

WYROK

z dnia 03 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: P. B. D.– I. S.A., E. S.A., W. Sp. z o. o., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, (...)**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: P. B. D. i M. K. S.A., M. S.A., (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: P. B. D. i M. K. S.A., M. S.A., (...)**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: P. B. D. i M. K. S.A., M. S.A., (...)** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: P. B. D. i M. K. S.A., M. S.A., (...)** na rzecz Zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, (...)** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty Zamawiającego 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 2015 r., poz. 2164 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:

Sygn. akt: KIO 1156/17

UZASADNIENIE

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w B. prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Projekt i budowa obwodnicy Inowrocławia w ciągu drogi krajowej nr 15 i 25 (łącznie) o długości około 4,880 km. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 20 października 2015 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 203-367922.

Odwołujący - wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego Przedsiębiorstwo B. D.-I. Spółka Akcyjna, E. Spółka Akcyjna, W. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum - Przedsiębiorstwo B. D. i M. K. S.A. oraz M. S.A. i wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum pomimo tego, że wykonawca ten nie wniósł należycie wadium do upływu terminu składania ofert.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum; wykluczenie z postępowania Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP oraz odrzucenie oferty Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy PZP; uznanie oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu alternatywnie o dokonanie czynności ponownego badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca P. B. D. i M. K. S.A. oraz M. S.A. złożył wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej na zlecenie wyłącznie lidera Konsorcjum - P. B. D. i M. K. S.A.

Odwołujący wskazał, że niespornym w doktrynie prawniczej i judykaturze jest to, że aby uznać, że wadium nie zostało prawidłowo wniesione, należy wykazać, że podmiot prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie będzie mógł zaspokoić roszczeń wynikających z ustawowego prawa do zatrzymania wadium (art. 46 ust. 4d i 5 ustawy PZP). Jednocześnie powszechnie przyjęty jest pogląd o tym, że w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej - ze względu na abstrakcyjność takiej gwarancji, treść musi być precyzyjna i jasna. Dokument gwarancji wadialnej jest dokumentem, którego nie można uzupełnić w trybie art. 26 ust 3 i 87 ustawy PZP, co oznacza, że niemożliwe jest żądanie dokonania zmian w treści dokumentów gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Konsorcjum.

Jak wskazał Odwołujący, gwarancja ubezpieczeniowa złożona jako wadium przez Przystępującego przewiduje zapłatę 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. tj. Zobowiązany odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, Zobowiązany nie wniósł Wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art 26 ust 3 i 3a ustawy Prawo Zamówień Publicznych, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art 25 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, oświadczenia, o którym mowa w art 25a ust 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, pełnomocnictw lub nie wyraził

zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art 87 ust 2 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej, Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego.

Treść wskazana odpowiada treści art 46 ust. 4a ustawy PZP zgodnie z jego brzmieniem określonym po zmianie ustawy PZP z dnia 28.07.2016 r. Gwarancja przedstawiona przez Przystępującego przewiduje zapłatę m.in. w przypadku określonym w art. 46 ust. 4a ustawy PZP zgodnie z jego brzmieniem określonym po zmianie ustawy PZP z dnia. 28.07.2016 r. Tymczasem do postępowania stosuje się przepisy ustawy PZP (w tym art 46 ust. 4a) w brzmieniu sprzed tej zmiany. Postępowanie zostało wszczęte w dniu 20 października 2015 r. i zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1620) mają do niego zastosowanie przepisy dotychczasowe. Tym samym, Zamawiający zobowiązany był do oceny ofert wykonawców w oparciu o wiążące go regulacje ustawy PZP.

Odwołujący argumentował, że z porównania treści art. 46 ust 4a ustawy PZP sprzed zmiany, która weszła w życie w dniu 28.07.2016 r. do treści po tej zmianie należy wysnuć wniosek, iż aktualna treść tego przepisu nie przewiduje zatrzymania wadium w przypadku, gdy Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie uzupełnił listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. W sytuacji, gdyby Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie nie złożył listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o tym, że nie należą do grupy kapitałowej, to Zamawiający nie mógłby zaspokoić z gwarancji ubezpieczeniowej złożonej jako wadium przez konsorcjum, co uzasadnia twierdzenie, że wadium Przystępującego nie zostało prawidłowo wniesione. Odwołujący zaznaczył, że zakres odpowiedzialności gwaranta został wyrażony wprost w treści gwarancji przez wymienienie okoliczności, w których można żądać zapłaty tej gwarancji i brak jest podstaw, by poprzez wykładnię oświadczeń woli nadawać określonej treści szerszy zakres znaczenia. Tym samym, ubezpieczyciel ograniczył swoją odpowiedzialność do przypadków wprost wymienionych w przymiotowej gwarancji, które nie odpowiadają pełnej treści przepisu art. 46 ust 4a ustawy PZP obowiązującej dla postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że niemalże identyczny stan faktyczny stał się kanwą wyroku KIO z dnia 14 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2055/16.

Ponadto Odwołujący podniósł, że wykładnia oświadczeń woli nie może służyć uzupełnianiu dokumentu gwarancji o elementy, których gwarant w niej nie zawarł.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na Tom I Rozdział 1 pkt 9.7.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w którym określono, w jakich okolicznościach Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami. Zamawiający w treści SIWZ podał, że wymaga wadium,

które odpowiada treści art. 46 ust 4a ustawy PZP sprzed zmiany ustawy PZP z dnia 28.07.2016 r.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że w treści wadium wniesionego przez Przystępującego znalazło się stwierdzenie:

„(...) działając na wniosek Przedsiębiorstwo B. D. i M. K. S.A. z siedzibą w (...) Lidera Konsorcjum w skład którego wchodzi: 1) Przedsiębiorstwo B. D. i M. K. S.A., (...) (Lider Konsorcjum), 2) M. S.A. (...) (Partner Konsorcjum).”

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, treść gwarancji wadium jest precyzyjna i jasna. Jednoznacznie wskazuje całe konsorcjum jako podmiot zobowiązany. Fakt, że wadium zostało wystawione na wniosek lidera konsorcjum pozostaje bez znaczenia.

Należy wskazać, że w sytuacji, gdy w treści gwarancji został wymieniony każdy z wykonawców wspólnie składających ofertę (a w niniejszym postępowaniu zostali wymienieni wszyscy członkowie konsorcjum), to przesłanki związane z możliwością zatrzymania wadium przez Zamawiającego będą rozciągały się na wszystkich członków konsorcjum. Jeżeli okoliczności uprawniające Zamawiającego do zatrzymania wadium związane byłyby z działaniami lub zaniechaniami któregośkolwiek członka konsorcjum wymienionego w treści gwarancji ubezpieczeniowej, to wystawca takiej gwarancji nie może odmówić zapłacenia kwoty wynikającej z gwarancji. Z treści gwarancji wynika, że objęty jest nią każdy z członków konsorcjum.

W niniejszej sprawie w treści gwarancji ubezpieczeniowej wniesionej przez Przystępującego wskazano, że wymieniony w treści tej gwarancji lider konsorcjum składa ofertę w ramach konsorcjum: 1) Przedsiębiorstwo B. D. i M. K. S.A. (Lider Konsorcjum), 2) M. S.A. (Partner Konsorcjum). Gwarant nie może odmówić wypłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium w

sytuacji, gdy przesłanki zatrzymania wadium dotyczyć będą któregokolwiek z członków Konsorcjum Przystępującego.

Izba miała na uwadze fakt, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego i znajduje się ono na etapie po terminie składania ofert.

W ocenie Izby, brak ujęcia w treści złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo B. D. i M. K. S.A. oraz M. S.A. przesłanki wykluczenia odnoszącej się do listy podmiotów należących do grupy kapitałowej, na tym etapie postępowania było pozbawione wpływu na jego przebieg.

Izba ustaliła, że wadium zostało złożone wraz z ofertą. Jedynymi adekwatnymi do tego etapu postępowania przesłankami zatrzymania wadium są zatem (zgodnie z art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych) te związane z odmową podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, nie wniesieniem wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub doprowadzeniem do sytuacji, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Bezsporne pomiędzy stronami były okoliczności, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego oraz że wykonawca złożył dokument dotyczący przynależności do grupy kapitałowej na etapie składania wniosków i na tym etapie został zweryfikowany. Gdyby weryfikacja wniosku Przystępującego przebiegła niepomyślnie, Wykonawca ten nie zostałby zaproszony do składania ofert.

Przede wszystkim Zamawiający dokonuje oceny spełnienia wymagań i warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków. Odwołujący nie postawił zarzutu, że informacje dotyczące grupy kapitałowej są nieaktualne, czy niezgodne ze złożonym wcześniej oświadczeniem w tym zakresie. Ponadto, za pozbawione racjonalności należy uznać postępowanie polegające na cofnięciu się do prawidłowo przeprowadzonego i zakończonego etapu postępowania (etapu badania i oceny wniosków), który potwierdził podmiotową zdolność wykonawcy (pod względem pozytywnym i negatywnym) do realizacji przedmiotowego zamówienia. Ocena ta skutkowałą zaproszeniem tego wykonawcy do składania ofert i brakiem sankcji w postaci wykluczenia z postępowania.

Należy zauważyć, że przepisy prawa nie wskazują, w jaki sposób powinna zostać sformułowana treść gwarancji wadialnej. Tym samym, w niniejszym postępowaniu nie można uznać, aby złożone wadium było nieprawidłowe czy też aby nie zabezpieczało Zamawiającego.

Z powyższych względów, Izba za bezzasadny uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego i wybór jego oferty.

W ocenie Izby, bez znaczenia dla niniejszej sprawy pozostaje okoliczność podnoszona przez Odwołującego, dotycząca oceny wadium, której Zamawiający dokonał w uprzednio prowadzonym postępowaniu. Izba dokonuje bowiem oceny stanu faktycznego w zakresie niniejszego postępowania i prawidłowości czynności dokonanych przez Zamawiającego w tym postępowaniu. Fakt, że Zamawiający dokonał innej oceny wadium, czy treści oferty w innym postępowaniu, nie ma wpływu na prawidłowość dokonywanych czynności w niniejszym postępowaniu.

Na marginesie Izba wskazuje, że niedokładne oznaczenie Zamawiającego w treści odwołania pozostaje bez wpływu na postępowanie. Treść odwołania jednoznacznie wskazuje, w jakim postępowaniu wniesiono odwołanie. Zamawiający również został wskazany oraz oznaczony zgodnie z treścią Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 z późn. zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....