

Sygn. akt: KIO 364/17

WYROK

z dnia 7 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 7 marca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2017r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Kruszywo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Linii, ul. Długa 4B i Bituminium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Linii, ul. Długa 4B** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Wejherowo z siedzibą w Wejherowie, Os. Przyjaźni 6**

przy udziale **wykonawcy Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 364/17 po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy TRAKCJA PRKiL Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Złota 59 XVIII p** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 364/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Kruszywo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Linii, ul. Długa 4B i Bituminium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Linii, ul. Długa 4B i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Kruszywo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Linii, ul. Długa 4B i Bituminium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Linii, ul. Długa 4B

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Wejherowo z siedzibą w Wejherowie, Os. Przyjaźni 6** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Kruszywo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Linii, ul. Długa 4B i Bituminium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Linii, ul. Długa 4B** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Wejherowo z siedzibą w Wejherowie, Os. Przyjaźni 6** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Kruszywo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Linii, ul. Długa 4B i Bituminium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Linii, ul. Długa 4B** kwotę **13 730 zł 68 gr** (słownie : trzynaście tysięcy siedemset trzydzieści złotych sześćdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, zastępstwa prawnego i dojazdu.

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. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) 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:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na budowę drogi gminnej pomiędzy Sopieszynem, Urstabowem, Gowinem i Gościcinem jako nowego połączenia okalającego Miasto Wejherowo – odcinek III Gowino – Gościcino zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27 stycznia 2017r. numer 15841-2017.

W dniu 22 lutego 2017r. zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Kruszywo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Linii, ul. Długa 4B i Bituminium spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Linii, ul. Długa 4B – dalej odwołujący na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 – dalej ustawy). Jako uzasadnienie swojej decyzji wskazał on, iż wadium odwołującego zostało wniesione nieprawidłowo, gdyż nie spełnia ono wymagań określonych przez zamawiającego w siwz. W opinii zamawiającego, niezgodność ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej (dokumentu wadium) polega na jej niezgodności z zapisem siwz w brzmieniu „Gwarancja (poręczenie) nie może zawierać zastrzeżenia gwaranta (poręczyciela), że pisemne żądanie zapłaty musi być przedstawione za pośrednictwem Banku prowadzącego rachunek zamawiającego lub potwierdzone przez notariusza, w celu potwierdzenia, że podpisy złożone na pisemnym żądaniu należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu zamawiającego.” zamawiający wskazał też, iż z uwagi na powyższe przedłożony dokument wadium nie ma charakteru bezwarunkowego oraz, że gwarancja ubezpieczeniowa nie zabezpiecza w całości interesu zamawiającego. zamawiający odrzucając ofertę powołał się na pkt. 17.4 siwz.

W dniu 27 lutego 2017r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało opatrzone podpisem elektronicznym złożonym przez pełnomocnika odwołującego działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 lutego 2017r. udzielonego przez obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i podpisanego za Kruszywo sp. z o.o. przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie ze złożonym odpisem z KRS i za Bituminium sp. z o.o. przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie ze złożonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu w dniu 27 lutego 2017r.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności odrzucenia swojej oferty. zamawiającemu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy przez jego bezpodstawne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego z uwagi bezpodstawny zarzut, iż wadium odwołującego zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, niezgodnie z postanowieniami siwz, w sytuacji, gdy wadium odwołującego zostało sporządzone i wniesione zgodnie z wszystkimi wymaganiami ustawy oraz siwz,
2. Punktu 17.4 siwz przez jego bezpodstawne zastosowanie do oceny treści gwarancji wadialnej w sytuacji gdy przedmiotowy punkt siwz dotyczył wymogów stawianych gwarancji należytego zabezpieczenia wykonania umowy,
3. Punktu 10.3 podpunkt 2) siwz polegających na zastosowaniu postanowienia siwz do oceny treści gwarancji wadialnej,
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 Nr 153, poz. 1503 j.t.) poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Wykonawcy, którego wadium spełniało warunki określone w siwz oraz w ustawie.

Wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia czynności badania i oceny oferty odwołującego,
- 3) nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż w przypadku uwzględnienia przedstawionej przez odwołującego argumentacji i żądań, odwołujący będzie brał dalszy udział w postępowaniu, a jego oferta zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w siwz winna otrzymać maksymalną liczbę punktów, a tym samym winna ona być wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, a w konsekwencji Odwołujący powinien podpisać z zamawiającym umowę i realizować przedmiot zamówienia.

Odwołujący uznał, że ze stanowiskiem zamawiającego nie sposób się w żadnym względzie zgodzić. Wskazał, iż zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego powołał się punkt 17.4 siwz - to jest nieodnoszącą się do wymogów stawianym dokumentom wadialnym treść postanowień siwz, zamiast zastosować postanowienia punktu 10.2 podpunkt 2) siwz. Zgodnie bowiem z punktem 10.2 podpunkt 2) siwz:

„Gwarancja (poręczenie) nie może zawierać zastrzeżenia gwaranta (poręczyciela), że pisemne żądanie zapłaty musi być przedstawione za pośrednictwem Banku prowadzącego rachunek zamawiającego, w celu potwierdzenia, że podpisy złożone na pisemnym żądaniu

należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu zamawiającego

Jako dowód powołał treść siwz i treść ogłoszenia o zamówieniu opublikowana w BZP

Natomiast w piśmie o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający wskazał, iż złożona gwarancja wadialna jest niezgodna, gdyż:

„Gwarancja (poręczenie) nie może zawierać zastrzeżenia gwaranta (poręczyciela), że pisemne żądanie zapłaty musi być przedstawione za pośrednictwem Banku prowadzącego rachunek zamawiającego lub potwierdzone przez notariusza, w celu potwierdzenia, że podpisy złożone na pisemnym żądaniu należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu zamawiającego

Tym samym też zamawiający dokonując odrzucenia oferty odwołującego, ocenił treść gwarancji wadialnej w oparciu o inną - nieodnoszącą się do wymogów stawianym wadium - treść siwz, co nie powinno w żadnym względzie mieć miejsca. Przedmiotowe naruszenie dokonane przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie tak postanowień siwz, jak i ustawy, w wyniku czego doszło do bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego. W ocenie odwołującego już powyższa okoliczność winna skutkować uwzględnieniem odwołania i unieważnieniem czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Wskazał, iż zacytowany przez zamawiającego w piśmie z dnia 22.02.2017 r. wymóg dotyczący gwarancji funkcjonował w treści siwz, jednakże odnosił się on tylko i wyłącznie do wymogów jakie zamawiający stawiał dokumentowi - gwarancji składanej przez wykonawców w celu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, co wynikało punktu 17.4 siwz. W ocenie odwołującego zamawiający w żadnym względzie nie był uprawniony do powoływania się na wymogi określone w punkcie 17.4 siwz odnoszących się do zabezpieczenia należytego wykonania umowy do wymogów stawianych dokumentom mającym potwierdzać należyte i skuteczne wniesienie wadium. Odwołujący wskazuje na szerokie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, które potwierdza, że zamawiający nie jest uprawniony do dowolnej interpretacji zapisów siwz. I tak należy wskazać na wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 5 października 2009 r., sygn. akt IX Ca 661/09.

Odwołujący nie ma wątpliwości, że wymóg określony w punkcie 10.2 ppkt 2) SWIZ stanowił odrębny wymóg do tego, który został określony w punkcie 17,4 siwz.

Powyższe stanowisko jest zgodnie prezentowane zarówno przez doktrynę jak i orzecznictwo np. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski: Prawo zamówień publicznych; Komentarz, Warszawa (2007), str. 174-175, wyrok ZA z dnia 8 marca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-394/05, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 15 stycznia 2007 roku, sygn. akt UZP/ZO/0-10/07, wyrok z dnia 6 lipca 2009, sygn. akt: KIO/UZP 770/09, wyrok z dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 405/10, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 roku sygn. akt XIX Ga 80/07.

W świetle powyższego odwołujący stwierdził, że zamawiający w sposób bezpodstawny i nieuprawniony zastosował art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy odrzucając ofertę odwołującego.

Odwołujący przeprowadził analizę treści przedłożonej przez niego gwarancji ubezpieczeniowej z wymogami określonymi w siwz w brzmieniu nadanym zgodnie z punktem 10.2 podpunkt 2) siwz. Wskazał, iż postanowienie punktu 10.2 ppkt 2) siwz jako nie znajdujące oparcia w przepisach ustawy odnośnie szczegółowych wymagań stawianych dokumentom wadium, a które zostało wyrażone przez zamawiającego jedynie w siwz, może zostać zakwalifikowane najwyżej jako instrukcyjne, a nie bezwzględnie obowiązujące, a tym samym nie mogłoby stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Zgodnie bowiem z niekwestionowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej dodatkowe wymagania zamawiającego, stawiane w treści siwz, odnośnie sposobu wnoszenia wadium, jego deponowania i dostarczania, treści dokumentów wadialnych etc., nie wywierają żadnych skutków prawnych, w szczególności nie wpływają na ocenę ważności i skuteczności wniesionego przez wykonawcę wadium. Brak bowiem podstaw prawnych do egzekwowania wymagań siwz odnoszących się do wadium, a nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tak Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2013 r. KIO 2033/13, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2013 r. KIO 1312/13, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2012 r. KIO 1645/12, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2011 r. KIO 810/11. Niezależnie od instrukcyjnych wymogów zawartych w treści siwz odnoszących się do treści gwarancji wadialnej, w ocenie odwołującego gwarancja ubezpieczeniowa przedłożona przez odwołującego spełniała wszystkie warunki siwz. I tak zgodnie z punktem 5 ppkt. 1) ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej nr 908207312015/GD/GP/48/2015/2017 wypłata z tytułu Gwarancji miała nastąpić po doręczeniu: Oryginału wezwania do zapłaty, zawierającego kwotę roszczenia i oświadczenie wskazujące okoliczność spośród wymienionych w ust 4 stanowiącą podstawę roszczenia Beneficjenta, podpisanego przez osoby właściwie umocowane do działania w imieniu Beneficjenta, których podpisy na wezwaniu zostały poświadczone notarialnie lub przez bank prowadzący rachunek Beneficjenta. Należy wskazać, iż wprowadzony w treści gwarancji wymóg poświadczenia podpisu beneficjenta na wezwaniu do zapłaty w żadnym względzie nie stał w sprzeczności z zakazem zawartym w siwz (mającym do tego charakter instrukcyjny) że gwarancja nie może zawierać zastrzeżenia gwaranta (poręczyciela), iż pisemne żądanie zapłaty musi być przedstawione za pośrednictwem Banku prowadzącego rachunek zamawiającego. w celu potwierdzenia, że podpisy złożone na pisemnym żądaniu należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu zamawiającego. Wskazał bowiem, iż zawarty w treści złożonej gwarancji ubezpieczeniowej wymóg odnosił się tylko i wyłącznie do poświadczenia podpisów zawartych na wezwaniu do zapłaty przez notariusza lub przez bank

prowadzący rachunek beneficjenta. Gwarancja wadialna nie wprowadzała natomiast wymogu przedstawienia żądania za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek zamawiającego. Odwołujący stwierdził należy, iż zupełnie czym innym jest poświadczenie podpisu na wezwaniu przez bank prowadzący rachunek zamawiającego, a czym innym przedstawienie żądania za pośrednictwem Banku prowadzącego rachunek zamawiającego. Podkreślił, iż gwarancja ubezpieczeniowa była w pełni zgodna z instrukcyjnym wymogiem wskazanym w punkcie 10.2 ppkt 2) siwz. Co więcej, nawet gdyby zamawiający interpretował ten wymóg w sposób odmienny i w dalszym ciągu kwestionował wymóg poświadczenia podpisu na wezwaniu przez bank prowadzący rachunek beneficjenta, do czego jak już zostało wykazane nie miał prawa, to i tak gwarancja wadialna złożona przez odwołującego byłaby w dalszym ciągu ważna i wystawiona zgodnie z siwz. Wynika to z faktu, iż podpis na wezwaniu do zapłaty mógł być alternatywnie poświadczony przez bank lub przez notariusza. Tym samym w ocenie odwołującego zamawiający nie miał jakichkolwiek przesłanek do zakwestionowania złożonego dokumentu wadialnego i uznania, iż nie ma on charakteru bezwarunkowego.

Odwołujący podkreślił, iż Gwarancja jest bezwarunkowa, gdy zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji, a gwarant nie może badać podstaw, tj. zasadności takiego żądania i jest zobowiązany dokonać zapłaty jedynie w oparciu o oświadczenie zamawiającego, iż zaistniały okoliczności uzasadniające taką wypłatę (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2011 r. KIO 1110/11, wyrok z dnia 24 września 2010 r. KIO/UZP 1940/10, wyrok z 11 lutego 2009r. (KIO/UZP 1867/09), wyrok KIO z 6 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1545/10, wyrok Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej z 10 września 2009 r., sygn. akt II Ca 404/09 W świetle odwołujący stwierdził, że dokument wadialny - ubezpieczeniowa gwarancja przetargowa nr 908207312015/GD/GP/48/2015/2017 nie miała charakteru warunkowego, w pełni zabezpieczała interes zamawiającego gwarantując wypłatę wadium przez gwaranta w przypadku zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium określonych w ustawie oraz była w pełni zgodna z postanowieniami siwz, a tym samym nie było jakichkolwiek podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej, odwołujący wskazał, że treść dokumentu wadialnego nie powinna być oceniana pod kątem ewentualnej niezgodności z treścią siwz, na co zwróciła przed nowelizacją ustawy Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 maja 2011 r. KIO 881/11, w którym stwierdziła, że wadium (czy raczej dokument potwierdzający/stanowiący wadium w formie innej niż pieniężna) nie jest częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy w przeciwieństwie do wszelkich doprecyzowujących to oświadczenie dokumentów i informacji, co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania, będącego przedmiotem zamówienia. Tym samym brak możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w stosunku do oferty zabezpieczonej

wadium niezgodnym z wymaganiami siwz. W świetle powyższego, w ocenie odwołującego po nowelizacji przepisów i wprowadzeniu do ustawy art. 89 ust. 1 pkt 7a) zamawiający również nie miał jakichkolwiek podstaw do oceny treści gwarancji wadium z treścią postanowień siwz, gdyż dokument wadium powinien odpowiadać jedynie wymogom określonym w ustawie. Przesłanka odrzucenia oferty w związku z wniesieniem wadium w sposób nieprawidłowy (ustawy art. 89 ust. 1 pkt 7a) nie dotyczy bowiem stanu faktycznego zaistniałego w niniejszej sprawie.

W konsekwencji rażącego naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w punkcie 1 i 2 petitum odwołania, zamawiający również dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 Nr 153, poz. 1503 j.t.).

Zdaniem odwołującego nie budzi wątpliwości, że zamawiający obowiązany jest przestrzegać przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które definiują czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami w sytuacji jeżeli zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1). W art. 15 ust. 2 tej ustawy przykładowo wskazano czyny nieuczciwej konkurencji, w tym również utrudnianie dostępu do rynku. Odrzucenie oferty odwołującego ewidentnie stanowi utrudnianie dostępu do rynku. Zamawiający, nie stosując się do obowiązujących go przepisów ustawy w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uniemożliwił odwołującemu - profesjonalnemu podmiotowi zdolnemu do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, którego oferta była w pełni zgodna ze siwz i cenami rynkowymi - podjęcia się realizacji zamówienia.

Zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców jest również w istocie podstawą wspólnotowego prawa zamówień publicznych, i to nie tylko w ujęciu krajowym, ale także w wymiarze unijnym.

Zamawiający w dniu 28 lutego 2017r. poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28 lutego 2017r. drogą elektroniczną swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. J. Zajączka 9, który wskazał, że obecnie zajmuje trzecią pozycję w rankingu ofert, ale gdyby została utrzymana w mocy czynność zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego, to znalazłby się na miejscu drugim w rankingu ofert i przy założeniu, że firma Trakcja PRKiL nie podpisałaby umowy uzyskałby zamówienie. Ponadto jego interes wyraża się także z chęci zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania. Odwołanie zostało opatrzone podpisem elektronicznym pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 stycznia 2017r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS.

Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 28 lutego 2017r.

W dniu 3 marca 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Trakcja PRKiL Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wskazując, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą, a uwzględnienie odwołania spowodowałoby utratę możliwości uzyskania zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Zgłoszenie zostało podpisane przez wiceprezesa zarządu i prokurenta, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 3 marca 2017r.

W dniu 6 marca 2017r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający wskazał na treść rozdziału 10 ust. 3 pkt. 2 siwz i zacytował ją. Wskazał na podstawy odrzucenia oferty odwołującego podane w informacji o wyniku postępowania. Podkreślił, że wymóg poświadczenia podpisów przez notariusza lub za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek zamawiającego, zawarty w treści gwarancji jest warunkiem, a wymagał złożenia gwarancji bezwarunkowej. Wskazał na treść art. 70(4) §1 kc oraz na funkcję gwarancyjną wadium. Powołał się na orzeczenie Izby z dnia 13 stycznia 2016r. sygn.. akt KIO 2847/15. Podkreślił, że kwestionowane postanowienie gwarancji nakłada na zamawiającego dodatkowe obciążenia finansowe maksymalnie w wysokości 30 zł za poświadczenie jednego podpisu. W jego ocenie poniesienie tych kosztów obniżałoby wartość sumy gwarancyjnej, jaką rzeczywiście by otrzymał. Wskazał na wyrok z dnia 27 grudnia 2016r. sygn.. akt KIO 2332/16. Stwierdził, że zaakceptowanie przedstawionej przez odwołującego gwarancji prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i ograniczało zamawiającego w możliwości uzyskania zabezpieczenia interesów zamawiającego. Podkreślił, iż wyraźnie w treści siwz nie godził się na wymóg poświadczenia podpisów. Odwołujący nie kwestionował postanowień siwz, co potwierdził w treści swojej oferty. Dla zamawiającego złożenie gwarancji zawierającej klauzule identyfikacyjne jest wyrazem braku należytej staranności. W tym miejscu zamawiający odwołał się do wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006r. sygn.. akt I ACa 1018/05, a także wyroku Kio sygn.. akt KIO 673. Wskazał także na fakt, że składane mu gwarancje nie zawierają klauzul identyfikacyjnych są zatem możliwe do pozyskania i postawienie takiego wymogu w siwz nie prowadzi do naruszenia zasad równego traktowania siwz.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz oraz oferty odwołującego, a także dowodów załączonych przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie.

W sekcji IV.1.2 pkt. 3 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale 10 pkt. 3 ppkt. 2 siwz znajduje się wymóg zamawiającego o treści „Z treści gwarancji winno wynikać bezwarunkowe zobowiązanie Gwaranta (poręczyciela) do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego. Gwarancja (poręczenie) nie może zawierać zastrzeżenia gwaranta (poręczyciela), że pisemne żądanie zapłaty musi być przedstawione za pośrednictwem Banku prowadzącego rachunek Zamawiającego, w celu potwierdzenia, że podpisy złożone na pisemnym żądaniu należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu zamawiającego”. W rozdz.17 Wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy w pkt. 4 znajduje się wymaganie o treści „Z treści gwarancji winno wynikać bezwarunkowe zobowiązanie Gwaranta (poręczyciela) do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty zabezpieczenia, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie do 30 dni od daty otrzymania wezwania. Gwarancja (poręczenie) nie może zawierać zastrzeżenia gwaranta (poręczyciela), że pisemne żądanie zapłaty musi być przedstawione za pośrednictwem Banku prowadzącego rachunek Zamawiającego lub potwierdzone przez notariusza, w celu potwierdzenia, że podpisy złożone na pisemnym żądaniu należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Zamawiającego”

Na dwóch ostatnich stronach oferty odwołującego znajduje się gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona przez firmę TUIR WARTA SA, gdzie w pkt. 5 ppkt. 1) znajduje się postanowienie, że wypłata z tytułu gwarancji nastąpi w ciągu 30 dni od daty doręczenia gwarantowi, w terminie ważności gwarancji oryginału wezwania do zapłaty, zawierającego kwotę roszczenia i oświadczenie wskazujące na okoliczność spośród wymienianych w ust. 4, stanowiącą podstawę roszczenia beneficjenta, podpisanego przez osoby właściwie umocowane do działania w imieniu beneficjenta, których podpisy na wezwaniu zostały poświadczony notarialnie lub przez bank prowadzący rachunek beneficjenta.

Z korespondencji elektronicznej zamawiającego i Banku Milenium wynika, że poświadczenie podpisów z kartą wzorów podpisów wynosi 30zł., zaś z korespondencji zamawiającego z Joanną Ptak z Kancelarii Notarialnej wynika, że poświadczenie własnoręczności podpisu jednej osoby na dokumencie nie mających charakteru majątkowego wynosi 24,60zł.

Z taksy notarialnej wynika, że koszt poświadczenia własnoręczności podpisu na dokumencie niemajątkowym wynosi 20zł.

Z gwarancji bankowej nr 54345354747 (oferta Skanska) wynika, że pisemne żądanie zapłaty wraz z oświadczeniem powinno zostać podpisane przez osoby upoważnione.

Z gwarancji nr GW/000389/17 (oferta Eurovia) wynika, że pisemne żądanie wypłaty od Beneficjenta, zawierające oświadczenie i wskazujące kwotę żądanej wypłaty w walucie, w której została wystawiona gwarancja musi zostać doręczone Bankowi w terminie obowiązywania niniejszej gwarancji za pośrednictwem banku Beneficjenta gwarancji kurierem, listem poleconym lub w formie tekstowanego komunikatu SWIFT wraz z potwierdzeniem banku Beneficjenta, że żądanie wypłaty wraz z tym oświadczeniem zostało podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń wiążących Beneficjenta. W przypadku przesłania żądania w formie tekstowanego komunikatu przekazanego za pośrednictwem systemu SWIF bank Beneficjenta gwarancji powinien dodatkowo potwierdzić w komunikacie, że przesłany komunikat dokładnie oddaje treść żądania zapłaty, a oryginalne żądanie zapłaty zostało przesłane na adres Banku. Oferta wykonawcy została odrzucona.

Z gwarancji ubezpieczeniowej nr 02GG03/0409/1/0007 (oferta MTM) wynika, że żądanie zapłaty powinno być podpisane przez beneficjenta gwarancji lub osoby przez niego umocowane, ze wskazaniem podstawy umocowania..

Z gwarancji nr RW/GW/45/225/4347/2017 (oferta Trakcja) wynika, że gwarant wypłaci należną kwotę (...) od daty otrzymania od Beneficjenta pisemnego żądania zapłaty z niniejszej gwarancji, podpisanego przez osoby właściwie umocowane do reprezentowania beneficjenta, zawierającego oświadczenie wskazujące okoliczność/okoliczności, spośród wymienionych w ust. 3, stanowiące podstawę złożenia żądania zapłaty. Do pisemnego żądania zapłaty należy dołączyć poświadczoną za zgodność z oryginałem przez osoby umocowane do reprezentowania beneficjenta kopię dokumentu, z którego wynika umocowanie osób, które podpisały to żądanie.

Z gwarancji nr SLG41921IN17 (oferta Strabag) wynika, że pisemne żądanie zapłaty miało być podpisane osoby uprawnione do reprezentowania beneficjenta, które powinno być przedstawione w oryginale najpóźniej w ostatnim dniu ważności gwarancji.

Izba oceniła, że zgromadzony materiał dowodowy jest wiarygodny, kompletny. Izba na jego podstawie ustaliła, że wymogi dla formy wadium i formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy był odmiennie w swej treści, dla wadium zamawiający zabronił posługiwania się wymogiem złożenia pisemnego żądania zapłaty, które musi być przedstawione za pośrednictwem Banku prowadzącego rachunek Zamawiającego, w celu potwierdzenia, że podpisy złożone na pisemnym żądaniu należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu zamawiającego, zaś przy zabezpieczeniu należytego wykonania umowy zamawiający zakazał zastrzeżenia gwaranta (poręczyciela), że pisemne żądanie zapłaty musi być przedstawione za pośrednictwem Banku prowadzącego rachunek Zamawiającego lub potwierdzone przez notariusza, w celu potwierdzenia, że podpisy złożone na pisemnym żądaniu należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Zamawiającego. Tym samym zakaz

wynikający z rozdziału 17 siwz był szerszy o poświadczenia notarialne i w obu przypadkach zamawiający zakazywał pośrednictwa banku przy kierowaniu wezwania do zapłaty. Izba ustaliła, że zamawiający nie zakazywał wprowadzania wymogu poświadczania podpisu przez bank zamawiającego, a dla wadium także poświadczania podpisu przez notariusza. Z materiału dowodowego wynika, że zamawiający nie kwestionował wymogów gwarancji wadialnych dotyczących złożenia pisemnego żądania zapłaty przez osoby umocowane przez niego do reprezentowania, nie negował także żądania dołączania dokumentów, z których umocowanie wynika, lub składania w tym zakresie oświadczeń.

Izba oceniając fakty przez Izbę ustalone w zakresie wzięła pod uwagę ramy prawne zarzutów i stwierdziła, że w dacie ogłoszenia postępowania obowiązywały przepisy po wejściu w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020). Tym samym zastosowanie będą mieć następujące przepisy:

- art. 7 ust. 1 ustawy, zgodnie którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości
- art. 7 ust. 3 ustawy, na podstawie którego zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy
- art. 89 ust. 1 ustawy, gdzie zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:
 - 7b) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium
- art. 3 ust. 1 uznk, gdzie czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
- art. 15 ust. 1 pkt. 1 uznk w myśl którego czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Zgodnie z art. 96 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (Dz.U.2016.1796 j.t. ze zm. poz.1948) notariusz poświadcza:

- 1) własnoręczność podpisu;
- 2) zgodność odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem;
- 3) datę okazania dokumentu;
- 4) pozostawanie osoby przy życiu lub w określonym miejscu.

Z § 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 lutego 2007 r. w sprawie sporządzania niektórych poświadczeń przez organy samorządu terytorialnego i banki (Dz. U. z dnia 20 lutego 2007 r.) wynika, że w miejscowościach, w których nie ma kancelarii notarialnej, do poświadczania własnoręczności podpisu są upoważnieni:

- 1) wójt (burmistrz, prezydent miasta):

a) na pismach upoważniających do odbioru przesyłek i sum pieniężnych oraz odbioru dokumentów z urzędów i instytucji,

b) na oświadczeniach stwierdzających stan rodzinny i majątkowy składającego oświadczenie;

2) banki - na pismach upoważniających do odbioru pieniędzy lub innych przedmiotów z tych banków.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie wystąpiły przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby koniecznością odrzucenia odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy przez jego bezpodstawne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego z uwagi bezpodstawny zarzut, iż wadium odwołującego zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, niezgodnie z postanowieniami siwz, w sytuacji, gdy wadium odwołującego zostało sporządzone i wniesione zgodnie z wszystkimi wymaganiami ustawy oraz siwz, W związku z zarzutem naruszenia przez zamawiającego punktu 17.4 siwz przez jego bezpodstawne zastosowanie do oceny treści gwarancji wadialnej w sytuacji gdy przedmiotowy punkt siwz dotyczył wymogów stawianych gwarancji należytego zabezpieczenia wykonania umowy i punktu 10.3 podpunkt 2) siwz polegających na zastosowaniu postanowienia siwz do oceny treści gwarancji wadialnej

Zarzut potwierdził się. Jak wynika z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego zamawiający nie zakazał wprowadzenia do treści gwarancji ubezpieczeniowej czy gwarancji bankowej klauzuli, aby pisemne żądania zapłaty wadium było podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania zamawiającego i aby własnoręczność podpisu tych osób była poświadczona przez notariusza lub bank. W ocenie Izby zakaz wprowadzania wymogów dotyczących sposobu przedstawienia żądania zapłaty wadium nie wynika z przepisów ustawy, jednak Izba nie widzi przeszkód w tym, aby zamawiający stawiał dodatkowe wymagania dotyczące sposobu przedstawienia żądania zapłaty, które ułatwią mu dochodzenie roszczenia z wypłaty wadium i oczywiście nie naruszają generalnej zasady jaką jest zasada równego traktowania wykonawców. Jednak w przypadku, gdy zamawiający

ogranicza wykonawcom swobodę dostępu do dowolnie wybranego produktu rynkowego gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej oczekując, że wykonawca wybierze podmiot, który nie będzie w sposób szczególny weryfikował tożsamości osób kierujących do niego wezwania do wypłaty wadium, to swoje oczekiwania w tym zakresie powinien w ocenie Izby przedstawić w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Tak, aby nie powstały wątpliwości, w jaki sposób będzie traktował konkretne postanowienia umowne. Izba nie oczekuje, że zamawiający będzie specyfikować wszystkie znane na rynku klauzule dotyczące sposobu sporządzania żądań wypłaty wadium, ale zamawiający powinien był wskazać, że nie chce, aby sporządzenie pisemnego żądania wymagało udziału podmiotów trzecich, czy to przez ich udział w czynności notarialnej czy bankowej, czy też przez podjęcie się roli pośrednika czy posłańca w kontraktach z gwarantem. Z tak sporządzoną treścią siwz wykonawcy mieliby możliwość polemizować uznając, że określone wymogi naruszają równe traktowanie wykonawców (zapytania do treści siwz, czy poinformowanie o niezgodnej z ustawą czynności zamawiającego), albo poszukiwać odpowiedniego wystawcy gwarancji odpowiadającego wymaganiu zamawiającego. Jednak na gruncie niniejszej sprawy treść ogłoszenia i siwz nie jest jednoznaczna i nie wynika z niej w sposób niebudzący wątpliwości, że zamawiający nie chciał sporządzać żądania zapłaty wadium przy udziale osób trzecich w ogóle. Z treści siwz wynika jedynie, że nie życzył sobie obowiązku składania żądania za pośrednictwem swojego banku, w celu weryfikacji podpisów. Tym samym siwz wskazywało na konkretny zakaz zamawiającego, który nie został zawarty w treści gwarancji przedłożonej przez odwołującego. Zamawiający nie może obecnie interpretować postawionego wymogu szerzej niż wynika to z jego treści odwołując się do pojęcia bezwarunkowości. W ocenie Izby wymóg poświadczenia podpisu na żądaniu zapłaty nie jest warunkiem w rozumieniu art. 89 kc, gdyż w świetle tegoż przepisu warunek to zdarzenie przyszłe i niepewne, zaś forma pisemna z podpisami notarialnie poświadczonymi to szczególna forma czynności prawnej art. 73§ 2 kc, art. 75¹ kc, czy art. 79 kc. W ocenie Izby trudno jest przyjąć za zdarzenie niepewne wykonanie czynności poświadczenia własnoręcznego podpisu przez notariusza, czy bank skoro obowiązek dokonywania przez te podmioty takich czynności wynika z przepisów ustawy. W konsekwencji Izba podzieliła w pełni i uznała za własne orzeczenia Izby przytoczone przez odwołującego na str. 8 jego odwołania. Co do kosztu sporządzenia tych czynności i jego wpływu na wysokość wadium, to w ocenie Izby rację należy przyznać zamawiającemu, że jedynie forma gotówkowa nie generuje dodatkowych kosztów. Inne formy w ocenie Izby związane z kierowaniem żądania zapłaty jakieś koszty generować będą, czy to koszty przesłania, czy koszty uzyskania odpisu z KRS, dla wykazania umocowania osób podpisujących żądanie, czy koszty opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw, jeśli umocowanie osoby podpisującej nie wynika z dokumentów rejestrowych. To, że pomiędzy wadium w formie gotówkowej i innymi formami zachodzą różnice, jak choćby

termin uzyskania wadium przez zamawiającego, przy gotówce zamawiający otrzyma wypłatę wadium praktycznie tego samego dnia realizując przelew, czy podejmując gotówkę z banku, natomiast przy gwarancjach czy poręczeniach musi oczekiwać na realizację wypłaty najczęściej od 14 do 30 dni, wykonawca przy gotówce najczęściej nie ponosi kosztów przekazania, a za gwarancję czy poręczenie musi zapłacić. Mimo tych różnic ustawodawca postawił te formy na równi i nie przewidział obostrzeń dla formy innej niż gotówka. Tym samym w ocenie Izby fakt, że zamawiający będzie musiał ponieść koszt przygotowania wezwania do zapłaty wadium w formie wynikającej z gwarancji wadialnej, w ocenie Izby nie powoduje, że zamawiający nie otrzyma wypłaty pełnej kwoty wadium. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stanęła na stanowisku, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy przez przyjęcie, że wadium odwołującego zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 Nr 153, poz. 1503 j.t.) przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Wykonawcy, którego wadium spełniało warunki określone w siwz oraz w ustawie.

Zarzut potwierdził się w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Natomiast Izba nie jest organem upoważnionym do stwierdzania czy czynności zamawiającego stanowią czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż art. 180 ust. 1 ustawy ogranicza kognicję Izby do przepisów tej ustawy, a Izba może badać prawidłowość zastosowania przepisów innych ustaw, tylko, gdy ustawodawca zawarł w ustawie bezpośrednie odesłanie do nich tak jak przykładowo w art. 8 ust.3, art. 14, art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 139 ustawy. Poddać należy także w wątpliwość, czy zamawiający może być podmiotem czynu nieuczciwej konkurencji w sytuacji, gdy realizuje zadania własne jako jednostka samorządu terytorialnego, jak również, czy działa na tym samym rynku, co wykonawcy biorący udział w niniejszym postępowaniu, tak aby możliwa była ocena utrudniania dostępu do rynku. Natomiast Izba podzieliła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, gdyż skoro zamawiający nie dopuścił do oceny ofert ofertę niepodlegającą odrzuceniu, to nierówno potraktował odwołującego, a w konsekwencji dokonany wybór oferty najkorzystniejszej nie był wyborem dokonany zgodnie z przepisami ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. ai b i § 5 ust. 2 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. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów związanych z wniesionym wpisem oraz kosztami zastępstwa prawnego i dojazdem, zgodnie ze złożonymi fakturami VAT, z ograniczeniem w zakresie zastępstwa prawnego do kwoty maksymalnej dopuszczonej przez rozporządzenie.

Przewodniczący: