

Sygn. akt: KIO/1782/10

WYROK
z dnia 1 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 19 sierpnia 2010r. wniesionego przez **Stanisława Jasicę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Stanisław Jasica, Mat-Trans, Stryszawa 313b, 34-205 Stryszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „*budowę drogi leśnej nr 1802/1804 w Leśnictwie Czarna Hala*” od czynności zamawiającego, którym jest **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Sucha, ul. Zamkowa 7, 34-200 Sucha Beskidzka**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy **Stanisława Jasicy, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Stanisław Jasica, Mat-Trans, Stryszawa 313b, 34-205 Stryszawa** oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawcę **Stanisława Jasicę,**
2. kosztami postępowania obciąża **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Sucha, ul. Zamkowa 7, 34-200 Sucha Beskidzka** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Stanisława Jasicę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Stanisław Jasica, Mat-Trans, Stryszawa 313b, 34-205 Stryszawa,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 10.000 zł 00 gr (dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo**

Sucha, ul. Zamkowa 7, 34-200 Sucha Beskidzka na rzecz **Stanisława Jasicy, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Stanisław Jasica, Mat-Trans, Stryszawa 313b, 34-205 Stryszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Sucha – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą Pzp” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na „budowę drogi leśnej nr 1802/1804 w leśnictwie Czarna Hala”.

Zamawiający pismem z dnia 12 sierpnia 2010 r., doręczonym w tym samym dniu Odwołującemu osobiście za pośrednictwem pracownika Zamawiającego, poinformował Odwołującego o wynikach postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Roberta Pniaczka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.U.H.P. Pniaczek, Robert Pniaczek, 34-483 Lipnica Wielka 800 oraz o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą, z uwagi na to, iż Odwołujący nie zabezpieczył swej oferty akceptowalną formą wadium zgodną z wymaganiami określonymi w SIWZ (pkt 12), z związku z czym oferta została pozostawiona bez otwarcia.

W dniu 19 sierpnia 2010 r. (pismem z 16 sierpnia 2010 r. nadanym listem poleconym tego dnia) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Odwołujący kopię odwołania doręczył Zamawiającego w dniu 16 sierpnia 2010 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 ustawy Pzp,
- 2) naruszenie art. 86 ust. 2 i art. 87 ustawy Pzp,
- 3) naruszenie art. 45 ust. 3, 45 ust. 6 i 46 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uznanie oferty Odwołującego za niepodlegającej odrzuceniu,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący podniósł, iż wadium wniesione przez niego zabezpiecza okres związania ofertą tj. 30 dni od upływu terminu składania ofert, jest bowiem ważne do 6.09.2010r. Podnosił, że ustawa wyraźnie określa jaki jest okres

związania ofertą i tylko taki okres zabezpiecza wadium. Wywodził, że celem wadium jest zabezpieczenie zapłaty określonej sumy przez cały okres związania ofertą. Art. 45 ust. 6 ustawy oraz pkt 12.2 SIWZ dopuszcza jako wadium gwarancję ubezpieczeniową, tak więc zarzut braku właściwej formy zabezpieczenia, zgodnej z pkt 12 SIWZ nie znajduje uzasadnienia. Argumentował, że wadium wniesiono również w sposób określony w pkt 12 SIWZ poprzez złożenie oryginału gwarancji w Kasie Nadleśnictwa Sucha. Podkreślał, że wadium zostało wniesione zgodnie z wymogami art. 45 ust. 3 i 6 oraz przepisem art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, który jednoznacznie wskazuje, że wadium jest nierozzerwalnie związane z okresem związania ofertą. Podnosił, że zgodnie z postanowieniami SIWZ gwarancja powinna w swej treści zawierać zobowiązanie gwaranta do wypłaty pełnej kwoty wadium (brak terminu do wypłaty wadium) na żądanie zgłoszone w terminie 10 dni po upływie terminu składania ofert. Tymczasem gwarancja złożona przez Odwołującego zabezpiecza w szerszy sposób interes Zamawiającego, ponieważ przewiduje obowiązek wypłaty w ciągu 30 dni od dnia doręczenia żądania, a żądanie winno zostać doręczone najpóźniej w terminie 3 dni po okresie ważności gwarancji. Gwarancja dopuszcza więc złożenie ww. żądania przed upływem terminu związania ofertą. Powołując się na orzecznictwo KIO podnosił, że doprecyzowanie wymogów stawianych wadium, jednakże w innym zakresie niż dotyczącym jego formy, wysokości, sposobu wniesienia i czasu złożenia jest nieuprawnione. Tym samym próba określenia w SIWZ dodatkowych, nieprzewidzianych w ustawie okoliczności powodujących wykluczenie wykonawców nie może wywołać skutków prawnych.

Wywodził, że jedyną podstawą negatywnej oceny zabezpieczenia oferty wykonawcy wadium jest przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowiący m.in. o braku wniesienia wadium, co w niniejszym przypadku nie miało miejsca.

Zamawiający nie wniósł na piśmie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

Żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Po ustaleniu z urzędu, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę.

Na podstawie dokumentacji postępowania, a w szczególności postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, formularza ofertowego oferty złożonej przez Odwołującego, treści odwołania, a także biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron przedstawione w trakcie rozprawy Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 21 lipca 2010 r., pod numerem 219272.

Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Kryteriami oceny ofert w niniejszym postępowaniu zgodnie z pkt 18 SIWZ były: cena netto – 90% i okres gwarancji 10%

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną netto (1.378.477,88 zł) i maksymalnym okresem gwarancji dopuszczalnym zgodnie z pkt 18 SIWZ (60 miesięcy).

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera między innymi poniżej przytoczone postanowienia.

W pkt. 12 – *Wymagania dotyczące wadium:* „

W przypadku złożenia ofert częściowych każda oferta na poszczególłą część musi być zabezpieczona wadium w wysokości

I część – 1.300 zł,

II część – 40.000 zł

Wadium może być wniesione w jednej lub kilku wymienionych formach, wśród których wymieniono m.in. gwarancję ubezpieczeniową.

Wadium wnoszone w formie gwarancji ubezpieczeniowej należy w formie oryginału złożyć w kasie Nadleśnictwa Sucha (...) i jednej kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem dołączonej do oferty jako załącznik.

Z treści gwarancji winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie 10 dni po upływie terminu związania ofertą zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Wadium musi być wniesione najpóźniej do dnia 4.08.2010r. do g. 9 tej.

Wykonawca, który wniesie wadium w inny sposób niż określony w pkt 12 SIWZ lub nie zabezpieczy oferty akceptowalną formą wadium zostanie wykluczony z postępowania, a jego oferta zostanie uznana za odrzuconą bez otwierania oferty.

Odwołujący ubiega się o II część zamówienia.

Odwołujący przed upływem terminu składania ofert złożył w Kasie Nadleśnictwa Sucha oryginał gwarancji ubezpieczeniowej nr 02 GJ12/10/00310 wystawionej przez InterRisk TU S.A. w Warszawie.

Zgodnie z ust. 1 gwarancji opiewa ona na kwotę 40.000 zł.

Zgodnie z ust. 3 gwarancja ta ważna jest od 04.08.2010 r. do 6.09.2010 r. Przez okres ważności gwarancji rozumie się okres czasu, w którym zaistniał którykolwiek z przypadków, o których mowa w ust. 1 skutkujących zatrzymaniem wadium.

Zapłata przez InterRisk kwoty o której mowa w ust. 1 nastąpi w terminie 30 dni od dnia doręczenia do InterRisk przez Beneficjenta gwarancji pisemnego żądania wypłaty wraz z pisemnym oświadczeniem, że kwota roszczenia jest należna w związku z zaistnieniem jednego z przypadków zatrzymania wadium określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z ust. 5 gwarancji żądanie zapłaty powinno:

- Być oparte na zdarzeniach, które zaszły w okresie ważności gwarancji (ppkt 2)
- Być doręczone do Interrisk najpóźniej w terminie 3 dni po okresie ważności gwarancji w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

Termin składania ofert został wyznaczony na 4 sierpnia 2010 r. godz. 9:00.

Oferta Odwołującego została złożona przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający nie otworzył oferty Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w dniu 21 lipca 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż niezgodne z przepisami ustawy pzp wykluczenie go z udziału w postępowaniu pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym tracąc możliwość uzyskania zamówienia, ponosi szkodę.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wykluczył wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, gdyż Odwołujący nie zabezpieczył swej oferty akceptowalną formą

wadium zgodną z wymaganiami określonymi w SIWZ. Z treści protokołu posiedzenia komisji przetargowej wynika, iż powodem wykluczenia Odwołującego było niespełnienie wymogu pkt 12 SIWZ, zgodnie z którym z treści gwarancji winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie 10 dni po upływie terminu związania ofertą zobowiązanie gwaranta do wypłaty zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby brak było podstaw do wykluczenia Wykonawcy na podstawie tego przepisu ustawy. Co więcej, wobec faktu, iż wniesione przez Odwołującego wadium odpowiada wymogom stawianym przez ustawę, kwestia nie może stanowić podstawy do wykluczenia Odwołującego. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu związania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, tj. w formie zgodnej z obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie, tj. przepisem art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp. Wniesione wadium zabezpieczało okres związania ofertą czyli 30 dni od upływu terminu składania ofert tj. od 4.08.2010 r. do 2.09.2010r., albowiem obejmowało okres od dnia upływu terminu składania ofert tj. 4.08.2010 r. do dnia 6.09.2010r. Wadium uprawniało Zamawiającego do jego zatrzymania we wszystkich przypadkach określonych w ustawie Pzp, co wynikało z ust. 3 gwarancji.

Ustawa Pzp wyraźnie nie określa w jakim terminie musi być zgłoszone żądanie wypłaty kwoty wynikającej z gwarancji. Niewątpliwie z celu gwarancji wadialnej wynika, że musi ona obejmować prawo do zgłoszenia żądania w związku ze zdarzeniem, które nastąpiło w okresie ważności gwarancji i wymóg ten gwarancja złożona przez Odwołującego spełnia. W ocenie Izby musi być to także termin, w którym Zamawiający działając bez zbędnej zwłoki będzie mógł zrealizować swe uprawnienie, nawet jeśli zdarzenie stanowiące podstawę żądania wypłaty wadium zaistnieje w ostatnim dniu ważności gwarancji. Wymóg ten gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez Odwołującego spełnia. Gwarancja ta stanowi bowiem, iż żądanie wypłaty należy doręczyć do gwaranta w 3 dniu po okresie ważności gwarancji. Uwzględniając fakt, iż ostatni dzień ważności gwarancji (6.09.2010r.) był o 4 dni dłuższy od okresu związania ofertą, który upływał w dniu 2 września 2010 r., a także iż żądanie wypłaty mogło być dostarczone do gwaranta w terminie 3 dni po upływie okresu ważności gwarancji, a więc do 9 września 2010 r., termin na zgłoszenie żądania wypłaty był terminem rozsądnym. W ocenie Izby, nawet jeśli zdarzenie uzasadniające wypłatę nastąpiłoby w ostatnim dniu okresu związania ofertą tj. 2 września 2010 r., to działający bez

zbędnej zwłoki zamawiający w oparciu o kwestionowaną gwarancję mógł doręczyć skutecznie gwarantowi żądanie zapłaty, albowiem termin doręczenia żądania upływał w dniu 9 września 2010r..

W tym miejscu Izba wskazuje, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje, iż wadium jest nierozdzielnie związane z okresem związania ofertą. Celem wadium jest zabezpieczenie zapłaty określonej sumy (przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego) przez cały okres związania ofertą. W związku więc z rolą, jaką odgrywa wadium, musi być ważne przez cały okres związania ofertą. Istnieje więc związek funkcjonalny pomiędzy terminem związania ofertą a wadium. W związku z tym, wadium nie może funkcjonować samo w sobie, gdyż stanowi zabezpieczenie dla Zamawiającego w okresie, gdy wykonawca jest związany ofertą. Jest to jedyny przewidziany ustawą cel istnienia wadium. Trudno znaleźć jakiegokolwiek funkcjonalne uzasadnienie dla utrzymywania wadium po okresie związania ofertą. Skoro bowiem wykonawca przestaje być związany swoją ofertą, to w okresie tym nie mogą powstać roszczenia zamawiającego, dające podstawę do zatrzymania wadium.

Zamawiający mają prawo (a nawet obowiązek) doprecyzowywania wymogów dotyczących wadium w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co wynika z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Jednakże dotyczy to wymagań dotyczących wadium co do formy jego wniesienia, wysokości, sposobu wniesienia, czasu złożenia, natomiast termin ważności gwarancji ustalany winien być zgodnie z uregulowaniami ustawy w zakresie terminu związania ofertą. Jeśli zaś chodzi o termin, w jakim zamawiający ma dostarczyć gwarantowi żądanie zapłaty, może być podstawą do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu tylko wtedy, gdyby termin ten uniemożliwiał zamawiającemu realizację jego uprawnień wynikających z gwarancji, a więc gdyby termin był nierealistyczny. W ocenie Izby prawo zamawiającego do doprecyzowania wymogów dotyczących wadium nie może być interpretowane rozszerzająco. Zamawiający uprawniony jest do uzupełnienia wymogów dotyczących wadium wyłącznie w takim zakresie, w jakim dopuszcza to ustawa. Postawienie przez Zamawiającego wymogu, aby gwarancja obejmowała prawo do zgłoszenia żądania zapłaty gwarantowi w terminie 10 dni po upływie terminu związania ofertą nie ma podstaw prawnych i jest nadmierne. Znajdujące się w gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Odwołującego zastrzeżenie 7 dniowego, po upływie terminu związania ofertą, terminu na zgłoszenie żądania zapłaty wadium jest w ocenie Izby wystarczające albowiem umożliwia Zamawiającemu realizację jego uprawnień wynikających z gwarancji.

W następnej kolejności Izba zważyła, czy wniesienie wadium w sposób odmienny niż przewidziany w pkt. 12 SIWZ mogło skutkować wykluczeniem Odwołującego z udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, zamawiający nie mają kompetencji do ograniczania przez postanowienia SIWZ uprawnień wykonawców przewidzianych w przepisach ustawy Pzp, a

zatem postanowienie pkt 12 SIWZ nakazujące, aby gwarancja zapewniała zapłatę na żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie 10 dni po upływie terminu związania ofertą nie było skuteczne i miało charakter wyłącznie instrukcyjny, którego niezachowanie nie mogło rodzić negatywnych skutków dla wykonawców, którzy wnieśli wadium w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp.

Wobec skutecznego wniesienia wadium przez Odwołującego nie podlegał on wykluczeniu z postępowania z uwagi na brak wadium, gdyż przepis art. 24 ust. 2 ustawy Pzp nie przewiduje negatywnych konsekwencji dla wykonawców, którzy wnieśli wadium zgodnie z art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp. Wobec powyższego zasadnym okazało się nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Wobec potwierdzenia się zarzutu bezzasadnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego, które to czynności winny być konsekwencją uwzględnienia ww. zarzutu. Niezależnie od powyższego Izba wskazuje również, że nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp i rażąco nieprawidłową jest praktyka Zamawiającego polegająca na nieotwieraniu ofert wykonawców, których oferty nie są zabezpieczone wymaganą formą wadium i ich zwracaniu. Za wyjątkiem przypadków dotyczących ofert złożonych po terminie składania (art. 84 ust. 2 ustawy Pzp) praktyka ta stoi w rażącej sprzeczności z treścią art. 86 ust. 2 i ust. 4 ustawy Pzp określającymi, że otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych: art. 24 ust. 2 pkt 2, 45 ust. 3, 45 ust. 6 pkt 4 miało wpływ na wynik postępowania i – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 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:

.....