

WYROK

z dnia 4 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2013 r. przez wykonawcę **Ricoh Polska Sp. z o.o., 02-092 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 18a** w postępowaniu prowadzonym przez **Poczta Polska S.A., 00-940 Warszawa, ul. Stawki 2**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo DIR Sp. z o.o., 62-800 Kalisz, Pawłówek 37** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert oraz nakazuje Zamawiającemu wykluczenie Przedsiębiorstwa DIR sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

2. kosztami postępowania obciąża **Pocztę Polską S.A., 00-940 Warszawa, ul. Stawki 2** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Ricoh Polska Sp. z o.o., 02-092 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 18a** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Poczty Polskiej S.A., 00-940 Warszawa, ul. Stawki 2** na rzecz wykonawcy **Ricoh Polska Sp. z o.o., 02-092 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 18a** kwotę **18 634 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione

z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz uiszczenia opłaty skarbowej od dwóch pełnomocnictw.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Poczta Polska S.A., ul. Stawki 2, 00-940 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „usługę konserwacji, napraw kserokopiarek i urządzeń wielofunkcyjnych, będących na wyposażeniu Poczty Polskiej S.A. Region Infrastruktury w Łodzi”.

W dniu 7 lutego 2013r. Odwołujący: Ricoh Polska Sp. z o.o., ul. Żwirki i Wigury 18A, 02-092 Warszawa powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa DIR Sp. z o.o. z uwagi na uzyskanie największej liczby punktów w kryterium cena, będącym jedynym kryterium oceny ofert.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 18 lutego 2013r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego dokonanej w toku przedmiotowego postępowania, obejmującą czynność oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty.

W swoim odwołaniu wnosił o jego uwzględnienie i:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i oceny ofert,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert,
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Przedsiębiorstwa DIR Sp. z o.o., na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej ustawą Pzp, a w przypadku uznania, że nie ma podstaw do wykluczenia,
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo DIR Sp. z o.o., ul. Pawłówek 37, 62-800 Kalisz.

Jednocześnie w ramach powyższego odwołania zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 82 ust. 3 ustawy Pzp i wyboru oferty niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ.

W pierwszej kolejności wskazał, że zgodnie z pkt. 10 SIWZ wykonawca zobowiązany jest zabezpieczyć swą ofertę wadium w wysokości 5.000 zł (pięć tysięcy złotych), które może zostać wniesione w gwarancji ubezpieczeniowej.

Zdaniem Odwołującego oferta konkurencyjna powinna podlegać odrzuceniu, bowiem jest niezgodna z wymogiem Zamawiającego, określonym w pkt. 10.2.2 str. 7 oraz z pkt. 10.2.3 str. 8 SIWZ, dotyczącym wadium.

Odwołujący zarzucił, że wykonawca Przedsiębiorstwo DIR Sp. z o.o. nie spełnił wymogu Zamawiającego dotyczącego wpłaty wadium.

Zwrócił uwagę, że przedłożona do oferty przez Przedsiębiorstwo DIR sp. z o.o. gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nie stanowi zabezpieczenia zapłaty wadium, gdyż została wystawiona niezgodnie z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zauważył, że zgodnie z pkt. 10.2.2.1 SIWZ w przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja powinna zawierać „nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji (Zamawiającego, oraz jednostki prowadzącej postępowanie), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji) oraz wskazania ich siedzib”, podczas gdy przedłożona przez Wykonawcę gwarancja udzielona jest na rzecz Poczty Polskiej S.A. Region Infrastruktury w Łodzi, który jest jednostką prowadzącą postępowanie i nie wskazuje Zamawiającego, którym jest Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Ponadto zaznaczył, że zgodnie z pkt. 10.2.2.5 gwarancja powinna zawierać zobowiązanie gwaranta, do „zapłacenia kwoty gwarancji bezwarunkowo”, a przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa nie spełnia tego warunku, gdyż warunkiem zapłaty kwoty nie wyższej niż suma gwarancyjna jest otrzymanie przez Gwaranta wezwania podpisanego przez „osoby upoważnione do podejmowania w imieniu Beneficjenta zobowiązań finansowych, uwidocznione w załączonej do wezwania kserokopii bankowej karty wzorów podpisów.”.

Wskazał także, że w pkt. 10.2.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający uczynił zastrzeżenie, iż „nie uzna gwarancji z treści, której wynikał będzie obowiązek potwierdzania przez bank prowadzący rachunek Zamawiającego autentyczności podpisów składanych pod wezwaniem do zapłaty przez uprawnione osoby, gdyż w/w bank nie posiada wzorów podpisów wszystkich osób uprawnionych do reprezentowania Zamawiającego w zakresie zaciągania zobowiązań, w szczególności osób uprawnionych do występowania o zapłatę sumy gwarancyjnej. Powyższe wynika z aktualnie obowiązującej struktury organizacyjnej Zamawiającego”.

Biorąc pod uwagę, iż warunkiem zapłaty jest załączenie do wezwania kserokopii bankowej karty wzorów podpisów, przy jednoczesnym braku takich wzorów podpisów osób uprawnionych do występowania o zapłatę sumy gwarancyjnej, uzyskanie zapłaty sumy gwarancyjnej – według Odwołującego - może być niemożliwe.

Zarzucił także, iż wysokość sumy gwarancyjnej wpisanej w treści gwarancji (Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr 953-A337833 z dnia 23 stycznia 2013r. wystawiona przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w Łodzi) jest bliżej nieokreślona, gdyż jest różnica pomiędzy kwotą wpisaną cyfrowo (5.000 zł), a opisem słownym (sto złotych).

Wobec faktu, iż z udzielonej gwarancji ubezpieczeniowej nie wynika, iż opiewa ona na kwotę 5.000 złotych - zdaniem Odwołującego - nie można uznać, iż wykonawca wniósł wadium wymagane przez Zamawiającego, a zatem zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp wykonawca, który nie wniósł wadium powinien zostać wykluczony, a jego oferta uznana za odrzuconą.

Ostatecznie zarzucił również sprzeczność treści oferty z SIWZ z powyższych przyczyn.

Pismem z dnia 20 lutego 2013r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawca Przedsiębiorstwo DIR Sp. z o.o., zwany dalej Przystępującym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Przystępującego i złożonych przez niego gwarancji ubezpieczeniowych, zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia czy Zamawiający miał obowiązek wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego postępowania ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu nie wniesienia przez niego wadium zabezpieczającego złożoną ofertę.

W ocenie Izby złożone przez Przystępującego pierwsze wadium przy ofercie przed terminem składania ofert (dzień 31 stycznia 2013r., godz.9.45) zawierało wady i było sprzeczne z postanowieniami SIWZ, co oznacza, że wadium tego nie można potraktować, jako spełniającego wymagania ustawowe.

Braki te dostrzegł sam Przystępujący składając w dniu 6 lutego 2013r.nowe poprawione wadium.

Natomiast to drugie poprawione wadium złożone zostało złożone już po upływie terminu składania ofert, zatem wyraźnie poza dyspozycją przepisu art.24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert,....

Odnosząc się do pierwszego złożonego przez Przystępującego wadium będącego gwarancją ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 953 – A337833 z dnia 23 stycznia 2013r., to należy stwierdzić, że wpisanie w nim w sposób sprzeczny wysokości sumy gwarancyjnej cyfrowo 5000 zł i słownie sto złotych dyskwalifikuje taki dokument, jako wiarygodny, precyzyjny i gwarantujący zabezpieczenie oferty.

Powyższa rozbieżność w treści wadium nie może być eliminowana w drodze wykładni oświadczeń cywilno – prawnych na zasadzie art.65 kodeksu cywilnego.

Należy wskazać, że instytucja wadium została w sposób szczególny uregulowana w art.45 i 46 ustawy Pzp, z których wynika obowiązek żądania wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8(art.45 ust.1 ustawy Pzp).

Jednocześnie ustawodawca określił w art.45 ust.3 ustawy Pzp, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.

Zatem złożenie wadium w dniu 6 lutego 2013r. pozostaje poza granicami powyższego przepisu obowiązującego prawa.

Nadto należy wskazać, że wadium w systematyce zamówień publicznych zajmuje samodzielną pozycję, w stosunku do dokumentów, o których mowa w art.25 ust.1 ustawy Pzp, składanych przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy składanych pełnomocnictw.

Jeżeli chodzi o powyższe dokumenty podmiotowe, dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań przedmiotowych czy pełnomocnictwa, prawodawca wyraźnie przewidział instytucję uzupełnienia tych kategorii dokumentów.

Jednak w zakresie wadium takiej możliwości uzupełnienia treści powołanych wyżej dokumentów ustawodawca nie przewidział, co należy rozumieć, jako przejaw bardzo restrykcyjnego podejścia do sytuacji składania przez wykonawców wadliwych dokumentów wadialnych.

Wobec zatem braku wyraźnej regulacji prawnej analogicznej do tej unormowanej w art.26 ust.3 ustawy Pzp w stosunku do instytucji wadium i biorąc pod uwagę omówione wyżej aspekty systemowe Izba doszła do przekonania, że złożony dokument nie stanowi wadium w rozumieniu art.45 i art.46 ustawy Pzp w związku z art.24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp.

Poza tym Izba reprezentuje zapatrywanie, że wadium nieodpowiadające treści SIWZ, nie jest wadium określonym w dyspozycji art.24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp. Inne rozumienie tego przepisu oznaczałoby nierówne traktowanie uczestników postępowania przetargowego.

W szczególności Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego o instrukcyjnym charakterze postanowienia pkt. 10.2.3 SIWZ. Izba uznała, że postanowienie to należy stosować zgodnie z jego treścią i niedopuszczalne jest swobodne jego rozumienie w zależności od uznania Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający chciał wprowadzić postanowienia instrukcyjne, to powinien to wyraźnie w SIWZ zaznaczyć.

Z tych wszystkich powodów należy przyjąć, że w istocie wniesione wadium, jako zawierające warunek nie spełniało swojej funkcji gwarancyjnej.

Zdaniem Izby złożone wadium nie spełniało również warunku wpisania Zamawiającego, co żądał sam Zamawiający, bowiem w treści wadium nie wskazano

Zamawiającego, którym jest Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, co oznacza, że złożone wadium zostało dokonane z naruszeniem pkt.10.2.2.1 SIWZ.

Powyższe naruszenia treści SIWZ nie powodują wprawdzie powstania przypadku istnienia sprzeczności pomiędzy treścią SIWZ a treścią oferty rozumianej sensu stricto, co nie może skutkować uznaniem konieczności zastosowania przesłanki art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp.

Bez względu jednak powyższe Izba reprezentuje pogląd, że nierespektowanie przez Przystępującego warunków SIWZ w zakresie składanego wadium, postawionych w stosunku do wszystkich wykonawców, jest równoznaczne z brakiem złożenia wadium w wyznaczonym terminie, którego następstwem jest obowiązek zastosowania przez Zamawiającego przepisu art.24 ust.2 pkt.2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty przedstawione w uzasadnieniu Izba nie podzieliła również stanowiska Zamawiającego o zabezpieczeniu jego interesu, przyjmując, że wadliwe wadium pociąga za sobą wszelkie ryzyka związane z możliwością wystąpienia sytuacji niezaspokojenia roszczenia Zamawiającego o zapłatę.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....