

WYROK

Warszawa, dnia 31 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszekiewicz

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2024 r. przez wykonawcę M.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „W.M. Firma Handlowa OLMEX” z siedzibą w Skalbmierzu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – 1 REGIONALNĄ BAZĘ LOGISTYCZNĄ z siedzibą w Wałczu przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy FLUKAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „W.M. Firma Handlowa OLMEX” z siedzibą w Skalbmierzu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Skarb Państwa – 1 REGIONALNĄ BAZĘ LOGISTYCZNĄ z siedzibą w Wałczu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwę 839 zł 00 gr (słownie: osiemset trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) poniesioną przez Skarb Państwa – 1 REGIONALNĄ BAZĘ LOGISTYCZNĄ z siedzibą w Wałczu tytułem kosztów dojazdu,
- 2.2. zasądza od wykonawcy Mariusza Waligóry prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „W.M. Firma Handlowa OLMEX” z siedzibą w Skalbmierzu na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa – 1 REGIONALNE BAZY LOGISTYCZNEJ z siedzibą w Wałczu kwotę 4 439 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czteryst trzydzieści dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 1565/24

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa – 1 REGIONALNA BAZA LOGISTYCZNA z siedzibą w Wałczu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa produktów naftowych”, zadania 2,3,4 oraz 6 (nr sprawy 120/2023). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 29 stycznia 2024 r. pod nr 57055-2024

Dnia 2 maja 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca M.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „W.M. Firma Handlowa OLMEX” z siedzibą w Skalbmierzu (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od czynności zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawcy Flukar Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w zakresie zadań 2,3,4 oraz 6.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 226 ust 1 pkt 14 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, mimo iż wybrany Wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, w szczególności w sposób niezgodny z treścią dokumentów zamówienia (SWZ) ustanawiających wymogi dotyczące treści składanego poręczenia.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz:

- unieważnienie czynności wyboru ofert w zakresie ww. zadań;
- dokonanie ww. zadaniach czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem odrzucenia oferty wybranego wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku, gdyby Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy Flukar Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w zakresie ww. zadań, oferta Odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie każdego z ww. zadań.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 22 kwietnia 2024r. - Informacja o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 2, 3, 4 i 6. W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 2 maja 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że zgodnie z Rozdziałem XI punkt 2 SWZ Zamawiający żądał od wykonawców wniesienia wadium w zakresie wszystkich kwestionowanych przez Odwołującego zadań. Odwołujący podniósł, że w punkcie 7 Rozdziału XI, Zamawiający wprost wskazał również na wymogi (wynikające jednocześnie z orzecznictwa KIO, Sądów oraz poglądów doktryny) co do treści wadium wnoszonych w innych niż pieniądź formach. Odwołujący wskazał, że Przystępujący zabezpieczył swoją ofertę poprzez poręczenie w treści którego wskazano przepis (§4 ust 2) zgodnie z którym: „Poręczyciel wypłaca na rzecz Zamawiającego środki stanowiące przedmiot udzielonego poręczenia niezwłocznie po dniu otrzymania wezwania do zapłaty wadium, nie później niż w terminie oznaczonym przez Zamawiającego w SWZ bądź w inny sposób”. Treść tego przepisu zdaniem Odwołującego niewątpliwie wskazuje na pozostawienie wyboru poręczycielowi co do wyboru wypłaty środków tj. zgodnie z SWZ („nie później niż w terminie oznaczonym przez Zamawiającego w SWZ”) lub w sposób niezgodny z SWZ („bądź w inny sposób). Odwołujący wskazał również, że poręczenie nie ustanawia żadnego maksymalnego terminu wypłaty kwoty stanowiącej maksymalne zobowiązanie poręczenia co w istocie, w sensie praktycznym, może spowodować iluzoryczność ustanowionego poręczenia. Odwołujący zauważył, że poręczyciel nie zobowiązuje się wprost do wypłaty środków stanowiących poręczenie, a jedynie przyjmuje swoją odpowiedzialność za spłatę zobowiązania do wysokości kwot wynikających z poszczególnych zadań. Dlatego też, zgodnie z literalną interpretacją treści udzielonego poręczenia poręczyciel może spłacić zobowiązanie w formie pieniężnej (wypłata środków w terminie oznaczonym przez Zamawiającego w SWZ zgodnie z pierwszym przypadkiem wskazanym w §4 ust 2) lub też zmienić formę na inną, dowolnie ustanowioną przez poręczyciela np. rzeczową („w inny sposób”) .Tym samym poręczenie zostało w ocenie Odwołującego wniesione niezgodnie z dokumentami SWZ.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie przyjmuje się iż wadium wniesione w formie niepieniężnej musi posiadać „płynność” tożsamą do wadium wniesionego w pieniądzu co oznacza że Zamawiający musi otrzymać wartość pieniężną objętą zabezpieczeniem bezwarunkowo, na pierwsze żądanie i w sposób niezwłoczny od zgłoszenia swojego żądania oraz mieć charakter „pewny” już w momencie złożenia gwarancji/poręczenia. Sytuacja w której wypełnienie ww. przesłanek zależy już wyłącznie od dobrej woli poręczyciela nie może według Odwołującego zostać uznana za godne uznania.

W dniu 24 maja 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie (datowaną na 23 maja 2024 r.), w której wniósł o:

- 1.oddalenie odwołania w całości,
- 2.przeprowadzenie dowodów z dokumentów postępowania przetargowego znajdujących się w aktach sprawy, w szczególności rozdziału XI Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz treści dokumentu - Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium z dnia 01.03.2024 r., pisma Zamawiającego z dnia 24.04.2024 r. znak 1 RBLog-SZP.2612.118.2023
- 3.obciążenie Odwołującego kosztami postępowania w sprawie, z uwzględnieniem zestawienia poniesionych kosztów przedłożonego na rozprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwołujący

oferta Odwołującego uplasuje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a tym samym Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca FLUKAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach. Strony nie zgłosiły opozycji, ani zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba postanowiła dopuścić wykonawcę FLUKAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (dalej: „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania, pisma procesowego zawierającego oświadczenie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego oraz dowodu złożonego przez Przystępującego na posiedzeniu.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn.

„Dostawa produktów naftowych”, zadania 2,3,4 oraz 6

Wymagania dotyczące wadium Zamawiający zawarł w rozdziale XI SWZ.

Przystępujący wraz ze złożoną ofertą przedłożył Oświadczenie Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium z dnia 1 marca 2024 r. wystawione przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

Z § 4 przedłożonego oświadczenia wynikało, że:

„1.Poręczyciel dokona wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego tytułem udzielonego nieodwołalnego poręczenia bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, jeżeli zostanie ono zgłoszone przez Zamawiającego w terminie, o którym mowa w § 3.

2.Poręczyciel wypłaca na rzecz Zamawiającego środki stanowiące przedmiot udzielonego poręczenia niezwłocznie po dniu otrzymania wezwania do zapłaty wadium, nie później niż w terminie oznaczonym przez Zamawiającego w SWZ bądź w inny sposób.”

Zgodnie z treścią rozdziału XI pkt 7 SWZ:

„Z treści gwarancji lub poręczenia powinno jednoznacznie wynikać:

1)zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do zapłaty całej kwoty nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie Zamawiającego (beneficjenta gwarancji) zawierające oświadczenie Zamawiającego, że zaistniały okoliczności zatrzymania wadium określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, bez konieczności potwierdzania tych okoliczności przez Wykonawcę i składania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń, dokumentów lub dokonania czynności przez Wykonawcę, Zamawiającego lub osoby trzecie, bez pośrednictwa banku, korespondenta lub innej tego typu instytucji;

2)zobowiązanie gwaranta do zapłaty żądanej kwoty niezwłocznie po otrzymaniu stosownego wezwania do zapłaty od Zamawiającego, w terminie nie dłuższym niż 14 dni.”

W dniu 22 kwietnia 2024r. Zamawiający przekazał wykonawcom Informację o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, w której Zamawiający podjął decyzję o wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie części 2, 3, 4 i 6 oferty Przystępującego. Odwołujący w dniu 22 kwietnia 2024 r. skierował do Zamawiającego informację o nieprawidłowościach, które wystąpiły w jego ocenie w ofercie Przystępującego. W dniu 24 kwietnia 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pismo Odwołującego, wskazując, że jego zdaniem nie zachodzą nieprawidłowości sygnalizowane przez Odwołującego. W związku z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ze stanowiskiem Zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2024 r. Odwołujący w dniu 2 maja 2024 r. złożył odwołanie wskazując na zaniechania Zamawiającego tj. zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego z uwagi na to, że wybrany wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, w szczególności w sposób niezgodny z treścią dokumentów zamówienia (SWZ) ustanawiających wymogi dotyczące treści składanego poręczenia.

Przedmiotem rozpoznania niniejszej sprawy było ustalenie czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FLUKAR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, w związku z tym, że wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, w szczególności w sposób niezgodny z treścią dokumentów zamówienia (SWZ) ustanawiających wymogi dotyczące treści składanego poręczenia.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że z oświadczenia o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium z dnia 1 marca 2024 r. wystawionego przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Poręczyciel”) wynika:

z komparacji poręczenia że:

„Poręczyciel zobowiązuje się do zapłaty wadium w związku z przystąpieniem przez zobowiązanego (którym jest Przystępujący) do przetargu publicznego organizowanego przez Zamawiającego.”

z § 2, że:

„Zobowiązanie do zapłaty wadium dotyczy przetargu:

- nazwa: „Dostawa produktów naftowych”,

- numer: 120/2023.”

z § 4, że:

„1.Poręczyciel dokona wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego tytułem udzielonego nieodwołalnego poręczenia bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, jeżeli zostanie ono zgłoszone przez Zamawiającego w terminie, o którym mowa w § 3.

2.Poręczyciel wypłaca na rzecz Zamawiającego środki stanowiące przedmiot udzielonego poręczenia niezwłocznie po dniu otrzymania wezwania do zapłaty wadium, nie później niż w terminie oznaczonym przez Zamawiającego w SWZ bądź w inny sposób.”

zaś zgodnie z treścią rozdziału XI pkt 7 SWZ:

„Z treści gwarancji lub poręczenia powinno jednoznacznie wynikać:

1)zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do zapłaty całej kwoty nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie Zamawiającego (beneficjenta gwarancji) zawierające oświadczenie Zamawiającego, że zaistniały okoliczności zatrzymania wadium określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, bez konieczności potwierdzania tych okoliczności przez Wykonawcę i składania jakichkolwiek dodatkowych oświadczeń, dokumentów lub dokonania czynności przez Wykonawcę, Zamawiającego lub osoby trzecie, bez pośrednictwa banku, korespondenta lub innej tego typu instytucji;

2)zobowiązanie gwaranta do zapłaty żądanej kwoty niezwłocznie po otrzymaniu stosownego wezwania do zapłaty od Zamawiającego, w terminie nie dłuższym niż 14 dni.”

Izba wskazuje również na art. 876 § 1 kc, zgodnie z którym:

„Przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał.”

Mając na uwadze powyższe postanowienia Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym zawarty w dokumencie poręczenia zwrot „bądź w inny sposób” daje Poręczycielowi prawo do dowolnego ukształtowania zobowiązania wynikającego z udzielonego poręczenia. Beneficjentem udzielonego poręczenia jest Zamawiający i to on jest uprawniony do skierowania do Poręczyciela żądania wypłaty wadium. Wysokość wadium została określona zarówno w SWZ, jak i w poręczeniu. Są to określone dla każdej części postępowania kwoty w PLN. Nie sposób w związku z tym zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że wypłata wadium może zależeć wyłącznie od dobrej woli Poręczyciela, zaś udzielone poręczenie nie ma charakteru „pewnego”.

Odwołujący wskazał, że § 4 poręczenia niewątpliwie wskazuje na pozostawienie wyboru Poręczycielowi co do wyboru wypłaty środków tj. zgodnie z SWZ („nie później niż w terminie oznaczonym przez Zamawiającego w SWZ”) lub w sposób niezgodny z SWZ („bądź w inny sposób). Zdaniem Odwołującego Poręczyciel może zmienić formę na inną, dowolnie ustanowioną przez siebie np. rzeczową. W ocenie Izby zwrot „bądź w inny sposób” należy odnieść do poprzedzającej go części zdania znajdującej się po przecinku tj. odnoszącej się do terminu wypłaty wadium. Zamawiający wypłaci środki nie później niż w terminie określonym w SWZ bądź w inny sposób, jednak termin ten ma zostać oznaczony przez Zamawiającego, a nie jak podnosi Odwołujący przez Poręczyciela. Odwołujący wskazał również, że poręczenie nie ustanawia żadnego maksymalnego terminu wypłaty kwoty stanowiącej maksymalne zobowiązanie poręczenia co w istocie, w sensie praktycznym, może spowodować iluzoryczność ustanowionego poręczenia. Izba nie zgadza się z takim stwierdzeniem. Z treści poręczenia jednoznacznie wynika, że odnosi się ono do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Dokonano prawidłowego określenia nazwy i numeru prowadzonego postępowania. Poręczyciel wskazał, że wypłaty dokona niezwłocznie po dniu otrzymania wezwania do zapłaty wadium, nie później, niż w terminie oznaczonym przez Zamawiającego w SWZ bądź w inny sposób. Maksymalny termin wypłaty został w związku z tym uzależniony od Zamawiającego. To on ustala warunki SWZ bądź może określić termin w inny sposób, niż w SWZ. To jemu zgodnie z treścią poręczenia przyznano uprawnienie do oznaczenia terminu wypłaty. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 284/23 odnoszącym się do gwarancji ubezpieczeniowej. Dokonując oceny poszczególnych postanowień przedkładanego przez wykonawcę poręczenia należy mieć na uwadze okoliczności, w których oświadczenie Poręczyciela zostało złożone, zasady współżycia społecznego, ustalone zwyczaje, a także zamiar stron i cel, jaki to poręczenie ma spełnić – zabezpieczenie oferty wykonawcy składanej w danym postępowaniu. W ocenie Izby zamiar stron i cel był jednoznaczny – ustanowienie zabezpieczenia w związku z udziałem Przystępującego w przetargu organizowanym przez Zamawiającego. Treść poręczenia zawierała elementy wymagane przez Zamawiającego zgodnie z rozdziałem XI pkt 7 SWZ – zapłata wadium nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie Zamawiającego oraz dokonanie zapłaty wadium niezwłocznie po otrzymaniu stosownego wezwania do zapłaty od Zamawiającego w terminie oznaczonym w SWZ (14-dniowym).

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyla się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....