

Sygn. akt: KIO 1507/12

Sygn. akt: KIO 1508/12

WYROK

z dnia 31 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska
Barbara Bettman
Anna Chudzik**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych w dniu 16 lipca 2012 r. przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o. oraz UAB ALKESTA, adres dla pełnomocnika: ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa (sygn. akt KIO 1507/12)
- B. STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (sygn. akt KIO 1508/12)

w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

orzeka:

- 1. Uwzględnia oba odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o. oraz UAB ALKESTA, adres dla pełnomocnika: ul. Modlińska 310/312, 03-152**

Warszawa oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołujących się tytułem wpisów od odwołań, w tym:

A) kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o. oraz UAB ALKESTA, adres dla pełnomocnika: ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;

B) kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków tytułem wpisu od odwołania;

2) zasądza od PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o. oraz UAB ALKESTA, adres dla pełnomocnika: ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa oraz STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków koszty strony, w tym:

A) kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o. oraz UAB ALKESTA, adres dla pełnomocnika: ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu;

B) kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 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 – Warszawa - Praga**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1507/12

Sygn. akt: KIO 1508/12

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *„Budowa nowych skrzyżowań dwupoziomowych w obszarze LCS Ciechanów: wiadukt drogowy w km 128.152: wiadukt drogowy w km 130,476, przetarg 2Ga - realizowane w ramach projektu Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Ciechanów”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 13 lipca 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 lipca 2011 r. pod numerem 2011/S 133-221252.

W dniu 6 lipca 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o., UAB ALKESTA, adres do korespondencji: ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i w konsekwencji o odrzuceniu oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowe „JAWAL” Sp. z o.o. oraz Budownictwa Drogowego „Budar” Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Kamienna 7, 25-041 Kielce.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1507/12

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o., UAB ALKESTA, adres do korespondencji: ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa (zwani dalej: *„Odwołującym Pribex”*) w dniu 16 lipca 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, z uwagi iż oferta została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export – Pribex Sp. z o.o. oraz UAB

Alkesta, tymczasem z tłumaczenia gwarancji przetargowej z dnia 30 marca 2012 r., potwierdzającej wniesienie wadium wynikało, że została wystawiona w celu zabezpieczenia złożenia oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składających się z: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export – Pribex Sp. z o.o., UAB Alkesta oraz dodatkowo Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych 7 Sp. z o.o. W konsekwencji Zamawiający zaniechał wyboru oferty najkorzystniejszej, t.j. oferty Odwołującego Pribex. Zamawiający nie skorzystał również z przepisu art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, nie żądając od wykonawców wyjaśnień w niezbędnym zakresie.

Podważając czynność Zamawiającego Odwołujący Pribex zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt. 2 w zw. z ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 46 ust. 5 pkt. 6 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego Pribex.

W związku z powyższym, Odwołujący Pribex wniósł o: unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego Pribex, dokonanie wyboru oferty Odwołującego Pribex w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Izba ustaliła również, że do odwołania dołączono: pełnomocnictwo z dnia 10 lipca 2012 r. wraz z dowodami uiszczenia opłaty skarbowej, dowód uiszczenia wpisu, oświadczenie Pana Witolda Jana B., gwarancję przetargową nr PA 53461, oświadczenie oferenta o przedłużeniu terminu związania złożoną ofertą z dnia 1 czerwca 2012 r., gwarancję przetargową nr PA 53461 P, korespondencję mailową dotyczącą zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1508/12

Wykonawca Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (zwany dalej: „*Odwołującym Strabag*”) w dniu 16 lipca 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowe „JAWAL” Sp. z o.o. oraz Budownictwa Drogowego „Budar” Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Kamienna 7, 25-041 Kielce, z uwagi iż wykonawcy posłużyli się potencjałem podmiotu trzeciego, udzielonym przez Zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., Zakład Linii Kolejowych w Skarżysku Kamiennej, zarzucając naruszenie art. 7, 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 2 pkt 13 oraz 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący Strabag wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w

konsekwencji nakazanie Zamawiającemu uznania, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowe „JAWAL” Sp. z o.o. oraz Budownictwa Drogowego „Budar” Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 353¹ kodeksu cywilnego, dokonanie wyboru oferty Odwołującego Strabag jako najkorzystniejszej, z uwagi na fakt, iż jego oferta uzyskała najwyższą punktację spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W dniu 6 lipca 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o., UAB ALKESTA, adres do korespondencji: ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i w konsekwencji o odrzuceniu oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowe „JAWAL” Sp. z o.o. oraz Budownictwa Drogowego „Budar” Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Kamienna 7, 25-041 Kielce.

Powyższe czynności Zamawiającego stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o., UAB ALKESTA, adres do korespondencji: ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa oraz wykonawcy Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o., UAB ALKESTA oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowe „JAWAL” Sp. z o.o. oraz Budownictwa Drogowego „Budar” Sp. z o.o. - jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołujących wpisu, podlegają rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie obu odwołań Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 18 lipca 2012 r.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron, Izba uznała, iż oba odwołania należy uznać jako zasadne i zasługujące na uwzględnienie.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1507/12

Izba rozpatrzyła zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt. 2 w zw z ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 46 ust. 5 pkt. 6 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego Pribex z postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Okolicznością bezsporną stanowi, fakt że Odwołujący Pribex złożył gwarancję wadialną wystawioną przez towarzystwo ubezpieczeniowe ERGO Litwa, celem jej złożenia Zamawiającemu, tj. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., jako zabezpieczenie złożonej oferty w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *„Budowę nowych skrzyżowań dwupoziomowych wraz z infrastrukturą towarzyszącą w obszarze ŁCS Ciechanów: wiadukt drogowy w km 128,152; wiadukt drogowy w km 130,476 — przetarg 2Ga - realizowane w ramach projektu Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa — Gdynia - obszar LCS Ciechanów”*. Oryginalna gwarancja przetargowa sporządzona w języku litewskim wystawiona została na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o., UAB ALKESTA, adres do korespondencji: ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa.

Nie zostało zakwestionowane przez strony również to, że z treści tłumaczenia gwarancji przetargowej złożonej przez Odwołującego Pribex w niniejszym postępowaniu, wynikało iż zabezpiecza ona złożenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składających się z trzech podmiotów: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno - Budowlanych Export - Pribex Sp. z o.o. w Warszawie, UAB Alkesta oraz Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych 7 Spółka z o.o.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 6 lipca 2012 r. zawiadomił wykonawców o wykluczeniu Odwołującego Pribex na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i w konsekwencji o odrzuceniu oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowe „JAWAL” Sp. z o.o. oraz Budownictwa Drogowego „Budar” Sp. z o.o., adres do korespondencji: ul. Kamienna 7, 25-041 Kielce.

Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał, że z zapisów przedłożonego na stronach 260-261 oferty tłumaczenia Gwarancji Przetargowej Nr PA 53461 (oryginał gwarancji wadialnej jest wystawiony w języku litewskim) wynika, iż gwarancja została wystawiona na „*Oferenta tj. spółka z o.o. UAB „Alkesta” identyfikator przedsiębiorstwa 249672710, ul. Naujoji 118, LT - 62175 Alytus, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o., ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa i PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT INŻYNIERYJNYCH 7 Sp. z o.o., UL. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa, działających na podstawie umowy o łącznej działalności z dnia 02 sierpnia 2011 roku (dalej - Oferent)...*”, natomiast w treści gwarancji wskazano, że „*Roszczenie z tytułu niniejszej gwarancji powstaje, gdy:*

- a) *Oferent odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;*
- b) *Oferent nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;*
- c) *Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta.*
- d) *gdy Oferent w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień Publicznych z dnia 29.01.2004 r. nie złożył dokumentów lub*
- e) *oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni,*

f) *że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie.*" Z treści pozostałych elementów oferty, w tym w szczególności z treści pełnomocnictwa z dnia 2 sierpnia 2011 r wynika, że oferta została złożona przez dwóch Wykonawców tj. UAB Alkesta Sp. z o.o. , ul. Naujoji 118, LT - 62175 Alytus Litwa oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o., ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa, w wyniku czego brak jest tożsamości Wykonawcy składającego ofertę oraz Wykonawcy którego dotyczy gwarancja bankowa. To powoduje, że w treści gwarancji Wykonawca nie został wskazany w sposób niebudzący wątpliwości co do jego identyfikacji, tak więc bank może odmówić wypłacenia sumy gwarancyjnej.

Biorąc pod uwagę uzasadnienie faktyczne wykluczenia Izba uznała, że podstawą wykluczenia wykonawcy był przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała za zasadne przywołanie treści art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Dokonując wykładni art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp należy stwierdzić, że ustawodawca przewidział negatywne konsekwencje dla wykonawcy – w postaci wykluczenia z postępowania – jedynie w sytuacji nie wniesienia przez wykonawcę wadium. Analiza powyższego przepisu, sprowadza się do wniosku, że Zamawiający nie jest uprawniony do wykluczania wykonawcy z uwagi na niejasności zawarte – jak to ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym - w tłumaczeniu gwarancji wadialnej, gdyż istotą wadium jest zabezpieczenie Zamawiającego poprzez możliwość zatrzymania przedmiotu wadium na wypadek niezawarcia umowy przez wykonawcę, w sytuacji gdy jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Dokumentem potwierdzającym wniesienie wadium jest gwarancja wadialna, zaś jej tłumaczenie – ma charakter wtórny, i nie wpływa na stosunek zobowiązaniowy zawarty w oryginale złożonej gwarancji wadialnej.

Zatem niezasadne jest wykluczanie wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdy z okoliczności sprawy bezspornie wynika – np. na podstawie złożonego oryginału gwarancji - że wadium zostało przez wykonawcę wniesione a Zamawiający nie może zasłaniać się formalizmem postępowania o udzielenie zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym bezspornym jest, że oryginalna gwarancja wadialna złożona przez wykonawcę w języku litewskim potwierdzała wniesienie wadium przez Odwołującego Pribex, t.j. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno - Budowlanych Export - Pribex Sp. z o.o. w Warszawie, UAB Alkesta.

Opierając się o niniejszy stan faktyczny, Izba uznała, że Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z uwagi na niejasności wynikające z tłumaczenia gwarancji wadialnej – w szczególności w braku wątpliwości, że wadium zostało wniesione prawidłowo. Dokument taki posiada walor dowodowy, co do rzeczywistej treści gwarancji wadialnej, jednak nie jest podstawą do ewentualnego dochodzenia w przyszłości roszczeń przez Zamawiającego.

Nie można również zapomnieć, że na podstawie art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.). Zatem w przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Izby mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) Kodeks cywilny, w szczególności przepis art. 65 § 1, który stanowi wykładnię oświadczenia woli. Przepis art. 65 Kc. stanowi, iż *„Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”*.

Należy pamiętać, że wykładnia oświadczenia woli stanowi zespół czynności prowadzących do ustalenia znaczenia danej wypowiedzi (P. Machnikowski (w:) *Kodeks cywilny...*, red. E. Gniewek, s. 153). Zgodnie z art. 60 k.c., oświadczenie woli stanowi każde zachowanie się osoby dokonywającej czynności prawnej, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Sądu Najwyższego, odnoszące się do wykładni oświadczenia woli. I tak Sąd Najwyższy – Izba Cywilna w wyroku z dnia 23 stycznia 2008 roku, sygn. akt V CSK 474/07 orzekł, że *Jeżeli wykładnia tekstu umowy budzi wątpliwości, zachodzi potrzeba ustalenia rzeczywistej treści umowy przy uwzględnieniu oświadczeń woli stron składanych przed i w trakcie zawierania umowy, według ich rozumienia przez każdą ze stron. Na tym etapie wykładni ma także znaczenie zachowanie się stron po zawarciu umowy oraz w trakcie jej wykonywania*, oraz w wyroku z dnia 21 czerwca 2007 roku, sygn. akt IV CSK 95/07, gdzie SN orzekł, że *Ustalając znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić*

zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego. Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 KC). Obejmuje on w szczególności przebieg negocjacji, dotychczasowe doświadczenie stron, ich status (wyrażający się, np. prowadzeniem działalności gospodarczej).

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający – badając czy oferta wykonawcy została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy – nie może pomijać oryginału treści gwarancji wadialnej, opierając swoje rozstrzygnięcie wyłącznie na jej tłumaczeniu. Zarówno treść gwarancji jak i użyte w niej nazwy własne oraz pojęcia stanowią również wykładnię oświadczenia woli wykonawcy. Tak więc wykładnia tłumaczenia nie może prowadzić do twierdzeń sprzecznych z treścią oryginalnej gwarancji wadialnej.

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego stwierdziła, iż zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego Pribex z postępowania potwierdził się.

Gwarancja wadialna złożona przez Odwołującego Pribex, - co wprost wynika z jej treści - była wystawiona na właściwego beneficjenta gwarancji w formie oraz treści, które dają Zamawiającemu - beneficjentowi gwarancji pewność wypłaty kwot ustanowionego wadium, w przypadkach przewidzianych ustawą Pzp.

Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego Pribex, że nazwa własna trzeciego podmiotu — spółki „Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich 7 Spółka z o.o.” nie występuje w treści gwarancji przetargowej, a zatem wpisanie tegoż podmiotu do polskiego tłumaczenia gwarancji stanowiło oczywistą omyłkę tłumacza przysięgłego, co jest bezsporne i oczywiste - wynika bowiem z prostego porównania treści dokumentu gwarancji w oryginale oraz jej tłumaczenia na język polski.

Nie ulega wątpliwości, iż kwestie związane z tłumaczeniem gwarancji nie przekładają się na skuteczność samej gwarancji. Sprawdzenie poprawności tłumaczenia nie niesie za sobą ryzyka dla Zamawiającego polegającego na braku możliwości zaspokojenia roszczeń z

gwarancji, gdyż podstawą dochodzenia roszczeń jest gwarancja, nie zaś jej tłumaczenie – co wcześniej wskazano – mające charakter wtórny i nie wpływające na istotę stosunku zobowiązaniowego wynikającego ze złożonej gwarancji wadialnej. Dlatego też nie można zgodzić się z Zamawiającym, że z uwagi na formalizm postępowania należało wykonawcę wykluczyć z postępowania.

Należy pamiętać, że formalizm postępowania – na który powoływał się Zamawiający – nie może wykraczać poza cel, któremu służy, a który sprowadza się do gwarantowania realizacji wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasad równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, i w konsekwencji zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Nie ulega wątpliwości zatem, że w niniejszym postępowaniu wadium zostało skutecznie wniesione (czynność wystawienia, czyli udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej przez Towarzystwo Ubezpieczeniowe Ergo Litwa, wraz z czynnością złożenia gwarancji Zamawiającemu wywołały skutek prawny, wymagany w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Pzp oraz w postanowieniach SIWZ), a tym samym zabezpiecza ono w sposób wystarczający interesy Zamawiającego, a treść gwarancji wyrażona w języku litewskim oraz zobowiązanie towarzystwa ubezpieczeniowego wynikające z powyższej treści, pomimo sprostowania polskiego tłumaczenia tegoż dokumentu, nie ulegają zmianie.

Z oryginału tejże gwarancji (a nie z jej tłumaczenia na język polski) wynika zakres ochrony uzyskiwanej przez Zamawiającego w związku ze złożeniem tejże gwarancji. Weryfikacja treści tłumaczenia - nie powoduje zwiększenia, bądź też zmniejszenia ochrony wynikającej z treści przedkładanej gwarancji.

Należy również zauważyć – na co wskazał Odwołujący Pribex - że w dniu 1 czerwca 2012 r. złożył Zamawiającemu oświadczenie, iż wyraża wolę dalszego związania złożoną przez siebie ofertą. Do powyższego oświadczenia załączone zostały - gwarancja przetargowa nr PA 53461P z dnia 31 maja 2012 roku wraz z jej – właściwym już - tłumaczeniem przysięgłym z języka litewskiego na język polski.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego Izba zgadza się z wyrażonym poglądem, wskazującym na niestosowanie do dokumentu gwarancji wadialnej art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, bowiem przewidziane w tych przepisach instytucje odnoszą się do odpowiednio treści oferty oraz do tzw. dokumentów podmiotowych i przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Dokument gwarancji wadialnej nie może być zaliczony do żadnej z tych kategorii. Nie oznacza to jednak, iż

Zamawiający, prowadząc postępowania z zachowaniem należytej staranności, dążąc do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie jest zobowiązany do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości pojawiających się w toku postępowania, a dotyczących składanych przez wykonawców dokumentów o niebagatelnym znaczeniu dla ich statusu w postępowaniu.

Podobne stanowisko, w analogicznych sprawach zostało również wyrażone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 54/11 oraz wyrok KIO z dnia 9 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 150/12).

Zatem, w niniejszej sprawie, zakres gwarancji oraz warunki wypłaty z jej tytułu nie powinny budzić zastrzeżeń co do zgodności z wymaganiami zawartymi w ustawie Pzp, gdyż wadliwe przetłumaczenie tegoż zapisu oraz późniejsze jego prostowanie nie powoduje dla Zamawiającego jakichkolwiek negatywnych skutków w sferze ochrony jego praw. Nie może zatem być podstawą dla wykluczenia Odwołującego Pribex oraz odrzucenia jego oferty.

Mając na uwadze argumenty przytoczone powyżej, brak było – w ocenie Izby - podstaw do uznania, iż oferta Odwołującego Pribex nie została zabezpieczona wadium, w sposób należyty gwarantujący Zamawiającemu zabezpieczenie jego praw z przedmiotowej gwarancji, w przypadku uchylenia się przez Odwołującego Pribex od obowiązku podpisania umowy, bądź wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Reasumując, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego Pribex z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, i w konsekwencji powtórzenia czynności badania i oceny ofert (z uwzględnieniem oferty Odwołującego Pribex) oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odnosząc się do wniosku dowodowego Odwołującego Pribex o przesłuchanie tłumacza przysięgłego Pana Witolda B. oraz dowodu z opinii biegłego sądowego o specjalności - tłumacz języka litewskiego, Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka jak również dowodu z opinii biegłego z zakresu specjalności - tłumacz języka litewskiego, na okoliczność ustalenia treści złożonej przez Odwołującego Pribex gwarancji wadialnej, uznając iż wskazane we wniosku dowodowym okoliczności są bezsporne i zostały wykazane w postępowaniu innymi dowodami (gwarancją wadialną jak również złożonym oświadczeniem, o wyrażeniu woli dalszego związania złożoną ofertą), zaś wnioskowane przez stronę dowody zostały powołane wyłącznie dla zwłoki.

Przypomnienia wymaga, iż zgodnie z art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.

W ocenie Izby zgłoszenie wniosków dowodowych może zostać ocenione jako zmierzające do zwłoki, gdy istotne okoliczności sprawy – w tym wypadku treść złożonej gwarancji wadialnej wraz z tłumaczeniem - są bezsporne a zgromadzony materiał dowodowy jest wystarczający dla stwierdzenia faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, zatem należy stwierdzić, że dowód został powołany wyłącznie dla zwłoki. (wyrok SN z dnia 13 lutego 1997 r., sygn. akt I PKN 71/96, wyrok SN z dnia 7 marca 2001 r., sygn. akt I PKN 185/00).

Ponadto Odwołujący Pribex wywodził, iż do odwołania załączył również fakturę VAT, jednak powyższe twierdzenie nie znalazło oparcia w dokumentacji postępowania. Faktura VAT nie została również złożona przez pełnomocnika Odwołującego Pribex na rozprawie, zatem orzekając o kosztach Izba nie uwzględniła wynagrodzenia pełnomocnika przewidzianego w § 3 pkt 2 b) 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).

Odwołanie o sygn. akt KIO 1508/12

Podstawą wniesienia niniejszego odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowe „JAWAL” Sp. z o.o. oraz Budownictwa Drogowego „Budar” Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Kamienna 7, 25-041 Kielce.

Odwołujący Strabag wykazał interes we wniesieniu odwołania, gdyż jako drugi w rankingu złożonych ofert (wyłączając wykonawców wykluczonych: t.j. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno-Budowlanych Export-Pribex Sp. z o.o., UAB ALKESTA, adres do korespondencji: ul. Modlińska 310/312, 03-152 Warszawa), w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania – uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący Strabag nie zgodził się z decyzją Zamawiającego, z uwagi iż dołączone do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego (zobowiązanie do oddania do dyspozycji potencjału technicznego na okres wykonywania niniejszego zamówienia) wystawione zostało przez Zamawiającego, którego jednostką organizacyjną stanowi PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - Zakład Linii Kolejowych w Skarżysku Kamiennej. Zatem, jak zauważył Odwołujący Strabag Zamawiający zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy swoich własnych środków do realizacji zamówienia.

Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący Strabag, wskazał że sytuacja taka prowadzi wprost do naruszenia zasad udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z art. 7

ustawy Pzp, gdyż istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest to, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia. Tymczasem część oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowe „JAWAL” Sp. z o.o. oraz Budownictwa Drogowego „Budar” Sp. z o.o. jest w części ofertą samego Zamawiającego. Powyższe zatem – według Odwołującego Strabag - prowadzi do wniosku, że Zamawiający będzie częściowo uczestniczył w realizacji zamówienia publicznego, które powinien jedynie przygotować i przeprowadzić.

Zamawiający odpierając zarzuty Odwołującego Strabag powołał się na przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zgodnie którym: *„Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”.*

Zamawiający również – nie zgadzając się z Odwołującym Strabag – wskazał, iż w jego ocenie nie została naruszona zasada równości i uczciwej konkurencji. Na potwierdzenie powyższego przedłożył następujące dokumenty:

- Decyzja nr 22/2007 Członka Zarządu – dyrektora ds. techniki PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z dnia 24 maja 2007 r.,
- wniosek z dnia 9 marca 2007 r. o wprowadzenie dodatkowych zapisów w „Wytycznych udostępniania wysokowydajnych maszyn torowych i podtorzowych oraz sprzętu i maszyn budowlanych i diagnostycznych przez zakłady Spółki”,
- Decyzja nr 24/2006 Członka zarządu Dyrektora ds. Techniki PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z dnia 14lipca 2006 r.,
- *„Wytyczne udostępniania wysokowydajnych maszyn torowych i podtorzowych oraz sprzętu i maszyn budowlanych i diagnostycznych przez zakłady Spółki”.*

na okoliczność, umożliwienia również innym wykonawcom udostępnienia takiego potencjału.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie, złożone przez Zamawiającego następujące dokumenty:

- Decyzję nr 22/2007 Członka Zarządu – dyrektora ds. techniki PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z dnia 24 maja 2007 r.,

- wniosek z dnia 9 marca 2007 r. o wprowadzenie dodatkowych zapisów w „Wytocznych udostępniania wysokowydajnych maszyn torowych i podtorzowych oraz sprzętu i maszyn budowlanych i diagnostycznych przez zakłady Spółki”,
- Decyzję nr 24/2006 Członka zarządu Dyrektora ds. Techniki PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z dnia 14lipca 2006 r.,
- „Wytoczne udostępniania wysokowydajnych maszyn torowych i podtorzowych oraz sprzętu i maszyn budowlanych i diagnostycznych przez zakłady Spółki”.

Bezspornym w niniejszej sprawie, jest to, że wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „JAWAL” Sp. z o.o. oraz Budownictwo Drogowe „Budar” Sp. z o.o. wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu powołali się na potencjał jednostki Zamawiającego. t.j. PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - Zakładu Linii Kolejowych w Skarżysku Kamiennej.

Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego zaprezentowanym na rozprawie, że w świetle przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Zamawiający – jako podmiot trzeci – może w określonych okolicznościach sprawy udostępnić swój potencjał.

Jednak wątpliwości Izby, - w świetle brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - budził fakt, że Zamawiający udostępniając swój potencjał jednemu z wykonawców – występował w tym postępowaniu również w charakterze Zamawiającego. W ocenie Izby – przy tak zaistniałym stanie faktycznym – w którym Zamawiający występuje jednocześnie w podwójnej roli (Zamawiającego oraz podmiotu udostępniającego w tym samym postępowaniu) – doprowadziło w rezultacie do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji.

Oceniając niniejszy stan faktyczny Izba w szczególności uznała, że umożliwiając udostępnienie własnego potencjału jednemu z uczestników postępowania - wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenia zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „JAWAL” Sp. z o.o. oraz Budownictwo Drogowe „Budar” Sp. z o.o. - Zamawiający doprowadził do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego, że każdy z wykonawców mógł zwrócić się do niego o udostępnienie mu takiego potencjału, tak jak uczynili to wykonawcy wspólnie ubiegającym się o udzielenia zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „JAWAL” Sp. z o.o. oraz Budownictwo Drogowe „Budar” Sp. z o.o.

W ocenie Izby powyższa informacja – dotycząca możliwości udostępnienia potencjału - nie została przez Zamawiającego w tym postępowaniu w żaden sposób upubliczniona, a dokumenty, na które powołał się Zamawiający (t.j.: - Decyzję nr 22/2007 Członka Zarządu – dyrektora ds. techniki PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z dnia 24 maja 2007 r., wniosek z dnia 9 marca 2007 r. o wprowadzenie dodatkowych zapisów w „Wytocznych udostępniania wysokowydajnych maszyn torowych i podtorzowych oraz sprzętu i maszyn budowlanych i diagnostycznych przez zakłady Spółki”, Decyzję nr 24/2006 Członka zarządu Dyrektora ds.

Techniki PKP Polskie Linie Kolejowe S. A. z dnia 14lipca 2006 r., Wytyczne udostępniania wysokowydajnych maszyn torowych i podtorzowych oraz sprzętu i maszyn budowlanych i diagnostycznych przez zakłady Spółki) skierowane były wyłącznie do wewnętrznych jednostek i biur Zamawiającego (jego jednostek organizacyjnych), nie posiadały cech oferty skierowanej do ogółu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak też – w konsekwencji – nie mogły rodzić jakichkolwiek skutków na zewnątrz, zatem inni wykonawcy nie byłoby w stanie – w świetle ustawy Pzp - wyegzekwować od Zamawiającego udostępnienia im tego potencjału.

Ponadto Izba zwróciła uwagę na postanowienie § 1 „*Wytycznych udostępniania wysokowydajnych maszyn torowych i podtorzowych oraz sprzętu i maszyn budowlanych i diagnostycznych przez zakłady Spółki*”. Zgodnie z treścią ww. paragrafu „*maszyny i sprzęt mogą być udostępniane (...)*”, co oznacza, że powyższy zapis nie kształtuje po stronie Zamawiającego obowiązku, a wykonawcy w świetle ustawy Pzp nie mają żadnych instrumentów umożliwiających wyegzekwowanie udostępnienia powyższego potencjału.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego należało uznać, że Zamawiający – udostępniając swój potencjał wyłącznie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenia zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „JAWAL” Sp. z o.o. oraz Budownictwo Drogowe „Budar” Sp. z o.o. doprowadził do uprzywilejowania tego uczestnika postępowania, czym naruszył art. 7 ustawy Pzp, co bezpośrednio miało wpływ na wynik tego postępowania.

Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że ww. wykonawca dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż Odwołujący Strabag nie wykazał istnienia m. in. przesłanek z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), dlatego też nie było dostatecznych podstaw do uznania, że oferta wykonawców wspólnie ubiegającym się o udzielenia zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „JAWAL” Sp. z o.o. oraz Budownictwo Drogowe „Budar” Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

W świetle powyższego, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz do dokonania wszelkich czynności zgodnie z ustawą Pzp, t.j. zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i dokonania ponownego badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegającym się o udzielenia zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „JAWAL” Sp. z o.o. oraz Budownictwo Drogowe „Budar” Sp. z o.o.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....

.....