

**WYROK**

**z dnia 20 marca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2013 r. przez **Beryl Med Limited w Londynie** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu**

**orzeka:**

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Wojewódzkiemu Szpitalowi Zespolonemu w Elblągu** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Pakietów 17, 121 i 138, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie Pakietów 32, 133, 175, 186, 201, unieważnienie czynności wykluczenia i odrzucenia oferty **Beryl Med Limited w Londynie** w zakresie Pakietów 17, 32, 121, 133, 138, 175, 186, 201 i dokonanie ponownej oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Beryl Med Limited w Londynie** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od **Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu** kwotę **17 000 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Elblągu**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Zespolony w Elblągu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu medycznego jednorazowego i wielorazowego użytku w 207 pakietach w okresie 18 miesięcy dla potrzeb Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Elblągu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 5 marca 2013 roku Beryl Med Ltd. w Londynie (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, zarzucając zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji poprzez stosowanie kryteriów oceny gwarancji wadialnych w odniesieniu do wadium wnoszonego w pieniądzu, przeprowadzenie badania i oceny ofert wykonawców w sposób uniemożliwiający prawidłową ich ocenę w oparciu o obiektywne kryteria zawarte w SIWZ, nieuprawnione wykluczenie odwołującego z postępowania w zakresie Pakietów nr 17, 32, 121, 133, 138, 175, 186, 201, oraz udzielenie zamówienia wykonawcom wybranym z naruszeniem przepisów ustawy w zakresie Pakietów nr 17, 121 i 138;
2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 poprzez nieuprawnione wykluczenie odwołującego z postępowania w zakresie Pakietów nr 17, 32, 121, 133, 138, 175, 186, 201, poprzez uznanie, iż odwołujący się nie wniósł wadium lub nie przedłużył okresu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą, pomimo braku podstawy prawnej i faktycznej dla dokonania tej czynności;
3. naruszenie art. 85 ust. 4, art. 87 ust. 1, art. 65 ust. 1 i 2, art. 56 k.c. w z w. z art. ustawy Pzp poprzez:
  - 1) wadliwą wykładnię, polegającą na sprowadzeniu wymogu jednoczesnego przedłużenia okresu ważności wadium wraz z oświadczeniem o przedłużeniu terminu związania ofertą, tylko i wyłącznie do wymogu czynności technicznej (formalnej) z pominięciem wykładni celowościowej art. 85 ust. 4 wynik której prowadzi do wniosku, iż *ratio* obowiązku jednoczesnego przedłużenia wadium lub jego ponownego wniesienia wraz z oświadczeniem o przedłużeniu terminu związania ofertą, jest ciągłość zabezpieczenia oferty

wadium w całym okresie związania ofertą, w tym uprawnienia zamawiającego do zatrzymania wadium w przypadku zaistnienia przesłanek z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, przy pominięciu faktu dysponowania przez zamawiającego - zarówno w dniu przedłużenia przez odwołującego się terminu związania ofertą, jak również w dniu wykluczenia odwołującego się z postępowania - należycie wniesionym przez odwołującego się wadium;

2) przyjęcie przez zamawiającego, iż odwołujący się: „przesłał zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą bez jednoczesnego przedłużenia okresu ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą”, z naruszeniem zasad wykładni oświadczenia woli odwołującego się: „Zgodnie z art. 85 ust 4 ustawy Pzp: wyrażamy zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą na okres 60 dni do 20 03.2013 r.”, w oparciu o zasady prawa cywilnego, do których wprost odsyła art. 14 ustawy Pzp, podczas gdy oferta - zarówno w dniu przedłużenia terminu związania ofertą jak i w dniu wykluczenia odwołującego się była zabezpieczona wadium (odwołujący nie występował o zwrot wadium);

3) nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny całości oferty odwołującego się i w konsekwencji przyjęcie, iż wadium złożone przez odwołującego się nie zabezpiecza potencjalnych roszczeń zamawiającego;

4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania takiej czynności w postępowaniu;

5. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta odwołującego jako zgodna z SIWZ jest najkorzystniejszą ofertą złożoną w zakresie Pakietów 17,121 i 138 i nie podlega odrzuceniu;

6. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 poprzez zastosowanie przepisu i unieważnienie postępowania w zakresie Pakietów nr 32,133,175,186,201 pomimo nie zaistnienia ku temu przesłanek.

Odwołujący się wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Pakietów 17, 121 i 138;

2. unieważnienie czynności z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie Pakietów nr 32, 133, 175, 186, 201;

3. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp
4. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego się w zakresie nr 17, 32, 121, 133, 138, 175, 186, 201 i jej przywrócenie do postępowania;
5. unieważnienia czynności uznania, że odwołujący się naruszył art. 85 ust. 4 ustawy Pzp
6. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
7. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania oferty odwołującego się w zakresie Pakietów nr 17, 32, 121, 133, 138, 175, 186, 201, jako najkorzystniejszej; względnie, z daleko idącej ostrożności procesowej nakazanie zamawiającemu:
  1. wezwania odwołującego się na podstawie art. 87 ust. 1 do złożenia wyjaśnień oferty w zakresie złożonego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i wadium;
  2. wezwania odwołującego się do ponownego wniesienia wadium na podstawie art. 46 ust. 3 ustawy Pzp

Ponadto odwołujący się wniósł o:

1. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego się zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie;
2. zobowiązanie zamawiającego do złożenia do akt sprawy poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii dokumentacji przetargowej będącej w jego posiadaniu celem przeprowadzenia dowodu na okoliczności objęte zarzutami odwołania;
3. przeprowadzenie dowodów powołanych w uzasadnieniu odwołania;
4. w przypadku kwestionowania przez Zamawiającego daty doręczenia odwołującemu informacji o czynnościach stanowiących podstawę niniejszego odwołania - zobowiązanie zamawiającego do złożenia do akt sprawy poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii dokumentu zwrotnego potwierdzenia odbioru przez odwołującego się zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wraz z informacją o wykluczeniu odwołującej z postępowania, nadanej w formie przesyłki poleconej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego kosztami postępowania, zgodnie z przedłożoną fakturą.

Zamawiający wskazał, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie z następujących przyczyn:

- 1) Pismem z dnia 7 stycznia 2013 roku zamawiający zwrócił się o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie pakietów 17, 24 i 138. Odwołujący się nie wywiązał się z tego obowiązku i dlatego nie ma interesu prawnego, ponieważ jeżeli zostanie przywrócony do postępowania, to oferta zostanie odrzucona.
- 2) Pismem z dnia 7 stycznia 2013 roku zamawiający zwrócił się o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do 20.03.2013 roku wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub wniesieniem nowego wadium w trybie art. 85 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący się tego nie uczynił, wywodząc w odwołaniu, że samo przedłużenie okresu związania ofertą jest wystarczające bez konieczności składania dodatkowego oświadczenia o przedłużeniu ważności wadium. Taka interpretacja narusza postanowienia art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, która wymaga jednoczesnego przedłużenia terminu związania ofertą i przedłużenia okresu ważności wadium.
- 3) Odwołujący się nie ma interesu prawnego w zakresie Pakietów 18, 54, 127 i 177, gdyż jego oferta nie była ofertą najkorzystniejszą wg kryterium – cena 100%.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Odwołujący się przystąpił do postępowania składając w dniu 20 listopada 2012 r. ofertę. Zgodnie z § 8 w z w. z § 6.8 pkt 7 SIWZ, wymagane przez zamawiającego wadium w kwocie 3.796,00 zł zostało wniesione w pieniądzu na rachunek bankowy zamawiającego.

W dniu 7 stycznia 2013 r. zamawiający przesłał poprzez firmę kurierską pismo do odwołującego się, w którym zwrócił się do wykonawcy o przedłużenie terminu związania ofertą oraz o uzupełnienie dokumentów dla pakietów 17, 24 i 138. Kurier próbował doręczyć przesyłkę trzykrotnie, tj. w dniu 8, 9 i 10 stycznia 2013 r. około godziny 12:00-13:00. W piśmie poinformował, że przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Odwołujący się w piśmie datowanym na dzień 17.01.2013 r., złożonym w siedzibie zamawiającego w dn. 18.01.2013 r. oświadczył: „Zgodnie z art 85 ust 4 ustawy pzp: wyrażamy zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą na okres 60 dni do 20 03.2013r.”.

Pismem datowanym na dzień 19 lutego 2013 r., doręczonym odwołującemu się dnia 22 lutego 2013r., zamawiający zawiadomił odwołującego się o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania oraz o unieważnieniu postępowania, w tym o wyborze w zakresie Pakietów nr 17, 121 i 138 ofert wykonawców: odpowiednio - Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. z siedzibą w Toruniu; jako najkorzystniejszych. Zamawiający, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wykluczył odwołującego z postępowania w zakresie Pakietów nr 17,18, 24, 32, 54,121, 127,133, 138,175, 177 186, 201 i unieważnił postępowanie w zakresie Pakietów nr 32,133,175,186 oraz 201 na podstawie art. 93 ust. 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W treści zawiadomienia zamawiający poinformował odwołującego się o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż wykonawca, przedłużając na wezwanie zamawiającego termin związania ofertą, nie przedłużył jednocześnie terminu ważności wadium jak również nie wniósł nowego wadium.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się ma interes we wnoszeniu środków prawnych w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotą postępowania jest rozstrzygnięcie, czy odwołujący się, dla skuteczności przedłużenia terminu związania ofertą, winien był również złożyć oświadczenie o przedłużeniu ważności wadium wniesionego w pieniądzu i w momencie składania oświadczenia o terminie związania ofertą znajdującego się na rachunku bankowym zamawiającego.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi europejskie, czyli kwoty wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, zamawiający obowiązany jest żądać od wykonawców wniesienia wadium. Obowiązek taki wynika z treści przepisu art. 45 ust. 1 ustawy Pzp i z użytego tam przez ustawodawcę sformułowania „Zamawiający żąda”. Żądanie wniesienia wadium, w myśl ust. 2 tegoż artykułu, nie jest obowiązkowe w przypadku, gdy wartość zamówienia nie przekracza „progów europejskich”. Zamawiający może wówczas – wedle swojego uznania – żądać wniesienia wadium lub odstąpić od takiego żądania.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji wadium. Definicja taka zawarta jest natomiast w przepisach Kodeksu cywilnego. I tak pod pojęciem wadium, w myśl art. 70<sup>4</sup> § 1 K.c., należy rozumieć bądź określoną sumę pieniędzy, którą przystępujący do aukcji lub przetargu obowiązany jest wpłacić organizatorowi, bądź odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty. Definicja ta oddaje istotę wadium również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarówno na gruncie Kodeksu cywilnego, jak i ustawy Pzp, rolą wadium jest zabezpieczenie zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą. W związku z rolą, jaką odgrywa wadium, musi ono być ważne przez cały okres związania ofertą.

Obowiązek wnoszenia wadium na cały okres związania ofertą można wywieść z wielu przepisów ustawy Pzp. I tak, wskazane w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp przypadki dotyczą czynności związanych z zawarciem umowy, względnie z niemożliwością dokonania tej czynności z przyczyn, za który odpowiedzialny jest wybrany wykonawca. Do zawarcia umowy dochodzi na ogół w terminie związania ofertą, zatem w przypadku, gdyby w całym tym okresie oferta nie była zabezpieczona wadium, zamawiający nie mógłby skorzystać z wynikającego z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp uprawnienia, o ile zaszłyby jedna z okoliczności wskazanych w tym artykule.

Powyższym celom służy także wynikające z art. 36 ust. 3 ustawy Pzp uprawnienie zamawiającego do żądania ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Stanowisko takie uzasadnia również treść art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Czynności polegające na wzywaniu wykonawców do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokonywane są przez zamawiającego w toku postępowania na etapie



oceny ofert, czyli bez wątplenia w terminie związania ofertą. Zamawiający nie mógłby więc skorzystać z uprawnienia do zatrzymania wadium w okolicznościach, o których mowa w art. 46 ust. 4a, gdyby okazało się, że mimo aktualnego terminu związania ofertą upłynął termin zabezpieczenia wadium wniesionego w innej formie aniżeli w pieniądzu.

Zgodnie z art. 85 ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp, przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Ustawodawca ustanowił obowiązek wniesienia wadium na cały okres związania ofertą w sytuacji, gdy dochodzi do jego przedłużenia.

W myśl art. 45 ust. 6 ustawy Pzp wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu;
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym, że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275, z 2008 r. Nr 116, poz. 730 i 732 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2010 r. Nr 96, poz. 620).

W myśl ust. 7 wskazanego artykułu wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Wadium wniesione w pieniądzu zamawiający przechowuje na rachunku bankowym (ust. 8).

Wykonawca wnosząc wadium w pieniądzu nie określa, na jaki okres zostaje ono wniesione. Taka forma wnoszenia wadium różni się w tym zakresie od innych form, np. gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej, gdzie zobowiązany z gwarancji w dokumencie gwarancji na ogół określa termin, do którego jego zobowiązanie istnieje. Element terminowego ograniczenia ważności wadium nie występuje w przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu. Należy zatem przyjąć, że wadium wniesione w pieniądzu jest ważne tak długo, dopóki pozostaje na rachunku zamawiającego.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku KIO/UZP 115/09 z dnia 6 lutego 2009 roku, zgodnie z którym wykonawca, który złożył już swoją ofertę, a rachunek zamawiającego został uznany żadaną kwotą, nie będzie musiał wykonywać żadnej nowej

czynności, pomimo, że zmiana terminu składania ofert będzie oznaczała, że pieniądze tego wykonawcy będą pozostawały w dyspozycji zamawiającego dłużej niż pierwotnie zakładał, chyba że wykonawca taki złoży w tym zakresie wyrażne oświadczenie woli.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego wskazującego, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przedłużenie terminu związania ofertą wymaga złożenia dwóch oświadczeń woli, tj. oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz oświadczenia o przedłużeniu ważności wadium stwierdzić należy, że nie jest to sytuacja, która ma miejsce w rozpoznawanym przypadku. Złożenie dwóch oświadczeń woli jest wymagane w sytuacji, gdy przed upływają dwa terminy – termin związania ofertą oraz termin ważności wadium. W zdecydowanej większości przypadków na ogół termin związania ofertą odpowiada terminowi ważności wadium określonego w dokumentach gwarancyjnych. Ustawodawca ustanowił obowiązek przedłużenia terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem terminu ważności wadium po to, by oferta wykonawcy przez cały czas jej obowiązywania była zabezpieczona wadium. Oczywistym jest zatem, że w przypadku, gdy wadium nie ma określonego terminu jego ważności, a z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu, nie ma potrzeby składania dodatkowego oświadczenia woli w kwestii przedłużenia jego ważności.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....