

Sygn. akt: KIO 1374/12

**WYROK**  
z dnia 12 lipca 2012 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Ronikier - Dolańska**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2012 r. przez **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Asseco Poland S.A. w Rzeszowie** na rzecz **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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

Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na zakup okablowania krosowego dla Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 11 lutego 2012 r. pod numerem 2012/S 29 - 046643.

*Dnia 25 czerwca 2012 r. (pismo z 22 czerwca 2012 r.) zamawiający zawiadomił faksem Assecop Poland S.A w Rzeszowie (dalej „odwołujący”) o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Comp S.A. w Warszawie oraz wykluczeniu odwołującego z postępowania. W konsekwencji 2 lipca 2012 r. odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, jego kopię przekazując zamawiającemu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że odwołujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert na przedłużony okres związania ofertą, skutkujące naruszeniem:*

- art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez niewłaściwe zastosowanie w wyniku uznania, że oferta odwołującego została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania;*
- art. 26 ust. 3 ustawy poprzez niewykonanie obowiązków zamawiającego w stosunku do odwołującego polegających na wystąpieniu o uzupełnienie dokumentów (próbek kabla krosowego) celem potwierdzenia spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego w zw. z art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy (wyznaczając termin dostarczenia przedmiotowego dokumentu na dzień 18 maja 2012 r. do godz. 12:00), w zakresie braku odgiętek oraz wykazania, iż oferowany kabel posiada żyłę kabla AWG 26;*
- art. 91 ust. 1 ustawy poprzez jego błędne zastosowanie i zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.*

Uwzględniając powyższe odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) przeprowadzenia dowodów z dokumentów wskazanych uzasadnieniem odwołania, na okoliczności

szczegółowo tam określone;

3) wezwanie na rozprawę świadka p. Izabeli Borkowskiej (na adres odwołującego), celem złożenia zeznań na okoliczność nadania przesyłki zawierającej oświadczenie odwołującego o przedłużeniu ważności oferty oraz wadium, zgodnie z żądaniem zamawiającego;

4) nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- dokonania czynności wystąpienia do odwołującego na podstawie art. 26 ust 3 ustawy o uzupełnienie dokumentów (próbek kabla krosowego) celem potwierdzenia spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego w zw. z art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy (wyznaczając termin dostarczenia przedmiotowego dokumentu na dzień 18 maja 2012 r. do godz. 12:00), w zakresie braku odgiętek oraz wykazania, iż oferowany kabel posiada żyłę kabla AWG 26,
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż w następstwie pytań potencjalnych wykonawców zamawiający dokonał modyfikacji pierwotnej treści zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) - informując o tym odwołującego w piśmie z 22 marca 2012 r. Przedmiotowym pismem zamawiający zmienił także termin składania ofert na 12 kwietnia 2012 r. Odwołujący 12 kwietnia 2012 r. złożył ważną ofertę w postępowaniu, załącznikiem której było wadium w postaci udzielonej przez bank PEKAO S.A. gwarancji przetargowa nr DDF/7911/2012 (dalej także „gwarancja”). Następnie zamawiający zwrócił się do odwołującego pismem z 31 maja 2012 r. „...z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni oraz przedłużenie terminu ważności wadium albo wniesienia nowego wadium obejmującego przedłużony okres związania ofertą”. Zamawiający wyznaczył termin dla spełnienia wymagań określonych w przedmiotowym wystąpieniu do 8 czerwca 2012 r. do godz. 16.00.

**Odwołujący otrzymał od banku PEKAO S.A. wystawiony 1 czerwca 2012r. dokument „Aneks nr 1 do Gwarancji Przetargowej Nr DDF/7911/2012”, treścią którego Bank PEKAO S.A. przedłużył termin gwarancji do 9 sierpnia 2012 r. Odwołujący stwierdził, iż przedmiotowy dokument doręczył pod adres Zakład Ubezpieczeń Społecznych Skrzydło C pok. 104, ul. Szamocka 3,5 01-748 Warszawa 6 czerwca 2012 r. o godz. 8.36 tj. w terminie określonym przez zamawiającego i na zasadach określonych przez zamawiającego w piśmie z 31 maja 2012 r.**

*Dnia 25 czerwca 2012 r. odwołujący otrzymał „Informację dla Wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup*

okablowania krosowego dla Zakładu Ubezpieczeń Społecznych” o wyborze oferty wykonawcy - Comp S.A. w Warszawie.

W celu udowodnienia podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołujący argumentował, że niewątpliwie czynnością, która skutkuje nieprawidłowościami w rozstrzygnięciu przez zamawiającego postępowania było uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 2 ustawy. Zamawiający dokonał takiej oceny uzasadniając, że: „w złożonej przez Wykonawcę ofercie załączona została gwarancja przetargowa nr DDF/7911/2012 z datą ważności od dnia 21.03.2012 r. do dnia 03.06.2012 r., co stoi w sprzeczności z prawidłową datą ważności wadium w przedmiotowym postępowaniu tj. 12.04.2012r. do 10.06.2012r.”

Wobec tego, że odwołujący 6 czerwca 2012 r., czyli przed terminem żądania zamawiającego, doręczył mu zarówno oświadczenie o przedłużeniu ważności oferty jak i ważności wadium, nie było i nie ma do dnia dzisiejszego podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania. Jako dowód odwołujący powołał m.in. swoje oświadczenie z 1 czerwca 2012 r. o przedłużeniu ważności oferty, aneks nr 1 do gwarancji, potwierdzenie z systemu kuriera UPS EXPRESS o doręczeniu 6 czerwca 2012 r. przesyłki o nr. IZ W5E 582 66 9158 0919, potwierdzenie nadania 5 czerwca 2012 r. przesyłki nr IZ W5E 582 66 9158 0919 oraz zeznania świadka p. Izabeli Borkowskiej.

Z powyższego wynika w opinii odwołującego, że wadium zostało przedłużone zgodnie z wymogami zamawiającego, a zatem nie było żadnych przesłanek do wykluczenia odwołującego z postępowania. Niewątpliwie zatem czynność zamawiającego dotycząca wystąpienia na podstawie art. 26 ust 3 ustawy o uzupełnienie dokumentów (próbek kabla krosowego), celem potwierdzenia spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego w zw. z art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy (wyznaczając termin dostarczenia przedmiotowego dokumentu na dzień 18 maja 2012 r. do godz. 12:00), w zakresie braku odgiętek oraz wykazania, iż oferowany kabel posiada żyłę kabla A WG 26, powinna zostać nakazana celem uzupełnienia postępowania.

Oczywistym także zdaniem odwołującego jest, że czynności dokonania oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej powinny zostać powtórzone po właściwym i zgodnym z przepisami ustawy uzupełnieniu postępowania - zgodnie z wnioskiem odwołującego.

Zamawiający na rozprawie złożył odpowiedź na odwołanie (pismo z 11 lipca 2012 r.), w której przyznał, że aneks nr 1 do gwarancji został przez odwołującego złożony w terminie, wobec czego odwołujący wycofał wnioski dowodowe sformułowane w odwołaniu w celu wykazania tej okoliczności.

**Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 16 000 PLN (rozdział III, podrozdział I siwz). Termin związania ofertą ustalony został na 60 dni (rozdział IV siwz). Kryteria oceny ofert to cena 80% i konstrukcja kabla - 20% (rozdział VII podrozdział II siwz). Termin składania ofert minął 12 kwietnia 2012 r. (pismo zamawiającego z 22 marca 2012 r.).

Odwołujący zaoferował realizację zamówienia za cenę 1 294 681,61 zł (k. 1 oferty). Wraz z ofertą złożył gwarancję przetargową nr DDF/7911/2012 z 9 marca 2012 r. z datą ważności od 21 marca 2012 r. do 3 czerwca 2012 r.

Zamawiający zwrócił się do odwołującego pismem z 31 maja 2012 r., w związku z „niezakończoną procedurą wyboru najkorzystniejszej oferty”, „o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni oraz przedłużenie terminu ważności wadium, albo wniesienie nowego wadium obejmującego przedłużony okres związania ofertą”. Przekazanie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do 9 sierpnia 2012 r. oraz przedłużenie terminu ważności wadium lub wniesienie nowego wadium, powinno nastąpić w terminie do 8 czerwca 2012 r., g.16.00.

Odwołujący złożył u zamawiającego 6 czerwca 2012 r. wystawiony przez bank PEKAO S.A. 1 czerwca 2012 r. dokument „Aneks nr 1 do Gwarancji Przetargowej Nr DDF/7911/2012” (dalej „aneks”), treścią którego przedłużono termin ważności gwarancji do 9 sierpnia 2012 r. oraz przedłużył termin związania ofertą do 9 sierpnia 2012 r. (pismo z 1 czerwca 2012 r.).

Dnia 25 czerwca 2012 r. odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze oferty wykonawcy - Comp S.A. w Warszawie za cenę 1 731 490,58 brutto oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji zamawiający wyjaśnił, iż „w złożonej przez Wykonawcę ofercie załączona została gwarancja przetargowa nr DDF/7911/2012 z datą ważności od dnia 21.03.2012 r. do dnia 03.06.2012 r., co stoi w sprzeczności z prawidłową datą ważności wadium w przedmiotowym postępowaniu tj. 12.04.2012r. do 10.06.2012r.” Ponadto zamawiający stwierdził, że odrzuca ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5

Pzp, gdyż została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania. Zamawiający wyjaśnił, iż uwzględniając powołane okoliczności nie wystąpił w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do odwołującego celem potwierdzenia spełniania wymagań określonych przez zamawiającego w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp w zakresie braku odgiętek oraz wykazania, iż oferowany kabel posiada żyłę kabla AWG 26.

Ze stanowiskiem zamawiającego nie zgodził się odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie.

**Biorąc powyższe pod uwagę Izba zważyła co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Osią sporu pomiędzy stronami jest, czy zamawiający - w świetle stanu faktycznego niniejszej sprawy, w szczególności uwzględniając treść gwarancji załączonej do oferty odwołującego oraz biorąc pod uwagę treść aneksu - był zobowiązany do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy przyjmując, iż oferta odwołującego nie została zabezpieczona wadium.

Odnosząc się do tezy sformułowanej przez odwołującego, iż wniósł wadium w okolicznościach faktycznych sprawy prawidłowo, zatem jego wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp było nieuzasadnione należy przywołać treść art. 45 ustawy, zgodnie z którym wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert w jednej lub kilku wymienionych w tym przepisie formach, w tym w formie gwarancji bankowej. Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Analiza art. 45, a także art. 46 ust. 3 (dotyczy ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w wyniku rozstrzygnięcia odwołania) oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp prowadzi do wniosku, że ustawa posługuje się kategorią „wniesienia” wadium. Pojęcie „wniesienia” wadium należy interpretować na gruncie przepisów ustawy - zarówno jej celów, jak i obowiązków wykonawcy i nie jest uprawnione utożsamianie go z pojęciem – „ustanowienia” wadium. W

przypadku gwarancji bankowej przez ustanowienie wadium należy rozumieć wystawienie przez bank (gwaranta) listu gwarancyjnego (dokument gwarancji), z którego wynika obowiązek gwaranta do wypłaty beneficjentowi oznaczonej kwoty w określonych okolicznościach i okresie, zaś przez wniesienie wadium w takim przypadku należy rozumieć złożenie dokumentu zamawiającemu, co pozwoli zamawiającemu na wywiązanie się z obowiązków ustawowych, polegających na weryfikacji, czy oferta jest prawidłowo zabezpieczona wadium w każdym momencie prowadzonego postępowania, począwszy od upływu terminu składania ofert. W przypadku wnoszenia wadium w innych formach niż pieniężna, fakt wniesienia wadium powinien wynikać wprost ze złożonych dokumentów. Zamawiający nie może domniemywać, czy wadium wniesiono czy też nie – fakt wniesienia wadium musi być niewątpliwy i wynikać wprost z czynności wykonawcy, który składa ofertę. Zamawiający powinien mieć możliwość zaspokojenia swoich roszczeń przez cały okres związania ofertą, niezależnie od tego, kiedy dokona wyboru oferty najkorzystniejszej, czy innych czynności jak np. wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (okoliczności zobowiązujące zamawiającego do zatrzymania wadium uregulowane zostały w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy). Konsekwencją przyjętego stanowiska musi być uznanie, że w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej jest ono skutecznie wniesione, gdy najpóźniej w terminie składania ofert zamawiający otrzyma list gwarancyjny, a zatem w chwili fizycznego wejścia przez zamawiającego w posiadanie dokumentu gwarancji, z którego treści wynikać będzie termin ważności co najmniej tożsamy z terminem związania ofertą (tak też w wyroku KIO z 5 października 2010 r., sygn. akt KIO 2077/10).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy Izba wyraża opinię, iż zamawiający prawidłowo postąpił wykluczając odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, bowiem na moment upływu terminu składania ofert (12 kwietnia 2012 r.) oferta odwołującego nie była zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą określony w siwz na 60 dni. Okres związania ofertą mijał 10 czerwca 2012 r., a ważność gwarancji kończyła się – jak wynika z jej treści – 3 czerwca 2012 r. Słusznie zauważył zamawiający w toku rozprawy, że nie zmienia tej oceny fakt późniejszego, po terminie składania ofert (6 czerwca 2012 r.), złożenia zamawiającemu aneksu z 1 czerwca 2012 r. wydłużającego termin ważności gwarancji do 9 sierpnia 2012 r., decydujące jest bowiem zabezpieczenie oferty wadium na moment upływu terminu składania ofert. Z tego punktu widzenia okoliczność, iż gwarancja była nieprzerwanie, przez cały okres związania ofertą, ważna (ważność gwarancji w pierwotnym brzmieniu kończyła się 3 czerwca 2012 r., a została przedłużona 1 czerwca 2012 r.) jest irrelevantny, bowiem kluczowe znaczenie dla aktualizacji przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania opisanej art. 24 ust. 2 pkt 2



Pzp jest nie fakt ważności gwarancji bankowej (ustanowienia wadium), lecz okoliczność prawidłowego wniesienia wadium oceniana na moment upływu terminu składania ofert.

Tym samym stwierdzić trzeba, że w realiach sprawy nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, konsekwencją czego jest nie uwzględnienie także pozostałych zarzutów odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 rozliczenia (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....