

WYROK
z dnia 20 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2019 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: IDS-BUD Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Grzybowskiej 87 (00-844 Warszawa), **BLEJAN Spółka Akcyjna** z siedzibą w Szczecinie przy ul. Transportowej 25 (70-715 Szczecin) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna**, Pl. Starynkiewicza 5 (02-015 Warszawa)

przy udziale

Wykonawcy – M. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Włocławku przy ul. Płockiej 164 (87-800 Włocławek) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., na: *Zadanie IV.2 Budowa Kolektora Wiślanego – etap I* (nr postępowania: 01329/WS/PW/JRP-DNP/B/2018), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14.09.2018 r., 2018/S 177-402042, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – M. Sp. z o.o. - Odwołujący wniósł w dniu 6 maja 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 828/19).

W dniu 08.05.2019 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca M. Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp w zw. z art. 46 ust. 4a Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wniesionej przez Wykonawcę M. Sp. z o.o. pomimo tego, iż nie wniósł on wadium/wniósł wadium w sposób nieprawidłowy,
- art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty M. Sp. z o.o., podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp,
- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, w wyniku czego Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Wykonawcy M. Sp. z o.o.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert i odrzucenia oferty Wykonawcy M. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Zamawiający poinformował Odwołującego w dniu 26.04.2019 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Uzasadnienie faktyczne i prawne z odwołania.

Zgodnie z pkt 8.1 siwz Zamawiający wymagał wniesienia przed upływem terminu składania ofert wadium w wysokości 1.000.000,00 złotych.

Wykonawca M. wniósł wadium w formie poręczeń udzielonych przez Fundusz Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego S.A. z siedzibą w Poznaniu (na kwotę 500.000,00 zł) oraz przez Kujawsko-Pomorski Fundusz Poręczeń Kredytowych Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (na kwotę 500.000,00 zł).

Zgodnie z § 4 ust. 1 poręczenia Funduszu Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego S.A. Poręczyciel dokona wypłaty wadium nie później niż w ciągu 30 dni od

daty wezwania w sposób nieodwołalny, bezwarunkowo i na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego wzywające do zapłaty wadium, zawierające oświadczenie, iż *Zobowiązany, którego ofertę wybrano: - odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub – nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub – zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego, lub – Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust.1, pełnomocnictwa lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej.*

Z zacytowanej treści wynika zatem, iż Zamawiający będzie mógł wezwać do zapłaty wadium, w przypadku gdy Wykonawca M. w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 **tylko wtedy, kiedy oferta Wykonawcy M. zostanie wybrana.** Powyższe prowadzi do wniosku, iż w poręczeniu nie została wymieniona przesłanka, o której mowa w art. 46 ust. 4a Pzp, która nie ogranicza się do wykonawcy, którego oferta została wybrana.

W ocenie Odwołującego, treść poręczenia powinna być na tyle precyzyjna i wyczerpująca by zapewnić, że realizacja nie będzie uzależniona od wyniku dokonanej przez Poręczyciela wykładni, ponieważ konieczność takiej wykładni nie daje Zamawiającemu pewności co do skuteczności wypłaty wadium.

W zaistniałej sytuacji należało uznać, iż Wykonawca M. nie przedłożył wadium w wymaganej wysokości, a dokument poręczenia nie mógł być uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, co powinno skutkować odrzuceniem oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Zamawiający na rozprawie w odpowiedzi na zarzuty wskazał, iż wniesione wadium zabezpiecza ofertę w sposób prawidłowy, co potwierdza pełna treść dokumentu poręczenia, w którym Poręczyciel wskazał na okoliczności do wypłaty wadium określone w przepisie art. 46 ust. 4a i 5 Ustawy.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego. Odwołanie wniesione zostało wobec czynności oceny oferty wybranej, która przy uwzględnieniu zarzutów, podlegać powinna odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Ustawy. Uwzględnienie żądania Odwołującego prowadziłoby do zmiany wyniku postępowania, w którym to oferta Odwołującego stałaby się najkorzystniejszą. W świetle powyższego, odwołanie zmierzało do wzruszenia niekorzystnej decyzji w postępowaniu, co wypełnia przesłanki określone w Ustawie.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Wykonawcy M. Sp. z o.o. Izba dokonała poniższych ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający wymagał złożenia przed upływem terminu składania ofert wadium w wysokości 1.000.000,00 zł, wniesionego w jednej z form wskazanych w pkt 8.2 siwz. Zgodnie z lit. e wadium mogło zostać wniesione między innymi w *poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. 2016 poz. 359 t.j. z późn. zm.)*.

Wykonawca M. Sp. z o.o. do oferty dołączył dwa poręczenia podmiotów, o których mowa w art. 6b ust. 5 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, tj. Funduszu Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego S.A. z siedzibą w Poznaniu – na kwotę 500.000,00 zł. oraz Kujawsko-Pomorskiego Funduszu Poręczeń Kredytowych Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu – na kwotę 500.000,00 zł.

W poręczeniu Funduszu Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego S.A. z siedzibą w Poznaniu z dnia 14.12.2018 r. w § 1 opisującym Zobowiązanego, Zamawiającego oraz przedmiot poręczenia wskazano na zobowiązanie do *zapłaty wadium w związku z przystąpieniem przez Zobowiązanego do przetargu publicznego organizowanego przez Zamawiającego. Zamawiający zatrzymuje wadium w sytuacjach przewidzianych w ustawie z*

dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), w szczególności w art. 46 ust. 4a i ust. 5. Następnie w § 4 zostały przywołane podstawy opisane we wskazanych przepisach Ustawy, których wystąpienie miałyby prowadzić do wypłaty wadium na pisemne wezwanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż *Zobowiązany, którego ofertę wybrano:*

- odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub
- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego, lub
- Zobowiązany, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z dalszymi zapisami wezwanie Zamawiającego powinno zawierać oświadczenie, że nastąpiły przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium (§ 4 ust. 3).

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba oddaliła odwołanie, gdyż żądanie odrzucenia oferty M. Sp. z o.o., jako niezabezpieczonej wadium (art. 89 ust. 1 pkt 7 b Ustawy) nie znalazło potwierdzenia w rzekomym braku uwzględnienia w treści dokumentu wadium przesłanki opisanej w art. 46 ust. 4a Ustawy. Podstawa zarzutu zaniechania odrzucenia oferty M. Sp. z o.o. dotyczyła treści poręczenia, w którym Poręczyciel prezentując w § 4 ust. 1 okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium – wymienione w kolejnych tiret – miał ograniczyć wypłatę świadczenia do tych przypadków, kiedy oferta Zobowiązanego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, które zostały ujęte w art. 46a ust. 5 Ustawy. Wymieniona w ostatnim tiret przesłanka z art. 46a ust. 4 Ustawy miałyby być wyłączone, gdyż nie dotyczy przypadku, w którym oferta Zobowiązanego zostałaby wybrana.

Oddalając odwołanie Izba uznała, iż treść poręczenia nie pozostawia wątpliwości co do ustalenia, że Poręczyciel zagwarantował wypłatę kwoty wadium w sytuacjach opisanych w art. 46a ust. 4 i 5 Ustawy. Wskazuje na to zarówno treść zawarta w § 1 jak i § 4 ust. 1 poręczenia. Odwołujący nadawał szczególne znaczenie wprowadzeniu do wyliczenia zawartym w § 4 ust. 1, w którym wskazano na Zobowiązanego, którego ofertę wybrano.

Argumentacja Odwołującego sprowadzała się do wykazania, iż na skutek redakcji ust. 1, w którym zostały wymienione podstawy do zatrzymania wadium, Zamawiający nie mógłby wystąpić o jego wypłatę w sytuacji objętej treścią przepisu art. 46a ust. 4 Ustawy. Jednocześnie Odwołujący pominął, iż ostatnia z podstaw wystąpienia o wypłatę wadium, przenosząca wprost zapis ustawowy, odnosi się do przypadku, w którym oferta Zobowiązanego nie została wybrana jako najkorzystniejsza. W ocenie Izby nie było prawidłowym przypisywanie decydującego znaczenia treści poprzedzającej wymienione w kolejnych tiret okoliczności, uzasadniające żądanie wypłaty kwoty zabezpieczonej tytułem wadium. Ważna dla oceny zakresu udzielonego poręczenia była bowiem treść poszczególnych zapisów, interpretowanych jako jednolite oświadczenie woli Poręczyciela. Dokonując wykładni tego oświadczenia nie można było pominąć, iż całość zapisu prezentowanego w ostatnim tiret dotyczyła zachowania Zobowiązanego, którego następstwem miał być brak możliwości wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej. Już na tej podstawie nie można było przyjąć wniosków prezentowanych przez Odwołującego. Skutki wykładni jaką prezentował nie dawały się pogodzić z zakresem stosowania przepisu Ustawy, wprost przywołanego w treści dokumentu, zarówno poprzez wskazanie właściwej jednostki redakcyjnej, jak i jego brzmienia (art. 46 ust. 4a Ustawy). Izba przyjęła jako właściwą wykładnię oświadczenia Poręczyciela, prezentowaną przez Zamawiającego i Przystępującego, w którym potwierdził prawo Zamawiającego do żądania wypłaty wadium w okolicznościach opisanych w art. 46 ust. 4a Ustawy. Analizy tego oświadczenia należało dokonać z uwzględnieniem całości zapisów, w tym § 1, w którym wprost znajduje się odniesienie do podstawy wypłaty wadium wskazanej w Ustawie, która następnie została przywołana w dalszej treści dokumentu (§ 4 ust. 1).

Podsumowując, Izba uznała, iż poręczenie wypłaty wadium uwzględniało wszystkie przypadki, z jakimi Ustawa wiąże podstawę do zatrzymania wadium. Tym samym oferta była w sposób prawidłowy zabezpieczona wadium od momentu jej złożenia, a Zamawiający nie miał podstaw do zakwestionowania skuteczności wystawionego poręczenia.

W oparciu o art. 192 ust. 2 Ustawy Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem przedłożonym przed zamknięciem rozprawy w wysokości uwzględniającej wynagrodzenie pełnomocnika.

Przewodniczący: