Sygn. akt: KIO 2502/22

WYROK

z dnia 10 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2022 r. przez wykonawcę Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze" w Warszawie
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DIMARK S.A. z siedzibą w Złotkowie oraz ANGLOSEC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późń. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2502/22

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze" w Warszawie [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na zakup i instalację 4 szt. urządzeń EDS (Explosive Detection System) Standardu 3 do Sortowni 1 (Strefa AB) wraz z integracją z systemem BHS (znak postępowania: 134/PN/ZP/TLLZP/22).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lipca 2022 r. pod numerem nr 2022/S 141-404781.

W dniu 23 września 2022 r. wykonawca Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo niewyczerpania obligatoryjnej procedury uzupełnienia oferty.

Wobec ww. zarzutu Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Nuctech i wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wniesienie wadium.

W uzasadnieniu odwołania Wykonawca wskazał, że pismem z dnia 13 września Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Nuctech na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w związku z brakiem wniesienia wadium. Zamawiający nie prowadził w tym przedmiocie uprzednio żadnej korespondencji z Odwołującym, nie zwracał się o wyjaśnienia lub uzupełnienia w tym zakresie. Tymczasem w myśl art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Dokument gwarancji wadialnej należy uznać za „inny dokument", o którym mowa w ww. przepisie i umożliwia wykonawcy jego uzupełnienie. Tym samym odrzucenie oferty Nuctech bez przeprowadzenia obligatoryjnej procedury jej uzupełnienia, o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za nieuprawnione i przedwczesne.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. W toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DIMARK S.A. z siedzibą w Złotkowie oraz ANGLOSEC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Przystępujący"] zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego oraz zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 10 października 2022 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 13 września 2022 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty

Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym decyzji podano, iż zgodnie z rozdz. VIII ust. 1 SWZ, Wykonawca zobowiązany był do

wniesienia, przed upływem terminu składania ofert, wadium w wysokości 500 000,00 zł.

(słownie: pięćset tysięcy złotych). Do upływu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, tj. do dnia 05.09.2002 r. do godz. 10:00 wadium zabezpieczające ofertę Odwołującego nie zostało wniesione, wobec powyższego oferta została odrzucona.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego.

Przedmiotem oceny Izby była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp z uwagi na brak wniesienia wadium przed upływem terminu składnia ofert, która nie została poprzedzona wezwaniem odwołującego się Wykonawcy do uzupełnienia dokumentu gwarancji wadialnej w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego dokument gwarancji wadialnej należy uznać za „inny dokument", o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż bezsporne w okolicznościach sprawy było, że Odwołujący nie wniósł wadium przed upływem wyznaczonego terminu składania ofert, jak również to, że Zamawiający nie prowadził z Odwołującym w tym przedmiocie żadnej korespondencji, nie zwracał się o wyjaśnienia lub uzupełnienia.

W ocenie Izby czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp nie naruszała przepisów ustawy.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w Jednocześnie zgodnie z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w Przepis ten w sposób jednoznaczny określa granicę czasową dla skutecznego wniesienia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z kolei termin składania ofert to dzień i godzina, które Zamawiający obowiązany jest podać w dokumentach zamówienia.

Wskazać należy, iż ustawa Pzp nie zawiera żadnych przepisów przewidujących możliwość poprawiania błędu polegającego na złożeniu wadium w sposób nieprawidłowy lub uzupełniania braku polegającego na niezłożeniu w ogóle wadium. W szczególności zastosowania nie znajduje podniesiony przez Odwołującego art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Jakkolwiek przywołany wyżej przepis przewiduje wezwanie wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia także innych niż oświadczenie, o którym mowa wlub podmiotowe środki dowodowe „dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu", to nie precyzuje jakie konkretnie dokumenty lub oświadczenia mogą być składane, poprawiane, uzupełniane lub wyjaśniane na ww. podstawie. Podnieść jednak należy, iż dyspozycją ww. przepisu nie będą objęte dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji czy poręczenia, co do których przepisy ustawy Pzp określają konsekwencje ich niezłożenia (por. arg. z art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp). Zauważyć również trzeba, iż dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji czy poręczenia nie są dokumentami postępowania o udzielenie zamówienia, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415)

wydanym na podstawie delegacji wynikającej z art. 128 ust. 6 ustawy Pzp. Dokumenty te nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji ani braku podstaw do wykluczenia, czy też np. umocowania do reprezentowania wykonawcy. Ponadto gdyby uznać pogląd Odwołującego za słuszny, z czym Izba się nie zgadza, to dostrzec należy, iż wadium w istocie wniesione zostałoby po upływie terminu składania ofert, co jest sprzeczne z brzmieniem art. 97 ust. 5 ustawy Pzp. Konkludując stwierdzić należy, iż czynność wniesienia wadium nie podlega konwalidacji, nie można dokonać jego wpłaty po upływie wskazanego terminu składania ofert, jak również nie można uzupełnić dokumentu, potwierdzającego wniesienie wadium, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż pieniężna.

Wobec powyższego czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp była prawidłowa.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zd. pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....