

WYROK

z dnia 20 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **10 stycznia 2011 r.** przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm w składzie: IDS-BUD sp. z o.o., "UKRSTALKONSTRUKCJA" OTWARTA S.A., z adresem lidera konsorcjum: ul. Bielawki 7, 87-500 Rypin,** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o.o. działające w imieniu i na rzecz Gminy Ożarówce, ul. Lecznicza 7, 47-400 Racibórz,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm w składzie: Zakład Robót Specjalnych Budowlanych Sp. z o.o., Zakład Robót Specjalnych Budowlanych A. Motyczka, Zakład Wielobranżowy "KRYZA-PLAST", z adresem lidera konsorcjum: ul. Strzelców Bytomskich 8/7, 44-280 Rydułtowy,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnienia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o.o. działające w imieniu i na rzecz Gminy Ożarówce, ul. Lecznicza 7, 47-400 Racibórz** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm w składzie: IDS-BUD sp. z o.o., "UKRSTALKONSTRUKCJA" OTWARTA S.A., z adresem lidera konsorcjum: ul. Bielawki 7, 87-500 Rypin** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) przez Zamawiającego **Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne Sp. z o.o. działające w imieniu i na rzecz Gminy Ożarówce, ul. Lecznicza 7, 47-400 Racibórz** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum firm w składzie: IDS-BUD sp. z o.o., "UKRSTALKONSTRUKCJA" OTWARTA S.A., z adresem lidera konsorcjum: ul. Bielawki 7, 87-500 Rypin** 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Odwołujący - Konsorcjum: IDS-BUD sp. z o.o. Rypinie, "UKRSTALKONSTRUKCJA" OTWARTA S.A. uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn. Infrastruktura okołolotniskowa Międzynarodowego Portu Lotniczego Katowice w Pyrzowicach – gospodarka wodno-ściekowa wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, którym jest Raciborskie Przedsiębiorstwo Inwestycyjne sp. z o.o. działające w imieniu i na rzecz Gminy Ożarówice, od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum firm: Zakład Robót Specjalnych Budowlanych sp. z o.o. w Rydułtowach, Zakład Robót Specjalnych Budowlanych A. Motyczka i Zakład Wielobranżowy „Kryza-Plast” Henryk Kamiński.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wniósł wadium oraz nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego.

Wniósł o unieważnienie czynności badania i oceny ofert, unieważnienie czynności wyboru oferty, powtórzenie badania i oceny ofert i w konsekwencji wykluczenie wybranego wykonawcy z postępowania oraz odrzucenie jego oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty wskazał, że wybrany wykonawca wraz ofertą wniósł wadium w formie gwarancji bankowej. Zgodnie z treścią wadium, bank zobowiązał się do zapłaty kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego stwierdzające, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy nie złożył oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub pełnomocnictw, chyba że udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie, lub odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, lub zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Odwołujący zauważył, że wskazany katalog zawiera trzy przesłanki utraty wadium, co w zestawieniu z przesłankami określonymi w art. 46 ust. 4a i 5 wskazuje, że brak jest sytuacji określonej w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy tj. sytuacji, w której wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Tym samym przedłożona gwarancja nie przewiduje możliwości zaspokojenia we wszystkich możliwych sytuacjach przewidzianych ustawą, wobec czego należy uznać wadium za niezłożone ze skutkiem w postaci obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania. Odwołujący zauważył, że w siwz (r. VI instrukcji dla wykonawców) nie wymieniono wszystkich czterech przesłanek utraty wadium, co nie zmienia faktu, że ustawowe warunki dotyczące wadium mają charakter bezwzględnie obowiązujący,

a zamawiający nie jest uprawniony do modyfikowania okoliczności skutkujących przypadkiem wadium w ramach siwz. Wskazał, że wykonawcy i zamawiający są w pierwszej kolejności związani przepisami ustawy, z których wynika konieczność zastosowania ich wprost. Stwierdził, że braki lub błędy w treści gwarancji wadialnej nie mogą być usunięte lub poprawione po jej złożeniu (po upływie terminu składania ofert). Na poparcie stanowiska powołał orzeczenia KIO.

Uzasadniając drugi zarzut odwołujący wskazał, że w R. III pkt 2.2.1 IDW określono warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w odniesieniu do przedstawiciela wykonawcy lub kierownika kontraktu poprzez wymóg dysponowania osobą posiadającą wyższe wykształcenie i „co najmniej 10 letnie doświadczenie zawodowe obejmujące zarządzanie lub kierowanie kontraktami na roboty jako Kierownik Kontraktu (lub równoważne stanowisko, np. Przedstawiciel Wykonawcy) lub Kierownik Budowy, na co najmniej dwóch zadaniach polegających na budowie kanalizacji sanitarnej o długości 50 km każde, co najmniej jedno zadanie realizowane w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. Odwołujący stwierdził, że wybrany wykonawca wskazał na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy (Kierownika Kontraktu) pana Artura Noga, który zgodnie z opisem posiadanych kwalifikacji zawodowych i doświadczenia konsorcjum przez okres od stycznia 2002 r. do sierpnia 2010 r. piastował stanowisko „Dyrektora do spraw technicznych”, a w ramach tej funkcji zarządzał kontraktami prowadzonymi przez członka konsorcjum, a w zakresie jednego wskazanego zadania w Gminie Świerklany był zarządzającym kontraktem, nie określając konkretnej pełnionej funkcji, wobec czego należy przyjąć, że w ramach pełnionej funkcji dyrektorskiej. Takie doświadczenie zdobyte w ramach ogólnego zarządzania kontraktami z pozycji dyrektora ds. technicznych stanowi w ocenie odwołującego zupełnie odmienny rodzaj doświadczenia od doświadczenia zdobytego przez osobę, która bezpośrednio zarządza kontraktem z pozycji kierownika budowy lub kierownika kontraktu i jest osobą dedykowaną do konkretnego zadania inwestycyjnego kierując kontraktem lub robotami na zasadzie codziennego zarządu. Natomiast dyrektor ds. technicznych jest osobą, która zajmuje się wieloma kontraktami i czyni to z innego, wyższego poziomu, czyli de facto nie zarządza i nie kieruje kontraktem bezpośrednio, a w zasadzie nadzoruje jego realizację i to tylko od strony technicznej. Zatem nie można utożsamiać doświadczenia zdobytego w ramach tych dwóch różnych formach zarządzania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że jego czynności prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty nie naruszają przepisów ustawy pzp. Stwierdził, w świetle treści pkt 8 formularza oferty oraz pkt XIII Instrukcji dla wykonawców oraz postanowień § 13 umowy ma możliwość zaspokojenia z gwarancji wadialnej także w sytuacji braku wniesienia przez wykonawcę wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Stwierdził również, że katalog pełnionych funkcji na potwierdzenie posiadanego doświadczenia był katalogiem otwartym i zawierającym przykładowe nazwy stanowisk.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, że jego oferta spełnia wszystkie wymagania określone w siwz.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego złożonej wadialnej gwarancji bankowej wskazał, że w ofercie w pkt 8 zawarł oświadczenie deklaracją wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 3% ceny umownej, a gwarancja bankowa zapłaty wadium zawiera w swej treści stwierdzenie, że bank zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo wypłacić kwotę na żądanie zamawiającego stwierdzające, że wykonawca odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie. Zatem, gdyby nie wniósł zabezpieczenia wykonania umowy, co było warunkiem określonym w ofercie zamawiający ma możliwość zatrzymania wadium zgodnie z treścią gwarancji odpowiadającą przesłance określonej w art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy. Wskazał również, że zgodnie z siwz i projektem umowy wykonawca wnosi zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Gdyby zatem uchylał się od wniesienia zabezpieczenia przed podpisaniem umowy, to niemożliwe stałoby się zawarcie umowy z przyczyn leżących po jego stronie ze skutkiem w postaci zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy. Przystępujący stwierdził, że możliwość zatrzymania wadium na wypadek uchylania się przez niego przed podpisaniem umowy, od wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jest zapewniona i wynika ze specyficznej konstrukcji siwz.

Odnosząc się do drugiego zarzutu odwołania przystępujący stwierdził, że osoba proponowana na stanowisko przedstawiciela wykonawcy (kierownika kontraktu) posiada wymagane doświadczenie. Zauważył, że zamawiający dopuścił wskazanie doświadczenia w zarządzaniu kontraktami nie wyłącznie jako kierownika kontraktu, ale również doświadczenie na innych równoważnych stanowiskach, np. jako kierownika budowy, przedstawiciela wykonawcy, co oznacza że katalog stanowisk jest otwarty i nie wyklucza również stanowisk dyrektorskich, których zajmowanie należy uznać jako doświadczenie w zarządzaniu kontraktami na roboty budowlane wykonywane przez przedsiębiorstwo. Stwierdził, że zamawiający nie zdefiniował, jak szeroki ma być zakres zarządzania, nie sprecyzował konkretnego stanowiska i procedur zarządzania, a nadto przedmiotowe postępowanie nie jest prowadzone w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC. Podtrzymując stanowisko na rozprawie, złożył do akt sprawy oświadczenie wystawcy gwarancji z dnia 19.01.2011 r. iż w przypadku nie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przed podpisaniem umowy, zawarcie umowy staje się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a to jest podstawą do wypłacenia kwoty gwarancji wadialnej przez bank zgodnie z zapisami gwarancji nr (...), której kopię załączył do oświadczenia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty przystępującego, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Jak ustalono, konsorcjum firm: Zakład Robót Specjalnych Budowlanych sp. z o.o. w Rydułtowach, Zakład Robót Specjalnych Budowlanych A. Motyczka i Zakład Wielobranżowy „Kryza-Plast” Henryk Kamiński do złożonej przez siebie oferty załączyło dokument gwarancji bankowej wystawionej przez ING Bank Śląski S.A., w której gwarant zobowiązał się do wypłaty kwoty 200.000,00 zł stanowiącej wadium w przedmiotowym postępowaniu.

Stosownie do treści gwarancji gwarant zobowiązał się do zapłaty kwoty wadium w przypadkach, gdy

- a/ wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy lub pełnomocnictw i nie udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie lub
- b/ wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub
- c/ zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Wskazane wyżej okoliczności zapłaty wadium odpowiadają przesłankom określonym w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. Gwarancja nie obejmuje zaś przypadku, o którym mowa w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Treść gwarancji nie zawiera również ogólnego odesłania do ustawy, ani wskazania na art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, co mogłoby uzasadniać tezę, że zobowiązanie z gwarancji dotyczy wszystkich wymienionych tam przypadków. Nie ulega wątpliwości, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie "zabezpieczonego rezultatu", co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Jakikolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp Izba uznaje za nieprawidłowe.

Oceny powyższej nie zmienia fakt, że sam zamawiający w Rozdziale VI Instrukcji dla wykonawców stanowiącej załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako

podstawę zatrzymania wadium wskazał jedynie na przesłanki zawarte w art. 46 ust. 5 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, z pominięciem wskazanych w punkcie 2. Należy jednakże zaznaczyć, iż także w takiej sytuacji, to i tak na wykonawcach jako profesjonalistach w obrocie gospodarczym spoczywa obowiązek dołączenia do oferty gwarancji uwzględniającej wszystkie przypadki przewidziane ustawą. Izba nie podziela przy tym poglądu zawartego w przystąpieniu, iż ze specyficznej konstrukcji specyfikacji, w razie zajścia przesłanki zatrzymania wadium na podstawie 46 ust. 5 pkt 1 lub 3 ustawy można wnioskować o możliwości zatrzymania wadium na wypadek nie wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Należy zauważyć, że przedstawiona argumentacja, możliwa do przeprowadzenia również wprost na podstawie przepisów ustawy, w istocie potwierdza fakt pominięcia w treści złożonej gwarancji bankowej, ustawowej samodzielnej przesłanki zatrzymania wadium.

Zatem, skoro gwarancja ani nie wymienia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, ani nie odwołuje się w sposób ogólny do przepisu art. 46 Prawa zamówień publicznych, należy uznać, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo. W związku z powyższym, wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania się na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w konsekwencji czego jego oferta powinna być uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy. Powyższego poglądu co do wadliwości złożonej gwarancji bankowej nie mogą zmienić wyjaśnienia wystawcy zawarte w piśmie z dn. 19.01.2009 r. Pismo to zawiera co prawda wyjaśnienie intencji banku co do podstaw zabezpieczenia praw zamawiającego, lecz treść gwarancji pozostaje w sprzeczności z treścią pisma.

Odnosząc się do drugiego zarzutu odwołania należy stwierdzić, że w R. III pkt 2.2.1 Instrukcji dla wykonawców określono warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w odniesieniu do przedstawiciela wykonawcy lub kierownika kontraktu poprzez wymóg dysponowania osobą posiadającą wyższe wykształcenie i „co najmniej 10 letnie doświadczenie zawodowe obejmujące zarządzanie lub kierowanie kontraktami na roboty jako Kierownik Kontraktu (lub równoważne stanowisko, np. Przedstawiciel Wykonawcy) lub Kierownik Budowy, na co najmniej dwóch zadaniach polegających na budowie kanalizacji sanitarnej o długości 50 km każde, co najmniej jedno zadanie realizowane w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. Wybrany wykonawca wskazał na stanowisko Przedstawiciela Wykonawcy (Kierownika Kontraktu) osobę, który zgodnie z opisem posiadanych kwalifikacji zawodowych i doświadczenia konsorcjum przez okres od stycznia 2002 r. do sierpnia 2010 r. piastowała stanowisko „Dyrektora do spraw technicznych”, a w ramach tej funkcji zarządzała kontraktami. Biorąc pod uwagę, że w siwz dopuszczono wskazanie doświadczenia w zarządzaniu kontraktami nie wyłącznie jako kierownika kontraktu, ale również doświadczenie na innych równoważnych stanowiskach, np. jako kierownika budowy, przedstawiciela wykonawcy, to oznacza że katalog stanowisk

jest otwarty i nie wyklucza również stanowiska dyrektora ds. technicznych, które niewątpliwie ma charakter zarządczy w odniesieniu do kontraktów na roboty budowlane wykonywane przez przedsiębiorstwo. Należy zauważyć, że instrukcja dla wykonawców nie definiuje, jak szeroki ma być zakres zarządzania, jak również nie precyzuje konkretnego stanowiska i procedur zarządzania, wskazując jedynie przykłady takich stanowisk. W konsekwencji, w ocenie Izby, zamawiający miał podstawy do uznania, że wskazana osoba proponowana na stanowisko przedstawiciela wykonawcy (kierownika kontraktu) posiada wymagane doświadczenie w wymaganym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe należało orzec jak w sentencji wyroku, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy pzp tj. uwzględnić odwołanie wobec potwierdzenia okoliczności podlegania przez wykonawcę wykluczeniu z postępowania z uwagi na nie zabezpieczenie oferty wymaganym wadium.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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:

.....