

Sygn. akt: KIO 981/15

## WYROK

z dnia 26 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2015 r. przez wykonawcę: **Z. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. Z. Transpol Kopalnia Kruszywa w Łojewie, Łojewo 80, 88-101 Inowrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Sater Kórnik sp. z o.o. w Czmoniu, Czmoń 73, 62-035 Kórnik**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo J.A.T. sp. z o.o. w Gdańsku (80-283), ul. Matemblewska 27 oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” sp. z o.o. w Bogatyni (59-916), ul. Młodych Energetyków 3** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Sater Kórnik sp. z o.o. w Czmoniu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczenia wykonawcy: Z. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. Z. Transpol Kopalnia Kruszywa w Łojewie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a następnie powtórzenie czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz badania i oceny ofert,**
2. **kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Sater Kórnik sp. z o.o. w Czmoniu i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Z. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. Z. Transpol Kopalnia Kruszywa w Łojewie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Sater Kórnik sp. z o.o. w Czmoniu** na rzecz wykonawcy: **Z. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. Z. Transpol Kopalnia Kruszywa w Łojewie** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego i obejmującą wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Zamknięcie i rekultywacja składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w m. Czmoń, Gm. Kórnik” zostało wszczęte przez Sater Kórnik sp. z o.o. w Czmoniu, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi piśmie Izby z dnia 13 maja 2015 r., nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (37173-2015) w dniu 17 marca 2015 r.

W dniu 11 maja 2015 r. odwołanie wniósł wykonawca: Z. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. Z. Transpol Kopalnia Kruszywa w Łojewie, zwany dalej Odwołującym.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. „art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 4 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z Postępowania oraz uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą pomimo, iż Odwołujący wniósł wadium w prawidłowy sposób, a zatem oferta złożona przez Odwołującego była zabezpieczona wadium przez cały okres wymagany przez Zamawiającego, w związku z czym nie było podstaw do wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu i uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą;
2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy, a także innych przepisów wynikających z treści niniejszego odwołania”.

Zdaniem Odwołującego fakt, że w przedstawionej wraz z ofertą gwarancji wadialnej został przewidziany dłuższy termin zapłaty (30 dni), aniżeli wymagał tego Zamawiający (14 dni) w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), nie mógł przesądzać o tym, że nie wniósł on wadium, które w świetle przepisów ustawy Pzp należycie zabezpieczałoby interesy Zamawiającego. Stał ona stanowisku, że przedstawiona przez niego gwarancja

wadialna spełniała wszystkie warunki minimalne określone przepisami ustawy Pzp, zaś Zamawiający nie posiada kompetencji do określania terminów zapłaty z takiej gwarancji, stąd też niedotrzymanie określonych przez niego w tym zakresie wymogów nie może skutkować wykluczeniem go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także wykluczenia go z udziału w postępowaniu oraz uznaniu złożonej przez niego oferty za odrzuconą, a następnie dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert.

W dniu 15 maja 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo JAT sp. z o.o. w Gdańsku oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Górniczego i Energetycznego „EGBUD” sp. z o.o. w Bogatyni, zwani dalej łącznie Przystępującym, doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba wbrew twierdzeniom Odwołującego nie znalazła podstaw, aby uznać, że powołane zgłoszenie przystąpienia nie mogło zostać uznane za skuteczne. Zostało ono podpisane przez urzędującego członka zarządu (zgodnie z przedstawionym wraz ze zgłoszeniem odpisem z KRS oraz pieczęcią opisującą podpis pod zgłoszeniem) wykonawcy będącego pełnomocnikiem (pełnomocnictwo z dnia 23 marca 2015 r. złożone wraz ze zgłoszeniem przystąpienia) wykonawców występujących wspólnie, tj. Przedsiębiorstwa JAT sp. z o.o. w Gdańsku. Mając to na uwadze, Izba uznała, że powołani wykonawcy uzyskali status uczestnika postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane na wezwanie Prezesa Izby przez Zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt I.V.3.i) SIWZ Zamawiający wymagał, aby wadium złożone mu w formie gwarancji lub poręczenia gwarantowało mu, że wypłata gwarantowanej sumy nastąpi w terminie 14 dni na wskazany przez Zamawiającego rachunek bankowy.

Zgodnie z treścią pkt 5 gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 38/2015/BY z dnia 31 marca 2015 r., złożonej wraz z ofertą Odwołującego, gwarant wypłacić miał należną z gwarancji kwotę w ciągu 30 dni od daty doręczenia pisemnego wezwania do zapłaty.

Wraz z pismem z dnia 23 kwietnia 2015 r., w którym Odwołujący zawarł oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, przedstawił on Zamawiającemu aneks nr 1 do powołanej gwarancji z dnia 21 kwietnia 2015 r., zgodnie z treścią którego treść pkt 5 nie uległa zmianie.

Wraz z przedstawionym Zamawiającemu piśmie z dnia 29 kwietnia 2015 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia wystawcy gwarancji wadialnej oraz aneks nr 1 do powołanej gwarancji wystawiony, zgodnie z jego treścią, w dniu 31 marca 2015 r. Na jego mocy zmieniona została treść pkt 5 gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 38/2015/BY z dnia 31 marca 2015 r – zgodnie z jego nowym brzmieniem gwarant wypłacić miał należną z gwarancji kwotę w ciągu 14 dni od daty doręczenia pisemnego wezwania do zapłaty.

Pismem z dnia 6 maja 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp. Uznał on, że niezachowanie w złożonej pierwotnie wraz z ofertą Odwołującego gwarancji wadialnej terminu płatności określonego w SIWZ, pozwalało mu przyjąć, że na dzień składania ofert wykonawca ten nie miał oferty zabezpieczonej wadium na warunkach określonych w SIWZ.

Wobec powołanych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym

stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

Z uwagi na fakt związania Izby granicami zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba nie rozstrzygała o zasadności twierdzeń o konieczności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia z powodów przywołanych przez Przystępującego.

Fakt związania Izby granicami zarzutów wynika z powołanego przepisu art. 192 ust 7 ustawy Pzp. Wiążąca dla zakresu kognicji Izby jest bowiem treść zarzutów sformułowanych w odwołaniu z uwzględnieniem wszystkich elementów konstrukcyjnych tych właśnie zarzutów, a zatem, co do zasady, wskazania w odwołaniu na czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, przywołania przepisów, z którymi te czynności lub zaniechania czynności mają być niezgodne, a wreszcie wskazania na okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające formułowanie takich twierdzeń. Co do zasady, dopiero po przedstawieniu przez Odwołującego wszystkich tych elementów zawartych w odwołaniu (a nie formułowanych już po wniesieniu odwołania, choćby w toku rozprawy przed Izbą), Izba władna jest odnieść się do podniesionych zarzutów i rozstrzygnąć o ich zasadności. O konieczności odpowiedniego sformułowania zarzutów w samym odwołaniu świadczy chociażby przepis § 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280 z późn. zm.), który brak powołanych elementów konstrukcyjnych zarzutu traktuje jako brak formalny, którego niezuzupełnienie rodzi obowiązek zwrotu odwołania. Pamiętać przy tym należy, że w przypadku, gdy Odwołujący określi w sposób precyzyjny stan faktyczny (wskaże na konkretne dokonane przez Zamawiającego czynności, czy też na istnienie po stronie Zamawiającego obowiązku dokonania określonej czynności, z którego ten się nie wywiązał) i odniesie tenże stan faktyczny do określonej normy prawnej (nawet bez przywołania konkretnej jednostki redakcyjnej ustawy Pzp), wskazując przy tym na czym zarzucane przez niego naruszenie miałyby polegać i jakie, jego zaistnienie, rodzi konsekwencje dla sfery jego interesów, to takie sformułowanie zarzutu uznane zostać winno za wystarczające dla Izby, aby ta mogła orzec o zasadności tak postawionego zarzutu.

Przyjęcie takiej definicji zarzutu rodzi dalsze konsekwencje. Skoro Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest dopuszczalne, aby Odwołujący rozszerzał te granice już po wniesieniu odwołania, a podejmowanie przez niego takich prób nie może zostać uznane za działanie mogące skutecznie wpływać na kognicję Izby. Pamiętać przy tym należy, iż tak samo odwołanie, jak i poszczególne zarzuty w nim zawarte, formułowane są w konkretnym, zaistniałym w danej sprawie, stanie faktycznym i prawnym.

Stąd też oczywistym jest to, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego – odnoszą się one do tych czynności, jako takich, w jaki sposób zostały one Odwołującemu przez Zamawiającego zakomunikowane. Można zatem przyjąć, iż to treść konkretnych rozstrzygnięć podejmowanych przez Zamawiającego jest główną determinantą kształtującą treść zarzutu. To do treści komunikatu Zamawiającego i przesłanek, jakie uznał on za decydujące o podjęciu konkretnej decyzji, w głównej mierze odnosić się musi Odwołujący w swym odwołaniu i zawartych w nim zarzutach. To z kolei powoduje, że nie można od niego oczekiwać, aby na etapie konstruowania zarzutów uwzględniał okoliczności, których Zamawiający nie przywołał w informacji o podjętych przez siebie czynnościach, a które de facto uznał za rozstrzygające przy podejmowaniu tych czynności.

Skoro Odwołujący nie jest uprawniony do stawiania nowych zarzutów (czy też rozszerzania zakresu zarzutów już sformułowanych) już po upływie terminu na wniesienie odwołania, to także Zamawiający, wobec faktu, iż odwołanie wnoszone jest wobec konkretnych jego czynności, nie jest władny w toku postępowania odwoławczego przed Izbą wskazywać na nowe okoliczności, które przemawiałyby za słusnością podjętej przez niego decyzji. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnoszone jest wobec czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia – podjętej, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej czynności. I to do tejsze właśnie czynności, i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekście bada zasadność tych zarzutów.

Mając na uwadze powyższe, za istotną dla rozstrzygnięcia Izba uznała jedynie odpowiedź na pytanie czy Zamawiający mógł uznać w świetle przepisów ustawy Pzp, że przedstawienie przez Odwołującego gwarancji wadialnej przewidującej dłuższy, niż było to określone w SIWZ, termin wypłaty sumy gwarancyjnej, może zostać uznane za równoznaczne z niewniesieniem wadium, a tym samym, że może to stanowić podstawę do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Co istotne – w rozpoznawanej sprawie innych zarzutów w odniesieniu do wniesionego przez Odwołującego wadium Zamawiający nie podnosił i była to jedyna okoliczność faktyczna przemawiająca zgodnie z informacją zawartą w piśmie z dnia 6 maja 2015 r. za wykluczeniem Odwołującego. Tak też zostały określone granice zarzutów rozpoznawanych przez Izbę.

W ocenie Izby przywoływana przez Zamawiającego okoliczność faktyczna nie mogła stanowić podstawy dla wykluczenia Odwołującego w oparciu o przepis art. 24 ust. 2

pkt 2) ustawy Pzp. Podejmując takie rozstrzygnięcie Izba uwzględniła pogląd wyrażony w sprawie KIO 1779/11: „Odnosząc się do podkreślanego przez zamawiającego znaczenia postanowień siwz dotyczących wadium wnoszonych przez wykonawców (w tym przypadku znaczenia wymagań co do zastrzeżenia w treści gwarancji wadialnych 14-dniowego terminu płatności) Izba wskazuje, iż w świetle powołanych wyżej przepisów, jedynymi postanowieniami siwz dotyczącymi wadium, które nie zostały uregulowane w ustawie, ale winny być na mocy delegacji ustawowej określone przez zamawiającego i jako takie wywierają skutki prawne, są: kwota wadium i rachunek bankowy, na który wadium wnoszone w formie pieniężnej powinno być wpłacane. Jakiegokolwiek dodatkowe wymagania zamawiającego stawiane w treści siwz odnośnie sposobu wnoszenia wadium, jego deponowania i dostarczania, treści dokumentów wadialnych... etc., nie wywierają żadnych skutków prawnych, w szczególności nie wpływają na ocenę ważności i skuteczności wniesionego przez wykonawcę wadium. Brak podstaw prawnych do egzekwowania wymagań siwz odnoszących się do wadium, a nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy. Wadium (czy raczej dokument potwierdzający/stanowiący wadium w formie innej niż pieniężna) nie jest częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy w przeciwieństwie do wszelkich doprecyzowujących to oświadczenie dokumentów i informacjami, co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia, tym samym brak w tym przypadku możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w stosunku do oferty zabezpieczonej wadium niezgodnym z wymaganiami siwz. Natomiast każde wniesienie wadium do zamawiającego przed terminem składania ofert (art. 45 ust. 3), w wymaganej wysokości (art. 45 ust. 4), w formach w ustawie określonych (art. 45 ust. 6), pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 Pzp), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. A contrario tylko wadium niezgodne z wyżej opisanymi wymaganiami, zakwalifikowane zostanie jako brak wniesienia (prawidłowego) wadium i tym samym stanowić będzie przesłankę wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Inaczej: prawidłowo wniesione wadium, to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które de facto i de iure zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym zakresie wyrażonych w siwz, które mogą zostać zakwalifikowane najwyżej jako instrukcyjne.”



Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) lit. a) i b) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, przy czym wynagrodzenie pełnomocnika nie może być wyższe niż 3 600 zł. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz wpisu (10 000 zł).

**Przewodniczący:** .....