

WYROK
z dnia 9 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Renata Tubisz
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8.01.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **BUD-INVENT Sp. z o.o. (lider), 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, Waldemar Żak PBM ŻAK Zakład Instalacyjno-Budowlany, 02-401 Warszawa, ul. Świerszcza 50** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Warszawski Ośrodek Sportu i Rekreacji Zakład Budżetowy, 00-429 Warszawa, ul. Rozbrat 26** protestu z dnia **10 grudnia 2008 r.**

przy udziale **xxx** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **xxx**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża BUD-INVENT Sp. z o.o. (lider), 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, Waldemar Żak PBM ŻAK Zakład Instalacyjno-Budowlany, 02-401 Warszawa, ul. Świerszcza 50 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych)

zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **BUD-INVENT Sp. z o.o. (lider), 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, Waldemar Żak PBM ŻAK Zakład Instalacyjno-Budowlany, 02-401 Warszawa, ul. Świerszcza 50;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **1 830 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset trzydzieści złotych zero groszy) przez **BUD-INVENT Sp. z o.o. (lider), 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, Waldemar Żak PBM ŻAK Zakład Instalacyjno-Budowlany, 02-401 Warszawa, ul. Świerszcza 50** na rzecz **Miasta Stołecznego Warszawa – Warszawski Ośrodek Sportu i Rekreacji Zakład Budżetowy, 00-429 Warszawa, ul. Rozbrat 26** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BUD-INVENT Sp. z o.o. (lider), 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, Waldemar Żak PBM ŻAK Zakład Instalacyjno-Budowlany, 02-401 Warszawa, ul. Świerszcza 50;**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi *Inżynier dla zadania inwestycyjnego pn. Budowa stadionu piłkarskiego przy ul. Łazienkowskiej 1/3 w Warszawie* (numer referencyjny SU/ZP/4/08). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 maja 2008 r. S-97-130785.

Zamawiający w dniu 3 grudnia 2008 roku poinformował wykonawców o odmowie podpisania umowy przez wykonawcę, którego oferta wybrana została za najkorzystniejszą i wyborze spośród pozostałych ofert oferty „Bureau Veritas Polska” Sp. z o.o. W dniu 10 grudnia 2008 roku protest do Zamawiającego wniosło konsorcjum wykonawców BUD-INVENT Sp. z o.o., PBM ŻAK Zakład Instalacyjno-Budowlany Waldemar Żak, zwane dalej konsorcjum Bud-Inwent, w którym zarzuciło Zamawiającemu zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wybranego wykonawcy i dokonanie wyboru oferty, która powinna być uznana za odrzuconą, na skutek których to czynności oraz zaniechania doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 94 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych. W dniu 16 grudnia 2008 roku Zamawiający doręczył Odwołującemu się rozstrzygnięcie protestu wraz z uzasadnieniem decyzji o jego oddaleniu. W dniu 22 grudnia 2008 roku konsorcjum Bud-Inwent wniosło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, przekazując w tym samym dniu jego kopię Zamawiającemu. Odwołujący zażądał nakazania Zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania, powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Odwołującego się.

Zarzuty podnoszone w proteście oraz odwołaniu dotyczą braku wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz ważności wniesionego wadium przez wybranego wykonawcę Bureau Veritas Polska Sp. z o.o., którego ofertę Zamawiający wybrał spośród pozostałych ofert. Wykonawca ten złożył Zamawiającemu oświadczenie pismem z dnia 4 grudnia 2008 roku, w którym zastrzegł skuteczność wyrażonej zgody pod warunkiem uznania przez Zamawiającego dokumentów wymaganych przed podpisaniem umowy za wystarczające. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie daje podstaw do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą pod warunkiem, gdyż ze zgodą tą wiążą się określone skutki prawne, a zatem musi być jasność, czy została ona wyrażona. Podobnie zgoda na przedłużenie ważności wadium wniesionego w pieniądzu miała charakter warunkowy, a zatem ważność wadium nie została w sposób skuteczny przedłużona. Wadium wniesione zostało na okres 60 dni od upływu terminu składania ofert, tj. na czas do 28 listopada 2008 roku. i straciło swoją ważność z końcem tego terminu. Niezależnie od upływu terminu związania ofertą i skuteczności oświadczenia z dnia 4 grudnia 2008 roku oferta była niezabezpieczona wadium co najmniej w okresie od 29 listopada do 3 grudnia 2008 roku, niezależnie od formy wniesienia wadium. Okoliczności skutkujące obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazane w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp, wystąpiły po zakończeniu etapu oceny i badania ofert, co jednak uniemożliwia dokonanie wyboru oferty wykonawcy Bureau Veritas Polska Sp. z o.o. stwierdzał Odwołujący.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu przyznał, iż oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą pod warunkiem z dnia 4 grudnia 2008 roku jest nieskuteczne i należy uznać, iż wykonawca Bureau Veritas Polska Sp. z o.o. nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 30 dni. Niemniej jednak wykonawca ten pozostaje związany ofertą przez okres wskazany w siwz i wynoszący 60 dni. Z uwagi na wnoszone protesty, termin ten uległ zawieszeniu, a przed jego upływem Zamawiający nie ma podstaw do dokonania czynności odrzucenia oferty Bureau Veritas Polska Sp. z o.o., a tym samym złożony protest jest przedwczesny.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, a także stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Na wstępie skład orzekający uznał za nieskuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Bureau Veritas Polska Sp. z o.o. Zgodnie z art. 184 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655 z późn. zm), zwanej dalej ustawą pzp., zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Urzędu, przekazując jego kopię zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Zgłoszenie przystąpienia przekazane zostało Prezesowi Urzędu do czasu otwarcia posiedzenia wyłącznie faksem skierowanym za pośrednictwem Zamawiającego. Przystępujący w ogóle nie przekazał kopii przystąpienia Odwołującemu, jak również nie stawiał się na posiedzeniu. Treść oświadczenia przekazanego faksem nie została potwierdzona pismem. Na tej podstawie Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania wykonawcy Bureau Veritas Polska Sp. z o.o.

W zakresie zarzutów merytorycznych skład orzekający ustalił, iż termin związania ofertą ustalony został przez Zamawiającego w siwz na okres 60 dni. Na skutek wniesionego w dniu 23 października 2008 roku protestu konsorcjum Bud-Invent, uległ on z mocy ustawy zawieszeniu i kończył się w dniu 5 grudnia 2008 roku. 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. Protest z 23 października 2008 roku wniesiony został po upływie terminu składania ofert wyznaczonego na dzień 29 września 2008 roku, a zatem z mocy ustawy termin związania ofertami złożonymi w postępowaniu uległ zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. Zamawiający w dniu 24 listopada 2008 roku zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 30 dni. Wykonawca Bureau Veritas Polska Sp. z o.o. złożył oświadczenie w dniu 4 grudnia 2008 roku, w którym zastrzegł skuteczność oświadczenia o zgodzie na przedłużenie terminu związania ofertą pod warunkiem uznania za wystarczające dokumenty wymagane przed podpisaniem umowy. Zamawiający dokonał wyboru oferty Bureau Veritas Polska Sp. z o.o. w dniu 3 grudnia 2008 roku, a więc przed złożeniem oświadczenia z dnia następnego, a w dniu 4 grudnia 2008 roku poinformował wykonawców o kolejnym zawieszeniu biegu terminu związania ofertą na skutek protestu konsorcjum ECM z dnia 4 grudnia 2008 roku.

W tak ustalonych okolicznościach faktycznych sprawy skład orzekający uznał, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zasadność zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Bureau Veritas Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp. Zgodnie z przywołaną podstawą prawną, Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy Bureau Veritas Polska Sp. z o.o. przed upływem terminu związania ofertą, który obecnie uległ zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu z dnia 4 grudnia 2008 roku. W związku z zawieszeniem biegu terminu, Zamawiający słusznie powstrzymał się przed podejmowaniem czynności w postępowaniu, które mogłyby na skutek rozstrzygnięcia protestu ulec zmianie. Zamawiający dokonując wyboru oferty Bureau Veritas Polska Sp. z o.o. nie miał wiedzy o treści oświadczenia złożonego Mu w dniu następnym, pozostawiając jego ocenę do czasu rozstrzygnięcia protestu konsorcjum ECM. Niezależnie od treści oświadczenia, w dniu wyboru wykonawcy pozostawał związany treścią oferty, co oznaczało również, iż Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp.

W ocenie składu orzekającego oferta wykonawcy Bureau Veritas Polska Sp. z o.o. pozostawała w dniu jej wyboru zabezpieczona wadium wniesionym w formie pieniężnej na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego. Wniesienie wadium stanowi zabezpieczenie ciężącego na wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, zatem czas jego wniesienia nie może być krótszy od okresu związania ofertą. W przypadku zawieszenia terminu związania ofertą, wykonawcy muszą dopilnować, aby ważność wadium w postaci gwarancji wadialnych obejmowała okres, o który uległ zawieszeniu termin związania ofertą. W przypadku wpłaty wadium w pieniądzu na rachunek bankowy, Zamawiający posiada w dyspozycji kwotę przez cały okres związania ofertą, a zatem wykonawcy nie muszą dokonywać żadnych dodatkowych czynności, aby zachować jego ważność w tym terminie. Jeżeli termin związania ofertą nie upłynął, Zamawiający nie może na podstawie art. 46 ust 1 pkt 1 ustawy pzp. dokonać zwrotu wadium, co oznacza, w przypadku formy pieniężnej, iż wadium pozostaje w dyspozycji Zamawiającego i zabezpiecza ofertę w okresie jej związania. Wykonawca wnosząc wadium zabezpiecza ofertę w konkretnym postępowaniu. W przypadku formy pieniężnej środki wpłacane są na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego w celu zabezpieczenia złożonej oferty w konkretnym postępowaniu. Ponieważ wadium zabezpiecza ofertę w okresie jej związania, to w przypadku zawieszenia biegu terminu związania ofertą wadium w formie pieniężnej obejmuje również ten okres i nie wymaga składania dodatkowego oświadczenia przez wykonawcę, który złożył ofertę zabezpieczoną wadium. Zamawiający nie dokonał zwrotu wadium na podstawie art. 46 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp., gdyż pierwotny termin związania ofertą jeszcze nie upłynął.

W związku z powyższym, również zarzut naruszenia art. 94 ust. 2 ustawy oraz art. 7 ust. 1 nie został uwzględniony.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami Zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem w wysokości połowy kwoty), Izba obciążyła Odwołującego.

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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*