

Sygn. akt: KIO 2060/11

WYROK

z dnia 6 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2011 r. przez wykonawcę **Transprojekt Gdański Sp. z o.o., 80-254 Gdańsk, ul. Partyzantów 72a** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Centrum Realizacji Inwestycji S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74, reprezentowane przez oddział w Gdańsku, 80-958 Gdańsk, ul. Dyrekcyjna 2/4**

przy udziale wykonawcy **Halcrow Group Limited, W6 7EF London Great Britain, Elms House, 43 Brook Green** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego się wykonawcy z postępowania i czynności odrzucenia jego oferty oraz nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty;

2. kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe Centrum Realizacji Inwestycji S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74, reprezentowane przez oddział w Gdańsku, 80-958 Gdańsk, ul. Dyrekcyjna 2/4** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Transprojekt Gdański Sp. z o.o., 80-254 Gdańsk, ul. Partyzantów 72a** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe Centrum Realizacji Inwestycji S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74, reprezentowane przez oddział w Gdańsku, 80-958 Gdańsk, ul. Dyrekcyjna 2/4** na rzecz **Transprojekt Gdański Sp. z o.o., 80-254 Gdańsk, ul. Partyzantów 72a** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm.) [ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z Warszawy Oddział w Gdańsku na wykonanie usługi: "Nadzoru autorskiego nad modernizacją linii kolejowej E65 w obszarze LCS Ława od km 184,800 do km 236,920 w ramach projektu nr POIiŚ 7.1-1.3 Modernizacja linii kolejowej E65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Ława, LCS Malbork" i dotyczy wykluczenia odwołującego - Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z Gdańska z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyboru oferty konsorcjum firm - Halcrow Group Limited, Elms House Wielkiej Brytanii i Halcrow Group sp. z o.o. z Warszawy mimo niespełnienia kryteriów do uznania za najkorzystniejszą. Podjęte czynności - zdaniem wykonawcy naruszają art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego bez ważnej przyczyny, poprzez przyjęcie, że odwołujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert oraz art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp przez przyjęcie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu. Ponadto wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niespełniający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także przepisów art. 46 ust 4a i ust 5 ustawy Pzp przez przyjęcie, że przesłanki w nich wymienione winne być enumeratywnie wyliczone w dokumencie gwarancji oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 45.1 i ust. 6 pkt 4 przez niewłaściwą ich interpretację i przyjęcie, że przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa nie spełnia wymogów do uznania jej za prawidłowo zabezpieczającą uprawnienia zamawiającego, pomimo że złożona została w jednej z form przewidzianych w przepisach Pzp i zawierała treść zgodną z przepisami ustawy Prawo Bankowe. Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, czynności odrzucenia oferty i uchylenie zaskarżonej czynności wyboru oferty oraz nakazanie ponowne badanie i ocenę ofert i przeprowadzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty według wymogów zawartych w SIWZ. W uzasadnieniu wykonawca podał, że zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania i odrzucił jego ofertę przyjmując, że nie spełnił on warunków, gdyż z dokumentu gwarancji nie wynika jednoznacznie, iż wszystkie przypadki zatrzymania wadium wynikające z art. 46 ust.4a i ust. 5 ustawy Pzp są objęte zobowiązaniem gwaranta do wypłaty roszczenia. Wobec takiej oceny dokumentu gwarancji zamawiający

uznał, iż odwołujący nie spełnił wymogów, nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert. Zdaniem zamawiającego udzielona gwarancja dotknięta jest wadą, ponieważ z dokumentu gwarancji nie wynika jednoznacznie, iż wszystkie przypadki zatrzymania wadium wynikające z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy są objęte zabezpieczeniem gwaranta do wypłacenia roszczenia. Wykonawca wskazując na przepisy ustawy Pzp stwierdził, że przepisy nie określają wymogów, jakie winna spełniać gwarancja, zatem w zakresie tym zastosowanie mają przepisy art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Prawo bankowe. Stwierdził także, że z dokumentu gwarancji przetargowej nr 02GG03/0044/11/0039 z dnia 22 lipca 2011 r. złożonej przez wykonawcę Transprojekt Gdański Sp. z o.o. w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w punkcie pierwszym zawarte jest oświadczenie, że „InterRisk Towarzystwo ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group w Warszawie działając na zlecenie Transprojektu Gdańskiego zwanego dalej zobowiązanym niniejszym gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta gwarancji zapłaty kwoty 27.000,00 PLN z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. Gwarancja jest ważna w okresie od 27.07. 2011r. do 26.09.2011r.” Zdaniem wykonawcy w treści dokumentu gwarancji jednoznacznie wskazano wszystkie przypadki zatrzymania wadium określone w art. 46 ust 4a i ust. 5 ustawy Pzp, albowiem treść gwarancji może, choć nie musi posługiwać się dosłownym przytoczeniem art. 46 ust 4a i ust 5 ustawy Pzp i nie decyduje to o jej skuteczności, skoro jednoznacznie z dokumentu gwarancji wynika, że wszystkie przypadki zatrzymania wadium określone w ustawie Prawo zamówień publicznych są zabezpieczone. Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że „oczywiście treść gwarancji może, choć nie musi posługiwać się dosłownym przytoczeniem treści art. 46 ust.4a i ust. 5 ustawy Pzp i nie decyduje to o jej skuteczności, o ile jednoznacznie z dokumentu gwarancji wynika, iż wszystkie przypadki zatrzymania wadium z art. ust. 4a i ust. 5 są objęte zobowiązaniem gwaranta do wypłaty roszczenia. Dalej podał, że dokument gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Transprojekt Gdański Sp. z o.o. zabezpiecza w pełni interes zamawiającego, gwarancja obejmuje bowiem wszystkie przypadki w których zgodnie z treścią art. 46 ust 4a i ust 5 ustawy Pzp zamawiający ma prawo zatrzymać wadium. W konkluzji odwołania stwierdził, że bezzasadne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty spowodowało przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i w konsekwencji udzielono zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Halcrow Group Limited Wielkiej Brytanii wnosząc o oddalenie odwołania.

Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł wymagania odnoszące się do kwoty wadium oraz jego formy, a w przypadku gwarancji wymagał, aby taka gwarancja była co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwoalną i płatną na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego {pkt 11.2}. Z kolei w pkt 11.6 siwz wskazał jakie elementy powinna zawierać gwarancja, nie wymagając w tym punkcie enumeratywnego wskazania postanowień art. 46 ust.4a i ust.5 ustawy Pzp, a w pkt 11.12 siwz stwierdził m.in., że (...) Okoliczności przypadku wadium określa Ustawa. Z kolei w podstawie faktycznej wykluczenia wykonawcy z postępowania Zamawiający wskazał na art. 46 ust.4a i ust.5 ustawy Pzp [cytując treść przepisu] oraz stwierdził, że samo odwołanie się do przepisów ustawy Pzp w sposób ogólny nie wystarcza dla przyjęcia prawnej skuteczności zobowiązania gwaranta. Stwierdził także, powołując się na orzecznictwo KIO i orzecznictwo sądowe, że w treści przedmiotowej gwarancji nie określono wyraźnie i jednoznacznie zakresu zobowiązania gwaranta poprzez wskazanie przypadków, w których zobowiązuje się on do realizacji roszczenia z tytułu gwarancji. Zdaniem Zamawiającego (...) ogólne przywołanie przepisów ustawy Pzp nie jest wystarczające, gdyż z dokumentu gwarancji nie wynika jednoznacznie, iż wszystkie przypadki zatrzymania wadium wynikające z art. 46 ust.4a i 5 ustawy Pzp są objęte zobowiązaniem gwaranta do wypłaty roszczenia. Izba ustaliła także, że w kwestionowanej ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium [nr 02GG03/0044/11/0039] w ust. 1 wskazano, że Inter Risk S.A., działający na zlecenie Transprojekt Gdański sp. z o.o. z Gdańska (...) gwarantuje nieodwoalnie i bezwarunkowo na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta Gwarancji zapłatę kwoty 27.000 zł z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r." Z kolei w pkt 5 ust.5 gwarancji wskazano, że żądanie wypłaty gwarancji powinno wskazywać przypadek określony w ust.1 gwarancji, stanowiący przyczynę wystąpienia z żądaniem zapłaty.

Mając na względzie tak ustalony stan faktyczny Izba w pierwszej kolejności nie uznała za dowód w niniejszej sprawie projektu gwarancji ubezpieczeniowej z załączonym aneksem do gwarancji ubezpieczeniowej, wystawionym w innym postępowaniu na rzecz innego wykonawcy, które został przedłożony w toku rozprawy przez przystępującego wykonawcę. Przedstawiony formularz może bowiem tylko co najwyżej potwierdzać, że konkretny wykonawca wymagał gwarancji określonej treści, nie może natomiast potwierdzać, że

dokument gwarancyjny przedłożony przez wnoszącego odwołanie nie odpowiada wymaganiom specyfikacji i jest niezgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych. Izba zwraca także uwagę, że powoływane przez Zamawiającego i przystępującego wykonawcę wyroki KIO jak również wyroki sądowe wiążą w konkretnej sprawie i jak słusznie przyznawał Zamawiający w toku rozprawy dotyczyły one innych stanów faktycznych.

Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniu Izba stwierdziła, że gwarancja ubezpieczeniowa przedłożona przez Odwołującego do oferty spełnia wymagania określone specyfikacją, jak również nie pozostaje w sprzeczności z ustawą Prawo zamówień publicznych. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że ustawa Pzp nie zawiera szczegółowych regulacji dotyczących treści i formy gwarancji bankowej czy – jak w tej sprawie - ubezpieczeniowej. Zdaniem Izby we wskazanych okolicznościach faktycznych oraz mając na uwadze wymagania specyfikacji [pkt 11], z treści udzielonej gwarancji wyraźnie wynika zabezpieczenie uprawnień zamawiającego do zatrzymania wadium w przypadku zaistnienia co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Ustalenie zatem przez zamawiającego, że gwarancja jest dotknięta wadą jest nieprawidłowe i nie znajduje potwierdzenia w dokumencie gwarancji przedłożonej w ofercie przez Transprojekt Gdański sp. z o.o., która w swej treści zawiera wymagania określone pkt 11 specyfikacji i z jej treści nie wynika, aby wyłączono jakikolwiek przypadek, o którym stanowi art. 46 ust 4a i ust 5 ustawy Pzp.

Mając powyższe ustalenia na uwadze Izba stwierdziła, że czynności Zamawiającego - naruszają art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Z tego też względu orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. W związku 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 nie uwzględniono wniosku pełnomocnika o zasądzenie kosztów według norm przypisanych, albowiem uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego Izba zasądza na podstawie rachunków przedkładanych do akt sprawy, w tym przypadku, do czasu zamknięcia rozprawy.

.....