ODPIS

Sygn. akt II Ca 796/14

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 października 2014 r.

Sąd Okręgowy w Białymstoku II Wydział Cywilny Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący: SSO Bogdan Łaszkiewicz (spr.)
Sędziowie: SSO Barbara Puchalska
SSO Bożena Sztomber
Protokolant: st. sekr. sądowy Zofia Szczęsnowicz

po rozpoznaniu w dniu 2 października 2014 r. w Białymstoku
na rozprawie
sprawy o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego [redacted]
z udziałem wykonawcy [redacted]
oraz interwenienta ubocznego po stronie zamawiającego [redacted]
na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1404/14

zmienia zaskarżony wyrok:

1. **w punkcie 1 w ten sposób, że uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu [redacted]:**

a/ unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez [redacted] jako oferty najkorzystniejszej,

b/ unieważnienie czynności wykluczenia [redacted] z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i unieważnienie czynności uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą,

c/ dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez [redacted];

2. w punkcie 2 o tyle, że kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego [redacted] i zasądza od zamawiającego na rzecz [redacted] kwotę 11.434 (jedenaście tysięcy czterysta trzydzieści cztery) zł. tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

UZASADNIENIE

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest [redacted] prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t.), zwanej dalej „pzp", wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego [redacted] wniósł w dniu 08 lipca 2014 roku odwołanie na wykluczenie go z postępowania przez Zamawiającego – [redacted] – z uwagi na niewniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) Art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp przez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że przesłanka wykluczenia wykonawców, którzy nie wnieśli wadium w przedłużonym okresie związania ofertą obejmuje swoim zakresem również wykonawców, których oferty nie zostały wybrane pierwotnie jako najkorzystniejsze, gdy po rozstrzygnięciu odwołania ponownie dokonywany jest wybór oferty z uwzględnieniem ofert tych wykonawców;
2) Art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 1 i 3 pzp przez ich niewłaściwą wykładnię i zastosowanie, polegające na zaniechaniu przyjęcia, że w razie, gdy dokonuje się ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w rezultacie rozstrzygnięcia odwołania od czynności zamawiającego, obowiązek złożenia wadium – w odniesieniu do wykonawców, których oferty nie zostały pierwotnie wybrane jako najkorzystniejsze – obciąża jedynie tego wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i jest wykonywane na wezwanie zamawiającego;
3) Art. 46 ust. 1 w zw. z art. 46 ust. 3 pzp przez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na przyjęciu, że w następstwie rozstrzygnięcia odwołania, w razie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty przy ponownym dokonaniu oceny ofert przez zamawiającego istnieje obowiązek utrzymywania wadium przez cały okres związania ofertą przez wykonawców, których oferty pierwotnie nie zostały wykonane jako najkorzystniejsze;
4) Art. 46 ust. 3 pzp przez jego wadliwą wykładnię i w konsekwencji niezastosowanie, polegające na zaniechaniu przyjęcia, że wykonawca, którego oferta pierwotnie została odrzucona przez zamawiającego, ale w następstwie złożonego odwołania od czynności zamawiającego po stronie zamawiającego powstał obowiązek unieważnienia odrzucenia tej oferty, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponownego wyboru oferty – ma obowiązek utrzymywania ważnego wadium przez cały okres związania swoją ofertą, a nie tylko wówczas, gdy – stosownie do postanowień art. 56 ust. 3 pzp – zostanie wezwany przez zamawiającego w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej;
5) Art. 7 ust. 1 pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie, polegające na nałożeniu przez zamawiającego na odwołującego obowiązku utrzymywania wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy zamawiający za ofertę najkorzystniejszą nie uznał pierwotnie oferty odwołującego oraz gdy przepisy pzp

swojej dyspozycji dokumentów wadialnych odwołującego w okresie od 19 do 27 czerwca 2014 roku. Wynika zaś z tego, że zamawiający miał obowiązek wykluczyć odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp, gdyż odwołujący nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą przed upływem pierwotnego terminu składania ofert. Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła, że przedłużenie terminu związania ofertą było skutkiem wniesienia odwołania zgonie z 182 ust. 6 pzp. Jednocześnie przedłużenie to jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą co wynika z art. 85 ust. 4 zd. 1 pzp.

Dbałość o zapewnienie ciągłości dysponowania przez zamawiającego wadium spoczywa na zamawiającym, zgodnie z art. 85 ust. 2 pzp, ale zdaniem KIO z przepisu tego wynika, że obowiązek ten ciąży również na wykonawcach, jeżeli zamawiający nie podejmie lub nie będzie mógł podjąć właściwych kroków w celu zapewnienie ciągłości dysponowania wadium. Wykonawca musi mieć na uwadze, że – mimo zawieszenia terminu związania ofertą – dalej biegnie termin obowiązywania wadium, który jest normowany innymi przepisami i obowiązuje między innymi podmiotami, w tym bankami czy towarzystwami ubezpieczeniowymi, jak miało to miejsce w rozpoznawanym przypadku. Dlatego zdaniem KIO wykonawca musi czuwać, aby jego oferta była zabezpieczona wadium, a nie tylko baczyć na termin związania ofertą.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający nie dysponował w całym okresie związania ofertą zabezpieczeniem wadialnym, gdyż w dniach od 19 do 27 czerwca 2014 roku odwołujący nie złożył dokumentów wadialnych zamawiającemu. W związku z tym na zamawiającym ciążył obowiązek wykluczenia odwołującego z postępowania. Nie ma znaczenia, że brak zabezpieczenia wadialnego wystąpił tylko w części terminu związania ofertą, gdyż w art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp nie ma tak szczegółowych unormowań, a więc w ocenie KIO przepis ten nakłada na zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawców, jeżeli wystąpi choćby chwilowy brak ciągłości zabezpieczenia wadialnego oferty. W konsekwencji działanie zamawiającego zostało uznane za prawidłowe.

W ocenie KIO zarzut naruszenia art. 24 ust 2 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 1 i 3 pzp oraz zarzut naruszenia art. 46 ust. 1 w zw. z art. 46 ust 3 pzp nie zasługiwał na uwzględnienie. Ostatnia z wymienionych regulacji jest wyjątkiem od reguły zapewnienia ciągłości wadium (i pośrednio związania oferta). Przepis obliguje zamawiającego do żądania ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, ale tylko tego, któremu zamawiający zwrócił wadium na podstawie art. 46 ust. 1 pzp. W niniejszej sprawie zamawiający nie dokonał zwrotu

wadium, gdyż ubezpieczeniowa gwarancja wadialna odwołującego wygasła ze względu na upływ czasu, na który była wystawiona. Tym samym zamawiający nie mógł zastosować się do art. 46 ust 3 pzp i zażądać ponownego wniesienia wadium od odwołującego.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że odwołujący nie zadbał o ciągłość wadium i nie wniósł do zamawiającego nowego wadium przed upływem ważności starego (pierwotnego), co miało miejsce 18.06.2014 roku. Odwołujący wniósł wadium dopiero 27.06.2014 roku, wskutek czego uległa przerwaniu ciągłość zabezpieczenia wadialnego oferty.

W ocenie KIO także zarzut naruszenia art. 46 ust. 3 pzp nie zasługiwał na uwzględnienie. Przepis ten stanowi bowiem wyjątek od reguły zapewnienia ciągłości wadium (i związania oferta). Rzeczywiście obliguje on zamawiającego do żądania ponownego wniesienia wadium, ale tylko od wykonawcy, któremu zamawiający zwrócił wadium na podstawie art. 46 ust. 1 pzp. W niniejszej sprawie zamawiający nie dokonał zwrotu wadium odwołującemu niezwłocznie po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, a więc nie mógł żądać ponownego wniesienia wadium na podstawie art. 46 ust. 3 pzp. Nie mógł on też przyjąć nowego wadium, gdyż taki dokument może być przyjęty tylko przed upływem terminu obowiązywania dotychczasowego wadium. W innym przypadku zamawiający musi zastosować się do art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp i wykluczyć wykonawcę, który nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą, a to miało miejsce od 18 do 27.06.2014 roku, kiedy to odwołujący nie wniósł do zamawiającego odpowiedniego dokumentu.

Także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp nie zasługiwał zdaniem KIO na uwzględnienie, bowiem możliwość żądania wniesienia nowego wadium została unormowana jako wyjątek od reguły zachowania ciągłości zabezpieczenia oferty wadium, dlatego brak żądania wniesienia nowego wadium w innym przypadku (jaki miał miejsce w rozpoznawanym postępowaniu) nie byłby zgodny z przepisami pzp i stanowił naruszenie wspomnianej wyżej regulacji. W rozpoznawanym postępowaniu odwołujący nie wykazał, że zamawiający regulację tę naruszył, co skutkowało ostatecznie oddaleniem odwołania.

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

Skargę na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaskarżając go w całości oraz zarzucając mu naruszenie przepisów, które miały wpływ na wynik postępowania:

1) **Art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 1 i 3 pzp poprzez uznanie, że odwołujący miał w stanie faktycznym niniejszej sprawy obowiązek**

wniesienia wadium na etapie po wyborze oferty najkorzystniejszej, co skutkowało wykluczeniem odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez zamawiającego;

2) **Art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp polegające na uznaniu, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy zachodziły podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez zamawiającego, podczas gdy w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie zaistniała żadna z przesłanek wykluczenia odwołującego z tego postępowania;**

3) **Art. 182 ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp poprzez jego błędną wykładnię, polegającą na uznaniu, że na skutek wniesienia odwołania po upływie terminu składania ofert bieg terminu związania ofertą ulega przedłużeniu, podczas gdy w takiej sytuacji termin związana ofertą ulega zawieszeniu, czego skutkiem było uznanie przez Izbę, że zaistniały w stanie faktycznym niniejszej sprawy przesłanki do wykluczenia odwołującego z postępowania z uwagi na niewniesienie wadium na przedłużony okres związania ofertą.**

Mając na uwadze powyższe, skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez uwzględnienie odwołania złożonego przez wykonawcę – [redacted] **i nakazanie zamawiającemu –** [redacted]

1) **Unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez przystępującego** [redacted] **jako oferty najkorzystniejszej;**

2) **Unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i unieważnienia czynności uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą;**

3) **Ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego;**

4) **Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine pzp;**

5) **Nieobciążania żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego zgodnie z art. 102 kpc.**

Odwołujący [redacted] wniósł o uwzględnienie skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w całości.

Przeciwnik skargi – zamawiający, [redacted] – wniósł o oddalenie skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz o nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego zgodnie z art. 102 kpc.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zasługiwała na uwzględnienie w całości.

Zdaniem Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza nie dość wnikliwie przeanalizowała okoliczności związane z wniesieniem przez odwołującego – [redacted] – wadium w toku postępowania w sprawie zamówienia publicznego na „[redacted]". Skutkowało to wydaniem przez Izbę wyroku, który nie odpowiadał prawu i z tego też względu wymagał zmiany zgodnie z żądaniem skarżącego.

W pierwszej kolejności należy zdaniem Sądu Okręgowego podkreślić, że zamawiający w niniejszej sprawie żądał od wykonawców wniesienia wadium w kwotach po 10.000 zł, przy czym odwołujący wniósł ją w postaci gwarancji bankowej, ważnej do dnia 19 czerwca 2014 roku. Jak słusznie zauważył skarżący, z formularza oferty złożonej przez spółkę [redacted] wynikało, że złożyła ona oświadczenie o związaniu złożoną przez siebie ofertą na czas wskazany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. przez okres 30 dni od upływu terminu do składania ofert – również do dnia 19 czerwca 2014 roku. W dniu 30 maja 2014 roku zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez [redacted] co oznaczało rzecz jasna, że oferta odwołującego nie została wybrana. W dniu 03 czerwca 2014 roku spółka [redacted] złożyła odwołanie od czynności odrzucenia jej oferty, przy czym odwołaniu to zostało uwzględnione przez zamawiającego. Skutkowało to umorzeniem postępowania odwoławczego przez Krajową Izbę Odwoławczą /w dniu 17 czerwca 2014 roku/. Zważywszy na powyższe okoliczności, należy w ocenie Sądu Okręgowego całkowicie zgodzić się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że po pierwsze – nie zaszła żadna przesłanka do wykluczenia odwołującego z postępowania z uwagi na niewniesienie wadium do upływu terminu składania ofert, a po drugie – wskutek uznania przez zamawiającego odwołania spółki [redacted] był on zobligowany do ponownej oceny złożonej przez nią oferty.

Podstawę wspomnianego wyżej wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, błędnie uznaną przez Izbę, miałby stanowić art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również

wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta /jak już zaznaczono/ została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. W związku z tym słuszne jest stanowisko skarżącego, iż bezwzględnie ustawowy obowiązek nakazywał zwrot zabezpieczeń wadialnych wszystkim innym wykonawcom za wyjątkiem wybranej w niniejszej sprawie spółki [redacted]. Fakt, że wadium przez jednego z wykonawców zostało wniesione w formie gwarancji bankowej w żadnym wypadku nie stanowi podstawy do twierdzeń, by cytowana wyżej regulacja miała nie obowiązywać. Oczywiste jest, że zamawiający nie ma fizycznej możliwości zwrotu wadium w takiej właśnie formie, co nie oznacza jednak, że przez to jeden z wykonawców – w tym przypadku spółka [redacted] – miałby być traktowany inaczej, niż ci wykonawcy, w stosunku do których następuje fizyczny zwrotu środków finansowych wpłaconych uprzednio jako zabezpieczenie wadialne. Innymi słowy, zamawiający w zakresie ciążącym na nim obowiązku zwrotu wadium ma traktować wykonawcę, który wniósł je w postaci gwarancji bankowej, tak samo, jak innych wykonawców. Co więcej, mając na uwadze fakt, iż pierwotne odwołanie spółki [redacted] /z dnia 03 czerwca 2014 roku/ zostało przez [redacted] uwzględnione, [redacted] ta – jako zamawiający – miała obowiązek dokonać ponownej oceny złożonej przez odwołującego oferty. W świetle prawidłowo przywołanego przez skarżącego art. 46 ust. 1 pzp, spółka [redacted] nie miała już jednak obowiązku ponownego uiszczania wadium, bowiem kwestia ta podlegała dyspozycji cytowanego wyżej art. 46 ust. 3 pzp. Taki obowiązek powstałby jedynie wówczas, gdyby oferta tej spółki została uznana za najkorzystniejszą przy ponownej ocenie ofert wszystkich wykonawców, dokonywanej przez zamawiającego wskutek uwzględnionego przez niego odwołania z dnia 03 czerwca 2014 roku. Zamawiający jednakże nie tylko nie zwrócił spółce [redacted] wadium już w dniu 30 maja 2014 roku, do czego był zobowiązany na podstawie art. 46 ust. 1 pzp, ale wykluczył też ją z dalszego postępowania niezasadnie twierdząc, że wskutek wygaśnięcia gwarancji bankowej nie wniosła ona wadium. Zachowania te zostały błędnie usankcjonowane przez Izbę w zaskarżonym wyroku, co wymagało oczywiście jego zmiany zgodnie z żądaniem skarżącego. Należało zatem nakazać [redacted], tj. zamawiającemu, unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez spółkę [redacted] jako najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia spółki [redacted] z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i unieważnienie czynności odrzucenia jej oferty, a także nakazać zamawiającemu dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez spółkę [redacted].

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198f ust. 2 zd. 2 pzp, jak w sentencji.

Powyższe rozstrzygnięcie skutkowało też zmianą zaskarżonego wyroku w zakresie kosztów postępowania odwoławczego, o których orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp, tj. zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik sprawy. Tym samym należało zasądzić od zamawiającego na rzecz spółki [redacted] kwotę 11.434 zł, na którą składają sie: kwota 7.500 zł tytułem wpisu od odwołania, kwota 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, ustalona na podstawie § 3 pkt 2b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. 2010, Nr 42, poz. 328) oraz zwrot kosztów dojazdów pełnomocnika na rozprawę w wysokości 334 zł, na podstawie złożonej przez niego na etapie postępowania odwoławczego faktury /§ 3 pkt 2a w/w Rozporządzenia/.

Z upoważnienia Kierownika Sekretariatu
Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność świadczę
STARSZY SEKRETARZ SĄDOWY
Barbara Rimuk

Orzeczenie
jest prawomocne

SĄD OKRĘGOWY W BIAŁYMSTOKU