Sygn. akt: KIO 1697/20

WYROK

z dnia 18 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PPHU Pro-Ess D. N., ul. Powstańców Warszawy 47, 39-300 Mielec, PPHU Kris-Dom K. N., ul. Powstańców Warszawy 47, 39-300 Mielec oraz Dąb-Bud T. D., ul. Przyleśna 51, 05-506 Wilcza Góra,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Politechnikę Warszawską, Pl. Politechniki 1, 00-661 Warszawa,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Politechnikę Warszawską, Pl. Politechniki 1, 00-661 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PPHU Pro-Ess D. N., ul. Powstańców Warszawy 47, 39-300 Mielec, PPHU Kris-Dom K. N., ul. Powstańców Warszawy 47, 39-300 Mielec oraz Dąb-Bud T. D., ul. Przyleśna 51, 05-506 Wilcza Góra, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od zamawiającego: Politechniki Warszawskiej, Pl. Politechniki 1, 00-661 Warszawa, na rzecz odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PPHU Pro-Ess D. N., ul. Powstańców Warszawy 47, 39-300 Mielec, PPHU Kris-Dom K. N., ul. Powstańców Warszawy 47, 39-300 Mielec oraz Dąb-Bud T. D., ul. Przyleśna 51, 05-506 Wilcza Góra, kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego 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 2019 r., poz.1843 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: .....

Sygn. akt KIO 1697/20

UZASADNIENIE

Zamawiający - Politechnika Warszawska, Pl. Politechniki 1, 00-661 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie wymiany rozdzielnic głównych wraz z wymianą wewnętrznych linii zasilających w Domu Studenckim Babilon w Warszawie przy ul. Kopińskiej 12/16", numer referencyjny: ZP.RB.PM.I.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25.02.2020 r., nr 514746-N-2020.

Ofertę w postępowaniu złożyli m.in. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: PPHU Pro-Ess D. N., ul. Powstańców Warszawy 47, 39-300 Mielec, PPHU Kris-Dom K. N., ul. Powstańców Warszawy 47, 39-300 Mielec oraz Dąb-Bud T. D., ul. Przyleśna 51, 05-506 Wilcza Góra (dalej: „odwołujący"). Pismem z dnia 16.07.2020 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" oraz o unieważnieniu postępowania.

W dniu 21.07.2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty wykonawcy, mimo że aneks nr 1 do Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium został wniesiony w prawidłowy sposób, tj. w formie i sposób przewidziany przez ustawę Pzp oraz zgodnie z treścią siwz,

2) art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez poinformowanie wykonawców o odrzuceniu oferty wykonawcy z uwagi na niezłożenie przez wykonawcę przedłużenia gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium w oryginale, pomimo złożenia tego dokumentu we właściwej formie,

3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonywanie czynności w niniejszym postępowaniu w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania,

4) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z unieważnieniem postępowania pomimo braku podstawy faktycznej.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „16 lipca 2020 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, że przedłużenie gwarancji zostało złożone w kolorowej kopii. Zamawiający utwierdził się w swoim przekonaniu poprzez porównanie dokumentu z bliźniaczym w treści, wydanym w tym samym dniu, przez tego samego

Gwaranta, aneksem do gwarancji ubezpieczeniowej złożonym przez innego Wykonawcę w tym samym postępowaniu. Zamawiający uznał więc, że gwarancja nie została skutecznie przedłużona i z tego powodu należało odrzucić ofertę Odwołującego. Jednocześnie Zamawiający odrzucił pozostałych 9 ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, a w związku z tym unieważnił postępowanie przetargowe na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, tj. nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. (...) Zamawiający ponad 3 miesiące po złożeniu w.w. dokumentów poinformował Odwołującego, iż dokument wadialny został złożony w nieprawidłowej formie, tj. w kolorowej kopii zamiast w oryginale.

Odwołujący jest przekonany o prawidłowości złożonego dokumentu i nie dysponuje oryginałem aneksu do gwarancji ubezpieczeniowej, gdyż ta znajduje się w posiadaniu Zamawiającego.

Odwołujący, mimo upływu terminu związania ofertą, nadal zainteresowany jest uzyskaniem przedmiotowego zamówienia na warunkach określonych w ofercie. Wskazać należy, że upływ terminu nie przesądza o nieskuteczności danej oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy na warunkach przedstawionych w ofercie - mimo upływu terminu związania oferta jest nadal ważna. (...)"

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.
W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie wymiany rozdzielnic głównych wraz z wymianą wewnętrznych linii zasilających w Domu Studenckim Babilon w Warszawie przy ul. Kopińskiej 12/16.

W niniejszym postępowaniu zamawiający wymagał wniesienia wadium, a w pkt 8.2.8. siwz wskazał, że jeśli jest ono wnoszone w innej formie niż pieniądz, należy dołączyć do oferty oryginał gwarancji lub poręczenia.

Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej ważnej w okresie 11.03.-12.05.2020 r.

Pismem z dnia 03.04.2020 r. zamawiający na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wezwał odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, tj. do dnia 08.06.2020 r. Zamawiający dodał, że przedłużenie terminu związania ofertą jest możliwe tylko z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium lub wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres.

W dniu 08.04.2020 r. odwołujący przedłożył aneks nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium przedłużający ważność tej gwarancji do 08.06.2020 r.

Pismem z dnia 16.07.2020 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał:

„W trakcie analizy ww. aneksu Zamawiający stwierdził, że przedmiotowy dokument został złożony w kolorowej kopii. Zamawiający utwierdził się w tym przekonaniu poprzez porównanie dokumentu z bliźniaczym w treści, wydanym w tym samym dniu — 06.04.2020 r. przez TUZ Ubezpieczenia i opatrzonym własnoręcznym podpisem i pieczęcią tej samej osoby reprezentującej Gwaranta, aneksem do gwarancji ubezpieczeniowej złożonym przez innego Wykonawcę w tym postępowaniu. Tym samym Zamawiający uznał, że złożenie w terminie wyznaczonym na jego złożenie kopii dokumentu aneksu nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej, uwzględniając treść przesłanki wygaśnięcia gwarancji, określonej t w pkt. 8.4) gwarancji: „Niniejsza gwarancja wygasa również w przypadku gdy nastąpił zwrot oryginału niniejszej gwarancji do Gwaranta", nie może zostać uznane za skuteczne przedłużenie ważności wadium w przedłużonym, na wniosek Zamawiającego, okresie związania ofertą, ponieważ Zamawiający nie miał pewności co do tego, czy dokument aneksu nr 1 do gwarancji w dacie późniejszej niż 12 maja 2020 r. nie został zwrócony Gwarantowi przez Wykonawcę, a w konsekwencji, czy złożona oferta pozostawała

zabezpieczona wadium w okresie związania ofertą. Zatem, Zamawiający nie dysponując oryginałem aneksu nr 1 do gwarancji, nie ma pewności, czy gwarancja nie wygasła w wyniku jej zwrotu (niezależnie przez którą ze stron - przez Wykonawcę czy przez Beneficjenta) i w przypadku zaistnienia przesłanek będzie mógł zatrzymać wadium. Zamawiający musi mieć możliwość zaspokojenia swoich roszczeń przez cały okres związania ofertą. Niezłożenie oryginału aneksu do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium przed upływem ostatniego dnia ważności wadium, tj. do dnia 12 maja 2020 r. oznacza nieskuteczne przedłużenie okresu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą i tym samym stanowi podstawę odrzucenia oferty".

Tym samym pismem zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania w całości, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 i 4 ustawy Pzp:

2. Wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

4. Przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Jeżeli przedłużenie terminu związania ofertą dokonywane jest po wyborze oferty najkorzystniejszej, obowiązek wniesienia nowego wadium lub jego przedłużenia dotyczy jedynie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

7b) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

W niniejszej sprawie stanowiska stron są sporne co do tego, czy odwołujący złożył aneks do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium w oryginale (zgodnie z żądaniem zamawiającego) czy w kolorowej kopii. Odwołujący twierdzi, że złożył oryginał ww. dokumentu i nie dysponuje obecnie środkami dowodowymi na wykazanie tego faktu, ponieważ oryginał ten znajduje się u zamawiającego. Zamawiający twierdzi, że odwołujący złożył kolorową kopię aneksu do gwarancji wadialnej, co wynika z porównania tego dokumentu z oryginalnym aneksem do gwarancji wadialnej złożonym przez innego wykonawcę, przy czym oba aneksy pochodziły od tego samego gwaranta i były podpisane przez tę samą osobę. Oryginał aneksu do gwarancji wadialnej złożony przez ww. innego wykonawcę zamawiający zwrócił już temu wykonawcy i obecnie nim nie dysponuje. Strony przedstawiły na rozprawie:

- odwołujący - kopię aneksu do gwarancji wadialnej z pieczątką wpływu do zamawiającego,
- zamawiający - aneks do gwarancji wadialnej złożony przez odwołującego z pieczątką wpływu do zamawiającego, przy czym w stosunku do tego dokumentu odwołujący stwierdził, że jest to kopia, która nie została przez niego złożona, gdyż złożył on oryginał.

Odwołujący twierdzi ponadto, że po przekazaniu zamawiającemu oryginału aneksu do gwarancji zamawiający zrobił z niego kopię, na której przybił pieczątkę z datą wpływu. Odwołujący nie wyklucza, że wskutek reorganizacji pracy w okresie epidemii zamawiający zagubił oryginał. Zamawiający twierdzi, że reorganizacja pracy w okresie epidemii spowodowała wprawdzie wydłużenie czasu badania i oceny ofert do 3 miesięcy, ale nie wpłynęła na stosowane procedury udzielania zamówień.

Po rozważeniu argumentów stron i dostępnego w sprawie materiału dowodowego, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze, na korzyść odwołującego przemawia fakt, że posiada on kopię złożonego aneksu do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, na której to kopii zamawiający przybił pieczątkę z datą wpływu. Nie ma zatem wątpliwości, że aneks został złożony. Potwierdzenie wpływu od zamawiającego nie zawiera jednocześnie żadnej adnotacji, z której wynikałoby, że odwołujący przedłożył zamawiającemu kopię aneksu. Należy przy tym zaznaczyć, że pieczątka potwierdzająca wpływ jest pieczątką Działu Zamówień Publicznych Politechniki Warszawskiej, czyli komórki organizacyjnej, która powinna wiedzieć, że wymagane jest złożenie aneksu do gwarancji wadialnej w oryginale. Wyżej wskazane potwierdzenie wpływu, którym dysponuje odwołujący, dowodzi zatem, że aneks został złożony i pozwala na przyjęcie, że został złożony w oryginale.

Po drugie, należy stwierdzić, że odrzucając ofertę wykonawcy, zamawiający musi wykazać zasadność tego odrzucenia. Zatem to zamawiający musi wykazać, że rzeczywiście w przedmiotowej sprawie odwołujący przedłożył aneks do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium w kolorowej kopii, a nie w oryginale (trudno zresztą wymagać, żeby odwołujący to wykazał, skoro twierdzi, że oryginał złożył zamawiającemu, więc nim nie dysponuje). Zamawiający nie przedstawił dowodów na poparcie swojego stanowiska.

Po trzecie, nie można zgodzić się z zamawiającym, że znaczenie w przedmiotowej sprawie ma to, że odwołujący nie zastosował się do wskazówek, gdzie przedłożyć aneks do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Bez względu na to, czy odwołujący złożył aneks w jednym z miejsc wskazanych w piśmie wzywającym do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, czy „gdzieś na korytarzu", faktem jest, że posiada potwierdzenie wpływu z pieczątką Działu Zamówień Publicznych. Zatem w takim czy innym miejscu Politechniki Warszawskiej pracownik tego Działu musiał potwierdzić mu wpływ. Miejsce, w którym nastąpiła ta czynność, nie ma zatem znaczenia dla sprawy.

Reasumując, Izba w świetle dostępnego jej materiału dowodowego, stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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 (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący .....