

Sygn. akt: KIO 144/15

WYROK
z dnia 5 luty 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 luty 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2015 r. przez **odwołującego:** Agencja Ochrony K. sp. z o.o. ul. Tuwima 1; 05-300 Mińsk Mazowiecki w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Kancelaria Prezydenta RP ul. Wiejska 10; 00-902 Warszawa

przy udziale **przystępującego** po stronie zamawiającego: Agencja Ochrony Osób i Mienia BASMA SECURITY A. M. i M. W. sp. z o.o. ul. Prymasa Tysiąclecia 60/62; 01-424 Warszawa

orzeka:

1. oddała odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Agencję Ochrony K. sp. z o.o. ul. Tuwima 1; 05-300 Mińsk Mazowiecki i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Agencję Ochrony K. sp. z o.o. ul. Tuwima 1; 05-300 Mińsk Mazowiecki tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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, którym jest Kancelaria Prezydenta RP wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.11.2014r. pod pozycją 2014/S 225-397834 tego Dziennika.

Przedmiotem opublikowanego ogłoszenia o postępowaniu jest „Świadczenie usługi ochrony fizycznej osób i mienia, monitorowanie sygnałów alarmu, włamania i napadu z lokalnego systemu alarmowego oraz interwencja grup patrolowych w obiektach zarządzanych przez Kancelarię Prezydenta RP”.

Pismem z dnia 21 stycznia 2015r. doręczonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2015r. odwołujący, którym jest Agencja Ochrony K. sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim wniósł odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na wykluczeniu z postępowania a w konsekwencji na czynność odrzucenia jego oferty z powodu nie wniesienia wadium.

Odwołujący o czynnościach zamawiającego powziął wiadomość z pisma z dnia 16 stycznia 2015r., w którym to piśmie zamawiający zawiadomił odwołującego o podstawie wykluczenia z postępowania w częściach: I, II, III, V, i VI prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący w złożonym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie art.24 ust.2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp.” poprzez błędne przyjęcie zamawiającego braku wniesienia właściwego wadium do oferty.

Zdaniem odwołującego oferta została zabezpieczona prawidłowo złożonym wadium w formie gwarancji bankowej udzielonej przez Bank Spółdzielczy w Piasecznie. Bowiem według odwołującego Bank ten wystawił gwarancję bankową, która odpowiada wymaganiom określonym w Rozdziale X Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w tym pkt.10.16 Rozdziału X SIWZ. W konsekwencji powyższego odwołujący podniósł również zarzut naruszenia art.24 ust.4 ustawy Pzp. to jest bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego.

W takim stanie rzeczy odwołujący podniósł następujące żądania: uwzględnienie odwołania; unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania; nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności polegającej na dokonaniu badania ofert i ich oceny a następnie wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego przed Izbą.

Na potwierdzenie powyższych zarzutów odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu wskazując w ich poczet:

1. Pismo zamawiającego z dnia 16 stycznia 2015r. znak: BA-WZP.911.20.2014;
2. Gwarancję bankową wystawioną przez Bank Spółdzielczy w Piasecznie z dnia 11.12.2014r. nr 005/14/00062;
3. Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia z dnia 18 listopada 2014r.

Pismem z dnia 26 stycznia 2015r. wniesionym w tymże samym dniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca wybrany w częściach I, II i III zamówienia to jest Agencja ochrony Osób i Mienia BASMA SECURITY A. M. i M. W. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania i przystępując po stronie zamawiającego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Izba ustaliła

Izba przeprowadziła na rozprawie postępowanie dowodowe uwzględniając w części wnioski dowodowe stron w szczególności z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dołączonej do akt sprawy.

Odwołanie wniesiono w związku z pismem zamawiającego z dnia 16 stycznia 2015r. znak BA-WZP.911.20.2014 skierowanym do uczestniczących w postępowaniu wykonawców. Pismem tym zamawiający zawiadamia o wykluczeniu między innymi odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji wykluczenia z postępowania oferta odwołującego zostaje odrzucona z przywołaniem w piśmie art.24 ust.4 ustawy Pzp. Zamawiający podaje podstawę prawną wykluczenia to jest art.24 ust.2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013r. poz.907 z późn. zm.) i odnosi do części na które odwołujący złożył ofertę to jest części I, II, III, V i VI zamówienia. Zamawiający uznał, że odwołujący nie wniósł wadium. W piśmie tym zamawiający przedstawia uzasadnienie, które wskazuje na następującą okoliczność. Przedstawiona na zabezpieczenie wadium gwarancja Banku Spółdzielczego w Piasecznie przewiduje zobowiązanie banku do zapłacenia wymagalnych należności w przypadku wymienionym w ust.5 art.46 ustawy Pzp. Gwarancja ta nie zawiera zobowiązania do zapłaty w przypadkach wymienionych w ust.4a art.46 ustawy Pzp. W tej sytuacji zamawiający uznał,

że gwarancja zabezpiecza węższy zakres odpowiedzialności niż przewidziany w ustawie Pzp.

Z treści gwarancji bankowej wystawionej przez Bank Spółdzielczy w Piasecznie w dniu 11.12.2014. oznaczonej Nr 005/14/00062 wynika, co następuje.

Gwarancja wystawiona jest na rzecz zamawiającego (z podaniem jego nazwy). Z treści jej wynika, że stanowi zabezpieczenie wierzytelności przysługującej od odwołującego (z podaniem jego nazwy) z tytułu: Wadium do postępowania o oznaczonej sygnaturze 20/2014 z terminem spłaty do dnia 09.02.2015r., w kwocie 34.500,00zł i dotyczy części I-III i V-VI na podstawie przedstawionych przez zleceniodawcę dokumentów, a mianowicie: zlecenia udzielenia gwarancji z dnia 08.12.2014r. Dalej wystawiający gwarancję stwierdza, że wystawił ją na podstawie przedstawionych przez odwołującego dokumentów to jest zlecenia udzielenia gwarancji. Bank zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo i niezależnie od ważności i skutków prawnych dokumentu stanowiącego podstawę Waszej wierzytelności do zapłacenia wymagalnych należności z tego tytułu oraz odsetek, prowizji i innych kosztów postępowania oraz do wypłaty kwoty wadium w przypadku wymienionym w art.46 ust.5 Ustawy i dalej cytuje treść tegoż ustępu.

Zapłata do wysokości 34.500,00zł. nastąpi na pierwsze pisemne żądanie zapłaty, zawierające oświadczenie, że odwołujący nie spłacił wyżej wymienionej wierzytelności w określonym w umowie terminie oraz po udokumentowaniu, że warunki wymienione w niniejszej gwarancji zostały spełnione to jest po przedstawieniu następujących dokumentów: pisemnego oświadczenia wierzyciela o wysokości zadłużenia i dokumentów stwierdzających istnienie zobowiązania. Zleceniodawca potwierdzi w ciągu 7 dni od daty żądania zapłaty, że żądanie zapłaty dotyczy zobowiązania wynikającego z umowy zawartej pomiędzy Beneficjentem a Zleceniodawcą, za które bank udzielił gwarancji, jak również zasadności tego roszczenia. Poza tym stwierdza się, że każda zmiana umowy stanowiącej podstawę Waszej wierzytelności wymaga naszej zgody.

Co do podnoszonych treści SIWZ Izba ustaliła co następuje.

Wymagania dotyczące wadium uregulowane są w Rozdziale X SIWZ.

W punkcie 10.1. określono wysokość wadium dla poszczególnych części zamówienia.

W punkcie 10.2. określono termin wniesienia wadium.

W punkcie 10.3. określono formy wniesienia wadium w tym formę gwarancji bankowej.

W pkt 10.4 wskazano konto wpłaty wadium.

W pkt 10.6. określono miejsce złożenia wadium u zamawiającego lub przelanie pocztą, co do form bezgotówkowych.

W pkt 10.7. określono możliwość załączenia kserokopii do oferty.

W pkt 10.8. określono skutki nie wniesienia wadium lub wniesienia po terminie.

W pkt 10.9. określono termin zwrotu wadium.

W pkt 10.10. określono postępowanie wobec wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą.

W pkt 10.11. określono zwrot wadium w sytuacji wycofania oferty.

W pkt 10.12. określono okoliczności żądania ponownego wniesienia wadium.

W pkt 10.13 określono okoliczności zatrzymania wadium wraz z odsetkami to jest jeżeli wykonawca odmówi podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie; zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W pkt 10.14. zamawiający podaje kolejne okoliczności zatrzymania wadium wraz z odsetkami, które odpowiadają treści art.46 ust.4a ustawy Pzp.

W pkt 10.15 zamawiający określa zasady zwrotu wadium wniesionego w pieniądzu.

W pkt 10.16. zamawiający określa jaką treść muszą zawierać wadia wniesione w formie gwarancji lub poręczeń określając ją do przypadków opisanych w art.46 ust.5 ustawy Pzp.

Izba na wniosek zamawiającego przeprowadziła dowód z akt postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie gwarancji udzielonych do przedmiotowego postępowania przez ubezpieczyciela Inter Risk Towarzystwo Ubezpieczeń Vienna Insurance Group dla: Agencji Ochrony Osób i Mienia „BASMA SECURITY” A. M. i M. W. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz dla Konsorcjum KONSALNET Holding S.A. z siedzibą w Warszawie. Również Izba przeprowadziła dowody z gwarancji wystawionej przez Warszawski Bank Spółdzielczy dla ART- SECURITY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. W treści tychże dokumentów gwarancji wadialnych znalazły się przedstawione w sposób wyczerpujący okoliczności zatrzymania wadium przez zamawiającego w sytuacjach opisanych w art.46 ust.4a i ust.5 ustawy Pzp.

Izba odmówiła przeprowadzenia na wniosek odwołującego dowodu z wyjaśnień Banku Spółdzielczego w Piasecznie na okoliczność czy udzielona gwarancja obejmuje sytuacje wynikające z art.46 ust.4a ustawy Pzp wnosząc jednocześnie o udzielenie 7 dniowego terminu, uznając wniosek za zbędny dla rozstrzygnięcia sprawy oraz zmierzający do przedłużenia postępowania odwoławczego.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Należy podkreślić, że co do zasady przepisy regulujące instytucję wadium (art.45 i 46 ustawy pzp.) mają charakter przepisów bezwzględnie obowiązujących a ich dyspozytywność ma ograniczony zakres.

Przy czym zamawiający nie ma uprawnień w zakresie swobodnego regulowania postanowień w SIWZ co do okoliczności stanowiących podstawę do żądania zatrzymania wadium. W tym zakresie przepisy ustawy Pzp. mają w całości charakter przepisów bezwzględnie obowiązujących i nie mają znaczenia dla oceny prawidłowości gwarancji postanowienia w tym zakresie znajdujące się w SIWZ co do okoliczności jakie mają znaleźć się w treści gwarancji na okoliczność zatrzymania wadium.

W rozpoznawanej sprawie odwoławczej spór toczył się wokół zagadnienia czy o prawidłowej to jest wyczerpującej treści gwarancji w tym wypadku bankowej decydujące znaczenie mają postanowienia SIWZ czy też postanowienia ustawy Pzp to jest ust.4a i 5 art.46 ustawy. Na podstawie powyżej dokonanych ustaleń z SIWZ w zakresie wskazań co do treści gwarancji bankowej należy stwierdzić, że w SIWZ nie znalazł się wyczerpujący katalog okoliczności, które uprawniają zamawiającego do zatrzymania wadium, których wyczerpujący katalog znajduje się w ust.4a i ust.5 art.46 ustawy Pzp. Z treści SIWZ to jest punkt 10.16 wynika, że gwarancja czy to bankowa, czy to ubezpieczeniowa powinna w swej treści wskazywać okoliczności zatrzymania wadium wymienione w art.46 ust.5 ustawy Pzp. Natomiast w powyższych punktach to jest 10.13 i 10.14 Rozdziału X SIWZ podane są okoliczności, w których zamawiający dokona zatrzymania wadium a które można sprowadzić do treści ust.4a i ust.5 art.46 ustawy Pzp. Niemniej co do wytycznych w zakresie oczekiwanych treści składanych dokumentów gwarancji wadium zamawiający ograniczył się w punkcie 10.16 Rozdziału X SIWZ do okoliczności wskazanych w ust.5 art.46 ustawy Pzp z pominięciem okoliczności wskazanych w ust.4a art.46 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając zaistniałą rozbieżność pomiędzy treścią punktu 10.16 Rozdziału X SIWZ a regulacjami zawartymi w ust.4a i ust.5 art.46 ustawy Pzp. uznała za nieuprawnione powoływanie się przez odwołującego na wymagania co do treści gwarancji wadium wynikające tylko i wyłącznie z postanowień w SIWZ. W ocenie Izby nie wyczerpujące czy błędne wręcz postanowienia SIWZ wobec bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp dają pierwszeństwo przepisom ustawy Pzp wobec regulacji SIWZ. W takich sytuacjach jak zaistniała w przedmiotowej sprawie prawidłowość gwarancji w tym wypadku bankowej ocenia się według postanowień ustawy Pzp a nie wobec w tym wypadku niewyczerpujących okoliczności zatrzymania wadium wynikających z postanowień SIWZ. Reasumując to właśnie ustawa Pzp. w sposób wyczerpujący i bezwzględnie obowiązujący ustala okoliczności zatrzymania wadium i w związku z tym nie mają jakiegokolwiek znaczenia w tym zakresie postanowienia SIWZ nawet jeżeli wprowadzają w błąd wykonawców.

Przedstawiona do oferty gwarancja bankowa zawiera tylko okoliczności wymienione w ust.5 art.46 ustawy Pzp co do zatrzymania wadium. Natomiast pomija przypadki wymienione w ust.4a art.46 ustawy Pzp. W żaden sposób nawet poprzez przywołanie samego numeru ust.4a art.46 ustawy Pzp przedstawiona do oferty gwarancja bankowa nie daje prawa beneficjentowi w tym wypadku zamawiającemu do zatrzymania gwarancji wadialnej to jest żądania zapłaty kwoty ustalonej w gwarancji bankowej w okolicznościach przewidzianych w ust.4a art.46 ustawy Pzp. Prawa do zatrzymania wadium w przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w ust.4a art.46 ustawy Pzp również nie można wywieść z części wstępnej gwarancji, w której mowa jest o nieodwołalnym i bezwarunkowym spełnieniu żądań zamawiającego na podstawie wiążącej strony umowy. Dosłowne zobowiązanie w tej części gwarancji bankowej brzmi: Bank zobowiązuje się nieodwołanie i bezwarunkowo i niezależnie od ważności i skutków prawnych dokumentu stanowiącego podstawę Waszej wierzytelności do zapłacenia wymagalnych należności z tego tytułu oraz odsetek, prowizji i innych kosztów postępowania oraz do wypłaty kwoty wadium w przypadku wymienionym w art.46 ust.5 Ustawy.

W pierwszej części zobowiązania jest mowa o niezdefiniowanym dokumencie zamawiającego, który stanowi podstawę wierzytelności bez określenia jakiej wierzytelności z jakiego tytułu oraz dalej mowa jest o zobowiązaniu do zapłacenia wymagalnych należności, odsetek, prowizji i innych kosztów postępowania. W ocenie Izby postanowienia gwarancji bankowej Banku Spółdzielczego w Piasecznie w tej części nie mają jakiegokolwiek związku i znaczenia dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można bowiem z tak ogólnikowych postanowień wnioskować, że mieszczą się w nim okoliczności zdefiniowane taksatywnie w ust.4 a art.46 ustawy Pzp. Tym bardziej, że w dalszej części zobowiązania wymienia się okoliczności z ust.5 art.46 ustawy Pzp. W związku z powyższym w ocenie Izby zobowiązanie z gwarancji bankowej wystawionej przez Bank Spółdzielczy w Piasecznie nie wynika, prawo do żądania zapłaty kwoty wadium w okolicznościach wymienionych w ust.4a art.46 ustawy Pzp. a tylko w wymienionych w niej okolicznościach ust.5 art.46 ustawy Pzp.

Nie zasługuje również na uwzględnienie argumentacja odwołującego podnoszona na rozprawie, że z treści przedmiotowej gwarancji bankowej nie wynika, że wyłącza się sytuacje wymienione w ust.4a art.46 ustawy Pzp. W ocenie Izby z dokumentu gwarancji bankowej powinny wynikać w sposób jednoznacznie opisany okoliczności, w których nastąpi odpowiedzialność gwaranta. W tej gwarancji jednoznacznie opisanymi sytuacjami są tylko okoliczności wymienione w ust.5 art.46 ustawy Pzp. a brak okoliczności opisanych w ust.4a art.46 ustawy Pzp.

Natomiast jednoznacznie opisane okoliczności wyczerpujące przypadki z ust.4a i ust.5 art.46 ustawy Pzp przedstawione są w gwarancjach wystawionych przez ubezpieczyciela Inter Risk

Towarzystwo Ubezpieczeń Vienna Insurance Group dla: Agencji Ochrony Osób i Mienia „BASMA SECURITY” A. M. i M. W. sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz dla Konsorcjum KONSALNET Holding S.A. z siedzibą w Warszawie. Również powyższe wynika z gwarancji wystawionej przez Warszawski Bank Spółdzielczy dla ART- SECURITY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Na marginesie należy wskazać, że budzące wątpliwości co do nieodwołalnego i bezwarunkowego wypełnienia gwarancji budzą zapisy w gwarancji przedstawionej przez odwołującego z których wynika, że Zleceniodawca potwierdzi w ciągu 7 dni od daty żądania zapłaty, że żądanie zapłaty dotyczy zobowiązania wynikającego z umowy zawartej pomiędzy Beneficjentem a Zleceniodawcą, za które bank udzielił gwarancji, jak również zasadności tego roszczenia. Takie postanowienia w ocenie Izby nie gwarantują bezwarunkowości zapłaty przez Bank, ponieważ warunkują zapłatę zamawiającemu od potwierdzenia zasadności żądania zapłaty przez odwołującego (wykonawcę) a co w gwarancjach wadialnych uważa się za niedopuszczalne.

Izba powyżej przedstawiła również argumentację wskazującą na okoliczność, że przepisy o wadium w ustawie Pzp. mają charakter bezwzględnie obowiązujący a co oznacza brak prawa zamawiającego do skutecznego ich modyfikowania w postanowieniach SIWZ oraz bezskuteczność takich modyfikacji co do wymaganej ustawą Pzp. treści gwarancji co do okoliczności jej uruchomienia.

W związku z powyższym czynność zamawiającego wykluczenia z postępowania jest czynnością usprawiedliwioną w kontekście złożonej oferty i załączonej do niej gwarancji bankowej przez odwołującego.

Dodatkowo należy wskazać, że dokument gwarancji bankowej w ocenie Izby nie podlega ani uzupełnieniu, ani wyjaśnieniu czy to w kontekście przepisów art.26 ust.3 i 4 czy to art.87 ust.1 ustawy Pzp.

Wobec nie wykazania naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, Izba w myśl art.192 ust.2 ustawy Pzp. oddaliła odwołanie.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego co do braku interesu w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy Pzp., ponieważ cena nie była jedynym kryterium oceny ofert a zamawiający tylko powoływał się na przeprowadzoną symulację wyników a odwołujący zaprzeczył stanowisku zamawiającego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

Sygn. akt KIO 144/15

odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00zł. w koszty postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: