

WYROK
z dnia 31 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Ryszard Tezlaff

Protokolant: Dorota Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26.03.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Rapiscan Systems Limited, Salfords, X-ray House, Surrey, RH1 5 GG, UK** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów, Departament Służby Celnej, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** protestu z dnia 22.02.2008 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: Bumar Sp. z o.o., Nuctech Company Limited, 00-828 Warszawa, Al. Jana Pawła II nr 11** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Rapiscan Systems Limited, Salfords, X-ray House, Surrey, RH1 5 GG, UK.

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery zł) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Rapiscan Systems Limited, Salfords, X-ray House, Surrey, RH1 5 GG, UK,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 963 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt trzy zł) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Rapiscan Systems Limited, Salfords, X-ray House, Surrey, RH1 5 GG, UK.**

2

Uzasadnienie

Zamawiający - Ministerstwo Finansów, działając na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą” ogłosił przetarg nieograniczony na „Dostawę czterech przewoźnych urządzeń rentgenowskich do prześwietlania pojazdów i kontenerów dla grup mobilnych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 03.10.2007 r. pod poz. 2007/S 190-231335.

W dniu 22.02.2008 r. do Zamawiającego wpłynął protest wykonawcy – Rapiscan Systems Limited X-Ray House Bonehurst Road Salfords Surrey RH1 5GG United Kingdom, zwanego dalej: „Protestującym” lub „Odwołującym”. W proteście tym zawarte zostały zarzuty naruszenia przepisów ustawy:

- 1) art. 182 ust. 2 pkt 3a) ustawy – poprzez zaniechanie wykonania wyroku Krajowej Izby

Odwoławczej,

a w konsekwencji:

2) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 23 ust. 2 ustawy poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum w składzie: Bumar Sp z o.o. i Nuctech Company Limited, zwanego dalej „Konsorcjum”,

3) art. 90 ust. 3 ustawy poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum, pomimo nie złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, oraz innych wymienionych lub wynikających z uzasadnienia protestu.

Składający protest wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenie Konsorcjum z postępowania oraz odrzućenie oferty przez nie złożonej,
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 5) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Protestującego.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, co następuje.

W dniu 17.12.2007 r. Zamawiający poinformował Protestującego o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum. W dniu 24.12.2007 r. Protestujący na powyższą czynność wniósł protest, a następnie odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Wyrokiem z dnia 06.02.2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Protestującego i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

3

Do dnia wniesienia protestu Zamawiający nie wykonał wyroku.

Ponieważ, zdaniem Protestującego, termin związania ofertami upływał ostatecznie w dniu 29.02.2008 r., zaniechanie wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej do dnia 21.02.2008 r. stanowiło uzasadnioną podstawę wniesienia protestu. Zgodnie bowiem z art. 146 ust. 1 pkt 7 ustawy, umowa o zamówienie publiczne jest nieważna, jeżeli Zamawiający zawarł ją przed upływem 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Wskazując na przepis art. 182 ust. 2 pkt 3a) ustawy Protestujący stwierdził, iż w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie na dostawy o wartości mniejszej od równowartości kwoty 10 000 000 euro, protest został ostatecznie rozstrzygnięty z dniem wydania wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą. Okoliczność, że Zamawiający wniósł skargę na wyrok Izby nie zmienia faktu, iż wyrok stanowi ostateczne rozstrzygnięcie protestu, a zatem jest skuteczny i wykonalny, a Zamawiający ma obowiązek jego wykonania. Protestujący podniósł również, że wniesienie skargi do sądu okręgowego nie wstrzymuje biegu terminu związania ofertą.

Stwierdził ponadto, iż Zamawiający skorzystał już z przewidzianej w art. 85 ust. 2 ustawy możliwości zwrócenia się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, określając ten termin do dnia 28.02.2008 r.

Protestujący podniósł, iż brak wykonania przez Zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej spowoduje konieczność unieważnienia przedmiotowego postępowania z uwagi na upływ terminu związania ofertami.

Wskazując na przepis art. 94 ust. 1a ustawy, Protestujący stwierdził, iż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą nie jest dopuszczalne bez dokonania, przed upływem terminu związania ofertami, wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: Bumar Sp z o.o. i Nuctech Company Limited.

Rozstrzygnięciem z dnia 03.03.2008 r. Zamawiający oddalił protest.

Uznając protest za niezasadny Zamawiający podniósł brak przesłanek pozwalających na stwierdzenie, iż Zamawiający zaniechał wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i uchylił się od jego wykonania. Wskazał, iż zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy, w przypadku wniesienia protestu po upływie terminu składania ofert, bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu.

Zamawiający podał, iż od dnia 05.11.2007 r., tj. od dnia składania ofert, do dnia 22.02.2008 r. Protestujący złożył 3 protesty, które spowodowały zawieszenie biegu terminu wiązania

4

złożonymi w postępowaniu ofertami. Dlatego, w świetle wyliczeń Zamawiającego, termin wiązania ofertami nie upływa w dniu 29.02.2008 r., jak wskazał Protestujący, lecz w dniu 09.05.2008 r.

W dniu 07.03.2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty zawarte w proteście. Jednocześnie wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenie Konsorcjum z postępowania oraz odrzucenie oferty przez nie złożonej,
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 5) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W dniu 25.03.2008 r. uczestnik postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu - Konsorcjum firm: Bumar Sp. z o.o. i Nuctech Company Limited zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyjaśnienia i oświadczenia stron postępowania odwoławczego złożone w trakcie rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania o zamówienie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazanych w odwołaniu.

Istotę sporu stanowi zarzut zaniechania przez Zamawiającego wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06.02.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 14/08 uwzględniającego odwołanie wniesione przez Odwołującego i nakazującego unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wniósł w dniu 22.02.2008 r. protest wobec zaniechania przez Zamawiającego, do daty jego wniesienia, wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Podniósł, iż „termin wiązania ofertami upływa ostatecznie w dniu 29 lutego 2008 r. Brak wykonania przez Zamawiającego wyroku KIO na 7 dni przed upływem terminu wiązania ofertami, pozwalał przypuszczać, że Zamawiający uchyła się od jego wykonania i zmierza do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przypuszczenie Odwołującego zostało potwierdzone, gdyż do dnia wniesienia odwołania Zamawiający nadal nie wykonał wyroku (...)”.

5

W przedmiotowym postępowaniu o zamówienie na dostawę, o wartości nie przekraczającej równowartości kwoty 10.000.000 euro Zamawiający określił, w rozdziale 2 pkt VI.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”), iż „Wykonawca pozostaje związany ofertą przez okres 60 dni. Bieg terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert”. Postanowienia Specyfikacji są zgodne z art. 85 ust. 1 pkt 3 i ust. 5 ustawy. Zamawiający określił jednocześnie, w pkt IX.2 SIWZ, iż termin składania ofert upływa dnia 05.11.2007 r. o godz. 10:00 .

W świetle powyższego, w dniu 05.11.2007 r. rozpoczął się bieg terminu wiązania ofertą.

Pismem z dnia 17.12.2007 r. Zamawiający, na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy zwrócił się do wykonawców „o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu wiązania ofertą do dnia 28 lutego 2008 r.”.

W świetle tych faktów skład orzekający Izby ustalił:

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia 60. dniowy termin wiązania ofertą upłynąłby w dniu 03.01.2008 r., jednakże, w wyniku wniesienia przez

Odwołującego w dniu 22.11.2007 r. protestu, którego ostateczne rozstrzygnięcie nastąpiło z upływem terminu do wniesienia odwołania (art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy), tj. w dniu 04.12.2007 r., bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu na okres 12 dni. W związku z tym, pierwotny termin związania ofertą uległ przesunięciu z dnia 03.01.2008 r. na dzień 15.01.2008 r.

Wniesienie przez Odwołującego kolejnego protestu w dniu 24.12.2007 r., który został ostatecznie rozstrzygnięty z dniem wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku, tj. 06.02.2008 r. (w myśl art. 182 ust. 2 pkt 3a) ustawy) spowodowało zawieszenie biegu terminu związania ofertą na okres 44 dni. Wobec powyższego nastąpiło przesunięcie terminu związania ofertą o kolejne 44 dni, tj. z dnia 15.01.2008 r. na dzień 28.02.2008 r.

Ostatni protest Odwołujący wniósł w dniu 22.02.2008 r., co spowodowało kolejne zawieszenie biegu terminu związania ofertami.

Reasumując, z pierwotnie ustalonego w SIWZ 60. dniowego terminu związania ofertą upłynęło jedynie 54 dni. W tej sytuacji przedłużenie terminu związania ofertą dokonane oświadczeniem Zamawiającego z dnia 17.12.2007 r. nie wywołało żadnego skutku prawnego, gdyż nowo ustalony termin upływa wcześniej niż termin wynikający z SIWZ, przy uwzględnieniu dotychczasowych terminów zawieszeń jego biegu.

6

Oznacza to, że protest wniesiony w dniu 22.02.2008 r. spowodował zawieszenie biegu terminu związania ofertą od dnia 23.02.2008 r. do dnia 28.02.2008 r. (6 dni). 6 dniowy termin związania ofertą, wynikający z zawieszenia biegu terminu związania ofertą zaczął biec w dalszym ciągu po ogłoszeniu przedmiotowego wyroku.

Skoro wykonawcy są związani swymi ofertami na dzień orzekania w niniejszej sprawie, skład orzekający Izby nie widzi podstaw do uwzględnienia odwołania.

Ponadto, skład orzekający Izby zwraca uwagę na przepis art. 94 ust. 1a ustawy, stanowiący, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta po upływie terminu związania ofertą, jeżeli zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty przed upływem terminu związania ofertą, a wykonawca wyraził zgodę na zawarcie umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie. W świetle przytoczonego przepisu ustawy i stanu faktycznego sprawy, zawarcie umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia jest możliwe.

Skład orzekający Izby uznał za bezpodstawny zarzut naruszenia art. 182 ust. 2 pkt 3a) ustawy poprzez zaniechanie wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem przepis ten nie zawiera uregulowań dotyczących obowiązku wykonania wyroku Izby. Zamawiający obowiązany jest wykonać wyrok, o którym mowa, w terminie związania ofertą, który w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie nie upłynął. W świetle powyższego za przedwczesny należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 23 ust. 2 oraz art. 90 ust. 3 ustawy poprzez nie odrzucenie oferty Konsorcjum firm: Bumar Sp z o.o. i Nucotech Company Limited. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

7