

WYROK

z dnia 8 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2013 r. przez wykonawcę **IT.expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-950 Warszawa,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) B3System S.A. (pełnomocnik konsorcjum), (2) ITSM Group Sp. z o.o. adres dla pełnomocnika: Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **IT.expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **IT.expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **IT.expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa** na rzecz **Ministerstwa Sprawiedliwości, Al. Ujazdowskie 11, 00-950 Warszawa** kwotę **3 075 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Ministerstwo Sprawiedliwości, Aleje Ujazdowskie 11, 00-950 Warszawa (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn. „Uruchomienie wybranych procesów i narzędzia do zarządzania usługami IT, zakup oprogramowania, licencji oraz 5 sztuk serwerów dla Ministerstwa Sprawiedliwości”. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę większą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2012/S 184-302512 z dnia 25 września 2012 roku.

W dniu 25 marca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy IT.expert Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 02 - 486 Warszawa (dalej „Odwołujący”) od czynności Zamawiającego z dnia 15 marca 2013 roku polegających na: unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 8 lutego 2013 r. złożonej przez Odwołującego oraz wykluczeniu Odwołującego z ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji również odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący zarzucał naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania z powołaniem się na zaniechanie przedłużenia przez Odwołującego ważności wadium i wniesienia przez niego nowego wadium w wymaganym terminie, pomimo iż nie zaistniała żadna z przesłanek wykluczenia Odwołującego z postępowania określonych w tym przepisie,

a w konsekwencji
- 2) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty konsorcjum B3 System S.A. i ITSM Group Sp. z o.o. nie będącej najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu z uwagi na SIWZ kryterium oceny ofert,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie uczciwej konkurencji pomiędzy

wykonawcami w postępowaniu w wyniku dokonania wyboru oferty wykonawcy, która nie była najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 15 marca 2013 r. oraz unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący informował, iż dowiedział się o powyższej czynności Zamawiającego w dniu 15 marca 2013 roku, tj. w dniu przekazania mu przez Zamawiającego zawiadomienia o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 8 lutego 2013 r. oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Niniejsze odwołanie zostało wniesione w dniu 25 marca 2013 r., a zatem Odwołujący uczynił zadość wymaganiom przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i złożył odwołanie w terminie.

Odwołujący wskazywał, iż ma interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ wykluczenie go z postępowania uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia, którego dotyczy to postępowanie. Gdyby Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z ww. postępowania, jego oferta - zawierająca najniższą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia - byłaby najkorzystniejszą ofertą w tym postępowaniu.

Pismem z dnia 15 marca 2013 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 8 lutego 2013 r., za jaką została wówczas uznana oferta Odwołującego oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący w związku z przedłużającym się postępowaniem o udzielenie zamówienia nie przedłużył ważności wadium ani też nie wniósł nowego wadium w wymaganym przez Zamawiającego terminie, tj. do dnia 27 lutego 2013 r., ale dopiero w dniu 8 marca 2013 r. (w formie gwarancji bankowej nr 14095/03/2013/1157). Zamawiający powołał się przy tym na treść art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 184 ustawy Pzp.

Oferta Odwołującego została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu (pismo z dnia 8 lutego 2013 r.). Ponieważ jeden z wykonawców, tj. Ingrifo Sp.

z o.o. Sp. k., w dniu 15 lutego 2013 roku odwołał się od decyzji o wykluczeniu go z postępowania, Zamawiający w dniu 18 lutego 2013 roku przekazał pozostałym wykonawcom kopię odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego, a Odwołującego - stosownie do treści art. 184 ustawy Pzp - dodatkowo do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Zamawiający wskazał Odwołującemu termin do dnia 27 lutego 2013 r. Odwołujący w dniu 21 lutego 2013 r. przystąpił do postępowania odwoławczego, które ostatecznie zakończyło się wyrokiem z dnia 6 marca 2013 r. utrzymującym w mocy pierwotną decyzję Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty. Pomimo iż Odwołujący w dniu 8 marca 2013 r. przekazał oryginał gwarancji wadialnej (bankowej) ustanawiającej okres ważności wadium od dnia 28 lutego do 29 kwietnia 2013 r., Zamawiający w dniu 15 marca 2013 r. unieważnił swoją pierwotną decyzję w sprawie wyboru oferty i wykluczył odwołującego z postępowania.

W ocenie Odwołującego wykluczenie go z postępowania było bezpodstawne.

Jak wynika z treści art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, 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, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Co do zasady oferta wykonawcy powinna być zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą (z zastrzeżeniem wynikającym z art. 85 ust. 4 Ustawy), przy czym ww. przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przewiduje cztery podstawy wykluczenia z postępowania, tj. odnoszące się do:

- 1) wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert,
- 2) wykonawców, którzy nie wnieśli wadium na przedłużony okres związania ofertą,
- 3) wykonawców, którzy nie wnieśli wadium w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp,
- 4) wykonawców, którzy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Należy przy tym podkreślić, że przepis art. 24 ustawy Pzp przewiduje zamknięty katalog podstaw do wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne. Innymi słowy, wykluczenie wykonawcy z postępowania jest możliwe tylko w oparciu o konkretną i wyraźną podstawę zawartą w ustawie Pzp, przy czym w zakresie dotyczącym wadium podstawy te zostały uregulowane w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Natomiast powoływany przez Zamawiającego art. 184 ustawy Pzp nie przewiduje odrębnej podstawy do wykluczenia z postępowania, ale odwołuje się do regulacji z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Jednocześnie

wykluczenie Odwołującego z postępowania można rozważać tylko w oparciu o przesłankę "wykonawca nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą", bo pozostałe przesłanki nie mają w ogóle zastosowania w stanie faktycznym sprawy (w szczególności podstawą faktyczną wykluczenia Odwołującego z postępowania nie było zaniechanie wniesienia wadium do upływu terminu składania ofert czy też w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp). W tym przypadku wniesienie wadium jest związane ściśle z przedłużeniem okresu związania ofertą. Przy tym w niniejszym postępowaniu miały miejsce dwa przedłużenia okresu związania ofertą, z czego pierwsze zostało dokonane w dniu 28 grudnia 2012 r. - na okres do 27 lutego 2013 r. (w którym Zamawiający dysponował wadium), natomiast drugie - na wezwanie Zamawiającego - miało miejsce w dniu 8 marca 2013 r., a więc wówczas, gdy wadium zabezpieczające ofertę w postaci gwarancji bankowej nr 14095/03/2013/1157 było już wniesione do Zamawiającego. Wobec tego nie można przyjąć, że Odwołujący nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą. Należy podkreślić, że - stosownie do treści art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - podstawa wykluczenia z postępowania w tym przypadku nie jest brak ciągłości w dysponowaniu zabezpieczeniem wadium, ale niewniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą. Wykluczenie wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne może nastąpić tylko w oparciu o wyraźną podstawę zawartą w ustawie Pzp, której zaistnienie w konkretnym stanie faktycznym nie może budzić wątpliwości. Takie stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dn. 05 lutego 2013 r., KIO 124/13, gdzie KIO w świetle przepisów ustawy Pzp nie znalazła podstaw do odrzucenia oferty ani wykluczenia z postępowania wykonawcy, w przypadku którego upłynął termin związania ofertą. I tak w uzasadnieniu ww. wyroku stwierdzono m.in.: *„(...) ustawa Pzp nie zawiera przepisu, który wprost by stanowił o tym, że wybranie oferty, co do której wykonawca nie posiada aktualnego oświadczenia o związaniu jej treścią jest nieważne, a umowa zawarta z takim wykonawcą jest nieważna lub podlega unieważnieniu. Na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o ważności i skuteczności złożonej oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, która nie wiąże wykonawcy, straciła cechy oferty i w związku z tym winna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu. (...) Jediną przesłanką, na podstawie której można by odrzucić ofertę wykonawcy z powodu upływu terminu związania ofertą, jest art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten mówi, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania m.in. jeśli nie wyrazi zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, a w konsekwencji w oparciu o przepis art. 24 ust. 4 ofertę takiego wykonawcy uznaje się za odrzuconą. (...) Tym samym biorąc pod uwagę zakres zaskarżenia czynności zamawiającego, wskazany w podniesionym zarzucie o wykluczenie wykonawcy Comparex w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, Izba stwierdza, iż brak jest podstaw w tym*

zakresie, gdyż wykluczenie wykonawcy z postępowania jest możliwe tylko w przypadku kiedy wykonawca zostanie wezwany do wyrażenia zgody na propozycję zamawiającego na przedłużenie okresu związania ofertą i takiej zgody nie wyrazi, co jak wskazano powyżej nie miało miejsca w przedmiotowej sprawie."

Odwołujący zwracał uwagę, że okres związania ofertą pełni funkcję zabezpieczającą, podobnie jak wadium, tj. ma zabezpieczyć przystąpienie wykonawcy do umowy na warunkach określonych w ofercie. Pomimo braku związania ofertą, w ww. sprawie o sygn. KIO 123/13 KIO uznała za dopuszczalne dokonanie wyboru oferty, a dalej zawarcie umowy, bowiem nie było podstawy prawnej upoważniającej do wykluczenia wykonawcy w takiej sytuacji. Podobna sytuacja zachodzi również w niniejszym postępowaniu, gdzie wobec Odwołującego nie zachodzi żadna z przesłanek wykluczenia go z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Na istnienie zamkniętego katalogu podstaw eliminacji wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne KIO zwróciła uwagę również w wyroku z dn. 19 marca 2012 r., KIO 459/12, stwierdzając m.in.:

„3. Brak możliwości poddania złożonej w postępowaniu oferty ocenie, w oparciu o kryteria oceny oferty, może nastąpić jedynie wskutek odrzucenia takiej oferty.

4. Eliminacja oferty z postępowania ze względu jej jakąkolwiek wadę winna nastąpić przez jej odrzucenie w oparciu o normy prawne wyrażone w przepisach p.z.p".

KIO w powyższym wyroku odwołała się do podstaw odrzucenia oferty, co może nastąpić tylko w przypadku wyraźnej podstawy zawartej w ustawie, jednak zasada ta odnosi się również do wykluczenia wykonawcy z postępowania, bowiem Ustaw przewiduje numerus clausus zarówno podstaw odrzucenia oferty, jak i wykluczenia z postępowania, a czynności te nie mogą zostać dokonane bez upoważnienia ustawowego. Niezależnie od powyższego, żaden przepis nie wskazuje terminu, w jakim ma być fizycznie wniesione wadium w czasie przedłużonego okresu związania ofertą, tj. nie uzależnia wykluczenia z postępowania od niewniesienia wadium w ściśle określonym terminie (jak ma to miejsce w pozostałych przypadkach). Zarówno przy składaniu ofert, jak i w przypadku uregulowanym w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp przepisy wymagają wyraźnie wniesienia wadium w ściśle określonym terminie. I tak art. 45 ust. 3 stanowi, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, a sankcją niewywiązania się z tego obowiązku jest wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert (stosownie do treści art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp). Podobnie jest w przypadku uregulowanym w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie art. 46 ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wówczas

wadium w terminie określonym przez zamawiającego, a sankcją jest wykluczenie z postępowania wykonawcy, który nie wniósł wadium w terminie wynikającym z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp (tj. wyznaczonym przez zamawiającego). W obu powyższych przypadkach podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania jest niewywiązanie się z obowiązku wniesienia wadium w ściśle określonym terminie. Tymczasem w sytuacji wnoszenia wadium na przedłużony okres związania ofertą, podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania jest po prostu niewniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą. Przepis nie odnosi się jednak w żaden sposób do terminu wniesienia wadium na ten przedłużony okres, tj. nie przewiduje, aby wykluczenie z postępowania miało nastąpić wobec zaniechania wniesienia wadium na przedłużony okres związania oferta w określonym terminie, ale wskazuje tylko na samą okoliczność zaniechania wniesienia wadium. Terminu wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą nie przewidują również przepisy stanowiące podstawę przedłużenia ważności wadium. Jak wynika z treści art. 184 ustawy Pzp (w oparciu o który Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłużenia ważności wadium bądź wniesienia nowego), 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. Z przepisu tego nie wynika jednak, że przedłużenie ważności wadium/wniesienie nowego powinno nastąpić w ściśle określonym terminie, w tym w szczególności w terminie zakreślonym przez zamawiającego. Również art. 85 ust. 4 ustawy Pzp wymaga tylko, aby przedłużenie ważności wadium bądź wniesienie nowego nastąpiło na przedłużony okres związania ofertą, nie wskazuje natomiast obligatoryjnego terminu w jakim powinno dojść do wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą. Wobec tego podstawą oceny, czy zaistniała przesłanka do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jest ustalenie, czy wadium obejmuje cały przedłużony okres związania ofertą, abstrahując od daty fizycznego wniesienia tego wadium. Zresztą nie ulega wątpliwości, że oferta Odwołującego była zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą (w tym w przedłużonym okresie związania ofertą), przy czym początkowo na podstawie ubezpieczeniowej gwarancji nr 02GG09/0144/0013 z dnia 29 października 2012 r. (aneksowanej w dniu 18 grudnia 2012 r.), która obejmowała okres do 27 lutego 2013 r. włącznie, a następnie na podstawie ww. gwarancji bankowej nr 14095/03/2013/1157 obowiązującej począwszy od dnia 28 lutego 2013 r. do 29 kwietnia 2013 r. Jednocześnie przed datą podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wadium było już fizycznie wniesione przez tegoż Odwołującego (dokument gwarancji znajdował się w posiadaniu Zamawiającego), co dodatkowo przemawia za

przyjęciem, że przesłanka „nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą” nie została spełniona w odniesieniu do Odwołującego. Bez znaczenia jest natomiast okoliczność, że samo przekazanie Zamawiającemu dokumentu gwarancji wadialnej nastąpiło po terminie określonym przez Zamawiającego, skoro dokument ten ostatecznie znalazł się w posiadaniu Zamawiającego (od dnia 8 marca 2013 r. Zamawiający dysponuje jego oryginałem), a przepisy ustawy Pzp nie przewidują wykluczenia z postępowania z uwagi na niewniesienie wadium w ściśle określonym terminie. W związku z powyższym stwierdzenie czy wykonawca wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą powinien być dokonany według aktualnego stanu faktycznego. W aktualnym stanie faktycznym, w tym w szczególności w dacie podjęcia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania, Zamawiający dysponuje i dysponował fizycznie dokumentem gwarancji, której ważność obejmuje okres od 28 lutego 2013 r. do 29 kwietnia 2013 r., co oznacza, że oferta Odwołującego była zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą i cel ustawy Pzp związany z obowiązkiem ustanowienia zabezpieczenia wadialnego został osiągnięty.

Na marginesie Odwołujący wskazywał, że zarówno w toku postępowania odwoławczego z odwołania Ingrifo Sp. z o.o. sp. k, które zakończyło się wyrokiem z dnia 6 marca 2013 r. (którego uczestnikiem był Odwołujący), jak i w kolejnych dniach Zamawiający nie kwestionował legitymacji Odwołującego do uczestnictwa w postępowaniu. Co więcej, w marcu 2013 r. Odwołujący uzgodnił z Zamawiającym kształt zabezpieczenia należytego wykonania przyszłej umowy, co tym bardziej świadczyło o zamiarze zawarcia tej umowy przez Odwołującego. Zamawiający nie miał więc żadnych podstaw do obaw, że Odwołujący odmówi zawarcia umowy (co na tym etapie postępowania o zamówienie publiczne jest celem ochrony wadialnej), tym bardziej że dokument gwarancji wadialnej, obejmujący okres od dnia 28 lutego 2013 r. do 29 kwietnia 2013 r., został przedłożony Zamawiającemu w dniu 8 marca 2013 r. (oryginał), a więc na tydzień przed wykluczeniem Odwołującego z postępowania.

Mając na uwadze argumenty przedstawione powyżej, Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 25 marca 2013 r.

W dniu 27 marca 2013 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 28 marca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego konsorcjum B3

System S.A. i ITSM Group Sp. z o.o. (dalej także jako "Przystępujący"), wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis.

Odwołujący spełnia także określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp materialnoprawne wymogi wniesienia odwołania. Złożył ofertę poprzednio wybraną jako oferta najkorzystniejsza (informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 8 lutego 2013 r.), który to wybór nie został skutecznie podważony w wyniku postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 340/13 (wyrok oddalający odwołanie z dnia 6 marca 2013 r.). Potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu daje mu więc możliwość uzyskania zamówienia, której na skutek zarzucanych nieprawidłowości został pozbawiony.

Izba ustaliła także, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest sporny, a ze względu na to, że został obszernie przytoczony w treści odwołania nie ma potrzeby jego ponownego opisywania.

Bezsporne pomiędzy Stronami jest, że Zamawiający w związku z zawieszeniem okresu związania ofertą w wyniku wniesienia odwołania (art. 182 ust. 6 ustawy Pzp) pismem z 18 lutego 2013 r. dokonał wezwania Odwołującego w trybie art. 184 ustawy Pzp do wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą pod rygorem wykluczenia z postępowania, wyznaczając mu termin do dnia 27 lutego 2013 r. Termin ten korespondował z terminem wygaśnięcia ważności poprzedniego wadium w formie aneksu do gwarancji ubezpieczeniowej (gwarancja nr 02GG09/0144/12/0013 aneks z dnia 18 grudnia 2012 r.) Odwołujący w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą. Dokument gwarancji bankowej nr 14095/03/2013/1157 stanowiący nowe wadium na okres od 28 lutego 2013 r. do 29 kwietnia 2013 r. został złożony u Zamawiającego 8 marca 2013 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania oraz kopię korespondencji mailowej Zamawiającego i Odwołującego z 6 marca 2013 r. dotyczącą zasad ustanowienia gwarancji należytego wykonania umowy.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przewiduje sankcję wykluczenia wykonawcy w przypadku niewniesienia wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp albo w razie braku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. W stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający uznał, że wykonawca pomimo wezwania w trybie art. 184 ustawy Pzp nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, przy czym podany przez Zamawiającego termin wniesienia wadium odpowiadał dacie wygaśnięcia ważności dotychczasowego wadium Odwołującego (aneks do gwarancji ubezpieczeniowej nr 02GG09/0144/12/0013 z 18 grudnia 2012 r. - okres gwarancji od 31 października 2012 r. do 27 lutego 2013 r.) Ustawa Pzp określa w art. 45 ust. 3, że wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert, nie opisuje natomiast sposobu przedłużenia lub wniesienia nowego wadium, w tym nie precyzuje terminu na dokonanie tej czynności. Należy jednak podkreślić, że praktyka i orzecznictwo potwierdzają, że w tym zakresie można uznać za ugruntowany jednolity pogląd, przywołany przez Zamawiającego podczas rozprawy przed Izbą, że wadium w postaci gwarancji, czy to bankowych, czy ubezpieczeniowych, należy przedstawić zamawiającemu przed upływem terminu wskazanego w dotychczasowej gwarancji. Ponadto dla skuteczności wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą niewystarczające jest samo ustanowienie gwarancji przez bank lub ubezpieczyciela (wystawienie dokumentu gwarancji), lecz także niezbędne jest przekazanie dokumentu gwarancji lub aneksu do niej zamawiającemu. Do przedłużenia wadium stosuje się bowiem te same zasady co dla skuteczności jego wniesienia do upływu terminu składania ofert. Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp posługuje się w tym zakresie jednolitą terminologią - wymaga wniesienia wadium czy to dla zabezpieczenia oferty w pierwotnym okresie związania czy też na przedłużony okres związania ofertą. Pogląd ten choć formalistyczny uznaje się za ugruntowany i znajduje on oparcie zarówno w charakterze czynności ustanowienia gwarancji jako czynności abstrakcyjnej, ściśle powiązanej z wystawionym przez gwaranta dokumentem, jak i celu wniesienia wadium w tej formie - potwierdzeniu, że stosowne zobowiązanie na rzecz Zamawiającego zostało ustanowione (tak w wyroku KIO z 22 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1220/11). Tym samym uznać należy, iż czynność wniesienia wadium w formie gwarancji (bankowej lub ubezpieczeniowej) obejmuje dwa elementy - ustanowienie gwarancji w wymagany właściwymi przepisami sposób oraz przekazanie dokumentu gwarancji do Zamawiającego. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż wystarczające jest wystawienie

dokumentu gwarancji przez bank czy ubezpieczyciela. Czynności te mają charakter zewnętrzny wobec Zamawiającego. Skuteczność wobec Zamawiającego uzyskują one dopiero po przekazaniu dokumentu Zamawiającemu. Wynika to także z zasady pisemności postępowania. Weryfikacja skuteczności wniesienia wadium także na przedłużony okres związania ofertą musi opierać się na dokumentach, tj. w tym przypadku na dysponowaniu przez Zamawiającego dokumentem gwarancji (por. wyrok KIO z 20 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1655/10: „*O ile w przypadku wniesienia wadium w pieniądzu istnieje możliwość sprawdzenia stanu konta przez Zamawiającego, o tyle w przypadku wnoszenia wadium w formach niepieniężnych fakt wniesienia wadium powinien wynikać wprost ze złożonych dokumentów. W ocenie składu orzekającego Izby przemawia to za tym, że kwestie wadium nie mogą być interpretowane w oderwaniu od cech samych form wadium oraz celu jego wniesienia*”). Tym samym argumentacja Odwołującego, jakoby dla skutecznego wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej na przedłużony okres związania ofertą nie było niezbędne przedstawienie Zamawiającemu dokumentu gwarancji bankowej nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie zgadza się także z prezentowanym w odwołaniu stanowiskiem, iż *„stosownie do treści art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - podstawa wykluczenia z postępowania w tym przypadku nie jest brak ciągłości w dysponowaniu zabezpieczeniem wadialnym, ale niewniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą”*. Odwołujący wywodzi, że skoro w dacie drugiego przedłużenia okresu związania ofertą - 8 marca 2013 r. Zamawiający dysponował już dokumentem gwarancyjnym, brak jest podstawy dla uznania, iż Odwołujący nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą. Istotnie nowelizacją ustawy Pzp uchylono konieczność nieprzerwanego zabezpieczenia wadium wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, jednak obowiązek zachowania ciągłego zabezpieczenia wadialnego utrzymany został w stosunku do wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a takim wykonawcą jest Odwołujący (por. wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1098/12). Wynika to zarówno z przepisów normujących wniesienie wadium (zwłaszcza art. 46 ustawy Pzp), jak i regulujących postępowanie odwoławcze - art. 184 ustawy Pzp. Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą ma obowiązek utrzymywania ważności wadium przez cały okres związania ofertą tak, by jego oferta przez cały okres związania była skutecznie zabezpieczona wadium. Odwołujący de facto pomija w swojej argumentacji treść art. 184 ustawy Pzp, stwierdzając jedynie, że nie zawiera on odrębnej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, lecz że odwołuje się do art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Istotnie nie zawiera on odrębnej podstawy wykluczenia, jednak wyraźnie wskazuje na taki rygor w dokonywanym przez zamawiającego wezwaniu w tym trybie. Art. 184 ustawy Pzp przewiduje bowiem, że 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. Należy przypomnieć, iż regulacja ta związana jest z instytucją zawieszenia okresu związania ofertą do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia w przypadku wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert uregulowaną w art. 182 ust. 6 ustawy Pzp. Istotą przepisu art. 184 zdanie drugie ustawy Pzp jest zatem konieczność utrzymania przez wykonawcę wybranego ciągłości zabezpieczenia wadium, co jednoznacznie wynika z jego treści. Na zamawiającego został natomiast nałożony obowiązek wystosowania wezwania nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium tak, by wykonawca był w stanie powyższego wymogu dopełnić. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający pismem z 18 lutego 2013 r. wezwał Odwołującego do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, czym dopełnił ciążącego na nim ustawowego obowiązku. Odnośnie terminu dla przedłużenia ważności wadium to choć ustawa Pzp tego terminu nie określa, to już choćby z treści art. 184 ustawy Pzp wywieść można jego powiązanie z terminem wygaśnięcia ważności dotychczasowego wadium. Tym samym przedłużenie ważności wadium lub wniesienie nowego wadium winno nastąpić przed upływem ważności dotychczasowego wadium. W przedmiotowym stanie faktycznym termin ten został precyzyjnie przez Zamawiającego wskazany - 27 lutego 2013 r. i korespondował z terminem ważności dotychczasowej gwarancji ubezpieczeniowej. Skoro zatem wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą ma obowiązek zapewnienia ciągłości zabezpieczenia wadium, przedłużenie wadium lub wniesienie nowego wadium na okres niezbędny do zawarcia umowy (przedłużony okres związania ofertą) musi nastąpić przed wygaśnięciem ważności dotychczasowego wadium. Nie sposób zatem abstrahować, jak chce tego Odwołujący, od terminu wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą jako przesłanki zapewniającej jego skuteczne wniesienie. Izba nie podziela także argumentacji, jakoby dla ustalenia podstawy wykluczenia z postępowania - niewniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą - decydujące znaczenie miała okoliczność, czy w dacie podejmowania czynności o wykluczeniu Zamawiający dysponował dokumentem gwarancji obejmującym pełny okres związania ofertą. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp rolą Zamawiającego nie jest jedynie zbadanie, czy na dzień podejmowania decyzji o wykluczeniu dysponuje potwierdzeniem zabezpieczenia oferty wadium, ale czy zaszła wskazana tam podstawa wykluczenia - tj. czy wykonawca w prawidłowy sposób wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą. Tym samym z punktu widzenia oceny prawidłowości tegoż przedłużenia odmiennie niż argumentuje Odwołujący data fizycznego

wniesienia wadium ma znaczenie. Data ta decyduje bowiem o istnieniu ciągłości zabezpieczenia wadium, co jak było wskazane powyżej w przypadku wykonawcy którego oferta została uznana za najkorzystniejszą jest bezwzględnie wymagane przepisami ustawy Pzp.

Przez ciągłość zabezpieczenia wadium należy rozumieć możliwość dysponowania wadium przez Zamawiającego przez cały okres związania ofertą. Oznacza to zatem, że w toku związania ofertą nie powinien istnieć żaden okres, w którym Zamawiający wspomnianym wadium (tu: gwarancją bankową) by nie dysponował. Tymczasem w stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający od 28 lutego do 8 marca 2013 r. nie był w posiadaniu ważnego wadium, pomimo że dokonał wezwania Odwołującego do przedłużenia wadium lub wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy, w trybie art. 184 ustawy Pzp. Już wówczas istniała zatem podstawa do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp jako podmiotu, który nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą. Zamawiający wyjaśniał, że z uwagi na toczące się postępowania odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 340/13 nie chciał dokonywać żadnych nowych czynności w postępowaniu, co jednak nie zmienia oceny prawnej zaistniałego stanu faktycznego. Ponadto w dacie 7 marca 2013 r., tj. już po ogłoszeniu wyroku przez Izbę (6 marca 2013 r.), kiedy to z formalnego punktu widzenia Zamawiający mógł zawrzeć umowę z Odwołującym, nadal wadium nie dysponował. Również w tej dacie mógł zatem dokonać czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania w oparciu o wspomnianą podstawę prawną. Powyższe okoliczności wskazują zatem jednoznacznie, iż oferta Odwołującego pomimo takiego obowiązku nie była zabezpieczona wadium przez cały wymagany okres. Zdaniem Izby fakt, że Zamawiający na skutek zasięgnięcia konsultacji co do sposobu postępowania w niniejszej sprawie dokonał formalnie czynności wykluczenia dopiero 15 marca 2013 r., kiedy to już był w posiadaniu dokumentu gwarancji bankowej stanowiącej nowe wadium, pozostaje bez wpływu na ocenę, czy zaistniała podstawa dla wykluczenia Odwołującego z postępowania ze względu na niewniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jak było to wskazane powyżej wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej wymaga przekazania Zamawiającemu dokumentu gwarancji jako elementu niezbędnego dla skutecznego dokonania tej czynności. W przeciwnym razie Zamawiający nie ma żadnej wiedzy co do ustanowienia wadium na jego rzecz. Jako że przedłużenie wadium lub wniesienie nowego wadium musi nastąpić przed upływem ważności dotychczasowego wadium, także przekazanie dokumentu gwarancji winno nastąpić w terminie ważności poprzedniego wadium. Za nieprawidłowe należy uznać stanowisko Odwołującego jakoby wykonawca miał dowolność w wyborze tego terminu, w szczególności, że przysługuje mu prawo wniesienia wadium na przedłużony okres związania

ofertą aż do zawarcia umowy. Takie uprawnienie nie wynika z żadnego przepisu ustawy Pzp, a co więcej jest sprzeczne z istotą wadium jako zabezpieczenia interesów Zamawiającego, w szczególności w zakresie podejmowania racjonalnych decyzji w postępowaniu. Zamawiający nie mógłby np. wykluczyć wykonawcy pomimo że ten nie wniósł prawidłowo wadium na przedłużony okres związania ofertą, równocześnie bez zabezpieczenia oferty wadium niemożliwe byłoby zawarcie umowy. Zdaniem Izby bez znaczenia dla oceny skuteczności wniesienia przez Odwołującego wadium na przedłużony okres związania ofertą jest toczące się postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 340/13. Powyższa okoliczność ma znaczenie tylko z punktu widzenia skutku w postaci zawieszenia okresu związania ofertą w oparciu o art. 182 ust. 6 ustawy Pzp i powstania po stronie Zamawiającego obowiązku wezwania w trybie art. 184 ustawy Pzp. Toczące się postępowanie odwoławcze pozostawało natomiast prawnie irrelevantne dla obowiązku wniesienia wadium przez Odwołującego. Ważność wadium nie ulega bowiem zawieszeniu na skutek wniesienia odwołania, jak dzieje się to z okresem związania ofertą. Bez znaczenia jest także okoliczność, że w toku postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 340/13, którego Odwołujący był uczestnikiem jako przystępujący po stronie Zamawiającego, jego legitymacja do udziału w tymże postępowaniu nie była kwestionowana. Zauważyć należy, iż Zamawiający nie dokonał wówczas żadnej czynności względem Odwołującego (tj. wykluczenia). Ponadto Odwołujący był jedynie uczestnikiem postępowania, a nie wnoszącym odwołanie, toteż jego status w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie wpływał bezpośrednio na sposób rozpatrzenia odwołania i rozstrzygnięcie Izby. Podobnie bez znaczenia dla oceny zasadności zastosowania wobec Odwołującego sankcji wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp były toczące się między Odwołującym a Zamawiającym uzgodnienia odnośnie kształtu zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odwołujący podkreślał, że biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt przekazania dokumentu wadium 8 marca 2013 r., Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby obawiać się, że Odwołujący odmówi podpisania umowy, co na tym etapie postępowania jest celem ochrony wadialnej. Podkreślić należy, że choć cel wadium z punktu widzenia rodzaju zabezpieczanych roszczeń Zamawiającego niewątpliwie zmienia się w zależności od etapu postępowania, to fakt ten pozostaje bez znaczenia dla oceny zaistnienia przesłanki wykluczenia z postępowania określonej w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Izba podziela w tym zakresie pogląd zawarty w przywołanym wyroku KIO z 1 lutego 2012 r. sygn. akt KIO 140/12, zgodnie z którym: *"Ocena postępowania Zamawiającego (według dyspozycji normy prawnej) nastąpić musi w oparciu o okoliczności wyartykułowane w hipotezie normy prawnej, a więc zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy nakaz określonego zachowania się przez wykonawcę został wypełniony. Ocena tego zachowania nie może następować z punktu widzenia innych zdarzeń, np. etapu postępowania, czy terminu dokonywania czynności*

*przez Zamawiającego, dla stwierdzenia przekroczenia omawianej normy prawnej nie jest bowiem istotne, że w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej oferta pozostawała nieprzerwanie zabezpieczona, nie jest to bowiem jedyny element objęty hipotezą rozpatrywanej normy prawnej". Stan faktyczny sprawy podlega zatem ocenie z punktu widzenia treści normy prawnej i przewidzianych w niej wymogów. Tym samym okoliczność, że w dacie dokonywania czynności wykluczenia Odwołującego Zamawiający dysponował już dokumentem gwarancji, nie jest czynnikiem decydującym dla uznania, iż brak podstaw dla wykluczenia Odwołującego z uwagi na niewniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą. Elementy objęte hipotezą rozpatrywanej normy prawnej art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp są daleko szersze. Przywoływane przez Odwołującego w treści odwołania orzecznictwo należy uznać za nieadekwatne do stanu faktycznego odwołania, gdyż dotyczy ono odmiennej przesłanki wykluczenia - braku zgody na przedłużenie okresu związania ofertą (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp *in fine*) (z uzasadnienia wyroku KIO 124/13 - "(...) W zakresie podniesionego zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez brak wykluczenia wykonawcy Comparex, odwołujący podniósł, że wykonawca ten nie przedłużył okresu związania ofertą. Wskazał, że w związku z dwoma postępowaniami odwoławczymi przez KIO i tym samym czasowego zawieszenia biegu terminu związania ofertą, ważność oferty Comparex Poland Sp. z o.o. kończyła się z dniem 27 grudnia 2012 r. Odwołujący po zapoznaniu się z dokumentacją w sprawie w dniu 17 stycznia 2013 r. wykazał, że Comparex przedłużył tylko okres zabezpieczenia oferty wadium w dniu. 10.12.2012r., do 31.01.2013 r. jednak w aktach postępowania nie ma żadnego pisma potwierdzającego, że Comparex przedłużył ważność swojej oferty po dniu 27.12.2012 r.(...)".Tej samej problematyki dotyczył także wyrok KIO 459/12. Dodatkowo w stanie faktycznym tej sprawy oferta odwołującego się wykonawcy nie była ofertą wybraną jako najkorzystniejsza.*

Biorąc pod uwagę powyższe, brak jest podstaw dla uznania, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, dokonując wykluczenia Odwołującego z postępowania. Odwołujący nie dochował wymogów przewidzianych dla skutecznego wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą, nie doręczając dokumentu ustanowionego wadium (gwarancji bankowej) przed terminem upływu ważności dotychczasowego wadium (do 27 lutego 2013 r.) zgodnie z żądaniem Zamawiającego zawartym w piśmie z 18 lutego 2013 r. W konsekwencji i pozostałe podnoszone w odwołaniu zarzuty należy uznać za niezasadne.

Izba pozostawiła bez rozpoznania podnoszony na rozprawie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż nie był on zawarty w treści odwołania, co zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wyłącza możliwość jego rozpatrzenia przez Izbę.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 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), uwzględniając koszt wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3075 zł zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

Przewodniczący: