

Sygn. akt: KIO 2576/13

**WYROK**  
**z dnia 18 listopada 2013 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 listopada 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: GPW Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, K..... D..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MINERO” K..... D.....**, w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Huta Łabędy S.A. z siedzibą w Gliwicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie;**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: GPW Dystrybucja Sp. z o.o., K..... D..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MINERO” K..... D.....** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: GPW Dystrybucja Sp. z o.o., K..... D..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MINERO” K..... D.....** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A.** kwotę **3 701,83 zł** (słownie: trzy tysiące siedemset jeden złotych osiemdziesiąt trzy grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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) 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 – Katowicki Holding Węglowy S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawy strzemion dwujarzmowych do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w okresie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy.*

W dniu 4 listopada 2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: GPW Dystrybucja Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, K..... D..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „MINERO” K..... D..... wnieśli odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy Huta Łabędy S.A. mimo iż wykonawca ten nie wniósł wadium na pełen okres związania ofertą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91b ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że pismem z 11 października 2013 r. Zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu o wyrażenie zgody na przedłużenie o 60 dni terminu związania ofertą. Jednocześnie zobowiązał wykonawców do przedłużenia okresu ważności wadium lub wniesienia nowego wadium obejmującego cały okres związania ofertą.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 8 SIWZ, wadium musi obejmować okres związania ofertą. Termin związania ofertą został określony na 60 dni, przy czym termin składania ofert upływał w dniu 20 sierpnia 2013 r., co oznacza, iż pierwotny termin związana ofertą w postępowaniu, upływał w dniu 19 października 2013 roku. Wskutek wniesionego odwołania termin związania ofertą uległ zawieszeniu na czas od 16 września do 7 października 2013 r.

Według informacji przedstawionych przez Odwołującego, wadium wniesione przez wykonawcę Hutę Łabędy S.A. przed złożeniem oferty w formie gwarancji bankowej obowiązywało do 21 października 2013 r. Pismem z dnia 14 października 2013 roku (doręczonym w dniu 17 października 2013 roku) wykonawca Huta Łabędy S.A. złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą o 60 dni przedłużając jednocześnie okres ważności wadium do dnia 21 grudnia 2013 roku (aneks nr 1 do gwarancji KLG217869IN13).

W ocenie Odwołującego, przedłużenie okresu ważności wadium wyłącznie do dnia 21 grudnia 2013 r. było wadliwe, bowiem okres związania ofertą po jego przedłużeniu o 60 dni obowiązywał do dnia 9 stycznia 2014 roku. Tym samym od dnia 22 października 2013 r. wykonawca Huta Łabędy S.A. nie legitymował się skutecznie wniesionym wadium na cały okres związania ofertą.

Zdaniem Odwołującego, pismo wykonawcy z 25 października 2013 r., do którego załączony został aneks nr 2 z dnia 23 października 2013 r. do gwarancji bankowej przedłużający ważność wadium do dnia 31 stycznia 2014 r. należy uznać za spóźnione i tym samym bez wpływu na obowiązek Zamawiającego wykluczenia wykonawcy. Zgodnie bowiem z ugruntowanym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej: *Czynność wniesienia wadium nie podlega konwalidacji, nie można dokonać jego wpłaty po upływie wskazanego terminu składania ofert, jak również nie można uzupełnić dokumentu, potwierdzającego wniesienie wadium, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż pieniężna.* (wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 63/12)

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- wykluczenia wykonawcy Huta Łabędy S.A. z postępowania, odrzucenia oferty tego wykonawcy Huta Łabędy S.A.,
- unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej,
- unieważnienia czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej - w przypadku gdyby do czasu rozpatrzenia niniejszego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą aukcja została przeprowadzona,
- powtórzenia czynności badania i oceny oferty.

W dniu 7 listopada 2013 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Huta Łabędy S.A.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 11 SIWZ, termin składania ofert upływał 20 sierpnia 2013 r. Termin związania ofertą został określony na 60 dni (pkt 9 SIWZ).

Przystępujący przed upływem terminu składania ofert wniósł wadium w formie gwarancji bankowej (nr KLG17869IN13 z dnia 8 sierpnia 2013 r.). ważnej do dnia 21 października 2013 r.

W toku postępowania przetargowego, dniu 16 września 2013 r. wykonawca Huta Łabędy S.A. wniósł do odwołanie, które zostało rozstrzygnięte wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2213/13). Zatem w dniach od 16 września 2013 r. do 7 października 2013 r. - stosownie do 182 ust. 6 ustawy Pzp - nie biegł termin związania ofertą. W związku z tym termin związania ofertą, po uwzględnieniu jego zawieszenia wynikającego z wniesienia odwołania, upływał 9 listopada 2013 r.

W dniu 11 października 2013 r. Zamawiający, na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, zwrócił się do Przystępującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni. Zamawiający poinformował, że w przypadku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wykonawca, zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, zobowiązany jest do przedłużenia okresu ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący, pismem z dnia 14 października 2013 r. (doręczonym Zamawiającemu 17 października 2013 r.) oświadczył, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni i przedłuża na ten okres termin ważności wadium. Do oświadczenia Przystępujący załączył Aneks nr 1 do gwarancji nr KLG17869IN13 z dnia 8 sierpnia 2013 r., przedłużający termin ważności gwarancji do dnia 21 grudnia 2013 r.

Następnie, pismem z 24 października 2013 r. (doręczonym Zamawiającemu 25 października 2013 r.) Przystępujący ponownie oświadczył, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni i przedłuża okres ważności wadium, przekazując Zamawiającemu Aneks nr 2 do gwarancji nr KLG17869IN13 z dnia 8 sierpnia 2013 r., przedłużający termin ważności gwarancji do 31 stycznia 2014 r.

W ocenie Izby, w opisanym powyżej stanie faktycznym nie zaistniały przesłanki uzasadniające wykluczenie Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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. Zdaniem Odwołującego wypełnienie dyspozycji tego przepisu

polegało na niewniesieniu wadium na przedłużony okres związania ofertą. Teza ta nie ma jednak oparcia w stanie faktycznym.

Przystępujący wniósł wadium na przedłużony okres związania ofert (gwarancja wadialna jest ważna do dnia 31 stycznia 2014 r., zatem jej ważność kończy się po upływie terminu związania ofertą), a czynność ta nastąpiła przed dniem, w którym rozpoczął swój bieg przedłużony termin związania ofertą. Oferta Przystępującego pozostawała więc nieprzerwanie zabezpieczona wadium, w każdym dniu związania ofertą.

Bez znaczenia dla oceny prawidłowości wniesienia wadium jest fakt, że Przystępujący w dniu 17 października 2013 r. przedłużył termin ważności gwarancji na czas krótszy niż przedłużony termin związania ofertą, a następnie, w dniu 25 października 2013 r. dokonał kolejnego przedłużenia ważności gwarancji na cały dodatkowy okres związania ofertą. Obie te czynności nastąpiły przed zakończeniem pierwotnego i rozpoczęciem biegu przedłużonego terminu związania ofertą.

Brak jest podstaw do uznania, że sposób przedłużenia ważności wadium naruszał art. 85 ust. 4 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Należy jednak podkreślić, że przepis ten powinien być interpretowany przez pryzmat celu, któremu służy, a celem tym jest zapewnienie ciągłości zabezpieczenia oferty, a tym samym umożliwienie realizacji roszczeń zamawiającego w przypadkach określonych przepisem art. 46 ust. 4a oraz 5 ustawy Pzp.

Literalne rozumienie pojęcia „jednoczesności”, wyrażające się w przyjęciu konieczności dokonania przedłużenia terminu związania ofertą i przedłużenia ważności wadium dokładnie w tym samym momencie, byłoby przejawem niczym nieuzasadnionego formalizmu i rygoryzmu, w żaden sposób nie służącemu celowi postępowania i zabezpieczeniu interesów zamawiających. Pogląd taki prezentowany jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w wyroku z dnia 21 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13, w którym Izba stwierdziła, że *nie sposób wykluczać wykonawcy, który zabezpieczył swoją ofertę prawidłowym wadium przez cały okres trwania postępowania, w tym zabezpieczeniu nie wystąpiła przerwa, a także który dokonywał przedłużenia terminu związania ofertą tak, że istniała ciągłość zarówno wadium jak i oświadczenia o związaniu ofertą.*

Należy więc przyjąć, że dla zrealizowania dyspozycji art. 85 ust. 4 ustawy Pzp wystarczające jest, aby przedłużenie ważności wadium nastąpiło w terminie pozwalającym

na zachowanie ciągłości zabezpieczenia oferty, co w analizowanym stanie faktycznym miało miejsce.

Z powyższych względów, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wskazujący na zaniechanie wykluczenia Odwołującego z postępowania należy uznać za bezzasadny.

W związku z powyższym orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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).

**Przewodniczący:** .....