

**Sygn. akt KIO/UZP 759/10**

**WYROK**  
**z dnia 14 maja 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Członkowie: Emil Kawa**  
**Piotr Kozłowski**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 maja 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Firmę Budowlano-Drogową MTM Spółka Akcyjna 81-038 Gdańsk, ul. Hutnicza 35** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Gminy Puck, 84-100 Puck, ul. 10 Lutego 29**, protestu z dnia **13 kwietnia 2009 r.**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Firmę Budowlano-Drogową MTM Spółka Akcyjna, 81-038 Gdańsk, ul. Hutnicza 35** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawcę **Firmę Budowlano-Drogową MTM Spółka Akcyjna, 81-038 Gdańsk, ul. Hutnicza 35**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Firmy Budowlano-Drogowej MTM Spółka Akcyjna, 81-038 Gdańsk, ul. Hutnicza 35**

#### **Uzasadnienie**

Zamawiający Urząd Gminy Puck, ul. 10 lutego 29, 84-100 Puck wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Budowa ścieżki rowerowej na trasie linii kolejowej Swarzewo-Krokowa”. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91 i poz. 742), zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

**18.11.2009 r.** zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. 398076.

**07.12.2009 r.** zamawiający zamieścił ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. 233373.

**06.04.2010 r.** zamawiający zawiadomił Firmę Budowlano-Drogową MTM S.A. z siedzibą w Gdyni o:

- 1) wykluczeniu z postępowania, gdyż od 14 lutego do 11 marca 2010 roku, oferta wykonawcy nie była zabezpieczona wadium;
- 2) unieważnieniu postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu (zamawiający stwierdził, że wykluczył ofertę i w związku z wykluczeniem odrzucił ofertę oraz powołał się na art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp).

**13.04.2010 r.** wykonawca Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. z siedzibą w Gdyni wniósł protest na:

- 1) wykluczenie protestującego;
- 2) unieważnienie postępowania.

Zdaniem protestującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 4 Pzp;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp;
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Protestujący wniósł o:

- 1) uchylenie czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia oferty protestującego;
- 3) unieważnienie czynności odrzucenia oferty protestującego

ewentualnie o:

- 4) uchylenie czynności unieważnienia postępowania;
- 5) unieważnienie czynności wykluczenia protestującego i uznania oferty wykonawcy za odrzuconą.

Argumentacja protestującego:

Podstawę protestu stanowi fakt, że zamawiający dokonał czynności „wykluczenia oferty”, która to czynność nie jest przewidziana ustawą, a ponadto jako podstawę prawną dokonanej czynności wykluczenia wskazał art. 24 ust. 1 pkt 4 Pzp nakazujący wykluczenie z postępowania wykonawcy – osoby fizycznej skazanej prawomocnym wyrokiem za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia [...]. Z uwagi na to, że nie zostały spełnione przesłanki przewidziane ww. przepisem brak było podstaw do wykluczenia, a w konsekwencji nieuzasadnionym było także unieważnienie postępowania. Treść uzasadnienia zawartego w piśmie zamawiającego z dnia 6 kwietnia 2010 r. powołującego się na Aneks nr 1/2010 oraz Aneks nr 2/2010 do Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium może wskazywać, że zamawiający pomimo błędnego określenia dokonanej czynności oraz przytoczenia błędnej podstawy prawnej, zamierzał wykluczyć protestującego

uznając, że spełnione zostały ustawowe przesłanki wykluczenia. Takie stanowisko zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy, a w szczególności art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, w którego świetle z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium w tym również na przedłużony okres związania ofertą lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Protestujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej z 9 grudnia 2009 r. obejmującą okres od 15 grudnia 2009 r. do 14 stycznia 2010 r. Następnie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 12 stycznia 2010 r. do przedłużenia ważności wadium, złożył aneks nr 1/2010 zmieniający termin obowiązywania gwarancji z **od 15 grudnia 2009 r. do 14 stycznia 2010 r. na od 15 grudnia 2009 r. do 13 lutego 2010 r.**

Wezwanie zamawiającego do przedłużenia wadium nie wskazywało terminu, do którego należy przedłużyć obowiązywanie wadium.

11 marca 2010 r. protestujący złożył kolejny aneks do gwarancji ubezpieczeniowej GWo/16bz/09-031, którym dokonano zmiany obowiązywania wadium w taki sposób, że obowiązywało ono od 15 grudnia 2009. do 15 kwietnia 2010 r.

Tym samym zachowano ciągłość obowiązywania gwarancji i objęto wadium cały okres związania ofertą.

Żaden z przepisów ustawy nie przewiduje terminów, w jakich należy wnieść przedłużone wadium, istotnym jest jedynie aby obejmowało ono swym zakresem cały okres związania ofertą. W rozpoznawanej sprawie przesłanka ta została spełniona.

Ponadto odwołując się do *ratio legis* przepisów dotyczących wnoszenia wadium protestujący wskazał, że wadium zabezpiecza zamawiającego przed niesolidnością wykonawcy, który mógłby odmówić podpisania umowy.

Po dokonaniu przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty fakt, że wykonawca, którego oferta nie została wybrana złożył zamawiającemu dokument przedłużający wadium już po upływie ważności dotychczasowego wadium w żaden sposób nie zagraża interesowi zamawiającego.

O zasadności powyższych twierdzeń świadczy dobitnie kierunek przeprowadzonej nowelizacji art. 46 ust. 1 Pzp, dokonanej ustawą o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 r. (Dz. U. Nr 206 poz. 1591), w myśl której wykonawcy, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza nie przedłużają wadium. Zamawiający zwraca bowiem wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana.

**14.04.2010 r.** zamawiający powiadomił wykonawców faksem o wniesieniu protestu.

**21.04.2010 r.** zamawiający oddalił protest w całości.

Argumentacja zamawiającego:

Zamawiający wyjaśnia, że nastąpił błąd drukarski w podaniu podstawy wykluczenia oferty z postępowania; podano art. 24 ust. 1 pkt 4 Pzp, a winno być art. 24, ust. 2 pkt 4 Pzp tj. z postępowania wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania z ofertą lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Protestujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej z 9 grudnia 2009 r., która obejmowała okres od 15 grudnia 2009 r. do 14 stycznia 2010 r.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, protestujący złożył aneks nr 1/2010 zmieniający termin obowiązywania gwarancji do 13 lutego 2010 r., kolejny Aneks do gwarancji ubezpieczeniowej złożono 11 marca 2010 r. zmieniający termin obowiązywania gwarancji do 15 kwietnia 2010 r. W okresie od 13 lutego 2010 r. do 11 marca 2010 r. oferta nie była zabezpieczona wadium.

Zamawiający pismem z 12 stycznia 2010 r. wezwał do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu pod rygorem wykluczenia z postępowania. Zamawiający nie mógł podać dokładnej daty, ponieważ uzależniona była ona od wyznaczenia daty rozpatrzenia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Odwołanie wniósł obecny protestujący i tak samo jak zamawiający oczekiwał na wyznaczenie daty rozpatrzenia odwołania.

**26.04.2010 r.** wykonawca Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. z siedzibą w Gdyni złożył odwołanie.

Odwołujący przytoczył nowe argumenty:

Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej GWo/16bz/09-031 z 9 grudnia 2009 r. obejmującej okres od 15 grudnia 2009 r. do 14 stycznia 2010 r. Następnie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 12 stycznia 2010 r. do przedłużenia ważności wadium, złożył aneks nr 1/2010 zmieniający termin obowiązywania gwarancji na: od 15 grudnia 2009 r. do 13 lutego 2010 r. Wezwanie zamawiającego do przedłużenia wadium nie wskazywało terminu, do którego należy przedłużyć obowiązywanie wadium. W dniu 11 marca 2010 r. protestujący złożył kolejny aneks nr 2/2010 do gwarancji ubezpieczeniowej GWo/16bz/09-031, którym dokonano zmiany obowiązywania wadium w taki sposób, że obowiązywało ono od 15 grudnia 2009 r. do 15 kwietnia 2010 r., a 14 kwietnia 2010 r. złożono aneks nr 3/2010 obowiązujący do 15 czerwca 2010 r. Tym samym zachowano ciągłość obowiązywania gwarancji.

Dla rozstrzygnięcia zasadności wniesienia odwołania istotnym jest, że:

- gwarancja ubezpieczeniowa – stanowiąca zabezpieczenie wniesienia wadium została złożona w terminie określonym w ustępie 12.8 specyfikacji;
- gwarancja ubezpieczeniowa na podstawie złożonych kolejnych aneksów objęła także przedłużony okres związania ofertą;
- w dacie decyzji wykluczenia z postępowania i unieważnienia postępowania, gwarancja ubezpieczeniowa obejmowała cały okres od wniesienia oferty do wykluczenia wykonawcy.

Przesłanki zatrzymania wadium określa art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Zgodnie z art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, w sprawie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub pełnomocnictw nie złożył wymaganych dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, a także jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Gdy po dokonaniu przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty fakt, że wykonawca, którego oferta nie została wybrana złożył zamawiającemu dokument przedłużający wadium już po upływie ważności dotychczasowego wadium, w żaden sposób nie zagrażał interesowi zamawiającego. O zasadności powyższych twierdzeń świadczy dobitnie kierunek przeprowadzonej nowelizacji art. 46 ust. 1 Pzp, w myśl której wykonawcy, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza nie przedłużają wadium. Zamawiający zwraca bowiem wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy którego oferta została wybrana. W takiej sytuacji wykluczenie odwołującego stanowiło przejaw nadmiernego formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który to formalizm w świetle utrwalonego orzecznictwa KIO nie może być celem samym w sobie, ale ma służyć realizacji zasad Prawa zamówień publicznych. Dlatego przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (wyrok KIO z 11 sierpnia 2008 r. sygn. KIO/UZP 777/08).

Podstawowy cel jakim była ochrona interesu Zamawiającego na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 46 ust. 4a) oraz na etapie podpisywania umowy (art. 46 ust. 5 Pzp) był i będzie spełniony, pomimo, iż termin ważności gwarancji ubezpieczeniowej GWo/16bz/09-031 z 9 grudnia 2009 r. obejmujący okres od 15 grudnia 2009 r. do 13 lutego 2010 r. przedłużony został Aneksem nr 2/2010 na dalszy okres dopiero 11 marca 2010 r.

Z ostrożności odwołujący wskazuje, że dokonując 11 marca 2010 r. i 14 kwietnia 2010 r. przedłużenia ważności wadium, dokonał jednocześnie w sposób dorozumiany przedłużenia terminu związania ofertą. Ustawodawca jedynie w przypadku przedłużania przez wykonawców terminu związania ofertą na wniosek zamawiającego wymaga złożenia przez

nich odrębnego oświadczenia, tj. zgody na takie przedłużenie. W przypadku zaś działania wykonawcy z własnej inicjatywy, jak to miało miejsce w postępowaniu – dopuszczalne jest wyrażenie woli wykonawcy przedłużenia terminu związania ofertą przez przedłużenie ważności wadium. Wówczas termin związania ofert jest tożsamy z terminem ważności wadium (tak samo wyrok KIO z 21 lipca 2009 r. KIO/UZP 845/09).

**Na podstawie dokumentacji postępowania, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron zaprezentowane w proteście, oddaleniu protestu i odwołaniu – skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Zamawiający nie posiadał informacji o zabezpieczeniu oferty odwołującego przez wadium od 14 lutego do 11 marca 2010 r. Ponadto w okresie od 14 lutego do 10 marca 2010 r. oferta odwołującego nie była zabezpieczona wadium, co wynika z treści § 1 »Aneksu nr 2/2010 do Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr GWo/16bz/09-031 z dnia 09 grudnia 2009 r.« wystawionego 10 marca 2010 r., cyt.: »Zmianie ulega § 3 pkt 1 w brzmieniu: „Gwarancja obowiązuje od dnia 15 grudnia 2009 r. do dnia 13 lutego 2010 r. włącznie [...]” i otrzymuje następujące brzmienie: „Gwarancja obowiązuje od dnia 15 grudnia 2009 r. do dnia 15 kwietnia 2010 r. włącznie [...]”.

Wobec treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp (w brzmieniu obowiązującym dla postępowania) z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą, zamawiający miał obowiązek wykluczyć odwołującego z postępowania w każdym momencie postępowania. Art. 46 ust. 3 Pzp dopuszcza możliwość ponownego żądania wniesienia wadium i dopuszczenia jego wniesienia tylko w jednym przypadku, cyt. „Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawców, którym zwrócono wadium na podstawie ust. 2 pkt 2 i 3, jeżeli w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu unieważniono czynność wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty”. W rozpoznawanym przypadku nie wystąpiła taka okoliczność, gdyż zamawiający nie tylko nie zwrócił odwołującemu wadium, a przeciwnie – wezwał zamawiającego do przedłużenia wadium, chociaż w wezwaniu nie wskazał terminu, do którego należy przedłużyć obowiązywanie wadium.

Po stwierdzeniu, że zamawiający nie posiadał informacji o zabezpieczeniu oferty odwołującego przez wadium od 14 lutego do 11 marca 2010 r. (dodatkowo w okresie od 14 lutego do 10 marca 2010 r. oferta odwołującego nie była zabezpieczona wadium) i w związku z tym zamawiający miał obowiązek zastosować się do przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Wobec konieczności wykluczenia odwołującego z postępowania zamawiający miał obowiązek uznania oferty odwołującego za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp). Ponadto ze względu na konieczność odrzucenia drugiej oferty, a w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty, powstała konieczność unieważnienia postępowania unormowana w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Skład orzekający Izby zaznacza, że zamawiający w piśmie z 06.04.2010 r. właściwie wskazał uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty odwołującego i omyłka zamawiającego nie stanowiła żadnego utrudnienia w zrozumieniu treści przekazu przez odwołującego. W przypadku omyłek zamawiającego, zamawiający ma możliwość ich usunięcia z postępowania powtarzając czynność bądź wysyłając pismo o właściwej treści. Zamawiający przyznał w tym zakresie rację odwołującemu ustnie do protokołu podczas rozprawy. Jednak pomyłka ta nie wpłynęła ani jej naprawienie nie mogą wpłynąć na wynik postępowania.

Skład orzekający Izby nie brał pod uwagę przedstawionych orzeczeń, gdyż nie były one wydane w stanach faktycznych analogicznych do rozpatrywanego.

W postępowaniu nie doszło do sytuacji, w której zamawiający miałby zatrzymać wadium, dlatego skład orzekający Izby nie brał pod uwagę argumentacji odwołującego w sprawie zatrzymania wadium. Tym niemniej Izba stwierdza, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 4, a w sytuacji prawnej po nowelizacji art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, w nawiązaniu do art. 26 ust. 3 i art. 46 ust. 3 Pzp nie dopuszcza do uzupełnienia wadium w innej sytuacji niż określona właśnie w art. 46 ust. 3 Pzp, jako wyjątek nie mogący być interpretowany rozszerzająco, co zostało wykazane wyżej.

Z przytoczonych powodów Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a 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 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....