

Sygn. akt: KIO 1344/12

WYROK
z dnia 11 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 lipca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2012 r. przez **Sławosza Ryszkę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WIDE SERVICE COMPANY Sławosz Ryszka** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Przesmyki**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Sławosza Ryszkę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WIDE SERVICE COMPANY Sławosz Ryszka** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Sławosza Ryszkę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WIDE SERVICE COMPANY Sławosz Ryszka** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Sławosza Ryszki prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WIDE SERVICE COMPANY Sławosz Ryszka** na rzecz **Gminy Przesmyki** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Przesmyki – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa wyposażenia i sprzętu do Zespołu Szkół w Przesmykach i Zespołu Szkół w Łysowie*. Wartość zamówienia została oszacowana przez Zamawiającego poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 27 czerwca 2012 r. wykonawca Sławosz Ryszka prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WIDE SERVICE COMPANY Sławosz Ryszka wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania ze względu na nieprzedłużenie terminu związania ofertą, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 182 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 15 maja 2012 r. został powiadomiony o odrzuceniu jego oferty na część 1 zamówienia (Dostawa mebli) i wniósł wobec tej czynności odwołanie, które następnie zostało przez Zamawiającego uwzględnione. W dniu 20 czerwca 2012 r. Odwołujący zwrócił się pisemnie do Zamawiającego o podjęcie dalszych czynności w postępowaniu.

Zamawiający – w dniu 22 czerwca 2012 r. – poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że w dniu 15 maja 2012 r. zwrócił się do Odwołującego z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Pismo w tej sprawie wysłane zostało zdaniem Zamawiającego faksem w dniu 15 maja 2012 r. i zobowiązywało Odwołującego do zajęcia stanowiska w terminie do dnia 18 maja 2012r., czego wykonawca nie uczynił.

Odwołujący zakwestionował powyższe stanowisko Zamawiającego. Podniósł, że zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy Pzp, w razie wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert, bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia. W niniejszej sprawie odwołanie wniesione w dniu 21 maja 2012 r., co spowodowało zawieszenie biegu terminu związania ofertą z mocy prawa do dnia 5 czerwca 2012r., kiedy to na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu postępowanie odwoławcze zostało umorzone. Wobec powyższego zarzut niewyrażenia w wyznaczonym terminie, tj. do dnia 18 maja 2012 r., zgody na przedłużenie terminu związania oferta należy uznać – zdaniem Odwołującego – za chybiony.

Ponadto, Odwołujący z ostrożności podniósł, że nigdy nie otrzymał od Zamawiającego faksem pisma z dnia 15 maja 2012 r., zawierającego wezwanie do

przedłużenia terminu związania ofertą. Pismo to Odwołujący otrzymał dopiero w dniu 21 maja 2012 r. listem poleconym, a więc już po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na dzień 18 maja 2012 r. na wyrażenie zgody na przedłużenie terminu.

Zdaniem Odwołującego, twierdzenie Zamawiającego o przesłaniu faksem w dniu 15 maja 2012 r. prośby o przedłużenie terminu jest tym bardziej niewiarygodne, że w dniu 17 maja 2012 r., a więc jeszcze przed terminem wyznaczonym na udzielenie odpowiedzi Zamawiający zwrócił Odwołującemu wadium. Skoro Zamawiający, jak twierdzi, oczekiwał na zgodę Odwołującego na przedłużenie terminu, to niezrozumiałe jest dokonanie zwrotu wadium już w dniu 17 maja 2012 r.

Odwołujący wskazał, że konsekwencją wykluczenia go z postępowania był wybór oferty złożonej przez wykonawcę TOBO Datczuk Spółka Jawna.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na wykonanie części nr 1 zamówienia, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a także o nakazanie zmiany treści umowy przez przedłużenie terminu wyznaczonego na wykonanie zamówienia w części nr 1.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 12.1 SIWZ, termin związania ofertą został ustalony na okres 30 dni. Zamawiający ustalił termin składania ofert na dzień 20 kwietnia 2012 r. godz. 9.30 (pkt 14.1 SIWZ).

W punkcie 10.1 SIWZ Zamawiający określił sposób porozumiewania się z wykonawcami następująco: *Wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. (...) Jeżeli Zamawiający lub Wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia, informacje, faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.*

W dniu 15 maja 2012 r. Zamawiający wezwał wykonawców biorących udział w postępowaniu do przedłużenia o 14 dni, tj. do 2 czerwca 2012 r. Zgodnie z pismem Zamawiającego, ewentualną zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą należy wyrazić do dnia 18.05.2012 r. W dokumentacji z postępowania znajduje się raport transmisji faksu, potwierdzający przesłanie 12 stron w dniu 15 maja 2012 r. na numer Odwołującego (numer faksu wskazany na pieczęcie, którą opatrzona została oferta Odwołującego). Według

oświadczenia Zamawiającego, na przekazane dokumenty składają się informacje o wyniku postępowania dotyczące części zamówienia, na które oferty złożył Odwołujący (tj. zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na część 2 zamówienia – 3 strony, zawiadomienie o wyborze oferty na część 1 zamówienia – 7 stron) oraz wniosek o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą (1 strona) i prośba o potwierdzenie otrzymania faksu (1 strona).

Również w dniu 15 maja 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a 17 maja 2012 r. dokonał na rzecz Odwołującego zwrotu wadium.

Wykonawca, w dniu 21 maja 2012 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności odrzucenia jego oferty. Zarzuty podniesione w odwołaniu zostały w całości uwzględnione, wskutek czego Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze (postanowienie z 5 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1023/12).

W dniu 22 czerwca 2012 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo pełnomocnika Odwołującego, wzywające – w związku z uwzględnieniem odwołania – *do niezwłocznego podjęcia działań w trybie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych – pod rygorem skutków prawnych.*

Komisja przetargowa, w protokole z 22 czerwca 2012 r. stwierdziła, że trzydziestodniowy termin związania ofertą upłynął w dniu 19 maja 2012 r., a Odwołujący, pomimo przesłanego wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą nie przekazał w tym zakresie żadnej informacji. W tym samym dniu Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zamawiający poinformował, że wezwanie zostało przesłane wykonawcy faksem w dniu 15 maja 2012 r. W wyznaczonym terminie (do 18 maja 2012 r.) nie wpłynęło żadne oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę – spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jako złożonego przez podmiot nieuprawniony. Zamawiający uzasadnił ten wniosek faktem, że składając w dacie wniesienia odwołania wykonawca nie był związany ofertą, co zdaniem Zamawiającego powoduje, że nie był podmiotem uprawnionym do wniesienia tego środka ochrony prawnej. Odnosząc się do zgłoszonego wniosku, wskazać należy, że powyższy przepis określa negatywną przesłankę formalnoprawną, której wystąpienie uniemożliwia merytoryczne rozpoznanie odwołania. Upływ terminu związania ofertą takiej okoliczności nie stanowi. Pokreślić przy tym należy, że kwestia upływu tego terminu jest w przedmiotowej sprawie istotą sporu, wymagającą merytorycznej oceny.

W związku z powyższym Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie, stwierdzając, że podniesione w nim zarzuty są niezasadne.

Przede wszystkim Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że bieg terminu związania ofertą – na skutek wniesienia odwołania w dniu 21 maja 2012 r. – uległ zawieszeniu do 5 czerwca 2012 r., tj. do dnia wydania przez Izbę postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego. Istotnie, przepis art. 182 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia. Należy jednak podkreślić, że w niniejszej sprawie termin związania ofertą upłynął w dniu 19 maja 2012 r., a więc dwa dni przed wniesieniem odwołania, zatem późniejsze jego wniesienie pozostało bez wpływu na upływ tego terminu.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, że nie otrzymał wniosku o przedłużenie terminu związania ofertą w dniu 15 maja 2012 r., wskazać należy, że Zamawiający posiada raport transmisji faksu (komunikacja za pośrednictwem faksu była dopuszczoną w SIWZ formą porozumiewania się z wykonawcami), potwierdzający przekazanie Odwołującemu 12 stron dokumentów. Jak słusznie podniósł Zamawiający, raport taki stwarza domniemanie, że oświadczenie dotarło do adresata w taki sposób, że mógł się zapoznać z jego treścią (stanowisko takie zajął Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 2 października 2002 r., sygn. akt III PZP 17/02). Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet, że dokumentów tych nie otrzymał. Fakt, że wykonawca nie odesłał Zamawiającemu potwierdzenia otrzymania tych dokumentów oraz że w treści odwołania zaprzeczył, by je otrzymał, nie stanowi przeciwdowodu dla wygenerowanego raportu potwierdzającego prawidłowo dokonaną transmisję. Odwołujący nie powołał się na jakiegokolwiek okoliczności (jak na przykład zakłócenia w pracy urządzenia odbiorczego), które podałoby w wątpliwość skuteczne doręczenie pisma. Ponadto Odwołujący w żaden sposób nie zareagował na wezwanie, które – jak przyznał – otrzymał listem poleconym w dniu 21 maja 2012 r., chociażby nie zgłosił Zamawiającemu faktu otrzymania pisma po upływie terminu, w którym zgoda na

przedłużenie terminu związania ofertą mogła być wyrażona. Okoliczności te wskazują, że wykonawca zachowywał się biernie wobec otrzymanego wezwania. Wobec powyższego, wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp było zasadne.

W związku ze niestwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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: