

Sygn. akt: KIO/2060/10

WYROK
z dnia 7 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Jolanta Markowska

Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 22 września 2010 r. przez **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A** w postępowaniu prowadzonym przez **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, 81-338 Gdynia, ul. Chrzanowskiego 10,**

przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A (Lider), Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Madrycie, Alcobendas, Parque Empresarial de la Moreleja, Avenida de Europa 18, Hiszpania (Partner) (adres dla doręczeń: ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa),**
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **HYDROBUDOWA GDAŃSK S.A. z siedzibą w Gdańsku, 80-264 Gdańsk, ul. Grunwaldzka 135 (Pełnomocnik), Energopol Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie, 70-646 Szczecin, ul. Św. Floriana 9/13, (adres dla doręczeń: ul. Grunwaldzka 135, , 80-264 Gdańsk),**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, 81-338 Gdynia, ul. Chrzanowskiego 10 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni, 81-338 Gdynia, ul. Chrzanowskiego 10 na rzecz Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę umocnienia brzegu Zatoki Gdańskiej, Westerplatte km 67,580-68,470”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 czerwca 2010 r., nr 2010/S 120-181426.

W dniu 17 września 2010 r. (pismem z tej samej daty.) Zamawiający poinformował wykonawcę Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym” o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na niewniesienie wadium do upływu terminu składania ofert, a tym samym o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający m.in. wskazał, iż ukształtowanie zobowiązania gwaranta w sposób przyczynowo (kauzalnie) odwołujący się do określonych sytuacji uchyla abstrakcyjność gwarancji, umożliwiając gwarantowi odmowę zapłaty, jeżeli w ocenie gwaranta roszczenie nie pozostaje w związku z wyszczególnionymi przypadkami, zwłaszcza, że ppkt 2 pkt 4 gwarancji odwołuje się do kwestii dowodowych („chyba, że udowodni (...)”) zależnej już całkowicie od oceny subiektywnej. Natomiast wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji nie była kwestionowana. Nadto dodał, iż gwarancja ubezpieczeniowa przedłożona przez Odwołującego jest odmienna w ukształtowaniu warunków wypłaty z gwarancji w stosunku do gwarancji ubezpieczeniowych innych wykonawców, które Zamawiający uznał za prawidłowe, a odmienność ta polega na sformułowaniu warunków wypłaty gwarancji określonych w punkcie 11.2.e IDW (Instrukcja dla Wykonawców) SIWZ jako warunków wypłaty (co narusza abstrakcyjność), a nie jedynie jako warunku odnoszącego się do powołania się przez Zamawiającego w treści żądania wypłaty z gwarancji na jedną z okoliczności (co nie narusza abstrakcyjności).

W dniu 22 września 2010 r. (pismem z dnia 21 września 2010 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 22 września 2010 r.) od czynności polegających na wykluczeniu go z postępowania o udzielenie zamówienia i w konsekwencji odrzucenia jego oferty oraz wyborze jako

najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Mostostal, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 45 i art. 46 ustawy Pzp oraz przepisów powołanych w treści odwołania.

Jednocześnie Odwołujący wnioskował o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty,
2. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Mostostal,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,
4. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż abstrakcyjność gwarancji wadialnej może być oceniana tylko poprzez sposób realizacji roszczenia z gwarancji, który w przypadku przedłożonej gwarancji jest absolutnie niezależny od obowiązku wykazywania jakichkolwiek okoliczności stanowiących uzasadnienie roszczenia. Zawarta w treści gwarancji fraza „roszczenie o wypłatę z niniejszej gwarancji powstaje gdy” oraz wskazanie okoliczności, które stanowią podstawy zatrzymania wadium, nie jest naruszeniem abstrakcyjności tej gwarancji i nie umożliwia gwarantowi odmowy zapłaty. Postanowienia te niczym nie odbiegają od zapisów innych gwarancji wadialnych złożonych w przedmiotowym postępowaniu, uznanych za zgodne z SIWZ i ustawą Pzp.

W dniu 23 września 2010 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (lider) i Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania), zwane dalej „konsorcjum Mostostal”, oraz konsorcjum firm: HYDROBUDOWA GDAŃSK S.A. z siedzibą w Gdańsku i Energopol Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie, zwane dalej „konsorcjum HYDROBUDOWA”, o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania oraz wezwał wykonawcę do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27 września 2010 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum Mostostal przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 27 września 2010 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum HYDROBUDOWA przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 6 października 2010 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnioskował o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w punkcie 11.2.2.e IDW SIWZ wskazał, iż w przypadku składania przez wykonawcę wadium w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej gwarancja winna zawierać zobowiązanie gwaranta „do zapłacenia kwoty gwarancyjnej na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż wykonawca:

- w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw ,
- którego ofertę wybrano:
 - odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, lub
 - nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
 - zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”.

Nadto, udzielając odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców, Zamawiający wskazał, iż warunki utraty wadium określa punkt 6.1 Rozdziału 11 IDW i są one określone zgodnie z treścią przepisu art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Odwołujący w załączeniu do oferty, na potwierdzenie wniesienia wadium, złożył Ubezpieczeniową gwarancję przetargową nr WA/11/35/GP/2010 z dnia 5 sierpnia 2010 r. wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji „WARTA” S.A. z siedzibą w Warszawie, w treści której m.in. wskazano wykonawcę, beneficjenta (zamawiającego), postępowanie, którego dotyczy poprzez wskazanie jego nazwy oraz określono kwotę, do zapłacenia której nieodwołalnie i bezwarunkowo zobowiązuje się gwarant „na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta” mu doręczone. Gwarancja ta zawiera także sformułowania „roszczenie o wypłatę z niniejszej Gwarancji powstaje, gdy: (...)” oraz „Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ww.

Ustawy, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”, które stały się podstawą zakwestionowania prawidłowości wystawionej gwarancji.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający „wymagał, aby gwarancja wadialna miała charakter abstrakcyjny, to jest była bezwarunkowa, nieodwołalna i płatna na pierwsze żądanie”.

Z treści przedłożonej przez Odwołującego ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej wynika, iż „wyплата z tytułu Gwarancji nastąpi w ciągu 30 dni od daty doręczenia Gwarantowi, w terminie ważności Gwarancji: 1) oryginału wezwania do zapłaty, zawierającego kwotę roszczenia i oświadczenie wskazujące okoliczność spośród wymienionych w ust. 4, stanowiącą podstawę roszczenia Beneficjenta (...)” (pkt 5 ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej). Z powyższego więc wynika, iż wskazane oświadczenie jest dla gwaranta jedyną i wystarczającą podstawą do wypłaty określonej sumy gwarancyjnej. Gwarant, dokonując wypłaty sumy gwarancyjnej nie bada podstawy wypłaty sumy gwarancyjnej. Treść przedmiotowej gwarancji, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, jest więc bezwarunkowa. Jest ona także nieodwołana i płatna na pierwsze żądanie, na co wskazuje treść punkt 2, który wprost odnosi się do nieodwołalności i bezwarunkowości zapłacenia każdej kwoty do wysokości nieprzekraczającej określonej w niej sumy gwarancyjnej „na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta”. Kwestionowane przez Zamawiającego sformułowanie „roszczenie o wypłatę z niniejszej Gwarancji powstaje, gdy (...)” nie może być traktowane jako przesłanka odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej, gdyż bezwzględnie jest ona płatna na pierwsze pisemne żądanie ze wskazaniem okoliczności stanowiącej jej podstawę, której zaistnienie powoduje wypłatę sumy gwarancyjnej, co nie jest obwarowane – wbrew twierdzeniom Zamawiającego – dokonaniem oceny okoliczności stanowiących podstawę tej wypłaty przez gwaranta. Wypłata z tytułu ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej – jak słusznie i konsekwentnie podnosił Odwołujący – jest uzależniona wyłącznie od złożenia stosownego oświadczenia przez Zamawiającego. Natomiast sformułowanie użyte w punkcie 4 ust. 2 „chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”, jest sformułowaniem ustawowym, w sposób nieuprawniony wyłączonym przez Zamawiającego, a tym samym, poprzez jego nieuwzględnienie w treści SIWZ, postanowieniem zawężającym bezwzględnie obowiązujące przesłanki ustawowe. Tak więc stwierdzić należy, iż treść ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej złożonej przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu jest prawidłowa. Gwarancja jest bowiem bezwarunkowa, gdyż wypłata uzależniona jest od złożenia żądania zapłaty w formie określonej w gwarancji oraz oświadczenia, iż osoba, za którą gwarant udzielił gwarancji, nie wywiązała się z zobowiązań wobec beneficjenta i taką gwarancję Odwołujący niewątpliwie przedłożył.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokument złożony przez Odwołującego do akt sprawy, uznając ów dokument za stanowisko Strony go składającej.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....