

WYROK
z dnia 6 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2017 r. przez wykonawcę - **GRABO-TRANS sp. z o.o., ul. Wojkowska 14a; 41-250 Czeladź**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polska Grupa Górnicza sp. z o.o., ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „CARBUD” S.A., Górnicze Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „PIAST” S.A., ul. Granitowa 8; 43-155 Bieruń**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę GRABO-TRANS sp. z o.o., ul. Wojkowska 14a; 41-250 Czeladź i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GRABO-TRANS sp. z o.o., ul. Wojkowska 14a; 41-250 Czeladź**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **GRABO-TRANS sp. z o.o., ul. Wojkowska 14a; 41-250 Czeladź** na rzecz zamawiającego **Polska Grupa Górnicza sp. z o.o., ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice** 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 (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Grupa Górnicza sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Obsługa sprzętem ciężkim zwalów i drobnicowej sprzedaży węgla w okresie 24 miesięcy dla KWK Piast- Ziemowit Ruch Piast z podziałem na zadania: zadanie nr 1 - na Ruchu Piast w Bieruniu, zadanie nr 2 - na Ruchu Piast w Woli”*.

Dnia 14 listopada 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawcę odwołującego się o odrzuceniu jego oferty.

Dnia 23 listopada 2017 roku wykonawca GRABO-TRANS sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że odwołujący nie wniósł wadium lub wniósł je w sposób nieprawidłowy.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania ponieważ skutek odrzucenia jego oferty został pozbawiony możliwości wzięcia udziału w kolejnym etapie postępowania - aukcji elektronicznej, a tym samym możliwości złożenia w postępowaniu najkorzystniejszej oferty i uzyskania zamówienia.

Odwołujący podniósł, iż bezspornym w sprawie jest, że odwołujący wniósł wadium formie załączonej do oferty gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Przedmiotowy dokument został przez gwaranta wypełniony w sposób błędny - omyłkowo wskazano w jego treści, iż gwarancja jest ważna w okresie od dnia 25 października 2017 r. do dnia 27 października 2017 r. Niezwłocznie po stwierdzeniu omyłki w treści gwarancji odwołujący uzyskał od ubezpieczyciela oświadczenie o zaistniałym błędzie i rzeczywistym okresie ważności gwarancji oraz przedłożył przedmiotowe oświadczenie zamawiającemu. Odwołujący wskazał, iż nie zawarł w ten sposób nowej umowy gwarancji ubezpieczeniowej, a jedynie sprecyzował rzeczywistą treść uprzednio złożonej i załączonej do oferty. Omyłka, do której doszło w treści dokumentu gwarancji nie stanowi zmiany zgodnego oświadczenia woli stron umowy ubezpieczenia złożonego przy jej zawarciu, a tylko rzeczywista treść umowy z gwarantem decyduje, czy gwarancja spełnia warunki s.i.w.z., czy też nie. Z zebranych w sprawie dokumentów wynika, iż rzeczywista treść gwarancji odpowiadała warunkom s.i.w.z. i należyce zabezpiecza interesy zamawiającego. Tym samym jakkolwiek interes zamawiającego nie może doznać uszczerbku wskutek przyjęcia gwarancji wadliwej odwołującego. Zamawiający nie tylko nie

podjął żadnych kroków celem wykładni treści dokumentu gwarancji, ale co więcej całkowicie pominął oświadczenie strony umowy - gwaranta, który jednoznacznie stwierdził, jaka jest rzeczywista treść umowy zawartej z odwołującym. W konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło w oparciu o błędne przekonanie zamawiającego o treści umowy gwarancji wadialnej. Odrzucając ofertę odwołującego zamawiający całkowicie pominął fakt, iż gwarancja jest umową pomiędzy bankiem-gwarantem a beneficjentem gwarancji i, że treść gwarancji wadialnej podlega wykładni, której celem jest ustanie rzeczywistej woli stron umowy.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.
Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Na podstawie części XIX s.i.w.z., zamawiający żądał od wykonawców zabezpieczenia w postaci wadium w wysokości 150.000,00 zł, z czego na zadanie nr 1 w wysokości 100.000,00 zł oraz na zadanie nr 2 w wysokości 50.000,00 zł. Zgodnie z ust. 2 części XIX s.i.w.z., wadium mogło zostać wniesione również w postaci gwarancji ubezpieczeniowej. Z kolei z postanowień części XVII ust. 7 pkt 7 s.i.w.z. wynika, że wykonawca pozostaje związany ofertą przez 60 dni, zaś bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, który do terminu wyznaczony był na dzień 25 października 2017 roku.

Złożone przez odwołującego gwarancje ubezpieczeniowe zapłaty wadium Nr 998-A 723685 z dnia 20 października 2017 r. na 100.000,00 zł oraz Nr 998-A 723686 na 50.000,00 zł, zostały wystawione z okresem ważności od dnia 25 października 2017 r. do dnia 27 października 2017 r., a więc na okres krótszy niż termin związania ofertą, który to termin kończy się z dniem 24 grudnia 2017 roku.

W dniu 25 października 2017 r., po otwarciu ofert, odwołujący złożył do zamawiającego gwarancje ubezpieczeniowe zapłaty wadium o tych samych numerach oraz dacie wystawienia, przy czym ze zmienionym okresem ważności od 25 października 2017 r. do dnia 27 grudnia 2017 roku. W piśmie przewodnim z 25 października 2017 r. odwołujący podniósł, iż niezwłocznie po zauważeniu omyłki dotyczącej okresu ważności wadium, zwrócił się do towarzystwa ubezpieczeniowego, które wystawiło przedmiotowe gwarancje o wystawienie poprawnych dokumentów gwarancji oraz pisemne wyjaśnienie zaistniałych pomyłek. Z pism ubezpieczyciela „UNIQA” Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z dnia 25 października 2017 r., które zostały również złożone przez odwołującego, wynika, iż w wystawionych dokumentach gwarancji ubezpieczeniowych nr 998-A 723685 i nr 998-A 723686 zaistniała oczywista omyłka pisarska, zaś samo ubezpieczenie zapłaty wadium zostało prawidłowo zawarte, a ochrona ubezpieczeniowa, zarówno w jednym, jak i drugim wypadku, obejmuje okres od dnia 25 października 2017 r. do dnia 27 grudnia 2017 roku.

Zamawiający dnia 14 listopada 2017 roku, odrzucił ofertę odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

W ocenie Izby przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, nie pozwala na konwalidowanie wniesionego dokumentu gwarancji wadialnej. Gdyby miał tu zastosowanie przepis art. 26 ust. 3 ustawy, to wówczas analogicznie jak w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ustawodawca powinien był zawrzeć sformułowanie „z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy”, czego nie uczynił. Zakładając zatem racjonalność ustawodawcy, Izba stanęła na stanowisku, że nawet w zmienionej rzeczywistości prawnej, dokument wadium nie podlega uzupełnieniu. Tym samym fakt, że do zamawiającego dotarły oryginały poprawionych gwarancji po zakreślonym przez zamawiającego terminie, jak również fakt, że wystawca gwarancji potwierdził wydłużony okres związania, nie ma wpływu na prawidłowość ustalenia zamawiającego, że gwarancja wadialna oryginalna złożona w zakreślonym przez zamawiającego terminie była nieprawidłowa (podobnie Izba w wyroku z dnia 6 czerwca 2017 roku, sygn. akt KIO 1046/17). Nadto wskazać należy na profesjonalizację rynku zamówień publicznych, która z kolei nakłada na wykonawców określone zachowania. Izbę dziwi fakt, iż fachowy wykonawca nie dokonuje wewnętrznej oceny składanej oferty, analizując treść wszystkich

dokumentów, które są wraz z nią składane, a dopiero po pewnym czasie reflektuje się stwierdzając, iż jednak złożył wraz z ofertą dokumenty wadliwe w swej treści. Podnieść należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się

znacznym formalizmem, przez co nakłada na wykonawców wysokie wymagania względem treści składanych, przez tych wykonawców, dokumentów. Analizując stan faktyczny sprawy Izba doszła do przekonania, że odwołujący nie dochował należytej staranności przygotowując dokumenty składane wraz z ofertą, dlatego też nie można stawiać zamawiającemu zarzutu naruszenia określonego przepisu, skoro zamawiający działając w oparciu o zasadę legalizmu prawidłowo zastosował określone przepisy, co w konsekwencji skutkowało prawidłowym odrzuceniem oferty odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący:.....