

Sygn. akt: KIO 1804/12

WYROK
z dnia 3 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: S..... R....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego S..... R.... (Lider Konsorcjum) i WAW Biuro Projektowania i Realizacji Architektury Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum)** z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Cicha 8, 16-400 Suwałki w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Ogólny w Wysokim Mazowieckiem, ul. Szpitalna 5, 18-200 Wysokie Mazowieckie

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: S..... R....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego S..... R..... (Lider Konsorcjum) i WAW Biuro Projektowania i Realizacji Architektury Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum)** z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Cicha 8, 16-400 Suwałki i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: **S..... R....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego S..... R..... (Lider Konsorcjum) i WAW Biuro Projektowania i Realizacji Architektury Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum)** z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Cicha 8, 16-400 Suwałki tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. **Konsorcjum firm w składzie: S..... R....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego S..... R..... (Lider Konsorcjum) i WAW Biuro Projektowania i Realizacji Architektury Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Cicha 8, 16-400 Suwałki na rzecz Szpitala Ogólnego w Wysokiem Mazowieckiem, ul. Szpitalna 5, 18-200 Wysokie Mazowieckie kwotę: 3 908 zł 41 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset osiem złotych czterdzieści jeden groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę pełnomocnika Odwołującego.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Łomży**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szpital Ogólny w Wysokiem Mazowieckiem (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Rozbudowa Szpitala Ogólnego w Wysokiem Mazowieckiem obejmującą blok operacyjny z trzema salami operacyjnymi, salą wybudzeń, centralną sterylizatornią, szpitalnym oddziałem ratunkowym o powierzchni budynku około 1600 m² wraz z podjazdami dla karettek oraz zagospodarowaniem terenu obejmującego rozbudowę w tym doprowadzenie i wykonanie niezbędnych instalacji*”. W imieniu i na rzecz Zamawiającego, występując w postępowaniu jako jego pełnomocnik, działa firma Tomas Consulting S.A. z siedzibą w Białymstoku. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21 czerwca 2012 r. pod nr 135139.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: S..... R....., prowadzący działalność gospodarcza pod nazwą: Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego S..... R..... (Lider Konsorcjum) i WAW Biuro Projektowania i Realizacji Architektury Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Suwałkach (dalej: „Odwołujący”) w dniu 24 sierpnia 2012 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz w efekcie czynności unieważnienia postępowania z powodu braku ważnych ofert w tym postępowaniu. Zamawiający o powyższych czynnościach poinformował Odwołującego pismami z dnia 20 sierpnia 2012 r. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 24 sierpnia 2012 r.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem postanowiła skierować je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 3 września 2012 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący w swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo niezastnienia przesłanek określonych w tym przepisie, a w konsekwencji naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania;
2. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 27 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz ograniczanie konkurencji poprzez unieruchomienie numerów połączeń faksowych podanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”);
3. naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego, poprzez odstąpienie od wykonania czynności zwrócenia się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a tym samym korzystanie z uprawnienia sprzecznego z zasadami współżycia społecznego i prowadzenie postępowania w sposób nie gwarantujący uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia jego czynności z dnia 20 sierpnia 2012 r. o wykluczeniu z postępowania Odwołującego z jednoczesnym nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 20 sierpnia 2012 r. unieważnienia całego postępowania;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania oceny oferty Odwołującego i uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołujący w uzasadnieniu swojego odwołania wskazał, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, z powodu tego, że Odwołujący nie dokonał czynności przedłużenia terminu związania ofertą, który upłynął w dniu 11 sierpnia 2012 r., jest niezgodna ze stanem faktycznym sprawy. Podkreślił, że w dniu 10 sierpnia 2012 r. listem poleconym, priorytetowym za potwierdzeniem odbioru nr 00759007734750043498, a w dniu 11 sierpnia 2012 r. za pośrednictwem faksu, zawiadomił inwestora zastępczego, występującego w imieniu Zamawiającego, że przedłuży termin związania ofertą o 60 dni oraz ważność wadium także o 60 dni. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdziale VII SIWZ w postanowieniach odnośnie informacji o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazania osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami, w punkcie 1 wskazał, że dopuszcza formę porozumiewania się faksem. Ponadto w punkcie 3 tego

rozdziału wskazał, że oświadczenia, wnioski, zawiadomienia i informacje mogą być przekazywane za pośrednictwem faksu, a w punkcie 4 określił, że oświadczenia, wnioski, zawiadomienia i informacje przekazane za pośrednictwem faksu uważa się za wniesione z chwilą, gdy doszły one do Zamawiającego w taki sposób, że mógł on się zapoznać z ich treścią. Zwrócił uwagę, że skoro Odwołujący przed upływem terminu związania ofertą, tj. przed upływem dnia 11 sierpnia 2012 r. złożył oświadczenie, że przedłuża termin związania ofertą o 60 dni i zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp przedłużył okres ważności wadium również o 60 dni (wadium zostało wniesione w pieniądzu), w ocenie Odwołującego, nie zachodzą przesłanki określone w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp skutkujące wykluczeniem z postępowania co oznacza, że decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania była wadliwa i naruszała przepisy ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w dniu 10 sierpnia 2012 r. przekazał oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o 60 dni z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium o 60 dni i kopią pisma wysłanego listem poleconym w dniu 10 sierpnia 2012 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej na adresy: biuro@tomasconsulting.com E.Mogielnicka@tomasconsulting.com a w dniu 11 sierpnia 2012 r. na adres poczty elektronicznej szpital.wysmaz@pro.ont.pl. Według Odwołującego oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium zostało złożone skutecznie, albowiem Zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem okresu związania ofertą. Stwierdził, że nawet jeśli o woli wykonawcy dowiedział się realnie później (odczytując ze zwłoką przesłaną korespondencję) to nie pozbawia to doniosłości prawnej oświadczenia Odwołującego.

Odwołujący wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego polegające na odstąpieniu przez Zamawiającego od wykonania czynności zwrócenia się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a tym samym korzystanie z uprawnienia sprzecznego z zasadami współzycia społecznego i prowadzenie postępowania w sposób nie gwarantujący uczciwej konkurencji. Podkreślił, że art. 85 ust. 2 ustawy Pzp daje Zamawiającemu prawo do zwrócenia się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres do 60 dni. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający może skorzystać z tego uprawnienia jeden raz. Zamawiający nie korzystał z tego uprawnienia, pomimo że od dnia 30 lipca 2012 r. (wezwanie do uzupełnienia oferty) nie wykonywał żadnych czynności związanych z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, a wręcz przeciwnie zarówno dyrektor szpitala, jak i Elżbieta Mogielnicka - osoba wskazana do porozumiewania się z wykonawcami, w kilku rozmowach telefonicznych zapewniali Odwołującego, że ocena ofert zostanie dokonana

oraz, że wybór najkorzystniejszej oferty nastąpi w okresie związania ofertą wskazanym w SIWZ. W ocenie Odwołującego nie istniały żadne przeszkody formalne lub merytoryczne, aby Zamawiający skorzystał z uprawnienia określonego w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp i zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz dokonał w tym czasie wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż z dotychczasowego przebiegu postępowania wynikało, że ocena ofert została już dokonana i pozostało jedynie wskazanie oferty najkorzystniejszej. Według niego jakieś inne względy spowodowały, że Zamawiający w sposób zamierzony i celowy, nie skorzystał z uprawnienia określonego w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp i wykluczył Odwołującego z postępowania, uzasadniając swoją decyzję upływem okresu związania ofertą. W ocenie Odwołującego działanie takie, nie korzysta z ochrony prawnej i jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego oraz narusza zasadę uczciwej konkurencji, określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wykluczenie Odwołującego z postępowania poprzez pominięcie przez Zamawiającego wszystkich przekazanych pisemnie, faksem i drogą elektroniczną oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą z jednoczesnym, w ocenie Odwołującego, celowym wyłączeniem możliwości przekazania oświadczenia za pośrednictwem faksu, narusza także art. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż ogranicza konkurencję i prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania odwołania oraz przyjętą tam argumentację. Dodatkowo Odwołujący powołał się na rozmowy telefoniczne prowadzone z przedstawicielami Zamawiającego podejmowane pod koniec upływu terminu związania ofertą, w których to rozmowach przedstawiciele Zamawiającego zapewniali Odwołującego o rozstrzygnięciu postępowania w pierwotnie przewidzianym w SIWZ terminie związania ofertą, tj. do dnia 11 sierpnia 2012 r. Odwołujący podkreślił, że z tych właśnie względów dopiero w piątek 10 sierpnia 2012 r. zdecydował się na podjęcie działań związanych z przedłużeniem terminu związania ofertą i w wyniku tego wysłał przesyłką poleconą treść takiego oświadczenia, a przesyłka ta z niewiadomych względów została odebrana przez Zamawiającego dopiero w dniu 27 sierpnia 2012 r. Odwołując wskazał także, że wadium zabezpieczające jego ofertę w formie pieniężnej w dalszym ciągu pozostaje na rachunku Zamawiającego i pomimo czynności wykluczenia go z postępowania i unieważnienia postępowania nie zostało zwrócone wykonawcy.

Odwołujący podkreślił również, że obydwie firmy, zarówno Tomas Consulting, jak i PlanowanieOnLine.eu, należą do jednej osoby, pana T..... P..... i wystawiane faktury są wystawiane przez firmę Tomas Consulting i nie jest ważne kto opłaca nr telefonu, tylko okoliczności czy Tomas Consulting miał możliwość zapoznania się z przesłanym mu oświadczeniem przez Odwołującego, a taką możliwość, według Odwołującego, podmiot ten

posiadał. Wskazał także, że nr telefonu 85 652 54 40 pozyskał ze strony internetowej jako należący do firmy Tomas Consulting. Podkreśla również, że przedłożona przez Zamawiającego umowa najmu lokalu użytkowego dotyczy jedynie udostępnienia powierzchni użytkowej oraz nr faksu, ale nie wyłącznie do dyspozycji firmy PlanowanieOnLine.eu.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający do akt sprawy pismem z dnia 30 sierpnia 2012 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania oraz o jego oddalenie jako niezasadnego.

Wskazał w niej okoliczności, które – jego zdaniem – świadczą o tym, że wszystkie trzy oferty złożone w niniejszym postępowaniu, w tym oferta Odwołującego, zawierają uchybienia, które powinny skutkować odrzuceniem tych ofert w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przywołał konkretne rozwiązania z oferty Odwołującego, które wskazują na niezgodność oferty tego wykonawcy z SIWZ. W jego ocenie powyższe wskazywało na konieczność unieważnienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Zamawiającego czynności podjęte przez Odwołującego związane z przedłużeniem terminu składania ofert były nieskuteczne. W tym zakresie wskazał na określony w SIWZ sposób porozumiewania się z wykonawcami przyjęty przez Zamawiającego, gdzie Zamawiający w pkt VII wskazał na formę pisemną oraz faksową na numer faksu: 85 652 55 10. Wskazywał na to, że oświadczenie o przedłużeniu terminu składania ofert powinno dotrzeć do Zamawiającego w terminie związania ofertą, tj. najpóźniej do dnia 11 sierpnia 2012 r. i dla dochowania tego wymogu nie wystarczy nadanie w tym terminie listu w placówce operatora publicznego. Na poparcie swojego stanowiska przywołał orzeczenie KIO w sprawie: KIO 1317/11.

Zamawiający wskazał też na nieuprawniony - w związku z niedopuszczeniem w SIWZ jako sposobu porozumiewania się z wykonawcami w tym postępowaniu - sposób przekazania przez Odwołującego informacji o przedłużeniu terminu składania ofert drogą mailową (mail przesłany w dniu 10 sierpnia 2012 r. godz. 19:06 do pełnomocnika Zamawiającego i w dniu 11 sierpnia 2012 r. o godz. 11:37 do Zamawiającego. Zamawiający wskazał też na sposób przekazywania informacji na faks, którego numer do kontaktów dopuścił w SIWZ. Podkreślił, że przesyłanie faksu na ten numer następuje po połączeniu z sekretarką i uzyskaniu sygnału faksu, po czym sekretarka przełącza połączenie i włącza faks. Zwrócił też uwagę na to, że w SIWZ nigdzie nie podał informacji o tym, iż przywołany do kontaktów z wykonawcami numer faksu ma opcje automatycznego uruchamiania. W

związku z powyższym brak było też możliwości przesłania do Zamawiającego faksu w dniu 11 sierpnia 2012 r. – sobota. Wskazał, że Odwołujący jako profesjonalista powinien liczyć się z tym, że w sobotę biuro pełnomocnika Zamawiającego może być niedostępne. Powołał się na poparcie swojego stanowiska na orzeczenie KIO w sprawie: KIO/UZP 427/09. Powołując się na dyspozycję art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, wskazującego na konieczność uzyskania potwierdzenia faktu otrzymania korespondencji, przywołał także wyrok KIO w sprawie: KIO 894/11 oraz stanowisko doktryny. Zamawiający zwrócił także uwagę na okoliczność, że Odwołujący w dniu 11 sierpnia 2012 r. przesłał korespondencję na inny niż przywołany w SIWZ do kontaktów z wykonawcami numer faksu, tj. na numer: 85 652 55 10, który w ogóle nie pozostaje w użytkowaniu firmy Tomas Consulting S.A. – pełnomocnika Zamawiającego. Wskazane łącze telefoniczne zostało wydierżawione wraz z częścią powierzchni użytkowej firmie Planowanie Online, na potwierdzenie czego Zamawiający przedstawił kopie umowy najmu, wydruk ze strony internetowej firmy Planowanie Online oraz kopie opłaconych przez tę firmę faktur za wynajem powierzchni wraz z linią telefoniczną. Według niego Zamawiający nie może ponosić ryzyka przesłania przez Odwołującego oświadczenia do zupełnie innego podmiotu. Wskazał również na inne możliwości przesłania do Zamawiającego przez Odwołującego oświadczenia o terminie związania ofertą bez ryzyka przesłania oświadczenia po terminie (w godzinach pracy pełnomocnika Zamawiającego osobiście lub kurierem). Wskazując na ryzyko leżące w tym zakresie po stronie wykonawcy Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO (KIO 894/11, KIO/UZP 20/08), orzecznictwo sądowe (SA w Poznaniu ACa 1018/05) oraz stanowisko doktryny.

Dodatkowo zauważył, że urządzenie faks bezpośrednio w siedzibie Zamawiającego (Szpital) jest faksem automatycznym funkcjonującym całą dobę i nie istniały żadne przeciwwskazania, aby Odwołujący w sytuacji gdy miał problem z uzyskaniem sygnału należącego do pełnomocnika Zamawiającego wysłał informację o przedłużeniu terminu związania ofertą bezpośrednio do Zamawiającego. Wskazał na jednakowy sposób traktowania w tym zakresie wszystkich wykonawców w postępowaniu, którzy mieliby taki sam brak możliwości kontaktu faksowego z Zamawiającym, jak Odwołujący, w dniu wolnym od pracy. Powyższe, w jego ocenie, nie wskazuje na naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu. W tym zakresie podkreślił również, że ustalony w SIWZ sposób kontaktu z wykonawcami w niniejszym postępowaniu, zgodnie z art. 27 ust. 3 ustawy Pzp, nie ograniczał uczciwej konkurencji. Według niego ciężar dowodu, że oświadczenie zostało złożone w sposób umożliwiający adresatowi zapoznanie się z jego treścią, spoczywa na osobie wywodzącej z tego oświadczenia skutki prawne.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 5 Kc Zamawiający wskazał na możliwość a nie

obowiązek zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą w oparciu o dyspozycję art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Wskazał, że Odwołujący nie musiał czekać na wezwanie ze strony Zamawiającego i samodzielnie przedłużyć ten termin. Powołał się na orzecznictwo ZA (UZP/ZO/0-2868/06).

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko. Wskazał dodatkowo, że kontakty mailowe pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą miały miejsce, ale nie uchybiało to przepisom ustawy Pzp i ustalonej formie kontaktów z wykonawcami w postępowaniu, bowiem Zamawiający mailem przysyłał korespondencję do Odwołującego jedynie dodatkowo, na prośbę wykonawcy, niezależnie od korespondencji przesyłanej faksem. Podkreślił, że nie ma wiedzy z czego wynika duże opóźnienie w doręczeniu mu przesyłki polecanej z informacją od Odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą i nie miał na to wpływu. Zamawiający wskazał także na brak legitymacji do wniesienia odwołania po stronie Odwołującego w trybie art. 179 ustęp 1 ustawy Pzp wobec okoliczności, iż czynność unieważnienia postępowania dokonana przez Zamawiającego nie może być skutecznie podważona przez Odwołującego w związku z dyspozycją art. 180 ustęp 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 6 ustawy Pzp. Izba uznała, że przedmiotem odwołania jest przede wszystkim czynność Zamawiającego polegająca na wykluczenia Odwołującego z postępowania, na którą to czynność, jako możliwą do zaskarżenia w zamówieniach poniżej wartości progów europejskich, wskazuje art. 180 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby w niniejszym postępowaniu czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp była kwestionowana przez Odwołującego wyłącznie jako skutek czynności wykluczenia go z postępowania, a nie jako samodzielna czynność Zamawiającego naruszająca interes wykonawcy. Izba, odnosząc się do wniosku Zamawiającego, nie

znalazła także podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przywołana przez Zamawiającego argumentacja dotycząca braku interesu po stronie Odwołującego do wniesienia odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, związana z unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi - zgodnie z orzecznictwem KIO, potwierdzonym orzecznictwem sądów powszechnych - przesłankę materialno-prawną, podlegającą rozpoznaniu przez Izbę na rozprawie.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że jeden z zarzutów odwołania nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu, z uwagi na to, że stanowi on wypełnienie dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Stosownie do wskazanego przepisu ustawy Pzp nie podlega merytorycznemu rozpoznaniu odwołanie dotyczące innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza wartości progów unijnych. Przywołany art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje dla zamówień o mniejszej wartości (poniżej wartości progów unijnych) ograniczoną, do ściśle określonych w tym przepisie czynności, możliwość zaskarżenia w trybie odwoławczym, tj. do czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania ocenę,
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Ustawodawca zatem przewidział, że w zamówieniach o mniejszej wartości nie istnieje możliwość podnoszenia zarzutów dotyczących innych czynności poza wyżej wymienionymi, w tym zarzutów dotyczących zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności zwrócenia się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, co – zdaniem Odwołującego – wskazywało na korzystanie przez Zamawiającego ze swojego uprawnienia w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego i prowadzenie postępowania w sposób nie gwarantujący zachowanie zasad uczciwej konkurencji. Przywołane przepisy nie przewidują zatem możliwości wskazanego zaniechania Zamawiającego jako podstawy zaskarżenia w trybie odwoławczym w zamówieniach o mniejszej wartości. Izba zatem wskazanego zarzutu nie mogła rozpoznać, uznając, że w tym zakresie odwołanie nie przysługuje.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności, która w sposób bezpośredni pozbawiła Odwołującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia publicznego, tj. czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu braku ważnych ofert.

Powyższe naraziło także Odwołującego na poniesienie wymiernej szkody. Zaskarżenie czynności unieważnienia postępowania jako skutku wykluczenia Odwołującego z postępowania, dodatkowo – zdaniem Izby - potwierdza interesie po stronie Odwołującego uprawniający go do złożenia odwołania. Tym samym Izba stwierdziła, że została wypełniona w tym zakresie materialnoprawna przesłanka rozpatrzenia odwołania, opisana w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne. W tym zakresie Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 21 czerwca 2012 r.

W pkt VII ppkt 1 SIWZ Zamawiający określił sposób porozumiewania się z wykonawcami, wskazując, iż postępowanie będzie prowadzone z zachowaniem formy pisemnej, a Zamawiający dopuszcza formę porozumiewania się faksem na numer 85 652 55 10. Dodatkowo w pkt VII ppkt 2 SIWZ zastrzeżono, że dokumenty, oświadczenia i pełnomocnictwa wykonawca uzupełni na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wyłącznie pisemnie (listownie) w wyznaczonym terminie, w formie wymaganej w SIWZ. Zamawiający w pkt VII ppkt 3 i 4 SIWZ wskazał, że jeżeli Zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski i zawiadomienia oraz informacje faksem, każda ze stron, na żądanie drugiej, niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania, a uważa się je za wniesione z chwilą gdy doszły one do Zamawiającego w taki sposób, że mógł się on zapoznać z ich treścią. W pkt VII pppkt 19 SIWZ jako osobę uprawnioną do kontaktów z wykonawcami Zamawiający wskazał Panią E..... M....., podając także jej numer telefonu: 85 652 55 10.

Zamawiający określił w SIWZ także termin związania ofertą – 30 dni od upływu terminu składania ofert (pkt IX SIWZ) oraz termin otwarcia ofert - 6 lipca 2012 r. godz. 12.00 (pkt XI ppkt 1 SIWZ). Informacją z dnia 4 lipca 2012 r. o zmianie SIWZ Zamawiający poinformował wykonawców o przesunięciu terminu składania ofert do dnia 13 lipca 2012 r. godz. 12:30.

W terminie na składanie ofert do Zamawiającego wpłynęły trzy oferty, w tym oferta Odwołującego.

Odwołujący przesłał informację o przedłużeniu terminu związania ofertą o 60 dni oraz o przedłużeniu ważności wadium również o wskazany okres w dniu 10 sierpnia 2012 r. o

godz. 19:06 na adresy mailowe: E.Mogielnicka@tomasconsulting.com oraz biuro@tomasconsulting.com. W dniu 11 sierpnia 2012 r. mail tej samej treści został przesłany przez Odwołującego o godz. 11:37 na adres mailowy: szpital_wysmaz@pro.onet.pl. W dniu 10 sierpnia 2012 r. została nadana w urzędzie pocztowym na adres pełnomocnika Zamawiającego (Thomas Consulting S.A.) przesyłka listowa polecona. Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz terminu ważności wadium zostało przez Odwołującego przesłane również dwukrotnie faksem w dniu 11 sierpnia 2012 r. o godz.: 9:15 i 9:17 na nr faksu: 85 652 54 40.

Zamawiający pismem z dnia 20 sierpnia 2012 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i w konsekwencji o uznaniu jego oferty za odrzuconą w związku z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazał, że wykonawca ten nie dokonał czynności przedłużenia terminu związania ofertą, który upływał w dniu 11 sierpnia 2012 r.

Pismem z tej samej daty Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wskazując, że upływ terminu związania ofertą w niniejszym postępowaniu, zgodnie z zapisami SIWZ, upływał w dniu 11 sierpnia 2012 r. i w tym terminie żaden z wykonawców nie dokonał czynności przedłużenia tego terminu w związku z czym Zamawiający wykluczył z postępowania wszystkich wykonawców i uznał ich oferty za odrzucone.

Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Izby na wskazane czynność Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, że zasadna była decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji o unieważnieniu postępowania z powodu braku ważnych ofert w postępowaniu.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż termin związania ofertą jest istotnym terminem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jego upływ skutkuje uznaniem, że oferta wykonawcy przestała wiązać i nie może w związku z tym stanowić podstawy wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu, zgodnie z przepisami ustawy Pzp. W innym przypadku nie miałyby racji bytu i stawały pod znakiem zapytania racjonalność ustawodawcy

przepisy ustawy Pzp wskazujące na bieg terminu związania ofertą (art. 85 ust. 5 ustawy Pzp), jego długość (art. 85 ust. 1 ustawy Pzp), powiązanie tego terminu z zabezpieczeniem wadialnym oferty (art. 85 ust. 4 ustawy Pzp) oraz przede wszystkim przepisy wskazujące na możliwości przedłużenia tego terminu w określonych sytuacjach (art. 85 ust. 2 ustawy Pzp), jak również przepis wskazujący na obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku nie przedłużenia przez wykonawcę terminu związania ofertą (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp). Istotnym zatem w tym zakresie jest oświadczenie wykonawcy odnośnie związania się ofertą złożoną Zamawiającemu na zasadach i warunkach określonych w jej treści oraz w treści SIWZ. Oświadczenie wykonawcy o terminie związania ofertą, co do oceny jego charakteru, nie stanowi nic innego, jak oświadczenie woli wykonawcy, zgodnie z art. 60 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp. W konkluzji zatem stwierdzić należy, że dla skuteczności i prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, zgodnie z zasadą określoną w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, istotne jest ustalenie, czy termin związania ofertą ściśle określony w każdym postępowaniu co do jego długości i momentu rozpoczęcia biegu, nie upłynął. Powyższego nie należy mylić z czynnością podpisania umowy sprawie zamówienia publicznego, która to czynność, dla jej skuteczności – zgodnie zresztą z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08) – nie wymaga ważności terminu związania ofertą (dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania oferta, jeśli chęć jej podpisania wyraża wykonawca, którego oferta została uznana w postępowaniu za najkorzystniejszą). Tym samym zatem, jeśli termin związania ofertą w sposób bezskuteczny upłynie - tj. bez stosownego jego przedłużenia, przewidzianego w przepisach ustawy Pzp (na skutek wezwania Zamawiającego lub samodzielnie przez wykonawcę) – należy uznać, że wykonawca nie zgadza się na przedłużenie okresu związania ofertą i skutkuje to koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Należy także zauważyć, że przepisy ustawy Pzp w sposób precyzyjny określają sposoby przedłużania terminu związania ofertą. Art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje w tym zakresie na dwa sposoby przedłużenia tego terminu, tj.:

- z inicjatywy Zamawiającego – tylko raz w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o maksymalny okres 60 dni na skutek wezwania kierowanego w tym przedmiocie do wykonawców oraz
- samodzielnie przez wykonawcę - na każdym etapie postępowania po otwarciu ofert, na dowolny okres i bez ograniczeń ilościowych co do liczby takich przedłużeń w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Warto podkreślić, że ustawodawca określając te dwa sposoby przedłużania terminu związania ofertą przy przedłużeniu go z inicjatywy zamawiającego dał zamawiającemu taką możliwość, a nie nałożył na niego takiego obowiązku (określenie „może” użyte w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp). Tym samym zatem, skoro ustawa nie przewiduje w tym zakresie obligatoryjnego działania ze strony zamawiającego, nie można podmiotom zamawiającym stawiać zarzutów, w sytuacji gdy nie korzystają z tego uprawnienia, nie wzywają wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą. W konsekwencji zatem to wykonawca, który ma nieograniczoną możliwość korzystania z prawa przedłużania terminu związania ofertą, powinien czuwać nad ważnością swojej oferty z punktu widzenia okresu związania ofertą.

Podkreślić również należy, że dla skutecznego złożenia oświadczenia woli wykonawcy o przedłużeniu okresu związania swoją ofertą konieczne jest złożenie tego oświadczenia woli Zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert i w taki sposób, aby możliwe było zapoznanie się z treścią tego oświadczenia woli przez zamawiającego. W tym zakresie istotnym zatem będzie przekazanie takiego oświadczenia woli przez wykonawcę zamawiającemu w taki sposób, aby ten mógł się z nim zapoznać przed upływem tego okresu, zgodnie z teorią złożenia oświadczenia woli wyrażoną w art. 61 § 2 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp (oświadczenie woli wywołuje skutki prawne co do momentu jego złożenia jeśli zostało złożone drugiej osobie w taki sposób, aby mogła się zapoznać z jego treścią). Jednocześnie też w tym zakresie nie można pominąć szczególnej regulacji ustawy Pzp, która w tym przedmiocie będzie miała zastosowanie, a mianowicie art. 27 ust. 1-3 ustawy Pzp. Przepis ten przewiduje dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określone sposoby porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami przy składaniu oświadczeń (a takim niewątpliwie jest oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą), wniosków, zawiadomień czy informacji. Art. 27 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje na zasadę wyboru określonej formy kontaktów w postępowaniu przez zamawiającego. Zamawiający zatem oprócz sposobu porozumiewania się z wykonawcami pisemnie, która to forma – zgodnie z art. 27 ust. 3 ustawy Pzp – nie może być ograniczona, może wybrać także kontakt faksowy lub pocztą elektroniczną.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący wskazywał na przekazanie Zamawiającemu informacji o przedłużeniu terminu związania ofertą przed jego upływem drogą mailową. Podkreślić należy, że ta forma kontaktów postanowieniami SIWZ nie została dopuszczona w niniejszym postępowaniu. Z tych też względów, biorąc także pod uwagę powyższe rozważania Izby, nie można było uznać za skuteczne przesłanie mailem w dniu 10 i 11 sierpnia 2012 r. przez Odwołującego oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Co do formy pisemnej przedłużenia terminu związania ofertą, z której w niniejszym postępowaniu Odwołujący także skorzystał, stwierdzić należy, że korespondencja z oświadczeniem Odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą, pomimo złożenia jej w urzędzie pocztowym w terminie związania ofertą, nie została doręczona Zamawiającemu w tym terminie, co zgodnie przyznały strony postępowania odwoławczego. Z tych też względów, biorąc także pod uwagę dyspozycję art. 61 § 2 Kc, oświadczenie to nie mogło wywoływać określonych skutków prawnych dla wykonawcy (przedłużenia ważności tego okresu) przed upływem terminu związania ofertą.

Co do przesłania wskazanego oświadczenia przez Odwołującego drogą faksową Izba ustaliła, że powyższe także nie może być uznane za skuteczne złożenie Zamawiającemu oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Podkreślić bowiem należy, że Odwołujący przesłał swoje oświadczenie faksem przed upływem terminu związania ofertą, ale w taki sposób, który uniemożliwił Zamawiającemu zapoznanie się z treścią tego oświadczenia przed upływem terminu związania ofertą (art. 61 § 2 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp) i w sposób niedopuszczony w SIWZ (art. 27 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący 11 sierpnia 2012 r., a więc w ostatnim dniu terminu związania ofertą, przesłał swoje oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą na numer faksu nie należący do Zamawiającego i jego pełnomocnika, a jednocześnie na numer, który nie był wskazany w SIWZ do kontaktu z wykonawcami zgodnie z dyspozycją art. 27 ust. 1 ustawy Pzp. Jak bowiem w toku postępowania odwoławczego wykazał Zamawiający faks o numerze: 85 652 54 40 należy do innego podmiotu gospodarczego, tj. firmy PlanowanieOnLine.eu. Firmie tej pełnomocnik Zamawiającego w drodze umowy najmu, zawartej w dniu 3 marca 2012 r. oddał w najem określoną powierzchnię użytkową oraz przywołany numer faksu. Na powyższe wskazują wprost postanowienia tej umowy zawarte w § 3 ust. 3 oraz informacja zamieszczona na stronie internetowej firmy PlanowanieOnLine.eu. Postanowienia umowne dodatkowo wskazują na udostępnienie przez firmę Tomas Consulting firmie PlanowanieOnLine.eu zainstalowanego w udostępnionych pomieszczeniach systemu kontroli dostępu do pomieszczeń będących przedmiotem umowy najmu z kartami magnetycznymi. Umowa ta jest realizowana, na co wskazują przedłożone przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie faktury z płatnościami wystawiane dla nabywcy, tj. firmy PlanowanieOnLine.eu. Powyższe w sposób jednoznaczny – zdaniem Izby - wskazuje na to, że numer faksu, z którego korzystał Odwołujący przesyłając swoje oświadczenie, nie należał do Zamawiającego ani jego pełnomocnika. Jak ustalono w toku rozprawy korespondencja ta nie dotarła do pełnomocnika Zamawiającego ani samego Zamawiającego do dnia 11 sierpnia 2012 r. Nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że brak wskazania w treści umowy najmu, iż wskazany tam numer faksu został przekazany firmie

PlanowanieOnLine.eu do wyłącznej dyspozycji, świadczyć może o możliwości korzystania z tego numeru przez Zamawiającego i jego pełnomocnika. Takie twierdzenia są niedopuszczalne z punktu widzenia przywołanych zapisów umowy najmu oraz doświadczenia życiowego Izby i są podnoszone wbrew treści dokumentu umowy. Nie można także zgodzić się z Odwołującym, że firma Tomas Consulting S.A. i PlanowanieOnLine.eu. T..... P..... to ten sam podmiot. Nawet, jeśli Pan T..... P....., będąc przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą: PlanowanieOnLine.eu. jest właścicielem akcji jednocześnie w spółce akcyjnej, to z punktu widzenia gospodarczego i w sensie prawnym są to odrębne podmioty gospodarcze prowadzące odrębnie swoją działalność. Także bez znaczenia jest okoliczność, iż umowa najmu została zawarta 2 marca 2012 r. przez firmę Tomas Consulting T. P..... Spółka Jawna z T..... P..... prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą PlanowanieOnLine.eu. T..... P.....i. Spółka jawna i przedsiębiorca prowadzący indywidualnie działalność gospodarczą to także dwa odrębne podmioty gospodarcze. Jednocześnie też Zamawiający w toku rozprawy wyjaśnił, że wskazana spółka jawna przekształciła się na zasadzie sukcesji generalnej w firmę Tomas Consulting S.A., aktualnego pełnomocnika Zamawiającego, który aktualnie jest także wystawcą faktur dla firmy PlanowanieOnLine.eu. z tytułu wynajmu powierzchni użytkowej i spornego numeru faksu, na który nastąpiło przesłanie oświadczenia przez Odwołującego.

Tym samym należało uznać, że oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą nie zostało złożone przez Odwołującego skutecznie, a zatem wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, obciążyła nimi Odwołującego. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w wysokości 10 000 zł oraz – stosownie do § 3 pkt 2 lit. b) przywołanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł i – stosownie do § 3 pkt 2 lit. a) przywołanego rozporządzenia – koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę pełnomocnika Odwołującego w kwocie: 308,41 zł.

Przewodniczący: