

Sygn. akt: KIO 1110/15

WYROK
z dnia 12 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 maja 2015 r. przez wykonawcę **SKYLINE TELEINFO spółka akcyjna w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie**

przy udziale zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. wykonawcy **CPD System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonce**
- B. wykonawcy **Qumak spółka akcyjna w Warszawie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SKYLINE TELEINFO spółka akcyjna w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną 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 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa serwerowni dla Centrali ZUS przy ul. Szamockiej 3,5 w Warszawie”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 26 maja 2015 r. SKYLINE TELEINFO Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała zasadność wykluczenia jej z postępowania i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych poprzez bezpodstawne uznanie, że ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium złożona przez Odwołującego nie zabezpiecza interesów Zamawiającego w postaci możliwości uzyskania czy zatrzymania kwoty wadialnej we wszystkich okolicznościach określonych w tym przepisie w brzmieniu przed nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie z dniem 19 października 2014 roku (na podstawie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych; Dz. U. z 18 września 2014 roku; Dz. U. 2014, 1232) pomimo tego, że ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium złożona przez Odwołującego zabezpiecza interesy Zamawiającego w postaci możliwości uzyskania czy zatrzymania kwoty wadialnej we wszystkich okolicznościach przewidzianych przepisami Prawa zamówień publicznych w brzmieniu znajdującym zastosowanie do Postępowania;

2) art. 24 ust. 2 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z Postępowania pomimo nie zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy określonych w tym przepisie, tj. pomimo tego, że Odwołujący wniósł wadium do upływu terminu składania ofert oraz na przedłużony okres związania ofertą, zaś ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium złożona przez Odwołującego zabezpiecza interesy Zamawiającego w postaci możliwości uzyskania czy zatrzymania kwoty wadialnej we wszystkich okolicznościach przewidzianych przepisami Prawa zamówień publicznych w brzmieniu znajdującym zastosowanie do Postępowania;

3) art. 89 ust. 1 pkt. 5 Prawa zamówień publicznych poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego złożonej w Postępowaniu pomimo nie zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy określonych w tym przepisie, tj. pomimo tego, że oferta została złożona przez wykonawcę, co do którego nie zaistniały przesłanki wykluczenia z udziału w Postępowaniu; w konsekwencji powyższego w ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył również przepis art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. ust. 1 Prawa

zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo że oferta Odwołującego była zgodna z SIWZ, a ponadto najkorzystniejsza, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert określone w treści SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu;

i w konsekwencji powyższego - nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a w rezultacie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert określone w treści SIWZ.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu, a w odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie. Wyjaśniał, że pierwotnie uznał ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą, jednak po otrzymaniu od CPD System sp. z o.o. informacji w trybie art. 181 ust. 1 Prawa zamówień publicznych ponownie przeanalizował treść gwarancji wadialnej załączonej do oferty Odwołującego i uznał, że podlega on wykluczeniu, ponieważ należy uznać, że nie wniósł on wadium w sposób prawidłowy. Treść gwarancji wadialnej przywołuje bowiem treść przepisu art. 4 ust. 4a Prawa zamówień publicznych po nowelizacji obowiązującej od 19 października 2014 r., a postępowanie zostało wszczęte przed tą datą.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienia wykonawcy CPD System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonce oraz Qumak spółka akcyjna w Warszawie.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a Odwołujący nie zostałby wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba uznała, że obaj Przystępujący skutecznie zgłosili przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba oddaliła opozycję Odwołującego wobec

zgłoszenia przystąpienia Qumak - Odwołujący twierdził, że zgłaszający przystąpienie nie wykazał interesu w zgłoszeniu przystąpienia po stronie Zamawiającego. Jednak w ocenie składu orzekającego Qumak taki interes posiada – został sklasyfikowany na dalszej pozycji w rankingu ofert, a więc ewentualne oddalenie odwołania (tj. rozstrzygnięcie na korzyść Zamawiającego), powoduje zwiększenie jego szansy na uzyskanie zamówienia przez wyeliminowanie jednego z wykonawców, który złożył ofertę konkurencyjną. Zdaniem Izby, interes w rozumieniu art. 185 ust. 2 (interes konieczny do uznania zgłoszenia przystąpienia za skuteczne) nie może być utożsamiany z interesem z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (koniecznym do złożenia odwołania) – wystarczy zasadniczo jakakolwiek korzyść, nawet hipotetyczna, w zgłoszeniu przystąpienia po deklarowanej stronie postępowania. Za taką korzyść (a więc interes w przystąpieniu) można uznać możliwość sklasyfikowania na wyższej pozycji w rankingu ofert, choćby – nadal - była to pozycja odległa.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przed 19 października 2014 r. W dacie wszczęcia postępowania obowiązywał przepis art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych w brzmieniu następującym „4a. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.”.
2. Odwołujący do oferty załączył gwarancję wadialną z dnia 18 lutego 2015 r., w której, wśród przesłanek zatrzymania wadium, w pkt 3, zawarto postanowienie o treści: „Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.”, tj. w brzmieniu odpowiadającym art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych po nowelizacji obowiązującej od dnia 19 października 2014 r.
3. Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą, a następnie, na skutek informacji złożonej w trybie art. 181 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, powtórzył czynność badania i oceny ofert i stwierdził, że Odwołujący podlega wykluczeniu z powodu niewniesienia wadium.

4. Z powyższym nie zgodził się Odwołujący i wniósł odwołanie.

Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie argumentował, że gwarancja wadialna powinna być interpretowana tak, jak każde oświadczenie woli. Nadmierny formalizm w prowadzeniu postępowania nie może prowadzić do eliminacji oferty najkorzystniejszej cenowo. Gwarancja jest prawidłowa i należyście zabezpiecza interes Zamawiającego – ponieważ w chwili stwierdzenia ewentualnej postawy do wykluczenia nie mogły by zaistnieć okoliczności uzasadniające skorzystanie z gwarancji w taki sposób, aby nie doszło do zaspokojenia Zamawiającego. Niezależnie od powyższego, na rozprawie przedłożył Izbie oświadczenie towarzystwa ubezpieczeniowego z dnia 8 czerwca 2015 r., odnośnie sposobu interpretacji gwarancji wadialnej załączonej przez Odwołującego do oferty.

Izba po przeanalizowaniu treści gwarancji wadialnej załączonej do oferty Odwołującego oraz argumentów Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego CPD System stwierdziła, że stanowisko prezentowane przez Odwołującego nie może być zaakceptowane.

Rację ma Odwołujący, że nadmierny formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powinien prowadzić do eliminacji oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert. Jednak nie można twierdzić, że wykluczenie wykonawcy z powodu niewniesienia wadium – względnie wniesienia go w taki sposób, że nie zabezpiecza całego okresu związania ofertą – jest nadmierną formalnością. W odniesieniu do wadium formalizm nie jest celem samym w sobie, ale prowadzi do zabezpieczenia interesów Zamawiającego, oraz zapewnia równe traktowanie wykonawców.

Zasadą jest, że wadium wniesione w innej formie, niż w pieniądzu, powinno zabezpieczać ofertę w taki sam, pełny sposób, jak wadium pieniężne. Nie można uznać, że gwarancja wadialna ma taką pożądaną cechę, jeżeli z jej postanowień wynika, że nie można z niej skorzystać w okolicznościach przewidzianych przez obowiązujące (dla danego postępowania) przepisy. Postanowienia gwarancyjne były niezmiennie od samego początku i nie mogą zostać konwalidowane przez upływ czasu. Zatem nie można uznać, że obecnie – skoro Zamawiający już uprzednio uznał, że oferta jest prawidłowa – nie będzie wzywał do uzupełnienia dokumentów itp., a więc nie zaistnieje podstawa do zatrzymania wadium w związku z takimi okolicznościami. Pomijając fakt, że Zamawiający może dopatrzeć się jeszcze konieczności wezwania do uzupełnienia dokumentów, to już sama ewentualność braku możliwości skorzystania z gwarancji, nawet w przeszłości, ją dyskwalifikuje.

Rację miał Odwołujący, że gwarancja wadialna podlega wykładni tak, jak każde oświadczenie woli. Jednak nie może to być zbyt liberalna wykładnia. Izba analizowała treść

gwarancji wadialnej załączonej do gwarancji Odwołującego badając, czy możliwe jest przyjęcie, że można z niej skorzystać w każdych okolicznościach, przewidzianych przez przepis art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych sprzed zmiany obowiązującej od 19 października 2014 r. i doszła do wniosku, że taka interpretacja nie jest możliwa – ponieważ gwarancja wadialna dokładnie recypuje przepis art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym od 19 października 2014 r. Zmiana przywołanego przepisu spowodowała m.in. zmianę rozkładu ciężaru dowodu wiążącego się z uzupełnianiem dokumentów, a w konsekwencji zmieniły się przesłanki utraty wadium.

W orzecznictwie już zauważono, że „Faktem jest, że nowelizacja ta [obowiązująca od 19 października 2014 r.] rozszerzyła katalog dokumentów, których nieuzupełnienie przez wykonawcę doprowadzić może do utraty wniesionego wadium. Niemniej jednak zauważenia wymaga również to, że tą samą nowelizacją ustawodawca ograniczył krąg wykonawców, którym utrata wniesionego wadium zagraża, a także, co równie istotne, zmienił rozkład ciężaru dowodu co do przyczyn, z których wykonawca nie uzupełnił w terminie odpowiednich dokumentów. Przed dniem 19 października 2014 r., to wykonawca, który nie złożył dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, jeżeli chciał uniknąć zatrzymania przez Zamawiającego złożonego przez siebie wadium zobowiązany był udowodnić, że zaniechanie wykonania wezwania wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie. Tymczasem, po dniu 19 października 2014 r. (co oczywiste z uwzględnieniem odpowiednich przepisów przejściowych), to na Zamawiającym (w przypadku gdy zamierza on takiemu wykonawcy zatrzymać wadium) spoczywa obowiązek wykazania, że przyczyny nie złożenia przez wykonawcę odpowiednich dokumentów lub oświadczeń leżały po stronie tego wykonawcy.” (KIO 2369/14).

Konsekwencją powyższego jest pogląd, iż gwarancja wadialna recypująca treść przepisu obowiązującego od dnia 19 października 2014 r., nie może być uznana za prawidłową w postępowaniu wszczętym przed tą datą. Pogląd ten jest jednolicie prezentowany w orzecznictwie – tak KIO 532/15, 534/15, KIO 642/15 („W ocenie Izby nie można utożsamiać sytuacji określonych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w brzmieniu aktualnym i poprzednio obowiązującym, nie tylko z uwagi na poszerzony aktualnie zakres dokumentów, których nieuzupełnienie skutkuje zatrzymaniem wadium wykonawcy. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że ustawodawca w aktualnym brzmieniu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zlagodził nieco sytuację wykonawcy, nie dochowującego określonych we wskazanym przepisie obowiązków, związanych z nieuzupełnieniem dokumentów na żądanie zamawiającego. Zdaniem Izby aktualnie zasadniczo zmienił się ciężar dowodowy związany z wykazaniem niezłożenia (nieuzupełniania) określonych dokumentów przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. W brzmieniu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp przed 19 października 2014 r. zamawiający mógł zatrzymać wadium w sytuacji, gdy wykonawca nie udowodnił, że

nieuzupełnienie określonych dokumentów wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie. Jeżeli więc wykonawca tego zamawiającemu nie wykazał zamawiający miał prawo zatrzymać wadium. Aktualnie zaś ustawodawca w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nałożył na zamawiającego ciężar oceny przesłanek do zatrzymania wadium, w tym oceny, czy nieuzupełnienie dokumentów wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Ustawodawca aktualnie w tym względzie - w świetle literalnego brzmienia wskazanego przepisu - nie wymaga od wykonawcy udowodnienia zamawiającemu, że nieuzupełnienie dokumentów wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie, jak to miało miejsce we wskazanej regulacji obowiązującej przed dniem 19 października 2015 r.

Konkludując prowadzone w tym względzie rozważania należy stwierdzić, że w świetle brzmienia art. 46 ust. 4 a ustawy Pzp przed dniem 19 października 2014 r. zamawiający miał łatwiejszą sytuację z punktu widzenia dowodowego do zatrzymania wadium, niż ma aktualnie. Stąd też wykazywanie, że aktualnie obowiązująca przesłanka do zatrzymania wadium z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp jest tożsama czy korzystniejsza dla zamawiającego w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem 19 października 2014 r., jest nieuprawnione.”), KIO 699/15 („(...) Izba uznała, że warunki odpowiedzialności gwaranta zostały ukształtowane w treści gwarancji w sposób mniej korzystny, niż to wynika z mającego zastosowanie do Postępowania przepisu art. 46 ust. 4a Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji, co zaktualizowało konieczność wykluczenia Przystępującego z Postępowania z uwagi na niewniesienie wadium.”), KIO 714/15, 719/15. Dla takiej oceny gwarancji wadium nie może mieć znaczenia, czy wykluczenie wykonawcy na skutek niewniesienia wadium nastąpiło po informacji złożonej w trybie w art. 181 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Niezależnie od powyższego, nie można zaakceptować oświadczenia towarzystwa ubezpieczeniowego złożonego przez Odwołującego na rozprawie, odnośnie sposobu interpretacji gwarancji wadium załączonej przez Odwołującego do oferty. Izba podziela również w tym zakresie pogląd wyrażony w uzasadnieniu orzeczenia KIO 714/15, 719/15, w odniesieniu do analogicznego oświadczenia gwaranta, iż „Oświadczenie Banku (...) z dnia 8 kwietnia 2015 r. nie może mieć charakteru sanującego błędnie wystawioną gwarancję bankową, gdyż nie stanowi aneksu do gwarancji, a także zostało wystawione po terminie składania ofert, podczas gdy wadium powinno być wniesione - prawidłowo – przed terminem składania oferty a czynności tej nie można uzupełnić ani sanować w terminie późniejszym. A ponadto brak jest podstaw prawnych, które pozwalałyby zamawiającemu na uznanie wyjaśnień gwaranta za wystarczające do zmiany warunków gwarancji, a zmiana postanowienia dotyczącego art. 46 ust. 4a ustawy Pzp taki charakter w istocie by miała.”

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....