

Sygn. akt KIO 1000/10

**WYROK**  
**z dnia 14 czerwca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24 maja 2010 r. przez **Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa Wegner Sp. j., Rudki 10, 62-240 Trzemeszno** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Gmina Miłosław, ul. Wrzesińska 19, 62-320 Miłosław,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Przedsiębiorstwo Budowlane Michalski Sp. z o.o., 2. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Spółka Jawna Tadeusz i Artur Michalski, adres do korespondencji: ul. Szczepanowskiego 25, 64-100 Leszno** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie odwołującego,

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje:**

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej
- 2) dokonanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Miłosław, ul. Wrzeńska 19, 62-320 Miłosław** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa Wegner Sp. j., Rudki 10, 62-240 Trzemeszno** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Gmina Miłosław, ul. Wrzeńska 19, 62-320 Miłosław** na rzecz **Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa Wegner Sp. j., Rudki 10, 62-240 Trzemeszno** 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 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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**.

**Skład orzekający Izby:**

.....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający Gmina Miłosław prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych zadania pn. "Budowa Szkoły Podstawowej w Miłosławiu - Bugaj etap III, IV, V. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie zamówień publicznych w dniu 12 kwietnia 2010 r. pod numerem 81205.

W rozdziale VIII SIWZ Zamawiający zapisał wymagania dotyczące wadium. Określił formy, w jakich należy wnieść wadium, a także zapisał, iż w przypadku składania wadium w formie gwarancji/poręczenia winna ona być sporządzona zgodnie z prawem i zawierać następujące elementy:

- a) oznaczenie beneficjenta – wierzyciela z tytułu gwarancji lub poręczenia
- b) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona

c) kwotę gwarancji/poręczenia

d) termin ważności nie krótszy niż 7 dni po terminie związania ofertą

e) zobowiązanie gwaranta/poręczyciela co do zapłaty kwoty na pierwsze żądanie Zamawiającego w przypadkach, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana:

- odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy

Wykonawca-Odwołujący przedłożył wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. Inspektorat w Środzie Wielkopolskiej, z terminem ważności od dnia składania ofert, tj. 06 maja 2010r. do dnia 04 czerwca 2010r., czyli na okres 30 dni od upływu terminu składania ofert.

Zamawiający w piśmie ISR 3410/5/2010 z dnia 19.05.2010r. przesłał Odwołującemu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z zawiadomienia wynika m.in., iż Odwołujący został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp., gdyż Wykonawca złożył wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej niezgodne z treścią SIWZ rozdział VIII ust. 1 pkt 5 litera d (termin ważności nie krótszy niż 7 dni po terminie związania ofertą). W treści pisma Zamawiający dodał, iż ofertę wykluczoną uznaje się za odrzuconą.

Odwołujący w dniu 24 maja 2010 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Wedle jego stanowiska wyrażonego w odwołaniu, wniesione wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej Nr GWO/828/2010/081/320910 wystawionej przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. Inspektorat w Środzie Wielkopolskiej z dnia 04.05.2010r. opiewające na sumę gwarancyjną 50.000,00zł z terminem ważności od dnia 06.05.2010r. do 04.06.2010r. w pełni zabezpiecza złożoną ofertę i wypełnia dyspozycje przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych dotyczące regulacji wnoszenia oraz zwrotu wadium.

Zdaniem Odwołującego załączona do oferty gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona przez Zakład Ubezpieczeń zawiera wszystkie elementy, niezbędne i konieczne obejmująca niezbędne zapisy:

- określenie stron gwarancji (ubezpieczycie oraz beneficjent gwarancji)

- wskazanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

- określenie kwoty wadium

- określenie terminu ważności wadium, który nie może być krótszy niż termin związania ofertą (co ma kluczowe znaczenie w niniejszym postępowaniu w aspekcie podjętych działań

Zamawiającego)

- klauzulę o bezwarunkowej zapłacie przez gwaranta - ubezpieczyciela po zaistnieniu przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy PZP na pierwsze pisemne wezwanie Zamawiającego, co w pełni potwierdza regulacja prawa w tej kwestii.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, domaganie się przez Zamawiającego żądania wniesienia wadium wykracza poza okres ustawowy związania z ofertą, który w niniejszym postępowaniu zgodnie z art. 85 ust. 1 pkt 1 wynosi 30 dni jest działaniem nieuprawnionym i sprzecznym z przepisami ustawy - Prawo Zamówień Publicznych.

W tych okolicznościach faktycznych i prawnych nie ma żadnego znaczenia zapis w SIWZ - rozdział VIII ust 1 pkt 5 litera "d" na który powołuje się Zamawiający. Wprowadzona przez Zamawiającego dodatkowa klauzula o ten zapis stoi w ewidentnej sprzeczności z obowiązującym stanem prawnym i nie może wywołać żadnych skutków prawnych, a tym bardziej nie może stanowić podstawy do uznania przez Zamawiającego nieważności wniesionego wadium będącego podstawą do wykluczenia wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Bezpodstawne i bezprawne zastosowanie instytucji wykluczenia mojej firmy z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 uznając, że wniesione wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej jest niezgodne ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.
2. Naruszenie przepisu zawartego w art. 45 ustawy Prawo Zamówień Publicznych dotyczącego zachowania terminu wniesienia zapłaty wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Odwołujący wniósł o:

1. Uznanie wniesionego wadium jako pełne zabezpieczenie złożonej oferty a tym samym uznanie jej jako nie podlegającej odrzuceniu.
2. Dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwagi na fakt, że jest ona z najniższą ceną a kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty była tylko cena.

W dniu 07 czerwca 2010r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Zgodnie z jego argumentacją, Odwołujący znał wymóg w zakresie wadium, który stanowił, iż : „*termin ważności nie krótszy niż 7 dni po terminie związania ofertą*”. Jednak ani Odwołujący, ani żaden inny uczestnik przedmiotowego postępowania nie kwestionował tego wymogu. W związku z tym, SIWZ uzyskała znaczenie normatywne i obowiązuje zarówno Zamawiającego, jak i uczestników postępowania. Nie sformułowano

też żadnych pytań do tej części specyfikacji.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak nie wskazał o jaki przepis konkretnie chodzi. W istocie żaden z przepisów tej ustawy nie określa jak długo zamawiający może korzystać z wadium.

Zamawiający twierdził, iż w utrwalonym już orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie wskazywano, że 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 - Prawo zamówień publicznych.

Ponadto, zdaniem Zamawiającego, legalnie sformułowany wymóg dotyczący wadium obejmował równo i w taki sam sposób wszystkich uczestników postępowania. Z tej też przyczyny w niniejszej sprawie nie zachodzi naruszenie zasady równego traktowania czy uczciwej konkurencji.

Zarówno Odwołujący jak i Zamawiający podtrzymali stanowisko zawarte odpowiednio w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Potwierdzenie okoliczności, iż Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, oznaczałoby dla Odwołującego uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wykluczył wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, gdyż wykonawca złożył wadium niezgodnie z treścią SIWZ. Zdaniem Izby brak było podstaw do wykluczenia Wykonawcy na podstawie tego przepisu ustawy. Co więcej, wobec faktu, iż wniesione przez Wykonawcę wadium odpowiada wymogom stawianym przez ustawę, kwestia nie może stanowić podstawy do wykluczenia Wykonawcy. Artykuł ten stwierdza, 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 Wykonawca wniósł wadium. Wniósł go zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie. Wniesione wadium zabezpieczało okres związania ofertą tj. 30 dni od upływu terminu składania ofert. Zatem brak jest podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2. Co więcej, Zamawiający nie był uprawniony do wprowadzania uregulowań dotyczących wadium innych niż wskazuje ustawa. Ustawa Pzp wyraźnie określa, jaki jest okres związania ofertą i tylko taki czas zabezpiecza wadium. Jednoznacznie wskazuje na to brzmienie art. 85 ust. 4 ustawy, zgodnie z którym przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Przepis ten jednoznacznie wskazuje, iż wadium jest nierozzerwalnie 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.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, iż 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 - Prawo zamówień publicznych. Jednakże dotyczy to wymagań dotyczących wadium co do formy jego wniesienia, wysokości, sposobu wniesienia, czasu złożenia, termin ważności wadium zaś każdorazowo ustalany winien być zgodnie z uregulowaniami ustawy w zakresie terminu związania ofertą. 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 okres wadium był dłuższy niż okres związania ofertą nie tylko nie ma podstaw prawnych, ale także stanowi zaprzeczenie funkcjonalnego związku, jaki istnieje między terminem związania ofertą a wadium oraz celem, dla którego wadium jest ustanawiane.

Ponadto, w treści artykułu 36 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca, określając co winna zawierać specyfikacja istotnych warunków zamówienia, w pkt 8 zapisał „wymagania dotyczące wadium”, w pkt 9 „termin związania ofertą”. Ustawodawca nie użył określenia „termin wadium”, co także potwierdza, iż okres ważności wadium musi być tożsamy z okresem związania ofertą.

Ponadto, zgodnie z art. 85 ustawy Pzp. Zamawiający ma prawo zwrócić się do Wykonawców z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą. Tak więc w niniejszym przypadku interes Zamawiającego nie był zagrożony, przysługiwało mu uprawnienie żądania przedłużenia terminu związania ofertą, a co za tym idzie, przedłużenia terminu ważności wadium.

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, wymóg określony w rozdziale VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia (str 6 siwz) pod lit. d) w odniesieniu do wadium, który stanowił, iż : *termin ważności [wadium] nie krótszy niż 7 dni po terminie związania ofertą* był znany Odwołującemu, i ani on, ani żaden inny uczestnik przedmiotowego postępowania nie kwestionował tego wymogu. Nie sformułowano też żadnych pytań do tej części specyfikacji. W tej sytuacji specyfikacja istotnych warunków zamówienia uzyskała znaczenie normatywne i obowiązuje zarówno Zamawiającego, jak i uczestników postępowania. Nie sposób jednak zgodzić się z takim stanowiskiem. Specyfikacja nie może wprowadzać regulacji niezgodnych z ustawą – może najwyżej uzupełniać uregulowania ustawy. Dlatego w tym zakresie (wskazany powyżej) przede wszystkim Wykonawców obowiązywały regulacje ustawowe, a dopiero w dalszej kolejności – postanowienia SIWZ. Wadium wniesione przez Wykonawcy zgodne było z wymogami, jakie stawia ustawa. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że skoro Wykonawca nie kwestionował tego wymogu, nie sformułowano też żadnych pytań do tej części specyfikacji, postanowienia SIWZ są wiążące. Nie mogą być wiążące postanowienia SIWZ sprzeczne z ustawą, która jest powszechnie obowiązującym źródłem prawa (art. 87 ust. 1 Konstytucji RP). Ustawa jest aktem nadrzędnym nad aktami normatywnymi niższego rzędu (wymienionymi w art. 87 ust. 1 Konstytucji RP), jak również nad wszelkimi aktami wydanymi na podstawie upoważnienia zawartego w ustawie, a takim aktem niewątpliwie jest SIWZ. Zatem regulacja zawarta w SIWZ, będąca w sprzeczności z ustawą, jest nieważna.

Ponadto przedmiotem odwołania Wykonawcy jest czynność Zamawiającego, polegająca na wykluczeniu Wykonawcy, a nie zapisy SIWZ. W tym zakresie odwołanie zostało wniesione w terminie.

Wykluczenie Wykonawcy przez Zamawiającego zostało dokonane z naruszeniem przepisów ustawy, gdyż Wykonawca wniósł wymagane wadium i uczynił to zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi. Nie zachodziły więc podstawy do wykluczenia Wykonawcy na podstawie artykułu 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Skład orzekający Izby:**

.....