Sygn. akt: KIO 1107/14

WYROK
z dnia 17 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 czerwca 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **02 czerwca 2014 r.** przez **J. G. prowadzącego działalność gospodarcza pod nazwą: Firma J. G., ul. 17 Stycznia 92, 64-100 Leszno** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Bojanowo, ul. Rynek 12, 63-940 BOJANOWO**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Bojanowo, ul. Rynek 12, 63-940 BOJANOWO** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **J.G. prowadzącego działalność gospodarcza pod nazwą: Firma G. J. G., ul. 17 Stycznia 92, 64-100 Leszno** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Gminę Bojanowo, ul. Rynek 12, 63-940 BOJANOWO** na rzecz **J. G. prowadzącego działalność gospodarcza pod nazwą: Firma G. J. G., ul. 17 Stycznia 92, 64-100 Leszno** która to kwota

---

stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu wliczonego w poczet kosztów postępowania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. 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 Poznaniu.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 1107/14

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Rozbudowa Oczyszczalni w Gołaszynie" - Nr sprawy: ROŚ.271.1.2014,* zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 136844 – 2014, data zamieszczenia 23.04.2014 r., przez Gminę Bojanowo, ul. Rynek 12, 63-940 BOJANOWO zwany dalej: *„Zamawiającym".*

W dniu 28.05.2014 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD"

Sp. z o.o., ul. Młodych Energetyków 3, 59 -916 Bogatynia zwanej dalej: *„Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD" Sp. z o.o.",* nadto został wykluczony z udziału w postępowaniu Wykonawca: J. G. prowadzący działalność gospodarcza pod nazwą: Firma G. J. G., ul. 17 Stycznia 92, 64-100 Leszno zwany dalej: *„Firma G. J. G."* albo *„Odwołującym"* na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp",* a jego oferta uznana za odrzuconą art. 24 ust. 4 Pzp, jak i odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp.

W dniu 02.06.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO w) Firma G. J. G. wniósł odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 02.06.2014 r. (faxem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie, w szczególności art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 Pzp oraz przytoczone w treści odwołania. Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD" Sp. z o.o.,
2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert przetargowych,
4. wybór oferty najkorzystniejszej,
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.

Zamawiający zamieścił w dniu 27.05.2014 r. na swojej stronie internetowej zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty - załączony został jednostronicowy dokument datowany na dzień 26.05.2014 r., który zawierał informację o odrzuceniu oferty Odwołującego jednak bez podania uzasadnienia faktycznego i prawnego, do czego Zamawiający jest obowiązany w trybie art. 24 ust. 3 i art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp. Po powzięciu informacji ze strony internetowej o odrzuceniu oferty na prośbę Odwołującego w celu zapoznania się z uzasadnieniem prawnym i faktycznym Zamawiający przesłał kopię pisma

faksem w dniu 28.05.2014 r. Zawiadomienie o odrzuceniu zostało przesłane do Odwołującego w dniu 26.05.2014 r. pocztą za zwrotnym potwierdzeniem odbioru, które Odwołujący otrzymał w dniu 28.05.2014 r. Zwrócił uwagę na naruszenie przepisów polegające na tym, że dopiero pismo przesłane faksem i pocztą zawierało uzasadnienie faktyczne i prawne, z którym, mógł zapoznać się Odwołujący. Zamawiający nie dopełnił dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 3 oraz art. 24 ust. 3 Pzp mówiącej o niezwłocznym po wyborze najkorzystniejszej oferty jednoczesnym zawiadomieniu wykonawców, którzy złożyli oferty wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. Jako podstawę odrzucenia oferty Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp: *„oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert".* Zamawiający uzasadnił decyzję o wykluczeniu Wykonawcy złożeniem nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3) związanych ze złożeniem w wyznaczonym terminie wadium w gwarancji ubezpieczeniowej. Zamawiający stwierdził w toku prowadzonego postępowania, iż nastąpiło zajęcie wierzytelności przez Komornika sądowego, w tym wadium, w konsekwencji czego Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu - wykluczył Wykonawcę, a ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust.4). Stanowisko Zamawiającego w tym względzie pozostaje całkowicie bezzasadne i bezpodstawne. Odwołujący złożył ważną ofertę przetargową, która po otwarciu ofert w dniu 09.05.2014r. okazała się ofertą najkorzystniejszą pod względem ceny. Ponadto Odwołujący wniósł wraz z ofertą wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 141/2014-19/2013/CE, której Gwarantem jest TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych na kwotę 65.000,00 zł z okresem obowiązywania od 09.05.2014 r. do 20.06.2014 r., czym wypełnił postanowienia SIWZ pkt 8: *„Wymagania dotyczące wadium".* Zwrócił uwagę, iż wadium wnoszone na poczet zabezpieczenia złożonej oferty nie stanowi treści oferty, co potwierdzają wyroki KIO, np. wyrok z dnia 23.04.2009 r., sygn. akt: KUIO/UZP 455/09: *„Gwarancja ubezpieczeniowa jako dokument załączony do oferty Odwołującego na potwierdzenie wniesienia wadium w wymaganej przez Zamawiającego formie,* nie stanowi treści oferty", podobnie stwierdza wyrok z dnia 21.01.2011 r., sygn. akt: KIO/36/11: *„Należy także zauważyć,* że *dokument potwierdzający wniesienie wadium nie jest treścią oferty,*

a zatem nie mają do niego zastosowania przepisy art. 87 ust. 1 art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy dotyczące ewentualnych wyjaśnień dotyczących treści dokumentu lub poprawiania zawartych w nim pomyłek." Zatem dokument potwierdzający wniesienie wadium nie jest treścią oferty i nie można w tym przypadku mówić o składaniu przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Za Informatorem UZP Kwiecień 2012 r.: *„Mając na uwadze, że w ustawie Prawo zamówień publicznych brak jest definicji legalnej pojęcia „wadium" należy wskazać, iż*

---

zgodnie ze stanowiskiem wypracowanym przez doktrynę i orzecznictwo, przez wadium należy rozumieć sumę pieniężną, która przypadnie zamawiającemu od wykonawcy w przypadku ziszczenia sie zdarzeń wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Głównym celem jakiemu służy wnoszenie wadium, jest umocnienie obowiązku zawarcia umowy, ciążącego na wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejsza. Wniesienie wadium ma bowiem na celu zabezpieczenie interesów zamawiającego, na wypadek gdyby wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub gdyby zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W art. 46 ust 4a ustawy Pzp przypisano wadium kolejną funkcję, jaką jest zapobieganie ewentualnemu porozumieniu wykonawców, zawartemu w celu wpływania na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli tzw. zmowom przetargowym". Ponadto w zaistniałej sytuacji nie można mówić również o niewykazaniu przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków zostały określony przez Zamawiającego w pkt 5 SIWZ, natomiast w pkt 6 SIWZ zamieszczono wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu żądane przez Zamawiającego i złożył dokumenty potwierdzające ich spełnianie na dzień składania ofert, tj. warunki udziału dotyczące wiedzy i doświadczenia, dysponowania osobami oraz potencjałem technicznym, a także sytuacji ekonomicznej i finansowej, oświadczenie w trybie art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust.1 Pzp. Wadium przetargowe nie stanowi warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający błędnie zinterpretował również informację, która zgodnie z pismem ROŚ.271.1.2014, wpłynęła do niego w dniu 26.05.2014 r. i dotyczyła: *„zajęcia wadium"* przez Komornika sądowego przy Sądzie Rejonowym w Lesznie W. P. Kancelaria Komornicza w Lesznie ul. Lipowa 34/1 64-100 Leszno w wyniku wszczętego przeciwko J. G. Firma G. jako wierzytelności z tytułu robót dłużnika wykonanych budowlanych świadczonych usług, kaucji gwarancyjnych, wadium i wszelkich innych należności. Postępowanie wszczęte przez Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w Lesznie W. P. dotyczy jedynie wykonania postanowienia o zabezpieczeniu. Oznacza to, że czynności komornicze nie są podejmowane w związku z wszczętą egzekucją a jedynie w związku z postępowaniem zabezpieczającym. Poza tym Odwołujący podnosił, iż roszczenie wierzyciela SPHINX Sp. z o.o. zostały już w całości uregulowane, co w rzeczywistości oznacza upadek dokonanego zajęcia. W dniu 29.05.2014 r. Zamawiający otrzymał: *„Uchylenie zajęcia"* wystawione przez Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w Lesznie W. P. w sprawie o wykonanie postanowienia

---

o zabezpieczeniu Podkreślił, że: *„zajęcie wadium"* nigdy nie nastąpiło, ponieważ wniesiono wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej. Egzekucja z gwarancji ubezpieczeniowej nie jest możliwa, gdyż nie jest to składnik majątku dłużnika, a przeprowadzić egzekucje można wyłącznie z jego majątku. Pzp nie reguluje co prawda takiej sytuacji, ale pośrednio odnoszą się do niej przepisy art. 896 § 1 pkt 2 KPC oraz art. 909 KPC stanowiący o tym, że przepisy o egzekucji z wierzytelności stosuje się odpowiednio do egzekucji z innych praw majątkowych, jeżeli przepisy nie stanowią inaczej. W przypadkach dotyczących zajęcia wadium przetargowego, dłużnikiem wierzytelności jest Zamawiający natomiast dłużnikiem jest Wykonawca, ale wyłącznie wówczas, gdy wpłacił wadium w pieniądzu. W przypadku gdy dłużnikowi (Wykonawcy) przysługiwać będzie ewentualnie roszczenie o zwrot wadium, np. po dokonaniu wyboru oferty, to w sytuacji zajęcia komorniczego będzie ono przekazane

organowi egzekucji, ale dotyczyć to może wyłącznie wadium uiszczonemu w formie pieniężnej, w przypadku np. gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, wadium zostanie zwrócone Gwarantowi - w tym postępowaniu Gwarantem jest TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych z siedzibą w Warszawie. Gdyby natomiast, zgodnie z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp wypełnione miały być w postępowaniu przesłanki zatrzymania wadium po stronie Zamawiającego nie dojdzie do powstania wierzytelności i Zamawiający będzie uprawniony do zatrzymania wadium, nie zaś przekazania go organowi egzekucji. Istotą bowiem dokonywanych zajęć wierzytelności jest to, że obowiązek przekazania komornikowi określonej kwoty pieniężnej występuje tylko i wyłącznie wtedy gdy, dłużnikowi (Wykonawcy) w stosunku do dłużnika wierzytelności (Zamawiającego) przysługuje określona wierzytelność - w tym wypadku roszczenie o zwrot wadium. Dlatego też Zamawiający błędnie zinterpretował przesłane zajęcie wierzytelności przez komornika i błędnie przyjął, iż Wykonawca nie zabezpieczył oferty. Zamawiający nie ma bowiem podstaw twierdzić, że oferta nie jest zabezpieczona wadium. Jeżeli są przesłanki zatrzymania to nie powstaje wierzytelność, która podlega zajęciu. Przemawia za tym chociażby treść art. 896 § 2 KPC, w oparciu o który Zamawiający miał obowiązek w związku z dokonanym zajęciem udzielić informacji, czy w ogóle taka wierzytelność istnieje. Tym samym zajęcie wierzytelności nie rodzi skutku w postaci obowiązku przekazania organu egzekucyjnemu środków pieniężnych w sytuacji gdy nie zachodzi żadna z podstaw do przyjęcia, iż dłużnikowi przysługuje roszczenie względem dłużnika wierzytelności. Przykładowo wskazał, iż Wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, uchylając się od zawarcia umowy, traci wadium pieniężne na rzecz Zamawiającego, a gdy okaże się, że powinien nastąpić zwrot wadium np. po czynności wyboru na rzecz Wykonawcy, który nie złożył oferty najkorzystniejszej, wadium pieniężne zamiast do niego powinno zostać przekazane do komornika. Jednak należy odróżnić przypadek, gdy Wykonawca, składa wadium w formie np. gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej - wówczas wadium zwracane jest Gwarantowi

(nie postaje wierzytelność po stronie Zamawiającego), a nie Wykonawcy i nie może podlegać *„zajęciu”.* Natomiast bezspornym jest, że niezależnie od formy w jakiej zostało złożone wadium, w przypadkach w których dochodzi do zajęcia, wciąż w sposób należyty zabezpiecza ono interesy Zamawiającego. Reasumując, oferta Odwołującego jest ważna, prawidłowo zabezpieczona wadium przetargowym oraz najkorzystniejsza cenowo. Wadium wnoszone na poczet zabezpieczenia złożonej oferty nie stanowi treści oferty, stąd nie można formułować zarzutu o złożeniu przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a także zarzutu o nie wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto wadium wniesiono w formie gwarancji ubezpieczeniowej stąd nieprawdą jest iż: *„zostało zajęte wadium”.* Przedłożenie komornikowi gwarancji ubezpieczeniowej nie pozwoli mu bowiem na przeprowadzenie z niej egzekucji itp. - w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do: *„zajęcia wadium”.*

Zamawiający w dniu 02.06.2014 r. wezwał (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. Cena - 100%, w przypadku potwierdzenia się podnoszonego zarzutu, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, zważywszy że złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, treści

ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, odpowiedzi na pytania (pismo z dnia 05.05.2014 r.), oferty Odwołującego, kopii wadium w postaci Gwarancji ubezpieczeniowej nr 141/2014-19/2013/CE informacji o zajęciu wierzytelności (przesłanej Zamawiającemu w dniu 23.05.2014 r., 26.05.2014 r. oraz 28.05.2014 r.)., zawiadomienia o wyborze

najkorzystniejszej oferty z dnia 26.05.2014 r. (zamieszczonego na stronie internetowej), stosownego zawiadomienia wysłanego w tym dniu drogą pocztową z potwierdzeniem odbioru 28.05.2014 r. oraz przesłanego faxem oraz emailem w dniu 28.05.2014 r., zawiadomienia skierowanego przez Odwołującego do Zamawiającego – pismo z dnia 29.05.2014 r., informacji o uchyleniu zajęciu wierzytelności, odwołania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W dniu 28.05.2014 r. Zamawiający skutecznie poinformował Odwołującego o wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu jego oferty. Przedstawiona podstawa prawna odnosiła się do złożenia nieprawdziwej informacji, zaś podstaw faktyczna dotyczyła kwestii zajęcia wadium złożonego przez Wykonawcę w formie papierowej gwarancji ubezpieczeniowej. Z dokumentacji postępowania wynika, ze informacje od komornika o: „Zajęciu wierzytelności" uzyskał Zamawiający w dniu 23.05.2014 r., 26.05.2014 r. oraz 28.05.2014 r. Formalnie czynność ze strony Zamawiającego – wyboru i wykluczenia - miała miejsce w dniu 26.05.2014 r. Zaś informacja na stronie internetowej został upubliczniona 27.05.2014 r., zaś informacja do Wykonawców został przekazana drogą pocztową 26.05.2014 r. (dotarła do Odwołującego 28.05.2014 r.). Między czasie wobec zapoznania się z ogólną informacją na stronie internetowej Zamawiający poinformował Wykonawcę odrębnie drogą faxową w dniu 28.05.2014 r. Jednocześnie w dniu 29.05.2014 r. Zamawiający został poinformowany o „Uchyleniu zajęcia wierzytelności". Oferty należało składać do dnia 09.05.2014 r., godz. 10:00, otwarcie ofert: 09.05.2014 r., godz. 10:30. Termin związania oferta 30 dni. Odwołujący wraz z ofertą złożył wadium w postaci Gwarancji ubezpieczeniowej nr 141/2014-19/2013/CE, której Gwarantem jest TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych na kwotę 65.000,00 zł z okresem obowiązywania od 09.05.2014 r. do 20.06.2014 r.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności wychodząc naprzeciw wątpliwością wynikłym ze strony Zamawiającego, Izba przypomina, że zgodnie z art. 182 ust. 6 Pzp – w wypadku wniesienia

odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega zawieszeniu do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia. Taka sytuacja miała miejsce w tym stanie faktycznym, bieg 30 dniowego terminu związania ofertą – Odwołującego – z dniem wniesienia – 02.06.2014 r. do dnia 17.06.2014 r. uległ zawieszeniu. W kwestii wadium – należy przywołać – art. 46 ust. 3 Pzp – Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez Wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust.1 (po wyborze oferty najkorzystniejszej), jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez Zamawiającego.

W następnej kolejności, Izba odniesie się do kwestii zarzutu naruszenia - art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp stwierdzając, że w tym zakresie Zamawiający nie przeprowadził czynności z naruszeniem przepisu, w konsekwencji zarzut tego rodzaju został oddalony. Sposób przekazania zawiadomienia był prawidłowy, gdyż w tym zakresie – w tym stanie faktycznym - termin na składanie środków ochrony prawnej liczył się od dnia otrzymania zawiadomienia drogą pocztową, zaś w SIWZ Zamawiający określił sposób porozumiewania się –

dopuszczając wszystkie trzy formy z zastrzeżeniem, że zawsze dopuszczalna jest droga pisemna, z której skorzystał. Natomiast, Zamawiający nie zawarł w informacji na stronie internetowej stosownej podstawy faktycznej i prawnej wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, gdyż reguluje tą kwestie art. 92 ust. 2 Pzp, zaś pełne zawiadomienie do Odwołującego, jak było to już wskazane zostało przesłane droga pocztową – stąd zaistniałe opóźnienie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 4 Pzp, Izba uwzględniła zarzut.

Należy wskazać, że mimo błędnego podania podstawy prawnej – art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – prawdziwym powodem wykluczenia było uznanie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie złożył w sposób skuteczny wadium w postępowaniu, które czyniłoby zadość roli jaką miało pełnić, tzn. uznał, że złożone wadium nie zabezpieczało złożonej oferty. Powyższe skutkuje niewątpliwie tym, że w żadnej mierze nie mamy do czynienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji. W tym wypadku, należy dodatkowo wskazać, że nakaz zapłaty, jak wynika z „Zajęcia wierzytelności", wydany w postępowaniu nakazowym, był z dnia 14.05.2014 r., więc Odwołujący składając ofertę – przy terminie składania ofert: 09.05.2014 r. – nawet hipotetycznie nie mógł złożyć nieprawdziwej informacji. Z kolei zastosowanie art. 24 ust. 4 Pzp, określa skutek względem oferty Wykonawcy, który został wykluczony.

Nie można również stwierdzić, że Zamawiający zastosował prawidłowo art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp, albowiem ten przepis dotyczy postępowań z prekwalifikacją (np. przetarg ograniczony), nie dotyczy natomiast procedury - jak przedmiotowe postępowanie - jednoetapowej. Z tych względów Zamawiający dokonał jego błędnego zastosowania.

Izba podkreśla także, że generalnie wadium, w tym wypadku gwarancja wadialna w formie gwarancji ubezpieczeniowej, nie jest dokumentem, o którym jest mowa w art. 25 ust.1 Pzp – tym samym nie znajduje do niej zastosowanie dyspozycja art. 26 ust. 3, tudzież art. 26 ust.4 Pzp. Potwierdzenie wniesienia wadium nie jest też częścią oferty rozumianej, jako oświadczenie woli Wykonawcy z wszelkimi doprecyzowującymi to oświadczenie dokumentami i informacjami co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia i nie znajduje do niej zastosowania art. 87 ust.1 Pzp, gdyż wadium nie stanowi treści oferty, a ma jedynie zabezpieczać ofertę złożoną w postępowaniu.

W zakresie *de facto* rzeczywistego powodu wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty (uznania jego oferty za odrzuconą), tj. art. 24 ust.2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, czyli nie wniesienia wadium do upływu terminu składania ofert, w kontekście: „Zajęcia wierzytelności" przez Komornika. Izba uznała niniejszy zarzut za zasadny. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej do upływu terminu składania ofert.

Zaś, Komornik generalnie na podstawie art. 895 KPC zajmuje określoną: *„wierzytelność"* - w postaci roszczenia o , która przysługuje Wykonawcy (wierzyciel) w stosunku do Zamawiającego (dłużnik). Wierzytelność ta jest w dodatku warunkowa, bowiem w wypadku zaistnienia przesłanek do , to Zamawiający nie jest zobowiązany do i *„wierzytelność"* wygasa. *„Zajęcie wierzytelności"* polega na tym, że: Zamawiający (dłużnik) jest zobowiązany do spełniania świadczenia zamiast - wprost do wykonawcy (wierzyciela) - to na rzecz komornika. Z tym, że świadczenie to winien spełnić w chwili jego wymagalności (gdy zajdą okoliczności skutkujące).

Izba stoi na stanowisku, że w sytuacji zaistnienia: *„Zajęcia wierzytelności",* tj. wadium złożonego w formie pieniężnej - w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to:

1) jeżeli zachodzą przesłanki do , Zamawiający wypłaca środki na konto Komornika,
2) jeżeli zachodzą przesłanki do , biorąc pod uwagę, że *„wierzytelność"* wygasła, Zamawiający nie wypłaca środków, ani na rzecz Komornika, ani na rzecz Wykonawcy, gdyż znajdują się one w gestii Zamawiającego, na

którego rzecz stracił je Wykonawca (zajęcie jest bezskuteczne, ponieważ wierzytelność wygasła), zaś zatrzymane środki stają się częścią majątku Zamawiającego.

Z kolei w sytuacji zaistnienia: *„Zajęcia wierzytelności”,* tj. złożenia wadium formie gwarancji wadialnej - w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to:
1) jeżeli zachodzą przesłanki do , Zamawiający
gwarancje bankową/ubezpieczeniową zwraca bankowi/ubezpieczycielowi, a nie Wykonawcy,
2) jeżeli zachodzą przesłanki do , biorąc pod
uwagę, że wierzytelność wygasła, Zamawiający nie przekazuje wadium w gwarancje bankową/ubezpieczeniową Komornikowi, gdyż znajduje się ono w jego gestii, nie jest częścią składową majątku Wykonawcy, a egzekucja może mieć miejsce tylko z majątku dłużnika.

W ocenie Izby, de facto Komornik nie może zająć "wadium". Przedłożenie bowiem Komornikowi np. gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej nie pozwoli mu na przeprowadzenie z niej egzekucji z powodów wskazanych powyżej.

Nadto, należy zauważyć, że w sytuacji „Zajęcia wierzytelności” przez Komornika działającego na podstawie KPC oraz „Zatrzymania wadium” przez Zamawiającego na podstawie przepisów Pzp pierwszeństwo mają przepisy Pzp, albowiem art. 909 KPC stanowi, że przepisy o egzekucji z wierzytelności stosuje się odpowiednio do egzekucji z innych praw majątkowych, jeżeli przepisy poniższe nie stanowią inaczej.

Zajęcie wierzytelności przez komornika z samej definicji wiąże się nie z natychmiastowym uzyskaniem środków z rachunku zamawiającego, ale z zajęciem pewnej wierzytelności (tj. roszczenia o zwrot kwoty środków finansowych wpłaconych jako wadium) do czasu jej wymagalności. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

……