

WYROK

z dnia 20 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2018 r. przez wykonawcę Biuro Studiów i Projektów Energetycznych ENERGOPROJEKT-KRAKÓW spółka akcyjna w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Polskie Sieci Elektroenergetyczne spółka akcyjna w Konstancinie-Jeziornie

przy udziale wykonawcy Enprom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Biuro Studiów i Projektów Energetycznych ENERGOPROJEKT- KRAKÓW spółka akcyjna w Krakowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Biuro Studiów i Projektów Energetycznych ENERGOPROJEKT- KRAKÓW spółka akcyjna w Krakowie 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 2017, poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1838/18

Uzasadnienie

I. Polskie Sieci Elektroenergetyczne spółka akcyjna w Konstancinie-Jeziornie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest opracowanie warunków realizacji inwestycji dla budowy dwutorowej linii 400 kV Mikułowa - Świebodzice.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 13 września 2018 r. wykonawca Biuro Studiów i Projektów Energetycznych ENERGOPROJEKT- KRAKÓW spółka akcyjna w Krakowie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b w związku z art. 85 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez ich błędne zastosowanie polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego w sytuacji braku przesłanek do odrzucenia oferty.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych (PZP), zamawiający ma obowiązek wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia terminu związania ofertą. Termin ten musi mieścić się w granicach określonych w art. 85 ust. 1 PZP. Termin związania ofertą może zostać wskazany na dwa sposoby: albo poprzez określenie wprost konkretnej daty (np. 24.10.2018 r.) albo poprzez wskazanie okresu liczonego od dnia, w którym upływa termin składania ofert. Niezależnie od technicznego sposobu określenia terminu związania ofertą, uznać należy, że zawsze wyznaczony jest w SIWZ konkretny dzień, w którym termin związania ofertą upływa (albo poprzez wskazanie daty wprost, albo poprzez umożliwienie jej obliczenia w odniesieniu do wskazanego dnia upływu terminu składania ofert). To jedynie z wypracowanej przez część zamawiających upraszczającej praktyki wynika posługiwanie się przez zamawiających pośrednim sposobem wskazywania końcowej daty związania wykonawców ofertami, co samo w sobie nie jest jeszcze niczym niewłaściwym. Niestety, konsekwencją tej upraszczającej praktyki jest przyjmowanie, że zmiana daty upływu terminu składania ofert i daty otwarcia ofert (przesunięcie tych dat na późniejszy dzień) pociąga za sobą automatycznie zmianę (wydłużenie) terminu związania ofertą. Tak być jednak nie powinno, chociażby z uwagi na doniosłe konsekwencje dla wykonawców (np. związane z wadium). Z uwagi na ochronę interesów wykonawców praktyka zamawiającego polegająca na określeniu terminu związania ofertą poprzez wskazanie ilości dni liczonych od terminu ustalonego w SIWZ na składanie oferty nie może prowadzić do dorożumianej, niewyartykułowanej przez zamawiającego zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Termin związania ofertą powinien wynikać bezpośrednio z SIWZ a nie z przepisów ustawy, powinien też zostać określony w taki sposób, aby Wykonawca nie narażał się na ryzyko popełnienia błędu przy jego samodzielnym obliczaniu. W podobnym duchu wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 29.03.2013 r., Nr KIO 633/13, w którym stwierdzono, że „Określenie terminu związania ofertą nie jest sprawą ustawy (która nie określa terminu związania ofertą w danym postępowaniu), lecz spoczywa na zamawiającym, który termin ten podaje w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wynika to jednoznacznie z art. 85 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.); który wskazuje, że „wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Natomiast dalsza część dyspozycji „jednak nie dłużej niż” ze wskazaniem 30, 60 lub 90 dni jest de facto wskazówką dla zamawiającego, jaki termin maksymalny w tej specyfikacji może wskazać (oczywiście gdyby zamawiający określił termin dłuższy niż określony w tym przepisie, mogłoby to być podstawą sporu wykonawcy z zamawiającym i ewentualnego uchylenia się od związania ofertą).”

Ta dość rozpowszechniona praktyka prowadzi więc, zdaniem Odwołującego, do niewłaściwej interpretacji i niewłaściwego stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Termin związania ofertą jest istotnym elementem SIWZ, a zmiana tego terminu wymaga wyraźnej zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeżeli do takiej zmiany w sposób wyraźny nie dochodzi, należy uznać, że obowiązuje dotychczasowy termin związania ofertą, co pozostaje w pełnej zgodności z regulacją art. 85 ust. 1 PZP, przepis ten bowiem przewiduje maksymalne, a nie minimalne terminy związania ofertą. Dopuszczalne i w pełni zgodne z przepisami będzie więc zmodyfikowanie treści SIWZ poprzez zmianę daty upływu terminu składania ofert i daty otwarcia ofert (przesunięcie tych dat na późniejszy dzień) bez zmiany terminu związania ofertą tak jak zdaniem Odwołującego miało to miejsce w analizowanym przypadku.

Skoro Zamawiający w informacji opublikowanej dnia 10.08.2018 r. zmienił termin składania ofert z dnia 24.08.2018 r. na 28.08.2018 r. „nie zmieniając wyraźnie terminu związania ofertą (na co wskazuje zapis zawarty w Uwagach na stronie 5 przedmiotowej informacji o treści: „Pozostałe zapisy SIWZ pozostają bez zmian”), to należy, zdaniem Odwołującego, uznać, że termin związania ofertą należy obliczać od pierwotnego terminu wskazanego w SIWZ na składanie ofert, czyli od 24.08.2018 r., a nie od 28.08.2018 r.

Zmiana terminu związania ofertą, elementu istotnego SIWZ - zgodnie z zapisem art. 36 ust. 1 pkt. 9 PZP, powinna być wyraźnie wskazana w informacji o zmianie SIWZ. Jeżeli zmiana SIWZ nie zawiera wyraźnej zmiany terminu związania ofertą, to wiążący - w ocenie Odwołującego - dla Wykonawców jest termin związania ofertą obliczony zgodnie z pierwotną treścią SIWZ.

Przyjęcie odmiennej interpretacji, jak wywodził Odwołujący, z której wynikałoby, że w przypadku gdy w danym postępowaniu termin związania ofertą jest określony w SIWZ poprzez wskazanie okresu liczonego od dnia, w którym upływa termin składania ofert, i gdy w tym postępowaniu dochodzi do przesunięcia daty upływu terminu składania ofert, dochodzi do automatycznego przedłużenia terminu związania wykonawców złożonymi ofertami (a w konsekwencji - zgodnie z tą interpretacją - do konieczności przedłużenia okresu ważności wadium), mogłoby prowadzić do niekorzystnych dla wykonawców sytuacji: np. na skutek działania zamawiającego polegającego na zmianie niedługo przed upływem terminu składania ofert tego terminu poprzez jego przesunięcie o jeden czy dwa dni, wykonawcy musieliby w bardzo krótkim okresie działania pozyskać, często sporym kosztem, nowe lub zaktualizowane gwarancje czy poręczenia. W niektórych skrajnych przypadkach pozyskanie takich gwarancji czy poręczeń nie byłoby możliwe, co prowadziłoby do odrzucenia ofert.

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Opracowanie warunków realizacji inwestycji dla budowy dwutorowej linii 400 kV Mikułowa - Świebodzice” (nr postępowania 2018/WNP-0281), określono pierwotnie termin związania ofertą na 60 dni („Wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą przez 60 dni.” - pkt. XIV ust. 1 Części I SIWZ), co wskazywało na datę 24 października 2018 r. jako na ostatni dzień okresu związania ofertą przez wykonawców. Następnie doszło do zmiany SIWZ poprzez zmianę daty upływu terminu składania ofert i daty otwarcia ofert. Zmiana ta nie pociągnęła jednak za sobą zmiany terminu związania ofertą, pkt. XIV SIWZ nie uległ zmianie. Przyjąć więc zdaniem Odwołującego należy, że nadal dzień upływu terminu związania ofertą przypada na 24 października 2018 r., co jest zgodne z art. 85 ust. 1 PZP. Gwarancja przedłożona przez Biuro Studiów i Projektów Energetycznych Energoprojekt-Kraków S.A. obejmuje więc cały okres związania ofertą określony w SIWZ. W tej sytuacji czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu ofert Odwołującego w sposób oczywisty jest sprzeczna z przepisami art. 89 ust. 1 pkt 7b w związku z 85 ust. 1 pkt 3 PZP.

Z ostrożności Odwołujący wskazywał, że nawet gdyby przyjąć za słuszne stanowisko Zamawiającego o tym, że wraz ze zmianą terminu składania ofert doszło do automatycznej zmiany terminu związania ofertą to należałoby uznać, iż Wykonawca ma czas na przedłużenie terminu obowiązywania wadium do dnia 24.10.2018 r.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 2) dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego,
- 3) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi i na rozprawie wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Enprom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły - wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w Rozdziale XIII pkt 1 wskazano, że ofertę należy złożyć za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego

do dnia 24 sierpnia 2018 r.

2. W Rozdziale XI części I SIWZ Zamawiający wskazał, że wadium musi być złożone przed upływem terminu składania ofert i musi obejmować okres związania ofertą. Pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień składania ofert. W Rozdziale XIV części I SIWZ Zamawiający wskazał, że wykonawca pozostaje związany ofertą przez okres 60 dni. Początek biegu terminu związania ofertą należy liczyć od dnia, w którym upływa termin składania ofert.

3. W dniu 10 sierpnia 2018 r. Zamawiający opublikował w Dz. Urz. UE zmianę ogłoszenia o zamówieniu i opublikował wyjaśnienie treści SIWZ. Między innymi dokonał zmiany treści Rozdziału XIII pkt. 1 części I SIWZ poprzez przesunięcie terminu składania ofert na dzień 27 sierpnia 2018 r. Zamawiający nie zmienił terminu związania ofertą.

4. W dniu 27 sierpnia 2018 r. Odwołujący złożył ofertę na wykonanie usługi objętej postępowaniem przetargowym i następnego dnia, 28 sierpnia 2018 r., złożył wadium w formie gwarancji bankowej. Okres ważności udzielonej gwarancji upływał w dniu 24 października 2018 r.

5. W dniu 4 września 2018 r. Zamawiający opublikował na Platformie Zakupowej informację o poprawieniu w ofercie Odwołującego omyłki i równoczesnym odrzuceniu jego oferty. Jak wynika z uzasadnienia czynności dokonanej przez Zamawiającego, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 87 ust.1 pkt. 7b Prawa zamówień publicznych, ponieważ ważność gwarancji obejmuje okres od 24 sierpnia 2018 r. do dnia 24 października 2018 r. W ocenie Zamawiającego stan taki jest sprzeczny z postanowieniami SIWZ przewidującymi, iż wadium powinno zostać złożone na cały okres związania Wykonawcy ofertą, a więc na okres 60 dni liczony od dnia 28 sierpnia 2018 r., a nie od 24 sierpnia 2018 r., czyli pierwotnego terminu, do którego Wykonawcy mogli składać oferty.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba podzieliła w całości stanowisko Zamawiającego - Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Stan faktyczny nie był sporny - Strony różniły się jedynie w jego ocenie: według Odwołującego Zamawiający zmieniając pierwotny termin składania ofert, powinien był też zmienić termin związania ofertą. Z kolei w ocenie Zamawiającego, określenie terminu związania ofertą w taki sposób, że wykonawca pozostaje związany ofertą przez okres 60 dni - a początek biegu terminu związania ofertą należy liczyć od dnia, w którym upływa termin składania ofert - nie wymaga zmiany, jeżeli zmieniono termin składania ofert.

Skład orzekający podzielił w całości stanowisko Zamawiającego. Zamawiający w SIWZ wskazał termin związania ofertą - 60 dni i wskazał, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, jak ten termin należy obliczyć - termin biegnie od dnia składania ofert. Taki sposób określenia obliczania terminu jest zgodny z przepisami art. 110 i 111 Kodeksu cywilnego. Nie powinien budzić żadnych wątpliwości interpretacyjnych. Zamawiający określił, że pierwszym dniem związania ofertą jest dzień składania ofert. W takich okolicznościach zmiana terminu składania ofert (oznaczonego konkretną datą), powoduje automatycznie, że zmienia się ostatni dzień (oznaczony konkretną datą) terminu związania ofertą.

Izba podzieliła pogląd wyrażony w wyroku sygn. akt KIO 1473/10 (zmieniły się przywoływane w tym orzeczeniu przepisy, ale prezentowane w uzasadnieniu poglądy pozostają aktualne również w obecnym stanie prawnym): akceptacja dopuszczalności wniesienia wadium na okres krótszy, niż okres związania ofertą prowadziłoby do postawienia „w sytuacji uprzywilejowanej wykonawców, którzy - korzystając z takiej interpretacji - wnosiliby wadium na kilka bądź kilkanaście dni związania ofertą. Przyznanie racji odwołującemu się umożliwiłoby taką praktykę zwłaszcza wobec faktu, iż bez znaczenia byłoby wówczas, na jaki okres związania ofertą wadium nie zostało wniesione.”.

Reasumując, Izba nie podzieliła „stanowiska odwołującego się, iż wobec zmiany terminu

składania ofert zamawiający obowiązany był dokonywać jakichkolwiek zmian w ogłoszeniu o zamówieniu. Termin ten również w sposób jasny wynika zarówno z ogłoszenia o zamówieniu, jak i ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wynosi 60 dni, a jego bieg rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert (pkt IV.3.7 ogłoszenia i 13.1 specyfikacji). Oczywistym jest zatem, iż w przypadku zmiany terminu składania ofert, automatycznie, bez konieczności dokonywania jakichkolwiek odrębnych czynności, zmienia się termin związania ofertą.” (sygn. akt KIO 1481/10).

Wadium wnoszone w innej formie, niż w pieniądzu, powinno dawać Zamawiającemu taką samą możliwość skorzystania z zabezpieczenia wadium, jak forma pieniężna - wadium wniesione na krótszy okres, niż okres związania ofertą, takiego zabezpieczenia nie daje. Wadium, jeżeli nie zostało wniesione, albo zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, nie może zostać uzupełnione po upływie terminu, w jakim powinno zostać wniesione.

W konsekwencji Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przepisów wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5

Przewodniczący: