

Sygn. akt: KIO/UZP 1569/09

WYROK
z dnia 22 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Barbara Bettman
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ORLEN PetroTank Sp. z o.o., 36-145 Widełka, Widełka 869** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Dębicy S.A., 39-200 Dębica, ul. Rzeszowska 133** protestu z dnia 23 września 2009 r.

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża ORLEN PetroTank Sp. z o.o., 36-145 Widełka, Widełka 869**

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 uiszczonego przez **ORLEN PetroTank Sp. z o.o., 36-145 Widełka, Widełka 869,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ORLEN PetroTank Sp. z o.o., 36-145 Widełka, Widełka 869.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego - Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Dębicy S.A. w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę oleju napędowego dla Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej w Dębicy S.A., wykonawca - ORLEN PetroTank Sp. z o.o., zwany dalej protestującym lub odwołującym złożył protest wobec czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty.

Protestujący zażądał:

1. unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania,
2. unieważnienia uznania jego oferty za odrzuconą,
3. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. dokonania ponownej oceny ofert.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W uzasadnieniu protestu protestujący podniósł, że w treści gwarancji bankowej złożonej przez niego jako wadium wskazano okoliczności powodujące utratę wadium,

tj. podana została podstawa prawna: art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp oraz zostały zacytowane następujące przypadki zatrzymania wadium:

- gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie,
- gdy wykonawca, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- gdy wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Wskazał, że w treści gwarancji pominięto jedną z przesłanek zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy tj. w przypadku, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Wyjaśnił, że błąd ten został przez bank wyeliminowany, poprzez wprowadzenie w dniu 5 sierpnia 2009 r. zmiany nr 1 do złożonej uprzednio gwarancji przetargowej, która wyszczególnia wszystkie przesłanki zatrzymania wadium przez zamawiającego zgodnie z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Powołując się na przepis art. 70⁴ § 1 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp podniósł, że wskazana definicja "ustanowienie wadium" świadczy o jej charakterze materialnoprawnym, stąd użyte w ustawie Prawo zamówień Publicznych pojęcie "wniesienie wadium" oznacza nie doręczenie dokumentu wadialnego, ale zabezpieczenie oferty w formach przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych między innymi poprzez gwarancję bankową. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17.09.2008 r. o sygn. akt KIO/UZP/915/08.

Podniósł, że zarówno z brzmienia przepisów art. 45 ust. 3, jak i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie wynika, że przez wniesienie wadium należy rozumieć fizyczne doręczenie dokumentu wadialnego do zamawiającego.

Powołał się nadto na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 06.02.2006 r. o sygn. akt UZP/ZO-285/06, zgodnie z którym "Wniesienie wadium jest dokonane w chwili, gdy interesy zamawiającego postrzegane przez pryzmat celu wadium, są zabezpieczone. Tą chwilą jest data wpłacenia na rachunek bankowy zamawiającego, gdy wadium jest wnoszone w pieniądzu, lub data złożenia oświadczenia woli przez poręczyciela lub gwaranta gdy wadium jest wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji. Przepisy ustawy o terminie i formach wniesienia wadium nie uzależniają skutku prawnego wniesienia wadium od przedłożenia zamawiającemu dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, ważne jest, aby było ono wniesione przed upływem terminu składania ofert (tak: wyrok ZA z dnia 23.09. 2004 r. sygn. akt UZP/ZO/O-1531/04, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 5.10.2005 r.

sygn. akt UZO/ZO/0-2735/05. W świetle powyższego wadium jest wniesione z chwilą, gdy zostało wpłacone lub ustanowione".

Podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu zabezpieczenie wadium do oferty zostało faktycznie wniesione przed upływem terminu składnia ofert i od tego momentu tj. od dnia 6 sierpnia 2009 r. godz. 11.00 oferta jest skutecznie zabezpieczona wadium, zatem cel jakiego ma służyć instytucja wadium został osiągnięty.

Brak złożenia zmiany nr 1 do gwarancji przetargowej oraz jej poświadczonej "za zgodność z oryginałem" kserokopii wraz z ofertą zgodnie z rozdziałem VIII SIWZ pkt 3 w terminie tam określonym, nie stanowi podstawy prawnej do wykluczenia z postępowania, ponieważ jest to tylko wynikający z SIWZ formalny sposób złożenia dokumentu, którego uchybienie nie niweluje materialnoprawnego skutku, jakim jest zabezpieczenie oferty wadium w wyznaczonym terminie.

Dodatkowo wskazał, że z zapisów zawartych w gwarancji przetargowej oraz zmiany do niej nie wynika konieczność przedstawienia jej oryginału w celu wypłaty beneficjentowi sumy gwarancyjnej.

Do protestu dołączono zmianę nr 1 do gwarancji przetargowej.

Zamawiający protest oddalił.

Wskazał, że wymagania dotyczące wadium określił w części V A SIWZ. Zgodnie z pkt 5 część V A SIWZ wadium wniesione w formie gwarancji bankowej musiało spełniać w szczególności następujące wymagania:

- musi być wniesione - załączone do oferty w formie oryginału (dodatkowo w kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę,
- musi zawierać w swej treści zapis dotyczący zatrzymania wadium przez zamawiającego w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.

Zamawiający podał, że protestujący załączył do oferty oryginał dokumentu gwarancyjnego wystawiony przez BRE BANK SA Oddział Korporacyjny Rzeszów, który nie spełnia wymogów określonych w pkt. 5 B część V A SIWZ, ponieważ w swej treści nie zawiera zapisu zgodnego z SIWZ. Wyjaśnił, że gwarant wprawdzie powołuje się na art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, ale następnie enumeratywnie wylicza przypadki, gdy będzie zobowiązany do zapłaty kwoty wynikającej z gwarancji na rzecz zamawiającego. Przedmiotowa gwarancja nie obejmuje przypadku określonego w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp.

Podniósł, że wykładnia treści oświadczenia woli gwaranta nie pozwala na jego rozszerzającą interpretację i przyjęcie, iż wolą gwaranta było zabezpieczenie Interesów

zamawiającego również na wypadek zaistnienia przesłanki, o której mowa w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp.

Powołując się na orzecznictwo zamawiający stwierdził, że wniesienie wadium, które nie spełnia wszystkich wymogów SIWZ oznacza w istocie, że wadium nie zostało wniesione, co obliguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający powołał się na wyrok KIO/UZP 584/08 z dnia 26 czerwca 2008 r.

Zamawiający podniósł, że brak w gwarancji nie podlega wyeliminowaniu poprzez wprowadzenie zmiany do gwarancji, którą to zmianę zamawiający otrzymał w dniu 25 września 2009 r. tj. po terminie otwarciu ofert, ponieważ pewność zamawiającego co do wypłaty wadium musi zaistnieć już w chwili otwarcia ofert, zatem okoliczności wyjaśniające treść gwarancji wadialnej w postaci zmiany dołączonej do protestu, nie mogą mieć znaczenia dla oceny skuteczności wniesienia wadium. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2009 r. KIO/UZP 594/09.

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

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, Gwarancji przetargowej z dnia 31.07.2009 r. nr 20049KTG09 złożonej przez odwołującego wraz z ofertą, Zmiany nr 1 do tej gwarancji z dnia 05.08.2009 r. złożonej przez odwołującego wraz z protestem, pisma zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 18.09.2009 r. (L.DZ./2565/09), oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu, że zamawiający bezprawnie wykluczył go z udziału w przedmiotowym postępowaniu, a w konsekwencji odrzucił złożoną przez niego ofertę oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskania przedmiotowego zamówienia, skoro jego oferta byłaby wówczas ofertą z najniższą ceną (zgodnie z drukiem ZP-12 odwołujący zaoferował cenę w wysokości 6 505 040,00 zł, drugi wykonawca zaoferował cenę w wysokości 6 534 320,00 zł) stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (zgodnie z Częścią IV A SIWZ).

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

Zarzut niezasadnego wykluczenia odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji odrzucenia złożonej przez niego oferty, poprzez bezpodstawne uznanie, że odwołujący nie wniósł wadium, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający w Części V A SIWZ wprowadził w szczególności w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji następujący wymóg: „Musi być wniesione - załączone do oferty w formie oryginału (dodatkowo - Zamawiający wnosi o załączenie kserokopii takiego dokumentu, potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę). Zawierać w swej treści zapis dotyczący zatrzymania wadium przez Zamawiającego w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp”.

Termin składania ofert został ostatecznie wyznaczony na dzień 06.08.2009 r. (pierwotnie 03.08.2009 r. godz. 11.00).

Odwołujący załączył do oferty oryginał Gwarancji przetargowej nr 20049KTG09 z dnia 31.07.2009 r., w której, jak sam stwierdził odwołujący: „popołniono błąd poprzez pominięcie, niewyspecyfikowanie jednej z przesłanek zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy, tj. w przypadku gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”.

Do protestu przesłanego zamawiającemu faksem w dniu 25.09.2009 r., odwołujący załączył, co zamawiający potwierdził w rozstrzygnięciu protestu, „Zmianę nr 1 do Gwarancji bankowej nr 20049KTG09” z dnia 05.08.2009 r.

Pismem z dnia 18.09.2009 r. (L.DZ./2565/09) zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, ponieważ wniesiona przez niego gwarancja bankowa nie zawiera zapisu zgodnego z SIWZ, tj. przesłanki, o której mowa w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp, powołując się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby zważył, że uprawnieniem, a jednocześnie obowiązkiem zamawiającego, nałożonym na niego przepisem art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jest określenie w SIWZ wymagań dotyczących wadium. Uprawnienie to wiązać należy z faktem, iż regulacja Prawa zamówień publicznych co do wadium nie jest wyczerpująca. Korzystając z przyznanego wskazanym przepisem uprawnienia zamawiający może nałożyć na wykonawców obowiązki, których wykonanie ma zapewnić wykonawcom udział

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji ocenę złożonej oferty.

Postanowienia SIWZ, jakie zamawiający określa w zakresie wadium, jak wszystkie inne postanowienia SIWZ, nie mogą naruszać zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wskazane powyżej postanowienia SIWZ co do wadium opracowane przez zamawiającego na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie naruszają tych zasad - zostały określone w sposób zrozumiały, jednoznaczny, jednakowo dla wszystkich wykonawców, a żądanie wniesienia wadium poprzez złożenie zarówno oryginału, jak kopii dokumentu nie stanowiło dla wykonawców nadmiernego, uciążliwego obowiązku, czego potwierdzeniem jest choćby fakt braku reklamacji wykonawców co do tak ustalonego wymagania.

Potwierdzeniem, że również dla odwołującego wymóg był zrozumiały i w żaden sposób nie przeszkodził w złożeniu oferty jest fakt załączenia przez odwołującego do złożonej przez niego oferty oryginału gwarancji przetargowej wystawionej na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający, w celu dopuszczenia wykonawców do udziału w postępowaniu oraz poddaniu ocenie złożonych przez nich ofert jest zobowiązany w pierwszej kolejności zweryfikować, czy oferty zostały zabezpieczone wadium. Weryfikacja ta, za czym przemawia ekonomika prowadzenia postępowania, winna nastąpić jako jedna z pierwszych czynności zamawiającego po to, aby nie narażać zamawiającego na badanie ofert, z których żadna nie będzie mogła być wybrana i uznana za najkorzystniejszą, a wykonawców na przedłużenie terminu związania ofertą i ewentualne koszty z tym związane. Weryfikacja ta nie może zatem być przenoszona na etap postępowania protestacyjno - odwoławczego.

Aby weryfikacja złożonych ofert była w ogóle możliwa, a nadto aby weryfikacja ta była zgodna z zasadą pisemności postępowania, wyrażoną w przepisie art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający musi dysponować dokumentami, abstrahując od kwestii formy tych dokumentów (oryginał czy kopia). Uzasadnieniem oczekiwań zamawiającego, że wykonawca złoży dokument, w przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej jest także przepis art. 81 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tj. Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 z późn. zm.), zgodnie z którym udzielenie gwarancji następuje na piśmie pod rygorem nieważności.

Ponad wszelką wątpliwość skład orzekający Izby stwierdził, że w momencie weryfikacji oferty odwołującego pod kątem jej zabezpieczenia wadium (co nastąpiło nie później niż 18.09.2009 r., skoro w tym dniu zamawiający poinformował odwołującego o wynikach tej weryfikacji), zamawiający nie dysponował dokumentami, które pozwoliłyby mu

uznać, że oferta odwołującego zabezpieczona jest wadium na wypadek, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie odwołującego.

Przeciwnie niż odwołujący skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że odwoływanie się do przepisu art. 70⁴ § 1 k.c. nie jest zasadne. W przepisie tym bowiem mowa nie o „wniesieniu” wadium, ale o „ustanowieniu” odpowiedniego zabezpieczenia, co trudno uznać za pojęcia tożsame. Pojęcie „wniesienia” wadium należy interpretować na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych - zarówno jej celów, jak i obowiązków zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby w przypadku gwarancji bankowej przez ustanowienie wadium rozumieć należy doprowadzenie przez wykonawcę do zobowiązania się banku do wypłaty beneficjentowi określonej kwoty w określonych okolicznościach, czego potwierdzeniem jest list gwarancyjny (dokument gwarancji), zaś przez wniesienie wadium w takim przypadku należy rozumieć złożenie dokumentu zamawiającemu (abstrahując od tego, czy dokument winien być złożony w formie kopii czy oryginału), co po pierwsze pozwoli zamawiającemu powziąć wiadomość, że stał się wierzycielem - beneficjentem gwarancji, co jest warunkiem sine qua non skorzystania z praw przysługujących wierzycielowi, po drugie zaś, co nie mniej istotne, pozwoli zamawiającemu na wywiązanie się z obowiązków ustawowych, polegających na weryfikacji oferty pod kątem jej zabezpieczenia wadium.

W świetle powyższego ustanowienie wadium nie jest wystarczające do uznania, że wadium zostało wniesione.

Biorąc pod uwagę, że weryfikacja czy oferty zostały zabezpieczone wadium w formie gwarancji bankowej opierać się może wyłącznie na dokumentach złożonych nie później niż przed terminem składania ofert, oraz że uzupełnienie dokumentów - gwarancji bankowych w świetle przepisów ustawy Pzp jest niedopuszczalne, skład orzekający Izby stwierdził, że jedyną podstawą oceny czy oferta odwołującego została zabezpieczona wadium jest dokument Gwarancji przetargowej nr 20049KTG09 z dnia 31.07.2009 r. złożonej przez odwołującego wraz z ofertą.

Skoro zatem treść Gwarancji przetargowej nr 20049KTG09 nie wskazuje jako podstawy wypłaty żądanej kwoty 160 000,00 zł jednej z przesłanek określonej przez zamawiającego w SIWZ, uznać należy, że odwołujący nie wniósł wadium w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co jednocześnie przesądza o zgodnym z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczeniu odwołującego i w konsekwencji odrzuceniu jego oferty.

Odnosząc się do argumentu odwołującego, podniesionego na rozprawie, tj. iż w samej treści gwarancji znalazło się zobowiązanie banku do wypłaty żądanej kwoty we

wszystkich przypadkach, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, oraz że zmiana nr 1 została dokonana jedynie z ostrożności skład orzekający Izby wskazuje, że brzmienie, jakie nadał Bank w treści Gwarancji przetargowej nr 20049KTG09 artykułowi 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp nie odpowiada temu wskazanemu w tejże ustawie, co przesądza o nietrafności argumentu odwołującego.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że uwzględniając treść Gwarancji przetargowej nr 20049KTG09, tj. „Gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie: (...) na skutek zwrotu do Banku oryginału Gwarancji przed upływem Terminu Ważności” stwierdzić należy, że zaniechanie złożenia zamawiającemu oryginału zmiany nr 1 nie gwarantowałoby zamawiającemu, że w przypadku, o którym mowa w art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp żądana kwota zostałaby mu wypłacona. Niebezpieczeństwo zwrotu oryginału zmiany nr 1 do Banku, co w przedmiotowym stanie faktycznym pozostawało poza wolą i kontrolą zamawiającego, jest nie do pogodzenia z całkowitą pewnością, jaką musi mieć zamawiający co do możliwości zatrzymania wadium. Biorąc pod uwagę przytoczone powyżej postanowienie gwarancji uznać należy, że zamawiający, nie dysponując oryginałem zmiany nr 1, nie mógłby mieć pewności, że skutecznie z uprawnień z tytułu gwarancji mógłby skorzystać.

Dodatkowo także skład orzekający Izby stwierdza, że podstawą odrzucenia oferty wykonawcy, który nie wniósł wadium jest przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, nie zaś art. 89 ust. 1 pkt 5, na który powołał się zamawiający - składając ofertę odwołujący nie był bowiem wykluczony (przykładowo miałoby to miejsce w trybie przetargu ograniczonego w sytuacji złożenia oferty przez wykonawcę, który nie został zaproszony do składania ofert).

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie przepisu art. 191 ust.1 zdanie pierwsze ustawy Pzp 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 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....