

WYROK

z dnia 24 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Packo**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2013 r. przez

Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych S.A.

80-044 Gdańsk, Trakt Św. Wojciecha 43/45

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Miejską Pruszcz Gdański 83-000 Pruszcz Gdański, ul. Grunwaldzka 20

przy udziale wykonawcy **VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A. 25-563 Kielce, ul. Zagnańska 232A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Miejskiej Pruszcz Gdański powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawcy **VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A.**,
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Pruszcz Gdański i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych S.A.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Miejskiej Pruszcz Gdański na rzecz Przedsiębiorstwa Robót Sanitarno-Porządkowych S.A. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Gdańsku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I W niniejszym postępowaniu, na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych podczas rozprawy pism i oświadczeń, Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający – Gmina Miejska Pruszcz Gdański prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych na terenie Gminy Miejskiej Pruszcz Gdański i zagospodarowanie tych odpadów” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 10 kwietnia 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 70-116683, zmienione 9 maja 2013 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Termin składania ofert upłynął 20 maja 2013 r. (pierwotnie wyznaczony został na 16 maja).

W tym terminie zostały złożone dwie oferty: przez VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A. z siedzibą w Kielcach oraz przez Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno Porządkowych S.A. z siedzibą w Gdańsku.

Okres związania ofertą wynosi 60 dni.

Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 250.000 zł.

Wykonawca VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A. z siedzibą w Kielcach przedstawił zamawiającemu gwarancję wadialną nr 874BG01300564 z 8 maja 2013 r. wystawioną przez Deutsche Bank Polska S.A., w której gwarant wskazał, iż gwarancja wygasa 17 lipca 2013 r. (lub z chwilą zwrotu dokumentu gwarancji przed tym terminem).

Pismem z 22 maja zamawiający skierował do wykonawcy VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A. „wezwanie do złożenia wyjaśnienia”, czy wykonawca ten posiada dokument wystawiony najpóźniej w dniu składania ofert, z treści którego wynika, że termin wygaśnięcia gwarancji wadialnej nr 874BG01300564 z 8 maja 2013 r. przypada najwcześniej w dniu 18 lipca 2013 r.? Jeśli tak, przedmiotowy dokument (oryginał) należy złożyć zamawiającemu do 27 maja 2013 r. do godz. 12.00.

W odpowiedzi wykonawca stwierdził, iż posiada wystawioną 20 maja 2013 r. „zmianę nr 1 do gwarancji wadialnej nr 874BG01300564 z 8 maja 2013 r. na kwotę 250.000 zł”, z której wynika,

że termin ważności ww. gwarancji został przedłużony do 30 września 2013 r., a pozostałe warunki gwarancji nie uległy zmianie oraz załączył ten dokument.

31 maja 2013 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A.

10 czerwca 2013 r. odwołujący – Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno Porządkowych S.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 45 ust. 1, art. 85 ust. 1 pkt 3 i ust. 5 oraz art. 24 ust. 4, ewentualnie w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na zaniechaniu wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A., który nie wniósł wraz z ofertą wadium zabezpieczającego tę ofertę przez cały okres związania ofertą, a także zaniechania uznania oferty tego wykonawcy za podlegającą odrzuceniu z mocy prawa, ewentualnie, odrzucenia przedmiotowej oferty. Termin składania ofert upływał 20 maja 2013 r., zgodnie zaś z art. 85 ust. 1 pkt 3 i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych termin związania ofertą wynosił 60 dni i rozpoczynał bieg 20 maja 2013 r. Wnoszone przez wykonawcę wraz z ofertą wadium winno zatem obowiązywać i zabezpieczać ofertę co najmniej do 18 lipca 2013 r. Tymczasem wykonawca VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A. wniósł wadium w postaci gwarancji wadialnej obowiązującej do 17 lipca 2013 r., dlatego powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta uznana za odrzuconą z mocy art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 45 ust. 1, art. 85 ust. 1 pkt 3 i ust. 5 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na błędnym przyjęciu przez zamawiającego, iż braki w zakresie wadium tj. brak załączenia przez wykonawcę do składanej oferty potwierdzenia wniesienia wadium obejmującego pełen okres związania ofertą, mogą zostać usunięte w drodze wyjaśnień wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz błędne przyjęcie, iż wykonawca usunął braki co do wadium składając po upływie terminu składania ofert aneks przedłużający okres obowiązywania gwarancji wadialnej na cały okres związania ofertą,

3. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne wybranie oferty wykonawcy VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A. jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania, a złożona przez niego oferta podlegała odrzuceniu z mocy prawa, a także przez niedokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego, mimo iż oferta ta była najkorzystniejszą spośród wszystkich ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. wykluczenia wykonawcy VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia, a także nakazanie uznania oferty złożonej przez tego wykonawcę za podlegającą odrzuceniu z mocy prawa, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ewentualnie nakazanie zamawiającemu odrzucenia przedmiotowej oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. unieważnienia czynności polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A., powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej i wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że:

1. odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony – M..... B....., który działając na podstawie załączonego do odwołania odpisu pełnomocnictwa z 28 marca 2013 r. pozostawał nieumocowany przez odwołującego do wniesienia niniejszego odwołania,
2. w sprawie – określonej zarzutem sformułowanym w odwołaniu – nie mają zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. odwołanie nie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej,
4. kopia odwołania nie została przesłana zamawiającemu przez odwołującego,
5. odwołanie podlega oddaleniu z braku zarzutu, względnie, gdyż jest niezasadne – zarzut odwołania nie został przez odwołującego udowodniony.

Zamawiający wniósł alternatywnie o: odrzucenie odwołania – w przypadku uwzględnienia któregośkolwiek z zarzutów sformułowanych powyżej, albo oddalenie odwołania – w przypadku uwzględnienia zarzutu sformułowanego w punkcie 5. oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A.

II W oparciu o powyższy stan faktyczny Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba uznała treść pełnomocnictwa dla M..... B..... za prawidłową, a niedokładne określenie Izby w postaci „Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych” za nieistotne.

Również sformułowanie zarzutu poprzez wskazanie „art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 45 ust. 1, art. 85 ust. 1 pkt 3 i ust. 5 oraz art. 24 ust. 4, ewentualnie w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych” czy też „art. 87 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 45 ust. 1, art. 85 ust. 1 pkt 3 i ust. 5 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych”, nawet jeśli zamawiający uznał je za niezasadne, nie oznaczają, że w niniejszym przypadku nie stosuje się ustawy Prawo zamówień publicznych.

Kopia odwołania została zamawiającemu przesłana, nawet jeśli jeden z załączników (skan strony oferty wykonawcy VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A.) był nieczytelny – w odwołaniu zostało wskazane, co to za dokument, a dokument ten znajduje się w posiadaniu zamawiającego. Pozostałe wskazane przez zamawiającego strony, tj. odpis z KRS, były wystarczająco czytelne.

Izba stwierdziła, iż stan faktyczny zaistniały w niniejszym postępowaniu nie jest sporny.

W zakresie podniesionego zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A. Izba przyznała rację odwołującemu. Sytuacja, która zaistniała w niniejszym postępowaniu jest traktowana w orzecznictwie i piśmiennictwie jednoznacznie – dokument gwarancji wadialnej nie podlega uzupełnieniu.

Zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Oferta powinna być zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą – z wyjątkiem sytuacji opisanej w art. 46 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wskazał to też w punkcie 10.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „Wadium musi obejmować cały okres związania ofertą, w tym przedłużony okres związania ofertą.”

Wadium jest wnoszone do zamawiającego – a zatem jeśli ma ono formę pieniężną, wpłaca się je na rachunek bankowy zamawiającego (art. 45 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych), a jeśli formę dokumentu – dokument ten musi być złożony u zamawiającego. Nie zostało to bezpośrednio opisane w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, jednak wynika z istoty takiej formy wadium.

Zasadniczy jest tu element wniesienia – a zatem wpłacenia kwoty pieniężnej (a nie jedynie jej posiadania czy np. zablokowania przez bank na rachunku bankowym wykonawcy) lub przekazania dokumentu zamawiającemu jako nośnika jego praw. Dlatego samo „ustanowienie” wadium, czyli sporządzenie dokumentu bez jego przekazania zamawiającemu, nie oznacza dla niego uzyskania praw do żądania od gwaranta kwoty wadium. Tu należy zwrócić też uwagę, iż

posiadanie tego dokumentu chroni zamawiającego przed przedwczesnym wygaśnięciem wadium związanym ze zwrotem dokumentu gwarancji wadialnej.

