Sygn. akt KIO 641/14

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 obcią a 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: ……

Sygn. akt KIO 641/14

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 ni 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., e 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 wykonawca wniósł 28 marca 2014 r. odwołanie zarzucając zamawiającemu:
1) dokonanie czynności wykluczenia odwołującego przez nieuprawnione zastosowania 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 ądaniem 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 uniewa nienia czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego i dokonania powtórnej czynności wyboru ofert najkorzystniej i obcią enie zamawiającego kosztami postępowania.
W uzasadnieniu odwołujący podniósł, e 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. Ocenił, e je eli zamawiający miał wiedzę o nieprawidłowościach we wniesionym przez odwołującego wadium, to nie powinien w odpowiedzi na odwołanie uwzględnienia zarzutów i deklarować uwzględnienia zarzutów w całości, gdy ądań
odwołującego wynikających z odwołania z 27.02.2014 r. zamawiający nie mo e dokonywać wybiórczo. Za co najmniej naganne uznał odwołujący postępowanie zamawiającego polegające na dokonywaniu odrębnych, wybiórczych, w ró nych 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, e co do zasady czynność badania i oceny oferty powinna być dokonana jednorazowo, w sposób rzetelny i skrupulatny.
Odwołujący wskazał, e 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 równie , e zwrotu wadiów zamawiający dokonał 26.02.2014 r., zatem utracił ju mo liwość dysponowania nimi, a ewentualne wady zwróconych wadium przestają mieć jakiekolwiek znaczenie. Odwołujący zarzucił, e wa ność 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, e w odró nieniu od instytucji okresu związania ofertą lub zabezpieczenia nale ytego wykonania umowy, gdzie obowiązuje bezwzględna zasada ciągłości, w przypadku wadium ustawodawca dopuścił przez przepis art. 46 ust. 1 ust. 1 ustawy mo liwość braku ciągłości zabezpieczenia wadialnego, gdy dopuszczalne jest, e w wyniku postępowań odwoławczych zostanie wybrana jako najkorzystniejsza inna oferta, ni 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, e nawet gdyby uznać, e ró nica 2 dni wa ności gwarancji związana z przesunięciem okresu związania ofertą jest jednak wadą istotną, to skuteczne zastosowanie przepisu art. 24 ust. 2 jest mo liwe jedynie przed terminem, w którym zamawiający zwraca wadia na podstawie art. 46 ust 1 ustawy. Zwrot wadium zamyka bowiem przynale ne na danym etapie procedowanie w tym zakresie. Odwołujący nie mo e ponosić konsekwencji zaniedbań zamawiającego związanych z niewłaściwym, niestarannym badaniem ofert w odpowiednim przeznaczonym do tego czasie.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, e 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 równie , aby w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji, treść dokumentu umo liwiała 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.

Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nr 998A366119 z 30 stycznia 2014 r. wystawionej przez UNIQA TU S.A. w Łodzi, Oddział w Szczecinie wa ną 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 umo liwiających zastosowania art 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, nieuprawnione zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp przez wezwanie odwołującego do zło enia dodatkowych dokumentów, których wymóg zło enia nie określała SIWZ oraz naruszenie art. 25 ust 1 i 2 Pzp przez ądanie dokumentów innych od określonych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich mo e ądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Wniósł o uwzględnienie odwołania, uniewa nienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego, nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności badaniu i oceny oferty odwołującego w zakresie, w którym stanowił powód jego wykluczenia i o obcią enie 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, e przy pierwotnym badaniu i ocenie ofert popełnił błąd polegający na pominięciu kwestii wa ności wadium, a błąd ten mógł naprawić dopiero powtarzając czynność badania i oceny ofert. Powtórzenia czynności mógł jednak dokonać dopiero po umorzeniu przez Izbę postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. KIO 384/14.

Izba zwa yła, co następuje:

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

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawową kwestią wymagającą oceny jest, czy zamawiający, który uwzględnił zarzuty odwołania w całości, mo e powtórzyć czynności w postępowaniu w szerszym zakresie ni zakreślony przez ądania zawarte w odwołaniu.
Przypomnieć trzeba w tej mierze, e podstawowym celem procedury udzielenia zamówienia publicznego jest wybór wykonawcy, który spełnił podmiotowe wymagania zamawiającego oraz zło ył 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, nale y zatem interpretować w ten sposób, e zamawiający uniewa nia, wykonuje lub powtarza czynności zgodnie z przepisami ustawy oraz jednocześnie uniewa nia, 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 ądaniami odwołania. Powtarzając czynność w postępowaniu zamawiający mo e uchylić się od skutków błędu popełnionego na wcześniejszym etapie postępowania, w ten sposób, e wykona czynność, której uprzednio zaniechał lub uniewa ni czynność błędnie dokonaną.
Wynikające z oświadczenia o uwzględnienia 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, e zamawiający zgodnie z przepisami ustawy dokonał ponownej całościowej oceny oferty zło onej przez odwołującego.

Dokonując oceny czynności wykluczenia odwołującego z postępowania Izba zwa yła przede wszystkim, e z art. 85 ust. 2 oraz art. 184 Pzp wynika zasada, e wadium powinno zabezpieczać ofertę przez cały okres, w którym wykonawca jest nią związany. Wymaganie to zostało wprost wskazanie w rozdziale VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tymczasem wadium wniesione przez odwołującego nie zabezpieczało jego oferty w całym okresie związania, gdy jego wa ność upływała dwa dni wcześniej. Zatem, mimo wniesienia przez odwołującego wadium w wymaganej wysokości oraz o niezbędnej ustawowo treści, nie mo na uznać, e 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 uniemo liwia zamawiającemu, który powtarza czynność w postępowaniu, wyciągnięcie wobec odwołującego konsekwencji wynikających z wadliwości wadium. Rozpoznając spór w tym zakresie Izba zwa yła, e zasadą wynikającą z art. 26 ust. 2a i 3 Pzp jest ocena zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia oraz zło onej przez niego oferty według stanu istniejącego w dniu, w którym upływał termin składania ofert.
Analogicznie reguła ta znajduje równie zastosowanie w odniesieniu do wadium, co do którego powinno być stwierdzone, e w dniu, w którym upływał termin składania ofert spełniało ono wszystkie wymagania wynikające z ustawy.
Nie mo na uznać, e sam fakt wyboru najkorzystniejszej oferty w okresie istnienia zabezpieczenia wadialnego, uniemo liwia późniejsze wykluczenie wykonawcy, który nie wniósł wadium zgodnego z wymaganiami ustawy. Przyjęcie argumentacji odwołującego prowadziłoby do wniosku, e ka de wadium, które nie zabezpiecza oferty przez cały okres związania, jest prawidłowe, jeśli zamawiający dokonuje w postępowaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w okresie wa ności wadium. Pogląd ten jest oczywiście sprzeczny z art. 85 ust. 4 Pzp.

W konsekwencji wykonawca, który wniósł wadliwie wadium, podlega wykluczeniu z postępowania równie na jego późniejszym etapie. Powtórzenie czynności w postępowaniu oznacza bowiem poprawienie przez zamawiającego czynności wadliwie wykonanej pierwotnie – z uwzględnieniem stanu rzeczy istniejącego w dniu dokonywania wadliwej 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 wa ności wadium niesie bowiem skutek w postaci utraty przez zamawiającego mo liwości zaspokojenia się z wadium, nie sanuje natomiast błędu zamawiającego polegającego na zaniechaniu wykluczenia odwołującego. Czym innym jest przerwa w wa ności wadium wynikająca z przepisów ustawy (nota *bene* stanowiąca wyjątek od reguły ciągłości zabezpieczenia wadialnego 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, e wadium uznać nale y 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 rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: .....