

WYROK
z dnia 24 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lutego 2014 r. przez J....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Uslugowa Victor J..... B....., ul. Harcerska 39, 26-110 Skarżysko-Kamienna w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Skarżysko, ul. Wiejska 1, 26-110 Skarżysko - Kamienna

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża J..... B....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Uslugowa Victor J..... B....., ul. Harcerska 39, 26-110 Skarżysko-Kamienna i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez J..... B....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Uslugowa Victor J..... B....., ul. Harcerska 39, 26-110 Skarżysko-Kamienna tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od J..... B....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Uslugowa Victor J..... B....., ul. Harcerska 39, 26-110 Skarżysko-Kamienna na rzecz Skarbu Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Skarżysko, ul. Wiejska 1, 26-110 Skarżysko-Kamienna 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 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 Kielcach.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa: Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Skarżysko, ul. Wiejska 1, 26-110 Skarżysko-Kamienna wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Skarżysko w roku 2014”.

W dniu 3 lutego 2014 r. Odwołujący – J..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą firma Handlowo-Usługowa VICTOR J..... B....., ul. Harcerska 39, 26-110 Skarżysko-Kamienna powziął wiadomość o wykluczeniu go z przedmiotowego przetargu i odrzuceniu jego oferty przesłaną pocztą.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 11 lutego 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego: oceny ofert, wykluczenia go z przetargu i odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia postępowania w zakresie części I i VII, a także wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części II i V w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Skarżysko w roku 2014”.

W związku z powyższym zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp - poprzez uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu ze względu na nie wniesienie prawidłowego wadium, gdy tymczasem wadium zostało złożone we właściwym czasie i w zakresie wskazanym w SIWZ, a zawierało jedynie oczywistą omyłkę pisarską dotyczącą daty ważności,
- naruszenie art. 7 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 65 kodeksu cywilnego - poprzez zaniechanie wyjaśnienia treści oświadczenia woli stanowiącego gwarancję wadium, mimo że powyższe było obowiązkiem Zamawiającego,
- naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - poprzez unieważnienie postępowania w zakresie części I i VII z powodu braku ofert spełniających wymogi Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, pomimo, że oferta Odwołującego spełniała wymogi SIWZ i nie podlegała odrzuceniu.

W związku z przedstawionymi zarzutami wnosił o uchylenie zaskarżonych czynności, w szczególności uchylenie wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, a także

uchylenia unieważnienia postępowania w zakresie części I i VII oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w zakresie części I, II, V i VII.

W pierwszej kolejności wskazał, iż Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania albowiem, w wypadku jego uwzględnienia to oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą, jako zawierająca najniższą cenę stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert.

Zdaniem Odwołującego omyłka pisarska w treści dokumentu gwarancji nie dyskwalifikuje oferty i nie powoduje wykluczenia wykonawcy, o ile realnie wadium zostało wniesione prawidłowo i Zamawiający mógłby z niego skorzystać.

Według Odwołującego dokument gwarancji wadialnej załączony do oferty Odwołującego zawierał omyłkę pisarską, bowiem zamiast daty 02.04.2014, która widnieje w umowie, sporządzający dokument gwarancji ubezpieczyciel omyłkowo wpisał datę 02.03.2014.

Zwrócił przy tym uwagę, że zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał, aby gwarancja wadialna zabezpieczała cały okres związania ofertą - 60 dni od dnia otwarcia ofert. Okres związania ofertą upływał dnia 31 marca 2014 r.

Z powyższych względów prawidłowy okres ważności gwarancji wynikający z umowy między Odwołującym i ubezpieczycielem – w ocenie Odwołującego - spełniał wymóg SIWZ (był nawet od dwa dni dłuższy).

Odwołujący nie zgodził się z uzasadnieniem rozstrzygnięcia przetargu, gdzie wskazano, że okres ważności gwarancji nie pokrywa okresu związania ofertą.

Przyznał, że Odwołujący niezwłocznie ustalił, że w rzeczywistości miała miejsce opisana wyżej omyłka pisarska, bowiem w treści umowy zawartej z zakładem ubezpieczeń wskazano, że gwarancja zostaje udzielona od 31.01.2014 do 02.04.2014 r.

Wyjaśnił, że o powyższych okolicznościach poinformował ubezpieczyciela, który wydał Odwołującemu sygnowany datą 31.01.2014 r. dokument potwierdzający zaistnienie oczywistej omyłki i przepaszający za zaistniałą sytuację.

Przyznał, że dokument ten został wydany Odwołującemu w dniu 3 lutego 2014 r.

Nadto stwierdził, że umieszczenie na nim daty 31.01.2014 r. jest dla Odwołującego niezrozumiałe, choć być może stanowi próbę zapobieżenia kierowania pod adresem ubezpieczyciela ewentualnych roszczeń odszkodowawczych przez Odwołującego.

Podniósł także, że informacja o zaistniałym błędzie została niezwłocznie tj. dnia 3 lutego 2014 r. przekazana Zamawiającemu telefonicznie, a następnie pisemnie w formie pisma wykonawcy zawierającego wśród załączników pisma źródłowe.

Zdaniem Odwołującego z przedstawionych dokumentów wynika bezspornie, że spełniał on warunek udziału w postępowaniu w postaci wniesionego prawidłowo wadium.

Odpowiedź na istotne pytanie - czy na moment upływu terminu składania ofert oferta była zabezpieczona wadium na okres związania ofertą – według zapatrywania Odwołującego - jest pozytywna i Zamawiający mógł skutecznie domagać się spełnienia przez ubezpieczyciela świadczenia dotyczącego zapłaty wadium.

Dodatkowo wskazał okoliczność niezwłocznego poinformowania o powyższym Zamawiającego wzywając do uchylecia decyzji o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nie przychylił się do wniosku Odwołującego, mimo że w ocenie Odwołującego miał taki obowiązek.

Powołując się na argumentację zawartą w piśmie do Zamawiającego zauważył, że mimo zaistnienia omyłki w dokumencie gwarancji, która nie może być poprawiona i nie podlega sanowaniu - nie oznacza to automatycznie konieczności, a nawet możliwości wykluczenia Odwołującego.

W ocenie Odwołującego dokument gwarancji podlega interpretacji, jak każde oświadczenie woli, w myśl art. 65 kodeksu cywilnego i brak jest podstaw do wykluczenia wykonawców w przypadku ustalenia oczywistych omyłek pisarskich w jej treści, gdy z całości okoliczności można było wywieść, że dokument jakkolwiek zawierający pewną omyłkę - potwierdza istnienie prawidłowo wniesionego wadium.

Podkreślił, że o dyskwalifikacji dokumentu gwarancji decyduje dopiero fakt niemożności skorzystania przez zamawiającego z gwarancji.

W tym konkretnym stanie faktycznym, w opinii Odwołującego, należy zastosować

wykładnię z art. 65 k.c., który to przepis wskazuje, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, a wobec tego nie można interpretować wykładni oświadczeń w sposób oderwany od woli stron faktycznie wyrażonej w treści zawartej umowy.

Argumentował, że dokument gwarancji został udzielony wprost w oparciu o SIWZ obowiązujący w postępowaniu i nie ma wątpliwości, że jego celem jest spełnienie wymogów SIWZ dotyczących wadium.

Poza tym przekonywał, że skoro z dokumentu wynika, że wystawiony został zgodnie z SIWZ, a jednocześnie widoczna jest w nim niezgodność z SIWZ (dotycząca terminu) oznacza to, że dokument jest jak się wydaje sprzeczny w swej treści i wymaga podjęcia czynności interpretacyjnych.

Stwierdził, że gwarancja nie może być jednocześnie zgodna z SIWZ i sprzeczna z nią, a zatem Zamawiający był zobowiązany do wyjaśnienia znaczenia tego dokumentu.

Przyznał, że Zamawiający, jako podstawę swojego wezwania do wyjaśnień nie mógł uczynić art. 26 ust. 4 czy art. 87 ustawy Pzp, to powinien to zrobić w oparciu o reguły ogólne ustawy Pzp oraz kodeksu cywilnego - art. 7 ustawy Pzp i art. 65 kodeksu cywilnego.

Przekonywał, że zgodnym zamiarem stron (Odwołującego i gwaranta) było ustanowienie skutecznej i zgodnej z SIWZ gwarancji wadium w postępowaniu, czego dowodem jest sam dokument gwarancji.

Ostatecznie stwierdził, że zasady wykładni oświadczeń woli nakazują uznać, że dokument gwarancji, choć zawierający omyłkę pisarską potwierdza ustanowienie wadium w wymaganej formie - co jest w tych okolicznościach zresztą bezsporne.

Podkreślił, że omyłka ta polegała jedynie na wstawieniu cyfry 3, zamiast położonej obok na klawiaturze cyfry 4, co pozbawia Odwołującego możliwości wykonania zamówienia, mimo że jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą i jest on zdolny do jej wykonania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Odwołującego i złożonej przez niego gwarancji ubezpieczeniowej, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ustawy Pzp w związku z art.65 kodeksu cywilnego, art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, art.93 ust.1 pkt.1 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia czy Zamawiający miał podstawę prawną do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu nie wniesienia przez niego wadium zabezpieczającego złożoną ofertę.

W ocenie Izby złożone przez Odwołującego przy ofercie wadium (gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr 998 - A 370873) z dnia 27.01.2014r. zawierało wadę polegającą na wpisaniu ważności gwarancji w okresie od 31.01.2014r. do 02.03.2014 i było sprzeczne z postanowieniami SIWZ, co oznacza, że wadium tego nie można potraktować, jako spełniającego wymagania ustawowe.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt. 17.5 SIWZ wadium powinno zabezpieczać cały okres związania ofertą(od dnia składania ofert do 60 dni po tym terminie).

Jednocześnie Izba stwierdziła, że stosownie do pkt. 17.3 SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców wniesienia wadium w terminie do dnia i godziny składania ofert, to jest w terminie do dnia 31.01.2014r. do godz.9:00 (pkt.20.1 SIWZ po modyfikacji z dnia 17.01.2014r.).

Powyższe ustalenia dają Izbie pełne, ponad wszelką wątpliwość przekonanie, że Odwołujący wniósł nieprawidłowo wadium zabezpieczające ofertę, składając zabezpieczenie jedynie na okres 31 dni związania ofertą, zamiast na cały 60 dniowy okres związania ofertą

przewidziany w SIWZ.

Braki te dostrzegł sam Odwołujący składając Zamawiającemu w dniu 4 lutego 2013r. aneks nr 1 zmieniający okres obowiązywania przedmiotowej gwarancji na okres od dnia 31.01.2014r. do 02.04.2014r. oraz pismo Ubezpieczyciela przepaszające za zaistniałą sytuację, a także wniosek o udzielenie gwarancji zapłaty wadium.

W ocenie Izby powyższe wyjaśnienia i dokumenty nie zmieniają faktu, że Odwołujący w chwili złożenia oferty nie zabezpieczył wadium na cały okres związania ofertą.

Natomiast złożenie później przez Odwołującego aneksu nr 1, w którym poprawiono okres ważności wadium oznacza – według zapytania Izby, że wadium złożone zostało już po upływie terminu składania ofert, zatem wyraźnie poza dyspozycją przepisu art.24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert,....

Odnosząc się do złożonego przez Odwołującego wadium będącego gwarancją ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 998 - A 370873 z dnia 27.01.2014r., to należy stwierdzić, że wpisanie w nim okresu zabezpieczenia oferty krótszego niż wymagany dyskwalifikuje taki dokument, jako wiarygodny, precyzyjny i gwarantujący zabezpieczenie oferty.

Izba reprezentuje pogląd, że powyższy deklarowany w treści wadium termin ważności wadium nie może być zmieniany i sanowany w drodze wykładni oświadczeń cywilno – prawnych na zasadzie art.65 kodeksu cywilnego.

Należy wskazać, że instytucja wadium została w sposób szczególny uregulowana w art.45 i 46 ustawy Pzp, z których wynika obowiązek żądania wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art.11 ust.8(art.45 ust.1 ustawy Pzp).

Jednocześnie ustawodawca określił w art.45 ust.3 ustawy Pzp, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.

Zatem uzupełnienie wadium poprzez zmianę okresu obowiązywania zabezpieczenia w dniu 4 lutego 2014r.pozostaje poza granicami powyższego przepisu obowiązującego prawa.

Zdaniem Izby nie ma tutaj znaczenia okoliczność podpisania aneksu w dacie złożenia oferty, lecz przesądzające znaczenie ma złożenie dokumentu wadialnego z właściwym zabezpieczeniem oferty do upływu terminu składania ofert.

Nadto należy wskazać, że wadium w systematyce zamówień publicznych zajmuje samodzielną pozycję, w stosunku do dokumentów, o których mowa w art.25 ust.1 ustawy Pzp, składanych przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy składanych pełnomocnictw.

Jeżeli chodzi o powyższe dokumenty podmiotowe, dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań przedmiotowych czy pełnomocnictwa, prawodawca wyraźnie przewidział instytucję uzupełnienia tych kategorii dokumentów.

Jednak w zakresie wadium takiej możliwości uzupełnienia treści powołanych wyżej dokumentów ustawodawca nie przewidział, co należy rozumieć, jako przejaw bardzo restrykcyjnego podejścia do sytuacji składania przez wykonawców wadliwych dokumentów wadialnych.

Wobec zatem braku wyraźnej regulacji prawnej analogicznej do tej unormowanej w art.26 ust.3 ustawy Pzp w stosunku do instytucji wadium i biorąc pod uwagę omówione wyżej aspekty systemowe Izba doszła do przekonania, że złożony dokument nie stanowi wadium w rozumieniu art.45 i art.46 ustawy Pzp w związku z art.24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp.

Poza tym Izba reprezentuje zapatrywanie, że wadium nieodpowiadające treści SIWZ, nie jest wadium określonym w dyspozycji art.24 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp. Inne rozumienie tego przepisu oznaczałoby nierówne traktowanie uczestników postępowania przetargowego.

Nadto wymaga wskazania, że brak jest możliwości zastosowania instytucji wyjaśnienia wadium na zasadzie art.87 ust.1 ustawy Pzp, bowiem wniesione wadium nie stanowi treści złożonej oferty, lecz jest zabezpieczeniem oferty.

Izba stanęła także na stanowisku, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie mógł skorzystać z dyspozycji przepisu art.87 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp z tego powodu, że wadium nie jest ofertą, a domniemana omyłka w dacie zabezpieczenia oferty nie jest oczywista i nie podlega poprawieniu przez Zamawiającego.

Z tych wszystkich powodów należy przyjąć, że w istocie wniesione wadium, nie spełniało swojej funkcji gwarancyjnej i w razie niedostrzeżenia w dokumencie wadialnym przez Zamawiającego braku zabezpieczenia całego okresu związania ofertą istniało realne ryzyko odmowy wypłaty świadczenia przez ubezpieczyciela w sytuacji zaistnienia okoliczności uzasadniającej uruchomienie wadium.

Bez względu jednak na powyższe Izba reprezentuje pogląd, że nierespektowanie przez Odwołującego warunków SIWZ w zakresie składanego wadium, postawionych w stosunku do wszystkich wykonawców, jest równoznaczne z brakiem złożenia wadium w wyznaczonym terminie, którego następstwem jest obowiązek zastosowania przez Zamawiającego przepisu art.24 ust.2 pkt.2 ustawy Pzp.

Podobne zapatrywanie jak w rozpoznawanym przypadku wyraziły składy orzekające Krajowej Izby Odwoławczej w następujących, analogicznych sprawach: sygn. akt KIO/UZP 868/08, KIO 36/11, KIO 63/12 i KIO 66/12, KIO 366/13 oraz Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 maja 2013r., sygn. akt XXIII Ga 584/13.

W konsekwencji powyższego stanowiska Izby nie mógł się potwierdzić również zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:.....