**Sygn. akt: KIO 1016/17**

**WYROK**
**z dnia 31 maja 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22.05.2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum IDS-BUD S.A., Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A., (ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wodociągi Kościańskie sp. z o.o., (ul. Czempińska 2, 64-000 Kościan)**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: INSTAL WARSZAWA S.A., Seen Technologie Sp. z o.o., (ul. Siennicka 29, 04-394 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: MIKO-TECH Sp. z o.o., HUSAR Budownictwo Inżynieryjne S.A., (ul.** Świerczewskiego **11b, 43-170 Łaziska Górne)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum IDS-BUD S.A., Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A., (ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa)**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania **odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia



---

**Konsorcjum IDS-BUD S.A., Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A., (ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania**

**2.2.** zasądza od **Odwołującego** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum IDS-BUD S.A., Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A., (ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa)** na rzecz **Zamawiającego Wodociągi Kościańskie sp. z o.o., (ul. Czempińska 2, 64-000 Kościan)** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący: ……...**



---

**Sygn. akt: KIO 1016/17**

UZASADNIENIE

Zamawiający Wodociągi Kościańskie Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Rozbudowa i przebudowa oczyszczalni ścieków" dla Miasta Kościana, zlokalizowanej na terenie Gminy Wiejskiej Kościan w miejscowości Kiełczewo (ul. Polna 75), (zadanie realizowane w ramach projektu „Uporządkowanie gospodarki ściekowej i zwiększenie efektywności systemu wodociągowego dla miasta Kościana" dofinansowanego z Programu Infrastruktura i Środowisko 2014-2020, Priorytet II - Ochrona środowiska, w tym adaptacja do zmian klimatu, Działanie 2.3 Gospodarka wodno-ściekowa w aglomeracjach).

Odwołujący IDS-BUD S.A. oraz Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKA S.A., (wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego jako Konsorcjum (zwani dalej Odwołującym), wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, Konsorcjum firm w składzie: Miko-Tech Sp. z o.o. z siedzibą w Łaziskach Górnych oraz HUSAR Budownictwo Inżynieryjne S.A. z siedzibą we Włocławku (zwanych dalej „Konsorcjum Miko-Tech") oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, Konsorcjum firm w składzie: Instal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Seen Technologie Sp, z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanych dalej „Konsorcjum Instal"), pomimo tego, iż wykonawcy ci nie wnieśli prawidłowego wadium, tj. przedłożone przez nich aneksy do gwarancji nie obejmują pełnego okresu związania ofertą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp w zw. z art. 85 ust. 4 Pzp w zw. z art. 182 ust. 6 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Miko -Tech oraz Konsorcjum Instal, pomimo tego, iż zarówno Wykonawca Instal jak Wykonawca Miko-Tech nie przedłużyli wadium na cały okres związania ofertą, tj. przedłożone przez nich aneksy do gwarancji wadialnych nie uwzględniają całego okresu związania ofertą, art. 26 ust. 1 Pzp - poprzez jego błędne zastosowanie w stosunku do Wykonawcy Instal, pomimo tego, że oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona, art. 26 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do Odwołującego, art. 7 ust. 1 Pzp.



---

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert, dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum Miko-Tech oraz Konsorcjum Instal z uwagi na okoliczność nieprzedłużenia przez nich wadium na cały okres związania ofertą, wezwania Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, do złożenia oświadczeń i dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w pkt. 9.3 do 9.5 TOM I SIWZ Instrukcji dla Wykonawców (IDW).
Zgodnie z punktem 13 Tomu I SIWZ Instrukcji dla Wykonawców, Zamawiający żądał wniesienia wadium w wysokości 900.000,00 zł. W punkcie 15 Instrukcji dla Wykonawców, Zamawiający określił postanowienia dotyczące terminu związania ofertą. Termin związania ofertą wynosi 60 dni. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.
Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.
Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.
Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 13.02.2017r. W związku z powyższym, pierwotny termin związania ofertą upływał w dniu 13.04.2017r.

W dniu 08.03.2017r. Zamawiający przekazał informację o dokonaniu oceny ofert. W dniu 20.03.2017r. zarówno Odwołujący jak i Wykonawca Instal wnieśli odwołanie od czynności

Zamawiającego, podjętych w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których to czynnościach Zamawiający poinformował w dniu 08.03.2017r. Wykonawca Miko-Tech przystąpił do obu odwołań. W dniu 24.03.2017r. odwołujący jak i uczestnicy postępowania zostali poinformowani, iż posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej, na którym zostaną rozpatrzone odwołania wniesione przez Odwołującego i Wykonawcę Instal, odbędzie się w dniu 04.04.2017r. Tego samego dnia, tj. 04.04.2017r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie odwołań wniesionych przez Odwołującego i Wykonawcę Instal. Odwołujący wskazał, że na podstawie art. 182 ust. 6 Pzp, termin związania ofertą uległ zawieszeniu od dnia 20.03.2017r. do 04.04.2017r., w konsekwencji czego pierwotny okres związania ofertą uległ wydłużeniu do dnia 29.04.2017r.



---

W dniu 20.03.2017r. Zamawiający wezwał wykonawców do wyrażenia zgody na przedłużenie o 60 dni terminu związania ofertą. W odpowiedzi na powyższe:
- Wykonawca Instal w dniu 27.03.2017r. złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o okres 60 dni, jednocześnie przedkładając aneks nr 1 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG09/0023/17/0002, który wydłużał termin obowiązywania gwarancji do dnia 19.06.2017r.
- Wykonawca Miko-Tech w dniu 28.03.2017r. złożył oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, jednocześnie przedkładając aneks nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium.
Zdaniem Odwołującego, zarówno Wykonawca Instal jak i Wykonawca Miko-Tech przedłużyli termin związania ofertą do dnia 28.06.2017r. (13.02.2017r. + 60 dni pierwotnego terminu związania ofertą +16 dni zawieszenia biegu związania ofertą + 60 dni wydłużonego terminu związania ofertą). Dlatego też wniesione przez nich wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowych, nie zabezpiecza całego okresu związania ofertą i jako takie powinno być traktowane jako niewniesione bądź wniesione nieprawidłowo.

Odwołujący wskazał także, że: Zamawiający wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą na 24 dni przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą, przesyłając jednocześnie informację o wniesionych odwołaniach - w związku z czym wszyscy wykonawcy mieli pełną świadomość tego, iż bieg okresu związania ofertą uległ zawieszaniu w dniu 20.03.2017r. Zamawiający nie wyznaczył żadnego terminu, w którym wykonawcy mieli potwierdzić wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, w związku z czym stosowne oświadczenie mogło zostać złożone do dnia 13.04.2017r. Zarówno Wykonawca Instal (odwołujący w sprawie KIO 537/17 oraz uczestnik postępowania w sprawie KIO 540/17) jak i Wykonawca Miko-Tech (uczestnik postępowania w sprawie KIO 537/14 oraz w sprawie KIO 540/17) mieli pełną świadomość tego, na jaki dzień wyznaczone zostało posiedzenie Krajowej Izby Odwoławczej oraz ogłoszenie orzeczenia (tj. 04.04.2017r., czyli na 10 dni przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą).

Odwołujący w argumentacji podniósł, że Wykonawcy są zobowiązani do ciągłego zabezpieczenia oferty poprzez złożone wadium. Istotą przedłużenia okresu ważności wadium, jest zapewnienie zabezpieczenia oferty wadium na przedłużony okres związania ofertą. Skoro wniesienie wadium stanowi zabezpieczenie ciążącego na wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, to czas jego wniesienia (okres jego ważności) nie może być krótszy niż okres związania wykonawcy ofertą. Warunek uczestnictwa, jakim jest wniesienie wadium w określonej wysokości, musi być spełniony przez wykonawcę od chwili otwarcia ofert przez cały okres związania ofertą aż do zawarcia umowy, z wyjątkiem regulacji art. 46



---

ust. 1 i ust. 3 p.z.p. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b p.z.p. kreuje dla zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, który nie wniósł wadium lub wniósł je w sposób nieprawidłowy. Oznacza to, że podstawą odrzucenia oferty jest taka sytuacja, w której oferta nie pozostaje zabezpieczona wadium w czasie, w którym wykonawca pozostaje związany ofertą lub też to zabezpieczenie jest niewłaściwe.
W konkluzji Odwołujący stwierdził, że Wykonawcy Instal i Miko-Tech mieli obowiązek przedłożenia gwarancji obowiązujących do dnia 28.06.2017r. a skoro tego nie uczynili, ich oferty winny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Zamawiający może zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres nie dłuższy niż 60 dni.
Izba ustaliła, że bezsporny pomiędzy stronami jest fakt, że pierwotny termin związania ofertą upływał w dniu 13 kwietnia 2017 r.
Wykonawca Konsorcjum Instal złożył oświadczenie o treści: „Działając w imieniu Wykonawcy tj. konsorcjum firm: Instal Warszawa S.A. (lider konsorcjum), Seen Technolgie sp. z o.o. (partner konsorcjum), w odpowiedzi na Państwa pismo z dnia 20.03.2017 r. dot. wezwania do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, informujemy, przedłużamy termin związania ofertą o okres 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium.” Wykonawca Konsorcjum Miko – Tech złożył oświadczenie: „W odpowiedzi na wezwanie z dnia 20.03.2017 r. w imieniu konsorcjum Miko-Tech sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz Husar Budownictwo Inżynieryjne S.A. (partner konsorcjum), wyrażam zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni. Jednocześnie wraz z niniejszym pismem przedkładam oryginał Aneksu nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium (…), który przedłuża ważność wniesionego przez konsorcjum wadium o 60 dni.”



---

Istotą w niniejszej sprawie jest fakt, że Wykonawcy Konsorcjum Instal i Konsorcjum Miko-Tech przedłużyli termin związania ofertą o 60 dni. Co istotne, dokonali przedłużenia terminu związania ofertą, nie limitując tego żadną datą. Nadto, Wykonawcy dokonali przedłużenia terminu związania ofertą o okres 60 dni wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. Dokonali zatem prawidłowej czynności. Cały okres związania ofertą był zabezpieczony wadium.

Należy podkreślić, że okres 60 dni nie może być dłuższy, gdyż taki maksymalny termin został przewidziany w art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający może zatem żądać przedłużenia terminu związania ofertą jedynie o 60 dni. Termin 15 dodatkowych dni w niniejszym postępowaniu wynika jedynie z okresu zawieszenia biegu terminu związania ofertą, czego Zamawiający nie ma obowiązku uwzględniać, kierując do wykonawców wniosek na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Trafnie zauważył Przystępujący Konsorcjum Instal, że gdyby Zamawiający zwracał się o przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni plus czas zawieszenia biegu terminu związania ofertą, to w istocie wymagałby przedłużenia ważności ofert o okres 75 dni (60 dni + 15 dni zawieszenia), co byłoby niezgodne z art. 85 ust. 2 Prawo zamówień publicznych.

Izba miała na uwadze fakt, że Wykonawcy nie mieli i nie mogli mieć wiedzy, na jak długi czas zostanie zawieszony bieg terminu związania ofertą na skutek wniesienia odwołania. W chwili zatem złożenia oświadczenia o terminie związania ofertą, Wykonawcy zabezpieczyli ofertę wadium łącznie z terminem okresu związania ofertą.
Należy także podkreślić, że wykonawca w chwili składania oświadczenia nie mógł wiedzieć, kiedy zostanie wydany wyrok w sprawie. Należy mieć na uwadze, że wyznaczenie terminu rozprawy nie oznacza, że wyrok zostanie wydany tego dnia. Zgodnie z art. 196 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza może odroczyć ogłoszenie orzeczenia na czas nie dłuższy niż 5 dni. Zatem nawet gdyby wykonawca miał wiedzę (w chwili składania oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą) o terminie posiedzenia i rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, to nie miał żadnej wiedzy o terminie wydania wyroku. A ten właśnie termin jest końcem zawieszenia biegu terminu związania ofertą. W niniejszym postępowaniu, Odwołujący ocenia sytuację z chwili wyboru

oferty najkorzystniejszej, a zatem Odwołujący posiada już wiedzę, kiedy zapadł wyrok KIO (tak się akurat złożyło, że był to ten sam dzień, w którym odbyła się rozprawa z udziałem stron postępowania). W chwili składania oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, Wykonawcy nie mieli wiedzy, kiedy zapadnie wyrok. W przypadku zawieszenia biegu terminu związania ofertą, ani Wykonawcy, ani Zamawiający nie mogą z góry przewidzieć ile potrwa okres zawieszenia postępowania, a w konsekwencji, nie mogą z góry przewidzieć,



kiedy finalnie upłynie termin związania ofertą (data kalendarzowa). Powyższe uniemożliwia wniesienie wadium w taki sposób, który na pewno będzie odpowiadał przyszłemu, nieznanemu jeszcze w momencie dokonania czynności, stanowi faktycznemu i prawnemu.

W ocenie Izby, w świetle powyższego, marginalne znaczenie ma okoliczność, kiedy Wykonawcy otrzymali wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą. Zamawiający w dniu 20.03.2017 r. e-mailem z godz. 11:00, wezwał Przystępującego Konsorcjum Instal o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium. Nie jest prawdą, aby wezwanie do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni nastąpiło w tym samym piśmie, w którym Zamawiający poinformował Przystępującego o wniesieniu odwołania przez konsorcjum IDS-BUD i PeBeKa. Nie jest prawdą, aby Zamawiający wezwał wykonawców do przedłużenia ważności wadium na okres związania ofertą, obejmujący czas zawieszenia biegu terminu związania ofertą.
Trafnie zauważyli Zamawiający i Przystępujący Instal, że ustawodawca ustanowił art. 184 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający, nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium, wzywa wykonawców, pod rygorem wykluczenia z postępowania, do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Jeżeli odwołanie wniesiono po wyborze oferty najkorzystniejszej, wezwanie kieruje się jedynie do wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. Celem powyższego przepisu jest usunięcie rozbieżności pomiędzy terminem związania ofertą a terminem ważności wadium. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek podjęcia określonych działań przed upływem ważności wadium.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 85 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Przedłużenie terminu związania ofertą jest czynnością prawną jednostronną, oświadczeniem woli wykonawcy. Art. 85 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi jedynie, że przedłużając termin związania ofertą należy jednocześnie przedłużyć ważność wadium na przedłużony okres związania ofertą. Takich czynności dokonali wykonawcy Konsorcjum Instal i Konsorcjum Miko – Tech.
Powyższe oznacza, że zarówno oferta Konsorcjum Instal, jak i oferta Konsorcjum Miko-Tech, były prawidłowo zabezpieczone wadium i tym samym Zamawiający nie naruszył art. 85 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W konsekwencji należy uznać, że Zamawiający nie



naruszył art. 26 ust. 1 Pzp poprzez jego zastosowanie w stosunku do Wykonawcy Instal i wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający nie naruszył także art. 26 ust. 1 Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów; a także Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1

rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

**……**