

Sygn. akt: KIO 881/11

WYROK

z dnia 9 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2011 r. przez **Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o. w Bielsku-Białej** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Ochotniczą Straż Pożarną w Szemrowicach**,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Ochotniczą Straż Pożarną w Szemrowicach** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o. z Bielska-Białej** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Ochotniczej Straż Pożarnej w Szemrowicach** na rzecz **Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szczęśniak Sp. z o.o., 43-382 Bielsko-Biała** kwotę **18 600 zł 00gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczenia wpisu oraz zastępstwa procesowego przed KIO.

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 Opolu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, stowarzyszenie Ochotnicza Straż Pożarna w Szemrowicach, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup specjalistycznego samochodu strażackiego wraz z wyposażeniem do ochrony szlaków komunikacyjnych w Gminie Dobrodzień”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 26.02.2011 r. w Dz. U. UE pod nr S/40-064652.

W dniu 15.04.2011 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu z postępowania wykonawcy Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szcześniak Sp. z o.o. w Bielsku-Białej na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

W uzasadnieniu wykluczenia ww. wykonawcy wskazano, iż w dniu 10.03.2011 r. zamawiający otrzymał przesyłkę kurierską odebraną w sekretariacie Urzędu Miejskiego w Dobrodzieniu, na której widniała adnotacja „PRZETARG + WADIUM”. Zamawiający ze względu na zakaz wyrażony w art. 86 ust. 1 Pzp nie mógł otworzyć ww. przesyłki do godziny 14.00 dnia 11.03.2011 r., czyli do momentu, w którym w Urzędzie Miejskim w Dobrodzieniu miało miejsce publiczne otwarcie ofert przetargowych.

Dopiero w tej dacie, po otwarciu przesyłki, ustalono, iż oprócz oferty wykonawca złożył również oryginał gwarancji bankowej zapłaty wadium w celu zdeponowania go u zamawiającego. Komisja przetargowa po otwarciu ofert przekazała rzeczoną gwarancję do kasy Urzędu Miejskiego.

Natomiast zgodnie z wymaganiami pkt 12 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) tego typu dokument wadialny należało wnieść do kasy Urzędu Miejskiego w Dobrodzieniu do godziny 13.13 dnia 11.03.2011 r. Tym samym wadium Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szcześniak Sp. z o.o. zostało faktycznie wniesione już po tym terminie, w związku z czym wykonawca został wykluczony, jako że nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert.

W dniu 26.04.2011 r. Pojazdy Specjalistyczne Zbigniew Szcześniak Sp. z o.o. wniosła odwołanie od ww. czynności zamawiającego, domagając się przywrócenia do postępowania i zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 stanowiącego podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, iż za bezpodstawny należy uznać przyjęcie przez zamawiającego, iż wadium złożone wraz z ofertą w dniu 10.03.2011 r. zostało wniesione po upływie terminu składania ofert. Według odwołującego wadium zostało wniesione w terminie, tzn. w przesłał on jedną przesyłkę kurierską, w której znajdowały się dwie koperty: jedna z ofertą przetargową, a druga z oryginałem gwarancji wadialnej i na której zaznaczono „Urząd Miejski w Dobrodzieniu – Kasa” z dopiskiem „Oryginał Gwarancji Wadium do postępowania przetargowego”

Ponadto nawet gdyby przyjąć, iż wadium zostało wniesione w sposób odmienny niż wskazał zamawiający w siwz, nie ma to znaczenia prawnego – to nie sposób wniesienia wadium, ale jego skutek jest decydujący. Jediną przesłanką, której zaistnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z literalnym brzemieniem art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp jest fakt nie wniesienia wadium, który w przedmiotowym postępowaniu miał miejsce.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przedstawionej przez zamawiającego, a także stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy przedstawia się w sposób opisany w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia oraz w uzasadnieniu odwołania, co zostało zreferowane powyżej. Okoliczności faktyczne sprawy nie są pomiędzy stronami sporne.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 45 ust. 1 Pzp zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium [...]. Dodatkowo przepisy art. 45 ust 3 i 4 ustawy stanowią, iż wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, a kwota wadium określona przez zamawiającego nie może być większa niż 3% wartości zamówienia. Natomiast ust. 6 powołanego przepisu wskazuje, że wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

1. pieniądzu;
2. poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
3. gwarancjach bankowych;
4. gwarancjach ubezpieczeniowych;
5. [...]

W ust. 7 art. 45 Pzp zaznaczono, iż wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

Przepis art. 46 ust. 4a ustawy stanowi, iż 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. Ponadto zamawiający zgodnie z ust. 5 art. 46 Pzp zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Odnosząc się do podkreślanego przez zamawiającego znaczenia postanowień siwz dla wnoszenia wadium przez wykonawców (w tym przypadku znaczenia wymagań co do zdeponowania dokumentu gwarancji wadialnej w kasie Urzędu Miejskiego w Dobrodzieniu) Izba wskazuje, iż w świetle powołanych wyżej przepisów, jedynymi postanowieniami siwz dotyczącymi wadium, które nie zostały uregulowane w ustawie, ale winny być na mocy delegacji ustawowej określone przez zamawiającego i jako takie wywierają skutki prawne, są: kwota wadium i rachunek bankowy, na który wadium wnoszone w formie pieniężnej powinno być wpłacane. Jakikolwiek dodatkowe wymagania zamawiającego stawiane w treści siwz odnośnie sposobu wnoszenia wadium, jego deponowania i dostarczania, treści dokumentów wadialnych... etc., nie wywierają żadnych skutków prawnych, w szczególności nie wpływają na ocenę

ważności i skuteczności wniesionego przez wykonawcę wadium. Brak podstaw prawnych do egzekwowania wymagań siwz odnoszących się do wadium, a nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy. Wadium (czy raczej dokument potwierdzający/stanowiący wadium w formie innej niż pieniężna) nie jest częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy w przeciwieństwie do wszelkich doprecyzowujących to oświadczenie dokumentów i informacjami, co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia, tym samym brak w tym przypadku możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w stosunku do oferty zabezpieczonej wadium niezgodnym z wymaganiami siwz. Natomiast każde wniesienie wadium do zamawiającego przed terminem składania ofert (art. 45 ust. 3), w wymaganej wysokości (art. 45 ust. 4), w formach w ustawie określonych (art. 45 ust. 6), pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie ustawą opisanym (art. 46 ust. 4a i 5 Pzp), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. *A contrario* tylko wadium niezgodne z wyżej opisanymi wymaganiami, zakwalifikowane zostanie jako brak wniesienia (prawidłowego) wadium i tym samym stanowić będzie przesłankę wykluczenia wykonawcy (art. 24 ust. 2 pkt 2).

Inaczej: prawidłowo wniesione wadium, to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które *de facto* i *de iure* zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym zakresie wyrażonych w siwz, które mogą zostać zakwalifikowane najwyżej jako instrukcyjne.

Tym samym w taki sposób należało ocenić znaczenie postanowień pkt 12 siwz powoływanych przez zamawiającego w informacji o wykluczeniu odwołującego dotyczących sposobu złożenia dokumentów wadialnych.

Na potwierdzenie powyższego można powołać wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 29.09.2008 r sygn. akt X GA 260/08, gdzie sąd wskazał, iż na ważności wadium i skuteczności jego wniesienia może w określonych przypadkach nie wpłynąć nawet niewypełnienie wszystkich wymagań ustawowych w tym przedmiocie (konkretnie bezgotówkowego wniesienia wadium w pieniądzu) – co należy zestawić ze znaczeniem wymagań siwz odnoszących się do sposobu wnoszenia czy kształtu wadium.

Reasumując należało uznać, iż w rozpatrywanym przypadku odwołujący prawidłowo zabezpieczył swoją ofertę wadium, tzn. przed upływem składania ofert wadium wraz z ofertą zostało wniesione do zamawiającego i znajdowało się w jego posiadaniu. Natomiast wymagania siwz odnoszące się do złożenia wadium w kasie Urzędu Miejskiego nie wywierają w odniesieniu do ważności i skuteczności złożonego zamawiającemu wadium żadnych skutków prawnych.

Tym samym należało potwierdzić naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez jego wyżej opisane zastosowanie w stosunku do odwołującego i jego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 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: