

Sygn. akt: KIO 2362/13

WYROK

z dnia 17 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2013 r. przez wykonawcę **Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Prymasa Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Komunikacji Miejskiej w Elblągu Sp. z o.o., ul. Browarna 90, 82-300 Elbląg,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 61, 82-300 Elbląg (lider)** oraz **Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej Sp. z o.o., ul. Dojazdowa 14, 82-300 Elbląg** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2362/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru w ramach Pakietu nr 2 oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu Sp. z o.o. (lider) oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu jako najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu Sp. z o.o. (lider) oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu

2.kosztami postępowania obciąża **Zarząd Komunikacji Miejskiej w Elblągu Sp. z o.o., ul. Browarna 90, 82-300 Elbląg** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Prymasa Tysiącecia 102, 01-424 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od **Zarządu Komunikacji Miejskiej w Elblągu Sp. z o.o., ul. Browarna 90, 82-300 Elbląg** na rzecz wykonawcy **Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Al. Prymasa Tysiącecia 102, 01-424 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zarząd Komunikacji Miejskiej w Elblągu Sp. z o.o., zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług publicznego transportu zbiorowego w zakresie komunikacji miejskiej na terenie Gminy Elbląg i gmin sąsiadujących”. Zamówienie podzielono na 3 pakiety.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 sierpnia 2013 r., nr 2013/S 157-274382.

W dniu 1 października 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze w ramach pakietu nr 2 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu Sp. z o.o. (lider) oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, zwanych dalej „Konsorcjum”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 4 października 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 4 października 2013 r.) wobec niezgodnej z przepisami czynności zamawiającego polegającej na uznaniu, iż oferta Konsorcjum została prawidłowo zabezpieczona wadium i w związku z tym zaniechaniu jego wykluczenia czego konsekwencją był wybór jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy.

Odwołujący czynnościom zamawiającego zarzucił naruszenie art. 45 ust. 6 i 7, art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 91 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. stwierdzenie, iż oferta Konsorcjum nie została zabezpieczona wadium
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
3. dokonanie ponownej oceny ofert i wykluczenie z postępowania Konsorcjum
4. wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż zgodnie z wymogami ustawy Pzp zamawiający żądał aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienie zabezpieczyli swe oferty wadium - punkt VIII SIWZ „Wymagania dotyczące wadium ” - w którym zamawiający określił wysokość wadium dla Pakietu Nr 2 w wysokości 250.000,00 zł. Zamawiający wskazał, iż wadium należy wnieść przed terminem składania ofert, a jako dopuszczalne formy jego wniesienia powtórzył zapisy art. 45 ustawy Pzp, dodając w pkt VIII,

ppkt 2 SIWZ, iż: „Wykonawca, który nie wniesie wadium na okres związania ofertą zostanie przez zamawiającego wykluczony z postępowania. ”

Nadto odwołujący podniósł, iż ustawa Pzp zawiera zamknięty katalog dopuszczalnych form wniesienia wadium. Wedle wyboru wykonawcy wadium może być wnoszone w jednej lub kilku z form wskazanych w ustawie, której zapisy powielił zamawiający w treści SIWZ. Wniesienie wadium w pieniądzu polega na przekazaniu do dyspozycji zamawiającego oznaczonej kwoty pieniężnej. Kwota ta nie staje się jednakże mieniem zamawiającego. W momencie wniesienia zabezpieczenia zamawiającemu służy wyłącznie roszczenie o zatrzymanie kwoty wadium w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Tak więc wadium wnoszone w pieniądzu powinno zostać wpłacone przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego, na którym to jest przechowywane.

Wykluczeniu podlega wyłącznie wykonawca, który wadium nie wniósł lub wniósł je w niewłaściwej formie. Za formę należy - zgodnie z art. 45 ust. 6 ustawy Pzp - uznać pieniądź, a nie drogę, którą wadium wpłynęło na wskazane konto. Wniesienie wadium w innej formie niż formy wskazane w prawie zamówień publicznych należy zrównać z jego niewniesieniem, co będzie skutkowało wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Pogląd ten był wielokrotnie podkreślany zarówno w literaturze jak i orzecznictwie i jest on jednym z ugruntowanych i niekwestionowanych aksjomatów Prawa zamówień publicznych (np. wyroki Izby w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 213/10, KIO/UZP 1610/09, KIO 1868/10, KIO 52/12 oraz KIO 1766/12).

W dniu 30 września 2013 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego, w odpowiedzi na złożony wniosek, „oświadczenia o potrąceniu” złożone przez Konsorcjum, którego ofertę w dniu 1 października 2013 r. wybrał jako najkorzystniejszą. Z powyższego wynika, iż Konsorcjum jako wadium, które zabezpieczało jego ofertę wniósł dwa dokumenty datowane na dzień 20 września 2013 r. zatytułowane „Oświadczenie o potrąceniu”, z których treści wynikało, iż obaj członkowie Konsorcjum dokonują potrącenia należnych im od zamawiającego wierzytelności w kwotach po 125.000,00 złotych (słownie sto dwadzieścia pięć tysięcy złotych zero groszy) i tym samym uznają, iż „Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej, a co za tym idzie wadium wymagane w wyżej opisanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w kwocie 125 000 zł. (słownie: sto dwadzieścia pięć tysięcy złotych) dla Pakietu Nr 2 uważamy za wniesione w ten sposób, a warunek opisany w rozdziale VIII pkt 1 SIWZ za spełniony”. Ww. oświadczenia nie zostały załączone do oferty Konsorcjum. Konsorcjum w treści formularza ofertowego w pkt 7 poinformowało jedynie, że „wadium o wartości 250 000,00 zł zostało wniesione w formie pieniężnej” (choć przeczy mu wymieniona w formularzu lista załączników gdzie pod punktem 6 jest informacja właśnie o oświadczeniach). Konsorcjum, składając wadium w formie pieniężnej miało obowiązek załączyć do oferty potwierdzenie

dokonania przelewu w kwocie 250 000,00 zł, w którego tytule jednoznacznie należało określić, iż jest to kwota wpłacona jako wadium w tym konkretnym postępowaniu.

Dokument dotyczący potrącenia wzajemnych wierzytelności nie jest formą dopuszczalną przez ustawę Pzp oraz SIWZ, a tym samym nie może być mowy o tym, iż Konsorcjum wniosło wadium w formie dopuszczalnej przez ustawę Pzp. W związku z tym Konsorcjum winno zostać wykluczone na mocy art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 45 ust 6 i ust. 7 ustawy Pzp.

Nadto dodał, iż samo potrącenie dokonane przez członków Konsorcjum jest nieważnym na gruncie przepisów kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 498. § 1 kodeksu cywilnego „Gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym.” Tak więc potrącenie (kompensacja, kompensata) - w prawie cywilnym oznacza umorzenie dwóch przeciwstawnych sobie wierzytelności poprzez złożenie oświadczenia woli przez jednego wierzyciela drugiemu wierzycielowi lub w drodze dwustronnej umowy. Kompensata uchyla konieczność realnego wykonania świadczeń przez obie strony, a zaspokojenie wierzyciela wyraża się w tym iż nie musi on wykonywać przeciwstawnego zobowiązania. Niezbędnymi przesłanki potrącenia są enumeratywnie wymienione w przepisie okoliczności, tj. dwie osoby muszą być względem siebie zarówno wierzycielami jak i dłużnikami; przedmiotem świadczeń w obu przypadkach są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone co do gatunku; obie wierzytelności są wymagalne oraz wierzytelność osoby dokonującej potrącenia jest zaskarżalna. Tak więc w przedmiotowym przypadku nie ma mowy o możliwości potrącenia, bowiem wadium nie jest wierzytelnością, której zamawiający może dochodzić sądownie. Kwota wadium nie staje się bowiem mieniem zamawiającego. Przy braku wadium zamawiający po prostu wyklucza oferenta z udziału w postępowaniu, ale nie może się sądownie domagać, aby oferent wniósł je w ramach składania oferty, tak więc nie ma tu mowy o zaistnieniu następujących przesłanek: dwie osoby muszą być względem siebie zarówno wierzycielami jak i dłużnikami oraz wierzytelność osoby dokonującej potrącenia jest zaskarżalna.

W dniu 7 października 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 10 października 2013 r. (pismem z dnia 9 października 2013 r.) Konsorcjum przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

W dniu 15 października 2013 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale VIII SIWZ „WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM” zamieścił następujące postanowienia:

„1. Zamawiający żąda od Wykonawcy wniesienia wadium w wysokości:

(...)

1.2. dla Pakietu Nr 2: w wysokości: 250 000 zł (słownie: dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych)

(...)

Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert.

Wadium może być wnoszone w jednej lub w kilku następujących formach, zgodnie z art. 45 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj.:

- w pieniądzu
- w poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym
- w gwarancjach bankowych
- w gwarancjach ubezpieczeniowych
- w poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (...)

Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacić przelewem na rachunek bankowy BANK PEAKO S.A. (...)

2. Wykonawca, który nie wnieśli wadium na okres związania ofertą zostanie przez Zamawiającego wykluczony z postępowania.

3. Wadium będzie zwracane na warunkach określonych w art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych.

4. Zamawiający zatrzyma wadium na warunkach określonych w art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych.”.

Konsorcjum w formularzu „OFERTA – PAKIET NR 2” pkt 7 podało „Wadium o wartości 250.000,00 zł zostało wniesione w formie pieniężnej. (...), a ponadto wśród wyspecyfikowanych załączników wymieniło pod pozycją 6 „Oświadczenia członków konsorcjum o potrąceniu – dokument potwierdzający wniesienie wadium”.

Oświadczenia członków konsorcjum o potrąceniu (dokument potwierdzający wniesienie wadium z dnia 20 września 2013 r.) został zdeponowany w kasie zamawiającego. W ich treści konsorcjanci złożyli oświadczenie, iż „(...) na podstawie art. 498 KC oświadczamy, że potrącamy naszą wierzytelność z wierzytelności (wyżej opisane) przysługujące ZKM Spółce z o.o. Wskutek potrącenia obie wierzytelności umarzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej a co za tym idzie wadium wymagane w wyżej opisanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w kwocie 125 000 zł (...) dla Pakietu Nr 2 uważamy za wniesione w ten sposób, a warunek opisany w rozdziale VIII pkt 1 SIWZ za spełniony.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 45 ust. 6 ustawy Pzp przewiduje *numerus clausus* dozwolonych form wniesienia wadium. Tak więc wedle wyboru wykonawcy „wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu
- 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym
- 3) gwarancjach bankowych
- 4) w gwarancjach ubezpieczeniowych
- 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (...).”.

Zamawiającemu nie służy przy tym uprawnienie do wskazywania dozwolonych i aprobowanych przezeń form wadium. Prawo zamówień publicznych przewiduje bowiem zamknięty katalog form, w jakich może być wniesione wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podstawową formą jest pieniądz, ale oprócz niego istnieje możliwość ustanowienia zabezpieczenia w postaci poręczeń bankowych, gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych oraz poręczeń dokonywanych przez Polską Agencję Rozwoju

Przedsiębiorczości. Wadium nie może być wniesione w szczególności w papierach wartościowych – akcjach, obligacjach, czekach czy innych. Nie może także wykonawca dokonać potrącenia istniejącej wierzytelności względem zamawiającego, gdyż ustawa Pzp takiej możliwości (wniesienia wadium wskutek potrącenia) nie przewiduje. Wadium jest bowiem szczególną formą zabezpieczenia, do którego nie mogą mieć zastosowania przepisy kodeksu cywilnego o potrąceniu (art. 498-505 k.c.). Wykonawca nie może więc wnieść skutecznie wadium dokonując potrącenia własnej wierzytelności wobec zamawiającego z wierzytelnością zamawiającego wobec wykonawcy dokonującego potrącenia. Wadium nie jest bowiem - jak słusznie podniósł odwołujący – należnością, którą można potrącić, nie jest też wierzytelnością, której zamawiający może dochodzić sądownie, jak i nie ma ono charakteru realnego. „Wniesienie wadium w innej formie, w szczególności w formie blokady kwoty wymaganej jako wadium z należności wynikającej z konkretnej faktury (...) również nie może być uznane jako właściwa forma wniesienia wadium” (wyrok SO w Warszawie z dnia 10.12. 2002 r., sygn. akt V Ca 1642/02). Wyboru formy wadium dokonuje wykonawca. Niemniej jednak może on dokonywać dowolnych kombinacji form wyłącznie dozwolonymi formami (taką formą nie jest natomiast potrącenie) i różne części wadium wpłacić w sposób odmienny. Wadium wnoszone w pieniądzu powinno zostać wpłacone przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego w SIWZ i ogłoszeniu. Tymczasem mimo oświadczenia złożonego przez Konsorcjum w treści złożonej oferty, iż „Wadium o wartości 250.000,00 zł zostało wniesione w formie pieniężnej” w formie tej wadium nie zostało przez tego wykonawcę faktycznie wniesione. Za taką formę nie może być bowiem uznane potrącenie. Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez strony na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie zasądziła kosztów zastępstwa prawnego przed Izbą na rzecz przystępującego, gdyż – zgodnie z § 3 przedmiotowego rozporządzenia – do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania, natomiast koszty uczestnika postępowania jedynie w okolicznościach przewidzianych w rozporządzeniu i nie dotyczą one sytuacji, jaka ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym.

Przewodniczący: