

**WYROK
z dnia 17 grudnia 2015 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 grudnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2015 r. przez wykonawcę P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą DROMAX P. S., ul. Nadwiślańska 7, 83-110 Knybawa w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11a, 80-778 Gdańsk

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia przetargu oraz nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z przetargu, a także nakazuje Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny oferty Odwołującego w zakresie złożonego wadium,

2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11a, 80-778 Gdańsk i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą DROMAX P. S., ul. Nadwiślańska 7, 83-110 Knybawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11a, 80-778 Gdańsk na rzecz wykonawcy P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą DROMAX P. S., ul. Nadwiślańska 7, 83-110 Knybawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku ul. Mostowa 11 a, 80-778 Gdańsk wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej 207.000 euro, którego przedmiotem jest „Pełnienie nadzoru inwestorskiego wraz z kontrolą rozliczenia budowy przez Inżyniera dla obiektu realizowanego pod nazwą: Budowa obwodnicy miasta Kartuzy - ETAP I”, nr postępowania 32/2015/PN/WRL.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 114-207045.

Informację o podstawach do wniesienia odwołania Odwołujący: P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DROMAX P. S. 83-110 Knybawa, ul. Nadwiślańska 7 powziął w dniu 26 listopada 2015 roku, wskutek zawiadomienia, otrzymanego od Zamawiającego dotyczącego unieważnienia postępowania w sprawie udzielenia przedmiotowego zamówienia oraz wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 4 grudnia 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (t.j.: Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawy Pzp w związku z art. 46 ust. 1, art. 46 ust. 3 ustawy Pzp- poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego jako że jego Oferta była niezabezpieczona wadium w terminie od dnia 30.10.2015 roku do dnia 24.11.2015 roku, tj. w okresie po dokonaniu w dniu 23 października 2015 roku wyborze oferty najkorzystniejszej i jednocześnie w okresie po zwrocie wadium Wykonawcom przez Zamawiającego, w tym Odwołującemu, których ofert nie wybrano;

2. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez uznanie, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy zachodziły podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podczas gdy w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie zaistniała żadna z przesłanek wykluczenia Odwołującego z tego postępowania; również poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że przesłanka wykluczenia wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, lub nie wnieśli wadium w przedłużonym okresie związania ofertą

obejmuje swoim zakresem również wykonawców, których oferty nie zostały wybrane pierwotnie, jako najkorzystniejsze, gdy po unieważnieniu przez Zamawiającego decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej ponownie dokonywany jest wybór oferty z uwzględnieniem ofert tych wykonawców;

3. art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez ich niewłaściwą wykładnię i zastosowanie polegające na zaniechaniu przyjęcia, że w razie, gdy dokonuje się ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej obowiązek złożenia wadium - w odniesieniu do wykonawców, których oferty nie zostały pierwotnie wybrane, jako najkorzystniejsze - obciąża jedynie tego wykonawcę, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza i jest wykonywane na wezwanie zamawiającego;

4. art. 46 ust. 1 w zw. z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp przez jego błędną wykładnię i zastosowanie polegające na przyjęciu, że, w następstwie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przy ponownym dokonaniu oceny ofert przez Zamawiającego istnieje obowiązek utrzymywania wadium przez cały okres związania ofertą przez wykonawców, również pomimo jego uprzedniego zwrotu, których oferty pierwotnie nie zostały wybrane, jako najkorzystniejsze.

5. art. 46 ust. 3 ustawy Pzp przez jego wadliwą wykładnię i w konsekwencji niezastosowanie polegające na zaniechaniu przyjęcia, że Wykonawca, którego oferta pierwotnie nie została wybrana przez Zamawiającego, jako najkorzystniejsza, ale w następstwie czynności Zamawiającego po stronie Zamawiającego powstał obowiązek unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponownego wyboru oferty - ma obowiązek utrzymywania ważnego wadium przez cały okres związania swoją ofertą, a nie tylko wówczas, gdyby, stosownie do postanowień art. 46 ust. 3 ustawy Pzp zostanie wezwany przez Zamawiającego w przypadku wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej.

6. art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez bezpodstawne uznanie za odrzuconą oferty Odwołującego w związku z tym, iż nie zachodziły podstawy do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania;

7. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp- poprzez unieważnienie postępowania z naruszeniem przesłanki upoważniającej do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, a tym samym na zasadzie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznania oferty Odwołującego za odrzuconą;

8. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez jego wadliwe zastosowanie polegające na nałożeniu przez Zamawiającego na Odwołującego obowiązku utrzymywania wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty, w sytuacji, gdy zamawiający za ofertę najkorzystniejszą nie uznał pierwotnie oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy przepisy ustawy Pzp nakładają na Zamawiającego obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, co też nastąpiło, co w konsekwencji stanowiło o przeprowadzeniu

postępowania w sposób naruszający zasady równości i uczciwej konkurencji, bo na Odwołującego nałożono obowiązki nieprzewidziane i niemożliwe do wykonania w świetle przepisów ustawy Pzp i okoliczności faktycznych sprawy.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym unieważnienia czynności o uznaniu za odrzuconą oferty Odwołującego i unieważnienia czynności o unieważnieniu postępowania; nakazanie ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z ofertą złożoną przez Odwołującego, jako najkorzystniejszą oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W swoim odwołaniu podniósł, iż Zamawiający dokonał bezzasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na niezabezpieczenie oferty wadium.

Wskazał, że w przedmiotowej sprawie bezsporne jest, iż pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w dniu 23 października 2015 r., kiedy to, jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Biuro Obsługi Inwestycji INWEST-WYBRZEŻE Sp. z o.o.

Uzasadniając natomiast wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający wskazał na okoliczność, iż Odwołujący nie zabezpieczył oferty wadium w okresie od dnia 30.10.2015 roku do dnia 24.11.2015 roku.

Według Odwołującego stanowisko Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach ustawy Pzp.

Po pierwsze - nie zaszła żadna przesłanka do wykluczenia Odwołującego z uwagi na niewniesienie wadium do upływu terminu składania ofert.

Po drugie, wskazał, że zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest zwrócić wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza. Zamawiający ma prawo żądać ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania oferta tego wykonawcy została wybrana, jako najkorzystniejsza (art. 46 ust. 3 ustawy Pzp).

Zdaniem Odwołującego zwrócenie Odwołującemu wadium spowodowało, zgodnie z

przepisami prawa, to, że oferta złożona przez Odwołującego wciąż, nieprzerwanie (do dnia 18 stycznia 2016 r.) wiązała i wiąże tegoż Wykonawcę, z tym jednakże zastrzeżeniem, iż od dnia 30 października de facto do dnia 24 listopada 2015 r. nie była zabezpieczona wadium.

Oczywistym jest dla Odwołującego, że skoro Zamawiający zwrócił mu wadium, nie mógł się nim już posługiwać.

Co istotne dla Odwołującego jest, że zgodnie z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, a wykonawca w takim przypadku wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego. Tym samym do tego czasu oferta taka pozostaje, zgodnie z powołanymi przepisami, ofertą niezabezpieczoną wadium.

Według Odwołującego w świetle art. 46 ust. 1 ustawy Pzp nie miał on już obowiązku ponownego uiszczenia wadium, bowiem kwestia ta podlegała dyspozycji art. 46 ust. 3 ustawy Pzp.

Taki obowiązek powstałby jedynie wówczas, gdyby oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą przy ponownej ocenie ofert wszystkich wykonawców, dokonywanej przez Zamawiającego wskutek rozstrzygnięcia odwołania.

W kontekście powyższego zauważył, że Zamawiający zwrócił Odwołującemu wadium w dniu 30 października 2015 roku, do czego był zobowiązany na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie wykluczył go z dalszego postępowania, niezasadnie twierdząc, iż wskutek niezabezpieczenia oferty wadium w okresie od dnia 30 października 2015 roku (tj. od tego samego dnia kiedy to Zamawiający dokonał zwrotu wadium na rachunek Wykonawcy) Odwołujący nie wniósł wadium.

Po trzecie, Odwołujący zwrócił uwagę, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nawet, jeżeli Zamawiający poczynił takie założenie/ustalenie w stosunku do Odwołującego, nie znajduje również zastosowanie przedłużanie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem terminu ważności wadium, bowiem nie dotyczy ona sytuacji, gdy do przedłużenia terminu związania ofertą dochodzi po wyborze oferty najkorzystniejszej, na co wskazuje art. 85 ust. 4zd. 2 ustawy Pzp.

W takich okolicznościach – w ocenie Odwołującego - obowiązek ten obciąża jedynie wykonawcę, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza. Wobec powyższego,

przesłankę wykluczenia wskazaną w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp należałoby interpretować w sposób, który uwzględnia opisany powyżej wyjątek.

W przekonaniu Odwołującego art. 46 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek niezwłocznego zwrotu wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej. Obowiązek ten obciąża Zamawiającego niezależnie od formy wniesionego wadium, jak też od tego, jakich czynności technicznych będzie musiał dokonać Zamawiający w celu jego wykonania.

Wyjaśnił, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający zwrócił wadium wniesione w formie gotówki Odwołującemu, którego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą, a następnie w wyniku unieważnienia swojej poprzedniej decyzji wykluczył Odwołującego, ponieważ w jego ocenie istniały przesłanki do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o zamówienie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazał przy tym, że zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 (ponowne wniesienie wadium przez wykonawcę, któremu je zwrócono jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza) albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Wykluczeniu podlega wykonawca, którego oferta nie jest zabezpieczona wadium, przez cały okres związania ofertą.

Zatem, według Odwołującego - podstawą do wykluczenia jest niewniesienie wadium w odpowiednim terminie, tj. przed upływem terminu składania ofert (art. 45 ust. 3), jak też zabezpieczenie na okres krótszy niż wymagany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia okres związania ofertą.

Ponadto, zaznaczył, że przesłanka wykluczenia wystąpi również w sytuacji niewniesienia przez wykonawcę wadium na przedłużony okres związania ofertą, a więc wtedy, gdy zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 lub art. 184, wystąpi o przedłużenie wadium lub wniesienie nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, a wykonawca wadium takiego nie przedłuży lub nie wniesie.

Zdaniem Odwołującego - żądanie przedłużenia ważności wadium może nastąpić równocześnie z żądaniem przedłużenia terminu związania ofertą, jak również niezależnie od tego terminu. Brak przedłużenia ważności wadium stanowi więc podstawę do wykluczenia wykonawcy, jednak tylko wówczas, gdy konieczność przedłużenia jest następstwem okoliczności, które mają miejsce przed wyborem oferty najkorzystniejszej, to wykluczenie

dotyczy potencjalnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli ofertę.

Jeżeli zaś wymóg przedłużenia wadium powstanie po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, jego niespełnienie powoduje wykluczenie tego wykonawcy, który jest obowiązany utrzymywać wadium do czasu podpisania umowy, tj. tego, który złożył ofertę najkorzystniejszą. Wykluczeniu z udziału w postępowaniu będzie podlegał również taki wykonawca, który w terminie wyznaczonym przez zamawiającego nie wniesie nowego wadium na wskazany okres, jeżeli jego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza w wyniku wykonania czynności nakazanych orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący stanął na stanowisku, że nie może jednak podlegać wykluczeniu taki wykonawca, któremu Zamawiający zwrócił wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej, a jego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza po dokonaniu powtórnego wyboru spowodowanego okolicznościami innymi niż wydanie odpowiedniego wyroku przez Izbę, np. na podstawie art 94 ust. 3 ze względu na uchylenie się pierwszego wybranego wykonawcy od podpisania umowy, czy na podstawie art 181 ust. 2 na skutek powtórzenia czynności w wyniku złożenia informacji o naruszeniach w postępowaniu, w którym ze względu na wartość nie przysługuje od oceny ofert odwołanie, jak też w wyniku wykonania zaleceń pokontrolnych Prezesa UZP w kontroli uprzedniej.

W ocenie Odwołującego wykonawca taki nie może być wezwany do ponownego wniesienia wadium, a wadium pierwotnie zabezpieczające ofertę zostało mu zgodnie z prawem zwrócone. Tym samym nie można uznać, że zachodzi przesłanka wykluczenia - ustawa nakazuje zwrot wadium, czyli dopuszcza ocenę i wybór ważnej oferty niezabezpieczonej wadium. Nie można natomiast wykluczyć wykonawcy za brak wadium, jeżeli zgodnie z przepisami nie jest już ono na danym etapie wymagane.

Odwołujący uznał, że takie rozstrzygnięcie Zamawiającego narusza ustawę Pzp, ponieważ nie było przesłanek do wykluczenia Wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne w oparciu o wskazaną podstawę prawną, bowiem wniósł wadium w terminie i nie był wezwany przez Zamawiającego do ponownego wniesienia wadium na podstawie art. 46 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że przepisy ustawy Pzp nie określają, aby wykonawca sam, bez wezwania Zamawiającego wniósł wadium. Żadna z opisanych okoliczności nie miała miejsca w przedmiotowej sprawie.

Oferta Odwołującego nie została bowiem ponownie wybrana jako najkorzystniejsza oraz nie został on wezwany przez Zamawiającego do ponownego wniesienia wadium w określonym terminie. Tym samym nie było przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne.

Nadto zaakcentował, iż w sytuacji dokonania zwrotu wadium przez Zamawiającego, skądinąd w wyniku wypełnienia ciężącego nań bezwzględnego obowiązku ustawowego, na którą to czynność Wykonawca nie miał wpływu nieprzerwane zabezpieczenie oferty wadium jest/byłoby obiektywnie niewykonalne.

Zwrot wadium jest czynnością, której na podstawie przepisu ustawy dokonuje Zamawiający. Ani wykonawca, ani osoba trzecia (np. gwarant) za pomocą czynności faktycznych i prawnych nie mogą samodzielnie, w sposób odmienny niż przewidziany w ustawie, dokonać określenia uprawnień i obowiązków Zamawiającego w tym przedmiocie.

Stwierdził, że wykonawca nie był nawet w stanie przewidzieć i ustalić czy też wymagać konkretnego momentu zwrotu wadium dokonywanego przez Zamawiającego

Według Odwołującego czynienie zatem Wykonawcy zarzutu w tych okolicznościach - niezabezpieczenie oferty wadium od tego samego dnia, kiedy Zamawiający dokonuje jego zwrotu jest nie tylko wystąpieniem przeciw ustawie, ale również i działaniem wbrew zasadom logiki i doświadczeniu życiowemu.

Odwołujący stwierdził, iż wniesienie wadium przez niego nastąpiło w sposób prawidłowy, zgodny z ustawą Pzp, specyfikacją istotnych warunków zamówienia i w pełni dający gwarancje zabezpieczenia interesów Zamawiającego, bowiem Odwołujący wniósł wadium w formie gotówki i złożył oświadczenie o związaniu ofertą na okres 60 dni licząc od upływu terminu do składania ofert, włącznie, tak jak to zostało wskazane w SIWZ.

Odwołujący wskazał, że dokonał przedłużenia terminu związania ofertą i jednocześnie terminu ważności wadium zgodnie z oświadczeniem z dnia 15 września 2015 roku, z dnia 19 października 2015 roku i przedłużenia terminu związania ofertą w dniu 2 listopada 2015 roku.

Natomiast w dniu 23 października 2015 roku Zamawiający przekazał wykonawcom informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej innej niż oferta Odwołującego.

Z powyższej sytuacji faktyczno – prawnej wnioskował, że nie zaistniała żadna

przesłanka do wykluczenia Odwołującego z postępowania o zamówienie publiczne z powodu niewniesienia przez niego wadium.

Podkreślił, że w przedmiotowym przypadku tylko gdyby Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą w wyniku rozstrzygnięcia odwołania wykonawca ten miałby obowiązek powtórnego wniesienia wadium.

Stwierdził również, że sposób zwrotu wadium regulowany w art. 46 ust. 1 pkt 3 został wprowadzony nowelizacją z dnia 5 listopada 2009 r., gdzie podstawową różnicą w stosunku do poprzednio obowiązującego prawa jest powstanie obowiązku zwrotu wadium wykonawcom, których oferty nie zostały uznane za najkorzystniejsze po czynności wyboru takiej oferty. Ustawodawca w art. 46 ust. 3 przewidział możliwość wystosowania przez zamawiającego ponownego żądania wadium od wykonawcy, któremu zostało ono zwrócone, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania doszło do zmiany decyzji zamawiającego dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej i oferta wykonawcy, któremu zwrócono wadium, zostaje uznana za najkorzystniejszą. W takim wypadku wykonawca będzie obowiązany do wniesienia wadium w terminie wskazanym w żądaniu.

Argumentował, że jest to jedyny dopuszczony prawem przypadek, gdy Zamawiający może żądać ponownego wniesienia wadium od wykonawcy, któremu na mocy przepisów ustawy (a więc zgodnie z prawem) zostało ono zwrócone. W innych przypadkach, gdy dochodzi do zmiany decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej ustawa nawet nie przyznaje zamawiającemu prawa do żądania ponownego wniesienia wadium.

Zauważył, że sytuacje takie to np. wybór oferty spośród pozostałych ofert, gdy wykonawca, którego oferta została pierwotnie uznana za najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy (art. 94 ust lub powtórzenie oceny ofert w wyniku wniesienia przez wykonawcę do Zamawiającego informacji o naruszeniu przepisów w postępowaniu o wartości nieprzekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 (art 181 ust 2)).

Według Odwołującego brak możliwości żądania ponownego wniesienia wadium w takich sytuacjach potwierdza również brzmienie art 24 ust 2 pkt 2, który odwołuje się wprost do art. 46 ust 3 nie wymieniając wśród okoliczności stanowiących podstawę do wykluczenia wykonawców żadnej innej, w której dochodzi do ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego powyższe nie może oznaczać, iż Odwołujący może być

traktowany inaczej, niż inni wykonawcy w stosunku, do których np. nie nastąpiłby fizyczny zwrot wadium lub też, których oferta została wybrana na podstawie art. 94 ust 3, czy też w wyniku dokonania kontroli postępowania przez Prezesa UZP.

Wnioskując a contrario stwierdził, że takie postępowanie w stosunku do Odwołującego w związku z bezwzględnie obowiązującym nakazem równego traktowania wszystkich Wykonawców i uczciwej konkurencji zawartym w art. 7 ustawy Pzp oznaczałoby, iż np. przepis art. 94 ust. 3 byłby przepisem martwym, niezastosowalnym, gdyż każdy następny wykonawcy byłby ad hoc wykluczany przez Zamawiającego z powodu niezabezpieczenia oferty wadium, co stanowiłoby wykładnię jest contra legem, przeciw ustawie Pzp.

Nadto, w ocenie Odwołującego - wykładnia zaprezentowana przez Zamawiającego mogłaby prowadzić do niedopuszczalnych nadużyć poprzez decydowanie arbitralnie przez Zamawiającego – jakiemu wykonawcy zwrócić wadium a jakiemu nie, w tym znaczeniu, iż temu, któremu by nie zwrócono fizycznie wadium („nie zdążono by”) zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp miały w okolicznościach prezentowanych przez Zamawiającego pozycję korzystniejszą — oferta byłaby de facto zabezpieczona wadium.

Nie można więc, w przekonaniu Odwołującego, przyjmować za właściwą wykładnię rozszerzającą i uznać, że Odwołujący nie dokonał zabezpieczenia oferty wadium przez cały okres związania ofertą, w sytuacji gdy mu je zwrócono na podstawie bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, a Zamawiający na podstawie art. 46 ust. 3 nie wystąpił o jego ponowne wniesienie (z uwagi na brak wypełnienia się dyspozycji tego przepisu) lub też przyjmować, iż Zamawiający ma prawo domagać się ponownego wniesienia wadium od wykonawcy, którego oferta w wyniku powtórzenia czynności wyboru oferty z różnych powodów, oprócz rozstrzygnięcia odwołania, zostaje wybrana, jako najkorzystniejsza tj. żądania wypełnienia obowiązków nie dość, że nie wynikających z ustawy Pzp to dodatkowo niemożliwych do wykonania (świadczenie niemożliwe).

Działanie takie należałoby uznać za bezpodstawne, gdyż przepisy wyraźnie nakazują co do zasady zwrot wadium i jego ponowne wniesienie jedynie po powtórzeniu badania i oceny ofert w wyniku rozstrzygnięcia odwołania.

Reasumując, Odwołujący podniósł, że Zamawiający ma obowiązek niezwłocznie zwrócić wadium wszystkim wykonawcom, których oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza.

Natomiast żądanie ponownego wniesienia wadium jest ograniczone podmiotowo.

Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium jedynie od wykonawcy, któremu zwrócono wadium, a w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została ponownie wybrana.

Wskazał również, że jak wynika z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp nawet jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zwrócił również uwagę, że nawet żądanie ponownego wniesienia wadium ma miejsce już po wybraniu najkorzystniejszej oferty wykonawcy, a oferta tego wykonawcy nie jest zatem zabezpieczona w chwili dokonywania wyboru w wyniku rozstrzygnięcia odwołania przez KIO.

Według Odwołującego ustawa Pzp nie dopuszcza możliwości ponownego żądania wniesienia wadium, gdy nie wystąpiła przesłanka wyboru oferty, jako najkorzystniejszej w wyniku rozstrzygnięcia odwołania przez KIO. Tym samym Zamawiający nie może już po kolejnym wyborze wezwać wykonawcy do złożenia wadium.

Odwołujący podkreślił, iż gdyby przyjąć argumentację Zamawiającego za słuszną, nie byłoby możliwe dokonanie wyboru oferty np. na podstawie art. 94 ust. 3 ust. 3 ustawy Pzp, od którego to Wykonawcy Zamawiający nie żąda wniesienia wadium.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23 października 2015r., pisma Odwołującego z dnia 2 listopada 2015r., zawiadomienia z dnia 26 listopada 2015r. o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnieniu przetargu i wykluczeniu Odwołującego, stanowiska Zamawiającego z dnia 16 grudnia 2015r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez Odwołującego wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

W pierwszej kolejności Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.24 ust.2 pkt. 2, art.46 ust.1 i 3, art.85 ust.4, art.93 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu z powodu nie wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Izba ustaliła, że Zamawiający zgodnie pkt. 9.1 Instrukcji dla wykonawców postanowił, że oferty winny być złożone w terminie do 22.07.2015r. do godz.11:00 w siedzibie Zamawiającego, pok.03.

Izba stwierdziła również, że Odwołujący przed upływem terminu składania ofert przedmiotową ofertę złożył oświadczając w pkt. 8, iż uważa się za związanego niniejszą ofertą przez czas wskazany w SIWZ, tj. przez okres 60 dni od upływu terminu składania ofert. Jednocześnie do oferty dołączył dowód wniesienia wadium w wysokości 16 700 zł wniesionego przed upływem terminu składania ofert.

Dalej Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 23 października 2015 r. w niniejszym postępowaniu dokonał pierwszego wyboru oferty spośród dwóch ofert nieodrzuconych, w tym oferty Odwołującego, w postaci oferty Biuro Inwestycji INWEST - WYBRZEŻE Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, jako najkorzystniejszej.

Jednocześnie w tej samej dacie Zamawiający dokonał zwrotu wadium ze skutkiem prawnym w dniu 30 października 2015r.(data wpływu środków pieniężnych z tytułu zwrotu wadium).

Izba stwierdziła również, że w piśmie z dnia 2 listopada 2015r.Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, a w dniu 24 listopada 2015r. dokonał ponownej wpłaty wadium.

Następnie Izba stwierdziła, że w dniu 26 listopada 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 października 2015 roku oraz o unieważnieniu postępowania na

podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - w związku z brakiem ważnych ofert.

Jednocześnie, Izba ustaliła, że Zamawiający poinformował o wykluczeniu Wykonawcy DROMAX P. S. (oferta nr 4), na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. cyt.: „Z postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego wyklucza się Wykonawców, którzy nie wnieśli wadium (...) na przedłużony okres związania ofertą (...)” (wszystkie oferty złożone w postępowaniu zostały odrzucone lub uznane za odrzucone, w tym oferta Biura Obsługi Inwest - Wybrzeże Sp. z o.o).

Zamawiający swą decyzję oparł na twierdzeniu, iż zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił wykonawcy wadium po wyborze oferty najkorzystniejszej - wykonanie operacji bankowej w dniu 30.10.2015 r.

Izba stwierdziła również, że Zamawiający argumentował, iż wykonawca dokonał ponownej wpłaty wadium na rachunek bankowy Zamawiającego - data zaksięgowania na rachunku bankowym - 24 listopada 2015 roku, co oznacza dla Zamawiającego, że oferta nie była zabezpieczona wadium od dnia 30.10.2015 roku do dnia 24.11.2015 roku.

Zdaniem Zamawiającego zgodnie z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp żąda on ponownego wniesienia wadium przez Wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, tylko w przypadku, gdy w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza. W związku z wykluczeniem Odwołującego ofertę uznano za odrzuconą.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba doszła do przekonania, że stanowisko Zamawiającego jest błędne i nie mieści się w granicach prawa.

Zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Jednocześnie w myśl przepisu art.46 ust.1 ustawy Pzp Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a.

Poza tym Izba zważyła, że stosownie do przepisu art.46 ust.3 ustawy Pzp Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono

wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego.

Według zapatrywania Izby stan faktyczno - prawny rozstrzyganej sprawy nie miał charakteru typowego, zatem wymagał on dodatkowych zabiegów interpretacyjnych.

Z zestawienia powołanych wyżej przepisów prawa wynika - zdaniem Izby - konieczność przyjęcia wykładni per analogiam wyprowadzonej z przepisów art. 45 ust.1, art.46 ust.1 i 3 ustawy Pzp, bowiem ustawodawca nie przewidział *expressis verbis* zachowania Zamawiającego i wykonawców w stosunku do instytucji wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty, w warunkach zwrotu jego wadium.

Izba stanęła na stanowisku, że w takim przypadku Zamawiający zwracając wadium będzie zobowiązany do ponownego żądania wniesienia wadium, jeżeli będzie nadal prowadził przetarg zmierzając do wyboru najkorzystniejszej oferty nowego wykonawcy.

Dokonując dalszej analizy omawianego przypadku, wymaga również wskazania na tle przedmiotowej sprawy, że normodawca w art. 85 ust.4 ustawy Pzp przewidział dwie sytuacje prawne.

Pierwsza dotyczy okresu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed wyborem najkorzystniejszej oferty, gdzie 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.

Druga sytuacja dotyczy okresu po wyborze najkorzystniejszej ofert, gdzie jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza.

Po przeanalizowaniu powołanego wyżej przepisu art. 85 ust.4 ustawy Pzp Izba reprezentuje pogląd, że w rozpoznawanej sprawie ma on zastosowanie w zakresie zd.2 odnoszącego się do przedłużenia terminu związania ofertą dokonywanego po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba nie podzieliła zdania Zamawiającego o konieczności zabezpieczenia wadium

przez cały okres związania ofertą, właśnie z uwagi na nietypowy charakter sprawy.

Powyższe stanowisko Zamawiającego należy uznać za poprawne jedynie w odniesieniu do okresu przed wyborem najkorzystniejszej oferty, w którym wykonawcy są zobowiązani do ciągłego zabezpieczenia oferty poprzez złożone wadium

Jednak wymaga wskazania, że odstępstwo od tej zasady czyni art.46 ust.3 ustawy Pzp, który statuuje żądanie Zamawiającego ponownego wniesienia wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Cyt. wyżej przepis potwierdza, że zasada ciągłości zachowania wadium w okresie związania ofertą ulega ograniczeniu w warunkach cezury czasowej związanej ze zmianą podmiotową w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ostatecznie inne rozumienie analizowanych przepisów obowiązującego prawa prowadziłoby do wniosku, że Zamawiający nigdy nie mógłby dokonać nowego wyboru najkorzystniejszej oferty, jeżeli nie toczyło się postępowanie odwoławcze, bowiem wszyscy potencjalni kandydaci do tego wyboru zostaliby wykluczeni z powodu nie wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Izba uznała przy tym, że takie przedłużenie okresu ważności wadium zgodne z okresem związania ofertą, po wyborze najkorzystniejszej oferty nie jest prawdopodobne z uwagi na niepewny moment dokonania zwrotu wadium przez Zamawiającego na zasadzie art.46 ust.1 ustawy Pzp.

Zagwarantowanie takiej ciągłości zabezpieczenia wadium, jak chce Zamawiający wymagałoby współdziałania z wykonawcą, co nie jest przewidziane ustawą Pzp.

Z powyższych względów Izba uznała, że nie wystąpiła przesłanka z art.24 ust.2 pkt.2 ustawy Pzp uprawniająca Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z przetargu, a wobec tego, że została złożona ważna oferta Zamawiający nie miał podstawy prawnej do zastosowania przepisu art.93 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....