

Sygn. akt: KIO 2028/15

WYROK
z dnia 28 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 września 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **E. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Uslugowa E&K El. B., SAF S.A., ul. Św. Gertrudy 12A/7, 31-048 Kraków**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Uslugowa E&K E. . SAF S.A., ul. Św. Gertrudy 12A/7, 31-048 Kraków, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Uslugowa E&K E. B., SAF S.A., ul. Św. Gertrudy 12A/7, 31-048 Kraków, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Krakowie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2028/15

Uzasadnienie

Zamawiający - Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usługi kontrolowania dokumentów przewozu osób korzystających z przewozów organizowanych w ramach systemu KMK, prowadzenie windykacji i egzekucji należności powstałych z tytułu wystawienia wezwań do zapłaty opłat dodatkowych i należności przewozowych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 stycznia 2015 roku pod numerem 2015/S 008-009454.

W dniu 18 września 2015 roku odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. B., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa E&K E. B. oraz SAF S.A (dalej Odwołujący), wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego z dnia 9 września 2015 roku polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakłady Wielobranżowe Renoma Sp. z o.o. (dalej Renoma). W ocenie Odwołującego ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert oraz wybór oferty złożonej przez Renoma jako oferty najkorzystniejszej, jak również zaniechanie wykluczenia tego Wykonawcy tudzież zaniechanie odrzucenia jego oferty, zaistniały z naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, które to naruszenie miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wybrał ofertę Renoma mimo tego, że oferta ta w dacie dokonywania jej wyboru nie była zabezpieczona wadium, podczas gdy art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że wyklucza się (obligatoryjnie) z postępowania wykonawców, którzy nie wnieśli wadium na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazał, że zamawiający błędnie interpretuje art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą (zasada). Wyjątek od tej zasady ujęty w drugim zdaniu przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ od daty wydania pierwszego wyroku przez KIO (10 kwietnia 2015 r.) a co najmniej od daty wydania prawomocnego wyroku przez Sąd Okręgowy w Krakowie 24 czerwca 2015 XII Ga 303/15, w sprawie nie mamy już skutecznego wyboru oferty najkorzystniejszej. Wybór oferty pierwotnie uznanej za najkorzystniejszą został bowiem unieważniony przez Wyrok KIO podtrzymany w całej rozciągłości przez Sąd Okręgowy w Krakowie. Przedłużenie stanu związania ofertą w maju i w lipcu 2015 nastąpiło już zatem w stadium, którego nie można kwalifikować jako „po wyborze oferty najkorzystniejszej”. W ocenie Odwołującego skoro przepis art. 85 ust. 4 zdanie drugie stanowi wyjątek od zasady przedłużania związania ofertą

wraz z wniesieniem nowego wadium lub przedłużeniem ważności wadium, to polega on wykładni zawężającej i dotyczy jedynie sytuacji, gdzie pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej nie został jeszcze zakwestionowany przez wyrok KIO bądź wyrok sądu powszechnego. Ponadto Odwołujący podniósł, że wykonawca Renoma dwukrotnie w maju i lipcu przedłużał stan związania ofertą a ani razu czynnościom tym nie towarzyszyło wniesienie nowego wadium. Również po wyborze oferty tego wykonawcy pozostawała ona niezabezpieczona wadium. Zamawiający wyznaczył termin na ponowne wniesienie wadium, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, w taki sposób, że przypada on po dacie do kiedy możliwe było wniesienie odwołania. W ocenie Odwołującego, Zamawiający wypaczył cel, sens i istotę instytucji wadium i usiłuje uniemożliwić kontrolę dokonania tej czynności w ten sposób, że wyznacza odległy termin jej dokonania (na 19 września br.) podczas gdy odwołanie można skutecznie wnieść najpóźniej 18 września br. Zatem Zamawiający na przestrzeni wielu dni i w postępowaniu, w którym zabezpieczenie oferty wadium jest obligatoryjne, a nie fakultatywne dopuszcza do sytuacji, w której wybrana oferta nie jest zabezpieczona wadium. Takie postępowanie Zamawiającego jest niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie gwarantuje ani zachowania uczciwej konkurencji, ani równego traktowania wykonawców.

Po drugie, Odwołujący podniósł, że oferta Renoma w dacie dokonywania wyboru pozostawała niekompletna i wadliwa, bowiem na stronie 1 pkt 10 oferty z dnia 25.02.2014 roku wykonawca nie wskazał osoby, która będzie kierować usługami w przypadku wygrania przetargu, podczas gdy zamawiający oczekiwał wskazania takiej osoby z imienia i nazwiska, czego dowodzi treść formularza ofertowego.

Po trzecie, Odwołujący podniósł, że wykonawca Renoma nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem polisa załączona do oferty odwoływała się do przedmiotu działalności ujawnionego w KRS, w którym brak było działalności objętej PKD 82.91Z. Ujawnienia tego kodu w KRS wykonawca dokonał w czerwcu 2015. Tymczasem zamawiający wymagał złożenia polisy potwierdzającej, że dany wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. wykluczenia Renoma lub odrzucenia oferty Renoma,
3. ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert i dokonania czynności wyboru oferty odwołującego,
4. orzeczenie o kosztach stosownie do wyniku sprawy.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W dniu 17 marca 2015 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty F.U.H. Zet-ka M., K., G. Sp.j.(dalej Zet-ka). Czynność ta została zakwestionowana przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia E. B., prowadzącą działalność p.n. F.H.U. E. B. oraz SAF S.A. (odwołanie KIO 595/15 z dnia 26 marca) oraz wykonawcę Renoma (odwołanie KIO 610/15 z dnia 27 marca). Wyrokiem z dnia 10 kwietnia 2015 roku Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła oba odwołania i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Zet-ka, nakazała ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Zet-ka. Sąd Okręgowy w Krakowie wyrokiem z dnia 24 czerwca 2015 roku (Sygn. akt XII Ga 303/15) oddalił skargę wykonawcy Zet-ka. W dniu 9 września 2015 roku Zamawiający poinformował wykonawców, iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2015 roku unieważnia wybór najkorzystniejszej oferty, dokonał ponownej oceny ofert i odrzucił ofertę Zet-ka. Jednocześnie w dniu 9 września 2015 roku Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Renoma z ceną 37 483 200 zł.

Izba ustaliła także, iż w toku postępowania o zamówienie publiczne, wykonawca Renoma dwukrotnie przedłużał termin związania ofertą: pierwszy raz - w dniu 22 maja 2015 roku o 60 dni, drugi raz – w dniu 13 lipca o 90 dni.

W dniu 23 marca 2015 roku, po dokonaniu wyboru oferty Zet-ka jako najkorzystniejszej, Zamawiający zwrócił wszystkim wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu (za wyjątkiem wykonawcy wybranego), w tym także wykonawcy Renoma wniesione w formie pieniężnej wadium. W dniu 9 września 2015 roku, Zamawiający skierował do wykonawcy Renoma wezwanie do złożenia nowego wadium w terminie do 19 września 2015 roku. W toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że wykonawca Renoma wniósł w dniu 10 września 2015 wadium w wysokości 20 000 zł w formie pieniężnej, przelewem na rachunek Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe - niesporne między stronami - okoliczności faktyczne, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jako wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania oraz na skutek podnoszonych naruszeń, może ponieść szkodę, w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia publicznego, co wyczerpuje przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające Odwołującego do wniesienia odwołania.

Zgodnie z treścią art. 46 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej Zet-ka, która miała miejsce w dniu 17 marca 2015 roku, zwrócił wadium wszystkim wykonawcom, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana. Treść art. 85 ust. 4 zdanie pierwsze ustawy Pzp statuuje ogólną zasadę, że przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Zdanie drugie tego przepisu dotyczy sytuacji, gdy przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej – wówczas obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, zawarte w treści odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 września 2015 roku, zgodnie z którym wszystkie dokonywane w postępowaniu o zamówienie publiczne czynności pomiędzy wydaniem wyroku KIO z dnia 10 kwietnia 2015 roku a unieważnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej i ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 9 września 2015 roku, były czynnościami wykonywanymi „po wyborze oferty najkorzystniejszej”, co w konsekwencji oznacza, że obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczył jedynie wykonawcy, którego oferta została wówczas wybrana jako najkorzystniejsza tj. Zet-ka. Przedłużenie terminu związania ofertą dokonane przez wykonawcę Renoma w maju i lipcu należy ocenić jako czynność podjętą „po wyborze oferty najkorzystniejszej”, co w świetle brzmienia art. 85 ust. 4 zdanie drugie powodowało że wykonawca ten nie był zobowiązany do wniesienia nowego wadium, które zostało mu przez Zamawiającego zwrócone w dniu 23 marca 2015 roku tj. niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Nie można zatem uznać za słuszne stanowiska Odwołującego, iż art. 85 ust. 4 zdanie drugie nie znajduje zastosowania w niniejszej sprawie, „ponieważ od daty wydania pierwszego wyroku przez KIO (10 kwietnia 2015 r.) a co najmniej od daty wydania prawomocnego wyroku przez Sąd Okręgowy w Krakowie 24 czerwca 2015 XII Ga 303/15, w sprawie nie mamy już skutecznego wyboru oferty najkorzystniejszej. Wybór oferty pierwotnie uznanej za najkorzystniejszą został bowiem unieważniony przez Wyrok KIO podtrzymany w całej rozciągłości przez Sąd Okręgowy w Krakowie”. Stanowisko to nie jest możliwe do zaakceptowania przede wszystkim dlatego, że ani wyrok KIO ani orzeczenie sądu okręgowego nie unieważniły pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej. Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2015 roku, podtrzymany w całej rozciągłości przez Sąd Okręgowy w Krakowie, jedynie nakazywał zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Zet-ka, nakazywał ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Zet-ka. Innymi słowy, do czasu dokonania tych czynności przez Zamawiającego tj. do dnia 9

września 2015 roku istniał stan „po wyborze oferty najkorzystniejszej”, o którym mowa w art. 85 ust.4 zdanie drugie, co powoduje, że obowiązek zapewnienia ciągłości wadium spoczywał wyłącznie na wykonawcy wówczas wybranym. Dopiero po dokonaniu czynności wyboru oferty Renoma, która miała miejsce dnia 9 września ziściły się przesłanki określone w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp obligujące Zamawiającego do żądania od wykonawcy, którego oferta w wyniku rozstrzygnięcia odwołania została wybrana jako najkorzystniejsza, wniesienia nowego wadium. Nie ulega wątpliwości, że Renoma wniosła w dniu 10 września 2015 roku wadium do Zamawiającego w formie pieniężnej, przelewem na rachunek bankowy.

Przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, na którego naruszenie wskazuje Odwołujący nie można interpretować w oderwaniu od pozostałych przepisów ustawy Pzp regulujących problematykę wadium, w tym art. 46 ust. 1 i 3 oraz art. 85 ust. 4 ustawy Pzp. Celem wprowadzenia przepisu art. 46 ust. 1 ustawy Pzp oraz nadania nowego brzmienia art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, było uniknięcie niezasadnego, stanowiącego znaczne obciążenie finansowe dla wykonawców, przetrzymywania przez zamawiającego wadium wykonawców, których oferty nie zostały uznane za najkorzystniejsze. W oparciu o te uregulowania przyjąć należy, że ustawodawca dopuścił sytuację, w której możliwy jest wybór oferty, która nie jest w sposób ciągły zabezpieczona wadium.

Izba podkreśla, że żaden przepis ustawy Pzp nie nakazuje utrzymywania zabezpieczenia wadium w sytuacji, w której oferta danego wykonawcy nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Zabezpieczenie wadium musi być utrzymywane tylko w przypadku wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, co jest zgodne z celem wadium jakim jest zabezpieczenie interesów zamawiającego związanych z zawarciem umowy z wybranym przez niego wykonawcą. Z treści art. 46 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający, niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, ma obowiązek zwrócić wadium wszystkim wykonawcom, za wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Kwestię zabezpieczenia wadium oferty, która została następnie wybrana w wyniku wniesionego odwołania, reguluje przepis art. 46 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu wadium zwrócono, dopiero wówczas, gdy w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Dodać należy, że powoływany przez Odwołującego w toku rozprawy wyrok KIO z dnia 23 lipca 1404/14 został na skutek skargi Prezesa UZP zmieniony wyrokiem Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 8 października 2014 roku Sygn. akt Ca 796/14, w którym to sąd okręgowy wskazał, że niezależnie od formy w jakiej wadium zostało wniesione (gwarancja ubezpieczeniowa, bankowa czy forma pieniężna) na zamawiającym spoczywa obowiązek zwrotu wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej

lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Podsumowując, Izba stoi na stanowisku, że w rozpatrywanym stanie faktycznym wykonawca Renoma wobec tego, że jego oferta nie została pierwotnie uznana za najkorzystniejszą nie miał obowiązku utrzymywania zabezpieczenia wadialnego a obowiązek ten stał się aktualny dopiero z chwilą dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i wystosowania przez Zamawiającego wezwania do złożenia nowego wadium, co nastąpiło w dniu 9 września 2015 roku.

W ocenie Izby zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Renoma z powodu braku wskazania przez tego wykonawcę w treści formularza oferty w pkt 10 osoby, która będzie kierować usługami w przypadku wygrania przetargu, należy uznać za spóźniony. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania. Jak ustalono wyżej, w dniu 17 marca 2015 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zet-ka, wówczas oferta Odwołującego zajmowała trzecią pozycję wg kryteriów oceny ofert ustalonych przez Zamawiającego. We wniesionym w dniu 26 marca 2015 roku odwołaniu Odwołujący podnosił zarzuty nie tylko wobec oferty uznanej wówczas za najkorzystniejszą (Zet-ka), ale także zarzuty wobec oferty Renoma, nie wskazując jednakże na brak podania w formularzu oferty osoby kierującej usługami. W ocenie Izby, mając na uwadze zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, wówczas tj. w odwołaniu z dnia 26 marca 2015 roku Odwołujący miał obowiązek podnieść wszystkie zarzuty wobec oferty Renoma, która była ofertą bezpośrednio go poprzedzającą w świetle kryteriów oceny ofert. Wskazywanie na dalsze uchybienia, na tym etapie postępowania, należy uznać za spóźnione i mające na celu jedynie przedłużanie postępowania o zamówienie publiczne. Okoliczność, że Renoma aktualnie poszukuje pracowników, w tym osoby odpowiedzialnej za kierowanie filią w Krakowie, na co wskazywał Odwołujący w toku rozprawy, nie stanowi, zdaniem Izby, uzasadnienia dla braku podniesienia przez Odwołującego tego zarzutu w odwołaniu z dnia 26 marca 2015 roku i nie może być powodem do przywrócenia terminu na podniesienie tego zarzutu. Odwołujący przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć informację o wszystkich uchybieniach oferty Renoma w chwili dokonania pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Identyczną argumentację co do uchybienia terminu należy odnieść do zarzutu dotyczącego polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, złożonej w ofercie Renoma. Podkreślić należy także, że kwestia polisy złożonej w ofercie Renoma została już prawomocnie przesądzona (*res*

iudicata) orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 10 kwietnia 2015 roku (Sygn. akt KIO 595/15 i 610/15) uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, stwierdzając, że cyt. „przedstawiona przez Wykonawcę Renoma sp. z o.o. polisa jest dokumentem, który potwierdza, że dany wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, a więc potwierdza spełnienia przez tego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu”. Okoliczność, jaką podnosił Odwołujący iż w czerwcu tego roku w KRS wykonawcy Renoma ujawniono dopiero kod działalności PKD 82.91Z. związaną z przedmiotem zamówienia, nie zmienia faktu, że polisa od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, zawarta w ofercie Renoma była prawidłowa, co prawomocnie stwierdziła Izba w przywołanym orzeczeniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: