

Sygn. akt: KIO/UZP 1261/09

WYROK
z dnia 19 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Marek Koleśnikow

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39 a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendant Główny Państwowej Straży Pożarnej, 00-463 Warszawa, ul. Podchorążych 38** protestu z dnia 3 sierpnia 2009 r.

przy udziale **ACCENTURE Sp. z o.o., 00-121 Warszawa, ul. Sienna 39** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39 a,

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39 a,**

- 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 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39 a.**

Uzasadnienie

Odwołujący ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie, uczestniczący w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na "Budowę systemu przetwarzania danych (SPD) dla jednostek organizacyjnych PSP" zakwestionował następujące czynności Zamawiającego:

1. rozpatrywanie, ocenę i wybór przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Accenture Sp. z o.o.,
 2. zaniechanie zwrotu wadium Accenture Sp. z o. o. na podstawie przepisu art. 46 ust. 1 pkt 1 ustawy;
 3. zaniechanie wykluczenia Accenture Sp. z o. o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy;
 4. z ostrożności zaniechanie odrzucenia oferty Accenture Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 Ustawy i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy;
- a nadto, zaniechanie dokonania wyboru oferty ComArch S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Accenture Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie dokonania ponownego rozpatrywania i oceny ofert, jednakże bez rozpatrywania i oceny oferty Accenture Sp. z o.o.;
3. nakazanie dokonania zwrotu wadium Accenture Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 46 ust. 1 pkt 1 Ustawy;

4. nakazanie wykluczenia Accenture Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt i art. 24 ust. 1 pkt 10 Ustawy;

5. nakazanie dokonania wyboru oferty ComArch S.A. jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Z ostrożności Odwołujący wniósł o nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i:

1. nakazanie odrzucenia oferty Accenture Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 Ustawy;

2. nakazanie wykluczenia Accenture Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy;

3. nakazanie dokonania wyboru oferty ComArch S.A. jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 pkt 1 Ustawy w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równości wykonawców wyrażonych w tym przepisie, poprzez rozpatrywanie, ocenę i dokonanie wyboru oferty Accenture Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta Accenture Sp. z o.o. jest ofertą niewiążąca, nie podlegająca rozpatrzeniu i ocenie, ponieważ w przypadku Accenture Sp. z o.o. ustało związanie złożoną ofertą, w związku z czym ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu jest oferta ComArch S.A.;

2. naruszenie przepisu art. 46 ust. 1 pkt 1 Ustawy, poprzez zaniechanie zwrotu wadium Accenture Sp. z o.o., pomimo że upłynął już termin związania Accenture Sp. z o.o. złożoną ofertą;

3. naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Accenture Sp. z o.o. z postępowania, pomimo że ten wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

4. naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Accenture Sp. z o.o. z postępowania, pomimo że Accenture Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;

5. z ostrożności - naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Accenture Sp. z o. o., pomimo że oferta wykonawcy jest niezgodna z Ustawą;

6. z ostrożności - naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Accenture Sp. z o. o., pomimo że oferta Accenture Sp. z o.o. jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

7. z ostrożności - naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Accenture Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania, pomimo że Accenture Sp. z o.o. nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 23 lipca 2009 r. (przesłanym faksem w dniu 24 lipca 2009 r.) Zamawiający poinformował ComArch S.A., że "zgodnie z art. 183 ust. 6 ustawy (...) w związku z wyrokiem KIO z dnia 22 lipca 2009 roku, Zamawiający dokonał powtórzenia czynności, polegających na: 1) unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Accenture Sp. z o.o. 2) powtórnej ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej, zgodnie z kryteriami i metodyką określoną w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dalej Zamawiający zawiadomił, że "zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy (...) w ww. postępowaniu wybrana została oferta Accenture Sp. z o.o." Zamawiający poinformował również o ocenie pozostałych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Na drugim miejscu uplasowała się oferta ComArch S.A.

ComArch S.A. -nie mogąc zgodzić się z decyzją Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej - wniósł w dniu 3 sierpnia 2009 roku protest. W pierwszym rzędzie ComArch S.A. podnosił, iż oferta Accenture Sp. z o.o. jest ofertą niewiążącą, nie podlegającą rozpatrzeniu i ocenie - ponieważ w przypadku Accenture Sp. z o. o. ustało związanie złożoną ofertą. W związku z powyższym Zamawiający w ogóle nie powinien oceniać przedmiotowej oferty oraz powinien zwrócić wadium Accenture Sp. z o.o.

Dodatkowo - jedynie z ostrożności w razie uznania, że ustanie związania złożoną ofertą skutkować powinno odrzuceniem oferty bądź wykluczeniem takiego wykonawcy z postępowania, ComArch S.A. podnosił w proteście, że oferta Accenture Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 8 Ustawy, a wykonawca ten wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy.

ComArch S.A. w odwołaniu powtórzył w całości zarzuty i argumentację podaną w proteście.

I. Ustanie związania ofertą - oferta Accenture Sp. z o.o. jako ofertą niewiążącą, nie podlegająca rozpatrzeniu i ocenie.

Wskazał na termin związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu i postanowienia SIWZ jako zgodne z art. 85 Ustawy w brzmieniu obowiązującym po wejściu w życie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Stwierdził, że zarówno w przepisie art. 85 ust. 1 Ustawy jak i art. 85 ust. 2 Ustawy mowa o terminie w znaczeniu oznaczonego okresu czasu mierzonego ilością dni, a nie o terminie w znaczeniu konkretnej końcowej daty kalendarzowej.

W Rozdziale VII w pkt 1 SIWZ Zamawiający postanowił, że oferty należy składać do dnia 5.01.2009 roku. Termin ten został następnie przesunięty na dzień 16.01.2009 r., a ostatecznie na dzień 20.01.2009 roku.

Od dnia 20.01.2009 r. (dzień składania ofert) włącznie (zgodnie z art. 85 ust. 5 Ustawy) do dnia 3.03.2009 r. włącznie (dzień poprzedzający wniesienie pierwszego z protestów) upłynęło 43 dni związania ofertą.

W związku z wniesionymi protestami bieg terminu związania ofertą uległ zawieszeniu od dnia 4.03.2009 r. (dzień wniesienia pierwszego protestu) do dnia 29.04.2009 r. (dzień wydania orzeczeń przez KIO). Od dnia 30.04.2009 r. włącznie termin związania ofertą znów biegł (odwiesił się).

Po kolejnych protestach, od dnia 30.04.2009 r. (z którym to dniem termin związania ofertą znów biegł) do dnia 9.06.2009 r. (dzień poprzedzający wniesienie ww. protestu ComArch S.A. z dnia 10.06.2009 r.) upłynęło łącznie 41 dni. W przypadku braku przedłużenia terminu związania ofertą stosownie do art. 85 ust. 2 Ustawy termin związania ofertą odnośnie każdej z ofert w przedmiotowym postępowaniu upłynąłby w dniu 16.05.2009 roku.

W zakresie przedłużenia terminu związania ofertą Accenture Sp. z o.o. i ustania związania ofertą stwierdził:

W postępowaniu Zamawiający zastosował przepis art. 85 ust. 2 Ustawy poprzez wezwanie wykonawców z dniem 6.05.2009 r. do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, z tym że nie o oznaczony okres mierzony ilością dni, lecz do konkretnego dnia kalendarzowego. Zamawiający zwrócił się "o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 10 lipca 2009 roku."

Zamawiający wyznaczył konkretną datę, do której zamierzał zakończyć postępowanie o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie zwrócił się o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu o oznaczony okres mierzony ilością dni, tak jak stanowi przepis art. 85 ust. 2 w związku z art. 85 ust. 1 Ustawy.

Zauważył, że procedura udzielania zamówień publicznych ma charakter cywilnoprawny. Wskazał na art. 14 Ustawy Pzp. i zastosowanie przepisów art. 110-116 Kodeksu cywilnego. Zwrócił uwagę na różne znaczenia "terminów" – pojęcie "zawieszenia terminu" powołując piśmiennictwo.

Wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca Accenture Sp. z o.o. pismem z dnia 6.05.2009 r. przedłużył termin związania ofertą do konkretnego dnia 10.07.2009 roku, a po tej dacie ustało związanie ofertą.

Późniejsze postępowania protestacyjno-odwoławcze toczące się począwszy od dnia 10.06.2009 r. do dnia 22.07.2009 r. nie mogły w tym zakresie wywołać żadnego skutku w postaci przesunięcia daty 10.07.2009 r. jako konkretnej daty kalendarzowej, do której Accenture Sp. z o.o. jest związane ofertą. Accenture Sp. z o.o. nie składało dalszych oświadczeń o przedłużeniu związania ofertą, a Ustawa nie dopuszcza "przerw" w związaniu ofertą.

Stwierdził, że oświadczenia Accenture Sp. z o.o. dotyczące przedłużenia ważności wadium nie mogą zastępować wymaganych Ustawą wyraźnych oświadczeń w sprawie przedłużenia terminu związania ofertą. W dniu 6.05.2009 r. Accenture Sp. z o.o. przedłużył termin

związania ofertą "do dnia 10 lipca 2009 r.", przedłużając jednocześnie ważność wadium również "do dnia 10 lipca 2009 r." W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 17.06.2009 r. wzywające wykonawców w oparciu o art. 181 ust. 2a Ustawy do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium do dnia 20.08.2009 r., Accenture Sp. z o.o. dnia 9.07.2009 r. przedłużył ważność wniesionego w pieniądzu wadium "na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, tj. co najmniej do dnia 20 sierpnia 2009 roku. "Nie zostało jednak złożone żadne oświadczenie dotyczącego przedłużenia związania ofertą Accenture Sp. z o.o.. Z oświadczeń dotyczących przedłużenia wadium nie wynika oświadczenie o przedłużeniu związania ofertą. Odwołujący wskazał, że ustawa rozróżnia oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą od przedłużenia wadium (art. 85 ust. 4 oraz art. 181 ust. 2a Ustawy), w przypadku związania ofertą wymagając wyraźnego oświadczenia woli wykonawcy (art. 85 ust. 2 Ustawy). Czynność przedłużenia wadium przez Accenture Sp. z o.o. jest czynnością bezskuteczną w tym znaczeniu, że nie mogła i nie może odnieść skutku w postaci przedłużenie związania ofertą, które ustało z końcem dnia 10.07.2009 roku. Przepis art. 46 ust. 1 pkt 1 Ustawy nakłada na Zamawiającego obowiązek zwrotu wadium niezwłocznie, jeśli upłynął termin związania ofertą. W związku z tym, że ustało związanie ofertą Accenture Sp. z o.o., Zamawiający powinien zwrócić wadium temu wykonawcy bez zbędnej zwłoki.

Wskazał, że przedłużenie okresu ważności wadium oraz wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą są odrębnymi czynnościami, które warunkują możliwość rozpatrywania, oceny i wyboru oferty każdego wykonawcy. Powołał wyrok z dnia 6 lutego 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 119/09, w którym KIO stwierdziła: "aby doszło do skutecznego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą, wykonawca obowiązany jest dokonać dwóch czynności - złożyć oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą 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".

Odwołujący stwierdził, że w chwili wyboru przez Zamawiającego oferty Accenture Sp. z o.o. złożona przez tego wykonawcę oferta już nie była wiążąca. Termin związania tej oferty upłynął z końcem dnia 10.07.2009 roku. Wskazał, że prawidłowe przedłużenie okresu związania ofertą wymagało wyrażenia wyraźnej zgody do końca dnia 10.07.2009 roku. Poprzez zaniechanie tej czynności, Accenture Sp. z o.o. pozbawiło się możliwości uzyskania zamówienia publicznego, ponieważ ewentualna umowa zawarta w oparciu o ofertę, której termin związania minął, byłaby obciążona wadą skutkującą jej nieważnością ex lege stosownie do art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Ustawy. Zwrócił uwagę, że nowelizacja Ustawy z dnia 4

września 2008 r. zmieniająca art. 94 ust. 1a i wyeliminowała możliwość zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą. W związku z tym powołał orzecznictwo sądowe i KIO.

Stwierdził, że zgodnie z Ustawą rozpatrywana, oceniana i wybrana jako najkorzystniejsza może być tylko oferta wiążąca, tj. oferta wykonawcy, której związanie nie ustało. Tylko z takim wykonawcą może być zawarta ważna umowa.

Oferta Accenture Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Ustawy, ponieważ jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zgodnie z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Zawarcie umowy z wykonawcą wybranym po okresie związania ofertą naruszałoby bezwzględnie obowiązujący przepis art. 94 ust. 1 Ustawy w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 Ustawy, zatem skutkiem byłoby, iż umowa taka byłaby nieważna z mocy prawa (art. 146 ust. 1 pkt 5) i 6) zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy; w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania);

-Accenture Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, ponieważ należy uznać, że brak jest zgody Accenture Sp. z o.o. na przedłużenie związania ofertą. Wskazał na okoliczność braku złożenia samodzielnego oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą o dodatkowy czas.

Przedłożył opinię sporządzoną przez Grupę Doradczą "Sienna", która potwierdza wskazaną przez ComArch S.A. argumentację.

Jednocześnie wskazał, że oferta ComArch S.A. jest nadal ważna i ComArch S.A. jest wciąż związany złożoną ofertą, gdyż zgodnie z przepisami Ustawy samodzielnie przedłużył termin związania ofertą o oznaczony okres ilością dni-60dni. W związku z postępowaniami protestacyjno-odwoławczymi toczącymi się począwszy od dnia 10 czerwca 2009 r. do dnia 22 lipca 2009 r., termin związania ComArch S.A. złożoną ofertą (60 dni zgodnie z SIWZ przedłużone o kolejne 60 dni samodzielnie przez Wykonawcę) uległ zawieszeniu jako termin oznaczony ilością dni, a nie konkretną datą kalendarzową.

Stwierdził, że ważne jest również wadium zabezpieczające ofertę ComArch S.A. W dniu 12 maja 2009 r. został złożony Zamawiającemu aneks do gwarancji wadialnej potwierdzający przedłużenie ważności wadium do dnia 7 października 2009 roku.

Uzasadniając wniosek o wykluczenie Accenture Sp. z o.o. Odwołujący stwierdził:

W ramach postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego przez Ministerstwo Finansów w trybie konkursu na "Opracowanie Koncepcji transformacji działania administracji podatkowej w ramach Programu e-Podatki obejmującego projekty e-Deklaracje 2, e-Podatki, e-Rejestracja, zamieszczone na liście indykatywnej Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007-2013", którego uczestnikiem jest konsorcjum firm Accenture Sp. z o.o. z

siedzibą przy ul. Siennej 39 w Warszawie, Accenture z siedzibą 1 Grand Canal Square Grand Canal Harbour, Dublin 2 oraz Accenture Australia Holdings Pty Ltd z siedzibą 48 Pirrama Road, Pyrmont NSW 2009, Australia - konsorcjum to wskazało, iż doświadczenie, którym w niniejszym postępowaniu legitymuje się Accenture Sp. z o.o., rzeczywiście jest doświadczeniem innych podmiotów z grupy kapitałowej, do której należy Accenture Sp. z o.o., jednakże nie jest doświadczeniem samego Accenture Sp. z o.o. Tym samym w niniejszym postępowaniu Accenture Sp. z o.o. przedstawił jako swoje doświadczenie -wykaz dostaw zrealizowanych przez inną spółkę z grupy Accenture.

Tym samym Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje, które mają wpływ na wynik postępowania - i jako takie powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Ustawy.

W ofercie Przystępującego znajduje się zobowiązanie firmy Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., datowane na dzień 6 stycznia 2009 roku, w którym firma ta zobowiązuje się do udostępnienia Pana Arkadiusza P. Na podstawie korespondencji pomiędzy ComArch S.A. a firmą Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. -ComArch S.A. powziął informację, że obecnie zobowiązanie to jest nieskuteczne i Accenture Sp. z o.o. nie dysponuje już powyższym pracownikiem.

Tym samym Accenture Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu przedstawionych w rozdziale II SIWZ punkt 3, a zatem -na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Ustawy powinna zostać wykluczona z postępowania. W toku rozprawy Odwołujący cofnął zarzut dot. deklaracji o dysponowaniu pracownikiem zdolnym do wykonania zamówienia, tj. zarzut niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, iż powyższy zarzut nie podlega odrzuceniu ze względu na wskazaną przez Zamawiającego okoliczność, iż: "Powyższą wiedzę mógł zatem pozyskać znacznie wcześniej", gdyż o podstawach wykluczenia, tj. o fakcie, że Accenture Sp. z o.o. nie dysponuje już powyższym pracownikiem, ComArch S.A. powziął wiadomość w terminie umożliwiającym mu podnoszenie przedmiotowego zarzutu - a mianowicie powziął o niej wiadomość pomiędzy dniem wyboru oferty Accneutre Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej (24 lipca 2009 roku) a dniem złożenia protestu (3 sierpnia 2009 roku), w którym to okresie podjął kroki zmierzające do zbadania poprawności oferty Accenture Sp. z o.o.

Zamawiający Komendant Główny Państwowej Straży Pożarnej wniósł o oddalenie odwołania;

w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy wskazał, iż wykonawca, podnosi, iż "na podstawie korespondencji pomiędzy ComArch S.A. a firmą Intertrading Systems Technology Sp. z o. o ComArch S. A. powziął informację, że obecnie zobowiązanie to jest

nieskuteczne i Accenture Sp. z o. o. nie dysponuje już powyższym pracownikiem", Stwierdził: z uwagi na fakt, że do protestu nie dołączono kopii ww. pisma Zamawiający nie może stwierdzić czy protest został wniesiony w terminie, Protestujący wielokrotnie korzystał z przysługującego mu prawa wglądu w dokumentację z postępowania oraz do ofert. Powyższą wiedzę mógł zatem pozyskać znacznie wcześniej.

Ponadto fakt nie dysponowania przez firmę Intertrading Systems Technology Sp z o. o. osobą Pana Arkadiusza P. nie oznacza, że ww. nie będzie uczestniczył w realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z treścią oferty Accenture Sp. z o. o.

Niewykluczone bowiem, że jako osoba fizyczna będzie świadczył usługi na rzecz Accenture Sp. z o. o.

Zamawiający przywołał stanowisko Sądu Okręgowego w Katowicach wyrażone w wyroku z 04.10.2005 r. (sygn. akt IV Ca 392/05), w którym stwierdził, że „...osoby przy pomocy których wykonawca będzie wykonywał zamówienie, nie muszą być jego pracownikami. Istotnym jest tylko by Wykonawca dysponował (nie zatrudniał) osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Mogą to być np. osoby fizyczne, które prowadzą działalność gospodarczą i będą świadczyć usługi na rzecz Wykonawcy. Badanie na jakiej podstawie prawnej wykonawca zatrudnia osoby fizyczne faktycznie wykonujące prace nie należy do obowiązków zamawiającego”.

Z uwagi na fakt, iż Accenture Sp. z o. o. nie zmienił do chwili obecnej oświadczenia co do dysponowania Panem Arkadiuszem P. w realizacji zamówienia, wykluczenie Accenture Sp. z o. o. w oparciu o art. 24 ust 1 pkt 10 Ustawy, tylko na podstawie nieudokumentowanej informacji Protestującego, w ocenie Zamawiającego, byłoby nieuzasadnione.

W zakresie pozostałych zarzutów Zamawiający je oddalił.

Uzasadniając stanowisko stwierdził:

W dniu 06.05.2009 r. Zamawiający, w oparciu o art. 85 ust. 2 Ustawy, zwrócił się do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 10.07.2009 r. (pismo znak BF-TV-2370J16-262/OS/09).

Zgodnie z przywołanym przepisem Zamawiający może zwrócić się do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o oznaczony okres, nie dłużej jednak niż 60 dni. Z powyższego przepisu nie wynika, iż termin związania ofertą nie może być określony konkretną datą kalendarzową. Przepis ten jedynie zakazuje Zamawiającemu przedłużenie tego terminu o dłużej niż 60 dni.

Zamawiający w tym przypadku posłużył się datą kalendarzową ze względów praktycznych. Określenie terminu liczbą dni, po kolejnych protestach, zawieszaniu biegu terminu związania ofertą i jego odwieszaniu, mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której termin ten dla każdego z Wykonawców upływałby innego dnia. Zatem dla jasności postępowania, jego sprawnego przebiegu i uniknięcia rozbieżności w ustaleniu właściwej daty, w której upłynie termin

związania ofertą (która to rozbieżność mogłaby stanowić przyczynek do wnoszenia kolejnych protestów) - najważniejsze było oznaczenie okresu związania ofertą konkretną datą kalendarzową. Podkreślił, że okres wyznaczony do dnia 10.07.2009 r. nie przekroczył 66 dniowego terminu ustawowego.

Powołał orzeczenie KIO w wyroku z dnia 09.03.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 201/09; KIO/UZP 213/09; KIO/UZP 214/09:

Reasumując p.z.p. mówi o okresie związania ofertą, wskazując, że okres ten mierzony jest w dniach. W związku z powyższym nie można wyprowadzić wniosku, że termin związania ofertą nie może być określony przez datę początkową i końcową, a jedynie przez wskazanie liczby dni terminu związania ofertą. Skoro termin związania ofertą wyznacza termin ważności wadium, to nie można odmówić prawa oznaczenia terminu związania ofertą poprzez wskazanie jego początkowego i końcowego terminu. Takie wskazanie terminu ważności wadium, wbrew nieuzasadnionym obawom Zamawiającego, wcale nie umożliwia Wykonawcy uwolnienie się od związania ofertą w przypadku przekroczenia końcowego terminu związania ofertą, wskutek wniesienia protestu. Bowiernie zgodnie z art. 181 ust. 1 Ustawy w przypadku wniesienia protestu po upływie terminu związania ofertą bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu. W ocenie Izby zawieszenie biegu terminu związania ofertą jest uzależnione od tego czy wykonawca wskazał liczbę dni. W każdym przypadku termin związania ofertą ulega przedłużeniu o okres zawieszenia tegoż terminu w związku z wniesionym protestem do jego ostatecznego rozstrzygnięcia.

Zamawiający wskazał także na wyrok z dnia 01.08.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 744/08), w którym Izba stwierdza, "Termin ten został na wniosek Zamawiającego, złożony w trybie art. 85 ust. 2 ustawy za zgodą wykonawców do dnia 17.05.2009 r. KIO uznała, że czynność powyższa pozostaje w zgodzie z powołanym przepisem, dopuszczającym przedłużenie tego terminu o oznaczony okres. Jakkolwiek ustawa operuje pojęciem terminu ustalonego w dniach, a nie do określonej daty, Izba wzięła pod uwagę ten termin upływający w wyznaczonej dacie w niniejszym postępowaniu.

W zakresie zarzutów podniesionych z ostrożności Zamawiający stwierdził, co następuje.

Przez ofertę niezgodną z ustawą (ust. 1 pkt I) należy rozumieć ofertę niezgodną z zasadami udzielania zamówień (art. 7 - 9), jak i z poszczególnymi przepisami Pzp, z przepisami aktów wykonawczych wydanych na podstawie Pzp, a także z przepisami aktów prawnych, do których Pzp się odwołuje" (Komentarz do Prawa zamówień publicznych pod Red. T Czajkowskiego). Zamawiający zarzut ten uważa za chybiony. Zdaniem Zamawiającego nie doszło do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - o czym świadczy uzasadnienie powyżej.

2. "Przez odrębne przepisy, o których mowa w ust. 1 pkt 8 komentowanego artykułu należy rozumieć przede wszystkim przepisy Kc traktujące o czynnościach prawnych (art. 56 i nast. i o wadach oświadczenia woli (art. 82 i nast.), które mają zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 14) (Komentarz do Prawa zamówień publicznych pod. Red. T. Czajkowskiego). Protestujący w uzasadnieniu zarzutów podniesionych w proteście dotyczących terminu związania ofertą, przywołuje przepisy kodeksu cywilnego (Kc) zgodnie z art. 14 Ustawy tylko w sytuacjach kiedy przepisy Ustawy nie stanowią inaczej. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny Podkreślił, iż kwestia związania ofertą znalazła swoje uregulowania w art. 85 ustawy. W wypadku powoływania się na przepisy Kc, który zawiera przepisy ogólne i w stosunku do których ustawa stanowi *lex specialis* - jest błędne, a zarzut należy uznać za chybiony.

Z uzasadnienia wynika także, że za chybiony należy uznać zarzut naruszenia art. 46 ust. 1 pkt 1 ustawy oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Zamawiający stwierdził, co następuje.

W celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. pkt 2 ustawy Zamawiający wymagał w Rozdziale II specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) dołączenia do oferty wykazu wykonanych przez Wykonawcę" co najmniej 3 budów systemów o wartości co najmniej 5 000 000 - PLN każda o podobnym charakterze z ostatnich trzech lat, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie ...".

Zamawiający stwierdza jednoznacznie, że powyższy warunek został przez Accenture Sp. z o. o. spełniony.

Budowa, o której mowa w proteście, tj. „Dopracowanie Koncepcji Transformacji działania administracji podatkowej w ramach Programu e-Podatki ...” nie została umieszczona w wykazie stanowiącym treść oferty Accenture Sp. z o. o. w niniejszym postępowaniu.

Nie mogło zatem dojść do złożenia przez Accenture Sp. z o. o. nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, co stanowiłoby podstawę wykluczenia w ww. trybie art. 24 ust. 2 pkt 2.

Niezależnie, z ostrożności procesowej, Zamawiający stwierdził:

1. Przyjmując za właściwy tok rozumowania Odwołującego przedstawiony w uzasadnieniu, winien on zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, tj. na podstawie przepisu, który stanowić ma podstawę do wykluczenia Accenture Sp. z o. o. Protestujący przy piśmie z dnia 16.03.2009 r. przedłożył oryginał aneksu do gwarancji bankowej wydłużający ważność wadium do dnia 07.07.2009 r. W piśmie jest również mowa o wydłużaniu terminu związania ofertą „o kolejne 60 dni”. Następnie

Protestujący, na prośbę Zamawiającego w piśmie z dnia 07.05.2009 r., wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą "do dnia 10 lipca 2009 r."

Zamawiający podkreślił, że Protestujący w ww. piśmie użył zwrotu "do dnia", nie zaś "co najmniej do dnia 10 lipca 2009 r." - co ma swoje konsekwencje prawne.

Zatem twierdzenie w proteście, a także w piśmie z dnia 23.07.2007 r., iż cyt. „w odpowiedzi na pismo KG PSP z dnia 6 maja 2009 r. -nastąpiło potwierdzenie związania ofertą co najmniej do dnia 10 lipca 2009 r. Nie nastąpiło zatem skrócenie terminu związania naszą ofertą, lecz potwierdzenie spełnienia wymagania Zamawiającego” -jest fałszywe.

Zdaniem Zamawiającego, treść pisma z dnia 10.07.2009 r. zmienia oświadczenie woli wyrażone w piśmie z dnia 16.03.2009 r. Tym samym, Protestujący znajduje się w takiej samej sytuacji prawnej jak Accenture Sp. z o. o., bowiem podobnie jak Accenture Sp. z o. o. wskazał konkretną datę, do której uznaje się za związanego ofertą.

2. Przyjmując jak wyżej za właściwy tok rozumowania Protestującego przedstawiony w uzasadnieniu z prawa wykonawcy wynikającego z art. 85 ust. 2 Ustawy skorzystał jedynie wykonawca Bazy i Systemy Bankowe Sp. z o. o. (lider konsorcjum). Ww. wykonawca samodzielnie w dniu 6.07.2009 r. przedłużył termin związania ofertą do dnia 20.08.2009 r. a zatem tylko jego oferta mogłaby podlegać ocenie i wyborowi jako najkorzystniejsza.

3. Zgodnie z art. 181 ust. 1 Ustawy w przypadku wniesienia protestu bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu, a po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu samoistnemu odwieszeniu. Zamawiający uznając datę 10.07.2009 r. za dzień, w którym upływa bieg terminu związania ofertą po wcześniejszym dokonaniu czynności jego zawieszenia, odebrałby Protestującemu oraz Accenture Sp. z o. o. prawo do samoistnego odwieszenia biegu terminu, a tym samym dalszego uczestnictwa w postępowaniu.

4. Gdyby uznać za słuszne twierdzenie Protestującego zawarte w treści m. in. pisma z dnia 23.07.2009 r. jakoby cyt. "W dniu 16 marca 2009 r. ComArch S. A. samodzielnie przedłużył termin związania ofertą o dodatkowy okres 60 dni (dodatkowy do okresu 60 dni wymaganego w SIWZ), a w odpowiedzi na pismo KG PSP z dnia 6 maja 2009 r. nastąpiło potwierdzenie związania ofertą co najmniej do dnia 10 lipca 2009 r.", a następnie czytając dalej "Nie nastąpiło skrócenie terminu związania naszą ofertą; lecz potwierdzenie spełnienia wymagania Zamawiającego. Biorąc pod uwagę wcześniejsze samodzielne przedłużenia terminu związania ofertą o okres 60 dni, z tej przyczyny termin związania ofertą ComArch wykracza poza dzień 10 lipca 2009 roku", to w ocenie Zamawiającego, mogłoby dojść do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wynikającej z przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy. Mielibyśmy bowiem do czynienia z przypadkiem, w którym nastąpiłoby samoistne odwieszenie biegu terminu ComArch S.A. bez jednoczesnego odwieszenia tego terminu w przypadku Accenture Sp. z o. o. Przy uznaniu przez Zamawiającego, że termin 10.07.2009 r.

potwierdzony przez Accenture Sp. z o. o. jest "terminem sztywnym, tj. -nie mogłoby dokonać się odwołanie ww. terminu.

Biorąc pod uwagę okoliczności wskazane w uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, iż żądania Odwołującego nie mogą zostać uwzględnione.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – Accenture Sp. z o. o. wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty z uwagi na rzekome podanie nieprawdziwych informacji oraz nie spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz o oddalenie odwołania.

Przystępujący zakwestionował argumentację przedstawioną w uzasadnieniu odwołania stwierdzając m. in., że zawieszenie terminu związania ofertą na podstawie art. 181 ust. 1 Pzp dotyczy każdego terminu związania ofertą, zarówno w przypadku terminu określonego jako okres czasu mierzonego liczbą dni, miesięcy lub lat, jak również określonego przez podania konkretnej daty końcowej, oraz następuje automatycznie, z mocy samego prawa.

Stwierdził, że w zakresie terminów związania ofertą jego sytuacja prawna jest identyczna biorąc pod uwagę złożone oświadczenie związania ofertą do daty wskazanej przez Zamawiającego dla obu wykonawców.

Stwierdza, że brak dowodów na zajęcie przesłanki wykluczenia go z postępowania z uwagi na wykazane doświadczenie.

Wskazał, że poparciem jego twierdzeń w zakresie terminów związania ofertą jest w szczególności treść wyroku KIO z 9.03.2009 r. KIO/UZP 201, 213 i 214/09.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika oraz uwzględniając dokumentację postępowania, ustaliła i zważyła, co następuje.

Jak ustalono w toku postępowania dowodowego Zamawiający skierował dnia 6 maja 2009 r. do wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, w którym powołał się na art. 85 ust. 2 ustawy Pzp i zwrócił się o wyrażenie zgody na przedłużenie okresu związania ofertą do dnia 10 lipca 2009 r. Jednocześnie poinformował, że zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy, przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium albo wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, tj. do dnia 10 lipca 2009 r.

W odpowiedzi na to pismo wykonawcy, w tym Przystępujący, złożył oświadczenie o przedłużeniu okresu związania ofertą do dnia 10 lipca 2009 r.

W braku odmiennych twierdzeń i dowodów skład orzekający uznaje, że wskazane wyżej oświadczenie woli jest skuteczne i oznacza związanie Przystępującego Accenture Sp. z o. o. ofertą do dnia 10 lipca 2009 r. Ustalenie to nie oznacza jednak, że z upływem wskazanej

daty Przystępujący utracił status wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu, a złożona przez niego oferta nie podlega rozpatrzeniu i ocenie.

W tym miejscu należy wskazać, że prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem z dnia 25 listopada 2008 r., co oznacza, że podlega przepisom ustawy obowiązującym w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058). W odróżnieniu od poprzednio obowiązującego przepisu art. 94 ust. 1 Pzp, w którym unormowano zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego „nie później niż przed upływem terminu związania ofertą” (z uwzględnieniem sytuacji przewidzianej w ust. 1a), obowiązujący przepis art. 94 ust. 1 ustawy Pzp nie wymaga, by zawarcie umowy nastąpiło w terminie związania ofertą. Tym samym możliwy jest wybór jako najkorzystniejszej oferty, dla której upłynął termin związania, a w konsekwencji, zachowując określone w powołanym przepisie minimalne terminy liczone od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Należy przy tym wskazać, że oferta Przystępującego mimo upływu terminu związania ofertą, jest zabezpieczona wadium, co stanowi zabezpieczenie zawarcia umowy przez wykonawcę. Skład orzekający Izby zauważa, że żaden obowiązujący przepis ustawy Pzp nie daje podstaw do twierdzenia o niemożności rozpatrywania, oceny i wyboru takiej oferty, w tym także podstaw do odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy z postępowania, tj. o skutkach, jakie wskazuje Odwołujący w proteście i odwołaniu.

W konsekwencji Izba nie podziela poglądu, jakoby zawarcie umowy z wybranym wykonawcą po okresie związania ofertą stanowiło naruszenie przepisu art. 94 ust. 1 Ustawy i skutkowało nieważnością umowy z mocy prawa na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp ponownie wskazując, że przepis art. 94 ust. 1 Pzp *de lege lata* nie pozostaje w żadnym związku z terminem związania ofertą.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Accenture Sp. z o. o. z postępowania, pomimo że ten wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, Izba zarzut oddaliła uznając, że Odwołujący podnoszący ten zarzut nie przedstawił dowodów mogących potwierdzić zarzucaną okoliczność.

W świetle przedstawionych ustaleń orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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 ze 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:

.....

.....