

Sygn. akt: KIO 716/16

## WYROK

z dnia 22 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 13 maja oraz 20 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę: **M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mirex M. K. w Markach (05-270), ul. Maksymiliana Małachowskiego 4 lok. 25** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Instytut Biologii Doświadczalnej im. Marcelego Nenckiego PAN w Warszawie (02-093), ul. Pasteura 3**

przy udziale wykonawcy: **A. D. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą DENBUD Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe A. D. w Warszawie (03-984), ul. Okulickiego 11/7** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Instytutowi Biologii Doświadczalnej im. Marcelego Nenckiego PAN w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 1 zamówienia, a także czynności wykluczenia wykonawcy **M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mirex M. K. w Markach** z udziału w postępowaniu, a następnie, w ramach tej części zamówienia, powtórzenie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Instytut Biologii Doświadczalnej im. Marcelego Nenckiego PAN w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mirex M. K. w Markach** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Instytutu Biologii Doświadczalnej im. Marcelego Nenckiego PAN w Warszawie** na rzecz wykonawcy: **M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mirex M. K. w Markach** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego i obejmującą wpis od odwołania.

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 Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Prace remontowo-budowlane w budynkach Instytutu Biologii Doświadczalnej im. M. Nenckiego PAN w Warszawie z podziałem na 3 części” zostało wszczęte przez Instytut Biologii Doświadczalnej im. Marcelego Nenckiego PAN w Warszawie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym przez Zamawiającego Prezesowi Izby piśmie z dnia 5 maja 2016 r., nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (2016-76412) w dniu 4 kwietnia 2016 r.

W dniu 29 kwietnia 2016 r. odwołanie wniósł wykonawca: M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Mirex M. K. w Markach, zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego Zamawiający niezgodnie ze stanem faktycznym zakwalifikował oryginał gwarancji wadialnej jako kopię tego dokumentu, a w efekcie podjął decyzję o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu. Odwołujący stał na stanowisku, że wraz z ofertą złożoną na część pierwszą zamówienia przedstawił Zamawiającemu oryginał gwarancji ubezpieczeniowej.

Mając to na uwadze wnosił o ponowne rozpatrzenie złożonych w przetargu ofert i podjęcie prawidłowej decyzji o wyborze wykonawcy robót.

W dniu 2 maja 2016 r. wykonawca: A. D. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą DENBUD Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe A. D. w Warszawie, zwana dalej Przystępującym, doręczyła Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane na wezwanie Prezesa Izby przez Zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem. Izba przy rozstrzyganiu uwzględniła również pochodzące z oryginałów ofert złożonych przez Odwołującego, a udostępnionych Izbie przez Zamawiającego, gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 38/2016-64/2015/CE stanowiąca 32 stronę oferty (oferty nr 5 złożonej na część pierwszą zamówienia) złożonej Odwołującego oraz gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 38/2016-64/2015/CE stanowiąca 32 stronę oferty (oferty nr 6 złożonej na część trzecią zamówienia) złożonej przez Odwołującego i opisanej przez Odwołującego, jako kopia gwarancji złożonej wraz z ofertą na część pierwszą zamówienia. Izba uwzględniła ponadto opinię biegłego sporządzoną na podstawie postanowienia Izby z dnia 16 maja 2016 r.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt II.9.a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych.

Zgodnie z pkt III.1 SIWZ Zamawiający wydzielił trzy części zamówienia.

W pkt XII.1 SIWZ Zamawiający ustanowił obowiązek wniesienia wadium przez wykonawców składających swoje oferty w prowadzonym przez niego postępowaniu. Zgodnie z pkt XII.3.d) SIWZ jedną z dopuszczalnych form wniesienia wadium była gwarancja ubezpieczeniowa.

Zgodnie z pkt 9 protokołu jedną z trzech ofert złożonych Zamawiającemu na część nr 1 zamówienia była oferta złożona przez Odwołującego (oferta oznaczona przez Zamawiającego jako oferta numer pięć). Jako 32 stronę tej oferty Odwołujący złożył gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 38/2016-64/2015/CE, w której w pkt 8.4) zapisane zostało, że gwarancja ta wygasa w przypadku, gdy nastąpił zwrot jej oryginału do Gwaranta.

Zamawiający uznał, że Odwołujący wraz z ofertą na część nr 1 zamówienia złożył mu kopię gwarancji ubezpieczeniowej, na której został złożony w oryginale podpis Odwołującego. W ocenie Zamawiającego, w związku z brzmieniem pkt 8.4) gwarancji nie mógł on mieć pewności, czy wadium zostało wniesione, z uwagi na fakt, że nie został mu przekazany oryginał dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej – uznał, że nie będzie on mógł skorzystać z tej gwarancji, gdy jej oryginał zostanie zwrócony Gwarantowi przed upływem terminu związania ofertą. Tak też została przez Zamawiającego uzasadniona decyzja o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, o czym Zamawiający poinformował Odwołującego pismem z dnia 27 kwietnia 2016 r.

Wobec powołanych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

Skoro Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest dopuszczalne, aby Odwołujący rozszerzał te granice już po wniesieniu odwołania, a podejmowanie przez niego takich prób nie może zostać uznane za działanie mogące skutecznie wpływać na kognicję Izby. Pamiętać przy tym należy, iż tak samo odwołanie, jak i poszczególne zarzuty w nim zawarte, formułowane są w konkretnym, zaistniałym w danej sprawie, stanie faktycznym i prawnym. Stąd też oczywistym jest to, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego – odnoszą się one do tych czynności, jako takich, w jaki sposób zostały one Odwołującemu przez Zamawiającego zakomunikowane. Można zatem przyjąć, iż to treść konkretnych rozstrzygnięć podejmowanych przez Zamawiającego jest główną determinantą kształtującą treść zarzutu. To do treści komunikatu Zamawiającego i przesłanek, jakie uznał on za decydujące o podjęciu konkretnej decyzji, w głównej mierze odnosić się musi Odwołujący w swym odwołaniu i zawartych w nim zarzutach. To z kolei powoduje, że nie można od niego oczekiwać, aby na etapie konstruowania zarzutów uwzględniał okoliczności, których Zamawiający nie przywołał w informacji

o podjętych przez siebie czynnościach, a które de facto uznał za rozstrzygające przy podejmowaniu tych czynności.

Tak też było w rozpoznawanym przypadku – Odwołujący wprost zakwestionował prawidłowość dokonania określonej czynności Zamawiającego (wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) oraz prawidłowość ustaleń faktycznych stanowiących podstawę dokonania tej czynności (poczynione rozróżnienie między oryginałem a kopią gwarancji wadialnej).

Skoro Odwołujący nie jest uprawniony do stawiania nowych zarzutów (czy też rozszerzania zakresu zarzutów już sformułowanych) już po upływie terminu na wniesienie odwołania, to także Zamawiający, wobec faktu, iż odwołanie wnoszone jest wobec konkretnych jego czynności, nie jest władny w toku postępowania odwoławczego przed Izbą wskazywać na nowe okoliczności, które przemawiać miałyby za słusnością podjętej przez niego decyzji. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnoszone jest wobec czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia – podjętej, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej czynności. I to do teźże właśnie czynności, i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekście bada zasadność tych zarzutów.

Tymczasem Zamawiający w toku postępowania odwoławczego podjął próbę rozszerzenia podstaw faktycznych mających przemawiać za wykluczeniem Odwołującego w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. W wniesionej przez siebie odpowiedzi na odwołanie, z jednej strony twierdził, że złożonej przez Odwołującego gwarancji wadialnej nie można przypisać nawet miana kopii, albowiem nie została ona opatrzona frazą „za zgodność z oryginałem” przy podpisie złożonym przez Odwołującego. Z drugiej zaś strony Zamawiający twierdził, że podpis złożony pod gwarancją w imieniu osoby reprezentującej Gwaranta jest albo zeskanowany, albo naniesiony przy pomocy tzw. faksymile, stąd dokumentu takiego w ogóle nie można uznać za oryginał, bo nie jest on w ogóle dokumentem w formie pisemnej. Odwoływał się przy tym Zamawiający do drugiego egzemplarza gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 38/2016-64/2015/CE stanowiąca 32 stronę oferty (oferty nr 6 złożonej na część trzecią zamówienia) złożonej przez Odwołującego i opisanej przez samego Odwołującego, jako kopia gwarancji złożonej wraz z ofertą na część pierwszą zamówienia. Zdaniem Zamawiającego przeprowadzona przez niego analiza podpisów pod oboma egzemplarzami gwarancji pozwoliła stwierdzić, że są one identyczne, przy czym, żaden z nich nie jest oryginałem względem drugiego.

W ocenie Izby twierdzenia te wykraczały poza podstawę faktyczną dokonanej przez Zamawiającego czynności, która została przywołana w uzasadnieniu pisma z dnia 27 kwietnia 2016 r., gdzie Zamawiający wprost stwierdził, że złożona mu została kopia gwarancji. Co istotne, nie wskazywał on w powołanym piśmie na swe wątpliwości co do odpowiedniej formy, w której została sporządzona sporna gwarancja.

Kierując się tak zakrojonym poglądem, Izba rozstrzygając o zasadności zarzutów postawionych w odwołaniu, rozpoznawała je jedynie w granicach okoliczności faktycznych zakrojonych w odwołaniu i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Tym samym jedyną sporną okolicznością, która stała się jednocześnie okolicznością rozstrzygającą dla zasadności całego odwołania, było to, czy gwarancja ubezpieczeniowa, zapłaty wadium nr 38/2016-64/2015/CE stanowiąca 32 stronę oferty (oferty nr 5 złożonej na część pierwszą zamówienia) złożonej przez Odwołującego na część nr 1 zamówienia, była oryginałem, jak chciał tego Odwołujący, czy też kopią, jak chciał tego Zamawiający.

Jak stwierdził to biegły, w pisemnej opinii z dnia 22 czerwca 2016 r., która została sporządzoną na podstawie postanowienia Izby z dnia 16 maja 2016 r., w przypadku spornej gwarancji wadialnej *„cały dokument jest pierwowpisem w tym znaczeniu, że poszczególne składające się na niego elementy zostały naniesione bezpośrednio na papierowe podłoże, nie stanowią więc kopii”*. W odniesieniu do gwarancji złożonej wraz z ofertą na część nr 3 zamówienia, biegły jednocześnie stanowczo stwierdził, że jej egzemplarz jest kopią kserograficzną gwarancji złożonej wraz z ofertą na część nr 1 zamówienia, a zatem tej, której dotyczyło rozpoznawane odwołanie.

Strony, jak i Przystępujący, nie zgłaszali żadnych zastrzeżeń co do opinii biegłego, stąd też Izba nie znalazła podstaw do tego, aby opinię tę uznać za niewiarygodną.

W świetle powyższego Izba uznała, że dokonana przez Zamawiającego czynność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na takiej podstawie faktycznej, jaka została zakomunikowana Odwołującemu pismem z dnia 27 kwietnia 2016 r., oparta została na błędnych, nie odpowiadających prawdzie, ustaleniach. Tym samym zarzut stawiany przez Odwołującego okazał się zasadnym.

Niejako na marginesie, poza granicami rozpoznania, właściwym wydawało się zwrócenie Zamawiającemu uwagi na brzmienie przepisu art. 43 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz. U. z 2015 r., poz. 1844 ze zm.), zgodnie z którym podpis osoby reprezentującej zakład ubezpieczeń na dokumencie potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia może być odtworzony mechanicznie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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:** .....