Tym samym zamawiający słusznie wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 10.6.1 i 10.2.2), iż oryginał dokumentu stanowiącego wadium należy złożyć w siedzibie zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Nie jest to wymóg nadmierny czy niedozwolony – jak już zostało wskazane powyżej, wynika to z cech tej formy wadium. Poza tym zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający ma opisać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia „wymagania dotyczące wadium”, zatem nie tylko wskazać kwotę i numer rachunku bankowego, czy przepisywać przepisy ustawy (specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie jest sporządzana w tym celu), lecz właśnie swoje wymagania w zakresie wadium.

Należy tu zgodzić się z argumentacją odwołującego – do chwili, gdy zamawiający nie otrzyma dokumentu, nie może mieć pewności, ile dokumentów, jakiej treści, gdzie, kiedy i czy w ogóle zostało sporządzone.

Wobec powyższego wyłącznie więc marginalna jest uwaga, iż sam dokument aneksu do gwarancji został opatrzony datą 20 maja 2013 r. (a więc dnia składania ofert), lecz nie wiadomo, czy został sporządzony przed, czy po godzinie 12.00, a więc przed czy po terminie składania ofert (który jest nie tylko terminem określonym dniem, ale i konkretną godziną). Nie wiadomo więc nawet, czy owo dodatkowe wadium zostało „ustanowione” przed, czy po upływie terminu składania ofert. Dla porównania – gdyby wadium miało formę pieniężną, to jego wpłacenie po godzinie 12.00 nie zostałyby uznane za wypełnienie obowiązku wykonawcy.

Oczywiste jest, iż w przypadku, gdy dokument gwarancji został zmieniony – najczęściej następuje to w postaci aneksu – dodatkowe dokumenty dzielą los dokumentu podstawowego, a zatem sporządzone aneksy powinny zostać przedstawione zamawiającemu wraz z dokumentem głównym (o ile zostały sporządzone przed upływem terminu składania ofert) albo w terminie późniejszym – ale w przypadku przedłużania ważności wadium w związku z przedłużeniem terminu związania ofertą.

Samo wadium musi zostać wniesione – poprawnie – przed upływem terminu składania ofert. Tym samym opóźnienie we wpłacie na rachunek bankowy zamawiającego, niepełna (nawet o minimalną wartość) kwota wadium, nieterminowe przedstawienie dokumentu gwarancji (lub poręczenia), czy niepoprawna treść gwarancji (poręczenia) jest błędem, który nie może zostać naprawiony po upływie terminu składania ofert. Brak jest ku temu odpowiednich przepisów, tak jak w przypadku art. 87 ust. 1 i 2, czy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie jest sporne, iż w gwarancji wadialnej przedstawionej przez VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A. termin ważności upływał 17 lipca 2013 r., podczas gdy powinien być nie krótszy niż do 18 lipca 2013 r.

Zamawiający swoim pismem z 22 maja, nawet jeśli nazwanym „wezwaniami do złożenia wyjaśnienia”, jednoznacznie wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentu gwarancji, co było niedopuszczalne. Owszem – na co wskazywał zamawiający podczas rozprawy – nie powołał się on na art. 87 ust. 1 (ani też na art. 26 ust. 3) ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w oczywisty sposób nie dotyczą one tej sytuacji. Tym samym niedopuszczalne też było uznanie takiego uzupełnienia za prawidłowe, a więc i samej gwarancji za prawidłową.

Podobnie byłoby też w przypadku, gdyby wykonawca uzupełnił taką gwarancję z własnej inicjatywy, bez wezwania zamawiającego.

W związku z powyższym spełniła się przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania opisana w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wykonawca nie wniósł wadium do upływu terminu związania ofertą. Nieprawidłowe wniesienie wadium jest bowiem równoznaczne z jego niewniesieniem. W tym zakresie również należy podzielić stanowisko odwołującego – czy też raczej przedstawione w przywołanych przez niego orzeczeniach. Odmienne stanowisko stawałoby w sytuacji uprzywilejowanej wykonawców, którzy wnosiliby wadium na okres krótszy niż związanie ofertą – nawet na kilka czy kilkanaście dni. Nie ma bowiem reguł, w jaki bowiem sposób należałoby określić, jakie braki w tym zakresie są jeszcze dozwolone, a jakie już nie.

W związku z obowiązkiem wykluczenia wykonawcy, zamawiający nie mógł uznać oferty wykonawcy VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A. za najkorzystniejszą.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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: