

WYROK
z dnia 16 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15.01.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDIM 2” – M. Patas, Siedmiu Źródeł 6, 46 – 300 Olesno** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50 – 425 Wrocław** protestu z dnia **16 grudnia 2008 r.**

przy udziale **xxx** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **xxx**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie, unieważnia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, unieważnia czynność odrzucenia jego oferty będącą skutkiem wykluczenia, unieważnia czynności zatrzymania wadium wraz z odsetkami, jak również unieważnia wybór oferty najkorzystniejszej i nakazuje wykonanie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania.

2. Kosztami postępowania obciąża Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50 – 425 Wrocław i nakazuje:

1

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BUDIM 2” – M. Patas, Siedmiu Źródeł 6, 46 – 300 Olesno**;
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **8 173 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt trzy złotych zero groszy) przez **Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50 – 425 Wrocław** na rzecz **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „BUDIM 2” – M. Patas, Siedmiu Źródeł 6, 46 – 300 Olesno** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „BUDIM 2” – M. Patas, Siedmiu Źródeł 6, 46 – 300 Olesno**.

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Remont drogi wojewódzkiej Nr 385 Stolec- Niedźwiednik - Służejów w km 42+350 ÷ 43+040 oraz 46+480 ÷ 50+080*” (sygn. postępowania IZ/3530/227/2008), zostało wszczęte przez Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska, 28 50-425 Wrocław zwanego dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 302531-2008 z dnia 06.11.2008 r.

W dniu 09.12.2008 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego, zgodnie z art. 92 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

- Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity z 2007 r. Dz. U. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp”, zawiadomienie o wyborze oferty firmy: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „Drogmost” Sp. z o.o. w Kłodzku, ul. Objazdowa 24, 57-300 Kłodzko, zwanej dalej: „DROGMOST”.

Poza tym, wskazał, iż oferty w tym postępowaniu złożyły także firmy :

1. BERGER BAU Polska Sp. z o.o. ul. Szczecińska 11 54-517 Wrocław, która otrzymała liczbę pkt w kryterium Cena 100% - 78,00 pkt x 4 = 312,00 pkt.

2

2. „MOTA-ENGIL Polska S.A., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 8 W, która otrzymała liczbę pkt w kryterium Cena 100% - 77,00 pkt x 4 = 308,00 pkt.
3. Świdnickie Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. 58-100 Świdnica ul. Częstochowska 12, która otrzymała liczbę pkt w kryterium Cena 100% - 81,00 pkt x 4 = 324,00 pkt
4. SKANSKA S.A. ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa, która otrzymała liczbę pkt w kryterium Cena 100% - 90,00 pkt x 4 = 360,00 pkt.
5. Przedsiębiorstwo Drogowe „TRAKT” J.Śłobiński, A.Stachurski, K.Biczysko Sp. Jawna ul. Matejki 1, 46-200 Kluczborg, która otrzymała liczbę pkt w kryterium Cena 100% - 90,00 pkt x 4 = 360,00 pkt.
6. Heilit+Woerner Budowlana Sp. z o.o. ul. Sudecka 98 53-129 Wrocław, która otrzymała liczbę pkt w kryterium Cena % - 77,00 pkt x 4 = 308,00 pkt.

Ponadto, poinformował, iż zgodnie z art. 24 ust. 3 Pzp, że w w/w postępowaniu firma: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Budim 2” – M. Patas, ul. Siedmiu Źródeł 6, 46-300 Olesno zwana dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym” albo „Budim 2” została wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż firma ta nie złożyła dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo wezwania przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą oraz zgodnie z art. 46 ust 4a Pzp Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami. Powyższa informacja została tego samego dnia przekazana oddzielnym pismem wskazanemu powyżej wykluczonemu Wykonawcy z tożsamym uzasadnieniem wykluczenia.

Dodatkowo tego samego dnia na stronie internetowej Zamawiający na podstawie art. 92 ust. 2 Pzp poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wskazał, iż oferty w tym postępowaniu złożyły określone firmy podane powyżej oraz ilość punktów jakie uzyskały.

W dniu 16.12.2008 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp Protestujący wniósł protest na czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania. Zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie, w tym wykluczając Protestującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz dokonując wyboru oferty naruszył w szczególności następujące przepisy:

- art. 24 ust. 1 pkt 10) Pzp poprzez dokonanie wykluczenia Protestującego, pomimo, iż spełnia on wszystkie postawione warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu,
- art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp poprzez dokonanie wykluczenia Protestującego, pomimo, iż uzupełnił on, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp, dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

3

- art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez uznanie oferty Protestującego za odrzuconą pomimo, iż nie podlegał on wykluczeniu z przedmiotowego postępowania,
- art. 46 ust. 4a Pzp, poprzez nieuprawnione zatrzymanie wadium wraz z odsetkami, • art. 92 ust. 1 Pzp, poprzez niepoinformowanie Wykonawców, którzy złożyli oferty, o Wykonawcach wykluczonych z udziału w postępowaniu.

W związku z powyższymi zarzutami wniósł o zwrot wadium, wraz z odsetkami, wniesionego w celu zabezpieczenia oferty Protestującego złożonej w przedmiotowym postępowaniu.

Protestujący stwierdził, iż złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która zgodnie z pkt VII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, została zabezpieczona poprzez wniesienie wadium w wysokości 20 000,00 zł. W dniu 27.11.2008 r.

Zamawiający, dokonał otwarcia ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Jak wynika z informacji uzyskanych na otwarciu ofert, złożone zostało osiem ofert, w tym oferta Protestującego. Pismem z dnia 2.12.2008 r., Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Protestującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt IV. 1.6 SIWZ Dokument miał zostać dostarczony faksem do dnia 4.12.2008 r. do godz. 13⁰⁰, a następnie niezwłocznie pocztą. Protestujący jak stwierdził, zgodnie z ww. pismem, przesłał faksem w dniu 3.12.2008 r. o godz. 14³¹ wymagany dokument, który potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt IV. 1.6 SIWZ. Dokument ten został również przesłany pocztą.

W dniu 9.12.2008 r. Zamawiający poinformował jednak, iż Protestujący podlega wykluczeniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp, wskazując, iż nie złożył on pomimo wezwania, dokumentów potwierdzających udział w postępowaniu. Zamawiający jednocześnie poinformował, iż z uwagi na powyższy brak, zatrzymuje wadium wraz z odsetkami wniesione przez Protestującego. Powyższa czynność Zamawiającego jest, zdaniem Protestującego, jednak bezpodstawna.

Zatrzymanie wadium jest dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy wezwany Wykonawca nie przekazuje dokumentów wskazanych w wezwaniu w wyznaczonym terminie. Bez znaczenia dla zastosowania przesłanki z art. 46 ust. 4a Pzp jest kwestia badania treści tych dokumentów i oceny, czy potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowanie czy też nie. W sytuacji zatem, gdy Protestujący przekazał, przed upływem wyznaczonego w wezwaniu terminu, dokument dotyczący zadania w zakresie budowy lub remontu dróg o wartości min. 3 000 000,00 zł brutto, tak jak wskazane zostało w warunku opisanym w pkt IV. 1.6. SIWZ, Zamawiający nie ma prawa zatrzymać wadium. Fakt wpływu dokumentu do Zamawiającego w dniu 3.12.2008 r., został potwierdzony poprzez przystawienie stempla Zamawiającego z datą wpływu (3.12.2008 r.) oraz nadaniem numeru (nr dz. 19845). W świetle powyższego niezrozumiałe są, zdaniem Protestującego powody

4

podjęcia próby zatrzymania wadium w oparciu o art. 46 ust. 4a Pzp, szczególnie, iż Zamawiający, pomimo nakazu wynikającego z art. 24 ust. 3 Pzp, nie podał uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia, a jedynie zacytował ww. przepis.

Z uwagi na brak stosownego uzasadnienia wykluczenia Protestującego, nie ma możliwości, jego zdaniem, odniesienia się do konkretnych zarzutów Zamawiającego. Podkreślił, iż załączona do oferty tabela „Doświadczenie zawodowe” zawierała wykaz trzech zadań, z których najprawdopodobniej jedno nie spełniło wymagań Zamawiającego z uwagi na zbyt niską wartość. Wezwanie do uzupełnienia dokumentu, nie zawierało szczegółowych uwag odnośnie dokumentów złożonych wraz z ofertą, ani wytycznych, co do zakresu, jaki ma być uzupełniony. Wskazano jedynie, iż uzupełniony ma zostać dokument - a więc domniemywać należało, iż z wykazanych trzech zadań tylko jedno nie spełnia wymagań Zamawiającego.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 2.12.2008 r. Protestujący dostał dokument - referencję wystawioną przez Urząd Miejski w Zdzeszowicach. Dokument ten zawierał wszystkie informacje wymagane przez Zamawiającego w celu dokonania oceny spełniania warunku z pkt IV. 1.6 SIWZ, a więc wskazanie lokalizacji, rodzaj robót, wartość całkowitą w zł brutto, wartość za którą odpowiedzialny był Protestujący, nazwę zlecniodawcy, datę realizacji, a także potwierdzenie, iż wskazane w nim roboty zostały wykonane należycie. Zarzut, iż Protestujący nie złożył we wskazanym terminie wymaganego dokumentu jest zatem w sposób oczywisty bezzasadny. Nie ma również podstaw do uznania, iż Zamawiający wezwał do uzupełnienia innych dokumentów, niż te które złożył Protestujący. Dodatkowo, należy stwierdzić, iż z treści dokumentów złożonych wraz z ofertą oraz z dokumentu uzupełnionego wynika, iż Protestujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a więc nie tylko nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 3 Pzp, ale również nie ma podstaw do wykluczenia z uwagi na niespełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto, zarzucił Zamawiającemu, iż po wyborze najkorzystniejszej oferty, pomimo dyspozycji wynikającej z art. 92 ust. 1 Pzp, nie poinformował Wykonawców, którzy złożyli oferty, o Wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazuje jedynie siedmiu Wykonawców, pominięto natomiast fakt, iż również Protestujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Taki sposób

postępowania stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, tj. zasadą jawności i przejrzystości, co godzi w interes prawny Protestującego. Został on bowiem potraktowany w sposób nierówny i niezgodny z przepisami Pzp, co potwierdza nawet fakt pominięcia informacji, iż firma Protestująca jest uczestnikiem przedmiotowego postępowania. Pomimo jednak powyższych zarzutów wnosił wyłącznie o zwrot wniesionego wadium w wysokości 20 000,00 zł wraz z odsetkami. Należy podkreślić,

5

iż nieuprawnione i w tak oczywisty sposób bezpodstawne zatrzymanie wadium stanowić będzie podstawę do wniesienia powództwa o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia.

W dniu 17.12.2008 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Na tym etapie miało miejsce jedno przystąpienie, które jednakże nie zostało ponowiono na etapie odwołania.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 23.12.2008 r. faxem, poprzez jego oddalenie, jako bezzasadny.

Zamawiający oddalił protest w zakresie zarzutu zatrzymania wadium zgodnie z art. 46 ust.4a Pzp, z uwagi iż Protestujący w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt IV pkt 1.6. SIWZ.

W zakresie zarzutu wykluczenia Protestującego, z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu – także oddalił protest jako bezzasadny. Zamawiający w pkt IV pkt 1.6 SIWZ określił bowiem warunek w zakresie doświadczenia zawodowego Wykonawcy, tzn. wykazanie min. 3 zadań w zakresie budowy lub remontu dróg o wartości min. 3 000 000,00 zł (brutto) każde zadanie, ale zasygnalizował w nawiasie, że mają to być remonty nawierzchni z mieszanek mineralno-asfaltowych.

Wskazał, iż w piśmie z dnia 02.12.2008 r. wzywającym do uzupełnienia brakujących w wykazie robót w tym zakresie, tłustym drukiem napisano, że należy przedstawić wykonanie nawierzchni z mieszanek mineralno-asfaltowych. Po dostaniu przez Protestującego referencji z Urzędu Miejskiego w Zdzeszowicach, potwierdzających wykonanie robót remontowych z mas mineralno-asfaltowych - na kwotę brutto 3 125 233,77 zł, Protestujący, zdaniem Zamawiającego w dalszym ciągu nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ w wykazanych robotach (w zał. nr 3 do oferty - poz. 1) nie występują roboty z mas mineralno-asfaltowych (co potwierdzają załączone referencje ze Starostwa Powiatowego w Namysłowie).

Chybiony jest również zarzut, zdaniem Zamawiającego, nie poinformowania przez Zamawiającego Wykonawców, którzy złożyli oferty o Wykonawcach wykluczonych z postępowania. Pismem z dnia 09.12.2008 r. - o wyborze oferty, wszyscy uczestnicy postępowania zostali zawiadomieni o wykluczeniu Protestującego - faksem z dn. 09.12.2008 r., a następnie pocztą poleconą w dn. 10.12.2008 r., co potwierdzają wydruki z faksu i stosowne pieczęci z kancelarii Zamawiającego. Również zarzut, iż w ogłoszeniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający nie napisał, że w postępowaniu brał udział

6

Protestujący, jest także chybiony - z uwagi na art. 92 ust 2 Pzp, który nie przewiduje w przedmiotowym ogłoszeniu podania informacji o wykonawcach wykluczonych.

W dniu 29.12.2008 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu złożonego w dniu 16.12.2008 r. na czynności Zamawiającego podjęte w przedmiotowym postępowaniu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący podtrzymał zarzuty wskazane w proteście. W związku z nimi wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, •
unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,

- dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, •
bądź przypadku utrzymania w mocy czynności wykluczenia Odwołującego -
nakazanie Zamawiającemu zwrotu wadium dokonania wniesionego tytułem
zabezpieczenia oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie
publiczne.

Odwołujący powtórzył argumentację z protestu.

Wskazał, iż pismem z dnia 2.12. 2008 r., Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Odwołującego „do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu” określonych w pkt IV. 1.6 SIWZ, co uczynił w wyznaczonym terminie.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, jak również w piśmie zawierającym informację o wykluczeniu wskazał, iż Odwołujący nie uzupełnił dokumentu wymaganego zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Przyznaje jednak, iż Odwołujący dostarczył referencje z Urzędu Miejskiego w Zdzeszowicach potwierdzające wykonanie robót remontowych z mas mineralno-asfaltowych na kwotę brutto 3 125 233,77 zł. Potwierdził tym samym, iż wskazana robota budowlana - wykazana w dokumencie przekazanym w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - spełnia wymagania Zamawiającego opisane w pkt IV. 1.6 SIWZ.

Zatem, wobec uzupełnienia wymaganego dokumentu w zakresie ww. roboty remontowej, zupełnie niezrozumiałe są argumenty Zamawiającego, wskazujące iż Odwołujący nie złożył pomimo wezwania, dokumentów potwierdzających udział w postępowaniu oraz w dalszym ciągu nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W żadnym z pism Zamawiającego dotyczących kwestii uzupełnienia dokumentu podmiotowego, tj. ani w piśmie z 2.12.2008 r., ani w wykluczeniu, ani w rozstrzygnięciu protestu, Zamawiający nie wskazał konkretnie jaki dokument powinien zostać przesłany

celem uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wobec braku szczegółowych zastrzeżeń odnośnie dokumentów złożonych wraz z ofertą, ani wytycznych, co do zakresu, jaki ma być uzupełniony, Odwołujący samodzielnie podjął próbę oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oparciu o złożone wraz z własną ofertą dokumenty i w rezultacie, uznał, iż tylko jedno z trzech wykazanych zadań (zadanie wskazane w tabeli „Doświadczenie zawodowe” jako nr 3) może nie spełniać wymagań Zamawiającego z uwagi na zbyt niską wartość. Dlatego też w odpowiedzi na wezwanie z dnia 2.12.2008 r. Odwołujący dostał referencję wystawioną przez Urząd Miejski w Zdzeszowicach wykazując tym samym inną robotę budowlaną spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego (co Zamawiający potwierdził w rozstrzygnięciu protestu).

Odwołujący zauważył, iż dopiero w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający podnosi, iż, jego zdaniem, warunków opisanych w pkt IV. 1.6 SIWZ nie spełnia jeszcze inne zadanie (wykazane jako nr 1 w załączonej do oferty Odwołującego tabeli „Doświadczenie zawodowe”). Jednakże twierdzenie Zamawiającego, iż we wskazanej robocie nie występują roboty z mas mineralno-asfaltowych, co - zdaniem Zamawiającego - potwierdzają załączone referencje, jest nieprawdziwe. Roboty te w rzeczywistości były wykonane w wymaganej przez Zamawiającego technologii, dlatego też Odwołujący wskazał to zadanie w załączonej do oferty tabeli w celu wykazania posiadania wymaganego doświadczenia zawodowego.

Zaznaczył, iż w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości co do treści dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym okoliczności technologii wykonania wykazanych robót, powinien był zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie treści złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Odwołujący, jako wykonawca robót, a zatem odbiorca referencji, nie ma bowiem wpływu na ich treść. Fakt, iż nie zostały w nich wskazane informacje na temat technologii nie zmienia okoliczności, iż zostały one w rzeczywistości wykonane z mas mineralno-asfaltowych, co podlegało wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Bezpodstawne jest tym samym zatrzymanie wadium. Czynność taka byłaby dopuszczalna wyłącznie w sytuacji, gdyby wezwany Wykonawca nie przekazał dokumentów wskazanych w wezwaniu w wyznaczonym terminie, przy czym bez znaczenia dla zastosowania przesłanki z art. 46 ust. 4a Pzp jest kwestia oceny, czy uzupełnione dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu czy też nie. W sytuacji zatem, gdy Odwołujący je przekazał, Zamawiający nie ma prawa zatrzymać

wadium, ani wykluczyć Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp.

Na marginesie dodał, iż wbrew twierdzeniu Zamawiającego, art. 92 ust. 2 w zw. z ust. 1 Pzp, nakłada na Zamawiającego obowiązek opublikowania na stronie internetowej oraz z miejsca publicznie dostępnym informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, a także nazwy (firmy), siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty. Fakt, iż Odwołujący został

8

z postępowania wykluczony nie zmienia faktu, iż złożył on ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Podsumowując, podkreślił, iż sposób w jaki Zamawiający przeprowadził przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oceny oferty Odwołującego, narusza jego interes prawny. W sytuacji, gdy Odwołujący został wykluczony z przedmiotowego postępowania, jego oferta jako odrzucona w następstwie ww. wykluczenia, nie podlegała ocenie i porównaniu z pozostałymi ofertami. Odwołujący został tym samym pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy. Podkreślił, iż okoliczność taka byłaby możliwa zgodnie z art. 94 ust. 2 Pzp, wobec podtrzymywania przez Odwołującego chęci zawarcia ww. umowy.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (faxem).

W dniu 30.12.2008 r. Zamawiający przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię odwołania i wezwał ich do udziału w postępowaniu odwoławczym. Śadne przystąpienia nie miały miejsca.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią spornej oferty, wezwaniem do uzupełnienia złożonej oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp przez Odwołującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Wobec stanowiska Zamawiającego odnośnie braku interesu prawnego w przedmiotowym postępowaniu po stronie Odwołującego, z uwagi na fakt nie przedłużenia ważności gwarancji wadialnej, ani nie złożenia nowego wadium, należy zwrócić uwagę na kilka aspektów zagadnienia.

Po pierwsze, należy rozpatrywać niniejszy interes na chwilę złożenia protestu i odwołania. Bezspornie Odwołujący był wtedy uczestnikiem postępowania i miał prawo do składania środków ochrony prawnej (zgodnie z informacją z § 3 gwarancji wadialnej: „Gwarancja obowiązuje od dnia: 27.11.2008 r. do dnia: 29.12.2008 r. włącznie (...)”, czyli w dniu nadania odwołania u operatora pocztowego, tj. 29.12.2008 r. gwarancja nadal obowiązywała).

9

Po drugie, jedną z okoliczności stanowiących podstawę wnoszonych środków ochrony prawnej jest kwestia zasadności zajęcia przez Zamawiającego wadium wraz z odsetkami.

Izba zwraca uwagę, iż w jej ocenie śadne było nadanie biegu odwołaniu, gdyż jego uwzględnienie może spowodować unieważnienie wszystkich czynności postępowania lub nakazanie unieważnienia samego postępowania, w przeciwnym wypadku korzystający ze środków ochrony prawnej pozbawiony zostałby nie tyle prawa ubiegania się o zamówienie, co prawa do ochrony swojej oferty przed działaniami Zamawiającego niezgodnymi z zasadami Pzp.

W tym miejscu Izba uznaje za właściwe także przywołać komentarz do Wyroku Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 16.11.2006 r., sygn. akt: II Ca 585/06 (M. Stręciwilk: „Prawo Zamówień Publicznych. Orzecznictwo.”, W-wa 2008, str.207-208) pomimo, iż nie odnosi się on *stricto* do zagadnienia braku wadium: „(...) Powyższa

okoliczność – (w tym wypadku chodziło o wybór oferty z naruszeniem przepisów ustawy) – ma większe znaczenie niż literalne brzmienie przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, który stanowi o możliwości uzyskania zamówienia publicznego przez konkretnego wykonawcę. Wskazany przepis nie stanowi bowiem wyłącznie o faktycznej możliwości uzyskania zamówienia przez odwołującego się wykonawcę, ale również o potencjalnej możliwości, przy założeniu, że w postępowaniu są przestrzegane przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych”.

Zatem z wymienionych względów brak jest podstaw do przyjęcia braku interesu prawnego po stronie Odwołującego.

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

Odnosnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 24 ust. 1 pkt 10) Pzp poprzez dokonanie wykluczenia Protestującego, pomimo, iż spełnia on wszystkie postawione warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu,

2) art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp poprzez dokonanie wykluczenia Protestującego, pomimo, iż uzupełnił on, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp, dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

3) art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez uznanie oferty Protestującego za odrzuconą pomimo, iż nie podlegał on wykluczeniu z przedmiotowego postępowania, Izba uznała w/w zarzuty za zasadne. Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w SIWZ zawarł następujące zapisy:

W pkt IV „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONANIA OCENY SPEŁNIANIA TYCH WARUNKÓW”, ppkt 1.6 SIWZ Zamawiający

10

postawił m.in. warunek, aby Wykonawcy: „(...) wykonali w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, min. 3 zadania w zakresie budowy lub remontu dróg (wykonanie nawierzchni z mieszanek mineralno-asfaltowych), o wartości min. 3 000 000,00 złotych brutto każda” w ppkt 2 stwierdził z kolei, iż:

„Sprawdzenie w/w warunków udziału w postępowaniu odbywać się będzie na podstawie przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń wg zasady spełnia/nie spełnia”.

Natomiast w pkt V „WYKAZ OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ POZOSTAŁYCH WYMAGANYCH DOKUMENTÓW”, ppkt 5, wskazał m.in. lit.:

„f) wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich 5 lat, przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie → wg załącznika nr 3 do SIWZ.

g) dokumenty (referencje lub inny dokument) od poprzednich Zamawiających potwierdzające, że roboty wymienione w załączniku nr 3 zostały wykonane należycie”.

Odwołujący w ramach złożonej oferty (na str. 13) złożył wymagany wykaz zgodnie z brzmieniem załącznika nr 3 do SIWZ: „DOŚWIADCZENIE ZAWODOWE”. W ramach niniejszego załącznika Odwołujący wykazał trzy roboty budowlane dla Starostwa Powiatowego w Namysłowie (trzy oddzielne pozycje). W poz. 1 - Restrukturyzacja i modernizacja sektora żywnościowego oraz rozwój obszarów wiejskich 2004-2006. Wykonano: 26.032 m² (rubryka 3 – rodzaj robót), o wartości całkowitej brutto (w zł brutto) 4.672.131,15 zł (rubryka 4), w poz. 2 - Przebudowa drogi powiatowej nr 1101 o Namysłów – Przeczów na odcinku od km 1+790,00 do km 12+450,00 (Etap II). Wykonano: 65.315, 24 m² (rubryka 3 – rodzaj robót), o wartości całkowitej brutto (w zł brutto) 4.416.139,71 zł (rubryka 4) oraz w poz. 3 – Przebudowa drogi powiatowej Nr 1101 o Namysłów – Przeczów na odcinku od km 0+043,60 do km 1+790,00; przebudowa skrzyżowania ul. Reymonta, Oławskiej i Skłodowskiej w Namysłowie na rondo oraz drogi dojazdowej i zjazdu do posesji. Wykonano: 62.725,86 m² (rubryka 3 – rodzaj robót), o wartości całkowitej brutto (w zł brutto) 2.028.873,54 zł (rubryka 4). Do niniejszego wykazu Odwołujący dołączył referencje (str. oferty od 14 do 17 włącznie), czyli dokumenty od poprzednich Zamawiających potwierdzające, że roboty wymienione w załączniku zostały wykonane należycie (zgodnie z brzmieniem dyspozycji poniżej tabeli) odpowiadające pozycjom z niego wynikającym.

W dniu 02.12.2008 r. Zamawiający przekazał faxem wezwanie w trybie art. 26 ust. 3

Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tzn. w załączniku nr 3 oferty nie są wykazane zgodnie z pkt IV ppkt 1.6 SIWZ 3 zadania w zakresie budowy lub remontu dróg (wykonanie nawierzchni z mieszanek mineralno-asfaltowych) o wartości min. 3.000.000,00 zł brutto każda. Powyższe uzupełnienie

11

należało przesłać faxem do Zamawiającego do dnia 04.12.2008 r. – godz. 13:00, a następnie niezwłocznie przesłać pocztą. Pismo zawierało także pouczenie, iż nie złożenie w/w wyjaśnień w terminie określonym niniejszym pismem skutkować będzie wykluczeniem z postępowania zgodnie z art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp.

W dniu 03.12.2008 r. faxem, a 05.12.2008 r. pocztą dostał referencję wystawioną przez Urząd Miejski w Zdzeszowicach odnoszącą się do nowego zamówienia nie wykazywanego w ramach załącznika nr 3 do SIWZ złożonego wraz z ofertą. Dokument ten zawierał wszystkie informacje wymagane przez Zamawiającego w celu dokonania oceny spełniania warunku z pkt IV. 1.6 SIWZ, a więc wskazanie lokalizacji, rodzaj robót, wartość całkowitą w zł brutto, wartość za którą odpowiedzialny był Protestujący, nazwę zleceniodawcy, datę realizacji, a także potwierdzenie, iż wskazane w nim roboty zostały wykonane należycie.

Zamawiający w dniu 09.12.2008 r. wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp uznając, iż firma ta nie złożyła dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo wezwania przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust.3 Pzp. Zgodnie zaś z art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą oraz zgodnie z art. 46 ust 4a Pzp Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami.

Analizując w/w zapisy SIWZ w odniesieniu do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, zgodnie z art. 26 ust.3 Pzp wezwanie do uzupełnienia złożonej oferty może dotyczyć oświadczeń lub dokumentów. Precyzyjne określenie żądania obciąża przy tym Zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwanego wykonawcy. Wyjaśnienia udzielone na rozprawie Zamawiającego potwierdziły bowiem, iż jego intencją było, aby Odwołujący uzupełnił ofertę nie tylko o jeden dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak wynika to z wezwania z dnia 02.12.2008 r., ale wykazał się zrealizowaniem dwóch dodatkowych zadań w zakresie budowy lub remontu dróg (wykonanie nawierzchni z mieszanek mineralno-asfaltowych) o wartości min. 3.000.000,00 zł brutto każda. Nie uznał bowiem wykazanych zadań w odniesieniu do poz.1 oraz 3 przedłożonego wykazu. Niejasny charakter wezwania doprowadziły bowiem do sytuacji, iż Odwołujący zmuszony był domniemywać, w jakim zakresie ma zostać dokonane uzupełnienie oraz które z wykazanych zadań nie spełniają w ocenie Zamawiającego warunku postawionego przez niego. De facto powziął informacje w tym zakresie dopiero na rozprawie.

Po drugie, Izba stoi na stanowisku, że jeżeli Wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający nie może go wykluczyć z postępowania przed wyczerpaniem procedury wezwania Wykonawcy do

12

uzupełnienia brakujących dokumentów. Niniejsze odnosi się także do przedmiotowego stanu faktycznego, gdyż czynność wezwania do uzupełnienia złożonej oferty z dnia 02.12.2008 r. była obciążona wadą prawną, gdyż nie wskazywała w sposób precyzyjny i jednoznaczny przedmiotu wezwania. Wobec powyższego, Izba uznaje niniejszą czynność za nieskuteczną i nie rodzącą skutków prawnych. Należy na marginesie zauważyć za orzecznictwem KIO, iż precyzja w stosownym wezwaniu jest istotna także z uwagi na okoliczność tego rodzaju, że procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 Pzp zezwala na jednokrotne wzywanie Wykonawcy do uzupełniania tego samego dokumentu i w jednokrotnie wyznaczonym terminie. Nie ma natomiast przeszkód prawnych, aby Wykonawca był wezwany ponownie do uzupełnienia w nowo wyznaczonym terminie innego dokumentu niż określonego w ewentualnych wcześniejszych wezwaniach.

Po trzecie, wobec nie wyczerpania *de facto* procedury wezwania Wykonawcy do

uzupełnienia brakujących dokumentów, Izba uznaje, że czynność wykluczenia Wykonawcy z udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty była przedwczesna.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż zarzuty Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10), art. 24 ust. 2 pkt 3) w związku z art. 26 ust.3 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp były zasadne.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 46 ust. 4a Pzp, poprzez nieuprawnione zatrzymanie wadium wraz z odsetkami, Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

Zgodnie z przywołaną podstawą prawną: *„Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust.3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust.1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn niezależnych po jego stronie”.*

W odniesieniu do podniesionego przez Odwołującego zarzutu Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ zawarł następujące zapisy:

W pkt VII „WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM”, ppkt 1 SIWZ określił, iż: *„Wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 20.000,00 złotych (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100-)”.* W ppkt 10 ustalił także, iż: *„Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy PZP nie złożył dokumentów lub oświadczeń lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, iż wynika to z przyczyn niezależnych po jego stronie”.*

Odwołujący w ramach złożonej oferty przedłożył gwarancję wadialną (str. 54-55 oferty), tj. gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr GWO/317/08-041/OP/MSP na wymaganą przez Zamawiającego kwotę. Obowiązująca: *„(...) od dnia: 27.11.2008 r. do dnia: 29.12.2008 r. łącznie (...)”.*

13

Zamawiający w dniu 09.12.2008 r. wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp uznając jego ofertę za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp) oraz zgodnie z art. 46 ust 4a Pzp zatrzymując wadium wraz z odsetkami.

Analizując w/w zapisy SIWZ w odniesieniu do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, Izba zwraca uwagę na okoliczność tego rodzaju, iż wprowadzony nowelizacją z dnia 04.09.2008 r. przepis, którego naruszenie wskazał Odwołujący w zarzucie ma restrykcyjny charakter i powinien być interpretowany w sposób ścisły.

Po drugie, wobec celu, jaki przyświecał Ustawodawcy, tj. przeciwdziałaniu działaniom Wykonawców, którzy dokonywali tzw. „zmowy” celem uzyskania zamówienia publicznego o znacznie wyższej wartości niż faktycznie można było je wykonać, nie bez znaczenia jest kwestia udowodnienia lub też nie, iż wynika to z przyczyn niezależnych po stronie Wykonawcy.

Po trzecie, Izba zwraca uwagę na różne przesłanki wykluczenia z mocy art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust.4 pkt 4 Pzp, co dodatkowo stanowi argument za ścisłym rozumieniu art. 46 ust. 4 a Pzp.

Z tych względów Izba stoi na stanowisku, iż w art. 46 ust.4a Pzp chodzi o brak „fizyczny” dokumentu lub oświadczenia, tzn. nie uzupełnienie, a nie także o brak w rozumieniu złożenia dokumentu nie potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Inne rozumienie tego zagadnienia w kontekście art. 24 ust.2 pkt 4 wynika m.in. z faktu, że inne są przesłanki w tym przepisie i wskazanym powyżej, jak również inny był cel jego wprowadzenia. Odmienne rozumienie art. 46 ust.4, a Pzp doprowadziłoby bowiem do sytuacji tego rodzaju, iż przy każdej niejasności lub braku precyzji w SIWZ, czy też w dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający mógłby zatrzymać wadium wraz z odsetkami.

Biorąc powyższe pod uwagę, jak i mając na uwadze ustalenia względem wcześniejszych zarzutów, Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 46 ust. 4 a Pzp. Wadliwe przeprowadzenie przez Zamawiającego procedury uzupełnienia złożonej oferty oraz okoliczność złożenia dokumentu, choć w ocenie Zamawiającego nie potwierdzającego spełnianie jednego z warunków nie może skutkować zajęciem wadium wraz z odsetkami.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 Pzp, poprzez

niepoinformowanie Wykonawców, którzy złożyli oferty, o Wykonawcach wykluczonych z udziału w postępowaniu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

W odniesieniu do podniesionego przez Odwołującego zarzutu Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ zawarł następujące zapisy:

14

W pkt VI „INFORMACJE O SPOSOBIE POROZUMIEWANIA SIĘ ZAMAWIAJĄCEGO Z WYKONAWCAMI ORAZ PRZEKAZYWANIA OŚWIADCZEŃ LUB DOKUMENTÓW, A TAKŻE WSKAZANIE OSÓB UPRAWNIONYCH DO POROZUMIEWANIA SIĘ Z WYKONAWCAMI”, ppkt 2 SIWZ określił następująco:

„Sposób porozumiewania się z Wykonawcami po otwarciu ofert:

a) wszelkie pisma i wezwania wystosowane przez Zamawiającego do Wykonawcy oraz odpowiedzi Wykonawcy wymagają formy pisemnej. Zamawiający dopuszcza przekazanie pism, wezwań i odpowiedzi za pomocą faksu potwierdzonego niezwłocznie pisemnie;
b) informacje o wykluczeniu Wykonawcy i/lub odrzuceniu oferty wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym zostaną przekazane pisemnie Wykonawcom którzy złożyli oferty,
c) informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty zostanie przekazana pisemnie Wykonawcom którzy złożyli oferty oraz zostanie zamieszczona na stronie internetowej oraz tablicy ogłoszeń Zamawiającego”.

Z kolei w pkt XIV „OGŁOSZENIE WYNIKÓW POSTĘPOWANIA ORAZ INFORMACJA O FORMALNOŚCIACH JAKIE POWINNY ZOSTAĆ DOPEŁNIONE PO WYBORZE OFERTY UMOWY W CELU ZAWARCIA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO”, ppkt 1 SIWZ Zamawiający stwierdził, iż: „O wyniku postępowania zostaną powiadomieni wszyscy Wykonawcy, którzy złożyli oferty. Informacja ta zostanie

siedzibie zamieszczona na stronie

internetowej i w miejscu publicznie dostępnym w Zamawiającego”.

W dniu 09.12.2008 r. Zamawiający upublicznił informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej w trybie 92 ust. 2 Pzp oraz wskazał, iż oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyły określone firmy wraz z ilością punktów, jakie uzyskały.

W tym samym dniu faxem, a w dniu 10.12.2008 r., Zamawiający zgodnie z art. 92 ust.1 pkt 1 Pzp poinformował Wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze oferty najkorzystniejszej, o wykluczeniu Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, jak również wskazał, jacy Wykonawcy złożyli oferty w postępowaniu oraz podał ilość punktów, jakie uzyskały. Niniejsze miało miejsce także względem Odwołującego.

Analizując w/w zapisy SIWZ w odniesieniu do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, okoliczności, o których jest mowa w ramach niniejszego zarzutu powyżej znajdują potwierdzenie w wydrukach z faksu i stosownych pieczęciach z kancelarii Zamawiającego.

Po drugie, Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko zawarte w orzecznictwie KIO m.in. w wyroku KIO z 28.02.2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 113/08, sygn. akt. KIO/UZP 124/08 oraz wyroku KIO z 11.07.2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 654/08: „ (...) Stosownie bowiem do treści art. 92 ust. 2 Pzp, Zamawiający ma obowiązek zamieścić na stronie internetowej

15

i tablicy ogłoszeń informacje o wynikach postępowania w ograniczonym zakresie. Zamieszcza tam bowiem wyłącznie informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej (informacje, o których mowa w art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp). Pełna informacja o wynikach postępowania, tj. ewentualnie o ofertach odrzuconych, czy wykluczeniu wykonawców z udziału w postępowaniu jest przesyłana wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu – stosownie do dyspozycji ust. 1 art. 92 Pzp. (...)”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 Pzp nie potwierdził się.

Biorąc pod uwagę zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10), art. 24 ust. 2 pkt 3) w związku z art. 26 ust.3 Pzp, art. 24 ust. 4 Pzp, jak również 46 ust. 4a Pzp orzeczono jak w sentencji, uwzględniając odwołanie oraz uznając, iż zaistniały

przesłanki wynikające z art. 191 ust.1 a Pzp.

Jednocześnie, Izba przychyliła się do wniosku Odwołującego odnośnie unieważnienia czynności jego wykluczenia z udziału w postępowaniu, a co za tym idzie także odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności zatrzymania wadium wraz z odsetkami, jak również unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Jednakże wobec faktu, iż ważność zatrzymanego przez Zamawiającego wadium wygasła, Izba nie nakazała powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. W przedmiotowym stanie faktycznym inne działanie doprowadziłoby bowiem do naruszenia art. 7 ust.1 Pzp, gdyż z uwagi na upływ ważności wadium nie ma możliwości jego przedłużenia, czy też wniesienia nowego przez Odwołującego. Powtórzeniu czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego skutkowałoby bowiem jego wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 4 pkt 4 Pzp, w odróżnieniu do sytuacji innych uczestników przedmiotowego postępowania. Z uwagi na nieusuwalny charakter wygaśnięcia wadium nawet stwierdzona niezasadność jego zatrzymania przez Zamawiającego nie doprowadzi do sanowania zaistniałej sytuacji. Nawet w wypadku bowiem dopuszczenia przez Zamawiającego przedłużenia ważności wadium lub złożenia nowego wadium *post factum* przez Odwołującego, musiałby on odmówić podpisania ewentualnej umowy z uwagi na jej nieważność z mocy art. 146 ust.1 pkt 5 i 6 Pzp.

Z tych też względów Izba nakazała wykonanie czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, gdyż jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust.1 pkt 7 w związku z art. 146 ust.1 pkt 5 i 6 Pzp).

16

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznał za uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 500,00 zł, tj. zgodnie z przedłożoną kopią faktury.

17

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

18