

Sygn. akt: KIO/UZP 265/10

WYROK
z dnia 16 marca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Marek Koleśników
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex - Mostostal S.A., RESTAURO Sp. z o.o., Zakład Budowlano-Instalacyjny TURBUD Sp. z o.o., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencja Rewitalizacji Starówki ARS Spółka z o.o., 09-400 Płock, ul. Stary Rynek 19** protestu z dnia 1 lutego 2010 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: VECTRA S.A., Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "WIXBUD" Sławomir Mikulski Sp. J., 09-407 Płock, ul. Otolińska 21** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie:

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex - Mostostal S.A., RESTAURO Sp. z o.o., Zakład Budowlano-Instalacyjny TURBUD Sp. z o.o., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex - Mostostal S.A., RESTAURO Sp. z o.o., Zakład Budowlano-Instalacyjny TURBUD Sp. z o.o., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex - Mostostal S.A., RESTAURO Sp. z o.o., Zakład Budowlano-Instalacyjny TURBUD Sp. z o.o., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17** na rzecz **Agencja Rewitalizacji Starówki ARS Spółka z o.o., 09-400 Płock, ul. Stary Rynek 19** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 5 556 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex - Mostostal S.A., RESTAURO Sp. z o.o., Zakład Budowlano-Instalacyjny TURBUD Sp. z o.o., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Agencja Rewitalizacji Starówki ARS Spółka z o. o. z siedzibą w Płocku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę budynku handlowo - usługowego z parkingiem podziemnym wraz z wewnętrznymi instalacjami: elektryczną, wodociągową, kanalizacyjną, ciepłej wody użytkowej, centralnego ogrzewania, wentylacji, klimatyzacji, zlokalizowanego w Płocku przy ul. Synagogałnej, na działce o numerze ewidencyjnym gruntu 1385/2, obiektu położonego na obszarze zespołu urbanistyczno - architektonicznego i warstw kulturowych miasta Płocka wpisanego w dniu 16 listopada 1959r. do rejestru zabytków dawnego województwa płockiego pod nr 51/182/59.

25 stycznia 2010 r. zamawiający powiadomił o wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex - Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, RESTAURO Spółka z o. o. z siedzibą w Toruniu oraz Zakład Budowlano -

Instalacyjny "TURBUD" Spółka z o. o. z siedzibą w Płocku z powodu upływu terminu ważności wadium, ze skutkiem uznania oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”. Jednocześnie zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: "VECTRA" S.A. z siedzibą w Płocku i Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe "WIXBUD" Sławomir Mikulski Spółka Jawna z siedzibą w Płocku.

Wymienione czynności stały się przedmiotem odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex - Mostostal S.A., RESTAURO Spółka z o. o. oraz Zakład Budowlano - Instalacyjny "TURBUD" Spółka z o. o., które było poprzedzone protestem.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 181 ust. 2a Pzp przez wykluczenie odwołującego się z postępowania z powodu upływu terminu ważności wadium, mimo, że zamawiający nie wezwał odwołującego się do przedłużenia ważności wadium, ani wniesienia nowego wadium;

- art.91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 1 i 5 Pzp przez wybór najkorzystniejszej oferty, której cena przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący się wskazał, że zastosowanie rygoru wykluczenia wykonawcy zgodnie z art. 181 ust. 2 a Pzp uzależnione jest od dokonania przez zamawiającego uprzedniego wezwania wykonawcy do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia wadium na nowy okres. Wywiódł, że czynność wezwania ma charakter obligatoryjny, jej zaniechanie pociąga za sobą brak podstawy prawnej do wykluczenia wykonawcy z powodu nie przedłużenia ważności wadium lub nie wniesienia wadium na nowy okres. Podniósł ponadto, że gdyby intencją ustawodawcy było przyznanie wykonawcy inicjatywy w przedłużeniu wadium art. 181 ust. 2 a Pzp miałby treść tożsamą z art. 85 ust. 2 Pzp. Odwołujący się oświadczył, że brak wezwania do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia wadium na nowy okres wyklucza możliwość uzyskania od banku przedłużenia gwarancji przetargowej. Zarzucił również, że w toku postępowania zamawiający dwukrotnie wzywał go do przedłużenia ważności wadium, a obecna interpretacja art. 181 ust. 2a Pzp jest dokonywana *contra legem*.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 1 lutego 2010 r., odwołanie 16 lutego 2010 r. bezpośrednio do Urzędu Zamówień Publicznych Zamawiający otrzymał kopię odwołania z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 Pzp uznaje się za oddalenie protestu w dniu upływu terminu na dokonanie rozstrzygnięcia.

"VECTRA" S.A. z siedzibą w Płocku i Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe "WIXBUD" Sławomir Mikulski Spółka Jawna z siedzibą w Płocku - wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przystąpili do postępowania odwoławczego, uczestnicząc uprzednio w postępowaniu toczącym się w wyniku protestu. Zachowane zostały przesłanki przystąpienia wskazane w art. 181 ust. 4 i 5 oraz art. 184 ust. 4 Pzp. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i wywiódł, że zaniechanie przez zamawiającego dokonania wezwania stosownie do art. 181 ust. 2a Pzp nie zwalnia wykonawcy prowadzącego profesjonalną działalność gospodarczą z zachowania należytej staranności w podjęciu działań zmierzających do uniemożliwienia upływu terminu ważności wadium oraz związania ofertą. W okolicznościach sporu działaniami takimi winno być wniesienie protestu na zaniechania dokonania przez zamawiającego wyboru oferty, jako najkorzystniejszej lub złożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz przedłużenie okresu ważności wadium. Niedołożenie przez odwołującego się należytej staranności powoduje utratę interesu prawnego. Przystępujący zaprzeczył, iż przedłużenie gwarancji wadium przez banku uwarunkowane jest dokonaniem przez zamawiającego wezwania zgodnie z art. 181 ust. 2 a Pzp. Przystępujący uzyskał od swojego banku takie przedłużenie, a stanowisko odwołującego się stoi w sprzeczności z art. 85 ust. 4 Pzp.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, w szczególności na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp. Odwołujący się jest podmiotem uprawnionym do wnoszenia środków ochrony prawnej. Upływ terminu związania ofertą oraz brak zabezpieczenia oferty wadium nie powodują *ex lege* utraty statusu wykonawcy. Eliminacja z kręgu wykonawców ubiegających się o zamówienie z przywołanych przyczyn następuje skutkiem czynności zamawiającego – wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Odwołujący się wniósł odwołanie od tej właśnie czynności, które, wobec braku innych przesłanek wskazanych w art. 187 ust. 4 Pzp, podlega skierowaniu na rozprawę. Sam brak możliwości uzyskania zamówienia, zgodnie z przeważającą linią orzeczniczą, pozostaje bez wpływu na uprawnienie do wniesienia środków ochrony prawnej, ma natomiast znaczenie dla oceny interesu prawnego wykonawcy wnoszącego środki ochrony prawnej. Wobec powyższego Izba przeprowadziła rozprawę, w czasie której strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego (przystępujący) podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 26 sierpnia 2009 r. – pod numerem 140127-2009. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz) na swojej stronie internetowej.

Wartość zamówienia oszacowano na 2 779 106,72 euro. Odwołujący się złożył ofertę z najniższą ceną, cena stanowiła jedyne kryterium oceny ofert w postępowaniu.

24 września 2009r. zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez przystępującego. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Odwołujący się wniósł protest, a następnie odwołanie. Wyrokiem z 11 grudnia 2009 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, uznając, że oferta odwołującego się nie podlega odrzuceniu. Wobec przywołanego orzeczenia przystępujący wniósł skargę do Sądu Okręgowego w Płocku. Zamawiający nie ponawiał czynności nakazanej wyrokiem Izby do 25 stycznia 2009 r.

Odwołujący się wniósł wadium w formie gwarancji bankowej nr 4676/2009/2009/12887 wystawionej przez BOŚ Bank Ochrony Środowiska S.A. z siedzibą w Warszawie 17 września 2009 r. z terminem ważności do 20 października 2009 r. W toku postępowania zamawiający, wobec wniesienia przez odwołującego się protestu, 30 września 2009 r., a następnie odwołania 15 października 2009 r., dwukrotnie wzywał na podstawie art. 181 ust. 2a Pzp do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium, pod rygorem wykluczenia z postępowania – odpowiednio 3 października 2009 r. oraz 13 listopada 2009 r. W wyniku dokonanego przedłużenia oferta przystępującego pozostawała zabezpieczona wadium do 20 stycznia 2010 r. Zamawiający nie wzywał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą.

Powyższe Izba ustaliła, na podstawie okazanych na rozprawie lub znajdujących się w aktach sprawy w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez zamawiającego: oryginałów oferty odwołującego się, dokonanych przez zamawiającego 3 października 2009 r. oraz 13 listopada 2009 r. oraz złożonych przez odwołujący się aneksów do gwarancji bankowej z 17 września 2009 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zgodnie z art. 4 przywołanej ustawy nowelizującej.

Izba nie badała zarzutu dotyczącego wyboru najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z art. 184 ust. 1a Pzp w postępowaniu o wartości mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego enumeratywnie wymienionych czynności zamawiającego. Wartość zamówienia w badanym postępowaniu jest mniejsza, niż kwoty określone w przywołanym przepisie. W takiej sytuacji ustawodawca dopuścił wniesienie odwołania od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego wyłącznie czynności bezpośrednio godzących w najistotniejsze interesy wykonawcy, korzystającego z tego środka ochrony prawnej i polegające na wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu lub odrzuceniu jego oferty. Zgodnie z regułami wykładni prawniczej przepisy zawierające wyjątki podlegają wykładni ścisłej (*exceptiones non sunt extendendae*). Zatem w postępowaniu o wartości mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, niedopuszczalne jest wnoszenie odwołania dotyczącego wyboru oferty innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu. Uchylenie czynności wyrobu najkorzystniejszej oferty może nastąpić w takiej sytuacji jedynie w konsekwencji skutecznego zakwestionowania dokonanych wobec wykonawcy czynności wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty, o ile miało to wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący się został wykluczony z powodu upływu ważności wadium i w tym zakresie wniósł środki ochrony prawnej. Zatem zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp Izba pominęła okoliczności dotyczące ustalenia upływu terminu związania ofertą odwołującego się, przyjmując, że termin związania ofertą upłynął.

Izba stwierdziła również, że w okolicznościach sporu, ocena posiadania przez odwołującego się interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp wymaga merytorycznej oceny podlegającego rozpatrzeniu zarzutu dotyczącego wykluczenia odwołującego się z postępowania.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawą prawną wykluczenia odwołującego się z postępowania był art. art. 24 ust. 2 pkt 4 nie zaś art. 181 ust. 2 a Pzp. Przywołany art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą lub nie zgodzili się na przedłużony okres związania ofertą.

Rozstrzygnięcia postępowania nastąpiło po upływie terminu związania ofertą przez odwołującego się oraz wygaśnięciu wniesionego przez niego oraz dwukrotnie przedłużonego wadium. Odwołujący się nie posiadał oferty zabezpieczonej wadium, zatem podlegał wykluczeniu z postępowania.

Art. 181 ust. 2a Pzp nie znajduje zastosowania w sprawie. Analiza jego treści oraz usytuowanie w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych nakazują przyjąć, że zawarty w nim obowiązek zamawiającego wezwania do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium, dotyczy wyłącznie etapu postępowania wynikającego z wniesienia środków ochrony prawnej - przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu i ma na celu niedopuszczenia do upływu terminu ważności wadium.

Z dniem wydania wyroku przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1558/09 t.j. 11 grudnia 2009 r. nastąpiło, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 3 Pzp, ostateczne rozstrzygnięcie wcześniejszego protestu odwołującego się i od tego dnia ustał obowiązek zamawiającego wynikający z art. 181 ust. 2 a Pzp.

Wniesienie przez odwołującego się protestu, który poprzedzał rozpatrywane odwołanie, nastąpiło po upływie terminu ważności wadium i w żaden sposób nie może spowodować przywrócenia ciągłości zabezpieczenia oferty wadium. *De lege lata* ustawodawca jedyne odstępstwa, od generalnej reguły nieprzerwanego zabezpieczenia oferty wadium od dnia jej złożenia, ustanowił w sytuacjach przewidzianych w art. 46 ust. 2 i 3 Pzp, które w badanym postępowaniu nie występują.

Art. 181 ust. 2a Pzp nie może być podstawą do żądania dokonania, po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, wezwania do przedłużenia ważności wadium, które już wygasło.

Uznać należy, że odwołujący się wobec zaistnienia zagrożenia upływu ważności wadium oraz dokonanego ostatecznego rozstrzygnięcia protestu uprawniony był do samodzielnego przedłużenia ważności wadium. Skoro zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp wykonawca może z własnej inicjatywy przedłużyć termin związania ofertą, to tym bardziej wykonawca uprawniony jest do dokonania czynności przedłużenia ważności wadium lub wniesienia wadium na nowy okres (*arg. a maiori ad minus*). Wadium ma bowiem charakter akcesoryjny wobec oferty i stanowi, przede wszystkim, zabezpieczenie przyszłego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podnoszony przez odwołującego się brak możliwości przedłużenia ważności gwarancji bankowej z powodu braku czynności dokonania przez zamawiającego wezwania do przedłużenia ważności wadium nie powoduje potwierdzenia zarzutu.

Po pierwsze: z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie sposób wywieść związania wykonawcy formą wniesionego wadium przez cały okres postępowania. Odwołujący się jest uprawniony do wniesienia wadium w innej, niż pierwotnie zastosowana formie.

Po drugie: w razie konieczności przedłużania wadium wyłącznie w formie gwarancji bankowej i istnienia powoływanych ograniczeń po stronie banku – gwaranta, odwołujący się mógł w terminie ważności wadium wnieść środki ochrony prawnej zmierzające do zabezpieczenia możliwości przedłużenia wadium.

Jakkolwiek w świetle celu ustawy Prawo zamówień publicznych można negatywnie ocenić działanie zamawiającego polegające na dopuszczeniu do upływu terminu związania najkorzystniejszą ofertą oraz wygaśnięcia zabezpieczającego ją wadium, to wskazać należy, że odwołujący się nie podjął działań zmierzających do zabezpieczenia swoich praw w postępowaniu. To wykonawca, o ile działa z należytą starannością, jest zobligowany zapewnić ciągłość zabezpieczenia oferty wadium i musi liczyć się ze skutkami braku zabezpieczenia oferty wadium nawet przez krótki okres, co potwierdza orzecznictwo Izby.

Z uwagi na profesjonalny charakter swojej działalności, odwołujący się winien dołożyć należytej staranności i nie przeoczyć, iż upływa termin ważności wadium.

„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. sygn. akt : ACa 1018/05 *niepubl*).

Reasumując, zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia. Zamawiający prawidłowo dokonał czynności wykluczenia odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z powodu braku zabezpieczenia oferty wadium.

Brak potwierdzenia zarzutów implikuje jednocześnie brak interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp po stronie odwołującego się.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie.

Izba orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, ograniczając je do wysokości 3600 zł na, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....