

Sygn. akt KIO/UZP 1070/10

**WYROK**

**z dnia 15 czerwca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska**

**Członkowie: Katarzyna Prowadzisz**

**Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie w dniu **14 czerwca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Składnicę Artykułów Masowych „Węglopasz” sp. j. Tadeusz Mendrygał, Marcin Mendrygał z siedzibą przy ul. Koronowskiej 38 w Żołędowie, 86-031 Osielsko** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli z siedzibą przy ul. Chałubińskiego 7, 67-100 Nowa Sól** protestu z dnia **10 maja 2010r.**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli z siedzibą przy ul. Chałubińskiego 7, 67-100 Nowa Sól i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Składnicę Artykułów Masowych „Węglopasz” sp. j. Tadeusz Mendrygał, Marcin Mendrygał z siedzibą przy ul. Koronowskiej 38 w Żółdowie, 86-031 Osielsko,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 425 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterysta dwadzieścia pięć złotych zero groszy) przez **Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli z siedzibą przy ul. Chałubińskiego 7, 67-100 Nowa Sól** na rzecz **Składnicy Artykułów Masowych „Węglopasz” sp. j. Tadeusz Mendrygał, Marcin Mendrygał z siedzibą przy ul. Koronowskiej 38 w Żółdowie, 86-031 Osielsko,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i przejazdu.
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Składnicy Artykułów Masowych „Węglopasz” sp. j. Tadeusz Mendrygał, Marcin Mendrygał z siedzibą przy ul. Koronowskiej 38 w Żółdowie, 86-031 Osielsko.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli z siedzibą przy ul. Chałubińskiego 7, 67-100 Nowa Sól zwany dalej „Zamawiającym” działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie w celu zawarcia umowy na dostawę mialu węglowego M II dla potrzeb kotłowni WS SP ZOZ w Nowej Soli.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 20 stycznia 2010r. W tym samym dniu ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 20 stycznia 2010 r. pod nr 2010/S 13-016585.

Ofertę w postępowaniu złożyła m.in. Składnica Artykułów Masowych „Węglasz” sp. j. Tadeusz Mendrygał, Marcin Mendrygał z siedzibą przy ul. Koronowskiej 38 w Żołędowie 86-031 Osielsko zwana dalej „Odwołującym”.

W dniu 26 marca 2010r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Następnie dnia 5 maja 2010r. Odwołujący został za pośrednictwem faksu poinformowany o unieważnieniu postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp tj. z powodu wady uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy, bowiem w dniu 30 kwietnia 2010r. upłynął termin związania ofertą.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący w dniu 10 maja 2010 r. wniósł za pośrednictwem faksu protest zarzucając czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania z powodu upływu terminu okresu związania ofertą naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 Pzp.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania lub ewentualnie
2. o uchylenie unieważnienia postępowania i jednocześnie o zawarcie przez Zamawiającego umowy zgodnie z wyborem jego oferty w postępowaniu.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, iż dniem wejścia w życie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 171, poz. 1058) dokonano nowelizacji art. 94 ust.1 poprzez m.in. usunięcie z niego zdania *"nie później niż przed upływem terminu związania ofertą"*. Dodał, iż żaden zapis Pzp nie zawiera już obecnie podobnego zastrzeżenia, zatem z dokonanej zmiany ustawy należy wysunąć wniosek, że zamiarem ustawodawcy było dopuszczenie zawarcia umowy z wybranym wykonawcą pomimo upływu terminu związania ofertą. Na poparcie swoich twierdzeń przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1261/09) oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1581 /09), a także poglądy doktryny. Odwołujący zaznaczył, iż do upływu i nieprzedłużenia terminu związania ofertą przyczynił się Zamawiający, który nie przystępował do podpisania umowy pomimo braku podstaw do odmowy jej podpisania i oświadczenia przez Odwołującego o możliwości i woli jej zawarcia. Wskazał, iż w przedmiotowej sprawie okoliczności wskazują na możliwość zawarcia umowy, gdyż dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty, której to czynności nie oprotestował żaden

z uczestników postępowania, a wybrany wykonawca deklaruje ważność swojej oferty i wpłaconego wadium ponad termin związania ofertą.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie zatem zgodnie z art. 183 ust. 3 Pzp został on uznany za oddalony.

Odwołujący pismem z dnia 24 maja 2010r. nadanym w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 27 maja 2010r. wniósł odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dnia 31 maja 2010r., a Zamawiającemu zostało przekazane za pośrednictwem faksu w dniu 27 maja 2010r. W odwołaniu podtrzymano zarzuty protestu ograniczając żądania do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz wnosząc o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia Odwołującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła co następuje:**

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust.1 Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, iż wobec naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Za podstawę rozstrzygnięcia Izba przyjęła następujące ustalenia faktyczne:

Zamawiający w pkt. IV.3.4 ogłoszenia oraz pkt. 10.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „siwz”) ustalił, że termin składania ofert mija dnia 2 marca 2010 r. Okres związania ofertą określił w pkt. IV.3.7 ogłoszenia i pkt. 12.1 siwz na 60 dni od ustalonej daty składania ofert, a co za tym idzie termin związania ofertą minął w dniu 30 kwietnia 2010r. Uwzględniając powyższe w dniu 2 lutego 2010r. ofertę złożył Odwołujący. Dnia 26 marca 2010r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Mimo upływu kresu związania ofertą Odwołujący dnia 4 maja 2010r. poinformował Zamawiającego, o przedłużeniu okresu związania ofertą oraz „okresu ważności wpłaconego wadium”. Dnia 5 maja 2010r. postępowanie zostało przez Zamawiającego unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy wobec uznania, że w związku upływem w dniu 30 kwietnia 2010 r. terminu związania ofertą, postępowanie

obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Decyzję Zamawiającego zakwestionował Odwołujący wnosząc protest, a następnie odwołanie.

**W świetle powyższego Izba zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej ustalenie przez Zamawiającego, co do upływu terminu związania ofertą, jest prawidłowe.

Rozpatrując zasadność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy należy podkreślić, iż przesłanką unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia wskazaną w przywołanym przepisie jest wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak słusznie podniósł Odwołujący katalog okoliczności skutkujących nieważnością umowy zawiera przepis art. 146 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy nie została wykazana przez Zamawiającego żadna z przesłanek nieważności umowy wymienionych enumeratywnie w wyżej wskazanym przepisie ustawy. Trzeba zwrócić uwagę, iż omawiany przepis nie wiąże skutku nieważności umowy z upływem terminu związania ofertą. Izba podziela pogląd Odwołującego, iż ocena, że upływ terminu związania ofertą stanowi podstawę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, a zawarcie umowy po jego upływie skutkowałoby jej nieważnością na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy mogła ewentualnie mieć umocowanie w przepisie art. 94 ust. 1 o treści obowiązującej do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Przepis ten stanowił bowiem, że Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego „nie później niż przed upływem terminu związania ofertą”. Izba nie ma wątpliwości jednak, iż w stanie prawnym właściwym dla rozpoznania niniejszej sprawy taka interpretacja nie znajduje oparcia w przepisach ustawy. Ustawa w brzmieniu obowiązującym, w tym również jej art. 94 ust. 1, nie obliguje stron postępowania do zawarcia umowy przed upływem terminu związania ofertą. W konsekwencji zatem przekroczenie tego terminu nie może być ocenione jako wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. Izba nie podziela poglądu, jakoby zawarcie umowy z wybranym wykonawcą po okresie związania ofertą stanowiło naruszenie przepisu art. 94 ust. 1 Pzp i skutkowało nieważnością umowy z mocy prawa na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy, wskazując, że przepis art. 94 ust. 1 Pzp nie pozostaje w żadnym związku z terminem związania ofertą oraz biorąc pod uwagę fakt, iż podstawowym celem postępowania jest zawarcie umowy o zamówienie publiczne, a Odwołujący wyraził wolę zawarcia umowy m.in. składając

odpowiednie oświadczenie w tym zakresie na rozprawie, a także przedłużając okres związania ofertą oraz przedłużając okres ważności wadium.

Tym samym biorąc pod uwagę wskazaną wyżej argumentację Izba stoi na stanowisku, iż zarzut naruszenia przepisów art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ustawy potwierdził się, gdyż w stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający nie miał podstaw prawnych do unieważnienia postępowania.

Uwzględniając powyższe na podstawie art. 191 ust. 1a ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem § 4 ust. 1 pkt 1 i 2 lit. a i 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 ze. zm.).

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 Zielonej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....