

**Sygn. akt: KIO 1726/17**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 5 września 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **5 września 2017 r. w W.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **21 sierpnia 2017 r.** przez wykonawcę **R. P. , ul. T(...), M.** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Zielona Góra - Miejski Zakład Komunikacyjny w Z., ul.(...) , Z.**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz R. P., ul.(...), M. kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy),**

stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Zielonej Górze**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Dostawa wyposażenia autobusów komunikacji miejskiej*” (znak sprawy 3/UE/JRP/2017), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 025 - 043713 z 04.02.2017 r., przez Miasto Zielona Góra - Miejski Zakład Komunikacyjny w Z., ul.(...) Z. zwane dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 09.08.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej: „*Pzp*”. Ponadto, odrzucił na podstawie art. 89 ust.1 pkt 7b Pzp ofertę R. P., ul.(...), M. zwaną dalej: „*R. P.* albo „*Odwołującym*”, jak i na tej samej podstawie prawnej N. I., ul.(...), K. zwanej dalej: „*N. I.*”. W pierwszym wypadku stwierdził, co następuje. Zamawiający, na podstawie art. 45. ust. 1 Pzp żądał od Wykonawców wniesienia wadium na cały okres związania ofertą, tj. 60 dni, czyli do dnia 02.06.2017 r. Powyższe zostało określone w rozdziale XVII [Wymagania dotyczące wadium]. I części SIWZ - IDW oraz Sekcja VI: [Informacje uzupełniające] Ogłoszenia o zamówieniu. Pierwotny termin związania ofertą upływał w dniu 02.06.2017 r. Zamawiający, korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 85 ust. 2 Pzp, pismem z 26.05.2017 r., L.dz. MZK/JRP/914/2017 wystąpił do Wykonawcy z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o kolejne 60 dni. Wykonawca w odpowiedzi na ww. wniosek Zamawiającego, pismem z 30.05.2017 r. przedłużył termin związania ofertą, z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium do dnia 01.08.2017 r. Z uwagi na trwającą procedurę oceny ofert, Wykonawca w piśmie z 01.08.2017 r., złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 01.10.2017 r. Jednocześnie do przedmiotowego pisma Wykonawca załączył kopię zmiany gwarancji bankowej zabezpieczenia wadialnego, wydłużającą okres ważności gwarancji do dnia 01,10.2017 r. oraz wskazał, iż oryginał przedmiotowego dokumentu zostanie przekazany Zamawiającemu za pośrednictwem Gwaranta. Oryginał ww. zmiany Zamawiający otrzymał w dniu 02.08.2017 r. Stosownie do postanowień art. 85 ust. 4 Pzp 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. Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt. 7b Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli Zamawiający żądał wniesienia wadium. Stosownie do postanowień z art. 81 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 1988 z późn. zm.) udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności, Jak stanowi natomiast art. 78. § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz.459 z późn. zm.) do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Jeżeli jest zatem wymagana forma pisemna, Zamawiającemu w stosownym terminie powinna być przekazana nie kopia, lecz oryginał gwarancji bankowej. Z powyższych względów, w przypadku przedłużenia okresu ważności wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej, Zamawiający przed upływem ważności pierwotnie wniesionej gwarancji winien otrzymać oryginał dokumentu przedłużającego ważność wadium lub też przed tym terminem Wykonawca powinien wnieść wadium w innej dopuszczalnej formie. W opisaney sytuacji, należy uznać, że Wykonawca nie przedłużył ważności wadium przed upływem obowiązującego terminu, tj. 01.08.2017 r. Uczynił to dopiero w dniu 02.08.2017 r., co oznacza, iż nastąpiło przerwanie ciągłości zabezpieczenia wadium, co w konsekwencji prowadzi do odrzucenia oferty Wykonawcy R&G PLUS Sp. z o. o., na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7b Pzp. W drugim przypadku, z kolei stwierdził co następuje. Zamawiający, na podstawie art. 45. ust. 1 Pzp, żądał od Wykonawców wniesienia wadium na cały okres związania ofertą, tj. 60 dni, czyli do dnia 02.06.2017 r. Powyższe zostało określone w rozdziale XVII *[Wymagania dotyczące wadium]* I części SIWZ - IDW oraz Sekcja VI: *[informacje uzupełniające]* Ogłoszenia o zamówieniu. Pierwotny termin związania ofertą upływał w dniu 02.06.2017 r. Zamawiający, korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 85 ust. 2 Pzp, pismem z dnia 26.05.2017 r., L.dz. MZK/JRP/912/2017 wystąpił do Wykonawcy z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o kolejne 60 dni. Wykonawca w odpowiedzi na ww. wniosek Zamawiającego, pismem z 31.05.2017 r. przedłużył termin związania ofertą, z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium do dnia 01.08.2017 r. Z uwagi na trwającą procedurę oceny ofert, Wykonawca w piśmie z dnia 28.07.2017 r., złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do 31.08.2017 r. Jednakże stosownie do postanowień art. 85 ust. 4 Pzp 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. Pomimo tego, iż okres ważności wadium wniesionego przez Wykonawcę upłynął z 01.08.2017 r, Wykonawca nie przedłużył

ważności tego wadium, ani też nie wniósł nowego wadium. Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt. 7b Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli Zamawiający żądał wniesienia wadium. Z powyższych względów, w przypadku przedłużenia terminu związania ofertą, bez jednoczesnego przedłużenia okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, Zamawiający przed upływem ważności pierwotnie wniesionej gwarancji winien otrzymać oryginał dokumentu przedłużającego ważność wadium lub też przed tym terminem Wykonawca powinien wnieść wadium w innej dopuszczalnej formie. W opisanej sytuacji, należy uznać, że Wykonawca nie przedłużył okresu ważności wadium i nie wniósł nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, co w konsekwencji prowadzi do odrzucenia oferty Novamedia Innovision Sp. z o.o. z siedzibą w K.u, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7b Pzp.

W dniu 21.08.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) R. P. wniosła odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 18.08.2016 r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 3 Pzp - poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 7b Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący nie przedłużył terminu wadium w sposób prawidłowy,
- 3) art. 7 Pzp - poprzez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 3) nakazanie dokonania czynności badania i oceny
- 4) nakazanie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
- 5) nakazanie uznania, że ofertę najkorzystniejszą złożył Odwołujący, gdyż jest to jedyna, ważna oferta. Zgodnie z rozdziałem XVII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” (Wymagania dotyczące wadium): „17.1. Zamawiający wymaga wniesienia wadium w wysokości: 120 000,00 zł. Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert.

17.2. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu,
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym,
- 3) gwarancjach bankowych,
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych,

5) poręczeniach udzielonych przez podmioty o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 359 z późn. zm.).

17.3. Wadium wpłacane w pieniądzu należy wnieść przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego w banku PKO BP nr rachunku (...)z dopiskiem: wadium na zabezpieczenie oferty w postępowaniu na „ Dostawę wyposażenia autobusów komunikacji miejskiej ”. Wniesienie wadium w pieniądzu będzie skuteczne, jeżeli przed upływem terminu składania ofert zostanie zaliczone na rachunku bankowym Zamawiającego.

17.4. Z treści wadium wnoszonego w formie: poręczenia bankowego, gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczeniach udzielonych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust, 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości powinno wynikać bezwarunkowe, na pierwsze pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 PZP.

17.5. Wadium wnoszone w formie innej niż pieniądz może być załączone w oryginale do oferty lub złożone w oryginale przed upływem terminu składania ofert w siedzibie Zamawiającego.

17.6. Treść gwarancji wadialnej musi zawierać następujące elementy:

1) nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji/poręczenia (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji/poręczenia) oraz wskazanie ich siedzib,

2) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją/poręczeniem - określenie przedmiotu zamówienia

3) kwotę gwarancji/poręczenia,

4) zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do zapłacenia bezwarunkowo i nieodwołalnie kwoty gwarancji/poręczenia na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a PZP oraz art. 46 ust. 5 PZP.

17.7. Wadium musi zabezpieczać ofertę na daną część zamówienia przez cały okres związania ofertą. Oferta Wykonawcy, który nie wniesie wadium lub nie zabezpieczy oferty akceptowalną formą wadium w wyznaczonym terminie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b zostanie odrzucona.” Zamawiający wskazał jednocześnie, że termin, którym wykonawca będzie związany złożoną ofertą wynosi 60 dni, a zgodnie z art. 85 Pzp bieg terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Pierwotny termin związania ofertą (liczony 60 dni od terminu składania ofert) kończył się w dniu 02.06.2017 r. Zamawiający działając na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp, pismem z 26.05.2017 r. wystąpił do Odwołującego z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o kolejne 60 dni. Odwołujący

w odpowiedzi na ww. wniosek, pismem z 30.05.2017 r. przedłużył termin związania ofertą, z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium do dnia 01.08.2017 r. Z uwagi na trwającą procedurę oceny ofert, Wykonawca w piśmie z 01.08.2017 r. złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 01.10.2017 r. Jednocześnie do przedmiotowego pisma Wykonawca załączył kopię zmiany gwarancji bankowej zabezpieczenia wadium, wydłużającą okres ważności gwarancji do dnia 01.10.2017 r. oraz wskazał, iż oryginał przedmiotowego dokumentu zostanie przekazany Zamawiającemu za pośrednictwem Gwaranta. Oryginał ww. zmiany Zamawiający otrzymał w dniu 02.08.2017 r. (zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, zamieszczonym w informacji o unieważnieniu postępowania). Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując że nie przedłużył on ważności wadium przed upływem obowiązującego terminu. Wskazał, że zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą prowadząc postępowanie, należy zawsze mieć na celu jego cel, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej, a nie jego unieważnienie - wyrokiem KIO z 26.04.2017 r., sygn. akt: KIO 683/17, wyrokiem KIO z 05.03.2012 r., sygn. akt: KIO 356/12 oraz wyrokiem KIO z 12.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2730/13. Analizując kwestie unieważnienia postępowania, warto podkreślić, że Zamawiający nie kwestionuje faktu, że Odwołujący złożył w dniu 1 sierpnia 2017 r. - tj. przed upływem terminu związania ofertą - oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie tego terminu. Zdaje się jednak uznawać to oświadczenie za nieskuteczne, upatrując źródła tej nieskuteczności w tym, że - jego zdaniem - Odwołujący nie wniósł nowego wadium ani nie przedłużył ważności dotychczasowego wadium. Wskazywał w tym zakresie na przepis art. 85 ust. 4 Pzp, który stanowi, iż 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. Rzeczywiście, różnica pomiędzy wniesieniem wadium w pieniądzu, a wadium w formie gwarancji bankowej (lub ubezpieczeniowej) polega na tym, że wadium w formie gwarancji cechuje utrata ważności wraz z nadejściem określonego w dokumencie terminu. W takim przypadku - dla skuteczności oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą - rzeczywiście koniecznym jest przedłużenie ważności wadium, względnie ustanowienie nowego wadium. Zamawiający w dniu 01.08.2017 r. - a więc przed upływem terminu związania ofertą otrzymał od odwołującego nie tylko oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie tego terminu, ale również zmianę nr 2 do gwarancji bankowej, zgodnie z którą *„wydłużony zostaje okres gwarancji do dnia 1 października 2017 r.”*. Przekazana wykonawcy kopia gwarancji, pozwala Zamawiającemu bez jakichkolwiek wątpliwości zapoznać się z oświadczeniem woli gwaranta - tj. wydłużenia okresu gwarancji. Nie można więc było mówić o jakimkolwiek zagrożeniu interesów Zamawiającego w związku z zaistniałym stanem faktycznym. Dodatkowo, przesłana do Zamawiającego kopia, w sposób bezsporny identyfikowała zarówno strony, jak i kwotę,

ponieważ stanowiła aneks do gwarancji złożonej pierwotnie, a której oryginał znajdował się w posiadaniu Zamawiającego. Dlatego nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego jakoby Odwołujący nie przedłużył ważności wadium przed upływem obowiązującego terminu, gdyż Zamawiający mógł zapoznać się z treścią aneksu jeszcze przed upływem obowiązującego terminu. Podkreślił, że nadmierny formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie i nie może prowadzić do eliminacji oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert. Stoi to bowiem w sprzeczności zasadą zawartą w art. 7 ust. 1 Pzp. Co więcej jak warto podkreślić, na dzień unieważnienia przedmiotowego postępowania (tj. dzień 09.08.2017 r.) Zamawiający był w posiadaniu oryginału aneksu do gwarancji wadialnej. Dlatego jego postępowanie należy uznać za zupełnie niezrozumiałe. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem doktryny: „P. M. zauważa (w: E. Gniewek (red), KC Komentarz, t. 1 s. 288), iż wadium w kształcie nadanym przez KC spełnia dwie funkcje. Podobnie jest też w Prawie zamówień publicznych. Po pierwsze, wniesienie wadium stanowi warunek uczestnictwa w przetargu. W przypadku niewniesienia wadium zamawiający ma obowiązek niedopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu. Następuje to poprzez wykluczenie wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 2). Wadium stanowi w takim przypadku barierę finansową, zapewniającą udział w przetargu wyłącznie podmiotów rzeczywiście zainteresowanych zawarciem umowy. Po drugie, wadium stanowi zabezpieczenie zawarcia umowy, jeżeli nie zostanie ona zawarta w wyniku przetargu. Z tym że w Prawie zamówień publicznych zabezpieczenie to działa tylko w jedną stronę i odnosi się do sytuacji, w której umowy nie zawrze wykonawca. Uregulowanie art. 70<sup>4</sup> § 2 KC przewiduje natomiast wadium na kształt zadatku (por. art. 394 KC). Jeżeli od zawarcia umowy uchyla się uczestnik przetargu, organizator może zatrzymać sumę pobraną jako wadium albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia zapłaty wadium. Jeżeli natomiast organizator uchyla się od zawarcia umowy, uczestnik przetargu, którego oferta została wybrana, może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody.” (J. Pieróg. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. Beck, W. 2017 r.). Przywołał orzeczenia KIO: 1) „załączenie kopii gwarancji do oferty, nie może stanowić przesłanki do wykluczenia Wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w chwili składania oferty była ona zabezpieczona wadium, wystąpił jedynie błąd, co do formy dokumentu potwierdzającego fakt jego wniesienia. Biorąc jednakże pod uwagę fakt, że Zamawiający miał świadomość, że oryginał takiej gwarancji istnieje, zdaniem Izby nie wystąpiły przesłanki do wykluczenia wykonawcy. Podobne okoliczności, były również przedmiotem rozpoznania przez Zespół Arbitrów, wyrok z dnia 1 sierpnia 2005 r., sygn. akt (...), gdzie skład orzekający stwierdził, że „Dołączenie kopii gwarancji bankowej poświadczonej za zgodność jest wystarczające dla zabezpieczenia należytego wykonania umowy, dla dochodzenia bowiem



*roszczeń wynikających z gwarancji bankowej niezbędne jest, aby gwarancja nie zawierała jakichkolwiek zapisów ograniczających zakres odpowiedzialności gwaranta". Podkreślić również należy, że Zamawiający nie udowodnił, że tylko i wyłącznie oryginał gwarancji ubezpieczeniowej może stanowić podstawę do wypłaty roszczenia zabezpieczonego tą gwarancją. Fakt "złego" doświadczenia z instytucjami ubezpieczeniowymi i bankami w sprawie wypłat z gwarancji będących w formie kopii, nie może stanowić dowodu w sprawie, zgodnie z przepisem art. 188 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też art. 6 ustawy Kodeks cywilny" (wyrok KIO z 05.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1367/08);*

*2) „W dacie 12.05.2008r., tj. w dniu dotarcia do Zamawiającego faksu - kopii aneksu nr 1 do gwarancji wadium 953-A-132135, Zamawiający dysponował informacją, że jest ustanowiony beneficjentem gwarancji, co pozwalało mu na skorzystanie z uprawnień z gwarancji. I podobnie jak w przypadku wykonawcy, składającego wadium w formie pieniężnej, który załącza do oferty jedynie kopię potwierdzenia przelewu lub nawet w ogóle takiej kopii nie składa, Zamawiający samodzielnie sprawdza, czy kwota w żądanej wysokości wpłynęła na jego rachunek przed upływem terminu składania ofert, tak też w przypadku wykonawcy, składającego wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, który kopię aneksu do gwarancji przesyła Zamawiającemu faksem, Zamawiający może sprawdzić u wystawcy gwarancji, czy ten rzeczywiście wystawił taką gwarancji ” (wyrok KIO z 15.07.2008 r., sygn. akt: KIO 664/08).*

Faktem bezspornym i oczywistym jest, że wadium w chwili przedłużania terminu związania było, a jej (gwarancji) treść zapewniała (i zapewnia) interesu zamawiającego w przypadku ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium zdefiniowanych w Pzp. Racjonalnym podejściem do oceny skuteczności wniesienia (jak i przedłużenia) wadium w danym postępowaniu jest uczynienie punktem wyjścia dla tej oceny założenia, że formy inne niż wadium pieniężne muszą dawać zamawiającemu taką samą pewność, co do posiadania zabezpieczenia, jaką daje zamawiającemu wadium pieniężne, a więc fakt przelania na wskazany przez zamawiającego rachunek określonej kwoty pieniężnej. W przedmiotowej sytuacji tak właśnie było. Oryginał gwarancji, jak i aneks nr 1, który wydłużał termin gwarancji, były w posiadaniu Zamawiającego. Reasumując, działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, z powodu nie przedłużenia ważności wadium (mimo iż z treścią aneksu przedłużającego jego ważność, Zamawiający mógł zapoznać się przed upływem terminu związania ofertą) należy uznać za działanie niezgodne z ustawą. Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, wskazał że Zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania. Zamawiający uzasadniając dokonaną przez siebie czynność, wskazuje, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Aby można było powołać się na tę przesłankę, musi wystąpić sytuacja gdy

w przetargu nieograniczonym (trybie w którym prowadzono przedmiotowe postępowanie) nie zostanie złożona choćby jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu. Mając jednak na uwadze dokonaną analizę Odwołującego (potwierdzoną zarówno stanowiskiem doktryny jak i linią orzeczniczą) należy wskazać, że Zamawiający w sposób sprzeczny z ustawą uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu. Przesłanka unieważnienia postępowania na która powołuje się Zamawiający (tj. art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp) nie została więc wypełniona, a co za tym idzie, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał czynności unieważnienia postępowania. Przywołał wyrok KIO z 06.04.2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 360/10, KIO/UZP 385/10, wyrok KIO z 03.08.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 922/09, wyrok KIO z 29.09.2016 r. sygn. akt: KIO 1683/13, czy też wyrok KIO z 10.09.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1879/10. Odwołujący jednocześnie zgodził się z dokonaną przez Zamawiającego czynnością odrzucenia oferty N. I. gdyż Wykonawca ten ani nie przedłużył ważności złożonego wadium ani nie złożył nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Z tego względu, ofertę Odwołującego należy uznać za ofertę najkorzystniejszą.

Zamawiający w dniu 22.08.2017 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 25.08.2017 r. (e-mailem, tj. w postaci elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym), 28.08.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) N. I. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Stwierdził, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego, gdyż Zamawiający unieważnił postępowanie na skutek odrzucenia ofert obu Wykonawców. Uznanie odwołania spowoduje utratę możliwości realizacji zamówienia w przypadku ponownego ogłoszenia przetargu. Wskazał na rozdz. XVII SIWZ oraz na pkt 17.5 i 17.07 SIWZ, przytoczył wyrok KIO 19.04.2017 r., sygn. akt: KIO 531/17.

W dniu 01.09.2017 r. (e-mailem), a 04.09.2017 r. Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 04.09.2017 r. (faxem) Prezes KIO w związku z postanowieniem Izby z dnia 04.09.2017 r. wezwał N. I. - na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

W dniu 05.09.2017 r. w związku z postanowieniem Izby z 23.08.2017 r. odbyło się posiedzenie niejawnie z udziałem stron.

Na posiedzeniu umocowany pełnomocnik Zamawiającego – nie zmienił swojego oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w całości.

Odwołujący złożył pisemną opozycję na posiedzeniu. Zarzucił zgłaszającemu przystępującemu brak interesu, niezbędnego do wniesienia przystąpienia. W toku mniejszego postępowania N. I. pomimo wezwania Zamawiającego nie przedłużył terminu związania ofertą ani nie przedłużył terminu ważności wadium. Tym samym sam zrezygnował z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pomimo posiadania ważnej nie podlegającej odrzuceniu oferty z najkorzystniejszą ceną i bilansem punktowym oceny oferty. W efekcie tego zaniechania jego oferta została odrzucona w toku postępowania, a na tę czynność Zamawiającego przystępujący Wykonawca nie wniósł odwołania. Oznacza to, że N. I. zastosował wobec siebie zasadę o brzmieniu *Volenti non fit iniuria* (łac. Zrobiłeś z własnej woli, to nie dzieje ci się krzywda) - jest to paremia prawnicza sformułowana przez Ulpiana Domicjusza, która mówi, że jeśli ktoś dobrowolnie naraża się na szkodę, wiedząc że ta szkoda może nastąpić, to nie będzie mógł wnieść skargi przeciwko innym stronom. Brak interesu we wniesieniu przystąpienia oraz brak faktycznej i prawnej możliwości dokonania takiej czynności potwierdza orzecznictwo KIO oraz SO. Wskazał na wyrok KIO z 07.09.2012 r., sygn. akt: KIO 1817/12 i KIO 1822/12: *"Podkreślania wymaga okoliczność, iż termin związania ofertą jest istotnym terminem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jego upływ skutkuje uznaniem, że oferta wykonawcy przestała wiązać i nie może w związku z tym stanowić podstawy wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu, zgodnie z przepisami ustawy Pzp. W innym przypadku nie miałyby racji bytu i stawały pod znakiem zapytania racjonalność ustawodawcy przepisy ustawy Pzp wskazujące na bieg terminu związania ofertą (art. 85 ust. 5 ustawy Pzp), jego długość (art. 85 ust. 1 ustawy Pzp), powiązanie tego terminu z zabezpieczeniem wadium oferty (art. 85 ust. 4 ustawy Pzp) oraz przede wszystkim przepisy wskazujące mi możliwości przedłużenia tego terminu w określonych sytuacjach (art. 85 ust. 2 ustawy Pzp), (...). Istotnym zatem w tym zakresie jest oświadczenie wykonawcy odnośnie związania się ofertą złożoną Zamawiającemu na zasadach i warunkach określonych w jej treści oraz w treści SIWZ. Oświadczenie wykonawcy o terminie związania ofertą, co do oceny jego charakteru, nie stanowi nic innego, jak oświadczenie woli wykonawcy, zgodnie z art. 60 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp. W konkluzji zatem stwierdzić należy, że dla skuteczności i prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, zgodnie z zasadą określoną w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. istotne jest ustalenie, czy termin związania ofertą ściśle określony w każdym postępowaniu*

co do jego długości i momentu rozpoczęcia biegu, nie upłynął. Powyższego nie należy - mylić z czynnością podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, która to czynność, dla jej skuteczności - zgodnie zresztą z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lutego 2010 r. (sygn. akt SK 22/08) - nie wymaga ważności terminu związania ofertą (dopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, jeśli chęć jej podpisania wyraża wykonawca, którego oferta została uznana w postępowaniu za najkorzystniejszą), (...)

Należy także zauważyć, że przepisy ustawy Pzp w sposób precyzyjny określają sposoby przedłużania terminu związania ofertą. Art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje w tym zakresie na dwa sposoby przedłużenia tego terminu, tj.:

- z inicjatywy Zamawiającego - tylko raz w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o maksymalny okres 60 dni na skutek wezwania kierowanego w tym przedmiocie do wykonawców oraz
- samodzielnie przez wykonawcę - na każdym etapie postępowania po otwarciu ofert, na dowolny okres i bez ograniczeń ilościowych co do liczby takich przedłużeń w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga należytej staranności wykonawcy obejmującej zapobiegliwość dla ochrony swoich praw w postępowaniu i polegająca na utrzymaniu stanu związania ofertą. Oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą winno być złożone w sposób jasny, gdyż nic podlega ono ustaleniu na podstawie innych czynności wykonawcy - korespondencji z zamawiającym, wnoszenia środków ochrony prawnej.”.

Dodatkowo za wyrokiem KIO z 12.12.2014 r., sygn. akt: KIO 2514/14 – „W ocenie składu orzekającego Odwołujący w chwili wniesienia odwołania nie miał interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z tym, że nie przedłużył terminu związania ofertą, co oznacza, że nie wyraził woli dalszego uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji utracił możliwość uzyskania zamówienia. Na wykonawcy, jako podmiocie profesjonalnym zobowiązanym do działania z należytą starannością ciąży podejmowanie działań zmierzających do utrzymania uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie skorzystał z możliwości samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, tym samym utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie legitymuje się więc interesem w uzyskaniu tego zamówienia (...) Wykonawca, w tym przypadku Odwołujący, chcąc być nadal uczestnikiem postępowania, powinien był przedłożyć termin związania ofertą. Zaniechanie tej czynności rodzi bowiem skutek w postaci upływu terminu związania ofertą, tym samym powodując, iż Odwołujący przestaje być uczestnikiem postępowania, gdyż oferta przestała go wiązać. Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku z dnia 21 września 2012 roku (sygn. akt XIII Ga 379/12), Wykonawca (...) chcąc być nadal uczestnikiem

postępowania, powinien być przedłużyć termin związania ofertą. Zaniechanie tej czynności rodzi bowiem skutek w postaci upływu terminu związania ofertą, tym samym powodując, że Odwołujący przestaje być już uczestnikiem postępowania, gdyż oferta przestaje go wiązać. Nie może więc już ubiegać się o udzielenie konkretnego zamówienia. (...) Przedłużenie terminu związania ofertą jest niezbędne, gdyż w przeciwnym przypadku ocenie i porównaniu z innymi ofertami podlegałaby oferta, co do której wykonawca mógłby skutecznie i bez konsekwencji odmówić podpisania umowy. (...) Poza uprawnieniem zamawiającego polegającym na zwróceniu się do wykonawców o przedłużeniu terminu związania ofertą również wykonawca z własnej inicjatywy może złożyć oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania własną ofertą. Wymogiem takiej sytuacji jest, aby oświadczenie takie zostało złożone w terminie związania ofertą, tj. aby zachowana była ciągłość związania ofertą". Wyrok KIO z 08.09.2010 r., KIO 1787/10: „Regulacja art. 85 ust 2 ustawy Pzp umożliwia wykonawcy samodzielne przedłużenie terminu związania ofertą, jednakże uprawnienie to determinuje obowiązek po stronie wykonawcy do przedłużenia samodzielnie terminu związania ofertą w przypadku gdy nie wnioskuje o to zamawiający (z uwagi na to, że termin związania ofertą już raz przedłużał lub nie wezwał wykonawców do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą) a gdy wykonawca chce być uczestnikiem postępowania, bowiem w innym przypadku na skutek upływu terminu związania ofertą, oferta Odwołującego nie wiąże, co prowadzi do wniosku, iż Odwołujący przestaje być uczestnikiem postępowania.”. Wyrok KIO z 12.04.2017 r., sygn. akt: KIO 567/17, KIO 660/17: „Izba na marginesie przypomina, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego ma charakter akcesoryjny względem odwołania. Nie jest więc dopuszczalne formułowanie nowych zarzutów przez Przystępującego wobec Odwołującego, czy też Zamawiającego jeśli przystąpienie było po stronie Odwołującego. Podobnie postanowienie KIO z 30.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 935/09 oraz wyrok KIO 05.12. 2016 r.. sygn. akt: KIO 687/16.”. Postanowienie KIO z 02.12.2016 r., sygn. akt: KIO 2195/16: „Posiadanie statusu wykonawcy podlega zmianom w toku postępowania o udzielenie zamówienia i taki status i wykonawca można utracić m.in. skutkiem niepodważalnego odrzucenia jego oferty, co miało miejsce w niniejszej sprawie.”. Postanowienie KIO z 29.01.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1896/09: „Odwołujący, składając oświadczenie o niewyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu, utracił w ocenie Izby status wykonawcy, który mógłby skutecznie korzystać ze środków ochrony prawnej. Środki ochrony prawnej, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Z całą pewnością Odwołujący się utracił status wykonawcy, zgodnie

z definicją przepisu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp.”. Wyrok KIO z dnia 14.01.2013 r., sygn. akt: KIO 2887/12: „Legitymacja Odwołującego do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych jest wątpliwa - jego oferta została prawomocnie odrzucona z postępowania (w związku z wykonaniem przez Zamawiającego orzeczenie sygn. akt KIO 2438/12: okoliczności tej Odwołujący nie kwestionował), zatem Odwołujący utracił status wykonawcy w postępowaniu.”.

Zamawiający złożył pisemną opozycję na posiedzeniu. W pierwszej kolejności podniósł, że zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp legitymacja czynna do złożenia przystąpienia do postępowania odwoławczego służy jedynie wykonawcy. Zgodnie z legalną definicją wykonawcy (wyrażoną w treści art. 2 pkt 11 PZP) wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika z powyższego zapisu, status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. W rozpoznawanej sprawie Przystępujący złożył w postępowaniu ofertę i w związku z tym posiadał status wykonawcy przed dokonaniem przez Zamawiającego unieważnienia postępowania. Niemniej jednak, pomimo tego, iż okres ważności wadium wniesionego przez Przystępującego upłynął z 01.08.2017 r., Przystępujący nie przedłużył ważności pierwotnie wniesionego wadium, ani też nie wniósł nowego wadium. Z tego powodu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7b Pzp Zamawiający odrzucił ofertę Przystępującego. (załączył kopię gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr (...) z 03.04.2017r., kopię Aneksu nr (...) z 31.05.2017r. do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998A658422 z 03.04.2017r. Czynność odrzucenia oferty N. nie została zaskarżona przez tego wykonawcę odwołaniem do Prezesa KIO. W konsekwencji odrzucenia jej oferty N. utraciła status Wykonawcy, co w konsekwencji przekłada się na brak możliwości skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego. Utrata statusu wykonawcy w następstwie odrzucenia oferty lub wykluczenia z postępowania jest niesporna w orzecznictwie KIO. Tak jak oczywistym jest, że wykonawcy wykluczeni z postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego na pierwszym jego etapie, nie mogą być uznawani za wykonawców czynnie uczestniczących w tym postępowaniu na jego kolejnym etapie, tj. składania ofert, tak też podmiot, którego oferta została przez Zamawiającego odrzucona, a czynności ta nie została zaskarżona w odpowiednim terminie, również nie może za takiego czynnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia (wykonawcę) być uważany. (postanowienie KIO z dnia 29 września 2016 r., sygn. akt KIO 1735/16). Podmioty te, mimo, że na wcześniejszych etapach były wykonawcami uczestniczącymi w postępowaniu, to w omawianych

przypadkach, za wykonawców uznane już być nie mogą - utraciły one bowiem ten status na skutek określonych czynności podjętych przez Zamawiającego i niezaskarżenia tych czynności w przepisany prawem terminie. Są one wykonawcami jedynie w ujęciu historycznym, w zamkniętych ramach czasowych, których cezurą końcową jest skuteczne (niezaskarżalne) ich wykluczenie z udziału w postępowaniu lub odrzucenie złożonej przez nich oferty. Tak m.in. stwierdziła KIO w postanowieniu z dnia 7 października 2013 r., sygn. akt. 2288/13, czy też w postanowieniu z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. akt. KIO 1500/13. gdzie wskazano, że: Czynność wykluczenia wywiera zatem skutki prawne, które - wobec nie wniesienia skargi do Sądu Okręgowego na wyrok Izby z 10 czerwca 2013 r. - mają charakter nieodwracalny. Odwołujący nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia. Pogląd, iż niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, który został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu lub którego oferta została skutecznie odrzucona z postępowania, a tym samym utracił status wykonawcy, znalazł również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008 r. sygn. akt IV Ca 521/08. Analogiczny pogląd wywiedziony został także w postanowieniu Izby z dnia 18 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1176/09) oraz z dnia 5 kwietnia 2011 r., (połączone sprawy: KIO 842/11, KIO 844/11), w których KIO za nieuprawnioną uznała podmiot, któremu nie służy przymiot wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, na którym zostaje złożony środek ochrony prawnej. W niniejszej sprawie N. nie zaskarżyła odwołaniem czynności odrzucenia własnej oferty co jednoznacznie wskazuje, iż oferta tego podmiotu została z postępowania skutecznie odrzucona. W konsekwencji zatem nie przysługuje N. przymiot wykonawcy uprawnionego do przystąpienia do postępowania odwoławczego, co czyni niniejszą opozycję skuteczną. Podniósł również, iż Przystępujący nie posiada interesu w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść strony, do której przystąpił (w znaczeniu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 PZP). Przystępujący argumentował, iż „ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść ww. strony, ponieważ Zamawiający unieważnił postępowanie na skutek odrzucenia ofert obu wykonawców, którzy brali udział w postępowaniu. Rozstrzygnięcie odwołania na korzyść Odwołującego spowoduje utratę możliwości realizacji zamówienia przez Przystępującego w przypadku ponownego ogłoszenia przetargu.” Jednakże KIO wielokrotnie wskazywała, iż interes o którym mowa w art. 185 ust. 2 PZP winien mieć charakter realny, a nie tylko hipotetyczny. Tylko bowiem w takim wypadku, gdy interes jest realny, udział danego podmiotu jako uczestnika postępowania odwoławczego należy uznać za czyniący zadość warunkom określonym w art. 185 ust. 2 PZP. Tak w wyroku KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt. KIO 5/14 Izba stwierdziła, że interesu nie wykaże przystępujący powołujący się jedynie na możliwość wygrania powtórnego postępowania po unieważnieniu obecnego, gdyż nie jest wiadomym

czy do ponownego wszczęcia postępowania w ogóle dojdzie. Nadto, w wyroku KIO z dnia 18 stycznia 2013 r. połączone sprawy: KIO 2822/12; KIO 2864/12) Izba stwierdziła, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego musi odnosić się do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Choć nie jest on tożsamy z interesem w uzyskaniu danego zamówienia, którym należy się wykazać przy wniesieniu odwołania, winien jednak być związany z postępowaniem objętym odwołaniem. Punktem wyjścia dla prawidłowego rozumienia interesu przystępującego powinno być pełne brzmienie art. 185 ust. 2 zdanie pierwsze Pzp, który stanowi, że "Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje". Odnosząc się do powyższego przepisu nie można pominąć, że przystępujący zgłasza swoje przystąpienie do konkretnego postępowania odwoławczego, a nie do postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego. Co oznacza, że jego interes nie jest nieograniczony, czy oparty na spekulacjach, bowiem mieści się w ramach wyznaczonych z jednej strony przez treść odwołania, a z drugiej przez przedmiot danego (a nie innego) postępowania odwoławczego, z trzeciej przez jego sytuację w danym postępowaniu. Tym samym należy stwierdzić, że N. wskazując, że przystąpienie opiera na hipotetycznej możliwości uzyskania zamówienia w ewentualnym powtórzonym postępowaniu nie wykazała interesu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 PZP, tj. interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Jednocześnie podkreślił, iż w związku z nieprzedłużeniem przez N. ważności wadium nie ma możliwości ponownego wniesienia wadium przez ten podmiot. Przepisy PZP przewidują (w art. 46 ust. 3) obowiązek zażądania przez Zamawiającego ponownego wniesienia wadium jedynie przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Przepis ten implikuje utrzymanie przez wykonawcę wadium, aż do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia postępowania, gdyż w ust. 1 tego przepisu mowa jest o dokonaniu przez zamawiającego zwrotu wadium dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania. W niniejszej sprawie jednak nie wystąpiła przesłanka konieczna do wezwania ponownego do wniesienia wadium tj. przesłanka zwrotu wykonawcy jego wadium w związku z wyborem oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniem postępowania. Powyższe potwierdza stanowisko doktryny, zgodnie z którym Uznaje się, że wezwanie to powinno być poprzedzone wyborem oferty najkorzystniejszej, tj. oferty wykonawcy, do którego kierowane jest wezwanie w trybie art. 46 ust. 3 p.z.p. (zob. wyr. KIO: z 22.05.2014 r., KIO 844/14, LEX nr 1469192, oraz z 4.03.2011 r., KIO 350/11, LEX nr 784786). Zasadność takiego postępowania została również potwierdzona w piśmiennictwie, gdzie stwierdzono, że: „biorąc pod uwagę ratio legis nowelizacji art. 46 ust. 3 p.z.p. za wskazane należałoby uznać domaganie się wniesienia



wadium od nowego wykonawcy dopiero po »prawomocności« decyzji o jego wyborze. Skoro bowiem celem analizowanej regulacji było zminimalizowanie obciążeń dla wykonawców związanych z wnoszeniem wadium, nie ma potrzeby obciążania ich tym obowiązkiem zbyt wcześnie". Podobny pogląd przedstawił J. Balcewicz, wskazując, że „choć treść art. 46 ust. 3 nie wskazuje jednoznacznie terminu, w jakim wykonawca powinien wnieść wadium, to jednak uwzględniając ratio legis nowelizacji wydaje się, że właściwsze byłoby żądanie wniesienia wadium po uprawomocnieniu się decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty". (I. S., E. W.: Prawo zamówień publicznych. Komentarz. WKP, 2017 r.). W konsekwencji powyższego, wobec nieprzedłużenia ważności wadium przez N. przed unieważnieniem Postępowania nie ma prawnej możliwości wezwania Przystępującego do ponownego wniesienia wadium zgodnie z art. 46 ust. 3 Pzp.

Zgłaszający przystąpienie złożył pismo na posiedzeniu. W jego ramach odniósł się m.in. do kwestii swojego przystąpienia. Zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgodnie z art. 2 pkt 11) Pzp przez "wykonawcę" należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z motywem (14) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE pojęcie "wykonawców" powinno być interpretowane szeroko, tak aby obejmowało wszelkie osoby lub podmioty, które oferują wykonanie robót budowlanych, dostawę produktów lub świadczenie usług na rynku, niezależnie od formy prawnej, którą te osoby lub podmioty wybrały do celów prowadzenia działalności. Z kolei w art. 2 ["definicje"] Dyrektywy w pkt 10) definiuje "wykonawcę" jako każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, w tym tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług; zaś zgodnie z pkt 11) - "oferent" oznacza wykonawcę, który złożył ofertę; Art. 1 ust. 3. Dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG) stanowi, iż państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku

domniemanego naruszenia. Oferty zarówno wykonawcy N. I. jak i R. P. zostały odrzucone z postępowania z powodu nieprzedłużenia ważności (niezłożenia nowych) dokumentów wadialnych, co spowodowało unieważnienie postępowania. Przystępujący nie zakwestionował decyzji zamawiającego, uznając jej zasadność, jednakże wykonawca R. P. wniósł na opisaną powyżej czynność odwołanie, a zamawiający uznał całość zarzutów, powodując powstanie sytuacji, w której co do jednego z wykonawców zastosował sankcję z powodu braku przedłużenia ważności wadium a wobec drugiego takiej sankcji, poprzez uznanie zarzutów odwołania, w ostatecznym rachunku nie stosuje.

Powyższa sytuacja powoduje, że Przystępującemu przysługuje prawo przystąpienia do odwołania oraz zgłoszenia sprzeciwu wobec uznania zarzutów z poniższych przyczyn:

1. Odmowa przystąpienia do odwołania spowodowałaby przypadek rażącego naruszenia zasady niedyskryminacji, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania, wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp oraz zasadę bezstronności i obiektywizmu, wyrażonych w art. 7 ust. 2 Pzp

2. Przystępujący ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, ponieważ unieważnienie postępowania otwiera drogę do wszczęcia nowego postępowania i stwarza szansę na uzyskanie zamówienia przez Przystępującego. Zwrócić należy uwagę, że Zamawiający planuje uzyskać finansowanie zamówienia z funduszy Unii Europejskiej ze środków Funduszu Spójności w ramach POIŚ 2014-2020, co w przypadku podpisania umowy o dofinansowanie powoduje powstanie obowiązku zrealizowania przedmiotu zamówienia. Przystępujący zasadnie więc liczył na wszczęcie nowego postępowania.

Odnosnie do interesu należy zaznaczyć, że jest to interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje zgłaszający przystąpienie. Jest to zatem inny, szerszy rodzaj interesu niż ten, którym legitymować się musi wnoszący odwołanie. Jak podkreśla się w orzecznictwie interes w rozumieniu artykułu 185 ust. 2 Pzp nie może być utożsamiany z interesem z art. 179 ust. 1 Pzp - wystarczy zasadniczo jakakolwiek korzyść, nawet hipotetyczna, w zgłoszeniu przystąpienia po deklarowanej stronie postępowania. Zgłaszający przystąpienie może zatem powoływać się jakikolwiek interes, w tym również faktyczny, związany z rozstrzygnięciem postępowania na korzyść strony, do której przystępuje (tak: I. S., E. W. "Prawo zamówień publicznych. Komentarz", Wolters Kluwer, 2017; por. też KIO 112575/15).

Kwestie dalsze w piśmie złożonym przez N. I. mają charakter merytoryczny i ich analiza, jak i uznanie złożonego pisma za sprzeciw – jest uzależnione od rozstrzygnięcia obu opozycji i przesadzenia statusu zgłaszającego przystąpienie w postępowaniu.

Izba po analizie przytoczonych powyżej stanowisk pisemnych, wysłuchaniu stron oraz zgłaszającego przystąpienie na posiedzeniu, jak i analizie dokumentacji przesłanej przez

Zamawiającego – uznał opozycje tak Odwołującego, jak i Zamawiającego za zasadne. W pierwszej kolejności, Izba wskazuje okoliczność bezsporną, że zgłaszający przystąpienie utracił status uczestnika postępowania przetargowego, a czynność odrzucenia jego oferty uprawomocniła się (także z dnia 09.08.2017 r. – uprawomocniła się 22.08.2017 r. - „ostatni dzień na wnoszenie odwołania”/21.08.2017 r./) i z datą zgłoszenia przystąpienia nie by on już wykonawcą postępowania (25.08.2017 r.). W drugiej kolejności, Izba uznaje, że zgłaszający przystąpienie miał również interesu w rozstrzygnięciu na korzyść strony do której przystąpił, uznając, iż interes musi mieć charakter realny, a nie hipotetyczny. Upatrywanie tego interesu jedynie w przyszłym postępowaniu przetargowym, w ocenie niniejszego składu orzekającego, jest działaniem niewystarczającym. Jednocześnie, Izba stoi na stanowisku, iż z analizy stanu faktycznego wynika najistotniejsza okoliczność o charakterze przesadzającym, że zgłaszający przystąpienie w odróżnieniu od Odwołującego nie podjął nawet próby przedłużania gwarancji wadialnej (przedłużył jedynie termin związania ofertą – samodzielnie – pismo z 28.07.2017 r.). Należy wskazać, że na wezwanie Zamawiającego, gwarancja wadialna została przedłużona pismem z 31.05.2017 r. wraz z terminem związania oferta. Jednakże, z kolei następane pismo składane samodzielnie odnosiło się jedynie do przedłużenia terminu związani się ofertą (na co Izba wskazywała powyżej). Izba w konsekwencji uznaje, że de facto status uczestnika postępowania przetargowego zgłaszający przystąpienie utracił nie przez Zamawiającego, który uznaniowo ocenił dokumenty zgłaszającego przystąpienie, ale poprzez swoje własne czynności, jak i działania, a ściślej zaniechania w postępowaniu przetargowym, czyli na „własne życzenie”. Aktualna próba zgłoszenia przestąpienia ma na celu jedynie zablokowanie rozstrzygnięcia aktualnego postępowania przetargowego, ma stricte charakter przyjętej strategii procesowej. Izba przypomina że każdy wykonawca prowadzący działalność gospodarcza w takiej, czy innej formie – jest uznawany za profesjonalistę i oczekiwania w zakresie znajomości procedur i przepisów prawnych są podwyższone. Izba podkreśla, że postanowienie niniejsze ma charakter formalny, w żaden sposób nie ocenia merytorycznej strony zarzutów zawartych w odwołaniu. Konieczne jest jedynie stwierdzenie, że stan faktyczny – sytuacja Odwołującego, jak i zgłaszającego przystąpienie – była diametralnie różna. Zgłaszający przystąpienie nie składając odwołanie – uniemożliwił – jej ocenę przez Izbę. Z kolei sytuacja Odwołującego, jest aktualnie wynikiem uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego.

Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć. Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, zgodnie z żądaniem Odwołującego, a przystąpienie po stronie Zamawiającego zostało uznane za nieskuteczne (z uwagi na brak legitymacji procesowej czynnej – utrata statusu uczestnika postępowania

przetargowego, jak i brak interesu), czyli nie miało miejsca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 1726/17 na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....