

Sygn. akt KIO/1469/10

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 lipca 2010 r. przez **Mariusza Oparowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa „WOD-KAN” Mariusz Oparowski, ul. Krakowska 79A, 39-200 Dębica** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest **Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Krakowska 91, 39-200 Dębica**.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Krakowska 91, 39-200 Dębica, i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Mariusza Oparowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa „WOD-KAN” Mariusz Oparowski, ul. Krakowska 79A, 39-200 Dębica** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Krakowska 91, 39-200 Dębica**, na rzecz **Mariusza Oparowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa „WOD-KAN” Mariusz Oparowski, ul. Krakowska 79A, 39-200 Dębica** stanowiącej uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Krakowska 91, 39-200 Dębica (zwany dalej: „Zamawiającym”) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Wykonanie instalacji centralnego ogrzewania wraz z malowaniem pomieszczeń w budynku Przychodni Rejonowej nr 5 przy ul. Szkolnej w Dębicy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 maja 2010 r., pod numerem 2010-126955.

Mariusz Oparowski prowadzący działalność pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa WOD-KAN, ul. Krakowska 79 A, 39-200 Dębica (dalej zwany: „Odwołującym”) w dniu 9 lipca 2010 r. otrzymał informację o wynikach postępowania, w tym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Niezgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 14 lipca 2010 r. wniósł odwołanie bezpośrednio do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zaskarżając czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, zarzucając w nim naruszenie:

- art. 24 ust. 2. pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania,
- art. 85 ust. 2. ustawy Pzp poprzez niewystąpienie Zamawiającego do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. Nakazanie Zamawiającemu wystąpienie do Wykonawców z formalnym wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą oraz zwrócenie się do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres;
2. Powtórzenie czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności:

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający pismem znak SZZP-PN-72/2010-271-10/10 z dnia 28 czerwca 2010 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów do dnia 5 lipca 2010 r. W dniu 1 lipca 2010 r. Odwołujący uzupełnił brakujące dokumenty i jego zdaniem wykazał się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż w w/w piśmie Zamawiający nie wystąpił jednak z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą, pomimo iż termin związania ofertą upływał 1 lipca 2010 r. W związku z powyższym Wykonawca domniemywał, że nie zachodzą żadne inne przesłanki powodujące wykluczenie go z postępowania, w tym brak zgody Wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 maja 2010 r., pod numerem 2010-126955.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z zapisami ogłoszenia o zamówieniu (pkt IV.4.5) termin związania ofertą wynosił 30 dni od ostatecznego terminu składania ofert.

W dniu 28 czerwca 2010 r. Zamawiający na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, t.j. wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Zdaniem Zamawiającego załączony przez Odwołującego wykaz nie potwierdzał, że wymienione osoby posiadają uprawnienia bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych i gazowych. Jednocześnie ww. piśmie Zamawiający wskazał, iż powyższe dokumenty należy składać do 5 lipca 2010 r.

Zgodnie z treścią ogłoszenia termin związania ofertą upływał w dniu 1 lipca 2010 r. Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający nie wezwał wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą. Zamawiający nie żądał również wadium.

W dniu 1 lipca 2010 r., w odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący uzupełnił brakujące dokumenty, t.j.: wykaz osób wraz z dokumentami potwierdzającymi kwalifikacje zawodowe.

Pismem z dnia 9 lipca 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2

pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Na rozprawie w dniu 27 lipca 2010 r. Zamawiający oświadczył, iż nie widział konieczności wezwania o przedłużenie tego terminu ponieważ w świetle dyspozycji art. 85 ust. 2 ustawy Pzp liczył na fakt, iż wykonawcy sami przedłużą termin związania ofertą.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że w związku iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte po dniu wejścia w życie nowelizacji ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji”. Zatem w oparciu o art. 4 ust. 1 przepisów przejściowych ustawy nowelizującej do rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania znajdują zastosowanie przepisy Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem wskazanych powyżej nowelizacji, które weszły w życie odpowiednio w dniu 22 grudnia 2009 r. oraz w dniu 29 stycznia 2010 r.

Następnie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, ponieważ naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp spowodowało jego wykluczenie z postępowania, uniemożliwiając Odwołującemu uzyskania przedmiotowego zamówienia, z racji złożenia przez niego najkorzystniejszej cenowo oferty przy cenie jako jedynym kryterium oceny ofert przyjętym w SIWZ.

W terminie przewidzianym ustawą Pzp do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ponadto w związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz oświadczenia i stanowiska Stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozpoznając zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp stwierdziła co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela argumentacji Zamawiającego, iż w świetle dyspozycji przepisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp to wyłącznie na wykonawcy spoczywa obowiązek przedłużania terminu związania ofertą i wykonawca jako profesjonalista ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinien zadbać, aby w odpowiednim do tego terminie dokonać przedłużenia terminu związania ofertą.

Owszem, nie ulega wątpliwości, iż w świetle zapisu art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na trzy dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuży jednak niż 60 dni.

Z literalnego brzmienia tego przepisu można wywnioskować, iż wystąpienie do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą jest uprawnieniem Zamawiającego, nie zaś obowiązkiem. Jednakże, zdaniem Izby jeśli upływ terminu związania ofertą nastąpił w toku prowadzonej przez Zamawiającego procedury, a postępowanie nie zostało przez Zamawiającego w tym terminie rozstrzygnięte, Zamawiający ma obowiązek w świetle przepisu art. 85 ust. 2 ustawy zwrócić się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty. To w interesie Zamawiającego powinno leżeć wyłonienie wykonawcy oraz udzielenie mu zamówienia publicznego zgodnie z procedurami przewidzianymi w ustawie Pzp. Zdaniem Izby przyjęcie odmiennej interpretacji art. 85 ust. 2 ustawy Pzp mogłoby prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający w sposób nieuprawniony przerzucałby na wykonawców obowiązki związane z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Izby w zaistniałym stanie faktycznym w związku z upływem terminu związania ofertą zaistniały uzasadnione przesłanki do wystąpienia do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Zdaniem Izby w opisanym stanie faktycznym Zamawiający wręcz miał obowiązek zwrócić się do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Zamawiający prowadząc postępowanie z zamiarem wyłonienia wykonawcy nie może zapominać o ciężących na nim obowiązkach.

Izba zauważa, iż termin związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu upływał w dniu 1 lipca 2010 r., zaś w dniu 28 czerwca 2010 r. Zamawiający wystąpił do wykonawców o przedłużenie brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający nie wystąpił do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą, nie żądał również wadium. Odwołujący uzupełnił brakujące dokumenty w dniu 1 lipca 2010 t.j. w ostatnim dniu upływu terminu związania ofertą. Rozstrzygnięcie postępowania nastąpiło w dniu 9 lipca 2010 r., i zakończyło się wyborem oferty wykonawcy Jana Szaj prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Instalacji Sanitarnych Jan Szaj. Z powyższych okoliczności zdaniem Izby jednoznacznie wynika, że Zamawiający prowadził przedmiotowe postępowanie w celu jego sfinalizowania i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z tych też powodów Zamawiający nie mógł w opisanym stanie faktycznym przerzucać na innych uczestników postępowania obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Izby Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji bezczynności Zamawiającego w toku prowadzonej przez niego procedury.

Ponadto bezczynność Zamawiającego polegająca na niezwróceniu się do wykonawców w toku prowadzonej procedury z formalnym wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą prowadzi może do niebezpiecznych praktyk omijania przepisów ustawy w postaci np. powiadamiania tylko wybranych wykonawców drogą nieformalną o konieczności przedłużenia okresu związania ofertą, eliminując jednocześnie z postępowania innych wykonawców, którzy samodzielnie nie dokonają niniejszej czynności. Powyższy proceder doprowadzić może jedynie do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych, do jakich zalicza się zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Na słuszność powyższych rozważań wskazuje treść przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Zdaniem Izby katalog przesłanek wskazanych w art. 24 ustawy Pzp skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania jest zamknięty, co oznacza że Zamawiający nie może go rozszerzać ani zawężyć. Wykluczenie, jeśli zaistnieje do tego podstawa jest obligatoryjne, i nie zależy od woli Zamawiającego. Zdaniem Izby w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wykluczyć z postępowania można wyłącznie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Z powyższego wynika, iż Zamawiający wyklucza takiego wykonawcę jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający wystąpił do niego o przedłużenie terminu związania ofertą. Izba podkreśla, co zostało już wcześniej wskazane, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji bezczynności i zaniechania Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykonawca słusznie wskazał, w odwołaniu, iż aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na tej podstawie Zamawiający musi wykazać, że występował do wykonawców o przedłużenie tego terminu. Zdaniem Izby zwrot „nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą” wyraźnie wskazuje, że przed wykluczeniem z postępowania w pierwszej kolejności Zamawiający musi wystąpić do wykonawców o jego przedłużenie. Dopiero brak zgody wykonawcy bądź nieprzedłużenie tego terminu przez wykonawcę na wyraźne wezwanie Zamawiającego powoduje, że istnieją przesłanki do jego wykluczenia z postępowania. Izba przypomina, że przesłanek wykluczenia z postępowania nie można interpretować rozszerzająco, ponieważ w swych skutkach prowadzą do wyeliminowania wykonawców z postępowania i uniemożliwiają im uzyskania zamówienia.

Konkludując, należy stwierdzić, iż wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić wyłącznie po uprzednim wezwaniu go przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Inna interpretacja powyższego przepisu w nawiązaniu do treści art. 85 ust. 2 ustawy Pzp umożliwiłaby omijanie przepisów ustawy i prowadziła do złamania podstawowych zasad zamówień publicznych, t.j. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Na tej podstawie, mając na względzie całokształt okoliczności Izba nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania nakazując jednocześnie Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz wezwania Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą, a dopiero w przypadku braku jego zgody do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

.....