

WYROK

z dnia 22 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2014 r. przez **wykonawcę XYLION Medical Systems Sp. z o.o. S.K.A z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca z siedzibą w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert a także unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla zadania nr 4, z uwzględnieniem oferty Odwołującego**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca z siedzibą w Katowicach i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę XYLION Medical Systems Sp. z o.o. S.K.A z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskiego Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca z siedzibą w Katowicach** na rzecz **wykonawcy XYLION Medical Systems Sp. z o.o. S.K.A z siedzibą w Poznaniu** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz koszty strony 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 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca z siedzibą w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: Dostawa wyposażenia medycznego. Postępowanie zostało podzielone na części.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca XYLION Medical Systems Sp. z o.o. S.K.A z siedzibą w Poznaniu (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 28 kwietnia 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie - dla zadania nr 4 - na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niewniesienie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania,
3. naruszenie art. 91 ustawy Pzp poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej, oferty która w rozumieniu ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert taką nie jest.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania,
2. unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
3. dokonanie powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, co w konsekwencji winno skutkować wyborem jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców w postępowaniu wniesienia wadium w zakresie zadania nr 4 w kwocie 5100 zł. Zgodnie z pkt 8.1.SIWZ Zamawiający żąda od Wykonawców wniesienia wadium obejmujące cały okres związania ofertą.

Zgodnie z treścią z SIWZ w zakresie wymagań dotyczących wadium należało wnieść wadium w następujący sposób:

8.2. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.

8.3. Wadium może być wniesione w jednej lub kilku następujących formach: (...)

4) gwarancjach ubezpieczeniowych(nieodwoalnych, bezwarunkowych, płatnych na pierwsze żądanie);

8.5. W przypadku wniesienia wadium w pozostałych formach, oryginał wadium należy złożyć do dnia 30.12.2013r. do godz.09:00, w siedzibie Zamawiającego w Dziale Zamówień Publicznych (pok. 50 budynek administracji).

8.6. Zamawiający zwraca wadium wszystkim Wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza oraz z wyjątkiem okoliczności obligujących Zamawiającego do zatrzymania wadium.

8.7. Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano.

8.9. Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez Wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie art. 46 ust. 1 Pzp, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego w niniejszym postępowaniu wniósł on na wymagany termin związania ofertą (zgodnie z pkt. 9.1.SIWZ) wadium w postaci ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej w wymaganej kwocie oraz formie. Ponadto dokonał złożenia oryginału gwarancji zgodnie z SIWZ w miejscu wskazanym przez Zamawiającego z jednoczesnym załączeniem do oferty kopii gwarancji.

W trakcie postępowania Zamawiający w dniu 6 marca br dokonał czynności unieważnienia postępowania w zakresie przedmiotowego zadania, z jednoczesnym odrzuceniem oferty Odwołującego. Wobec powyższej decyzji Zamawiającego Odwołujący w dniu 17 marca 2014 r. wniósł odwołanie do Prezesa KIO, wobec którego Zamawiający w dniu 27 marca 2014 r. uwzględnił je w całości.

W dniu 4 kwietnia 2014 r. Zamawiając wezwał Odwołującego do ponownego wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą wraz z przedłużeniem związania ofertą.

W dniu 9 kwietnia 2014 r. Odwołujący złożył w odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego oświadczenie w sprawie przedłużenia terminu związania ofertą do dnia 14 czerwca 2014 r. wraz Aneks nr 1 do Gwarancji wadialnej nr 998 A-375273.

Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie wniósł wadium do upływu wyznaczonego terminu gdyż jak wynika z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu go z postępowania Zamawiający nie posiada gwarancji wadialnej do której złożony został aneks.

W ocenie Odwołującego wykonawca dokonał skutecznie czynności przedłużenia terminu związania ofertą i ma status wykonawcy. Odnosząc się do treści gwarancji wadialnej wskazał, że gwarancja ta wystawiona została przez UNIQA TU SA z siedzibą w Łodzi. Ponadto gwarancja ta zgodnie z jej treścią stanowi wobec Beneficjenta, jakim jest Zamawiający, nieodwołanie oraz bezwarunkowo zobowiązanie do zapłaty sumy gwarancyjnej, na pierwsze pisemne wezwanie Beneficjenta zawierające oświadczenie o wystąpieniu przesłanki do zatrzymania wadium zgodnie z ustawą Pzp. Gwarant oświadcza w gwarancji, iż dokona wypłaty z tytułu gwarancji wadialnej w terminie 14 dni od dnia otrzymania wezwania podpisanego przez odpowiednio umocowane osoby uprawnione do reprezentacji Beneficjenta. Dodatkowo Gwarancja zawiera zobowiązanie odnośnie terminu jej ważności w przedziale od dnia 10 lutego 2014 do 10 kwietnia 2014 r. Gwarancja ta wygasa automatycznie i całkowicie jeśli wezwanie do zapłaty wraz z oświadczeniem Beneficjenta nie zostanie dostarczone do Gwaranta w ww. terminie. Dodatkowo gwarancja nie zawiera zastrzeżeń związanych z formą gwarancji na jaką winien powołać się ew. Beneficjent wzywając Gwaranta do wypłaty sumy wadialnej. Z powyższego wynika – w ocenie Odwołującego - że o ile takie wymaganie nie zostało w jej treści sformułowane, podstawą roszczenia Beneficjenta jest zdarzenie objęte gwarancją (przesłanki zatrzymania wadium w rozumieniu ustawy Pzp) a Gwarant nie warunkuje wypłaty sumy wadialnej od określonej formy gwarancji jaką dysponuje Beneficjent żądając wypłaty. Gwarant czyni podstawą wypłaty wadium następujące elementy:

- zaistnienie przesłanki zatrzymania wadium (powołane w treści gwarancji),
- pisemne wezwanie do zapłaty Beneficjenta (Zamawiającego) zawierające oświadczenie o wystąpieniu przesłanki do zatrzymania wadium zgodnie z ustawą Pzp,
- wezwanie podpisane przez osoby upoważnione po stronie Beneficjenta Gwarancji.

Według Odwołującego gwarancja wadialna przetargowa nr 998 A-375273 zabezpieczała (w pierwotnym terminie jej ważności) ofertę Odwołującego do dnia 10 kwietnia 2014 r. włącznie.

W dniu 7 kwietnia 2014 r. (a więc przed upływem terminu ważności gwarancji w jej pierwotnym terminie) Gwarant dokonał czynności przedłużenia gwarancji nr 998 A-375273 do dnia 14 czerwca 2014 r. z jednoczesnym oświadczeniem, iż pozostałe warunki ww. gwarancji nie ulegają zmianie a także, iż aneks stanowi integralną część ww. gwarancji. W dniu 8 kwietnia 2014 r. Odwołujący (także przed upływem terminu pierwotnego zobowiązania Gwaranta) dostarczył Zamawiającemu Aneks, którego treść powołuje się na Gwarancję wadialną nr 998 A-375273 z jej przedłużeniem przy pozostawieniu pozostałych jej warunków bez zmian. Pierwotna gwarancja wadialna nie została na skutek fizycznego zwrotu jej oryginału do Gwaranta ubezskutechniona. Został zwrócony oryginał tego dokumentu jednak wraz z ofertą, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego Odwołujący na s. 32 oraz 33 oferty załączył do oferty jej kopię dodatkowo poświadczając jej treść za zgodność z oryginałem. Zdaniem Odwołującego nie jest zatem tak, iż na skutek czynności fizycznego zwrotu oryginału gwarancji Zamawiający nie posiada gwarancji wadialnej do której złożony został aneks. Zamawiający w każdej chwili może skutecznie wnosząc roszczenie o wypłatę sumy wadialnej z tytułu powołanej gwarancji nr 998 A-375273 wskutek przedłużenia jej ważności Aneksem przy utrzymaniu pozostałych warunków wypłaty otrzymać kwotę 5100,00 zł. Według Odwołującego nie ma i nie było w gwarancji wadialnej wymogu legitymowania się wraz z przedstawianym roszczeniem przez Beneficjenta wobec Gwaranta oryginałem gwarancji wadialnej. Wystarczającym do skutecznej wypłaty wadium jest nadal powołanie się na nią wraz z aneksem, uprawnionego z niej Beneficjenta, bez konieczności okazania oryginału samej gwarancji. Stanowisko powyższe potwierdza także oświadczenie przedstawiciela Gwaranta. Dokument przedłużający ważność wniesionej gwarancji wadialnej odnosi się do gwarancji podstawowej i modyfikuje jedynie jej termin ważności. Stanowisko Odwołującego potwierdza także orzecznictwo KIO tak np. wyrok z dnia 6 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 628/11:

Według Odwołującego dokonał on na wezwanie Zamawiającego przedłużenia ważności wniesionego wadium czego skutkiem jest uznanie, iż brak wobec powyższego - wobec Odwołującego - podstawy wykluczenia z postępowania zgodnie z art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 18 kwietnia 2014 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko wskazał, iż Zamawiający w dniu 6 marca 2014 r. poinformował wykonawcę o unieważnieniu postępowania w odniesieniu do zadania 4. W związku z powyższym działając zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) Zamawiający w dniu 13 marca 2014 r. zwrócił wykonawcy

wadium. Wykonawca w dniu 17 marca 2014 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Odwołanie. Zamawiający w dniu 27 marca 2014 r. wniósł odpowiedź na odwołanie uwzględniając w całości zarzuty postawione w odwołaniu. W dniu 4 kwietnia 2014 r. Zamawiający przekazał wykonawcy „*Wezwanie do ponownego wniesienia wadium wraz z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą oraz o przedłużenie terminu związania ofertą*”. Zgodnie z Wezwaniem wykonawca winien był wnieść wadium w nieprzekraczalnym terminie do dnia 9 kwietnia 2014 r. do godz. 09:00. W dniu 9 kwietnia 2014 r. o godz. 10:01 wpłynęło do Zamawiającego oświadczenie wykonawcy XYLION Medical Systems sp. z o. o. s. k. z siedzibą w Poznaniu przedłużające „termin związania ofertą do 14 czerwca 2014 r. wraz jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium”. Załącznikiem do oświadczenia wykonawcy był ANEKS nr 1 do gwarancji wadium nr 998-A-375273. W związku z powyższym Wykonawca nie wniósł wadium do upływu wyznaczonego terminu jego wnoszenia, ponieważ Zamawiający nie posiada Gwarancji Wadium nr 998-A-375273 z dnia 22 stycznia 2014 r. do której został złożony Aneks nr 1.

Czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę XYLION Medical Systems Sp. z o.o. S.K.A z siedzibą w Poznaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy XYLION Medical Systems Sp. z o.o. S.K.A z siedzibą w Poznaniu jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 29 kwietnia 2014 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2014 r.) wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zawierała m. in. następujące postanowienia:

Zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców w postępowaniu wniesienia wadium w zakresie zadania nr 4 w kwocie 5100 zł. Zgodnie z pkt 8.1.SIWZ Zamawiający żądał od Wykonawców wniesienia wadium obejmujące cały okres związania ofertą.

Zgodnie z treścią z SIWZ w zakresie wymagań dotyczących wadium należało wnieść wadium w następujący sposób:

8.4. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.

8.5. Wadium może być wniesione w jednej lub kilku następujących formach: (...)

4) gwarancjach ubezpieczeniowych(nieodwoalnych, bezwarunkowych, płatnych na pierwsze żądanie);

8.8. W przypadku wniesienia wadium w pozostałych formach, oryginał wadium należy złożyć do dnia 30.12.2013r. do godz.09:00, w siedzibie Zamawiającego w Dziale Zamówień Publicznych (pok. 50 budynek administracji).

8.9. Zamawiający zwraca wadium wszystkim Wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza oraz z wyjątkiem okoliczności obliigujących Zamawiającego do zatrzymania wadium.

8.10. Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano.

8.9. Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez Wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie art. 46 ust. 1 Pzp, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez Zamawiającego.

Odwołujący w zadaniu nr 4 złożył ofertę w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający w dniu 6 marca 2014 r. poinformował wykonawcę o unieważnieniu postępowania w odniesieniu do zadania 4. W związku z powyższym działając zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) Zamawiający w dniu 13 marca 2014 r. zwrócił wykonawcy wadium.

Odwołujący w dniu 17 marca 2014 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Zamawiający w dniu 27 marca 2014 r. wniósł odpowiedź na odwołanie uwzględniając w całości zarzuty postawione w odwołaniu.

W dniu 4 kwietnia 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 46 ust 3 ustawy Pzp do ponownego wniesienia wadium, wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą zabezpieczającego ofertę do dnia 14 czerwca 2014 r. Wykonawca był zobowiązany do ponownego wniesienia wadium w nieprzekraczalnym terminie do dnia 9 kwietnia 2014 r. do godz.09:00. Wniesienia wadium należało dokonać w kwocie i na zasadach określonych w pkt. 8 SIWZ. Zamawiający poinformował, że niedokonanie przez wykonawcę ponownego wniesienia wadium będzie – zgodnie z postanowieniami art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Ponadto działając na podstawie przepisu art.85 ust.2 ustawy Pzp Zamawiający zwrócił się o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni. W przypadku przychylenia się wykonawcy do wniosku Zamawiającego przedmiotową zgodę należało złożyć do upływu terminu związania ofertą, tj. do dnia 15 kwietnia 2014 r. do godz. 09:00 w formie pisemnej w siedzibie Zamawiającego w Dziale Zamówień Publicznych (pok. nr 50) lub przesłać - zgodnie z ustalonym w pkt 7 SIWZ sposobem porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami.

W dniu 9 kwietnia 2014 r. o godz. 10:01 wpłynęło do Zamawiającego oświadczenie Odwołującego przedłużające „termin związania ofertą do 14 czerwca 2014 r. wraz jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium”. Załącznikiem do oświadczenia wykonawcy był ANEKS nr 1 do gwarancji wadium nr 998-A-375273.

Zamawiający pismem z dnia 18 kwietnia 2014 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty dla zadania nr 4: oferty wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z ww. postępowania - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

Bezspornym w niniejszym postępowaniu jest to, że Zamawiający przed wezwaniem Odwołującego w trybie art. 46 ust. 3 ustawy Pzp nie dokonał czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Zasadnym w tym miejscu jest przywołanie treści art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie ustępu 1, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania, jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez Zamawiającego.

Ponadto zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Z powyższych przepisów jednoznacznie wynika, że wezwanie w trybie art. 46 ust. 3 ustawy Pzp powinno być poprzedzone wyborem oferty najkorzystniejszej, t.j. wykonawcy do którego kierowane jest wezwanie w trybie art. 46 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten w sposób jasny i precyzyjny wskazuje, że Zamawiający może żądać wniesienia wadium ponownie, w przypadku gdy oferta tego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza. Z przepisu tego w sposób jednoznaczny wynika, że Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy w trybie art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, ale po uprzednim wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, co nie miało miejsca w niniejszym stanie faktycznym.

Zatem wykonawca Odwołujący się, wobec wezwania Zamawiającego zachował się prawidłowo, przedłużył termin związania ofertą oraz złożył aneks do gwarancji, a wobec faktu

że jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza w zadaniu nr 4 nie miał obowiązku składania Zamawiającemu oryginału – zwróconej mu przez Zamawiającego – gwarancji wadialnej.

Nie można zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, że oświadczenie o terminie związania ofertą wraz z aneksem zostało wniesione po terminie. Wykonawca składając oświadczenie był jeszcze związany ofertą, a powyższe wezwanie dotyczyło przedłużenia terminu związania ofertą i zgodnie z tym wezwaniem wykonawca miał czas do 15 kwietnia 2014 r., z którego to obowiązku wywiązał się w sposób prawidłowy. Zatem wobec powyższego czynność Zamawiającego z art. 46 ust. 3 ustawy Pzp powinna być poprzedzona wyborem oferty najkorzystniejszej (oferty wykonawcy, którego wezwanie dotyczy), o czym świadczy w sposób niebudzący wątpliwości – literalne brzmienie art. 46 ust. 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji czynność Zamawiającego dokonana na podstawie art. 46 ust. 3 ustawy Pzp była czynnością przedwczesną, wobec jasno brzmiącej treści art. 46 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający, aby wyciągać negatywne konsekwencje w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, sam musi dochować należytej staranności, - i jeżeli wezwał wykonawcę w trybie art. 46 ust. 3 ustawy Pzp – dokonać wszystkich wymaganych przepisami prawa czynności.

Zatem Zamawiający powinien ponowić czynność wezwania wykonawcy w trybie art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, t.j. po spełnieniu wszystkich przesłanek przewidzianych tą procedurą - w szczególności po uprzednim wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wobec przedstawionej powyżej argumentacji nie mają znaczenia - w tak zaistniałym stanie faktycznym - składane przez strony dowody.

W konsekwencji wobec potwierdzenia się zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp - Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności oceny ofert, a także unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert dla zadania nr 4, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 b) ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....