

**WYROK  
z dnia 7 września 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2016 r. przez Odwołującego: POLAQUA sp. z o.o., ul. Dworska 1, Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Miasto Sopot, ul. Kościuszki 25/27, 81-704 Sopot

przy udziale wykonawcy Budrem-Rybak sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Luzinie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1540/16 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: POLAQUA sp. z o.o., ul. Dworska 1, Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: POLAQUA sp. z o.o., ul. Dworska 1, Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Odwołującego: POLAQUA sp. z o.o., ul. Dworska 1, Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno na rzecz Zamawiającego: Gminę Miasto Sopot, ul. Kościuszki 25/27, 81-704 Sopot kwotę 3 930 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów dojazdu, noclegu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz 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 Gdańsku.

**Przewodniczący:.....**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Gmina Miasta Sopotu, ul. Kościuszki 25/27, 81-704 Sopot wszczął Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu na: „Wykonanie robót budowlanych polegających na budowie budynku mieszkalnego, wielorodzinnego, podpiwniczonego wraz z zagospodarowaniem terenu w Sopocie przy ul. Malczewskiego 29”, oznaczenie nadane przez Zamawiającego: ZP/272/14/IN/2016/BC.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2016/S 077-135584 w dniu 20 kwietnia 2016 r., zmiana 2016/S 094-168837 z dnia 18 maja 2016 r.

Odwołujący: POLAQUA sp. z o.o., ul. Dworska 1, Wólka Kozodawska, 05-500 Piaseczno otrzymał od Zamawiającego drogą elektroniczną w dniu 12 sierpnia 2016 r. informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu go z przedmiotowego przetargu.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 17 sierpnia 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 85 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i art. 58 § 3 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z Postępowania, podczas, gdy złożona przez Odwołującego gwarancja bankowa należycie zabezpieczała ofertę Odwołującego, tj. zapewniała wypłatę wadium w przypadkach w ustawie Pzp wskazanych w okresie związania ofertą dla zamówień, których wartość jest mniejszą niż tzw. progi unijne, określonym w art. 85 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a więc była zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, zatem wykluczenie na tej podstawie Odwołującego przez Zamawiającego było nieprawidłowe.

W oparciu o tak przedstawiony zarzut, wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- (i) unieważnienia oceny ofert z dnia 12 sierpnia 2016 r.;
- (ii) unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- (iii) przeprowadzenia ponownej oceny ofert;
- (iv) wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej;

(v) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W swoim odwołaniu zwrócił uwagę, że zgodnie z pierwotnym brzmieniem rozdziału 5 pkt. 8 oraz rozdziału 7 pkt. 1 ppkt. 3) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, Zamawiający wymagał, aby wadium wniesione przez wykonawców zabezpieczało ofertę w całym okresie związania ofertą, tj. okres 30 dni.

Zauważył również, że w trakcie trwania postępowania, przed terminem złożenia ofert, na skutek zmiany SIWZ, Zamawiający wydłużył okres związania ofertą z 30 do 60 dni.

Odwołujący stwierdził, że powyższa zmiana stała jednak w sprzeczności z art. 85 ust. 1 pkt 1 p.z.p., zgodnie z którym wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ, jednak nie dłużej niż 30 dni - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący oświadczył, że mając na uwadze bezwzględnie wiążący charakter art. 85 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, złożył ofertę oraz wadium na okres związania ofertą zgodny z ustawą Pzp.

Zaznaczył również, że z ostrożności, Odwołujący przedłożył Zamawiającemu aneks do gwarancji wadialnej zgodnie, z którym została ona przedłużona do dnia 1 sierpnia 2016 r. przy swoim piśmie z 24 maja 2016 r. wraz z aneksem gwarancji wadialnej.

Nadto, wskazał, że w dniu 15 lipca 2016 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący wyraził zgodę na przesunięcie terminu związania ofertą o okres 60 dni oraz przedłużył ważność gwarancji wadialnej do 19 września 2016 r.

Zdaniem Odwołującego postępowanie przetargowe dotyczy zamówienia o wartości poniżej progów unijnych, co potwierdza treść SIWZ (zwłaszcza podtytuł: „o wartości poniżej 5.225.000 EURO”), a także informacja podana przez Zamawiającego w dniu otwarcia ofert dotycząca kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia, tj. 14.509.842,97 zł.

W ocenie Odwołującego postępowanie to jest prowadzone według reguł dotyczących tzw. postępowań podprogowych, zawierających odmienności od zasad obowiązujących w przypadku tzw. postępowań ponadprogowych.

Zwrócił uwagę, że jedną z takich odmienności przy postępowaniach podprogowych jest maksymalny termin związania ofertą, gdzie zgodnie z art. 85 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nie dłużej niż 30 dni - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Według Odwołującego powyższy przepis nakłada na zamawiającego obowiązek takiego określenia terminu związania ofertą, który w żadnym przypadku nie będzie dłuższy niż 30 dni, co wynika z brzmienia dyspozycji art. 85 ust. 1 ustawy Pzp o treści jednak nie dłużej niż 30 dni, przewidującej maksymalny 30 dniowy termin związania ofertą, jaki może być wskazany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

W opinii Odwołującego w przypadku, gdy Zamawiający wskaże termin niezgodny z art. 85 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zakreślenie terminu dłuższego niż przewidziany w tym przepisie, dokona tym samym czynności sprzecznej z ustawą Pzp, bowiem jest on zobowiązany do wyznaczenia terminu związania ofertą w maksymalnych granicach dopuszczonych przez prawo.

Analogicznie, wskazał, że w przypadku przedłużenia terminu związania ofertą z inicjatywy Zamawiającego w trakcie postępowania, po złożeniu ofert, zamawiający jest ograniczony terminami wskazanymi w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp i w takiej sytuacji ustawodawca także określił maksymalny okres wydłużenia terminu związania ofertą, tj. 60 dni.

Zdaniem Odwołującego w sytuacji wprowadzenia przez Zamawiającego do SIWZ postanowień sprzecznych z prawem (z ustawą Pzp), zastosowanie znajdzie art. 58 k.c., który w § 1 stanowi, iż czynność prawna sprzeczna z ustawą jest nieważna.

Stosownie zaś do treści § 3 tegoż artykułu, jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części. Nieważna czynność prawna (lub jej część) jest nieważnością bezwzględną, co oznacza, że czynność ta nie wywołuje żadnych skutków prawnych i każdy, kto ma w tym interes prawny, może się na tę nieważność powołać. Przepis art. 58 § 3 k.c. znajdzie zastosowanie w przedmiotowym przypadku.

Podkreślił także okoliczność, że w przypadku postępowań podprogowych, wykonawcy mają ograniczony zakres składania środków ochrony prawnej stosownie do art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, co oznacza, że jeżeli wartość zamówienia jest niższa niż progi unijne, wówczas

odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czterech czynności Zamawiającego.

Jeżeli chodzi o treść SIWZ, to Odwołujący zaznaczył, że podlegają one zaskarżeniu jedynie w tym zakresie, w jakim dotyczą opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wskazał, że postanowienia SIWZ w innym zakresie, jak np. termin związania ofertą, zostały wyłączone spod zaskarżenia przy zamówieniach o wartości poniżej progów unijnych, a zatem, w niniejszym postępowaniu, Odwołujący nie mógł zaskarżyć sprzecznych z prawem postanowień SIWZ, ustanawiających okres związania ofertą dłuższy niż 30 dni.

Według Odwołującego nie jest dopuszczalne przenoszenie przez Zamawiającego skutków swoich nieprawidłowych i błędnych czynności na wykonawców, a zatem w przypadku popełnienia przez Zamawiającego rażącego błędu, jakim było sformułowanie zapisów SIWZ dotyczących terminu związania ofertą w sposób sprzeczny z prawem, wykonawcy nie mogą ponosić ich negatywnych skutków.

Zdaniem Odwołującego – jego oświadczenie zawarte w ofercie odnosiło się do terminu związania ofertą określonego w SIWZ w zakresie jednak zgodnym z przepisami ustawy Pzp, a zatem jego oferta zawierała termin związania ofertą zgodny z prawem, który - wobec powyżej opisanych argumentów prawnych - Zamawiający winien zaakceptować, zaś przedłożone przez Odwołującego wadium w postaci gwarancji bankowej taką ofertę w pełni zabezpieczało.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że w praktyce, jego oferta została zabezpieczona ważnym wadium przez cały okres, nawet ten wskazany przez Zamawiającego z naruszeniem bezwzględnie wiążących przepisów prawa.

Odwołujący zwrócił uwagę, że ze względów ostrożnościowych, w terminie związania ofertą (tj. w dniu 24 maja 2016 roku), przedstawił Zamawiającemu aneks do gwarancji wadialnej zgodnie, z którym bank gwarant zobowiązał się do wypłaty żądanych kwot w całym okresie wskazanym przez Zamawiającego, także tym niezgodnym z przepisami prawa i jako takim bezskutecznym wobec wykonawców uczestniczących w postępowaniu przetargowym.

W związku z powyższym stwierdził, że pod względem celu, dla którego Zamawiający zobowiązał wykonawców do wniesienia wadium na dany okres, interesy Zamawiającego były całkowicie zabezpieczone. Przez cały okres 60 dni, oferta ta była w sposób ciągły (bez przerwy) zabezpieczona ważną gwarancją wadialną, a tak wniesione wadium w sposób

skuteczny zabezpieczało materialnie podpisanie umowy ze strony Odwołującego, gdyby jego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza.

Zauważył również, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w dniu 15 lipca 2016 r., Odwołujący wyraził zgodę na przesunięcie terminu związania ofertą o okres 60 dni (zgodny z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp) oraz przedłużył ważność gwarancji wadialnej do 19 września 2016 r.

Zdaniem Odwołującego jego oferta aż do chwili obecnej jest zatem w sposób ciągły zabezpieczona gwarancją wadialną.

Gdyby po wyborze oferty Odwołującego Odwołujący odmówił podpisania umowy z Zamawiającym, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub z innego powodu leżącego po stronie Odwołującego zawarcie umowy z Zamawiającym stało się niemożliwe, bank gwarant – w ocenie Odwołującego - jest zobowiązany do wypłaty kwoty objętej gwarancją wadialną. Cel wniesienia wadium wskazany w przepisach ustawy Pzp w przypadku oferty Odwołującego był i jest cały czas realizowany.

Oferta Odwołującego jest zatem – według niego - prawidłowo zabezpieczona wadium w postaci przedłożonej gwarancji bankowej, zarówno w zakresie terminu przewidzianego przepisami ustawy Pzp, a także w terminie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ z naruszeniem art. 85 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W dniu 22 sierpnia 2016r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Budrem-Rybak sp. z o.o. sp.k.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Ogłoszenia, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, wadium nr 513/2016/FIN z dnia 16 maja 2016r., oferty Odwołującego, odwołania wraz z załącznikami, pisma Odwołującego z dnia 15 lipca 2016r. przekazanego Zamawiającemu w dniu 18 lipca 2016r. wraz z oświadczeniem o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres kolejnych 60 dni, oraz aneksem nr 1 z dnia 13 lipca 2016r. do powyższej gwarancji, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu Odwołującego z dnia 12 sierpnia 2016r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 6 września 2016r. wraz z załącznikami, jak również na

podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 24 ust.2 pkt. 2, art.85 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp, art.58 § 3 kodeksu cywilnego w związku z art.14 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego przetargu z powodu nie wniesienia wadium do upływu terminu składania ofert.

Izba ustaliła, że pierwotna treść SIWZ odnosiła się do zamówień podprogowych, o czym świadczy wskazanie wartości przetargu poniżej 5.225.000 euro w tytule na pierwszej stronie tego dokumentu.

Jednocześnie w rozdziale 5 pkt. 8 SIWZ Zamawiający ustanowił wymóg, że wadium musi zabezpieczać ofertę w całym okresie związania ofertą, (termin związania określono w rozdz. 7, ust.1, pkt. 3), zaś w tym postanowieniu wskazano, że termin związania ofertą wynosi 30 dni licząc od upływu terminu składania ofert.

Poza tym, Izba dostrzegła, że w ogłoszeniu z dnia 20 kwietnia 2016r. w sekcji IV.3.7) wskazano minimalny okres, w którym oferent będzie związany ofertą w dniach: 60(od ustalonej daty składania ofert)

Izba stwierdziła również, że w dniu 13 maja 2016r. inny wykonawca PIB Infra sp. z o.o. zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o informację, jaki jest obowiązujący termin związania ofertą podnosząc, że w ogłoszeniu Zamawiający wyznacza termin związania ofertą 60 dni, natomiast w SIWZ 30 dni.

W następstwie tego pytania Zamawiający w tym samym dniu dokonał zmiany SIWZ zwiększając termin związania ofertą do 60 dni licząc od upływu terminu składania oferty.



Izba ustaliła również, że przed upływem terminu składania ofert, tj. przed dniem 20 maja 2016r. Odwołujący złożył swoją ofertę wraz z załączoną gwarancją wadialną z dnia 16 maja 2016r. ważną od dnia 20 maja 2016r. do dnia 30 czerwca 2016r.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że przy piśmie przewodnim z dnia 15 lipca 2016r. przedłożonym Zamawiającemu w dniu 18 lipca 2016r. zostało załączone oświadczenie z dnia 15 lipca 2016r. o przedłużeniu terminu związania ofertą o okres kolejnych 60 dni, a także aneks z dnia 13 lipca 2016r. do powyższej gwarancji wadialnej ważnej od dnia 20 maja 2016r. do 17 września 2016r.

Na tle powyższego stanu faktyczno-prawnego Izba doszła do przekonania, że stanowisko Odwołującego jest bezzasadne.

Zdaniem Izby przytoczone wyżej fakty wskazują na pewne zaniedbania ze strony Zamawiającego, które jednak zostały przez niego naprawione przy czynności zmiany treści SIWZ z dnia 13 maja 2016r. przedłużającej termin związania ofertą.

Według zapatrywania Izby Odwołujący, jako profesjonalny wykonawca, powinien zainteresować się wystąpieniem powyższych sprzeczności pomiędzy pierwotnym dokumentem SIWZ i ogłoszeniem w zakresie terminu związania ofertą, co wskazywało na okoliczność zorganizowania przetargu o wartości przekraczającej próg, o którym mowa w art.11 ust.8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Zamawiający trafnie uznał, że wniesione wadium nie zabezpieczało oferty przez okres wymagany treścią SIWZ, a także przepisem art. 85 ust.1 pkt.3 ustawy Pzp, tj. przez 60 dni licząc od upływu terminu składania oferty.

Jeżeli zatem złożone wadium w momencie otwarcia ofert nie posiadało pełnego waloru zabezpieczającego zgodnego z treścią powołanych wyżej postanowień ogłoszenia i zmienionej treści SIWZ, to złożenie takiego dokumentu nie można uznać za wniesienie wadium w rozumieniu przepisu art.24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp.

Wymaga również zauważenia, że okoliczności, na które powołuje się Odwołujący w zakresie jego uzasadnionego przekonania odnośnie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości podprogowej nie są dla Izby miarodajne, wobec możliwości skorzystania przez niego z instytucji wyjaśnień SIWZ na zasadzie art.38 ust.1 ustawy Pzp, tym bardziej, że w swoich wystąpieniach wielokrotnie podkreślał kierowanie się postępowaniem z ostrożności.

W rozpoznawanej sprawie – według Izby – Odwołujący nie wykazał się przezornością i złożył ofertę z wadium niezabezpieczającym cały okres jej związania.

Izba rozstrzygając przedmiotową sprawę wzięła również pod uwagę treść projektu protokołu postępowania sporządzonego przez B. C. członka Komisji Przetargowej, a także zbiorcze zestawienie kosztów zadania inwestycyjnego, z których wynika wartość nadprogowa całego zamówienia, to jest dwóch zadań: budowy budynków mieszkalnych przy ul. Malczewskiego i przy ul. Świemirowskiej w Sopocie).

Z powyższych względów Izba uznała, że Zamawiający dokonał prawidłowego zastosowania przepisu art.24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp i wykluczył Odwołującego z przetargu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

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

**Przewodniczący:.....**