

Sygn. akt: KIO 1273/18

WYROK

z dnia 12 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 27 czerwca 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PB JAEKEL – BUD-TECH Sp. z o.o. Sp. k. oraz TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Chorzowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Tramwaje Śląskie S. A. z siedzibą w Chorzowie, działającego w imieniu własnym i w imieniu i na rzecz Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Chorzowie**

- przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PB JAEKEL – BUD-TECH Sp. z o.o. Sp. k. oraz TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Chorzowie i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PB JAEKEL – BUD-TECH Sp. z o.o. Sp. k. oraz TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Chorzowie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PB JAEKEL – BUD-TECH Sp. z o.o. Sp. k. oraz TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Chorzowie kwotę 4.234 zł 00 gr. (słownie: cztery dwieście trzydzieści cztery złote zero groszy) na rzecz Zamawiającego: Tramwaje Śląskie S. A. z siedzibą w Chorzowie,**

działającego w imieniu własnym i w imieniu i na rzecz Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Chorzowie stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz poniesionych opłat skarbowych od udzielonych pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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

Zamawiający – Tramwaje Śląskie S. A. z siedzibą w Chorzowie, działającego w imieniu własnym i w imieniu i na rzecz Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Chorzowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2017 r., poz. 1579) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. 3 Maja w Chorzowie – zadanie nr 4 w ramach realizacji Projektu „Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko-Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego – etap I”*.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PB JAEKEL-BUD-TECH Sp. z o.o. Sp. K. oraz TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Chorzowie (zwani dalej: „Odwołującym”) w dniu 27 czerwca 2018 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) odwołanie na czynność odrzucenia oferty Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w związku z art. 14 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 115 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego, iż wadium zostało złożone w sposób nieprawidłowy i w konsekwencji uznaniu, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ustaleniu, że wadium zostało złożone w sposób prawidłowy i zabezpiecza ofertę w całym okresie związania ofertą, dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, w świetle określonych przez Zamawiającego kryteriów, spośród ofert ważnych i niepodlegających odrzuceniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PB JAEKEL-BUD-TECH Sp. z o.o. Sp. K. oraz TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Chorzowie, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu

na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

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

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. 3 Maja w Chorzowie – zadanie nr 4 w ramach realizacji Projektu „Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko-Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego – etap I”.*

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Rozdział III, Opis przedmiotu zamówienia, str. 3/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała m. in. następujące postanowienia:

Rozdział VII Informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami

Pkt 5 – Oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje należy przekazywać do Zamawiającego: pisemnie (na adres wskazany przez Zamawiającego) oraz faksem na wskazany numer.

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 17/

Pismem z dnia 30 maja 2018 r. Zamawiający na podstawie art. 184 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do przedłużenia ważności wadium złożonego w formie gwarancji bankowej nr KLG51016IN18 lub złożenia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do czasu zawarcia umowy, t.j. przynajmniej do dnia 29 czerwca 2018 r. Dokument stwierdzający przedłużenie ważności wadium należało przesłać pocztą elektroniczną na wskazany adres lub faksem a następnie niezwłocznie pisemnie do dnia 9 czerwca 2018 r. Niezłożenie wadium w wymaganym terminie skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego z dnia 30 maja 2018 r./

W dniu 8 czerwca 2018 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej Odwołujący przekazał Zamawiającemu przedłużenie gwarancji wadialnej.

/dokumentacja postępowania: Pismo z dnia 8 czerwca 2018 r./

Oryginały ww. dokumentów Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 11 czerwca 2018 r.

/dokumentacja postępowania: Pismo z dnia 8 czerwca 2018 r. z prezentatą Zamawiającego datowaną na dzień 11 czerwca 2018 r./

Pismem z dnia 18 czerwca 2018 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Odrzucenie oferty Odwołującego z dnia 18 czerwca 2018 r./

Od niniejszej odpowiedzi Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PB JAEKEL-BUD-TECH Sp. z o.o. Sp. K. oraz TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Chorzowie wnieśli odwołanie w dniu 27 czerwca 2018 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PB JAEKEL-BUD-TECH Sp. z o.o. Sp. K. oraz TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Chorzowie z dnia 27 czerwca 2018 r. /.

Pismem z dnia 9 lipca 2018 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie z dnia 9 lipca 2018 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Bezspornym jest, to że Odwołujący składając ofertę w ww. postępowaniu zabezpieczył ją wadium w postaci gwarancji bankowej z terminem jej obowiązywania do dnia 9 czerwca 2018 r. W dniu 30 maja w związku z wniesieniem odwołania, Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 184 ustawy Pzp do przedłużenia ważności wadium

złożonego wraz z ofertą wskazując, że dokument zawierający przedłużenie ważności wadium należy złożyć Zamawiającemu do dnia 9 czerwca 2018 r., t.j. przed upływem terminu ważności gwarancji bankowej zabezpieczającej ofertę Odwołującego. Bezspornym jest również to, że oryginał pisma datowany na dzień 8 czerwca 2018 r. wraz z oryginałem aneksu do gwarancji bankowej wystawionej w dniu 6 czerwca 2018 r. został złożony w siedzibie Zamawiającego w dniu 11 czerwca 2018 r. W konsekwencji, w związku z niezachowaniem przez Odwołującego ciągłości zabezpieczenia oferty wadium Zamawiający w dniu 18 czerwca 2018 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Nie ulega zatem wątpliwości, to że wykonawca na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 30 maja 2018 r. zobowiązany był do wniesienia wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy w terminie pozwalającym na zachowanie ciągłości zabezpieczenia oferty. Brak złożenia oryginału gwarancji wadium w terminie pozwalającym na zachowanie ciągłości wadium (do dnia 9 czerwca 2018 r.) jest równoznaczne z tym że wadium nie zostało wniesione. Oczywistym jest również to, że dla zachowania ciągłości zabezpieczenia oferty koniecznym jest, aby dokument gwarancji został złożony Zamawiającemu w oryginale przed upływem jej ważności, co wynika z istoty prawidłowego zabezpieczenia wadium. W tym stanie faktycznym oryginał gwarancji został złożony Zamawiającemu w dniu 11 czerwca 2018 r., czyli po upływie terminu na jego wniesienie. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że wezwaniem z dnia 30 maja 2018 r. Zamawiający nie wyznaczył Odwołującemu terminu do dokonania określonej czynności, lecz zgodnie z art. 184 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do przedłużenia ważności wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy. Zasadnym w tym miejscu wydaje się powołanie się na orzeczenie KIO z dnia 22 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1415/16 oraz KIO 1428/16, w którym Izba stwierdziła, że *„W tym przypadku Izba podzieliła pogląd wyrażony przez Odwołującego, że końcowy termin ważności gwarancji może przypadać na dzień ustawowo uznany za wolny od pracy. Termin końcowy, w którym gwarancja traci ważność, jest terminem z upływem którego wygasa odpowiedzialność gwaranta (banku, ubezpieczyciela) za zapłatę kwoty wadium, a nie jest terminem do dokonania przez beneficjenta gwarancji czynności, w rozumieniu art. 115 kc. Izba zwraca także uwagę, że termin końcowy gwarancji - tak jak podnosi się w orzecznictwie - to termin, o którym mowa w art. 116 § 2 kodeksu cywilnego i, w którym to terminie ustają skutki, dokonanej przez gwaranta czynności prawnej, polegającej na udzieleniu gwarancji zapłaty wadium. Zatem data upływu ważności wadium jest datą wygaśnięcia, ustania skutków czynności prawnej a nie datą, od której uzależnione jest działanie, czy podjęcie czynności i tym samym w tym zakresie nie ma zastosowania art. 115 k.c. Regulacja z art. 115 kodeksu*

cywilnego nie ma – zdaniem Izby - zastosowania do okresu związania ofertą, tj. nie może prowadzić do przesunięcia ostatniego dnia okresu związania ofertą, przypadającego na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, na dzień następny, albowiem również ten termin nie jest „terminem do wykonania czynności” objętym hipotezą art. 115 k.c.” W konsekwencji należało uznać, że oryginał aneksu do gwarancji bankowej złożony Zamawiającemu dopiero w dniu 11 czerwca 2018 r. spowodował przerwanie ciągłości zabezpieczenia oferty Odwołującego wadium, co skutkowało jedynie odrzuceniem takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, oddalając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. a) i b) 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 z późn. zm.), Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz poniesionych opłat skarbowych od udzielonych pełnomocnictw w kwocie 4.234,00 zł.

Przewodniczący:

.....