

WYROK
z dnia 10 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek- Bujak

Członkowie: Marek Koleśnikow
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EUROVIA POLSKA S.A. (lider), 55-040 Kobierzyce Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, EUROVIA C.S a.s., 113 19 Praga, Czechy, Narodni 10** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Jaworzno – Urząd Miejski w Jaworznie, 43-600 Jaworzno, ul. Grunwaldzka 33** protestu z dnia 23 lipca 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Jaworzno – Urząd Miejski w Jaworznie, 43-600 Jaworzno, ul. Grunwaldzka 33 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EUROVIA POLSKA S.A. (lider),**

55-040 Kobierzyce Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, EUROVIA C.S a.s., 113 19 Praga, Czechy, Narodni 10;

- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 062 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złotych zero groszy) przez **Gminę Jaworzno – Urząd Miejski w Jaworznie, 43-600 Jaworzno, ul. Grunwaldzka 33** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EUROVIA POLSKA S.A. (lider), 55-040 Kobierzyce Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, EUROVIA C.S a.s., 113 19 Praga, Czechy, Narodni 10** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 538 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EUROVIA POLSKA S.A. (lider), 55-040 Kobierzyce Bielany Wrocławskie, ul. Szwedzka 5, EUROVIA C.S a.s., 113 19 Praga, Czechy, Narodni 10.**

U z a s a d n i e n i e

I. Stan faktyczny i stanowiska stron.

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *przebudowę DK 79 w Jaworznie – „Miasto Twarzą do Autostrady” – Etap III i V – Kontrakt nr 1* (numer sprawy BZ-341/15/25/2009), ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 marca 2009 roku, 2009/S 47-068165.

Zamawiający pismem z dnia 14 lipca 2009 r. przekazany w dniu 15 lipca 2009 roku przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum firm: Radko Sp. z o.o., Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., zwanych dalej Konsorcjum.

Wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejsze oraz zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania, w dniu 23 lipca 2009 roku protest do zamawiającego wniosło Konsorcjum firm: EUROVIA POLSKA S.A, EUROVIA C.S. a.s., zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W proteście wykonawca zarzucił, iż wybrane Konsorcjum nie wniosło wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, a ponieważ nie wniosło wadium w innej formie, to tym samym nie wniosło wadium w ogóle. W uzasadnieniu tego zarzutu, protestujący podniósł, iż złożony dokument – gwarancja ubezpieczeniowa, nie daje zamawiającemu żadnej możliwości zatrzymania wadium w sytuacji określonej w art. 46 ust. 4a ustawy, na co wskazuje warunek formalny wezwania do zapłaty, które musi zawierać oświadczenie zamawiającego określone w § 3 ust. 2 dokumentu. Ponieważ gwarant uzależnił powstanie obowiązku zapłaty z tytułu gwarancji od doręczenia mu wezwania do zapłaty, zdaniem protestującego oznacza to, że gwarant nie zobowiązał się do zapłaty kwoty wadium w przypadku określonym w art. 46 ust. 4a ustawy. Ponieważ taki przypadek nie został wymieniony w treści oświadczenia, które ma być zawarte w wezwaniu do zapłaty, zdaniem protestującego oznacza to, że wystąpienie okoliczności określonej w art. 46 ust. 4a nie będzie powodowało obowiązku zapłaty z tytułu gwarancji. W ocenie protestującego, zamawiający był zobowiązany wykluczyć Konsorcjum z postępowania, a złożoną przez niego ofertę uznać za odrzuconą. Zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy.

Dodatkowo, protestujący poddał pod wątpliwość zastrzeżenie poczynione w treści gwarancji za pomocą zwrotu „Biorąc pod uwagę fakt, że Oferent składa Beneficjentowi ofertę zgodną z wymogami ustalonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”, po którym to zwrocie następuje zobowiązanie gwaranta do zapłaty kwoty wadium, a które przemawiają za dodatkowymi wadami gwarancji. W ocenie protestującego, Gwarant mógłby uchylić się od obowiązku zapłaty wadium w przypadku, gdyby złożona oferta była niezgodna z wymaganiami siwz. Jeżeli gwarant rozumie ofertę w znaczeniu, jaki nadaje jej art. 66 § 1 k.c., to tym samym jego zobowiązanie dotyczy wyłącznie oferty, a nie dokumentów składanych wraz z ofertą, a co za tym idzie nie dotyczy okoliczności objętych przepisem art. 46 ust. 4a ustawy. Ponadto gwarant, który nie ma pełnej kontroli nad składaną ofertą, nie ma pewności co do jej zgodności z siwz, jak i pewności, że złożona została zamawiającemu konkretna oferta, co umożliwiłoby gwarantowi skuteczne uchylenie się od swych zobowiązań.

W dalszej części protestu, podniesiono, iż Konsorcjum nie potwierdziło spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, tj. należytego wykonania co najmniej 3 zamówień, z których każde polegać miało na wykonaniu robót budowlanych (budowa, przebudowa lub remont) na drogach co najmniej klasy G, o długości

co najmniej 2 km i obejmować swoim zakresem budowę, przebudowę, lub remont co najmniej 1 obiektu inżynierskiego takiego jak: wiadukt, most lub tunel. Spośród wskazanych na wykazie (i potwierdzonych referencjami) 6 pozycji (robót), roboty wskazane w poz. 4, 5 i 6, nie obejmujące swoim zakresem budowy, przebudowy ani remontu obiektu inżynierskiego, nie spełniają warunku określonego przez zamawiającego. Robota wskazana w poz. 2 dotyczyła odcinka budowanej drogi krajowej nr 42 o długości 1,24 km., usytuowanej w Skarżysku Kamiennej, od km 248+500,76 do km 249+743,00 (= 249,74 km – 248,50 km). Również załączone referencje dla pozycji 2 wykazu, nie zawierają zapisu o należyтым wykonaniu robót. Samo określenie, że roboty zostały wykonane w terminie umownym nie oznacza, że zostały one wykonane należyście. Informacja w treści referencji, iż „Wykonawca jest w trakcie usuwania usterek stwierdzonych w okresie gwarancji” pozostawia ocenie podmiotu brak informacji o braku stwierdzenia o należyтым wykonaniu zamówienia.

Ponieważ 4 z 6 pozycji nie mogą być uznane, jako potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, zamawiający obowiązany był wezwać Konsorcjum do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a nie wzywając Konsorcjum naruszył art. 26 ust. 3 ustawy.

Dodatkowo protestujący wskazał, iż wykonawca składając oświadczenie o długości drogi równej 2,6 km (dla pozycji 2 wykazu) złożył nieprawdziwą informację, przyjętą przez zamawiającego i prowadzącą w konsekwencji do wyboru oferty Konsorcjum, jako niepodlegającej odrzuceniu. W tych okolicznościach, informacja ta miała wpływ na wynik postępowania, a Konsorcjum powinno podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Na skutek wyboru oferty Konsorcjum podlegającego wykluczeniu, zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy. Wykonawca wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania Konsorcjum Radko Sp. z o.o. i Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia 3 sierpnia 2009 r., przekazany protestującemu faksem w dniu 4 sierpnia 2009r. Zamawiający uwzględnił protest w części dotyczącej unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, natomiast oddalił protest w części dotyczącej wykluczenia z postępowania Konsorcjum i dokonania wyboru oferty złożonej przez protestującego.

Zamawiający po łącznej analizie zapisów gwarancji uznał, iż zabezpiecza ona jego interesy, na co wskazuje oświadczenie gwaranta, iż „Niniejsza gwarancja stanowi zabezpieczenie zapłaty wadium zgodnie z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”, które oznacza również zabezpieczenie zamawiającego w sytuacji opisanej w art. 46 ust. 4a

ustawy pzp. Ograniczanie się wyłącznie do treści par. 2 ust. 2 jest, w ocenie zamawiającego, niewłaściwe, mając na uwadze oświadczenie o bezwarunkowym i nieodwołalnym zobowiązaniu gwaranta do zapłaty wadium (par. 2 ust 1). Zamawiający uznał gwarancję za prawidłową i dodatkowo załączył kserokopię pisma gwaranta – PZU S.A., potwierdzającego zapłatę kwoty wadium na rzecz zamawiającego w sytuacji, o której mowa w art. 46 ust. 4a ustawy.

Zamawiający uznał, iż nie zachodzi przesłanka do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Zamawiający przyjął oświadczenie Konsorcjum, złożone w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego, o błędnym zrozumieniu treści warunku udziału w postępowaniu i złożeniu dokumentów przy błędnym założeniu, co do rozumienia warunku, a także treści referencji, z której wynika również, iż wytyczenie trasy drogowej w terenie falistym nastąpiło faktycznie na długości 2,6 km.

W związku z brakiem podstaw do wykluczenia Konsorcjum z postępowania, zamawiający uznał, że nie ma możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez protestującego.

Zamawiający uznał, iż wytyczenie a trasy drogowej w terenie falistym na odcinku 2,6 km nie można utożsamiać z robotami budowlanymi polegającymi na budowie, przebudowie lub remoncie na drogach co najmniej klasy G, o długości co najmniej 2 km, gdyż faktyczna budowa drogi miała miejsce na odcinku 1,24 km. Zamawiający wyjaśnił, iż zapis warunku co do wymaganej ilości robót, jest niezależny od okresu, w którym zostały zrealizowane (5 lat lub krócej, jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy). Zamawiający uznał, iż sam fakt wystawienia referencji nie jest dostatecznym dowodem należytego wykonania zamówienia. W związku z powyższym, zamawiający zapowiedział, że unieważni czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy dokona czynności zaniechanej, tj. wezwie Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Wobec takiego rozstrzygnięcia protestu, wykonawca wniósł w dniu 14 sierpnia 2009 r. odwołanie do Prezesa UZP, przekazując jego treść zamawiającemu w tym samym dniu. W odwołaniu wykonawca podtrzymał zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Konsorcjum z postępowania z uwagi na brak wniesienia wadium, nie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. W uzasadnieniu, odwołujący podjął się polemiki ze stanowiskiem zamawiającego oraz przystępującego do postępowania wywołanego wniesionym protestem, wraz ze szczegółową analizą powoływanych orzeczeń. W odniesieniu do załączonego przez zamawiającego pisma gwaranta, odwołujący podniósł, iż jest ono spóźnione o dwa miesiące

i nie może być wzięte pod uwagę. Skoro gwarancja nie jest elementem oferty, to jej treść nie może być wyjaśniania na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 ustawy, a także nie może być uzupełniania w trybie art. 26. ust 3, gdyż nie mieści się w katalogu dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Tym samym, uzupełnienie gwarancji po upływie terminu do składania ofert, odwołujący ocenił jako niedopuszczalne, powołując się przy tym na orzecznictwo KIO. W zakresie warunku udziału w postępowaniu odwołujący odniósł się do nieprawidłowej interpretacji dokonanej przez przystępującego, która nie znajduje odzwierciedlenia w zapisie siwz i stanowi manipulację mającą na celu przekonanie zamawiającego co do błędu wykonawcy. Ponieważ odwołujący posiada wątpliwości co do poprawności przyszłych działań zamawiającego związanych ze sposobem rozstrzygnięcia protestu, podtrzymał zarzuty dotyczące braku potwierdzenia przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu, a szczególności z podtrzymanym zarzutem złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania w zakresie roboty objętej pozycją 2 wykazu robót. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności najkorzystniejszej oferty, nakazanie zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum z postępowania i dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 8 września 2009 roku do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie zamawiającego Konsorcjum firm: Radko Sp. z o.o. oraz Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o.

Na posiedzeniu niejawnym skład orzekający nie dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym przystępujące po stronie zamawiającego Konsorcjum.

II. Ustalenia i stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej.

Na podstawie oryginału dokumentacji postępowania, stanowisk stron, skład orzekający ustalił i zważył co następuje.

Odwołujący wykazał naruszenie jego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, gdyż na skutek wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, został on pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W zakresie rozstrzygnięcia istotną kwestią było w pierwszej kolejności ustalenie, czy oferta wybranego wykonawcy – Konsorcjum RADKO Sp. z o.o. oraz Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., była zabezpieczona wadium od momentu jej

złożenia. W przypadku potwierdzenia słuszności stanowiska odwołującego o braku zabezpieczenia oferty wadium, ocena dalszych zarzutów stałaby się bezprzedmiotowa, gdyż sprowadzałaby się do oceny oferty nieskutecznej (która nie podlega ocenie), a co z tym się wiąże również dokumentów nie mających znaczenia dla jej wyboru.

Odnosząc się zatem do treści gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr GWo/915/2009-051-04-03 wystawionej w dniu 4 czerwca 2009 r. przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń Spółka Akcyjna, oddział w Oświęcimiu, skład orzekający Izby uznał, iż w dacie, w której upłynął termin składania ofert, dokument ten nie spełniał wymogów, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy pzp. Treść gwarancji w § 2 ust. 2 określa okoliczności, od których wystąpienia Gwarant uzależnił zapłatę kwoty wadium. Okoliczności te ograniczają się wyłącznie do wskazanych w art. 46 ust. 5 ustawy pzp przesłanek zatrzymania wadium, wykonawcy którego oferta została wybrana, natomiast nie dotyczą one braku uzupełnienia na wezwanie zamawiającego dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw. Izba nie przyjęła za prawidłową interpretację zapisów gwarancji, przedstawioną przez zamawiającego, iż odwołanie się w § 1 gwarancji do wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu ogłoszonym przez zamawiającego, upoważniało do przyjęcia, iż gwarant objął zakresem swojego zobowiązania również okoliczność wskazaną w art. 46 ust. 4a ustawy i przywołaną w pkt VIII.8 siwz. W ocenie Izby par. 1 gwarancji stanowi jedynie potwierdzenie wniesienia wadium, jako zabezpieczenia jego zapłaty w konkretnie oznaczonym postępowaniu, wymaganego zapisami na warunkach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dopiero w kolejnym paragrafie gwarant określił zakres swojego zobowiązania, przez określenie wysokości kwoty do której wypłaty zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo oraz okoliczności wymienionych w pkt od a do c, od których wystąpienia uzależnił wypłatę świadczenia. W ocenie Izby brak wskazania okoliczności skutkującej zatrzymaniem wadium, wymienionej w art. 46 ust. 4a, jest istotnym brakiem gwarancji, powodującym, iż nie może być on usunięty po złożeniu dokumentu na przykład przez dodatkowe oświadczenie gwaranta, czy też na skutek jego uzupełnienia. Brak ten powoduje, iż gwarancja na dzień złożenia oferty nie zabezpieczała w pełni roszczeń zamawiającego, a tym samym nie może być przyjęta jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium, niezależnie od jego formy, musi stanowić gwarancję zabezpieczenia roszczeń zamawiającego w przypadku wystąpienia, którejkolwiek z okoliczności określonej w art. 46 ustawy pzp, powodującej konieczność jego zatrzymania. Stanowi ono zryczałtowane odszkodowanie za szkodę poniesioną przez ogłaszającego przetarg, który z winy oferenta wygrywającego przetarg, nie doprowadził do zamierzonego skutku w postaci zawarcia umowy (*System Prawa Cywilnego, tom 2 Prawo cywilne – część ogólna, str. 361*).

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku kiedy wykonawca nie wniósł wadium, podlega on wykluczeniu, a jego oferta uznana jest za odrzuconą. Wykluczeniu podlega zatem, wyłącznie wykonawca, który wadium nie wniósł, lub wniósł je w niewłaściwej formie. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych, m.in. w wyroku SO we Wrocławiu z dnia 29 września 2008 r., X Ga 260/08. W ocenie składu orzekającego złożona w celu zabezpieczenia oferty Konsorcjum gwarancja nie odpowiadała zapisom siwz i nie stanowiła właściwego zabezpieczenia roszczeń zamawiającego, a zatem zamawiający powinien w toku badania ofert uznać, iż wadium nie zostało wniesione, a wykonawcę wykluczyć z postępowania.

W związku z potwierdzeniem się zarzutu braku zabezpieczenia ofert Konsorcjum wadium, rozpoznanie dalszych zarzutów stało się bezprzedmiotowe.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami odwołującego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie przedłożonego rachunku w maksymalnej wysokości wynikającej z rozporządzenia), Izba obciążyła zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*