

Sygn. akt: KIO 1367/12

**WYROK**  
**z dnia 13 lipca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2012 r. przez **Odwolującego** – Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o. o., ul. Komunalna 8, 62-700 Turek, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Urząd Gminy, Plac Wolności 1, 62-530 Kazimierz Biskupi,

przy udziale **Wykonawcy** - Zakład Remontowo-Budowlany DANBUD ZPChr Tadeusz Bąkowski, ul. Leśna 61, 62-540 Kleczew, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Odwolującego** – Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o. o., ul. Komunalna 8, 62-700 Turek, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwolującego** – Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o. o., ul. Komunalna 8, 62-700 Turek, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Odwolującego** – Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o. o., ul. Komunalna 8, 62-700 Turek, na rzecz **Zamawiającego** - Urząd Gminy, Plac Wolności 1, 62-530 Kazimierz Biskupi, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 2010 r. 113, poz. 759 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 Koninie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Gmina Kazimierz Biskupi (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Zagospodarowanie terenu pomiędzy Klasztorem Misjonarzy św. Rodziny a Kościołem p.w. św. Marcina w Kazimierzu Biskupim jako element planowanego parku kulturowego na terenie gminy Kazimierz Biskupi – etap I”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 kwietnia 2012 r., 132474 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 29 czerwca 2012 r. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o.

(dalej: Odwołujący) wniosło odwołanie, w którym zarzuciło Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 85 ust. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą i w konsekwencji „pozostawienie” w przetargu jednego podmiotu, a następnie dokonanie jego wyboru,
- 2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez błędne jego zastosowanie i w konsekwencji naruszenia art. 85 ust. 2 Prawa zamówień publicznych przez błędne wykluczenie wykonawcy.

Odwołujący uzasadniał swoje zarzuty następująco:

W dniu 25 czerwca 2012 r. Gmina Kazimierz Biskupi przesłała zawiadomienie o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania i odrzuceniu jego oferty wskazując, że termin związania ofertą upływał w dniu 14 czerwca 2012 r. oraz stwierdzając, że do tego dnia nie otrzymała od Wykonawcy oświadczenia, w odpowiedniej formie, dotyczącego przedłużenia okresu związania ofertą.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie dopełnił obowiązku zachowania należytej staranności w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

wynikającego z odpowiednio stosowanych przepisów kodeksu cywilnego, poprzez przewlekłe i arbitralne prowadzenie czynności w jego toku, w istocie zmierzających do wykluczenia wszystkich Wykonawców z wyjątkiem jednego przez siebie wybranego. Dnia 24 maja br. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy z żądaniem uzupełnienia dokumentów i wyjaśnienia treści oferty wyznaczając 3 dniowy termin uzupełnień, z czego dwa dni przypadają na sobotę i niedzielę. W kontekście zakresu wezwania do uzupełnienia, które miało polegać m.in. na uzupełnieniu poświadczenia zdolności kredytowej był to termin, który w ocenie Odwołującego miał uniemożliwić mu faktyczne dokonanie powyższych uzupełnień. Pomimo tych okoliczności Odwołujący przesłał w wyznaczonym terminie komplet wymaganych wezwaniem dokumentów, w tym również referencje zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Od dnia 28 maja 2012 r. do dnia 14 czerwca br. upłynęło 13 dni roboczych i 17 kalendarzowych, w więc od wstępnego badania ofert do czasu uzyskania odpowiedzi upłynęła niespełna połowa okresu przeznaczonego na przeprowadzenie postępowania. Pozostały do zakończenia postępowania czas nie został wykorzystany w sposób należyty przez Gminę Kazimierz Biskupi i nosił według Odwołującego znamiona wyczekiwania na upływ terminu związania ofertą przez Wykonawców, bowiem mniej czasochłonne w ocenie Odwołującego, z punktu widzenia prowadzenia postępowania, czynności sprawdzające odnoszące się do przesłanych uzupełnienia, w odpowiedzi na wezwania, zajęły Zamawiającemu więcej czasu niż, dużo bardziej czasochłonne, badanie wszystkich ofert od daty ich złożenia do czasu przesłania wezwania do uzupełnienia.

Odwołujący w odwołaniu wskazał, że nie odnosił się w odwołaniu do zarzutów dotyczących braku udokumentowania doświadczenia, gdyż zarzuty te nie zostały przez Zamawiającego podane jako podstawa wykluczenia Wykonawcy oraz w należyty sposób uzasadnione.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu wystąpienie do Wykonawców z formalnym wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą oraz zwrócenie się do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres;
- 2) powtórzenie czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty;

3) zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Wniósł odpowiedź na odwołanie do protokołu, po pierwsze wnosząc na posiedzeniu o odrzucenie odwołania z wskazaniem, że odwołanie nie spełnia wymogów formalnych zgodnie z art. 179 Prawa zamówień publicznych, ponieważ Odwołujący utracił status wykonawcy – jego oferta nie jest zabezpieczona wadium i nie przedłużył okresu związania ofertą. Ponadto w odwołaniu nie wskazuje się na obowiązkowy element, tj. posiadanie interesu i poniesienia szkody.

Izba wskazała Zamawiającemu, że ewentualny brak interesu nie jest przesłanką odrzucenia odwołania, a podlega badaniu przez Izbę na posiedzeniu. W konsekwencji Zamawiający wnosił na rozprawie o oddalenie odwołania, ponownie przywołując brak interesu i szkody w odwołaniu i bezsporną okoliczność, że oferta Odwołującego nie jest zabezpieczona wadium. Podnosił, że postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone w terminach zgodnych z opisem Odwołującego, jednak wskazywał, że miał co do tego przesłanki wynikające z organizacji pracy w urzędzie - osoba zajmująca się postępowaniem od dnia 5 czerwca 2012 r. do dnia 11 czerwca 2012 r. była na urlopie, stąd krótki termin na uzupełnienie dokumentów. Dokumenty złożone przez Odwołującego były następnie analizowane, co musiało trwać, a z czym Odwołujący powinien się liczyć, ponieważ w ofercie wskazywał na dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego, co zawsze według Zamawiającego wymaga dodatkowej - szczegółowej - analizy. Zamawiający, niezależnie od złożonych wyjaśnień zwracał się do banku obsługującego Odwołującego i odpowiedź otrzymał dopiero w dniu 11 czerwca 2012 r.

W konsekwencji, wyjaśniał Zamawiający, dopiero po powrocie osoby odpowiedzialnej za postępowanie z urlopu, dokumenty były analizowane i stąd rozstrzygnięcie dopiero w dniu 14 czerwca 2012 r. Zamawiający wskazywał na brzmienie art. 85 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, przyznające wykonawcy samodzielne prawo przedłużania okresu związania ofertą, co oznacza, że to na wykonawcy ciąży obowiązek dopilnowania, aby jego oferta była zabezpieczona wadium i aby złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił skutecznie wykonawca Zakład Remontowo-Budowlany DANBUD ZPChr Tadeusz Bąkowski, ul. Leśna 61, 62-540 Kleczew, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie ma legitymacji do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (tj. nie ma interesu w uzyskaniu danego zamówienia i możliwości poniesienia ewentualnej szkody w wyniku działań Zamawiającego), bowiem utracił status wykonawcy w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, i to z dwóch powodów. Mianowicie, po pierwsze, na dzień rozpatrywania odwołania oferta Odwołującego jest niezabezpieczona wadium i Odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą, co jest okolicznością bezsporną i było podstawą wykluczenia go z postępowania; po drugie – nawet gdyby pierwszą przesłankę uznać – mimo jej oczywistości - za sporną (do niej sprawdzają się zarzuty odwołania), to Odwołujący został z postępowania wykluczony też z innego powodu, a ta druga podstawa wykluczenia nie została w żaden sposób zakwestionowana w odwołaniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Okoliczności w niniejszej sprawie nie były sporne: termin związania ofertą upływał w dniu 14 czerwca 2012 r. Do tego dnia (ani później – do dnia rozpatrywania odwołania) Odwołujący nie przedłużył terminu związania ofertą i nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą (wadium zostało wniesione przez niego w formie gwarancji ubezpieczeniowej, której termin obowiązywania minął wraz z upływem terminu związania ofertą). Zamawiający nie wzywał do przedłużenia terminu związania ofertą. Spośród wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, jedynie Przystępujący przedłużył skutecznie termin związania ofertą i wadium (samodzielnie, w dniu 14 czerwca br.).

Dnia 25 czerwca 2012 r. Gmina Kazimierz Biskupi przesłała zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty wskazując następujące podstawy wykluczenia:

- 1) Odwołujący do dnia 14 czerwca br. nie złożył Zamawiającemu oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, a więc utracił status wykonawcy w postępowaniu (dla tej przesłanki wskazano podstawę prawną – art. 24 ust. 2 pkt 2

w zw. z art. 85 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych),

- 2) „Wykonawca w swojej ofercie oraz po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnienia treści oferty nie udowodnił Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia” (Zamawiający nie podał podstawy prawnej wykluczenia dla tak określonej przesłanki, a jedynie przytoczył z SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu).

W odwołaniu Odwołujący skupił się jedynie na pierwszej przesłance wykluczenia, wskazując, że do drugiej się nie będzie ustosunkowywał, bo jest zbyt lakoniczna – brak bowiem wskazania w zawiadomieniu o wykluczeniu podstawy prawnej i uzasadnienia.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że Odwołujący utracił status wykonawcy w postępowaniu co najmniej z tego powodu, że zaakceptował drugą przesłankę wykluczenia. Jeżeli nie wniósł w odpowiednim terminie środków ochrony prawnej – został tym samym wykluczony skutecznie. Dla złożenia odwołania w tym zakresie nie miało wpływu, że Zamawiający nie podał podstawy prawnej ani szerszego uzasadnienia w odniesieniu do tejże przesłanki wykluczenia, i poprzedził ją określeniem „dodatkowo”. Informacja o wykluczeniu ma doniosłe skutki dla dalszych losów wykonawcy w postępowaniu, i jeżeli nie zgadza się on z jakąkolwiek wskazaną przez Zamawiającego podstawą wykluczenia, powinien podjąć z nią polemikę w drodze środków ochrony prawnej. Faktycznie uchybieniem Zamawiającego było, że nie wskazał on podstawy prawnej, pozostając jedynie przy podstawie faktycznej, ale nie odbiera to przesłance wykluczenia waloru skuteczności, a jedynie ewentualnie mogłoby utrudnić rzeczową argumentację przeciwko powołaniu takiej podstawy faktycznej. W niniejszym postępowaniu odwoławczym to nie brak podstawy prawnej mógł jednak utrudnić (jednak nie – uniemożliwić) dochodzenie słusznych praw Odwołującego, ale brak rzeczywistego merytorycznego uzasadnienia (opisania powodów wykluczenia w związku z brakiem uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień w kontekście udowodnienia dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia). Jednak w ocenie Izby lakoniczność opisanej przez Zamawiającego przesłanki faktycznej wykluczenia nie zwalnia Odwołującego z konieczności – w celu utrzymania statusu wykonawcy w postępowaniu – z podjęcia polemiki z Zamawiającym w tym zakresie w drodze wniesienia odwołania. Odwołujący odwołaniu mógłby się też domagać ewentualnie szerszego uzasadnienia podstawy faktycznej.

Na powyższą ocenę nie może mieć wpływu okoliczność, która wyszła na jaw na rozprawie – Zamawiający oświadczył, że w rzeczywistości w dniu przekazania wykonawcom

informacji o wyniku postępowania był w trakcie badania podstaw wykluczenia, i wpisał jako „dodatkową” drugą przesłankę wykluczenia (nie tylko przy informacji o wykluczeniu Odwołującego – uczynił analogicznie wobec innych wykonawców), co do której nie miał ostatecznie pewności, gdyż dokumenty konieczne do jej ustalenia jeszcze do niego wpływały. Ponieważ jednak stwierdził, że utrata statusu wykonawcy z powodu braku złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i wniesienia wadium na przedłużony okres sama w sobie wystarczy jako podstawa wykluczenia, przyjął, że jest gotów przekazać wykonawcom informację o wykluczeniu.

Izba stoi na stanowisku, że zawiadomienie, o którym mowa w art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w tym zawiadomienie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych – w zakresie uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia wykonawców – ma na tyle doniosłą rolę w postępowaniu, że i Zamawiający i wykonawcy powinni je traktować jako stanowcze i ostateczne – a wykonawcy, jeżeli z nim się nie zgadzają, powinni wnosić środki ochrony prawnej w odniesieniu do każdej podstawy tamże wskazanej, choćby lakonicznie.

Rzeczywiście w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający dopuścił się szeregu uchybień o różnej wadze, m.in. – nie wezwał do przedłużenia terminu związania ofertą, mimo że musiał mieć świadomość, że nie jest w stanie rozstrzygnąć postępowania w terminie; nie był pewny podstaw wykluczenia, podał je jednak w zawiadomieniu wykonawcom, przy czym nie wskazał podstawy prawnej „dodatkowej” przesłanki wykluczenia. Niemniej jednak w ocenie Izby powyższe czynności i zaniechania Zamawiającego nie uniemożliwiły Odwołującemu dochodzenia swych słusznych praw. Odwołujący złożył ofertę najtańszą w tym postępowaniu, a więc można się spodziewać że będzie dokładał szczególnej staranności w dbaniu o swoje interesy. Ustawa w art. 85 ust. 2 Prawa zamówień publicznych daje wykonawcy wyraźnie prawo do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą – Odwołujący mógł to uczynić, jednak z tego prawa nie skorzystał; Odwołujący nawet nie złożył takiego oświadczenia przed złożeniem odwołania. Odwołujący też bez wątpienia powinien był zakwestionować drugą przesłankę wykluczenia, aby utrzymać status wykonawcy w postępowaniu.

Wobec powyższych okoliczności, orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:**

.....