Sygn. akt: KIO 492/16

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych sp. z o.o. w Szczecinie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie**

przy udziale wykonawcy **A.R.,** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **A.R., Przedsiębiorstwo Usług Hydrotechnicznych w Szczecinie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych sp. z o.o. w Szczecinie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych sp. z o.o. w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwa Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych sp. z o.o. w Szczecinie** na rzecz **Zachodniopomorskiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie kwotę 4.240 zł 67 gr** (słownie: czterech tysięcy dwustu czterdziestu złotych sześćdziesięciu siedmiu groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie.**

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 492/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „budowa niebieskiego korytarza ekologicznego wzdłuż rzeki Regi i jej dopływów – budowa przepławek dla ryb w ramach realizowanego programu Life+" – etap II".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 lutego 2016 r., poz. 11005.

W dniu 30 marca 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Przedsiębiorstwo Konserwacji Urządzeń Wodnych i Melioracyjnych sp. z o.o. w Szczecinie, zwanego dalej „odwołującym", o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu w zakresie części 3 zamówienia,

oraz o wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie tej części oferty złożonej przez wykonawcę A.R., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A.R., Przedsiębiorstwo Usług Hydrotechnicznych w Szczecinie, zwanego dalej „przystępującym".

Wobec:

1) czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu w zakresie części 3 zamówienia,
2) naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez wezwanie przystępującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu w sytuacji gdy przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania

odwołujący wniósł w dniu 4 kwietnia 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp w zw. 14 ustawy Pzp i art. 65 k.c. poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
2) art. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2) unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

---

3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,
4) dostosowanie w umowie na wykonanie zamówienia publicznego terminów wykonania przedmiotu zamówienia o czas, jaki upłynął od daty złożenia oferty do dnia ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. „Budowa niebieskiego korytarza ekologicznego wzdłuż rzeki Regi i jej dopływów - budowa przepławek dla ryb w ramach realizowanego programu LIFE+" - Etap II, które podzielił na trzy zadania częściowe, a w tym:

• zadanie nr 1 - zaprojektowanie oraz wykonanie 4 przepławek dla ryb na rzece Uklei,
• zadanie nr 2 - zaprojektowanie oraz wykonanie 2 przepławek dla ryb na rzece Łożnicy,
• zadanie nr 3 - (po modyfikacji dokonanej w dniu 17.02.2016 r.) - zaprojektowanie oraz wykonanie **3** przepławek dla ryb na rzekach Stara Rega i Brzeźnicka Węgorza.

Wywiódł, że przed modyfikacją zadanie nr 3 obejmowało zaprojektowanie oraz wykonanie **4** przepławek dla ryb na rzekach Stara Rega i Brzeźnicka Węgorza.

Odwołujący argumentował, że zamawiający w dniu 30 marca 2016 r. wykluczył go z udziału w postępowaniu w zakresie części 3 zamówienia. Wskazał, że zamawiający uzasadniając czynność wykluczenia uznał, że „Dołączona *do oferty gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium o nr 280000120873 z dnia 9.02.2016 r. dotyczy postępowania, które nie jest przedmiotem procedowania przez Zamawiającego. Ponadto złożona gwarancja zapłaty wadium, która została udzielona przez firmę ubezpieczeniową na inną nazwę zadania niż jest prowadzone postępowanie, co powoduje to, iż instytucja udzielająca gwarancji mogłaby odmówić wypłaty wadium gdyby Zamawiający o to wystąpił."*

Odwołujący podniósł, że nie zgadza się z czynnością zamawiającego. Wywiódł, że złożona przez niego gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr 280000120873 z dnia 9.02.2016 r. zabezpiecza w całości interes zamawiającego i ewentualne roszczenia wobec odwołującego. Argumentował, że w dniu 17.02.2016 r. zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie rzeczowym na zadanie nr 3. Polegała ona na zmianie ilości przepławek przewidzianych do zaprojektowania i wykonania z czterech na trzy przepławki dla ryb na rzekach Stara Rega i Brzeźnicka Węgorza i na tak zmodyfikowane zadanie została złożona oferta odwołującego. Modyfikacja ta nie doprowadziła do zmiany nazwy oraz opisu przedmiotu zamówienia, które - jak to wynika z treści SIWZ (zob. część III przedmiot zamówienia 1. opis przedmiotu zamówienia) - nadal toczy się pod nazwą: *„Budowa*

niebieskiego korytarza ekologicznego wzdłuż rzeki Regi i jej dopływów - budowa przepławek dla ryb w ramach realizowanego programu LIFE+" - Etap II. Zamawiający określił wysokość

wadium dla zadania częściowego nr 1, nr 3 na kwotę 20 tysięcy złotych i nr 2 w kwocie 15 tysięcy złotych oraz, że może być wniesione w między innymi w gwarancjach ubezpieczeniowych (pkt 1.2. ppkt 4). W treści pozostałych warunków wniesienia wadium zamawiający nie żądał, by w treści gwarancji obok nazwy zamówienia dookreślono dokładnie opis zakresu rzeczowego przypisany do konkretnego zadania częściowego. Zdaniem odwołującego i zgodnie z SIWZ - w gwarancji obok nazwy postępowania „Budowa *niebieskiego korytarza ekologicznego wzdłuż rzeki Regi i jej dopływów - budowa przepławek dla ryb w ramach realizowanego programu LIFE+" - Etap II* wystarczyło określić w tym konkretnym przypadku dla prawidłowego wniesienia wadium: „Zadanie częściowe nr 3". Jeżeli gwarant wystawiając gwarancję dodatkowo dookreślił zadanie częściowe zgodnie z treścią SIWZ obowiązującą w dacie wystawienia gwarancji (9.02.2016 r.), to dokonana przez zamawiającego modyfikacja SIWZ skutkująca zmianą zmniejszającą zakres rzeczowy tego zadania w części obejmującej ilość przepławek, a nie numeracji samego zadania częściowego lub kwoty wymaganego wadium, nie wpływa na treść udzielonej gwarancji.

Odwołujący argumentował, że bezpodstawne jest twierdzenie zamawiającego, że złożona gwarancja zapłaty wadium została udzielona przez firmę ubezpieczeniową „na inną nazwę zadania niż jest prowadzone postępowanie". Nawet gdyby przyjąć, że wpisany w gwarancji zakres rzeczowy zadania nr 3 przed modyfikacją dookreślał dodatkowo treść gwarancji, to stosując zasadę logicznego wnioskowania określaną jako zasada a maiori ad minus (wnioskowanie z większego na mniejsze) - to jeżeli komuś wolno więcej, to tym bardziej wolno mu mniej; jeżeli ktoś jest uprawniony do żądania czegoś większego, to tym bardziej jest uprawniony do żądania czegoś mniejszego. Przenosząc tę zasadę na konkretną okoliczność należy stwierdzić, że zamawiający, który ustalił wadium w wysokości 20.000 zł dla częściowego zadania obejmującego początkowo swym zakresem rzeczowym cztery przepławki i na taki zakres uzyskał gwarancję ubezpieczeniową, to po zmniejszeniu zakresu rzeczowego zadania inwestycyjnego bez zmiany wysokości wadium będzie miał pełne prawo zaspokoić się, w określonych ustawą Pzp przypadkach, z gwarancji udzielonej na niezmienioną kwotę wadium dla ograniczonego po wydaniu gwarancji zakresu rzeczowego robót w ramach tego samego, nie zmienionego w postępowaniu o zamówienie publiczne, zadania inwestycyjnego.

Stosownie do treści art. 65 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp, oświadczenia woli składane w niniejszym postępowaniu, w tym postanowienia złożonej przez odwołującego gwarancji wadialnej, winien tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostały, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje oraz jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Bezspornie, celem dołączonej do oferty odwołującego na wykonanie zamówienia publicznego było zagwarantowanie zamawiającemu możliwości zaspokojenia się w

przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Wywodził, że dokumentu gwarancji nie można uzupełnić ani wyjaśniać, jednakże w orzecznictwie przyjęto także, że nie każdy rodzaj omyłki powoduje bezskuteczność wniesienia wadium. Wedle wyroków w tych sprawach treść gwarancji może podlegać wykładni na podstawie art. 65 § 1 k.c. Odwołujący podniósł także, że zamawiający nie wskazał jaka treść jego zdaniem, winna być zawarta w treści gwarancji.

Uzasadniając wniosek o wydłużenie terminu realizacji zamówienia odwołujący podniósł, że termin składania ofert upłynął w dniu 24 lutego 2016 r., zaś zgodnie z ofertą złożoną przez odwołującego, termin wykonania dokumentacji projektowej został określony na dzień 29 kwietnia 2016 r., a całego zadania nr 3 na dzień 17 października 2016 r. Terminy te zaoferowano w dacie składania oferty przy założeniu, że do zakończenia postępowania łącznie z podpisaniem umowy upłynie nie więcej niż miesiąc. Przedłużające się postępowanie powoduje, że w przypadku przyjęcia niniejszego odwołania do rozpoznania i ewentualnego korzystnego dla odwołującego rozstrzygnięcia od daty złożenia oferty upłyną dwa miesiące, a tym samym zaoferowane terminy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego nie będą możliwe do dotrzymania, i stąd koniecznym jest ich przesunięcie o

okres jaki upłynął od daty złożenia oferty do dnia ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że w myśl powołanego przepisu oraz orzecznictwa i piśmiennictwa zamawiający winien przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający nie wykazał się taką starannością i obiektywizmem. Zamawiający bez należytego uzasadnienia i wbrew zasadom logicznego wnioskowania i interpretowania oświadczeń woli oraz przepisów prawa, które winien stosować z należytą starannością, wykluczył odwołującego, aby równolegle, naruszając art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wezwać podlegającego z mocy prawa wykluczeniu wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje i dokumenty, do uzupełnienia robót wskazanych w wykazie wykonanych robót budowlanych i dopuścił do złożenia nowego wykazu, w którym pominięto roboty zdyskwalifikowane przez zamawiającego. Jednocześnie zamawiający sporządził zawiadomienie niezgodne z udostępnionym odwołującemu protokołem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania „Budowa niebieskiego korytarza ekologicznego wzdłuż rzeki Regi i jej dopływów - budowa przepławek dla ryb w ramach realizowanego programu LIFE+" - Etap II". Wpisał w nim jako wykluczonego wykonawcę, który zgodnie z udostępnionym odwołującemu protokołem wykluczony nie został. Odwołujący argumentował, że wybrany obecnie przez zamawiającego wykonawca przystępujący winien być, zdaniem odwołującego, wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, o co odwołujący

wniósł pismem z dnia 31 marca 2016 r. uzupełnionym pismem z dnia 2 kwietnia 2016 r. – złożonymi w trybie postanowień art. 181 ust. 1 ustawy Pzp. Treść ww. pism załączono do odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca A.R., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A.R., Przedsiębiorstwo Usług Hydrotechnicznych w Szczecinie. Wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, zawiadomienie zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3 zamówienia i wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu w tej części, informacje odwołującego o zaniechaniu czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp skierowane w trybie art. 181 ustawy Pzp, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wbrew stanowisku zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, w ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz

możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu w zakresie części 3 zamówienia. Nie było również sporne pomiędzy stronami, że oferta odwołującego w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ była ofertą mniej korzystną od oferty przystępującego, wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza w tej części. Dostrzeżenia wymagało jednak, że odwołujący - obok zarzutów dotyczących niezasadnego wykluczenia go z udziału w postępowaniu - wskazywał także na okoliczności, które miały świadczyć o niezasadnym wezwaniu przystępującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia i o zaniechaniu wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu. Dodatkowo odwołujący wykazał, że po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej skierował do zamawiającego w dniach 30 marca 2016 r. i 2 kwietnia 2016 r. informacje w trybie art. 181 ustawy Pzp o zaniechaniu czynności wykluczenia przystępującego z postępowania. Zamawiający w trakcie rozprawy potwierdził, że ustosunkował się negatywnie do żądania wykluczenia przystępującego dopiero w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, którą doręczył odwołującemu dopiero w trakcie posiedzenia Izby 18 kwietnia 2016 r. Oświadczył bowiem jednoznacznie, że dopiero w odpowiedzi na odwołanie ustosunkował się do zarzutów z pism z 30 marca i 2 kwietnia 2016 r. dotyczących oceny oferty przystępującego.

W ocenie Izby, odwołujący wykazał przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Przypomnienia wymaga, że spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ocenia się na moment wniesienia odwołania, który w analizowanej sprawie przypadał na dzień 4 kwietnia 2016 r. Odwołanie - przy życzliwej jego interpretacji - można było uznać również jako odnoszące się do zaniechania wykluczenia przystępującego. Po drugie zaś, odwołujący złożył zamawiającemu pisma w trybie art. 181 ustawy Pzp, w których domagał się wykluczenia przystępującego z udziału w części 3 postępowania. Zamawiający do dnia 4 kwietnia 2016 r. nie ustosunkował się do treści pism, których efektem mogło być wykluczenie przystępującego z postępowania w zakresie części 3 zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę należało uznać, że na moment wniesienia odwołania odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia i mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa niebieskiego korytarza ekologicznego

wzdłuż rzeki Regi i jej dopływów – budowa przepławek dla ryb w ramach realizowanego programu Life+" – etap II.

Zamawiający w rozdziale I, części III, pkt 1, ppkt 1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zatytułowanym „nazwa nadana zamówieniu" wskazał, iż jest to: *Budowa niebieskiego korytarza ekologicznego wzdłuż rzeki Regi i jej dopływów – budowa przepławek dla ryb w ramach realizowanego programu LIFE+" – Etap II.*

W rozdziale I, części III, pkt 1, ppkt 1.3. SIWZ zamawiający wskazał, że zakres przedmiotu zamówienia obejmuje:

a) zadanie nr 1 - Zaprojektowanie oraz wykonanie 4 przepławek dla ryb na rzece Uklei
b) zadanie nr 2 - Zaprojektowanie oraz wykonanie 3 przepławek dla ryb na rzece Łoźnicy,
c) zadanie nr 3 - Zaprojektowanie oraz wykonanie **4 przepławek** dla ryb na rzekach Stara Rega i Brzeźnicka Węgorza.

W rozdziale III, części IV pkt 1 SIWZ zamawiający sprecyzował, że *wadium na poszczególne części zamówienia ustala się na kwotę:*

- *Zadanie częściowe nr 1: 20.000,00 zł,*
- *Zadanie częściowe nr 2: 20.000,00 zł,*
- *Zadanie częściowe nr 3: 20.000,00 zł.*

W rozdziale III, części IV SIWZ pkt 1.3 SIWZ zamawiający sprecyzował, że *wadium w formie pieniężnej należy wnieść przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego (…) z adnotacją: „WADIUM – przetarg ozn. NP/IR/333/3/2016 zadanie częściowe nr……..".*

W rozdziale III części X SIWZ zamawiający postanowił, że *przy wyborze*

najkorzystniejszej oferty będzie się kierował kryteriami cena (waga kryterium 60 %) i termin (waga kryterium 40 %).

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający w dniu 17 lutego 2016 r. dokonał modyfikacji SIWZ, w wyniku której zakres zadania częściowego nr 3 ograniczono do zaprojektowania oraz wykonania **3 przepławek** dla ryb na rzekach Stara Rega i Brzeźnicka Węgorza.

Ustalono również, że do upływu terminu składania ofert swoje oferty na zadanie nr 3 złożyli m.in. przystępujący i odwołujący. Obydwaj wykonawcy, tj. odwołujący i przystępujący, zaoferowali ten sam termin realizacji, tj. 17.10.2016 r. Natomiast jeżeli chodzi o zaoferowane ceny, to przystępujący zaoferował cenę 998.000 zł brutto, zaś odwołujący cenę 1.021.700 zł brutto (protokół postępowania).

Odwołujący, celem udokumentowania wniesienia wadium na część 3 zamówienia załączył do oferty gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 280000120873 z dnia

9.02.2016 r. wystawioną przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. W treści gwarancji wskazano, że dotyczy ona oferty odwołującego na „Budowę *niebieskiego korytarza ekologicznego wzdłuż rzeki Regi i jej dopływów – budowa przepławek dla ryb w ramach realizowanego programu LIFE+" – Etap II* zadanie nr 3 - *Zaprojektowanie oraz wykonanie **4 przepławek** dla ryb na rzekach Stara Rega i Brzeźnicka Węgorza.* Do oferty odwołujący załączył także aneksy do ww. gwarancji, w których wydłużono terminy jej ważności. Powyższe ustalono na podstawie analizy oferty odwołującego znajdującej się w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego.

Następnie ustalono, że zamawiający 30 marca 2016 r. zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu w części 3 zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niewniesienia wadium oraz o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia odwołującego poinformował, że *dołączona do oferty gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium o nr 280000120873 z dnia 9.02.2016 r. dotyczy postępowania, które nie jest przedmiotem procedowania przez Zamawiającego. Ponadto złożona gwarancja zapłaty wadium, która została udzielona przez firmę ubezpieczeniową na inną nazwę zadania niż jest prowadzone postępowanie, co powoduje to, iż instytucja udzielająca gwarancji mogłaby odmówić wypłaty wadium gdyby Zamawiający o to wystąpił (zawiadomienie* z 30.03.2016 r., w aktach sprawy).

Ustalono także, że odwołujący pismem z dnia 31 marca 2016 r. uzupełnionym pismem z dnia 2 kwietnia 2016 r. skierowanym w trybie art. 181 ustawy Pzp, domagał się wykluczenia przystępującego z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (pisma z 31.03 i 2.04. 2016 r., w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż nie stwierdzono takich naruszeń ustawy Pzp, które miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp a contrario).

W pierwszej kolejności Izba oddaliła jako niedopuszczalny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mającego polegać na bezpodstawnym wyznaniu przystępującego do uzupełnienia dokumentów składanych celem wykazania warunku wiedzy i doświadczenia, w sytuacji, gdy wykonawca ten - zdaniem odwołującego - podlegał wykluczeniu z

postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu podania nieprawdziwych informacji.

Nie było sporne między stronami, że zamawiający prowadzi analizowane postępowanie o udzielenie zamówienia przepisów ustawy Pzp z zastosowaniem

wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (tzw. postępowanie podprogowe). Odwołujący przyznał wyraźnie w trakcie rozprawy, że nie kwestionuje tej okoliczności. Powyższe wynikało również z części II SIWZ i pkt 2.2. protokołu postępowania.

W tej sytuacji rozpoznawanie przywołanego zarzutu okazało się niedopuszczalne, gdyż zaktualizowała się przesłanka do odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem *Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.* W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:
1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
4) odrzucenia oferty odwołującego.

Analiza przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ustawodawca nie przyznał środka ochrony prawnej w postaci odwołania wobec zarzucanych zamawiającemu czynności polegających na bezpodstawnym wezwaniu innego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów składanych celem wykazania warunku wiedzy i doświadczenia czy wobec zaniechania czynności wykluczenia innego wykonawcy. Zarzuty dotyczące takich czynności czy zaniechań, zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, w którym jest mowa o czynności wykluczenia odwołującego.

W dalszej kolejności Izba rozpoznała zarzut dotyczące bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z części 3 postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niewniesienia wadium.

Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nieprawidłowo wykluczając odwołującego z udziału w tej części postępowania. Zdaniem Izby zamawiający dokonał skrajnie rygorystycznej oceny gwarancji ubezpieczeniowych złożonych przez odwołującego bezpodstawnie uznając, że gwarancje nie dotyczą postepowania, które

toczy się przed zamawiającym. Słusznie wskazywał odwołujący, że ogólne, cywilistyczne reguły wykładni oświadczenia woli, jakim jest oferta, w tym również dokumentów wadialnych powinny skłonić zamawiającego do uznania tych dokumentów za prawidłowe.

Izba stwierdziła, że zamawiający jednoznacznie zdefiniował nazwę prowadzonego postępowania w części III, pkt 1.1 SIWZ. W przywoływanym punkcie, zatytułowanym „nazwa nadana zamówieniu" zamawiający zdefiniował ją jako „budowa *niebieskiego korytarza ekologicznego wzdłuż rzeki Regi i jej dopływów – budowa przepławek dla ryb w ramach realizowanego programu Life+" – Etap II.* Podkreślić należy, że identyczna nazwa została wskazana w gwarancji ubezpieczeniowej z 9 lutego 2016 r. 9.02.2016 r. wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A., którą odwołujący załączył do oferty. Dostrzeżenia wymagało, że w świetle części III pkt 1.1 SIWZ elementem nazwy postępowania nie było dookreślenie w zakresie przedmiotu zadań częściowych, w tym również zadania częściowego nr 3.

Wymóg taki nie wynikał również z postanowień SIWZ regulujących sposób wniesienia wadium. W części IV SIWZ „wymagania dotyczące wadium" pkt 1.3., który dotyczył wyłącznie wadium składanego w formie pieniężnej, zamawiający wymagał zamieszczenia w tytule przelewu adnotacji *„wadium – przetarg ozn. NP./IR/333/3/2016 zadanie częściowe nr …."*. Zgodnie z powyższym jedynie w przypadku tego rodzaju wadium należało w tytule przelewu wskazać numer części zamówienia. Nie było to jednak równoważne z obowiązkiem wskazania w tytule przelewu opisu któregokolwiek zadania częściowego. Zatem nawet gdyby powyższe postanowienie odnosić do wadium wnoszonego w innych formach niż pieniężna, to i tak próżno było w nim szukać wymogu opisania w gwarancji wadialnej zakresu zadania częściowego. W tej sytuacji okoliczność, iż w gwarancji wadialnej wskazano, że składana jest ona na zadanie nr 3 – z błędnym doprecyzowaniem zakresu zadania – „zaprojektowanie oraz wykonanie 4 przepławek dla ryb na rzekach Stara Rega i

Brzeźnicka Węgorza", zamiast „3 przepławek" – nie mogło prowadzić do wniosku, iż wadium zabezpiecza ofertę złożoną w innym postępowaniu. Zamawiający w trakcie rozprawy jednoznacznie oświadczył, że nie prowadził równolegle żadnego innego postępowania w ramach projektu „budowa *niebieskiego korytarza ekologicznego wzdłuż rzeki Regi i jej dopływów – budowa przepławek dla ryb w ramach realizowanego programu Life+" – etap II,* które dotyczyłoby rzek Stara Rega czy Brzeźnicka Węgorza. Również okoliczności, w jakich doszło do wskazania w gwarancji błędnej liczby przepławek, nie budziły wątpliwości Izby. Gwarancja wadialna wskazywała na zadanie częściowe nr 3 z zakresem 4 przepławek, który pierwotnie wynikał z SIWZ przed jej modyfikacją z 17 lutego 2016 r.

Notatka służbowa z 10 marca 2016 r., sporządzona przez członków komisji przetargowej zamawiającego (załącznik nr 7 do odpowiedzi na odwołanie), na jaką powoływał się zamawiający, nie stanowiła wystarczającego dowodu dla ustalenia, że

przedstawiciele ubezpieczyciela mieli wyrażać wątpliwości co do skuteczności dokumentu gwarancji. Notatka ta była jedynie dokumentem prywatnym, któremu należało przypisać walor stanowiska strony. W dokumencie tym nie wskazano z imienia ani nazwiska osób, z którymi członkowie komisji mieli się porozumiewać. Nie przytoczono także dokładnego stanowiska tych niezidentyfikowanych osób. Biorąc powyższe pod uwagę, nie mogła ona stanowić wystarczającego dowodu na to, że rzeczywiście jacyś przedstawiciele ubezpieczyciela mieli wyrażać wątpliwości co do skuteczności gwarancji. Jako gołosłowne należało uznać również stanowisko odwołującego, zgodnie z którym osoba ze strony ubezpieczyciela miała wyrażać stanowisko przeciwne. Oświadczenie odwołującego nie zostało poparte żadnym dowodem.

W dalszej kolejności Izba zbadała, czy naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, polegające na bezpodstawnym wykluczeniu odwołującego z udziału w części 3 zamówienia, ma lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Jak wynika z przywoływanego przepisu, ustawodawca zdecydował, że aby odwołanie zostało uwzględnione nie wystarczy wykazanie jakiegokolwiek naruszenia ustawy Pzp. Konieczne jest udowodnienie wystąpienia naruszenia kwalifikowanego, to jest takiego które wpływa lub może wpłynąć istotnie na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła, że naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp polegające na bezpodstawnym wykluczeniu odwołującego z postępowania w zakresie zadania nr 3 nie ma i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że przez wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć wybór danej, konkretnej oferty jako najkorzystniejszej na warunkach w niej określonych (ewentualnie unieważnienie postępowania). W konsekwencji aby odwołanie mogło być uwzględnione, wykazane przez odwołującego naruszenia ustawy Pzp musiałyby wpływać na ten wynik.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że oferta odwołującego w zakresie zadania nr 3 była ofertą mniej korzystną od oferty przystępującego, wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. W rozdziale III części X SIWZ zamawiający postanowił, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie się kierował kryteriami cena (waga kryterium 60 %) i termin (waga kryterium 40 %). Obydwaj wykonawcy, tj. odwołujący i przystępujący, zaoferowali ten sam termin realizacji, tj. 17.10.2016 r. Natomiast jeżeli chodzi o zaoferowane ceny, to przystępujący zaoferował cenę 998.000 zł brutto, zaś odwołujący cenę 1.021.700 zł brutto. W tej sytuacji nawet unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w części

3 zamówienia nie doprowadzi do zmiany wyniku postępowania. Wobec przedstawionej treści ofert przystępującego i odwołującego, w dalszym ciągu najkorzystniejszą pozostanie bowiem oferta wykonawcy przystępującego – Przedsiębiorstwa Usług Hydrotechnicznych A.R.. Dostrzeżenia wymaga, że zamawiający nie uznał zasadności żądania wykluczenia przystępującego, czego odwołujący domagał się dodatkowo w swych pismach kierowanych w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wprawdzie nie odpowiedział odwołującemu

wyraźnie na jego pisma zmierzające do wykluczenia przystępującego, jednakże najpóźniej w trakcie posiedzenia Izby, przed otwarciem rozprawy, odwołujący powziął już jednoznaczną wiadomość, że zamawiający uznaje ofertę przystępującego za prawidłową i nie zgadza się na jego wykluczenie. Zamawiający ustosunkował się bowiem negatywnie do żądania wykluczenia przystępującego w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, którą doręczył odwołującemu w trakcie posiedzenia Izby 18 kwietnia 2016 r., przed otwarciem rozprawy. W tej sytuacji rozstrzygnięcie zamawiającego polegające na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego w części 3 zamówienia nie ulegnie zmianie bez względu na to, czy czynność wykluczenia odwołującego z części 3 zamówienia zostanie unieważniona czy też nie.

Biorąc powyższe pod uwagę, odwołanie podlegało oddaleniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego

stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje *w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.* Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący, to tę stronę postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł oraz koszty dojazdu na posiedzenie Izby w kwocie 640,67 zł na podstawie rachunków i spisu kosztów złożonych do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: ……..…