

**WYROK**

**z dnia 10 kwietnia 2015 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2015 roku przez wykonawcę: **L. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne L. G., Machowino 34, 76-270 Ustka**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ustka, ul. Słupska 25, 76-270 Ustka**,

przy udziale:

wykonawcy – **M. W.-S., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą usługi handlowe, transportowe, rolnicze Małgorzata W.-S., Wiklino 25, 76-200 Wiklino**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę L. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne L. G., i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)**, uiszczoną przez wykonawcę L. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne L. G., tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od wykonawcy L. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne L. G. na rzecz Zamawiającego Skarbu Państwa - Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasów Państwowych Nadleśnictwa

Ustka **kwotę 4 572 zł 94 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt dwa złote dziewięćdziesiąt cztery grosze)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictw oraz dojazdu na wyznaczoną rozprawę.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ustka [zwany dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Usługi leśne w roku 2015 w Nadleśnictwie Ustka*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 listopada 2014 roku pod numerem 2014/S 222-392622. Zamówienie zostało podzielone na 17 części.

W dniu 16 marca 2015 roku Zamawiający – za pośrednictwem poczty elektronicznej - przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 12 zamówienia.

W dniu 26 marca 2015 roku wykonawca – L. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne L. G. [zwany dalej: „Odwołującym”] wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- zaniechaniu wykluczenia z postępowania w ramach części 12 zamówienia wykonawcy M. W.-S. wobec złożenia przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;
- zaniechaniu wykluczenia z postępowania w ramach części 12 zamówienia wykonawcy M. W.-S., jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy M. W.-S., albowiem złożenie oferty przez wskazanego wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wobec faktu, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy M. W.- S..

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie w toku postępowania oceny i wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy M. W.-S.;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy M. W.-S.;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy M. W.-S.;
- 5) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej, w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SIWZ, oferty wykonawcy M. W.-S., tj. wykonawcy, który w pierwszej kolejności podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a gdyby przyjąć, że wykonawca ten nie podlegał wykluczeniu z postępowania, to wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego się kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych, a także o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uchylenia wyboru najkorzystniejszej oferty w części 12 zamówienia;
- 2) wykluczenia z postępowania w części 12 zamówienia wykonawcy M. W.-S.;
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy M. W.-S. złożonej na część 12 zamówienia;
- 4) wyboru najkorzystniejszej oferty w części 12 zamówienia, spośród ofert złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania i spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Ponadto, Odwołujący wniósł o zwrócenie się do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Słupsku o przedstawienie Krajowej Izbie Odwoławczej w Warszawie informacji i dokumentów, tj.: czy pracodawca M. W.-S. w okresie od 3.12.2014 r. utrzymywała zgłoszenia do ubezpieczenia społecznego pracowników wskazanych w piśmie ZUS Oddział w Słupsku z dnia 9.03.2015 r. znak 370000/0070424/2015 oraz czy wskazani w tym piśmie pracownicy zatrudnieniu byli w pełnym wymiarze czasu pracy, jak również czy w okresie od 3.12.2014 r. wycofała zgłoszenia do ubezpieczenia społecznego pracowników wskazanych w ww. piśmie ZUS, jeśli tak to kiedy i wobec jakich pracowników, a także przedstawienie deklaracji DRA RCA składanych przez M. W.-S. w okresie od 3.12.2014 r.

Dodatkowo wnosił o zobowiązanie M. W.-S. do złożenia do akt sprawy deklaracji DRA RCA składanych do ZUS Oddział w Słupsku w okresie od 3.12.2014r., dotyczących pracowników wskazanych w ww. piśmie ZUS.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał, że w jego ocenie wykonawca M. W.-S. powinna zostać wykluczona z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w części 12 zamówienia, ponieważ analiza treści oferty w zakresie części 12 zamówienia ww. wykonawcy prowadzi do wniosku, że złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zaskarżonej części. Odwołujący podniósł, że w wykazie osób, załączonym do przedmiotowej oferty, w pozycji drugiej został wymieniony Z. M., jako pracownik tego wykonawcy, co jest informacją nieprawdziwą. Odwołujący powołał się na oświadczenie Pana Z. M. z dnia 10.12.2014 r., z którego wynikało, że ani przed dniem 5.12.2014 r., ani też w dniu 5.12.2014 r. nie podpisywał on z oferentem, a także z jego podwykonawcą, umów o pracę, jak też umów przedwstępnych o pracę.

Ponadto, wskazał, że ww. wykonawca nie przedstawił dokumentu umowy przedwstępnej zawartej z Panem M. B., pomimo, iż Pani M. W.-S. wskazała, że będzie dysponować pracownikiem w osobie Pana M. B. .

Następnie stwierdził, że wymienieni w wykazie osób (załącznik nr 4 do części 12), załączonym do oferty M. W.-S., Pan P. Ł. i Pan A. G. nie mogą być wskazani jako osoby zatrudnione przez nią na podstawie umowy o pracę, ponieważ na stronie 44 tej oferty znajduje się oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu oferentowi osób zdolnych do wykonania zamówienia, tj. Pana P. Ł. i Pana A. G., będących pracownikami tego podmiotu trzeciego. Zdaniem Odwołującego, oznacza to, że podmiot trzeci będzie faktycznie podwykonawcą oferenta, co z kolei obliguje podwykonawcę do złożenia dokumentów opisanych w punkcie 8.2. SIWZ, zaś w tym zakresie oferent nie przedstawił wymaganych dokumentów podwykonawcy.

Odwołujący stwierdził, że z przedstawionych przez niego okoliczności wynika, że podane przez ww. wykonawcę informacje w zakresie dysponowania osobami biorącymi udział w realizacji zamówienia, co do których Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, były informacjami nieprawdziwymi mającymi wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Odwołującego, M. W.-S. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej przez Zamawiającego liczby pracowników niezbędnych do wykonania zamówienia. Złożone przez nią dokumenty nie potwierdzają pełnoetatowego zatrudnienia wskazanych pracowników. Stwierdził, że fakt pełnoetatowego zatrudnienia potwierdzać może tylko i wyłącznie deklaracja pracodawcy DRA RCA składana właściwemu

oddziałowi ZUS po miesiącu rozliczeniowym. W opinii Odwołującego zachodzi uzasadnione podejrzenie, że oferta wykonawcy M. W.-S. nie spełnia wymogu realizacji zamówienia polegającego na zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wymienione w SIWZ czynności, a jako taka winna podlegać odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, powołane przez niego nieprawidłowości, kwalifikują złożenie przedmiotowej oferty, jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, opisany w przepisie art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że w konsekwencji Zamawiający naruszył także przepisy art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy M. W.-S. .

W dniu 30 marca 2015 roku wykonawca – M. W.-S., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą usługi handlowe, transportowe, rolnicze M. W.-S. [zwana dalej: „Przystępującym”], doręczyła Prezesowi Izby – w formie pisemnej - przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 604/15 po stronie Zamawiającego.

*Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Izba ustaliła, że ww. wykonawca, zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, w formie pisemnej, w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, przystąpienie do postępowania odwoławczego, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej Strony. Strony, w toku posiedzenia potwierdziły otrzymanie kopii zgłoszenia przystąpienia, o którym mowa powyżej.

Wobec powyższego Izba uznała, że zostały spełnione przesłanki wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, a tym samym, że ww. wykonawca skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego.

W dniu 8 kwietnia 2015 roku do Prezesa Izby wpłynęło pisemne stanowisko Przystępującego. Przystępujący wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, ewentualnie o jego oddalenie w całości na wypadek uznania,

iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania. Przystępujący wskazał, że odwołanie dotyczy czynności, które Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.01.2015 roku (sygn. akt: 2824/14), przy czym Odwołujący był wówczas uczestnikiem ww. postępowania odwoławczego i nie wniósł skargi na powyższy wyrok. Dodatkowo, Przystępujący wskazał na brak interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania, z uwagi na to, że oferta Odwołującego nie została zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą, a tym samym, Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu.

Z kolei Zamawiający w toku posiedzenia w dniu 10 kwietnia 2015 roku wniósł o odrzucenie odwołania, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując, że przedmiotem rozpoznania w sprawie KIO 2824/14 były te same okoliczności, co podniesione przez Odwołującego w niniejszej sprawie.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.*

Natomiast przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 stanowi, że *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

W ocenie Izby nie ziściły się przesłanki do odrzucenia odwołania powoływane zarówno przez Zamawiającego, jak i Przystępującego. Izba nie stwierdziła też podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o pozostałe przesłanki, określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Przede wszystkim Izba ustaliła, że Odwołujący powołuje się na inne okoliczności, aniżeli były przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie KIO 2824/14. W niniejszym postępowaniu Odwołujący powołuje się m.in. na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania przez wykonawcę M. W.-S., co w ogóle nie było podstawą zarzutów w ww. sprawie, ani też przedmiotem rozstrzygnięcia. Ponadto, odwołującym w sprawie KIO 2824/14 była obecna Przystępująca, a zatem nie została spełniona również przesłanka tożsamości osoby odwołującej się, określona w art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie było także podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ, wbrew twierdzeniom Przystępującego, odwołanie w niniejszej sprawie nie dotyczy w istocie czynności wykonanej zgodnie z treścią wyroku Izby, czy zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w sprawie KIO 2824/14, bowiem odwołanie dotyczy zaniechania wykluczenia Przystępującej z postępowania

i zaniechania odrzucenia jej oferty, a na mocy powołanego powyżej wyroku, Zamawiający unieważnił czynność odrzucenia oferty Przystępującej (z innych przyczyn niż podnoszone w niniejszej sprawie) oraz powtórzył czynność badania i oceny ofert w zakresie części zamówienia o nr 12, również z uwzględnieniem oferty Przystępującej. Izba, w sprawie KIO 2824/14 nie nakazała wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującą, co podnosiła Przystępująca, a jedynie zobowiązała Zamawiającego do dokonania powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem jej oferty.

Mając powyższe na uwadze, Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, w tym także w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy Pzp.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. dokumenty wchodzące w skład dokumentacji postępowania przekazanej Izbie w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, jak i dokumenty złożone przez Strony i Uczestnika w toku postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w pismach, a także wyrażone ustnie do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba jest zobowiązana do badania z urzędu czy zostały spełnione przesłanki, o których mowa a art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, warunkujące możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.*

Odwołanie przysługuje tylko temu wykonawcy, który spełnia kumulatywnie przesłanki wymienione w powołanym powyżej przepisie prawa, tj. przesłankę posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz przesłankę poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba badając spełnienie przesłanek, o których mowa powyżej, ustaliła, że Odwołującemu nie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania.

W pkt 10.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej zwanej: „SIWZ”] Zamawiający wskazał, że *„Oferta musi być zabezpieczona wadium w wysokości 5 tys. zł za każdą jedną część zamówienia z wyjątkiem części nr 5 i 17 gdzie wysokość wadium wynosi 2,5 tys. zł”*. W pkt 10.4. i 10.5. SIWZ Zamawiający określił, że: *„10.4. Wadium*



*wnoszone w formie pieniądza uznaje się za wniesione w chwili wpływu na rachunek bankowy Zamawiającego przed upływem terminu na składanie ofert. 10.5. Wadium wnoszone w pozostałych formach uznaje za wniesione, gdy oryginały dokumentów zostały załączone do oferty lub złożone u Zamawiającego przed terminem składania ofert". Ponadto, zgodnie z pkt 10.8 SIWZ „Wykonawca zobowiązany jest wnieść wadium na okres związania ofertą". Termin związania ofertą Zamawiający określił na 60 dni (pkt 11.1. SIWZ). Termin składania ofert upływał w dniu 5 grudnia 2014 roku (pkt 13.1. SIWZ).*

Odwołujący do oferty dotyczącej zadania 12 załączył gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium o numerze 998-A-454806 z dnia 2.12.2014 r. ważną w okresie od dnia 5 grudnia 2014 r. do dnia 3 lutego 2015 r. Wysokość sumy gwarancyjnej opiewała na kwotę 5.000 zł. Gwarantem była UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Łodzi.

Z zawiadomienia Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 22 grudnia 2014 roku wynika, że w ramach części 12 zamówienia Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę Odwołującego.

W dniu 30 grudnia 2014 roku wykonawca M. W.-S. wniosła odwołanie m.in. w części zamówienia dot. zadania nr 12 wobec bezprawnego odrzucenia jej oferty, wobec bezprawnego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy L. G. oraz wobec bezprawnego wyboru jego oferty.

Wyrokiem z dnia 20 stycznia 2015 roku (wydanym w połączonych sprawach o sygn. akt KIO 2824/14 i 12/15) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie o sygn. akt KIO 2824/14 w zakresie dotyczącym odrzucenia oferty wykonawcy M. W.-S. w zakresie części zamówienia o nr 11 i 12 i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części zamówienia o nr 11 i 12, unieważnienie czynności odrzucenia oferty ww. wykonawcy w zakresie części zamówienia o nr 11 i 12 oraz nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części zamówienia o nr 11 i 12 z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy.

Dopiero w dniu 10 lutego 2015 roku Zamawiający poinformował wykonawców m.in. o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części zamówienia nr 12 oraz o unieważnieniu odrzucenia oferty wykonawcy M. W.-S. w zakresie tego zadania. W dniu 16 marca 2015 roku Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze w ramach części 12 zamówienia oferty złożonej przez wykonawcę M. W.-S. jako oferty najkorzystniejszej.

Jednocześnie w dniu 2 lutego 2015 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do wniesienia nowego wadium wskazując, że: „W związku z zawieszeniem terminu związania ofertą dokonany na podstawie art. 182 ust. 6 ustawy prawo zamówień publicznych, biegnącym od wniesienia odwołania do czasu ogłoszenia orzeczenia, Nadleśnictwo Ustka wzywa o wniesienie nowego wadium w nieprzekraczalnym terminie

*do dnia 9.02.2015 r. na okres ważności do dnia 25.02.2015 roku. Wadium dotyczy części nr 11, 12, 13 i 14 zamówienia i wynosi 5 000,00 zł, za każdą część zamówienia. Wniesienie wadium należy udokumentować w terminie do dnia 9.02.2015 r.”*

Odwołujący wprowadził w dniu 4 lutego 2015 roku uiszczył kwotę 15 000 zł przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego tytułem wadium w zadaniach: 11, 12 i 13, jednak na rachunek bankowy Zamawiającego kwota wadium wpłynęła w dniu 5 lutego 2015 roku. Powyższe oznacza, że oferta Odwołującego, nie była zabezpieczona wadium w dniu 4 lutego 2015 roku.

Prawdą jest, co podnosił Odwołujący w toku rozprawy, że Zamawiający w treści SIWZ nie zawarł postanowień odnoszących się do sposobu i terminu przedłużenia wadium. Odwołujący wskazywał, że postanowienie SIWZ, iż *wadium wnoszone w formie pieniądza uznaje się za wniesione w chwili wpływu na rachunek bankowy Zamawiającego przed upływem terminu na składanie ofert*, nie dotyczy sytuacji przedłużania ważności wadium. Izba zauważa, że także przepisy ustawy Pzp nie zawierają szczegółowych regulacji w tym zakresie, a co więcej nie określają wprost obowiązku zachowania ciągłości zabezpieczenia oferty wadium przez cały okres związania ofertą. Jednak taki obowiązek wynika bezpośrednio z istoty samego wadium. Brak zachowania ciągłości zabezpieczenia oferty w postaci wadium, poza przypadkami wynikającymi z ustawy, w konsekwencji spowoduje po stronie Zamawiającego obowiązek wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp zgodnie, z którym: *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również 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.*

Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a.* Natomiast na podstawie art. 46 ust. 3 ustawy Pzp *Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ust. 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez zamawiającego.*

Izba wielokrotnie w swych orzeczeniach wskazywała na obowiązek utrzymywania ważności wadium w trakcie całego okresu związania ofertą przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą [por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

11 czerwca 2013 r, sygn. akt KIO 1263/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2013 roku, sygn. akt KIO 683/13].

Skład orzekający Izby, rozpoznający przedmiotową sprawę, podziela stanowisko Izby wyrażone w powołanym powyżej wyroku KIO z dnia 11 czerwca 2013 r. [sygn. akt KIO 1263/13], iż: *„wadium jest warunkiem uczestnictwa w przetargu, stwarza barierę finansową zapewniającą uczestnictwo w przetargu wyłącznie podmiotów zdolnych finansowo i faktycznie zainteresowanych zamówieniem. Warunek uczestnictwa, jakim jest wniesienie wadium w określonej wysokości jest warunkiem, który musi być spełniony przez wykonawcę od chwili otwarcia ofert przez cały okres związania ofertą aż do zawarcia umowy, za wyjątkiem regulacji przewidzianej w art. 46 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. Istotą wadium jest to, że winno ono zabezpieczać ofertę przez pełen okres związania ofertą, w tym także w czasie zawieszenia biegu terminu związania ofertą. W sytuacji nie przedłużenia terminu ważności bądź nie złożenia nowego wadium na przedłużony okres, nie zostaje zachowana istotna funkcja zabezpieczająca wadium, zamawiający może spotkać się z sytuacją, w której nie będzie mógł zrealizować swoich, wynikających z ustawy uprawnień do zatrzymania wadium.”.*

Przedłużenie ważności wadium lub wniesienie nowego wadium powinno zatem nastąpić przed upływem ważności dotychczasowego wadium. Tymczasem, Odwołujący, razem z ofertą, wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej ważnej do dnia 3 lutego 2015 roku. W dniu 4 lutego 2015 roku, dokonał przelewu kwoty 15 000 zł, w tym kwoty 5 000 zł tytułem wadium w zakresie zadania 12. Kwota ta została uznana na rachunku bankowym Zamawiającego dopiero w dniu 5 lutego 2015 roku, a zatem w dniu 4 lutego 2015 roku, Zamawiający nie dysponował zabezpieczeniem wadium ofertą Odwołującego. Podkreślić należy, że to nie data dokonania przelewu będzie przesądzała o terminie wniesienia bądź przedłużenia wadium w pieniądzu, lecz data wpływu na rachunek bankowy Zamawiającego. Dopiero bowiem w momencie wpływu oznaczonej kwoty pieniężnej na własny rachunek bankowy Zamawiający będzie miał możliwość zaspokojenia się finansowego określoną kwotą wadium w przypadkach wskazanych w ustawie Pzp.

Izba nie uznała także, za dowód potwierdzający zachowanie ciągłości wadium, przedstawionego w toku rozprawy dokumentu, w postaci potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii Aneksu nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, z którego treści wynikało, że zmieniono postanowienie dotyczące terminu obowiązywania tej gwarancji na okres: od 5 grudnia 2014 roku do dnia 25 lutego 2015 roku. Aby skutecznie wnieść wadium winno być ono wniesione w jednej z wymaganych form bezpośrednio do Zamawiającego. Zamawiający powinien mieć zatem możliwość dysponowania dokumentem gwarancji. Jednakże Odwołujący nie złożył u Zamawiającego tego dokumentu. Z wyjaśnień Odwołującego, złożonych w trakcie rozprawy, wynikało, że w dniu 5 bądź 6

lutego 2015 roku (kiedy to otrzymał od Gwaranta Aneks nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej) udał się do siedziby Zamawiającego, gdzie chciał złożyć ww. dokument. Według wyjaśnień Odwołującego, zaniechał zostawienia tego dokumentu, z uwagi na to, że jeden z pracowników Zamawiającego stwierdził, że lepsze jest wadium w formie pieniądza i ono jest wystarczające, a wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej nie będzie już potrzebne. Nawet, jeśliby uznać powyższe wyjaśnienia za wiarygodne i nawet, gdyby Odwołujący złożył jednak wówczas ten dokument Zamawiającemu, a nie zabrał go ze sobą z powrotem, to i tak nie zostałyby zachowana ciągłość zabezpieczenia wadium, skoro złożenie dokumentu mogło nastąpić dopiero w dniu 5 bądź 6 lutego 2015 roku, co oznacza, że i w takim przypadku w dniu 4 lutego 2015 roku, nastąpiłaby przerwa.

Odwołujący podnosił również, że jego działanie jest konsekwencją błędnego wezwania Zamawiającego, który wezwał go do wniesienia nowego wadium w nieprzekraczalnym terminie do dnia 9 lutego 2015 roku. Bez wątplenia przedmiotowe wezwanie Zamawiającego zostało nieprawidłowo sformułowane i mogło przyczynić się do podjęcia czynności przez wykonawcę w oznaczony sposób. Jednakże należy podkreślić też to, że wykonawca jest profesjonalistą, przedsiębiorcą, prowadzącym działalność gospodarczą i jest zobowiązany do zachowania należytej staranności. To w interesie wykonawcy leży czuwanie w trakcie prowadzonego postępowania m.in. nad zachowaniem ciągłości terminu związania złożoną przez siebie ofertą, czy nad zachowaniem ciągłości zabezpieczenia wadium tej oferty. W tym też przejawia się jego zainteresowanie w uzyskaniu konkretnego zamówienia. Obowiązkiem Odwołującego jest czuwanie nad zapewnieniem ciągłości zabezpieczenia wadium swojej oferty.

Powyższe ma decydujące znaczenie dla oceny ziszczenia się przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym dla oceny legitymacji Odwołującego do wniesienia odwołania.

Jak już bowiem powyżej wskazano nie została zachowana ciągłość zabezpieczenia wadium oferty złożonej przez Odwołującego, co powinno skutkować jego wykluczeniem z postępowania.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że Odwołujący nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, ponieważ, nawet gdyby odwołanie zostało uwzględnione, zgodnie z żądaniami Odwołującego, to w przypadku powtórnej oceny ofert Zamawiający nie miałby możliwości wyboru oferty Odwołującego.

Na marginesie należy zaznaczyć, że Zamawiający w dniu 8 kwietnia 2015 roku wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła zatem, że Odwołującemu nie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w związku z nieziszczeniem się przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czego konsekwencją było oddalenie odwołania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień zawartych w § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....