

WYROK

z dnia 14 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Cube.ITG S.A. ul. Długosza 60, 51-162 Wrocław oraz

Consdata Sp. z o.o. ul. Składowa 4, 61-897 Poznań

w postępowaniu prowadzonym przez

Komendę Główną Policji ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu kontynuowanie postępowania z udziałem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Cube.ITG S.A. i Consdata Sp. z o.o.,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Komendę Główną Policji i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Cube.ITG S.A. i Consdata Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od Komendy Głównej Policji na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Cube.ITG S.A. i Consdata Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Główna Policji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę, instalację i wdrożenie Systemu Teleinformatycznego Biura SIRENE II generacji” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 21 listopada 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 226-393144. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Cube.ITG S.A. i Consdata Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na niedopuszczeniu go do aukcji elektronicznej z uwagi na uznanie, że podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z przyczyn dotyczących związania ofertą, która to czynność została podjęta w sposób naruszający art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4, art. 91b ust. 1, a w konsekwencji również art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o:

1. powtórzenie czynności badania i oceny oferty odwołującego w zakresie dotyczącym kwestii związania odwołującego ofertą,
2. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
3. zaproszenie odwołującego do aukcji elektronicznej,
4. zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

Odwołujący wskazał, że 5 marca 2014 r. zamawiający zaprosił go do aukcji elektronicznej, zatem wskazane w piśmie z 25 kwietnia 2014 r. powody wykluczenia odwołującego związane z kwestią związania ofertą to jedyne powody, dla których odwołujący miałby nie uczestniczyć w aukcji.

Termin składania ofert upłynął 23 stycznia 2014 r., a termin związania ofertą określono na 60 dni, zatem upływał on 23 marca 2014 r.

14 marca 2014 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni informując, iż jest ono skuteczne jedynie wraz z przedłużeniem

okresu ważności wadium albo wniesieniem nowego wadium. 23 marca 2014 r. odwołujący doręczył zamawiającemu aneks z 19 marca 2014 r. do gwarancji ubezpieczeniowej przedłużający termin tej gwarancji do 27 maja 2014 r.

Odwołujący co prawda nie załączył do aneksu osobnego dokumentu, w którym wprost oświadczałby, że przedłuży termin związania ofertą, ale jego wola dalszego uczestniczenia w postępowaniu, tj. dalszego związania ofertą, została wyrażona poprzez złożenie zamawiającemu w wymaganym terminie dokumentu przedłużającego ważność wadium o wymagany okres.

Swoją decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania zamawiający uzasadnił tym, że do upływu terminu związania ofertą nie wyraził on zgody na jego przedłużenie. Zamawiający przyznał, że wykonawca wydłużył ważność gwarancji wadium, ale uznał, że oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą winno być złożone w sposób jasny i wyraźny, w formie przewidzianej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dopuszczonej w art. 27 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem zamawiającego oświadczenie to nie może być ustalane i domniemywane na podstawie innych czynności wykonawcy, w tym przedłużenia ważności wadium.

Z taką interpretacją zamawiającego odwołujący się nie zgadza. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych brak złożenia przez wykonawcę oświadczenia wprost odnoszącego się do przedłużenia terminu związania ofertą w sytuacji, gdy jednocześnie podejmie on skuteczne działania mające na celu przedłużenie wadium, postrzegany jest jako nieskutkujący wykluczeniem wykonawcy. W wielu wyrokach wskazuje się, że brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także odrzucenia oferty, w warunkach, gdy inne czynności wykonawcy, takie jak przedłużenie wadium, wskazują na dalsze zainteresowanie wykonawcy udziałem w postępowaniu, co nawiązuje do dorozumianego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Wskazuje się również na funkcję wadium i jego związek z terminem związania ofertą. Wadium nie może funkcjonować samo w sobie, gdyż stanowi zabezpieczenie dla zamawiającego w okresie, gdy wykonawca jest związany ofertą. Jest to jedyny przewidziany ustawą cel istnienia wadium. Trudno znaleźć jakiegokolwiek funkcjonalne uzasadnienie dla utrzymywania wadium po okresie związania ofertą. Gdy wykonawca przestaje być związany swoją ofertą, to w okresie tym nie mogą powstać roszczenia zamawiającego, dające podstawę do zatrzymania wadium. Wobec powyższego należy uznać, że przedłużenie ważności gwarancji wadium jest równoznaczne z wyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, w innym przypadku czynność tę należałoby uznać za bezcelową, nieracjonalną.

Odwołujący przywołał sygnatury wyroków, w tym wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach XIX z 28 maja 2007 r. w sprawie XIX Ga 194/07, w którym sąd stwierdził: „Trzeba bowiem

z całą stanowczością podkreślić, że złożenie wadium – w postaci gwarancji bankowej, ważnej do określonego dnia jest jednocześnie wyrazem woli *per facta concludentia* związania się ofertą do dnia uwidocznionego w gwarancji bankowej. Zaznaczyć przy tym należy, że Skarżący jest związany ofertą do dnia 31 maja 2007 roku, gdyż dnia 22 marca 2007 roku, a więc w trakcie trwania biegu terminu związania ofertą przedłożył Zamawiającemu nowe wadium – gwarancję bankową, ważną właśnie do tegoż dnia.”

Analogiczne stanowisko wyrażane jest w wynikach kontroli Prezesa UZP.

Odwołujący, doręczając zamawiającemu dokument przedłużający ważność wadium złożył konkludentne oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Wyłącznym celem przedłużania wadium jest chęć dalszego uczestniczenia w postępowaniu, wadium jest bowiem instytucją immanentnie związaną z ofertą. Mając na uwadze art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 60 Kodeksu cywilnego nie sposób inaczej zinterpretować zachowania się odwołującego w postępowaniu.

Wola przedłużenia terminu związania ofertą jest tym bardziej oczywista, jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że przedłużenie wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wymaga podjęcia ze strony wykonawcy czynności organizacyjnych (zwrócenie się do banku lub ubezpieczyciela o przedłużenie i spełnienie wymagań gwaranta) oraz poniesienia kosztów (zarówno udzielenie jak i przedłużenie gwarancji kosztuje, każda gwarancja obniża też zdolność kredytową wykonawcy).

W ocenie odwołującego stanowisko zamawiającego stanowi wyraz nadmiernego formalizmu postępowania, nie znajdującego uzasadnienia w przepisach prawa ani w zasadach logiki. Odwołujący uważa, że brak jest podstaw do jego wykluczenia i uznania oferty za odrzuconą oraz, że zasługuje na zaproszenie do aukcji elektronicznej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że Kodeks cywilny stosowany jest tylko wtedy, kiedy dany problem nie jest uregulowany w ustawie Prawo zamówień publicznych. Tymczasem art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że musi być wyrażona zgoda i jednocześnie wniesione nowe lub przedłużone wadium. W sposób wyraźny wskazuje zatem na dwie czynności, które muszą być dokonane. Inaczej nie wiadomo, na jaki okres oferta jest przedłużona. Zwraca uwagę, iż inną datę podał w piśmie wzywającym do przedłużenia terminu związania ofertą, a inna data podana jest w aneksie do gwarancji wadialnej. Zamawiający nie może się zgodzić z opinią o milczącym przedłużeniu terminu związania ofertą, miał bowiem takie przypadki, kiedy wykonawcy stwierdzali, że celowo nie przedłużali terminu związania ofertą, a jedynie wadium, aby zamawiający nie mógł tego wadium zatrzymać. Orzecznictwo mówi o tym, że nie można wykluczyć wykonawcy, gdy zamawiający nie wystąpił o przedłużenie terminu związania ofertą.

Zgodnie z Kodeksem cywilnym oferta musi być terminowa, inaczej nie jest ofertą.

Zamawiający wskazał, iż wykonawcy byli związani ofertami do 14 kwietnia 2014 r. – termin ten został przedłużony ze względu na wniesienie odwołań KIO 470/14 i KIO 491/14. Pierwotny termin związania ofertą upływał 23 marca 2014 r. Zgodnie z żądaniem przedłużenie terminu związania ofertą miało nastąpić o 60 dni, czyli do 13 czerwca 2014 r., a termin w gwarancji to 27 maja 2014 r.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Na wstępie należy stwierdzić, że ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje formę, w jakiej powinny być składane oświadczenia oraz dokonywane inne czynności (oprócz faktycznych) – zostało to wprost wskazane w art. 9 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zasada pisemności), zatem nie ma potrzeby, by wymóg ten był przypomniany przy każdej kolejnej czynności.

Jednocześnie art. 27 ustawy Prawo zamówień publicznych reguluje sposób przekazywania oświadczeń, zawiadomień itd., a art. 1 pkt 12 dyrektywy 2004/18/WE definiuje pojęcie pisemności.

Zatem nie ma wątpliwości, że co do zasady oświadczenia powinny być przekazywane zamawiającemu w formie pisemnej.

Jednocześnie jednak trzeba stwierdzić dwie okoliczności, tj. po pierwsze, że praktyka postępowania uczestników obrotu nie zawsze jest zgodna z zamierzonym wzorcem, więc i takie sytuacje należy w jakiś sposób przyporządkować do istniejących przepisów. A po drugie – oprócz samego złożenia oferty oraz zawarcia umowy – ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje dla braku formy pisemnej rygору nieważności, zatem będą tu miały zastosowanie przepisy art. 73, 74 i 76 Kodeksu cywilnego (przy czym należy zauważyć, że również strony, jak też sam zamawiający nie zastrzegł formy pisemnej pod rygorem nieważności).

Tym samym oczywiste jest, iż dla określenia i oceny pewnych skutków działań (często faktycznych) i zaniechań wykonawców orzecznictwo musiało sięgnąć do ogólnych przepisów

Kodeksu cywilnego, w tym art. 60, który definiuje oświadczenie woli jako każde zachowanie, które ujawnia wolę w sposób dostateczny.

Dłuższy wywód na ten temat jest zbędny, gdyż dotychczasowe orzecznictwo – w tym zakresie dość jednolite i obficie przywołane przez odwołującego – tę kwestię już wyjaśnia.

W każdym razie należy przyznać rację odwołującemu, iż powszechny pogląd sytuację, w której wykonawca złożył zamawiającemu przedłużoną gwarancję wadialną, a nie wystosował oświadczenia, w którym deklaruje przedłużenie terminu związania ofertą, kwalifikuje jako dostateczne wyrażenie woli przedłużenia terminu związania ofertą.

Izba nie widzi powodu, dla którego obecnie miałyby ten ustalony pogląd negować.

To, iż inny wykonawca w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uważał, iż w taki sposób uniknie ewentualnego zatrzymania wadium, nie oznacza, że sąd, który rozpatrywałby spór o zatrzymanie wadium, uznałby, że nie jest on ofertą związaną. Dopiero jeśli miałyby miejsce sytuacje, w których sądy negowałyby zatrzymanie wadium w takich okolicznościach, pogląd ten należałoby zmienić.

Art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie przesądza, czy przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenie wadium ma być jedną czynnością, czy dwiema. Zdaniem Izby w zależności od okoliczności może to być jedna lub dwie czynności, prawne lub faktyczne, i nie ma to zasadniczego znaczenia dla okoliczności sprawy.

Z kolei art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych mówi o braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, przy czym z jego treści nie wynika, czy określenie „nie zgodził się” ma być brakiem pozytywnej zgody w postaci wyraźnego oświadczenia „zgadzam się”, czy też negatywnym, tj. sprzeciwem („nie zgadzam się”).

Jak już jednak stwierdzono powyżej, w braku któregośkolwiek z powyższych oświadczeń oraz dokonaniu czynności faktycznej w postaci doręczenia gwarancji wadialnej, uznaje się, że taka zgoda została wyrażona.

Zatem Izba uznała, że odwołujący – pomimo braku złożenia stosownego oświadczenia na piśmie – przedłużył termin związania ofertą.

Co do samego okresu, o jaki termin związania ofertą został przedłużony – na tej samej zasadzie Izba stwierdziła, że niewątpliwym zamiarem odwołującego było przedłużenie oferty o okres wskazany przez zamawiającego w wezwaniu, tj. o 60 dni. Jako że pierwotny termin związania ofertą upływał 23 marca, oznaczałoby to, że termin przedłużony o 60 dni upływałby 22 maja 2014 r. Takie też założenie poczynił odwołujący, przedłużył więc gwarancję wadialną do 27 maja 2014 r. (przedłużanie gwarancji o okres dłuższy niż wynika ze związania ofertą jest powszechną praktyką wykonawców).

Jednak w związku z wniesieniem dwóch odwołań termin związania ofertą uległ zawieszeniu od 10 marca do 1 kwietnia 2014 r., zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem niejako automatycznie – bez zgody, a nawet i wiedzy wykonawców – termin ten uległ przedłużeniu o 22 dni.

Jednak ani odwołujący, ani pozostali wykonawcy, składając swoje oświadczenia w marcu 2014 r. nie wiedzieli, o jaki okres termin związania ofertą przedłuży się z mocy prawa, w związku z regulacją art. 182 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zatem podobnie jak odwołujący, zrobili też inni wykonawcy, którzy, pomimo złożenia oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą o 60 dni, przedłużyli gwarancje wadialne do 23 i 25 maja. (Jeden z wykonawców przedłużył gwarancję do 30 czerwca, jednak jest to działanie typowo zachowawcze, które również nie odnosi się do realnego terminu związania ofertą).

Tym samym, zdaniem Izby, z zachowania odwołującego i innych wykonawców można wywodzić, że zamiarem tych wykonawców wyrażonym w chwili składania oświadczeń i gwarancji było zarówno przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, jak i przedłużenie gwarancji wadialnych na ten okres 60 dni, nawet jeśli stan faktyczny, który zaistniał w postępowaniu, zmienił sposób, w jaki ten termin należy liczyć.

Wykonawcy są zatem związani ofertami do 13 czerwca 2014 r. („przedłużenie” terminu wynikające z art. 182 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych następuje z mocy prawa i nie jest zależne od woli, a zatem i oświadczeń składanych przez wykonawców), muszą jedynie uzupełnić gwarancje wadialne.

Na marginesie Izba zauważa, że w obecnym stanie prawnym termin związania ofertą nie jest już częścią definicji oferty zawartej w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: