

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 31 lipca 2017 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Członkowie:** Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 31 lipca 2017 roku odwołania wniesionego w dniu 17 lipca 2017 r. przez wykonawcę **I. R. S.A. z R.** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w B. sp. z o.o.**

przy udziale wykonawcy **I.-B. S.A. z W.**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

- 1. odrzuca odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę I. R. S.A. z R.**  
i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnowie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W dniu 17 lipca 2017 r. (wpływ bezpośredni) wykonawca I. R. S.A. z R. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

- czynności zamawiającego, polegającej na wezwaniu wykonawcy I.-B. S.A. (dalej „I.”) do zawarcia umowy pomimo faktu, że wykonawca ten nie wniósł wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”] w związku z art.184 tejże ustawy,
- zaniechania czynności odrzucenia oferty IDS, czym naruszono przepisy art. 7 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 7b ustawy w związku z art. 184 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. nieważnienie czynności wezwania I. do zawarcia umowy,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty I. jako najkorzystniejszej,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
4. odrzucenie oferty I.,
5. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący oświadczył, że *„O okolicznościach stanowiących podstawę niniejszego odwołania to jest o wykonaniu czynności wezwania I. do zawarcia umowy oraz o zaniechaniu oferty I. powzięliśmy wiadomość w dniu 14 lipca 2017 roku. Dziesięciodniowy termin do wniesienia odwołania upływa w dniu 24 lipca 2014 roku. Oznacza to, iż przedmiotowe odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu ustawowego.”* (str. 5 odwołania, pierwszy akapit).

W Odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 lipca 2017 r. zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania (z powodu upływu terminu na jego wniesienie).

O odrzucenie odwołania (z tego samego powodu) wniósł także przystępujący w swoim stanowisku pisemnym z dnia 31 lipca 2017 r.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w B. sp. z o.o. (dalej „zamawiający”) wszczęło w dniu 4 stycznia 2017 r. w trybie przetargu nieograniczonego (publikacja ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2017/S 002-002407), postępowanie na „*Rozbudowę i przebudowę ciągu technologicznego na oczyszczalni ścieków w Bochni wraz z wykorzystaniem odnawialnych źródeł energii*” (1/2017/POIŚ).

W dniu 23 maja 2017 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty przystępującego i zawiadomił o tej czynności wykonawców.

Wskazać należy, że po tym wyborze zarówno oferty, jak i protokół wraz z załącznikami był jawny dla wszystkich wykonawców („*Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej (...), z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia*” – art. 96 ust. 3 ustawy Pzp).

Wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 maja 2017 r. złożono odwołania rozpoznane przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej także „Izba”) łącznie w dniach 27 i 28 czerwca 2017 r.

W ww. sprawach połączonych (sygn. akt KIO 1113/17, KIO 1122/17, KIO 1125/17, KIO 1129/17) w dniu 4 lipca 2017 r. Izba wydała wyrok podtrzymujący wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Jak trafnie wskazał na posiedzeniu przystępujący, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23 maja 2017 r. było ostatnim obowiązkiem informacyjnym zamawiającego wobec wykonawców uczestniczących w postępowaniu (w sytuacji, jak przedmiotowa, gdy postępowanie odwoławcze nie doprowadziło do unieważnienia tej czynności i nie doszło do unieważnienia postępowania) i ostatnią czynnością zamawiającego w odniesieniu do której zastosowanie znajduje przepis art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp (termin liczony od przesłania informacji o czynności).

Oznacza to, że termin na wniesienie odwołania wobec czynności czy zaniechań zamawiającego po tej dacie winien być liczony z zastosowaniem przepisu art. 182 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp, zgodnie z którym „*Odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się: 1) w przypadku zamówień, których wartość przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia,*

*w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia”.*

Odwołujący złożył odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z tego powodu, że przystępujący nie wniósł wadium „*na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania*” (str. 2 odwołania pierwszy akapit) oraz wobec konsekwencji tego zaniechania, tj. czynności wezwania przystępującego do zawarcia umowy.

Kwestią kluczową dla rozstrzygnięcia terminowości wniesionego przez I. R. S.A. z R. w dniu 17 lipca 2017 r. odwołania jest ustalenie, kiedy odwołujący powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość, że zamawiający pozytywnie zweryfikował ważność gwarancji wadialnej przystępującego na – jak ujął to odwołujący – „*okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania*”.

Skład orzekający Izby w toku posiedzenia ustalił, że był to 4 lipca 2017 r.

W odwołaniu odwołujący potwierdził, że „*posiadał wiedzę, że wadium wniesione przez IDS do momentu rozprawy Krajowej Izby Odwoławczej w połączonych sprawach o sygnaturach akt: KIO 1113/17, KIO 1122/17, KIO 1125/17, KIO 1129/17 było ważne do dnia 04 lipca 2017 roku to jest do końca przedłużonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, terminu związania ofertą.*” (str. 3 odwołania, drugi akapit).

Wskazać należy, że pierwotnie złożona przez przystępującego ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium była ważna do 8 maja 2017 r.

Rozstrzygnięcie postępowania (tj. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej) po tej dacie wymagało przedłużenia terminu ważności gwarancji wadialnej (albo złożenia nowego wadium) najpóźniej do dnia 8 maja 2017 r. (w terminie ważności pierwotnej gwarancji).

Zamawiający, pismem z dnia 30 czerwca 2017 r. (korespondencja e-mail z godz. 14:41 i 15:23), zwrócił się do przystępującego o przedłużenie ważności wadium w nieprzekraczalnym terminie do dnia 4 lipca 2017 r. do godz. 15:00.

Przy piśmie z dnia 3 lipca 2017 r. przystępujący przekazał zamawiającemu aneks nr 2 do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium z terminem ważności gwarancji do 18 lipca 2017 r.

Wybór oferty najkorzystniejszej w dniu 23 maja 2017 r. oznaczał dla wykonawców, że załączniki do protokołu (w tym aneksy) są dla nich dostępne, a zatem odwołujący mógł od

tego momentu uzyskiwać wiedzę, czy przystępujący przedłużył/przedłużał gwarancję wadialną i do jakiego terminu.

W przedmiotowym stanie faktycznym oznacza to, że 23 maja 2017 r. (po wyborze) dla odwołującego dostępna była informacja, że przystępujący złożył aneks nr 1 z terminem ważności gwarancji zapłaty wadium do 4 lipca 2017 r.

Jak wynika ze złożonej przez zamawiającego na posiedzeniu korespondencji e-mail odwołującego z zamawiającym z dnia 24 maja 2017 r. (godz. 8:44, 13:33) odwołujący skorzystał z przysługującego mu prawa i zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie mu protokołu wraz z załącznikami (w dniu 26 maja 2017 r. w przypadku udostępnienia u zamawiającego). Zamawiający poinformował, że żądane dokumenty są dostępne dla odwołującego od dnia 25 maja 2017 r.

Skoro przystępujący już w maju co najmniej mógł powziąć wiadomość, iż termin ważności gwarancji przystępującego „wymaga” przedłużenia (dla zawarcie umowy po zakończeniu postępowania odwoławczego, co nastąpiło 4 lipca 2017 r., kiedy to Izba wydała wyrok w ww. sprawach połączonych) oraz skoro przedłużenie terminu ważności wadium jest możliwe jedynie w terminie jego ważności (do 4 lipca 2017 r., godz. 15 – taką godzinę wyznaczył zamawiający) to przystępujący już w tym dniu o godz. 15 mógł powziąć wiadomość, czy i na jaki czas przystępujący przedłużył po raz kolejny termin ważności gwarancji (aneksowany już wcześniej aneksem nr 1).

Na posiedzeniu zamawiający oświadczył, że *„dokonał weryfikacji prawidłowości złożonego przez Przystępującego wadium w postaci gwarancji bankowej – aneks nr 2 już 04.07.2017 r.”* (str. 3 protokołu, przedostatni akapit).

Skład orzekający oświadczenie to uznał za wiarygodne. Zauważenia wymaga, że w tym przypadku weryfikacja ta sprowadzała się do „odszukania” nowego terminu ważności gwarancji.

Podkreślić także należy, że oświadczenia tego nie kwestionował odwołujący, podnosząc jedynie że *„uzewnętrznieniem podjętej przez zamawiającego decyzji o uznaniu prawidłowości przedłużenia wadium (aneks nr 2)”* – str. 4 protokołu, drugi akapit – było pismo zamawiającego z dnia 6 lipca 2017 r. wzywające przystępującego do przedłożenia dokumentów wymaganych przed podpisaniem umowy.

Dostrzeżenia nadto wymaga, że po stronie zamawiającego nie ma obowiązku informacyjnego w tym zakresie (jak wskazano wcześniej ostatnią czynnością, o której zamawiającego miał obowiązek zawiadomić wykonawców był wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 23 maja 2017 r.).

Niewątpliwie odwołujący już w dniu 4 lipca 2017 r. mógł powziąć wiadomość, czy przystępujący złożył jakiegokolwiek nowe oświadczenia lub dokumenty oraz, czy już w dniu 4 lipca 2017 r. zamawiający dokonał weryfikacji prawidłowości złożonego przez przystępującego wadium.

Kroki zmierzające do ustalenia „przedłużenia ważności oferty i wadium przez I.-B. S.A.” podjął odwołujący dopiero 10 lipca 2017 r., kierując w tym zakresie do zamawiającego żądanie udostępnienia „całości korespondencji powstałej od dnia 27.06.2017 r.” (pismo odwołującego do zamawiającego z dnia 10 lipca 2017 r.)

Uwzględniając fakt, że w tym przypadku zastosowanie znajduje przepis art. 182 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp, oraz fakt, że wiadomość o zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego (ocenie przez zamawiającego, że wadium przystępującego na przedłużony okres jest prawidłowe) odwołujący mógł powziąć już 4 lipca 2017 r., uznać należało, że odwołujący uchybił dziesięciodniowemu terminowi na wniesienie odwołania. Termin ten, liczony od 4 lipca 2017 r., upłynął 14 lipca 2017 r. (piątek)

Złożenie odwołania w dniu 17 lipca 2017 r. obliguje skład orzekający Izby do jego odrzucenia na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, tj. z tego względu, iż zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Przypomnienia wymaga, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym, nie podlegającym przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....