

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2014 r. przez S..... R..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy STANMET S..... R..... w Ognicy w postępowaniu prowadzonym przez Gminny Ośrodek Kultury, Sportu i Turystyki w Wierzchowie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża S..... R..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno – Usługowo - Handlowy STANMET S..... R..... w Ognicy i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez S..... R..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy STANMET S..... R..... w Ognicy tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od S..... R..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy STANMET S..... R..... w Ognicy na rzecz Gminnego Ośrodka Kultury, Sportu i Turystyki w Wierzchowie 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 (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Koszalinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gminny Ośrodek Kultury, Sportu i Turystyki w Wierzchowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest poprawa infrastruktury Gminnego Ośrodka Kultury, Sportu i Turystyki w Wierzchowie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 13 stycznia 2014 r. pod numerem 12602 – 2014. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

24 marca 2014 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej zamawiający przesłał »Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej», w którym poinformował m.in., że wykluczył z postępowania S..... R..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno – Usługowo - Handlowy STANMET S..... R..... w Ognicy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Wobec czynności wykluczenia wykonawcy wniósł 28 marca 2014 r. odwołanie zarzucając zamawiającemu:

- 1) dokonanie czynności wykluczenia odwołującego przez nieuprawnione zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, w szczególności w terminie podjęcia decyzji o wykluczeniu;
- 2) naruszenie art. 186 ust. 2 ustawy przez wykonanie czynności w postępowaniu niezgodnie z zdaniem odwołującego zawartym w uprzednim jego odwołaniu z 27.02.2014

r.;

3) naruszenie postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2014 r. (sygn. akt: KIO 384/14) umarzającego postępowanie odwoławcze na podstawie oświadczenia zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów podnoszonych w odwołaniu z 27.02.2014 r.

Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego i dokonania powtórnej czynności wyboru ofert najkorzystniejszej i obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 11 marca 2014 r. (sygn. akt: KIO 384/14) umorzyła postępowanie odwoławcze, jednak

zamawiający nie dostosował się do nakazu wynikającego z odwołania dotyczącego wyłącznie wykluczenia odwołującego z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. Oceniał, że jeżeli zamawiający miał wiedzę o nieprawidłowościach we wniesionym przez odwołującego wadium, to nie powinien na odwołanie

uwzględnić zarzutów i deklarować uwzględnienia zarzutów

w całości, gdy żądał

odwołującego wynikających z odwołania z 27.02.2014 r. zamawiający nie może dokonywać wybiórczo. Za co najmniej naganne uznał odwołujący postępowanie zamawiającego polegające na dokonywaniu odrębnych, wybiórczych, w różnych terminach czynności poinformowania o wykluczeniu wykonawcy, a następnie wobec uznania bezskuteczności tej czynności, informowania o kolejnych przesłankach wykluczenia odwołującego, które znane były zamawiającemu wcześniej. Podniósł, że co do zasady czynność badania i oceny oferty powinna być dokonana jednorazowo, w sposób rzetelny i skrupulatny.

Odwołujący wskazał, że przesuwając termin składania ofert na 4 dni przed pierwotnie planowanym terminem składania ofert zamawiający podał jedynie informacje o zmianie terminu składania ofert i nie poinformował uczestników postępowania o konieczności dostosowania wadium do nowego terminu. Podkreślił również, że zwrot wadium zamawiający dokonał 26.02.2014 r., zatem utracił już możliwość dysponowania nimi, a ewentualne wady zwróconych wadium przestają mieć jakiegokolwiek znaczenie. Odwołujący zarzucił, że wadliwość zwróconego wadium odwołujący zakwestionował 24.03.2014 r. czyli po upływie 47 dni od daty wniesienia wadium oraz po upływie 26 dni od daty, kiedy wadium zostało zwrócone. Odwołujący wywodził, że w odróżnieniu od instytucji okresu związania ofertą lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy, gdzie obowiązuje bezwzględna zasada ciągłości, w przypadku wadium ustawodawca dopuścił przez przepis art. 46 ust. 1 ust. 1 ustawy możliwość braku ciągłości zabezpieczenia wadium, gdy dopuszczalne jest, że w wyniku postępowań odwoławczych zostanie wybrana jako najkorzystniejsza inna oferta, niż wybrana pierwotnie i dopiero na tym etapie, dla zabezpieczenia interesu zamawiającego nowo wybrany wykonawca wezwany zostanie do ponownego wniesienia wadium na nowo wyznaczony termin związania ofertą.

Odwołujący podkreślił, że nawet gdyby uznać, że również 2 dni wadliwej gwarancji związanej z przesunięciem okresu związania ofertą jest jednak wadą istotną, to skuteczne zastosowanie przepisu art. 24 ust. 2 jest możliwe jedynie przed terminem, w którym zamawiający zwraca wadium na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy. Zwrot wadium zamyka bowiem przynależne na danym etapie procedowanie w tym zakresie. Odwołujący nie może ponosić konsekwencji zaniedbań zamawiającego związanych z niewłaściwym, niestarannym badaniem ofert w odpowiednim przeznaczonym do tego czasie.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z wymaganiami zamawiającego ustalonymi w rozdziale VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia kwotowa wadium wynosiła 10.000 zł. Zamawiający wymagał również, aby w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji, treść dokumentu umożliwiała wypłatę pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. w okresie związania ofertą.

Termin składania ofert wyznaczono na 03.02.2014 r., a termin związania ofertą zgodnie z rozdziałem IX specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynosił 30 dni. 29.01.2014 r. zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zmianie ogłoszenia o zamówieniu, w którym zmienił termin składania ofert z 03.02.2014 r., na 06.02.2014 r. Informacja o zmianie terminu została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego 30.01.2014 r.

Odwolujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nr 998A366119 z 30 stycznia 2014 r. wystawionej przez UNIQA TU S.A. w Łodzi, Oddział w Szczecinie w wysokości 10% od dnia 3 lutego 2014 r. do dnia 4 marca r.

Pismem z 24 lutego 2014 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z powodu. 27 lutego 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia, w którym zarzucał zamawiającemu dokonanie czynności wykluczenia odwołującego przy braku przesłanek umożliwiających zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, nieuprawnione zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp przez wezwanie odwołującego do złożenia dodatkowych dokumentów, których wymóg złożenia nie określała SIWZ oraz naruszenie art. 25 ust. 1 i 2 Pzp przez żądanie dokumentów innych od określonych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego, nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty odwołującego w zakresie, w którym stanowił powód jego wykluczenia i o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

Oświadczeniem z 10 marca 2014 r. zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości. W wyniku powtórnego badania i oceny ofert zamawiający wykluczył odwołującego z powodu wadliwego wniesienia wadium, co stało się przedmiotem badanego odwołania.

Powołanych ustaleń Izba dokonała na podstawie dowodów z wymienionych dokumentów

oraz akt sprawy KIO 384/14 (kopie w aktach sprawy).

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że przy pierwotnym badaniu i ocenie ofert popełnił błąd polegający na pominięciu kwestii wnoszenia wadium, a błąd ten mógł naprawić dopiero powtarzając czynności badania i oceny ofert. Powtórzenia czynności mógł jednak dokonać dopiero po umorzeniu przez Izbę postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. KIO 384/14.

Izba zważyła, co następuje:

Odwolujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, gdy zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy uniemożliwiają mu uzyskanie zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawową kwestią wymagającą oceny jest, czy zamawiający, który uwzględnił zarzuty odwołania w całości, może powtórzyć czynności w postępowaniu w szerszym zakresie niż określony przez żądania zawarte w odwołaniu.

Przypomnieć trzeba w tej mierze, że podstawowym celem procedury udzielenia zamówienia publicznego jest wybór wykonawcy, który spełnił podmiotowe wymagania zamawiającego oraz złożył najkorzystniejszą ofertę. Dodatkowo art. 7 ust. 3 Pzp pozwala udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Wynikające z art. 186 ust. 2 i 3 Pzp zobowiązanie zamawiającego, którego źródłem jest oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości i wydane w jego następstwie postanowienie Izby o umorzeniu postępowania odwoławczego, należy zatem interpretować w ten sposób, że zamawiający unieważnia, wykonuje lub powtarza czynności zgodnie z przepisami ustawy oraz jednocześnie unieważnia, wykonuje lub powtarza te czynności, których pominięcie prowadziłoby do wyboru oferty z naruszeniem przepisów ustawy.

Zamawiający po umorzeniu postępowania odwoławczego jest uprawniony do dokonania czynności w postępowaniu, która nie była objęta żądaniami odwołania. Powtarzając czynność w postępowaniu zamawiający może uchylić się od skutków błędnie popełnionego na wcześniejszym etapie postępowania, w ten sposób, że wykona czynność, której uprzednio zaniechał lub unieważnił czynność błędnie wykonaną.

Wynikające z oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości powtórzenie czynności spełniania warunków udziału w postępowaniu lub badania i oceny ofert otwiera więc zamawiającemu drogę do ponowienia oceny w odniesieniu do wszystkich wykonawców

uczestniczących w postępowaniu w dacie powtórzenia czynności, bez zawę enia do

uwzględnionych zarzutów odwołania konkretnego wykonawcy.

Izba stwierdziła zatem, że zamawiający zgodnie z przepisami ustawy dokonał ponownej całościowej oceny oferty złożonej przez odwołującego.

Dokonując oceny czynności wykluczenia odwołującego z postępowania Izba zważyła przede wszystkim, że z art. 85 ust. 2 oraz art. 184 Pzp wynika zasada, że wadium powinno zabezpieczać ofertę przez cały okres, w którym wykonawca jest nią związany. Wymaganie to zostało wprost wskazane w rozdziale VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tymczasem wadium wniesione przez odwołującego nie zabezpieczało jego oferty w całym okresie związania, gdyż jego wniesienie nastąpiło dwa dni wcześniej. Zatem, mimo wniesienia przez odwołującego wadium w wymaganej wysokości oraz o niezbędnej ustawowo treści, nie można uznać, że odwołujący wniósł wadium prawidłowo. W dacie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Ostatnią kwestią wymagającą oceny pozostaje zatem, czy zwrócenie wadium odwołującemu po wyborze najkorzystniejszej oferty uniemożliwia zamawiającemu, który powtarza czynność w postępowaniu, wyciągnięcie wobec odwołującego konsekwencji wynikających z wadliwości wadium. Rozpoznając spór w tym zakresie Izba zważyła, że zasadą wynikającą z art. 26 ust. 2a i 3 Pzp jest ocena zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia oraz złożenie przez niego oferty według stanu istniejącego w dniu, w którym upływał termin składania ofert.

Analogicznie reguła ta znajduje również zastosowanie w odniesieniu do wadium, co do którego powinno być stwierdzone, że w dniu, w którym upływał termin składania ofert spełniało ono wszystkie wymagania wynikające z ustawy.

Nie można uznać, że sam fakt wyboru najkorzystniejszej oferty w okresie istnienia zabezpieczenia wadium, uniemożliwia późniejsze wykluczenie wykonawcy, który nie wniósł wadium zgodnie z wymaganiami ustawy. Przyjęcie argumentacji odwołującego prowadziłoby do wniosku, że ka de wadium, które nie zabezpiecza oferty przez cały okres związania, jest prawidłowe, jeśli zamawiający dokonuje w postępowaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w okresie wadliwości wadium. Pogląd ten jest oczywiście sprzeczny z art. 85 ust. 4 Pzp.

W konsekwencji wykonawca, który wniósł wadium, podlega wykluczeniu z postępowania również na jego późniejszym etapie. Powtórzenie czynności w postępowaniu oznacza bowiem poprawienie przez zamawiającego czynności wadium wykonanej pierwotnie – z uwzględnieniem stanu rzeczy istniejącego w dniu dokonywania wadium czynności, nie zaś stanu powstałego w toku postępowania. Błąd zamawiającego polegający na zaniechaniu – na etapie pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty - wykluczenia

odwołującego z powodu niewniesienia wadium obejmującego cały okres związania ofertą, nie znosi wad tkwiących w wadium. Zwrot wadium lub upływ terminu wadliwości wadium niesie bowiem skutek w postaci utraty przez zamawiającego możliwości zaspokojenia się z wadium, nie sanuje natomiast błędu zamawiającego polegającego na zaniechaniu wykluczenia odwołującego. Czym innym jest przerwa w wadliwości wadium wynikająca z przepisów ustawy (nota bene stanowiąca wyjątek od reguły ciągłości zabezpieczenia wadium) i z mocy art. 46 ust. 3 Pzp odnosząca się wyłącznie do wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w wyniku rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego) a czym innym wada powodująca, że wadium uznaje się za niewniesione w ogóle.

Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: