Sygn. akt KIO 391/20

WYROK

z dnia 10 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2020 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2020 r. przez wykonawcę: FCC Tarnobrzeg sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Tuszów Narodowy

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu oraz Zakład utylizacji Odpadów Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych,

- ponowną ocenę i badanie ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18929 zł (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset dwadzieścia dziewięć złotych) poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, uzasadnionych kosztów dojazdu na rozprawę oraz z tytułu pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 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 Tarnobrzegu.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Tuszów Narodowy prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gm. Tuszów Narodowy w terminie od 01 stycznia 2020r. do 31 grudnia 2020r.".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2019/S 210-513567 z dnia 30 października 2019 r.

W dniu 24 lutego 2020r. wykonawca FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na niezgodne z przepisami Pzp czynności i zaniechania Zamawiającego polegające na:

1) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu oraz Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu (dalej: „Konsorcjum"),

2) wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu, podczas gdy oferta Konsorcjum winna zostać odrzucona,

3) zaniechania unieważnienia postępowania pomimo okoliczności, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp w zw. z art. 85 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo, że oferta ta w okresie od dnia 13 stycznia 2020 r. do dnia 9 lutego 2020 r. nie była zabezpieczona wadium,

2) art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp w zw. z art. 46 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo, że oferta ta w okresie od dnia 13 stycznia 2020 r. do dnia 9 lutego 2020 r. nie była zabezpieczona wadium pomimo wezwania Konsorcjum do jego ponownego wniesienia,

3) art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, pomimo, że jego oferta winna zostać odrzucona.

4) art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo okoliczności, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie wykazał, że może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący w oparciu o tak postawione zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, a w konsekwencji:

I. W przypadku uwzględnienia zarzutów 1) - 3) odwołania wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty złożonej przez Konsorcjum,

2) Odrzucenia oferty Konsorcjum,

3) Powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez Odwołującego;

4) Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

II. W przypadku uwzględnienia zarzutu 4) odwołania wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty złożonej przez Konsorcjum,

2) Unieważnienie postępowania.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący wskazał, że dnia 30 października 2019 r. Zamawiający ogłosił postępowanie, w którym oferty złożono dwie oferty.

Dnia 6 grudnia 2019 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) Pzp. Dnia 3 stycznia 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok (sygn. akt KIO 2548/19), w którym nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z przyczyn formalnych tj. wobec nienależytego jej uzasadnienia.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zarówno poprzez ogłoszenie na stronie internetowej, jak i w drodze zawiadomienia nie powiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania. Pomimo tego Zamawiający wezwał wykonawców biorących udział w postępowaniu do przedłużenia terminu związania ofertą, wskazując, po pierwsze, że aktualny termin związania ofertą upływa dnia 2 stycznia 2020 r., a po drugie wezwał wykonawców do przedłużenia okresu związania ofertą o 60 dni, zakreślając datę dokonania tej czynności na dzień 13 stycznia 2020 r. Zamawiający poinformował jednocześnie wykonawców, że stosownie do regulacji art. 85 ust. 4 Pzp zgoda na przedłużenie okresu związania ofertą jest możliwa wyłącznie wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Odwołujący wyjaśnił, że we wskazanym przez Zamawiającego terminie tj. do dnia 13 stycznia 2020 r. przedłożył oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni, jednocześnie przedkładając aneks do obowiązującego wadium wniesionego w postaci gwarancji bankowej. Natomiast Konsorcjum w terminie do dnia 13 stycznia 2020 r. przedłożyło oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni, jednakże nie złożyło wraz z tym oświadczeniem nowego wadium.

Kolejno Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 23 stycznia 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej. Następnie w dniu 10 lutego 2020 r. powiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności oceny oferty i wyboru najkorzystniejszej oferty, wskazując, że w momencie dokonywania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej nie miał wiedzy na temat nieprawidłowego wniesienia wadium przez Konsorcjum, wskutek czego dokonał wyboru oferty niezabezpieczonej wadium.

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w dniu 14 lutego 2020 r. poinformował o ponownym dokonaniu czynności oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. ponownie oferty złożonej przez Konsorcjum. Zamawiający wyjaśnił, że z uwagi na okoliczność, że wykonawca ten nie został wezwany do uiszczenia wadium przez Zamawiającego w określonym terminie i dokonał samodzielnie jego wpłaty przed ponowną oceną i wyborem najkorzystniejszej oferty brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty.

Odnosząc się do tak przedstawionego stanu faktycznego, Odwołujący na wstępie stwierdził, że wszelkie czynności podjęte przez Zamawiającego po orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2020 r. (KIO 2548/19) były przedwczesne, albowiem Zamawiający nie wykonał nałożonego na niego przedmiotowym wyrokiem obowiązku w postaci unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z dnia 6 grudnia 2019 r. Zamawiający bowiem ani poprzez ogłoszenie na swojej stronie internetowej, ani poprzez zawiadomienie wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, nie powiadomił ich o podjęciu czynności unieważnienia czynności unieważnienia postępowania z dnia 6 grudnia 2019 r., do dokonania której obowiązany został w punkcie 1 wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 stycznia 2020 r. Wobec powyższego - w opinii Odwołującego - do dnia wniesienia niniejszego odwołania Zamawiający nie tylko nie wykonał orzeczenia KIO (sygn. akt KIO 2548/19), ale obecnie podejmuje czynności w ramach postępowania, które formalnie pozostaje unieważnionym. Z tego też względu w ocenie Odwołującego wszelkie podjęte przez Zamawiającego czynności w ramach postępowania, w tym wybór oferty z dnia 14 lutego 2020 r. uznać należy za przedwczesne.

Odwołujący uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 punkt 7b) Pzp w zw. z art. 85 ust. 4 Pzp, wskazał, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w treści uzasadnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14.02.2020 r., Zamawiający wezwał Konsorcjum do wniesienia wadium w innym, niż przewidziany w art. 46 ust. 3 trybie, co nie może czynić czynności takiej samodzielnie wadliwej. Zauważyć należy bowiem, że w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców ubiegających się o udział w postępowaniu do przedłużenia okresu związania ofertą o 60 dni jednocześnie oznaczając, zgodnie z regulacją art. 85 ust. 4 pzp, że przedłużenie okresu związania ofertą musi wiązać się z jej zabezpieczeniem wadium na okres przedłużenia. Jak

wynika wprost zarówno z treści powołanej regulacji, jak i z treści wystosowanego przez Zamawiającego wezwania, przedłużenie oferty bez jej zabezpieczenia wadium nie może zostać uznane za skuteczne.

Odwołujący wskazał, że w treści wezwania Zamawiający wyznaczył łączny termin do złożenia oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą o okres 60 dni wraz z jednoczesnym wskazaniem obowiązku równoległego wniesienia wadium. Dodatkowo do wniesienia wadium Zamawiający zobowiązał wykonawców odrębnym pismem, które skierowane zostało w tym samym dniu, co wezwanie, o którym mowa powyżej. Mając na względzie powyższe, skonstatować należy, że Zamawiający prawidłowo wezwał wykonawców do przedłużenia okresu związania ofertą, a tym samym, do zabezpieczenia oferty wadium na cały okres przedłużonego terminu związania ofertą. W tym stanie rzeczy, złożenie wyłącznie oświadczenia o przedłużeniu związania ofertą bez równoległego wniesienia wadium na okres przedłużenia, uznać należało według Odwołującego za naruszenie regulacji art. 84 ust. 5 Pzp. Naruszenie to w konsekwencji prowadzi do uznania, że oferta Konsorcjum, jako niezabezpieczona wadium, winna zostać przez Zamawiającego odrzucona, której to czynności Zamawiający w niniejszym postępowaniu zaniechał.

Odwołujący podkreślił, że w analizowanym stanie faktycznym Konsorcjum nie zabezpieczyło oferty wadium, pomimo skorelowania tego obowiązku z oświadczeniem o przedłużeniu okresu związania ofertą, zarówno wraz ze złożeniem oświadczenia, jak i przed rozpoczęciem biegu przedłużonego okresu związania ofertą (dodatkowych 60 dni). W tym stanie rzeczy uznać należało, że oferta Konsorcjum, jako niezabezpieczona wadium, winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7b) Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. art. 89 ust. 1 punkt 7b) Pzp w zw. z art. 46 ust. 3 Pzp Odwołujący wskazał, że w sytuacji uznania przez Izbę, że do wadium w analizowanych stanie faktycznym zastosowanie znajdzie regulacja art. 46 ust. 1 w miejsce art. 85 ust. 4 Pzp, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w treści uzasadnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14 lutego 2020 r. Podkreślił, że Zamawiający wezwał uprzednio Konsorcjum prawidłowo do wniesienia wadium, a pomimo zaistnienia tej okoliczności Konsorcjum wadium w określonym przez Zamawiającego terminie nie wniosło. Podał, że nawet przyjąwszy, że zastosowanie znajdzie regulacja art. 46 ust. 3, nie zaś art. 85 ust. 4 Pzp, to czytając łącznie treść skierowanych przez Zamawiającego wezwań do wykonawców, nie sposób jest twierdzić, że Zamawiający nie określił Konsorcjum terminu do wniesienia wadium. Przeciwnie stwierdzić należy, że po pierwsze termin do wniesienia wadium wynikał wprost z pierwszego ze skierowanych przez

Zamawiającego pism, ale ponadto, dodatkowo wezwał jasno do przedłożenia wadium. Okoliczność, iż w treści drugiego pisma nie określono terminu do jego wniesienia nie może w analizowanym stanie faktycznym skutkować stwierdzeniem, że Zamawiający terminu tego nie określił w ogóle. Niewątpliwie bowiem skierowane przez Zamawiającego dnia 8 stycznia pisma dotyczące tak wadium, jak i złożenia oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą, winny zostać złożone na dzień 13.01.2020 r. Nie tylko równoczesność złożenia pism, ale ich komplementarność przemawia za takim rozumieniem skierowanego przez Zamawiającego wezwania do wykonawców. Niewątpliwie bowiem czynności Zamawiającego winne być czytane łącznie, a nie w oderwaniu od siebie, a brak oznaczenia art. 46 ust. 3 Pzp jako podstawy wezwania do wniesienia wadium, w żadnym razie nie może stanowić o niedochowaniu warunków określonych w tejże regulacji. Zamawiający w niniejszym okolicznościach faktycznych wyznaczył termin do wniesienia wadium tj. poprzez oznaczenie tej samej daty, jaką wskazał dla wniesienia oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą tj. do dnia 13 stycznia 2020 r.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp wskazał, że oferta Konsorcjum winna zostać odrzucona, a to wobec okoliczności, iż pomimo pisemnego wezwania przez Zamawiającego oraz złożenia przez nie oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą, wykonawca ten nie wniósł wadium celem zabezpieczenia oferty, a tym samym nie wykonał oznaczonych w wezwaniach Zamawiającego czynności. Skoro zaś oferta Wykonawca winna być odrzucona, to nie mogła ona zostać uznana za najkorzystniejszą. Tym samym czynność jej wyboru w Postępowaniu uznać należy za wadliwą.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, Odwołujący wskazał, że w jego ocenie Zamawiający w analizowanym stanie faktycznym doszło do ziszczenia się przesłanki, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający zamierzał bowiem przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia kwotę 950.624,00 zł, podczas gdy najniższa spośród złożonych w postępowaniu ofert znacznie przewyższała powyższą kwotę, a Zamawiający kwoty tej nie mógł podwyższyć. Podkreślił, że Zamawiający w żadnym dokumencie nie wyjaśnił, jakie podjął kroki celem uzyskania dodatkowych środków, umożliwiających mu sfinansowanie realizacji przedmiotu zamówienia publicznego.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 marca 2020r. Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu wskazał, że w ramach prowadzonego postępowania w związku z orzeczeniem KIO z dnia 3 stycznia 2020r. sygn. akt KIO 2548/19 w dniu 23 stycznia 2020r. dokonał czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty. Wcześniej pismami z dnia 8 stycznia 2020r. Zamawiający zwrócił się do wykonawców na podstawie art. 85 ust. 2 oraz na podstawie art. 184 Pzp z wezwaniem o przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium lub wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą nie wskazując zarazem dokładnego terminu do dokonania tych czynności. Wykonawcy w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego złożyli stosowne oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz o przedłużeniu wadium. Po wyborze najkorzystniejszej oferty - w dniu 23 stycznia 2020r, a przed zawarciem umowy objętej postępowaniem Zamawiający ujawnił, iż mimo złożonego oświadczenia Konsorcjum o przedłużeniu związania z ofertą oraz ważności wadium wniesionego w formie pieniężnej nie zostało ono ponownie złożone w toku postępowania po orzeczeniu KIO w Warszawie z dnia 3,01.2020r. W związku z powyższym w dniu 10 lutego 2020r., Zamawiający unieważnił czynność oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 23 stycznia 2020r. W dniu 10 lutego 2020r. Wykonawca wskazany w ofercie nr 1 uzupełnił wadium wpłacając je na rachunek bankowy Zamawiającego. Zgodnie z przepisem art 46 ust 1 i ust 3 Pzp Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. W przedmiotowym postępowaniu do etapu unieważnienia postępowania w dniu 6 grudnia 2019r. nie doszło do wyboru najkorzystniejszej oferty. Stosownie do przepisu art.46 ust.3 Pzp Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez Zamawiającego (orzeczenie KIO 2644/15). Wskazał, iż w orzecznictwie KIO znalazło się również stanowisko, że w sytuacji, gdy oferta wykonawcy nie została pierwotnie uznana za najkorzystniejszą to nie miał on obowiązku utrzymywania zabezpieczenia wadialnego, a obowiązek ten stał się aktualny dopiero z chwilą dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i wystosowania przez Zamawiającego wezwania do złożenia nowego wadium (KIO 2028/15). Podkreślić należy, iż w przypadku, gdy w wyniku rozstrzygnięcia odwołania oferta wykonawcy, któremu zwrócono wcześniej wadium, została uznana za najkorzystniejszą wówczas Zamawiający żąda wniesienia wadium przez tego wykonawcę w odpowiednim terminie. Wykonawca wnosi wówczas wadium, w terminie określonym przez zamawiającego, a sankcją jest wykluczenie z postępowania wykonawcy w sytuacji, gdy wykonawca nie wniósł wadium w terminie wyznaczonym.

Z uwagi na fakt, iż Konsorcjum nie zostało wezwane do uiszczenia wadium przez Zamawiającego w określonym terminie oraz że wykonawca ten dokonał samodzielnej jego wpłaty przed ponowną oceną i wyborem najkorzystniejszej oferty, brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty. Zaznaczył, że termin związania ofertą i zabezpieczenie oferty przez wadium są odrębnymi instytucjami i każda z nich jest regulowana odrębnie. Na powyższe wskazuje wyrok KIO z 31.01.2013r. sygn. KIO 109/13: Z faktu, że ustawodawca dopuścił możliwość przerwy w zabezpieczeniu oferty wadium, nie należy wywodzić możliwości przerwy w związaniu z ofertą oferta oraz wadium stanowią odrębne instytucje ustawowe. W myśl art. 182 ust. 6 Pzp, bieg terminu związania z ofertą może jedynie ulec zawieszeniu, podczas gdy przerwanie stanu zabezpieczenia oferty przez wadium wynika z art. 46 Pzp.

Z uwagi, na fakt, że Zamawiający nie zakreślił wprost terminu do wniesienia nowego wadium w swoim wezwaniu, wezwanie było obarczone wadą prawną w związku z powyższym dalsze czynności nie mogły skutkować wykluczeniem go z postępowania. W związku z powyższym na skutek zaistniałej sytuacji Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i przeprowadził ponowną procedurę oceny i wyboru oferty. Na skutek tego, że wykonawca wniósł wadium samoczynnie w dniu 10 lutego 2020r. Ponowny wybór najkorzystniejszej oferty wg przyznanej punktacji na podstawie kryteriów i zasad opisanych w SIWZ został dokonany już jako oferta, która wadium była zabezpieczona, gdyż Zamawiający, w dniu jej wyboru dysponował kwotą zabezpieczenia wymaganą w SIWZ, czynność została konwalidowana.

Zamawiający podkreślił, że nieuzasadniony jest zarzut dotyczący niewykonania orzeczenia Krajowej Izby. Wykonanie wyroku zostało dokonane w sposób dorozumiany (per facta concludentia) wynikający z zachowania się Zamawiającego, który wznowił postępowanie, i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zachowując równowagę w traktowani obu uczestników biorących udział w postępowaniu. Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że zamówieniu towarzyszy ważny cel społeczny i publiczny zamówienia. Na skutek przewlekłości prowadzonego postępowania, Zamawiający nie może realizować usług odbioru i wywozu odpadów z obszaru gminy, co grozi zagrożeniem sanitarnym oraz epidemiologicznym na obszarze gminy, może to wywołać skażenie środowiska naturalnego

czego konsekwencją będzie zagrożenie dla zdrowia lub życia ludzkiego.

Krajowa Izba Odwoławcza 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 złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

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

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba zważyła:

Odwołanie zawiera zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum. Przepis ten ma zastosowanie do sytuacji, gdy wbrew żądaniu Zamawiającego oferta złożona w postępowaniu nie jest zabezpieczona wadium bądź zabezpieczenie nie jest skuteczne.

Dyspozycja art. 85 ust. 4 Pzp wskazuje na to, że wadium powinno zabezpieczać pełen okres związania ofertą. Celem tej regulacji jest zabezpieczenie interesów zamawiającego w ten sposób, aby złożona oferta była zabezpieczona wadium przez cały okres w jakim wykonawca jest związany jej treścią. Izba zgadza się ze stanowiskiem, że dyspozycja art. 85 ust. 4 Pzp wskazuje na to, że wadium powinno zabezpieczać pełen okres związania ofertą. Celem tej regulacji jest zabezpieczenie interesów zamawiającego w ten sposób, aby złożona oferta była zabezpieczona wadium przez cały termin, w jakim wykonawca jest związany jej treścią.

Izba potwierdzając w materiale dowodowym ustalenie dokonane i przetoczone w odwołaniu przez Odwołującego stwierdziła, że Konsorcjum wyrażając zgodę w dniu 9 stycznia 2020r. na przedłużenie terminu związania ofertą na 60 dni nie dokonało przedłużenia ważności wadium, ani wpłaciło nowego wadium. Zamawiający podkreślił w wezwaniu z dnia 8 stycznia 2020 r., że zgodnie z przepisem art. 85 ust. 4 Pzp zgoda wykonawcy na przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalna tylko z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium. Jak natomiast wynika z akt sprawy Konsorcjum nie wpłaciło nowego wadium pomimo takiego oświadczenia zawartego w piśmie z dnia 9 stycznia 2020r. Wadium zostało przez tego wykonawcę zapłacone dopiero w dniu 10 lutego 2020r. na rachunek bankowy Zamawiającego.

Rozstrzygając tak ustalony stan faktyczny podkreślić należy, że w świetle przepisów Pzp termin związania ofertą ma istotne znaczenie dla ważności oferty składanej przez wykonawcę, stanowiąc o woli wykonawcy ubiegania się o dane zamówienie na określonych warunkach i z drugiej strony wskazując na zapewnienie dla zamawiającego, że wykonawca nie wycofa się z przedmiotu świadczenia i warunków zaoferowanych Zamawiającemu w treści oferty. Wadium zaś stanowi finansowe zabezpieczenie oferty wykonawcy do czasu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowiąc przede wszystkim o zabezpieczeniu interesów podmiotu zamawiającego. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 85 ust. 4 Pzp przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Niewniesienie wadium skutkuje natomiast koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 b Pzp.

Skoro w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum przedłużając termin związania ofertą o określony czas - 60 dni, nie przedłużyło jednocześnie na ten czas wadium ani nie wniosło nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, to zgodnie z przywołanym przepisem Pzp oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. W tym zakresie mamy do

czynienia wprost z niedopełnieniem dyspozycji art. 85 ust. 4 Pzp, bowiem Konsorcjum nie przedłużyło ważności wadium. Podkreślić należy, że niespornym w sprawie należy uznać fakt, iż Zamawiający wezwał wykonawców biorących udział w postępowaniu do przedłużenia terminu związania ofertą, zakreślając datę dokonania tej czynności na dzień 13 stycznia 2020 r. i jednocześnie podał stosownie do regulacji art. 85 ust. 4 Pzp, że zgoda na przedłużenie okresu związania ofertą jest możliwa wyłącznie wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Podkreślić również należy, że skoro Konsorcjum nie zakwestionowało prawidłowości i zasadności skierowanego do niego wezwania w trybie art. 85 ust. 2 Pzp, np. poprzez odwołanie do KIO to wezwanie było dla wykonawcy wiążące i Konsorcjum wraz z przedłużeniem terminu związania ofertą winno było wnieść wadium na wskazany w terminie związania okres.

Na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut dotyczący naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zgodnie z powyższym przepisem Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Z powyższego przepisu nie wynika, aby obowiązkiem Zamawiającego było informowanie wykonawców postępowania o możliwości zwiększenia budżetu na realizację zamówienia ani wyjaśnianie przyczyn swojej decyzji i pochodzenia źródła, z którego pozyskał środki umożliwiające mu zwiększenie kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....