie przedłużonym na ten okres.” Następnie w dniu 2.11.2009 r. przy piśmie oznaczonym datą

15

23.10.2009 r. złożył aneks do wymienionej wyżej gwarancji przetargowej wystawiony dnia 22.10.2009 r., przedłużający jej ważność do dnia 18.12.2010 r.

- odwołujący B konsorcjum APIA XXI I.A.K Sp. z o.o. pismem z 19 października 2009 r., które zamawiający otrzymał w tym samym terminie, oświadczył że „wyraża zgodę na przedłużenie związania ofertą do dnia 18.12.2009 r. Aneks do gwarancji wadialnych przesyłamy Państwu tak szybko, jak będzie to możliwe.” Następnie w dniu 20 listopada 2009 r. złożył aneks do wymienionej wyżej gwarancji przetargowej wystawiony 19.11.2009 r., przedłużający jej ważność do 18.12.2009 r.

W dniu 28 października 2009 r. zamawiający wykluczył obydwu odwołujących z postępowania, uzasadniając, iż nie wnieśli wadium na przedłużony okres związania ofertą,

z podaniem podstawy prawnej tej czynności art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Poinformował jednocześnie, iż zgodnie z art. 24 ust. 4 tej ustawy, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

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

Analizowany materiał dowodowy sprawy, wskazuje iż oferta odwołującego B - konsorcjum APIA XXI I.A.K Sp. z o.o. – cena brutto 889 380,00 zł. spośród ofert nieodrzuconych ostatecznie, jest najkorzystniejsza w jedynym kryterium ceny. Drugą pozycję zajmuje oferta odwołującego A - POYRY INFRA Sp. z o.o. - cena brutto 907 799,56 zł., a na trzeciej pozycji znajduje się oferta wybrana wykonawcy - konsorcjum EGIS POLAND Sp. z o.o. – cena brutto 908 900,00 zł.

Swój Interes prawny odwołujący wywodzili bezpośrednio z treści zaskarżonych czynności i zaniechania zamawiającego, które ich zdaniem powodują uszczerbek w interesie prawnym wykonawcy. Izba uznała, iż odwołujący legitymują się interesem prawnym w skarżeniu czynności zamawiającego, gdyż w przypadku ponownej oceny ofert, może to prowadzić do wyboru oferty złożonej przez odwołującego B, która w świetle przyjętego kryterium ceny, jawi się jako najkorzystniejsza. Szanse odwołującego A na uzyskanie zamówienia, wynikają chociażby z sytuacji przewidzianej w art. 94 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto w związku z wykluczeniem odwołujących na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, i uznaniem na podstawie art. 24 ust. 4 ofert za odrzucone, nie podlegały one merytorycznej ocenie. Znajduje to potwierdzenie w treści powiadomienia o wynikach postępowania pismem z 28.10.2009 r., gdzie przy ofertach odrzuconych nie została podana przyznana punktacja. W toku rozprawy zamawiający przyznał, iż nie można wykluczyć sytuacji, iż przy ewentualnym ponownym badaniu ofert ujawnią się okoliczności, że poszczególne oferty zostaną odrzucone z przyczyn merytorycznych. Z tych samych względów Izba uznała, iż brak podnoszonych zarzutów przeciwko poprzedzającej ofercie

16

przez odwołującego A POYRY INFRA Sp. z o.o. nie pozbawia odwołującego A interesu prawnego uzasadniającego korzystanie ze środków ochrony prawnej. W momencie rozpatrywania tej sprawy, wynik przetargu nie został ustalony. Zatem z tych samych przyczyn, nie można jednoznacznie wykluczyć – braku wpływu stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp na wynik przedmiotowego postępowania, w rozumieniu przesłanki do oddalenia odwołania, określonej w art. 191 ust. 1a 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, treść przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, iż przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, albo jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, jest dostatecznie zrozumiała. Jednakże bywają różnorodne sytuacje faktyczne, w których wymieniony przepis znajduje zastosowanie. Wprost dyspozycja wymienionej normy daje się stosować, gdy wykonawca zabezpieczy swoją ofertę wadium dokładnie na zadeklarowany okres związania ofertą. Śaden przepis ustawy nie zabrania wykonawcy zabezpieczenia (w momencie składania oferty) wadium na dłuższy okres, niż wynosi pierwszy termin związania ofertą. W warunkach niniejszego przetargu, zamawiający też nie wykluczył takiej możliwości, ani nie kwestionował wadium wniesionego przez odwołujących z tego powodu, iż obejmowało ono okres dłuższy niż pierwotnego związania ofertą, tj. do 22 listopada, zamiast do 22 października 2009 r. Nie może więc teraz podnosić, iż takie dłuższe zabezpieczenie oferty wadium, było bezskuteczne, jako nieprzyporządkowane okresowi związania ofertą. Izba podziela pogląd odwołujących, iż przedłużenie okresu związania ofertą oraz przedłużenie wadium stanowi czynności rozłączne, aczkolwiek powiązane. Pogląd, iż w każdej sytuacji czynności te powinny być dokonywane łącznie nie znajduje normatywnego wsparcia. Izba opowiada się za stanowiskiem odwołujących, iż w zaistniałej sytuacji faktycznej, nie można zastosować przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp wprost, gdyż wykładnia literalna prowadzi do wniosków nielogicznych, żądania wadium na dublujące się okresy.

Należy więc poddać cytowany przepis wykładni celowościowej, sprowadzającej się do ustalenia, czy odwołujący wypełnili swoje obowiązki zabezpieczenia ofert wymaganym wadium na tyle prawidłowo, iż interes zamawiającego, uprawniający do zatrzymania wadium, w warunkach ziszczenia się przesłanek wskazanych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp pozostał należycie chroniony. Jak również ocenić czy zamawiający w sposób prawidłowy wezwał wykonawców do przedłużenia wadium.

17

Przedłużenie okresu związania ofertą nastąpiło na wniosek zamawiającego, w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, stąd wezwanie obejmowało także wniesienie wadium lub przedłużenie wadium, gdyby wykonawca oświadczył, iż pozostaje nadal związany ofertą na wymagany okres. Przepis art. 181 ust. 2a ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego w dowolnym czasie, jednak nie później niż przed upływem ważności wadium, do wezwania wykonawców pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Mimo, iż mieści się on w rozdziale poświęconym protestowi, to nie można zakładać, iż znajduje zastosowanie wyłącznie do sytuacji wniesienia protestu. Z przepisu tego wynika, iż zamawiający jest zobowiązany poinformować o skutku wykluczenia z postępowania w przypadku niezabezpieczenia oferty wadium w okresie dodatkowego związania ofertą. Zdaniem Izby, dyspozycja, zawarta w wezwaniu nie była wystarczająco jasna. Wykonawcy mogli odczytać ją w ten sposób, iż wymóg złożenia gwarancji wadium w ściśle oznaczonym terminie, dotyczy wyłącznie tych uczestników postępowania, którzy zabezpieczyli oferty wadium na dokładny okres 60 dni, tj. do 22 października 2009 r. Jeżeli zamawiający zamierzał osiągnąć taki skutek, iż wadium od razu ma obejmować całkowity przedłużony okres związania ofertą, powinien zamieścić w wezwaniu do wykonawców, iż bez względu na jaki okres ich oferta pozostaje zabezpieczona wadium, wymaga bezwzględnie, pod rygorem wykluczenia z postępowania, wniesienia nowego wadium na cały przedłużony okres związania ofertą, już w momencie złożenia przez wykonawców, takich deklaracji. Ponadto po otrzymaniu pism o przedłużeniu okresu związania ofertą wraz z zapowiedzią jedynie, iż wadium zostanie uzupełnione w najbliższym terminie, zamawiający powinien niezwłocznie poinformować, iż nie uzna tak wniesionego wadium za skuteczne, co umożliwiło by dostosowanie się do żądań zamawiającego, jeszcze przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą. Inaczej należy przyjąć, iż zamawiający zaakceptował wniesienie następnego wadium, bezpośrednio przed upływem ważności poprzednio wniesionych. Izba wielokrotnie, np. w wyroku o sygnaturze KIO/UZP 1641/09 zajmowała stanowisko, iż niejednoznaczne wymagania nie mogą powodować negatywnych zamawiającego, konsekwencji dla wykonawców. Poza wskazanymi wyżej okolicznościami, Izba podziela stanowisko prezentowane w doktrynie i w orzecznictwie, potwierdzające rozumienie powołanego przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym czynność przedłużenia ważności wadium musi nastąpić w terminie związania ofertą i przed upływem 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. Odnosząc się do podtrzymanych na rozprawie zarzutów protestu, co do sposobu dochowania „jednoczesności” składanych oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą z przedłużeniem ważności wadium, w odniesieniu do

18

twierdzenia, że przedłużenie ważności wadium musi nastąpić zawsze, gdy następuje przedłużenie terminu związania ofertą, nawet w przypadkach, gdy wadium pozostaje ważne dłużej niż wykonawca jest związany złożoną przez siebie ofertą, to stanowisko takie należy uznać za nieprawidłowe, prowadzące do nakładania obowiązku podwójnego zabezpieczenia wadium (ponoszenia dodatkowych kosztów przez wykonawcę), na te same okresy, przypadające w terminie nowego zadeklarowanego okresu związania ofertą, który stanowi kontynuację okresu poprzedniego związania. W rozpatrywanym postępowaniu, odwołujący działając z racjonalnych powodów i potwierdzonych praktyką doświadczeń przedłużania się postępowań przetargowych, zdecydowali się na wniesienie wadium na okres miesiąc dłużej niż wymagany. W skrajnych przypadkach, przy wymaganiach jak je rozumie zamawiający,

mogłoby dochodzić do całkowitego zdublowania się zabezpieczenia oferty wadium w okresie dodatkowo przyjętego okresu związania ofertą. W ocenie Izby, nie było to zamierzone w wymienionej regulacji art. 85 ust. 4 ustawy Pzp. Oferty odwołujących były z góry zabezpieczone wadium do 22 listopada 2009 r. włącznie. Zatem w dniu 28 października 2009 r., kiedy to zamawiający dokonał oceny i wyboru oferty konsorcjum EGIS, oferty odwołujących pozostawały prawidłowo zabezpieczone wadium w okresie nowego przedłużonego związania ofertą i nie zachodziły jakiejkolwiek podstawy do ich 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. Ustawodawca również 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, tj. wniesienia wadium. Z treści 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 dłuższy 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. Skoro odwołujący złożyli oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą w dniach 16 i 18 października 2009 r., zapowiadając przedłużenie wadium przed upływem terminu jego ważności, tj. przed 22 listopada 2009 r., i dotrzyмали tego terminu, składając w dniach 2.11.2009 r. odwołujący POYRY INFRA Sp. z o.o., a w dniu 20 listopada 2009 r. odwołujący konsorcjum APIA XXI I.A.K Sp. z o.o. dokumenty – aneksy do gwarancji

19

wadialnych, poświadczające ich przedłużenie na pierwotnie ustalonych warunkach do dnia 18 grudnia 2009 r., jak wymagał zamawiający, jest to jednoznaczne z wypełnieniem wymogów ustawowych:

- pozostawania oferty w okresie związania, objętym zobowiązaniem wykonawców,
- zabezpieczenia ofert wadium na cały łączny okres związania ofertą, zarówno pierwotny jak i przedłużony, bez żadnych przerw.

Nie może znaleźć zrozumienia argumentacja zamawiającego, że w dacie wyboru oferty najkorzystniejszej 28 października 2009 r. nie mógł polegać jedynie na zapewnieniach wykonawców co do zabezpieczenia ofert wadium na pełen zadeklarowany okres związania ofertą i nie miał pewności, czy odwołujący rzeczywiście dostarczą przedłużenie gwarancji wadialnych. Uwzględniając ustawowe terminy na zawarcie umowy określone art. 94 ust. 1 ustawy w związku z art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, jak najbardziej realne było zawarcie umowy z odwołującym B, po wyborze oferty tego wykonawcy, przed upływem ważności wadium w dniu 22.11.2009 r., a w przypadku oprotowania takiego wyboru, wykonawca zdążyłby skutecznie przedłużyć wadium na okres od 23 listopada do 18 grudnia 2009 r., przed ostatecznym rozstrzygnięciem ewentualnego protestu. 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. Izba stwierdza, iż w dacie dokonywana oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 28 października 2009 r. oferty odwołujących pozostawały zabezpieczone wadium do dnia 22 listopada 2009 r., zatem nie zachodziła podstawa do wykluczenia odwołujących z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ani do uznania za odrzucone ich ofert w oparciu o art. 24 ust. 4 Pzp. Zamawiający odrzucając oferty odwołujących naruszył art. 24 ust 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 85 ust. 4 Pzp. W następstwie naruszył także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż bezzasadne wykluczenie uczestnika przetargu zawsze narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób respektujący zasady uczciwej konkurencji. Zasadniczą kwestią jest, że oferty odwołujących w dacie czynności wyboru, pozostawały zabezpieczone należycie wadium, chroniąc interesy zamawiającego, co Izba ustaliła i zważyła w sposób wyżej opisany.

Postępowanie dowodowe wykazało, iż odrzucenie ofert odwołujących oraz wybór oferty złożonej przez konsorcjum EGIS, 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 odwołania 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.

20

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 **Warszawie** .

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

21