

Sygn. akt: KIO 994/15

WYROK

z dnia 26 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2015r. przez **odwołującego:** ING Bank Śląski S.A. 40-089 Katowice ul. Sokolska 34 Centrum Bankowości Korporacyjnej w Częstochowie w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gmina Miasta Jaworzno Urząd Miejski w Jaworznie ul. Grunwaldzka 33; 43-600 Jaworzno

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasta Jaworzno Urząd Miejski w Jaworznie ul. Grunwaldzka 33; 43-600 Jaworzno i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez ING Bank Śląski S.A. 40-089 Katowice ul. Sokolska 34 Centrum Bankowości Korporacyjnej w Częstochowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Miasta Jaworzno Urząd Miejski w Jaworznie ul. Grunwaldzka 33; 43-600 Jaworzno na rzecz ING Bank Śląski S.A. 40-089 Katowice ul. Sokolska 34 Centrum Bankowości Korporacyjnej w Częstochowie kwotę 18.654 **zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset pięćdziesiąt cztery złote) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i kosztu dojazdu na rozprawę.

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 Katowicach

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołujący pismem z dnia 12 maja 2015 roku w dniu 14 maja 2015 roku wniósł odwołanie od unieważnienia postępowania przez zamawiającego, którą to czynność zamawiający podjął na podstawie art.93 ust.1 pkt 7 w związku z art.146 ust. 1; ust.5 i ust.6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. 2013 poz.907 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący zażądał:

1. Uwzględnienia odwołania i unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania;
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz przyjęcia oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
3. Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania zgodnie z wykazem przedstawionym podczas rozprawy.

Odwołujący powołał się na interes we wniesieniu odwołania w związku ze złożeniem oferty i pozbawieniem przez zamawiającego możliwości uzyskania zamówienia z powodu unieważnienia postępowania. Zdaniem odwołującego jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący nie zgadza się z czynnością zamawiającego unieważnienia postępowania w związku z nie wniesieniem wadium przez żadnego z wykonawców. Uważa, że skoro w wyniku błędu zamawiającego, który podał nie istniejący numer rachunku bankowego, żaden z wykonawców nie dokonał wpłaty wadium, to nie ma podstaw do ponoszenia z tego tytułu odpowiedzialności przez wykonawców a co w konsekwencji doprowadziło do unieważnienia postępowania.

Z kolei zamawiający Urząd Miejski pismem z dnia 22 maja 2015 roku wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba ustaliła

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez Urząd Miejski w Jaworznie zwany dalej „zamawiającym”.

Przedmiotem postępowania jest udzielenie kredytu długoterminowego w wysokości 38.000.000 złotych.

Wartość zamówienia zostało na kwotę 7.250.548,42 złote co stanowi 1.7816.146,75 euro. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23.03.2015 roku pod pozycją 2015/S 061-106750.

Do upływu terminu składania ofert złożono 4 oferty w tym oferta ING Bank Śląski S.A. Regionalne Centrum Korporacyjne w Częstochowie zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący złożył najtańszą ofertę to jest koszt kredytu ustalił na kwotę 4.550.497,78 złotych.

Zamawiający pismem z dnia 6 maja 2015 roku zgodnie art.93 ust. 3 pkt 2 ustawy zawiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający jako podstawę prawną podał art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podając uzasadnienie faktyczne i prawne swojej czynności podał następujące okoliczności.

Zgodnie z treścią art.45 ust.1 ustawy zamawiający zażądał wniesienia przez wykonawców wadium w kwocie 50 tysięcy złotych. W części VIII ust.3 SIWZ zamawiający poinformował, że wadium w pieniądzu należy wnieść przelewem na rachunek zamawiającego w Banku Handlowym S.A. o nr 68 1560 0013 2382 1787 0740 0006. Jak później okazało się to rzeczywiście Bank Handlowy prowadzi rachunek zamawiającego. Jednak podany numer rachunku w Banku nie istnieje. Podany rachunek to rachunek, który zamawiający posiadał w innym banku do dnia 31.12.2014r., był to rachunek depozytowy.

Wszyscy wykonawcy jak później się okazało jeden dzień przed upływem terminu składania ofert to jest w dniu 4 maja 2015 roku dokonali przelewu na wskazany rachunek. W dniu otwarcia ofert pracownik jednego z oferentów poinformował telefonicznie zamawiającego, że dyspozycja jego banku nie została zrealizowana z powodu zamknięcia rachunku o wskazanym numerze w Specyfikacji.

Jak zamawiający poinformował, na dzień składania ofert nie posiadał żadnego opłaconego wadium przez oferentów, którzy złożyli jemu oferty.

Zamawiający przyznał, że w zaistniałej sytuacji nie mógł wykluczyć wykonawców z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 2 ustawy to jest z powodu nie wniesienia

wadium do upływu terminu składania ofert, ponieważ błąd leży po stronie zamawiającego a wykonawcy postąpili zgodnie z postanowieniami Specyfikacji. Niezaprzeczalnym faktem jest, że wykonawcy nie wnieśli wadium co uniemożliwia zamawiającemu korzystanie z instrumentów prawnych przewidzianych w art. 45 i 46 ustawy. Niemożliwa do usunięcia wada powoduje, że zamawiający nie może dokonać pozytywnego rozstrzygnięcia postępowania to jest wyboru oferty i zawarcia umowy zgodnie z przepisami ustawy pzp. Mając powyższe na uwadze zamawiający na podstawie art.93 ust.1 pkt 7 unieważnia postępowanie.

Tak czynność unieważnienia postępowania uzasadnił zamawiający.

Na podstawie dowodu na rozprawie przeprowadzonego z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to jest rozdziału VIII Wymagania dotyczące wadium SIWZ wynika, że okoliczność wskazana przez zamawiającego jest bezsporna co do braku potencjalnej możliwości wpłaty wadium na konto zamawiającego przez wszystkich oferentów składających oferty.

Odwołujący na rozprawie przedłożył dowód wpłaty wadium w dniu 4 maja 2015 roku czyli jeden dzień przed upływem terminu składania ofert na konto wskazane w rozdziale VIII pkt 3.1. SIWZ z oznaczeniem, że jest to wadium na „udzielenie kredytu długoterminowego w wysokości 38 milionów złotych” z oznaczeniem, że wpłata dokonywana jest na rzecz Gminy Jaworzno z oznaczeniem daty księgowania 04.05.2015r. od ING Bank Śląski S.A. Również złożył dowód przelewu w odwrotnym kierunku to jest zwrot z Narodowego Banku Polski S.A. w dniu 06.05.2015 kwoty 50.000,00złoty na konto odwołującego ING Bank Śląski z adnotacją rachunek odbiorcy zamknięty.

Tak więc bezsporną pomiędzy stronami jest okoliczność, że numer rachunku bankowego, który zamawiający podał jako właściwy do wpłaty wadium był nieaktywny od kilku miesięcy, ponieważ został zamknięty w dniu 31 grudnia 2014 roku w sytuacji gdy upływ terminu do składania ofert miał miejsce w dniu 5 maja 2015 roku.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności w których zamawiający unieważnił postępowanie w sprawie są bezsporne i sprowadzają się do wskazania błędnego numeru rachunku bankowego w Specyfikacji (SIWZ).

Na nieprawidłowo podany rachunek bankowy wykonawcy mieli dokonywać wpłaty na rzecz wadium, w przypadku jego wnoszenia w pieniądzu. Powyższe fakty pomiędzy stronami są

bezsporne niemniej skutki prawne z nich wynikające zamawiający jak i odwołujący oceniają przeciwnie. Zamawiający uznał te okoliczności za stanowiące podstawę do unieważnienia postępowania, czemu sprzeciwił się odwołujący wnosząc w niniejszej sprawie odwołanie.

Należy przyznać zamawiającemu, że zarówno w piśmie z dnia 6 maja 2015 roku do wykonawców w sprawie unieważnienia postępowania jak i w toku postępowania odwoławczego, jednoznacznie stawiał sprawę co do jego odpowiedzialności za brak możliwości wykonania przelewu na podane w SIWZ konto bankowe. Przy czym w ocenie zamawiającego nie było możliwe kontynuowanie postępowania przetargowego a tylko jego unieważnienie. Jako powód unieważnienia postępowania w w/w piśmie, zamawiający podał, że nie będzie mógł w praktyce korzystać z dyspozycji zawartych art.45 i 46 ustawy („Niezaprzeczalnym jest jednakże, iż wykonawcy nie wnieśli wadium a zamawiający w takich okolicznościach nie może korzystać z narzędzi związanych z instytucją wadium określonych w art.45-46 ustawy Pzp. Niemożliwa do usunięcia wada postępowania powoduje, iż zamawiający nie może dokonać pozytywnego rozstrzygnięcia postępowania, tj. wyboru oferty i zawarcia umowy zgodnie z przepisami ustawy Pzp”). Ta sytuacja i jej ocena doprowadziła zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp (zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego).

W ocenie Izby zamawiający słusznie doszedł do przekonania, że brak wpłaty wadium na dzień składania ofert stanowi wadę nieusuwalną na ten dzień w myśl przepisów ustawy co do obowiązku zabezpieczenia oferty wadium (art. 45 ust.1 ustawy Pzp.)

Natomiast w ocenie Izby ta nieusuwalna wada na dzień upływu terminu składania ofert nie powoduje braku możliwości zawarcia w tym postępowaniu umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Zacytowany powyżej jak i przywołany w piśmie zamawiającego o unieważnieniu postępowania przepis art.93 ust.1 pkt 7 ustawy składa się z dwóch dyspozycji, które muszą zaistnieć jednocześnie aby postępowanie podlegało unieważnieniu. Pierwszą dyspozycję przepisu stanowi okoliczność, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą. W zawisłej sprawie taką okoliczność stanowi to, że zamawiający uniemożliwił wniesienie wadium przed upływem terminu składania ofert, podając w SIWZ nieprawidłowy numer rachunku bankowego na który można dokonać wpłaty kwoty stanowiącej równowartość wadium. Wada ta jest faktycznie nieusuwalna, ponieważ termin składania ofert upłynął a wykonawcy z przyczyny leżącej po stronie zamawiającego nie wnieśli w terminie wadium dokonując przelewu wymaganej kwoty na zamknięty rachunek zamawiającego i otrzymując zwrot kwoty zabezpieczającej wadium. Niemniej drugą wymaganą okolicznością

do unieważnienia postępowania jest to, że wada w tym przypadku brak wadium powoduje, iż umowa zawarta w takich okolicznościach będzie podlegała unieważnieniu. Przy czym okoliczności, w których umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu są enumeratywnie wyliczone w art.146 ust. 1 ustawy i nie ma w nim takiej przesłanki unieważnienia jak brak wniesienia wadium na dzień, w którym upływa termin składania ofert (art.45 ust.3 wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert).

Zgodnie z przepisem art.146 ust.1 ustawy wskazującym okoliczności unieważnienia umowy są nimi, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
- 2) nie zamieścił ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
- 3) zawarł umowę z naruszeniem art.94 ust.1 albo art.183 ust.1 ustawy, jeżeli to uniemożliwiło Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 4) uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu;
- 5) udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art.94 ust.1, jeżeli nastąpiło naruszenie art.101 ust.1 pkt 2
- 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę.

W tym stanie rzeczy wśród okoliczności powodujących unieważnienie umowy a powyżej wymienionych, do których odsyła art.93 ust.1 pkt 7 ustawy nie znajduje się okoliczność nie wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert.

Owszem jest to dyskomfortowa sytuacja dla zamawiającego, jeżeli wybrany wykonawca odmówi zawarcia umowy niemniej sytuacja ta nie ma wpływu na możliwość zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wadium służy dyscyplinie wykonawców i zabezpieczeniu interesu finansowego zamawiającego jako organizatora przetargu ponoszącego jego koszty ale nie decyduje o ważności składanych ofert i możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Słusznie zamawiający w tych okolicznościach nie skorzystał z dyspozycji art.24 ust.2 pkt 2 ustawy przewidującej wykluczenie wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, ponieważ zamawiający uniemożliwił jego wniesienie wykonawcom składającym oferty. Skorzystanie z tego prawa stanowiłoby nadużycie prawa. Bowiem w myśl art. 5 k.c. w związku z art.14 ustawy nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami

współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego w tym wypadku zamawiającego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Istotną okolicznością wziętą pod uwagę przez Izbę przy rozstrzyganiu w sprawie jest możliwość zapoznania się z treścią oferty konkurentów co utrudnia uzyskanie statusu najkorzystniejszej oferty w przypadku ponownego ogłoszenia przetargu przez zamawiającego (art. 86 ust.1 w związku z jego ust.4 i 5).

W tym stanie rzeczy odwołanie zostało uwzględnione w myśl art.192 ust.2 ustawy, ponieważ naruszenie art.93 ust.1 pkt 7 ustawy w związku z art.146 ust.1 ustawy przez unieważnienie postępowania, w którym zostały złożone oferty w tym oferta odwołującego oczekującego na wybór jego oferty ma wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 i § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41 poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł. uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych tytułem zwrotu uiszczonego wpisu, 3.600 złotych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie przedłożonego rachunku vat. i 54 złote z tytułu kosztu dojazdu na rozprawę.

Przewodniczący: