

Sygn. akt: KIO 2510/15

WYROK
z dnia 30 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2015 r. przez Odwołującego I. P. oraz B. P. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą BOGIV spółka cywilna z siedzibą we Wrocławiu przy: ul. Pasterska 2/27, 50-304 Wrocław

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta z siedzibą we Wrocławiu przy: ul. Długa 49, 53-633 Wrocław.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża I. P. oraz B. P. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą BOGIV spółka cywilna z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 00 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez I. P. oraz B. P. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą BOGIV spółka cywilna z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2510/15

Uzasadnienie

Zamawiający: Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, ul. Długa 49, 53-633 Wrocław wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Prace przygotowawcze i eksploatacyjne na dziewięciu fontannach i ujęciu wody „Zdrój” na ul. Świdnickiej we Wrocławiu”, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 08 września 2015 r., poz. 2015/S 173-315063.

Pismem z dnia 04 listopada 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego: 1. I. P. 2.B. P. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą BOGIV s.c. I. P. B. P. o wykluczeniu go z postępowania ze względu na niewniesienia wymaganego wadium, tj. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w ofercie Odwołującego dostrzegł omyłki rachunkowe oraz braki, jednak ze względu na wykluczenie Odwołującego, nie wzywał go do wyjaśnień i uzupełnień w tym zakresie.

W dniu 04 listopada 2015 r. Odwołujący odebrał osobiście w siedzibie Zamawiającego informację o wykluczeniu go z przetargu w zadaniach nr 1, 2, 3, 4 i 9, w tym samym dniu informacja taka została doręczona mu również faksem.

W powyższym terminie Zamawiający przekazał pozostałym wykonawcom również informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 16 listopada 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawą Pzp czynności i zaniechania Zamawiającego polegających na:

- 1) wykluczeniu Odwołującego z postępowania mimo braku podstaw;
- 2) zaniechaniu zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawcy „WOD-INSTAL” Usługi Instalacyjno-Budowlane oraz Elektryczne B. K. Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (dot. zadania nr 1), mimo zaistnienia przesłanek warunkujących obligatoryjne wezwanie do udzielenia wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowiącego, że Zamawiający przygotowuje i

przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców - poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego;

2. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp stanowiącego, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami tejże ustawy - poprzez bezprawny wybór ofert innych wykonawców dot. zadań nr 1, 2, 3, 4 i 9, niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;

3. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowiącego, że z postępowania wyklucza się wykonawców, który nie wnieśli wadium poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego mimo wniesienia przez niego wymaganego wadium;

4. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowiącego podstawę obligatoryjnego wezwania wykonawcy, który zaoferował ceny niższe od 30% szacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia do wyjaśnień dotyczących elementów oferty poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania WOD-INSTAL Usługi Instalacyjno- Budowlane oraz Elektryczne B. K. do przedmiotowych wyjaśnień do oferty na zadanie nr 1.

Mając na uwadze powyższe wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań nr 1, 2, 3, 4 i 9;
3. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wezwania wykonawców BOGIV s.c. I. P. B. P. oraz WOD- INSTAL Usługi Instalacyjno-Budowlane oraz Elektryczne B. K. do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 PZP;
5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych, w tym zwrotu kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 3.600 zł.

Odwołujący zwrócił uwagę, że pismem z dnia 19 października 2015 r. poinformował Zamawiającego, że do oferty zostały omyłkowo załączone nieprawidłowe dokumenty gwarancji ubezpieczeniowej oraz przedłożył prawidłowe dokumenty wraz z pismem od ubezpieczyciela wyjaśniającym zaistniałą omyłkę.

Przyznał przy tym, że wbrew zleceniu i dokumentom przetargowym, UNIQUA Towarzystwo Ubezpieczeniowe S.A. pierwotne dokumenty gwarancji wystawiło na okres od dn. 14.10.2015 r. do dn. 13.11.2015 r.

Wskazał, że omyłka została dostrzeżona w dn. 13.10.2015 r. przez sam zakład ubezpieczeniowy, który poinformował Odwołującego o dostrzeżonej oczywistej omyłce

pisarskiej i wręczył Odwołującym skorygowane dokumenty gwarancyjne wraz z pismem do Zamawiającego.

Zauważył, że pismo zakładu ubezpieczeniowego z dn. 13.10.2015 r. wraz ze skorygowanymi dokumentami gwarancyjnymi Odwołujący z własnej inicjatywy przedłożył Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 19.10.2015 r. i obecnie prawidłowe dokumenty gwarancji znajdują się w kasie Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego poprzez wykluczenie go i zaniechanie obligatoryjnego wezwania wykonawców do udzielenia wyjaśnień, co czynników cenotwórczych złożonych ofert, naruszył powołane wyżej przepisy ustawy Pzp.

I. Bezpodstawne wykluczenie Odwołującego mimo wniesienia przez niego wymaganego wadium.

W pierwszej kolejności, w ocenie Odwołującego, wykluczenie go z postępowania było bezpodstawne, bowiem nie jest zgodne z rzeczywistością twierdzenie Zamawiającego, że nie wniósł on wymaganego wadium.

Stwierdził, że wadium takie zostało wniesione, w pełnej wysokości i na okres związania ofertą.

Przyznał, że faktem jest, że Odwołujący pierwotnie przedłożył wraz z ofertą gwarancje ubezpieczeniowe zawierające omyłkę pisarską (wynikającą z omyłki zakładu ubezpieczeniowego).

Wyjaśnił również, że po odkryciu tego faktu, Odwołujący z własnej inicjatywy, w dobrej wierze, niezwłocznie przedłożył Zamawiającemu (który prawdopodobnie nie zauważyłby nawet omyłek) prawidłowe dokumenty wraz z pismem wyjaśniającym przyczynę omyłki przez zakład ubezpieczeniowy, który sam - przed upływem terminu składania ofert - przekazał Odwołującemu informację o omyłce wraz z prawidłowo wystawionymi dokumentami gwarancji.

Zauważył również, że z pisma zakładu ubezpieczeniowego wyraźnie wynika, że gwarancja od samego początku była udzielona na okres związania ofertą zgodnie z wymogami wynikającymi z SIWZ.

Zdaniem Odwołującego stanowisko Zamawiającego, który uznał, że Odwołujący nie

złożył wadium, było nieprawidłowe, a nadto naruszające zasady uczciwej konkurencji, gdyż z dokumentów gwarancyjnych, które były w jego posiadaniu, bezsprzecznie wynikało, że wszelkie interesy Zamawiającego chronione w ramach wadium są należycie zabezpieczone.

Nadto według Odwołującego uwzględniając fakt, iż zakwestionowana gwarancja wadialna miała stanowić wadium w konkretnym postępowaniu (z treści gwarancji wprost wynika jej cel - „tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium”), wskazana w pierwotnych dokumentach data była zwykłą oczywistą omyłką pisarską, a zgodną wolą stron umowy gwarancji ubezpieczeniowej było udzielenie zabezpieczenia na cały okres związania ofertą.

Mając na uwadze daty (13.11.2015 r. w pierwotnych dokumentach i 13.12.2015 r. w skorygowanych dokumentach - mylnie wpisano cyfrę „1” zamiast „2”, co jest o tyle częstym błędem, że cyfry te na klawiaturze komputera znajdują się obok siebie) całkowicie uzasadnione – w ocenie Odwołującego - jest przyjęcie oczywistego błędu pisarskiego w tym zakresie.

W przekonaniu Odwołującego w świetle wyjaśnień zakładu ubezpieczeniowego oraz pisma Odwołującego jest oczywiste, że ekonomiczne interesy Zamawiającego były (i są) w wymagany sposób zabezpieczone, co wynika również z faktu wyraźnego powołania się w przedmiotowych dokumentach gwarancji treść art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania naruszyło zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) oraz doprowadziło do wyboru oferty najkorzystniejszej wbrew przepisom ustawy, gdyż w odniesieniu do zadań nr 1, 2, 3, 4 i 9 Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę.

Nadmienił również, że w zakresie omyłki rachunkowej w ofercie Zamawiający w piśmie z dn. 04.11.2015 r. z nieuzasadnionych przyczyn przyjął, że w załączniku nr 3 do oferty (zadanie 1 - Fontanna „Walka i Zwycięstwo” na pl. Jana Pawła II) błąd rachunkowy dotyczy pozycji 1 kolumny 5, gdzie w jego ocenie powinna być kwota 120.000 zł.

Zaznaczył, że błąd we wskazanej tabeli zawarty jest w pozycji 1 kolumnie 4, gdzie omyłkowo wskazano 15.000 zł zamiast 1.500.

Zdaniem Odwołującego przy takiej kalkulacji kwoty określone w kolumnie 5 są prawidłowe, a oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza.

II. Zaniechanie zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawcy „WOD-INSTAL” Usługi Instalacyjno-Budowlane oraz Elektryczne B. K. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (dot. zadania nr 1).

W drugiej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający rażąco naruszył przepis art. 90 ust. 1 ustawy PZP, albowiem po wykluczeniu Odwołującego, wybrał ofertę wykonawcy, którego cena była rażąco niska, a zatem wykonawca nie dawał należytej gwarancji wykonania zamówienia publicznego. Zgodnie z powołanym przepisem, jeżeli cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Obligatoryjność wezwania wykonawcy, wynika z faktu, iż przy zaistnieniu warunków z ustawy, istnieje domniemanie „rażąco niskiej ceny”. W obecnym stanie prawnym ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.

Wskazał przy tym, że odniesieniu do zadania 1., Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 250 000 zł. Cena o 30% niższa od wartości zamówienia wynosi zatem 175 000 zł, co oznacza, że wszyscy wykonawcy, którzy zaoferowali cenę niższą niż 175 000 zł powinni zostać obligatoryjnie wezwani przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień i powinni byli wykazać, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Przyznał również, że Odwołującego, którego zgodnie z przepisami Pzp również należało wezwać, lecz niewątpliwie taką cenę zaoferował wykonawca, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, tj. WOD - INSTAL Usługi Instalacyjno-Budowlane oraz Elektryczne B. K. .

Według Odwołującego razie nieuwzględnienia odwołania, postępowanie obarczone będzie niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego istotną wadą, której nie będzie można usunąć, będzie wszakże wybór oferty zawierającej, zgodnie z domniemaniem z ustawy Pzp, rażąco niską cenę, bez uprzedniego wezwania do złożenia wyjaśnień, mimo iż zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający był zobowiązany do takiego wezwania.

Tym samym poprzez zaniechanie wezwania Zamawiający naruszył ustawowy obowiązek, a oferta została wybrana niezgodnie z przepisami ustawy Pzp (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp).

Z powyższych względów czynność wyboru oferty najkorzystniejszej powinna zostać unieważniona, a Zamawiający powinien należycie wykonać swe ustawowe obowiązki, tj. wezwać wszystkich wykonawców, których cena spełnia kryteria określone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak również, wobec niewykluczenia Odwołującego, wezwać także jego go do złożenia wyjaśnień i uzupełnień braków oferty. Dopiero po uzyskaniu niezbędnych wyjaśnień Zamawiający powinien dokonać ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, złożonych przez Odwołującego przy ofercie gwarancji ubezpieczeniowych zapłaty wadium z dnia 12 października 2015r.(strony 7 – 12 oferty) wystawionych przez Uniqa Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., odwołania, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 26 listopada 2015r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

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 nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust.1 i 3, art.24 ust.2 pkt. 2, lecz stwierdziła naruszenie art.90 ust.1 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego z przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu nie wniesienia wadium do upływu terminu składania ofert.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ w Instrukcji dla Wykonawców w części I pkt 5 poinformował wykonawców, że „ofertę należy złożyć do dnia 14.10.2014r. do godz.10:30 w (...), siedzibie Zamawiającego(...)”, zaś w pkt. 7 powiadomił wykonawców, że „termin związania ofertą: 60 dni od daty składania ofert.”.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący złożył przed upływem terminu składania ofert przedmiotowe gwarancje ubezpieczeniowe w zakresie zadań nr 1, 2, 3, 4 i 9, z których treści wynikało, że „gwarancja niniejsza ważna jest od dnia 14.10.2015r. do 13.11.2015r. i wygasa automatycznie i całkowicie, jeśli wezwanie do zapłaty wraz z oświadczeniem Beneficjenta nie zostanie dostarczone do Gwaranta w ww. terminie.”.

Ostatecznie Izba ustaliła, że Odwołujący dopiero w dniu 21 października 2015r., po terminie składania ofert przedłożył prawidłowe gwarancje ubezpieczeniowe z datą ich ważności do dnia 13.12.2015r. wyjaśniając, że przedmiotowe gwarancje zostały wystawione przed dniem złożenia ofert, jednak przez przeoczenie, nie zostały złożone wraz z ofertą (a zostały złożone błędnie).

Przy powyższym piśmie Odwołujący przedłożył również oświadczenie gwaranta z dnia 13 października 2015r. o błędnym zapisie dotyczącym obowiązywania powyższych gwarancji.

Zebrany w sprawie powyższy materiał dokumentacyjny nie pozostawił Izbie żadnych wątpliwości, co do uznania, że Odwołujący powinien być wykluczony przez Zamawiającego z przedmiotowego przetargu na zasadzie art. 24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp z powodu nie wniesienia wadium do upływu terminu składania ofert.

Istota wadium w postępowaniu przetargowym sprowadza się do zabezpieczenia złożonej przez wykonawcę oferty przez cały okres jej związania.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący przed upływem terminu składania ofert wniósł wadium, jednak nie zabezpieczało ono jego oferty przez cały okres jej związania.

Według zapatrywania Izby powyższego braku w postaci nie zadeklarowania przez wystawcę gwarancji ważności wadium przez cały okres związania ofertą nie można konwalidować po upływie terminu składania ofert poprzez zmianę terminu ważności wadium w wyniku złożenia nowego wadium bądź dokonywać wykładni oświadczeń woli mającej na celu sanowanie wadliwej daty ważności wadium.

Izba podziela przy tym dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyroki KIO o sygn. akt KIO 10/15, KIO 16/15, KIO 22/15, KIO 641/14, KIO 1655/10) i sądów powszechnych (wyrok SO w K. z 13 października 2005 r.; sygn. akt: IV Ca 468/05) zgodnie, z którym obowiązkiem uczestnika postępowania jest złożenie wadium na cały okres związania oferta.

Izba stanęła na stanowisku, że skoro wniesienie wadium stanowi zabezpieczenie ciężącego na Wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, to czas jego wniesienia (okres jego ważności) nie może być krótszy niż okres związania wykonawcy ofertą.

Powyższy pogląd Izby wynika również z treści art. 85 ust. 2 i 4 oraz art. 184 ustawy Pzp, które to przepisy wiążą okres związania ofertą z okresem obowiązywania wadium, co wskazuje, że wadium powinno zabezpieczać ofertę przez cały okres, w którym wykonawca jest nią związany.

Podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 marca 2011 r. wydanym w sprawie I CSK 448/10, stwierdził, że „z istoty wadium wynika, że zabezpiecza ono złożoną ofertę do momentu zawarcia umowy, a zatem przez cały okres związania ofertą”.

Natomiast należy wskazać, że stosownie do przepisu art. 45 ust. 3 ustawy Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.

Jeżeli przed upływem terminu składania ofert wniesiono wadium niegwarantujące zabezpieczenia oferty przez cały okres jej związania, to należy przyjąć, że takie wadium nie spełnia wymagań uzasadniających dalszy udział Odwołującego w przedmiotowym przetargu.

Zgodnie z art.24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania 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.

Rozpoznając drugi zarzut odwołania Izba uznała oświadczenie Zamawiającego z dnia 26 listopada 2015r. o uwzględnieniu odwołania w części dotyczącej naruszenia art.90 ust.1 ustawy Pzp za przyznanie skutkujące powtórzeniem przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert, po przeprowadzeniu przez niego postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę.

Izba stwierdzając naruszenie przez Zamawiającego art.90 ust.1 ustawy Pzp uznała, że wobec prowadzenia obecnie przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę naruszenie, to nie ma istotnego wpływu na wynik ocenianego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

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 2010r. 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:.....