

WYROK
z dnia 28 marca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: AZE Zając, Kokoszko S.J., 34-625 Skrzydlina, Skrzydlina 101 oraz BUDOSTAL-5 S.A., 31-587 Kraków, ul. Na Nałęczu 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Pawłów, 27-255 Pawłów, Pawłów 56a** protestu z dnia 26 lutego 2008r.

przy udziale **Zakład Instalacyjny Wod-Kan C.O. i Gaz Jan Orczyk, 27-200 Starachowice, ul. Ostrowiecka 100** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: AZE Zając, Kokoszko S.J., 34-625 Skrzydlina, Skrzydlina 101 oraz BUDOSTAL-5 S.A., 31-587 Kraków, ul. Na Nałęczu 1 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: AZE Zając, Kokoszko S.J., 34-625 Skrzydlina, Skrzydlina 101 oraz BUDOSTAL-5 S.A., 31-587 Kraków, ul. Na Nałęczu 1,**
- 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 0 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: AZE Zając, Kokoszko S.J., 34-625 Skrzydlina, Skrzydlina 101 oraz BUDOSTAL-5 S.A., 31-587 Kraków, ul. Na Nałęczu 1.**

Uzasadnienie

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę oczyszczalni ścieków w miejscowości Tarczek w gminie Pawłów”, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1000 poz. 256901 z dnia 21.12.2007r., Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej w dniu 21.02.2008r., zaś w dniu 22.02.2008r. przekazał Odwołującemu faksem, informację o wynikach postępowania.

W dniu 27.02.2008r. (pismem z dnia 26.02.2008r.), z zachowaniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 3 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp, Odwołujący złożył protest na niezgodne z prawem rozstrzygnięcie postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie **art. 91 ust. 1, art. 85 ust. 2, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 7 i 8**

1. cofnięcia bezzasadnie dokonanej czynności wykluczającej Odwołującego z postępowania i odrzucającej jego ofertę,
2. uznania złożenia przez Odwołującego przedłużonego wadium we wskazanym terminie, jako zgodnego z wymaganiami ustawy Pzp i Zamawiającego,
3. ponownego zbadania wszystkich pozostałych ofert w celu zweryfikowania zasadności ich wykluczenia,
4. dokonania ponownej oceny ofert w zakresie tych, które nie będą podlegały odrzuceniu po dokonaniu czynności wskazanych powyżej.

Odwołujący stwierdził, że złożył ofertę najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert, wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ).

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wyjaśnił, że od dnia złożenia oferty utrzymywał kontakty telefoniczne z przedstawicielem Zamawiającego, w trakcie których otrzymał informację, że trwają prace nad wyborem oferty i postępowanie zostanie rozstrzygnięte w terminie do 15.02.2008r.

Odwołujący wskazał, że w dniu 18.02.2008r. współwłaściciel p. Adam Zając rozmawiał z Zastępcą Wójta p. Markiem Wojtasem, w trakcie której nie poruszono tematu przedłużenia terminu związania ofertą, przekazano natomiast informację o dobiegających pracach nad oceną ofert i rozstrzygnięciem postępowania. Odwołujący w tej sytuacji nie wykluczył rozmyślnego zatajenia informacji o stanie toczącego się postępowania.

Zdaniem Odwołującego potwierdzają to zarówno wcześniejsze, jak i późniejsze działania Zamawiającego. Odwołujący podkreśla, że przed datą 11.02.2008r. Zamawiającemu znane były numery telefonów, jak i adresu korespondencyjnego. Informacje te znalazły się bowiem w korespondencji kierowanej do Zamawiającego w dniach 27 i 28.11.2007r.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający prowadząc postępowanie nie dochował należytej staranności w celu zapewnienia przebiegu postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej korespondencji, do czego jest zobowiązany na podstawie art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 11.02.2008r. Zamawiający wysłał pocztą pismo z dnia 08.02.2008r., wzywające do przedłużenia terminu związania ofertą, na adres siedziby Spółki, które dotarło tam w dniu 12.02.2008r. Pismo to zostało niezwłocznie przesłane do biura Spółki, dotarło w dniu 18.02.2008r. w godzinach popołudniowych i było przedmiotem merytorycznego rozpatrzenia.

Zdaniem Odwołującego w dacie 12.02.2008r., tj. kiedy Zamawiający otrzymał od Odwołującego pismo, zawierające m.in. adres do korespondencji, nr telefonu

i faksu, Zamawiający miał pewność, że Odwołujący nie otrzymał skutecznie żądania Zamawiającego dotyczącego przesunięcia terminu związania ofertą.

Odwołujący pismem z dnia 18.02.2008r. wyraził zgodę na proponowane przesunięcie terminu związania ofertą, informując jednocześnie, że gwarancja ubezpieczeniowa zostanie również przedłużona, zgodnie z żądaniem Zamawiającego do dnia 31.03.2008r. i zostanie doręczona do Urzędu Gminy w dniu 22.02.2008r. Pismo to zostało doręczone Zamawiającemu pocztą elektroniczną w dniu 18.02.2008r. oraz osobiście przez przedstawiciela Odwołującego w dniu 22.02.2008r. wraz z przedłużeniem wadium. Odwołujący wskazał, że próbował wysłać pismo faksem w dniu 18.02.2008r., ale brak było sygnału odbioru.

Odwołujący zwrócił uwagę na brak po stronie Zamawiającego przedstawienia uzasadnienia dla czynności wezwania wykonawców do przedłużenia okresu związania ofertą.

W dniu 21.02.2008r. Zamawiający zawiadomił wykonawców poprzez informację zamieszczoną na swojej stronie internetowej o wyborze oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu, zaś w dniu 22.02.2008r. Odwołujący otrzymał również informację

o wykluczeniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza, jako jedyna, nie została wykluczona. Pozostałe 3 oferty zostały wykluczone z tego samego powodu.

Dla Odwołującego jest oczywiste, że działanie Zamawiającego jest zamierzone, ma na celu wyeliminowanie konkurencyjnych ofert, zaś wnioskowanie o przedłużenie terminu związania ofertą, przy braku merytorycznych podstaw, musi być traktowane jako instrument zmierzający do tego celu.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że nie mógł w dniu 22.02.2008r. zapoznać się z protokołem postępowania, sporządzonym na drukach ZP-1, co utrudniało mu ustalenie stanu postępowania i odniesienie się do jego formalnej poprawności. Uchybia to zasadzie jawności wynikającej z art. 8 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 05.03.2008r., przekazany Odwołującemu faksem w dniu 07.03.2008r., z zachowaniem terminu wskazanego w art. 183 ust. 1 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp, Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego oddalenie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający stwierdził, że merytoryczne zarzuty protestu sprowadzają się do twierdzenia, że Zamawiający nie wezwał w sposób skuteczny Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą i przedłużenia wadium.

Zamawiający oświadczył, że w dniu 11.02.2008r. wysłał listem poleconym przesyłką priorytetową do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, datowane na dzień

4

08.02.2008r. pismo o przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużenie lub wniesienie nowego wadium.

Pismo to Odwołujący otrzymał w dniu 12.02.2008r.

Zamawiający wyjaśnił, że pismo zostało wysłane na adres podany w ofercie. Śaden inny adres nie został w ofercie wskazany.

Zamawiający oświadczył także, że w dniu 12.02.2008r. otrzymał datowane na dzień 11.02.2008r. pismo Odwołującego, w którym ten podał inny adres korespondencyjny i od tego dnia korespondencja do Odwołującego była kierowana na nowo wskazany adres.

Zamawiający wyjaśnił nadto, że podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania było niezłożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i równoczesnego przedłużenia wadium. Termin związania ofertą upłynął 19.02.2008r., zaś przedłużenie wadium wpłynęło do Zamawiającego dnia 22.02.2008r.

Zamawiający stwierdził również, że żaden z przepisów ustawy nie nakazuje mu, aby wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą i wadium było przekazywane wykonawcom wraz z uzasadnieniem. Zwrócił uwagę, że ta czynność Zamawiającego nie została przez Odwołującego zaskarżona.

W dniu 11.03.2008r., pismem z tego samego dnia, nadanym w placówce pocztowej operatora publicznego, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty zawarte uprzednio w proteście, oraz podtrzymał żądania tam wskazane.

W dniu 26.03.2008r., pismem z dnia 25.03.2008r., do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, przystąpił wykonawca Zakład Instalacyjny Wod-Kan C.O i Gaz Jan Orczyk.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron i Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

5

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 85 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Z przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp nie wynika dla Zamawiającego obowiązek

informowania wykonawców o powodach wezwania ich do przedłużenia terminu związania ofertą, choć, w ocenie składu orzekającego Izby, byłaby to informacja pożądana i sprzyjająca jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak ustalił skład orzekający Izby, uzasadnienie swojej decyzji Zamawiający zawarł w znajdującej się w dokumentacji postępowania notatce, sporządzonej z upoważnienia Wójta przez Zastępcę Wójta Pana Marka Wojtasa, zatytułowanej „Uzasadnienie do żądania przesunięcia terminu związania ofertą w postępowaniu pn. „Budowa oczyszczalni ścieków w miejscowości Tarczek w gminie Pawłów”. W ten sposób Zamawiający uczynił zadość obowiązkowi ustawowemu (art. 85 ust. 2 ustawy Pzp – „w uzasadnionych przypadkach”).

Wobec powyższego Zamawiającemu nie można zarzucić naruszenia art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.

Zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą, było dopuszczalne, zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, do dnia 12.02.2008r.

Wobec niemożności przekazania pisma w tej sprawie (pismo z dnia 08.02.2008r.) faksem (notatka z dnia 11.02.2008r. sporządzona przez Pana Marka Wojtasa) Zamawiający pismo to doręczył Odwołującemu pocztą w dniu 12.02.2008r. Pozostałym wykonawcom wezwanie zostało przekazane faksem w dniu 11.02.2008r.

Doręczenie wezwania o przedłużenie terminu związania ofertą i wadium w ostatnim dniu, tj. dniu 12.02.2008r. czyniło zadość ustawowemu obowiązkowi występowania z takim wezwaniem na co najmniej 7 dni przed upływem terminu związania ofertą.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę, że w przypadku liczenia terminu tego wezwania, zastosowania nie znajdują przepisy tytułu V kodeksu cywilnego dotyczące Terminu, a w szczególności art. 111 § 2, ponieważ regulują one jedynie liczenie terminów „naprzód”, nie zaś „wstecz”. Dokonanie zatem czynności zawiadomienia 7 dnia (nie licząc dnia upływu terminu związania ofertą) było skuteczne.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że doręczenie wezwania na adres Odwołującego wskazany w ofercie, tj. 34-625 Skrzydlina 101, nie zaś na zmieniony adres Odwołującego, było ze strony Zamawiającego działaniem prawidłowym. To adres wskazany w ofercie Odwołującego był dla Zamawiającego wiążący.

6

Strony na rozprawie potwierdziły, że wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą i przedłużenia wadium zostało odebrane przez pełnomocnika pocztowego Odwołującego w dniu 12.02.2008r.

O ile Odwołujący chciał, aby korespondencja do niego była kierowana na inny adres, niż podany w ofercie, to winien poinformować o tym Zamawiającego i winien, w swoim interesie, uczynić to w taki sposób, aby Odwołujący nie naraził się na ryzyko kierowania do niego korespondencji „w okresie przekazywania informacji do Zamawiającego” na adres niewłaściwy.

Skład orzekający Izby stwierdza także, że Zamawiający nie ma obowiązku powtarzania dokonanych przez siebie czynności, tj. w tym przypadku Zamawiający nie miał obowiązku powtórzonego doręczenia wezwania Odwołującemu na nowy adres.

Zgodnie z treścią wezwania, zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą miała zostać przesłana Zamawiającemu do dnia 18.02.2008r. do godz. 15.00. Wraz z pismem należało dostarczyć dokument potwierdzający przedłużenie lub wniesienia nowego wadium.

Termin składania ofert, pierwotnie wyznaczony na dzień 11.01.2008r. godz. 9.00, został następnie przesunięty na dzień 21.01.2008r. godz. 9.00. Oznacza to, że trzydziestodniowy termin związania ofertą, wynikający z pkt XIV.1. SIWZ, liczony zgodnie z art. 85 ust. 5 ustawy Pzp, upływał w dniu 19.02.2008r. Do tego też dnia Odwołujący związany był złożoną przez siebie ofertą. Okres ważności wadium, złożonego przez Odwołującego w formie gwarancji ubezpieczeniowej (Ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa Nr KR/GP/03/2008) upływał w dniu 20.02.2008r.

Wykonawca doręczył Zamawiającemu Aneks do ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej w dniu 22.02.2008r. (przy piśmie z dnia 21.02.2008r), zaś zgoda na przedłużenie terminu związania ofertą dotarła do Zamawiającego w dniu 25.02.2008r. (przy piśmie z dnia 18.02.2008r.), a zatem już po terminie związania ofertą.

Zestawiając termin upływu związania ofertą, tj. 19.02.2008r. oraz termin upływu ważności gwarancji ubezpieczeniowej, tj. 20.02.2008r. z terminem złożenia oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą i przedłużenia wadium, tj. odpowiednio 25.02.2008r. i 22.02.2008r., skład orzekający Izby stwierdza, że oferta Odwołującego utraciła swoją ważność w dniu 19.02.2008r., a zatem Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Nawet gdyby przyjąć, że oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą złożone w formie innej niż pisemna było skuteczne, to w niniejszej sprawie oferta nie była zabezpieczona wadium w dniu 21.02.2008r., co również obligowało Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak słusznie wskazał Przystępujący w Przystąpieniu do postępowania odwoławczego, powołując się na wyrok Zespołu Arbitrów (sygn. akt UZP/ZO/0-1701/06):

7

„...wadium przez cały okres związania ofertą musi być ważne. Okres ten nie może zawierać przerw liczonych w godzinach, czy tym bardziej w dniach”.

Wobec powyższego Zamawiającemu nie można zarzucić naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak ustalił skład orzekający Izby, jedynym kryterium oceny ofert w tym postępowaniu, zgodnie z pkt XIX.1. SIWZ, była cena.

Odwołujący zaproponował cenę w wysokości 3 219 130,68 zł, zaś wykonawca Zakład Instalacyjny Wod-Kan. C.O. i Gaz Jan Orczyk zaproponował cenę w wysokości 4 014 077,93 zł. Pozostałe dwie oferty, złożone w postępowaniu, zawierały ceny wyższe od wskazanych.

Wobec prawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego, oferta nie podlegająca odrzuceniu, złożona przez Zakład Instalacyjny Wod-Kan. C.O. i Gaz Jan Orczyk, była tym samym ofertą najkorzystniejszą.

Zamawiający prawidłowo zastosował zatem kryterium oceny ofert wskazane w SIWZ i dokonał wyboru tej oferty.

Wobec powyższego nie można zarzucić Zamawiającemu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 i 8 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, nie można zarzucić Zamawiającemu naruszenia zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy poszczególne czynności podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania są zgodnie z przepisami, regulującymi szczegółowo sposób ich dokonywania.

Zamawiający nie naruszył interesu prawnego Odwołującego, doręczając mu wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą w dniu 12.02.2008r., a nie w dniu 11.02.2008r., jako pozostałym wykonawcom. Zamawiający, kierując się zasadą równego traktowania wykonawców, pomimo braku wskazania faksu przez samego Odwołującego w ofercie, podejmował próby ustalenia numeru i przekazania wezwania w dniu 11.02.2008r. faksem, czy choćby telefonicznie.

Od dnia 12.02.2008r. Odwołujący miał zagwarantowany wystarczający czas na złożenie oświadczenia i przedłużenie wadium.

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko Przystępującego, zawarte w Przystąpieniu do postępowania odwoławczego, że fakt, iż korespondencja dotarła na adres siedziby

8

Odwołującego w dniu 12.02.2008r., a została przekazana na adres korespondencyjny i dotarła tam w dniu 18.02.2008r., świadczy o złej organizacji obiegu dokumentów u Odwołującego i obciąża Odwołującego.

W zakresie udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania skład orzekający Izby ustalił, że brak jest w dokumentacji postępowania wniosku Odwołującego

o udostępnienie protokołu. Fakt ten został potwierdzony przez strony na rozprawie. Wniosek taki złożył jedynie Zakład Instalacyjny Wod.-Kan CO i Gaz Jan Orczyk (pismo z dnia 23.01.2008r.).

W toku rozprawy strony złożyły przeciwne oświadczenia co do faktu udostępnienia żadanego przez Odwołującego protokołu postępowania, wobec czego skład orzekający Izby, kierując się zasadą, wynikającą z art. 6 k.c. uznał, że fakt nie udostępnienia protokołu nie został przez Odwołującego wykazany.

Skład orzekający zwrócił także uwagę, że zgodnie z notatką, sporządzoną przez współwłaściciela Jerzego Kokoszkę, domagał się on udostępnienia protokołu ZP-1, podczas, gdy w przedmiotowym postępowaniu właściwym jest protokół ZP-2. Nieporozumienie to mogło leć u podstaw twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający nie udostępnił mu oczekiwanego protokołu ZP-1.

Wobec powyższego nie można zarzucić Zamawiającemu naruszenia art. 7 i 8 ustawy Pzp.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

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

9

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 **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*

10