

Sygn. akt: KIO/UZP 1186/09

**WYROK**

**z dnia 30 września 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Członkowie: Ewa Sikorska  
Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A., ul. Dąbrowszczaków 21, 10-540 Olsztyn** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Warmińsko - Mazurski w Olsztynie, ul. Oczapowskiego 2, 10-957 Olsztyn** protestu z dnia 29 lipca 2009 r.

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A., ul. Dąbrowszczaków 21, 10-540 Olsztyn**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A., ul. Dąbrowszczaków 21, 10-540 Olsztyn,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A., ul. Dąbrowszczaków 21, 10-540 Olsztyn.**

### **U z a s a d n i e n i e**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie prac związanych z modernizacją pawilonów wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie przy ul. Słonecznej - Kortowo III w Uniwersytecie Warmińsko - Mazurskim w Olsztynie w ramach realizacji projektu finansowanego z Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej pn. "Rozbudowa, modernizacja i wyposażenie zespołu laboratoriów edukacyjno - badawczych technologii, jakości i bezpieczeństwa zdrowotnego żywności", wykonawca - Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. w Olsztynie (dalej protestujący lub odwołujący), złożył protest na czynności zamawiającego - Uniwersytetu Warmińsko - Mazurskiego w Olsztynie, polegające na:

1. nie poprawieniu przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - dalej zwanej ustawą Pzp, oferty protestującego zawierającej oczywiste omyłki,
2. wykluczeniu protestującego z postępowania,
3. unieważnieniu postępowania.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 4 i art. 46 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że przedłożona przez protestującego gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium jest wadliwa i nie zabezpiecza interesów zamawiającego,

2. art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez nie dokonanie sprostowania oczywistych omyłek, pomimo wskazania na taką możliwość w rozstrzygnięciu protestu z dnia 23.07.2009 r.,
3. art. 93 ust. 1 pkt 1, poprzez przyjęcie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu podczas, gdy oferta protestującego spełniała wszystkie kryteria SIWZ i powinna być uwzględniona przez zamawiającego,
4. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z faktem, iż po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający nie poinformował uczestnika o wykluczeniu jego oferty, tym samym nie był uprawniony do jej wykluczenia na etapie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu,
5. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie.

Protestujący zażądał:

1. uwzględnienia protestu,
2. unieważnienia wykluczenia protestującego z postępowania,
3. powtórzenia procedury badania i oceny wszystkich złożonych ofert i w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez protestującego,
4. zobowiązanie zamawiającego do poprawienia oczywistych omyłek w jego ofercie oraz zawiadomienia o dokonanych poprawkach.

W uzasadnieniu protestu protestujący podał, że w wyniku rozstrzygnięcia protestu, złożonego wcześniej przez innego wykonawcę zamawiający uznał wszelkie zarzuty pod adresem oferty WPB S.A. za nieuzasadnione. Wskazał, że zamawiający, zgodnie z treścią uzasadnienia, winien był sprostować oczywiste omyłki, o których mowa w rozstrzygniętym proteście na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Powołał się na wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 418/09, teza 4.

Protestujący podniósł, że wniesienie wadium nie jest warunkiem udziału w postępowaniu sensu stricto oraz, że zamawiający bada fakt wniesienia wadium łącznie z oceną spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu.

Powołał się na wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 634/08.

Uznał, że skoro w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do wyłonienia oferty i jednocześnie nie wykluczono, ani nie odrzucono oferty protestującego z jakiegokolwiek przyczyny, to przedstawiona przez protestującego gwarancja wadialna była ważna i skuteczna dla należytej ochrony interesów zamawiającego.

Zwrócił uwagę, że zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) nie nakładał na uczestników żadnych wymogów co do formułowania treści

postanowień gwarancji ubezpieczeniowej, choć ma taką kompetencję. Co więcej, na skutek wniesionych środków zaskarżenia zamawiający wezwał protestującego do przedłużenia okresu ważności wadium, co dowodzi prawidłowości wniesionej gwarancji.

Zdaniem protestującego, w razie powzięcia jakichkolwiek wątpliwości co do treści gwarancji ubezpieczeniowej powinien zażądać od wykonawcy dodatkowych - wtedy protestujący mógłby przedłożyć np. oświadczenie gwaranta co do zakresu objętego gwarancją ubezpieczeniową.

Za wadliwością zastosowanego rozstrzygnięcia zamawiającego przemawia także, w ocenie protestującego, utrwalony w orzecznictwie pogląd, iż spełnienie warunków udziału w postępowaniu zamawiający powinien sprawdzić przed oceną ofert i wyborem oferty najkorzystniejszej, ponieważ niespełnienie warunku udziału skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania i odrzuceniem jego oferty.

Powołał się na wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 496/09.

Dodatkowo wskazał, że gdyby czysto hipotetycznie przyjąć, że gwarancja wadialna przedłożona przez protestującego nie spełniała odpowiednich wymogów, to uchybienie takie nie powinno obciążać w żadnym stopniu wykonawcy, ponieważ musi być ono wykazane przed wyborem najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem protestującego, gwarancja ubezpieczeniowa gwarantuje wypłatę wadium na rzecz zamawiającego w każdym przypadku wynikającym z przepisów ustawy, jest ponadto zbieżna pod względem treści z zapisami SIWZ rozdz. VII pkt 8.

Stwierdził, że stosunki pomiędzy gwarantem a zamawiającym poddane są regulacji cywilnoprawnej, to zatem strony tej umowy kreują zakres odpowiedzialności gwaranta w oparciu o pewien stan faktyczny, który ma mieć miejsce (udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia) i to właśnie wola stron, jak i treść gwarancji decydować będą o zakresie odpowiedzialności gwaranta.

Zdaniem protestującego, wystąpienie sytuacji, w której zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie zobowiązanego (zapis gwarancji - tiret trzeci) obejmuje swoim zakresem także sytuację kiedy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub pełnomocnictw, bowiem sytuacja taka skutkować będzie następczą niemożliwością zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie zobowiązanego.

Powołał się na wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 402/09.

Wskazał, że żaden przepis nie nakłada na wykonawcę, a w konsekwencji gwaranta umieszczania w treści gwarancji zapisów literalnie odpowiadających zapisom ustawowym (art. 46 ustawy Pzp).

Dodatkowo protestujący podniósł, że zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, zobowiązany jest do umożliwienia wykonawcy wykazania, że w danym przypadku udział tegoż wykonawcy nie wypaczy zasady uczciwej konkurencji.

Powołał się na wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 430/09.

Zdaniem protestującego w niniejszej sprawie nie zachodzą przesłanki ustawowe do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem oferta protestującego nie podlegała odrzuceniu.

Wskazał, że unieważnienie mogłoby mieć miejsce w przypadku, gdyby wszystkie czynności zamawiającego, polegające na odrzuceniu ofert stały się ostateczne.

Powołał się na wyrok KIO o sygn. akt KIO/UZP 49/09.

Wskazał, że jego interes prawny przejawia się w możliwości uzyskania zamówienia na prace objęte tym zamówieniem.

Zamawiający protest oddalił w całości.

Podniósł, że przystępując do przetargu nieograniczonego wykonawca, na żądanie zamawiającego, musi wnieść wadium, zaś zatrzymanie wadium może nastąpić tylko w ściśle określonych okolicznościach, przewidzianych ust. 5 art. 46 ustawy Pzp. Szczególny przypadek zatrzymania wadium przewiduje dodany nowelą z 04.09.2008 r. przepis art. 46 ust. 4a, którego brak jest w złożonej przez protestującego gwarancji ubezpieczeniowej.

Powołał się na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24.04.2002 r. oraz KIO o sygn. akt KIO/UZP 322/09.

Nie zgodził się z protestującym, że w tej sytuacji nie było podstawy unieważnienia postępowania, ponieważ oferta Konsorcjum: INS-BUD Bartosz Zarębski i LOGOS Krzysztof Czarzasty i Przedsiębiorstwa Budowlanego WITKA Krzysztof Krawczyk zostały odrzucone, natomiast Wykonawcy PB ARBET sp. z o.o. i WPB S.A. zostali wykluczeni z postępowania, a ich oferty należy zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznać za odrzucone.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację zawartą uprzednio w proteście.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, a w szczególności treści SIWZ, gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 202/BW/11/09 złożonej przez odwołującego wraz z ofertą, pisma zamawiającego informującego o wyborze oferty najkorzystniejszej

z dnia 03.07.2009 r., pisma zamawiającego informującego o złożeniu protestu oraz wzywającego do przedłużenia ważności wadium z dnia 16.07.2009 r., rozstrzygnięcia protestu z dnia 23.07.2009 r. złożonego przez „Arbet” Sp. z o.o., pism zamawiającego informujących odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, odrzuceniu jego oferty oraz o unieważnieniu postępowania z dnia 23.07.2009 r., druku ZP-12, oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w proteście, jego rozstrzygnięciu, odwołaniu oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odnośnie interesu prawnego odwołującego skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny tak na etapie wnoszenia protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdził się zarzut, że zamawiający bezprawnie wykluczył go z udziału w postępowaniu oraz unieważnił je, w sytuacji, gdy oferta odwołującego byłaby najkorzystniejszą cenowo, niepodlegającą odrzuceniu ofertą w postępowaniu, w którym cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert (część XII SIWZ) oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił następujące, istotne dla rozstrzygnięcia fakty:

1. W części VII „Wymagania dotyczące wadium” pkt 8 zamawiający podał: „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana:
  - 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
  - 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
  - 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.
2. Brak jest w SIWZ postanowień szczegółowych co do oczekiwanej przez zamawiającego treści wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej.
3. W postępowaniu złożono 9 ofert, oferta odwołującego (5 679 488,91 zł) zawierała czwartą, najniższą w kolejności cenę (ZP-12). Oferty z cenami niższymi, które zamawiający odrzucił, złożyli:
  - 1) konsorcjum INS-BUD Bartosz Zarębski oraz LOGOS Krzysztof Czarzasty (5 593 274,70 zł),
  - 2) PPU TERMOBUD Sp. z o.o. (5 612 752,22 zł),
  - 3) PB WITKA Krzysztof Krawczyk (5 636 688,12 zł).

4. Odwołujący wraz z ofertą złożył gwarancję ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 202/BW/11/09 wystawioną przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Oddział w Olsztynie, w której treści zawarto przypadki wypłaty wskazanej sumy gwarancyjnej zgodne z sytuacjami zatrzymania wadium wskazanymi przez zamawiającego w części VII pkt 8 SIWZ.
5. Pismem z dnia 03.07.2009 r. wykonawcy zostali poinformowani w szczególności o wyborze oferty złożonej przez konsorcjum INS-BUD Bartosz Zarębski oraz LOGOS Krzysztof Czarzasty oraz odrzuceniu oferty PPU TERMOBUD Sp. z o.o. z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ.
6. Pismem z dnia 16.07.2009 r. (L.dz. 90-0902/839/09) zamawiający zwrócił się do odwołującego o przedłużenie ważności wadium lub wniesienie nowego wadium.
7. Odwołujący w wyniku tego wezwania złożył aneks z dnia 21.07.2009 r. do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 202/BW/11/09, wskazujący nowy okres ubezpieczenia, tj. „od 30.07.2009 do 29.08.2009”.
8. Pismem z dnia 23.07.2009 r. (L.dz. 90-0902/868/09) odwołujący, który przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez PB „ARBET” Sp. z o.o., został poinformowany o rozstrzygnięciu tego protestu, a w szczególności o oddaleniu protestu w części dotyczącej oferty odwołującego. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu: „część błędów wskazanych w kosztorysie ofertowym można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych”. Zamawiający w piśmie przewodnim zapowiedział, że dokona ponownej oceny i badania ofert (L.dz. 90-0902/869/09)

W tym samym dniu, tj. 23.07.2009 r. odwołujący został poinformowany o odrzuceniu jego oferty (pismo L.dz. 90-0902/871/09 z dnia 23.07.2009 r.), ponieważ wniesione wadium jest wadliwe i należy je traktować jako nie złożone. Zamawiający podał, że w załączonej do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium pominięto jedną z ustawowych przesłanek zatrzymania wadium, wynikającą z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a nadto o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (L.dz. 90-0902/875/09), ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Również oferty złożone przez konsorcjum INS-BUD Bartosz Zarębski oraz LOGOS Krzysztof Czarzasty oraz PB WITKA Krzysztof Krawczyk zostały odrzucone z powodu ich niezgodności z treścią SIWZ.

Zarzut bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu z tego powodu, że odwołujący nie wniósł wadium, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 4 i art. 46 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Od wniesienia wadium uzależnione jest dopuszczenie oferty wykonawcy do jej oceny w postępowaniu. Złożenie przez odwołującego wraz z ofertą oryginału gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 202/BW/11/09 samo w sobie nie przesądza o tym, że wadium zostało wniesione i zabezpiecza tę ofertę. Aby dokument gwarancji mógł być uznany za wadium złożone w konkretnym postępowaniu winien spełniać wymagania określone w ustawie Prawo zamówień publicznych, a także wskazywać konkretną wartość - górną granicę odpowiedzialności wystawcy gwarancji - nie mniejszą niż żądana przez zamawiającego w danym postępowaniu, a ustaloną przez zamawiającego zgodnie z przepisem art. 45 ust. 4 ustawy Pzp.

Podstawowym wymogiem ustawy Prawo zamówień publicznych, wynikającym z celu składania wadium, jest zapewnienie zamawiającemu prawa zatrzymania wadium w sytuacjach enumeratywnie wskazanych w art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, już sam fakt uregulowania okoliczności przesądzających o obowiązku zatrzymania wadium w dwóch różnych ustępach przepisu prawa wskazuje na odmienność tych okoliczności. O ile bowiem przepis art. 46 ust. 5 ustawy Pzp reguluje przypadki zatrzymania wadium odnoszące się do etapu postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej i dotyczy jednego wykonawcy - tego, który złożył ofertę zwycięską, o tyle przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp odnosi się do etapu wcześniejszego, tj. badania i oceny ofert i dotyczyć może wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w danym postępowaniu.

Takie rozróżnienie związane jest z oczywistym założeniem, że w prawidłowo prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający w stosunku do wykonawcy oferty zwycięskiej nie może podnosić zarzutu zaniechania złożenia żądanych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw, ponieważ oferta wykonawcy nie mogłaby być wówczas wybrana - wykonawca „nie doszedłby do tego etapu”.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak słusznie podniósł odwołujący, zamawiający nie nałożył na wykonawców żadnych wymogów co do formułowania treści gwarancji ubezpieczeniowej, wskazał jedynie trzy z czterech ustawowych przypadków zatrzymania (utruty) wadium. Zamawiający pominął w treści SIWZ okoliczność zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Fakt ten nie może jednak w żadnym razie oznaczać, że takie działanie zamawiającego zmodyfikowało wymogi ustawowe i uczyniło przypadek zatrzymania wadium, o którym mowa w art. 46 ust.



4a ustawy Pzp, nieaktualnym w przedmiotowym postępowaniu. Zarówno zamawiający, jak i wykonawcy związani są w pierwszej kolejności przepisami ustawy Pzp, dopiero w dalszej kolejności postanowieniami SIWZ i to o tyle, o ile postanowienia te nie pozostają w sprzeczności z ustawą. To, że zamawiający nie zamieścił w postanowieniach SIWZ jednego z przypadków zatrzymania wadium skutkuje tym jedynie, że konieczność zastosowania tego przypadku wynika wprost z ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie składu orzekającego Izby, również dalsze działania zamawiającego, które podjął on po pierwotnym wyborze oferty najkorzystniejszej (03.07.2009 r.), polegające na wezwaniu wykonawców do przedłużenia wadium, w żaden sposób nie powodują, że przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie stosuje się. Ani wola samego zamawiającego, ani jego błędne, czy wprowadzające w błąd wykonawców działania nie zmieniają reguły, które muszą rządzić każdym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do kwestii kolejności czynności podejmowanych przez zamawiających w toku postępowania, stwierdzić należy, że przepisy ustawy Pzp kolejności tej nie narzucają, choć wynika ona z logiki i ekonomiki każdego postępowania. Niewątpliwie w pierwszej kolejności zamawiający winien zbadać, czy oferta została zabezpieczona wadium. Ustalenie bowiem, że wadium nie zostało wniesione powoduje, że ani on, ani złożona przez niego oferta nie jest dopuszczona do oceny. Zwalnia to zamawiającego z obowiązku badania oferty takiego wykonawcy i przyczynia się do przyspieszenia postępowania. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający stwierdził brak wadium dopiero po badaniu i ocenie ofert oraz po wyborze oferty najkorzystniejszej, co uznać należy za sprzeczne z przywoływaną już logiką i ekonomiką postępowania. Jednak, co najistotniejsze, przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu wykluczyć każdego wykonawcę, który nie wniósł wadium bez względu na to, kiedy okoliczność ta zostanie stwierdzona przez zamawiającego. Podkreślić bowiem należy, że zawarcie umowy z wykonawcą, który winien być wykluczony z powodu nie wniesienia wadium, będzie wpływało na ważność zawartej umowy (art. 146 ust. 1 ustawy Pzp).

Reasumując, wbrew twierdzeniom odwołującego, odmowa zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie obejmuje swym zakresem przypadku, o którym stanowi przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a działania zamawiającego nie spowodowały, że niezgodna (niepełna) z wymogami ustawy treść gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 202/BW/11/09 stała się prawidłowa.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko odwołującego co do tego, że treść gwarancji nie musi literalnie powtarzać brzmienia ustawy, jednak w przedmiotowym postępowaniu złożona przez odwołującego gwarancja nie obejmuje przypadku zatrzymania wadium, o którym mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, poprzez zawarcie sformułowania:

*„zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”.*

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, uznając, że wykluczenie odwołującego było konieczne i zgodne z przepisami ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania sprostowania przez zamawiającego oczywistych omyłek, pomimo wskazania na taką możliwość w rozstrzygnięciu protestu z dnia 23.07.2009 r., czym zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp skład orzekający Izby uznał za podlegający odrzuceniu stosownie do art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp.

Przedmiotowe postępowanie zostało ogłoszone w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP z dnia 30.04.2009 r. poz. 68615) jako postępowanie o wartości mniejszej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (zgodnie z informacją zamawiającego, zawartą w piśmie z dnia 19.08.2009 r., skierowaną do UZP wartość ta wynosi 6 741 803,28 zł, co stanowi 1 738 877,84 euro) wobec czego zgodnie z przepisem art. 184 ust. 1a odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego dotyczącego:

1. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę,
2. opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia,
4. odrzucenia oferty.

Podtrzymany przez odwołującego w odwołaniu zarzut, zawarty uprzednio w proteście, a dotyczący zaniechania przez zamawiającego sprostowania oczywistych omyłek w ofercie odwołującego, nie mieści się w katalogu powyżej wskazanym, przy czym podkreślić należy, że z tego powodu odrzucenie oferty odwołującego nie nastąpiło.

Zatem jedynie dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że sam odwołujący w treści protestu i odwołania wskazał, że zamawiający w rozstrzygnięciu protestu podał, że „część błędów w kosztorysie ofertowym (odwołującego) można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych”. W rozstrzygnięciu protestu brak jest jednak deklaracji zamawiającego dokonania poprawienia błędów w ofercie odwołującego. Zamawiający zapowiedział jedynie ponowienie czynności badania i oceny ofert, co wiązać należy z uznaniem protestu w części dotyczącej konieczności odrzucenia oferty innego wykonawcy.

W sytuacji zatem, gdy na etapie zapowiedzianego w rozstrzygnięciu protestu badania i oceny ofert zamawiający ustalił brak zabezpieczenia oferty odwołującego wadium,

koniecznym było w pierwszej kolejności wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu z tego właśnie powodu, wobec czego poprawianie jakichkolwiek błędów w ofercie odwołującego byłoby niecelowe i nie wpływało na los odwołującego i jego oferty.

Zarzut bezpodstawnego unieważnienia postępowania, czym zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp skład orzekający Izby uznał za podlegający odrzuceniu stosownie do art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp.

Podtrzymany przez odwołującego w odwołaniu zarzut, zawarty uprzednio w proteście, a dotyczący bezpodstawnego unieważnienia postępowania, nie mieści się w katalogu wskazanym w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp, o czym była mowa wyżej.

Zatem jedynie dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że wobec uznania zasadności wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji konieczności odrzucenia złożonej przez niego oferty w sytuacji, gdy zamawiający nie dysponuje już żadną inną, niepodlegającą odrzuceniu ofertą (wszystkie oferty zostały odrzucone - pisma zamawiającego z dnia 03.07.2009 r. oraz z dnia 23.07.2009 r.) unieważnienie postępowania było zasadne, ponieważ wystąpiła okoliczność w przepisie tym przewidziana - brak choćby jednej niepodlegającej odrzuceniu oferty, co obliguje zamawiającego do unieważnienia postępowania.

Zarzut zaniechania powiadomienia o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu po wyborze oferty najkorzystniejszej, czym zamawiający naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp skład orzekający Izby uznał za podlegający odrzuceniu stosownie do art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp.

Podtrzymany przez odwołującego w odwołaniu zarzut, zawarty uprzednio w proteście, a dotyczący zaniechania powiadomienia o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu po wyborze oferty najkorzystniejszej, nie mieści się w katalogu wskazanym w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp, o czym była mowa wyżej.

Zatem jedynie dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że niewątpliwie obowiązkiem zamawiającego jest powiadomienie o fakcie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy sama czynność wykluczenia została przez zamawiającego podjęta. Prawidłowo podejmowane przez zamawiającego czynności i decyzje powinny doprowadzić do tego, że wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej wszyscy wykonawcy poznają decyzję zamawiającego co do ich losu i losu złożonych przez nich ofert.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający na etapie pierwotnie dokonywanego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej przeoczył fakt, że oferta

odwołującego (oraz „Arbet” Sp. z o.o.) nie została zabezpieczona wadium. Przeoczenie to nie oznacza jednak ani tego, że wykluczenie wykonawcy nie może już nastąpić, ani tego, że zamawiający nie musi informować wykonawcy o wykluczeniu go w sytuacji, gdy nie doszło do powtórnego wyboru, lecz unieważnienia postępowania. Byłoby to wprost sprzeczne z zasadą jawności i pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący nie podnosił, a tym bardziej nie wykazał, że zamawiający zataił informację o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, informując go o wyborze oferty złożonej przez konsorcjum INS-BUD Bartosz Zarębski oraz LOGOS Krzysztof Czarzasty oraz odrzuceniu oferty PPU TERMOBUD Sp. z o.o. z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ.

Z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający na dzień 03.07.2009 r., tj. dzień doręczenia informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu, a zatem informowanie o tym fakcie nie mogło mieć wówczas miejsca (podobnie jak w przypadku wykonawcy „Arbet” Sp. z o.o.).

Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdził, że w następstwie późniejszego wykluczenia odwołującego, został on poinformowany o tym fakcie w dniu 23.07.2009 r. Takie działanie zamawiającego nie pozbawiło odwołującego prawa składania środków ochrony prawnej, o czym świadczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie. Uznać zatem należy, że cel informowania wykonawców o losie ich ofert i ofert innych wykonawców został zachowany, a prawa odwołującego nie zostały uszczuplone.

#### Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący nie sprecyzował tego zarzutu, ograniczając się do stwierdzenia, że zamawiający przepisu tego nie zastosował.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....