

Sygn. akt: KIO 464/18

WYROK
z dnia 27 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, D.B.-S.prowadząca działalność gospodarczą pod firmą D.B.-S.Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „PIROMOR” oraz H.M., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.H.Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „PIROMOR” s.c.,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Poleko Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, W.S.prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PC DIVERS W.S.,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 855 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset pięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) 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

Zamawiający – Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usunięcie obiektów podwodnych znajdujących się na dnie Martwej Wisły w Gdańsku w ramach projektu pn. „Modernizacja wejścia do portu wewnętrznego (w Gdańsku). Etap IIIA”*.

W dniu 12 marca 2018 r. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o., D.B.-S.prowadząca działalność gospodarczą pod firmą D.B.-S.Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „PIROMOR” oraz H.M., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.H.Przedsiębiorstwo Usług Specjalistycznych „PIROMOR” s.c. wniosło odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum: Poleko Budownictwo Sp. z o.o., PC DIVERS W.S.oraz zaniechania odrzucenia oferty tego Konsorcjum. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 89 ust. 1 pkt 7b, a z ostrożności – art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Poleko z postępowania

Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem V.1.2.b SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy legitymują się odpowiednim doświadczeniem, polegającym na wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie – jednej usługi polegającej na usuwaniu obiektów podwodnych o wartości co najmniej 100.000,00 zł brutto. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku Konsorcjum Poleko przedstawiło następujące dokumenty:

- wykaz wykonanych robót, polegających na usunięciu wraków „HORDAFOR V” oraz usunięcie zatopionego doku suchego „DOCK No. 1” w Stoczni Remontowa NAUTA S.A., Gdynia, Polska, zgodnie z protokołem robót z dnia 28.07.2017 r., wartość usługi 29.000 EURO, nabywca usługi SMIT SALVAGE B.V., Holandia,
- protokół z wykonania prac, spisany w dniu 28.07.2017 r. wraz z tłumaczeniem na język polski (bez poświadczenia za zgodność z tłumaczeniem w treści dokumentu),
- zezwolenie nr PM-755-53-0617 na wykonywanie prac podwodnych na obszarach morskich z dnia 04.07.2017 r., wydane przez Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni dla PC DIVERS W.S..

Zdaniem Odwołującego żaden z powyższych dokumentów nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, jaki był faktyczny zakres czynności wykonywanych przez PC DIVERS W.S. w ramach operacji usunięcia wraków tankowca „HORDAFOR V” i pływającego doku suchego „DOCK nr 1” w Stoczni Remontowej NAUTA S.A. w Gdyni. W ocenie Odwołującego poważne wątpliwości wzbudza już sama treść załączonego referencji, z których wynika raczej, że udział PC DIVERS w operacji usuwania wraku chemikaliowca oraz suchego doku sprowadzał się wyłącznie do czynności polegających na nurkowaniu i zapewnieniu bezpieczeństwa podczas operacji ratowniczych. Treść referencji należy zdaniem Odwołującego odczytywać w następujący sposób: wskazanie zakresu czynności, tj. nurkowanie i zapewnienie bezpieczeństwa podczas operacji ratowniczych, w dalszej kolejności przywołanie nazwy całego przedsięwzięcia, w ramach którego ww. usługi nurkowe były wykonywane i wreszcie wyszczególnienie listy nurków. Ponadto Odwołujący podniósł, że wartość usługi jest niewspółmiernie niska do skali przedsięwzięcia polegającego na podnoszeniu zatopionego doku i statku o rozmiarach zatopionego w kwietniu 2017 r. chemikaliowca „HORDAFOR V”, co tym samym czyni wysoce prawdopodobną tezę, że rzeczywisty udział usługodawcy PC DIVERS w skomplikowanym zadaniu, jakim była realizowana przez Konsorcjum firm holenderskich na rzecz Stoczni Remontowej NAUTA S.A., operacja podniesienia zarówno statku, jak również doku pływającego, sprowadzał się wyłącznie do asysty nurkowej i zapewnienia bezpieczeństwa podczas operacji ratowniczych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z kontraktem zawartym przez Stocznnię Remontową NAUTA S.A., zadanie polegające na podniesieniu zatopionego chemikaliowca „HORDAFOR V” i pływającego doku suchego „DOCK nr 1” w Stoczni Remontowej NAUTA S.A. w Gdyni, zostało powierzone renomowanym firmom holenderskim, tj. konsorcjum SMIT SALVAGE BV I MULTRASHIP SALVAGE BV. Holendrzy zobowiązali się zrealizować skomplikowane przedsięwzięcie w ciągu jednego miesiąca, zatopiony statek oraz suchy dok zostały podniesione przy zastosowaniu spektakularnej metody odzyskiwania pływalności poprzez opróżnianie i napełnianie zbiorników statku (istotna była sekwencja czynności opróżniania i napełniania zbiorników, która doprowadziła do wyprostowania i przywrócenia pływalności statku), przy czym szczegóły operacji nie były ujawniane ze względu na objęcie ich klauzulą poufności. Holendrzy zastrzegli sobie w kontrakcie, że nie będzie możliwości wykonywania zdjęć i filmów z wykonywanej operacji podnoszenia statku, w żadnym z artykułów prasowych na temat głośnej sprawy podnoszenia zatopionego statku „Hordafor V” nie zamieszczono informacji o udziale polskiego przedsiębiorcy w operacji usuwania wraku. Na dowód Odwołujący załączył kopie artykułów i informacji prasowych.

Zdaniem Odwołującego, z całokształtu przytoczonych powyżej faktów wynika, że prace polegające na wyprostowaniu i podniesieniu zatopionego chemikaliowca i suchego

doku, wykonywane były w szczególnej i niepowtarzalnej technologii, przez konsorcjum firm holenderskich dysponujących w tym zakresie unikatową wiedzą, co do której podjęto skuteczne działania mające na celu nieujawnianie jej wobec osób trzecich (w tym wobec firm konkurencyjnych). Odwołujący nie dysponuje wprawdzie wiedzą na temat kosztów całego przedsięwzięcia, tym niemniej, opierając się wyłącznie na zasadach doświadczenia życiowego oraz prawdopodobieństwa, należy stwierdzić, że faktyczny udział PC DIVERS w operacji usuwania wraku był znikomy (polegał wyłącznie na zabezpieczeniu asysty nurkowej, a nie na faktycznym usuwaniu wraku) na co wskazuje choćby wykazywana powyżej rażąca dysproporcja pomiędzy wartością usługi nurkowej zrealizowanej przez tego wykonawcę, a skalą całego przedsięwzięcia.

Odwołujący podniósł, że mając na uwadze powyższe wątpliwości, Zamawiający celem dopełnienia należytej staranności w zakresie czynności badania i oceny ofert, zobligowany był do wezwania Konsorcjum Poleko w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących faktycznego udziału PC DIVERS w realizacji zadania. Wskazał, że dyrektywa postępowania wynikająca z naczelnych zasad udzielenia zamówień, takich jak zasada równego traktowania wykonawców, niedyskryminacji oraz przejrzystości, wymaga od Zamawiającego podejmowania czynności w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy zawsze wtedy, gdy złożone przez wykonawcę dokumenty lub oświadczenia, wzbudzają wątpliwości oraz, gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zamawiający nie może zastępować się zasadą zaufania do oświadczeń przedkładanych przez wykonawców oraz brakiem normatywnych wymogów co do treści referencji, ponieważ jest zobowiązany do rzetelnej i wnikliwej weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu wobec wszystkich wykonawców na zasadach równości. W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający już z racji pełnionych obowiązków jako terenowy organ administracji morskiej, powinien z urzędu powziąć wątpliwości na temat rzeczywistego zakresu usługi nurkowej wykonywanej przez przedsiębiorcę PC DIVERS i w konsekwencji wszcząć stosowne postępowania mające na celu sprawdzenie, czy wykonawca w posiada niezbędne doświadczenie pozwalające mu na należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z aktualnie prezentowaną linią orzecznictwem, nie można udostępnić zdolności zawodowych w postaci nabytego doświadczenia i wiedzy, w zakresie wykraczającym poza faktycznie wykonane prace. Powyższa zasada ugruntowała się wprawdzie na płaszczyźnie badania doświadczenia nabytego w ramach konsorcjum wykonawców realizujących wspólne przedsięwzięcie gospodarcze (wyrok 26 maja 2017 r. KIO 905/15, 925/17, KIO 933/17), jednakże wynika z niej również ogólna dyrektywa nakazująca Zamawiającemu badanie, czy podmiot powołujący się na określone

doświadczenie nabyte w trakcie realizacji kontraktu, faktycznie i konkretnie uczestniczył w jego realizacji. Odwołujący powołał się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-387/14 (Esaprojekt) i wskazał, że podobnie jak członek konsorcjum, który nie może powoływać się na doświadczenie wykraczające poza zakres jego faktycznego i konkretnego udziału w realizacji zadania, tak i (a nawet tym bardziej, wobec braku ponoszenia solidarnej odpowiedzialności za realizację całego zadania) podwykonawca nie może posiłkować się doświadczeniem nabytym podczas wykonywania prac na zlecenie generalnego wykonawcy ponad jego rzeczywisty udział w realizacji tego zadania. Stąd też, zdaniem Odwołującego, zarzut braku wykazania przez Konsorcjum Poleko spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego oraz wprowadzenia Zamawiającego w błąd na skutek podania nieprawdziwych informacji dotyczących tego doświadczenia, jest w pełni uzasadniony.

Zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Poleko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że oferta Konsorcjum Poleko nie została w sposób prawidłowy zabezpieczona wadium przetargowym i w związku z tym powinna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego na podstawie analizy treści załączonego do oferty dokumentu „Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr 02GG03/0870/17/0011 z dnia 28.12.2017”, w ogóle nie można stwierdzić, czyją ofertę zabezpiecza owa gwarancja. Z dokumentu tego wynika wyłącznie, że przedmiotowa gwarancja wystawiona została na wniosek przedsiębiorcy Poleko Budownictwo Sp. z o.o.. Dokument ten nie zawiera natomiast wskazania:

- dłużnika, którego działania lub zaniechania w okolicznościach wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp uprawniają Beneficjenta gwarancji do żądania zapłaty wadium wobec Gwaranta,
- w jakim charakterze działa Poleko Budownictwo Sp. z o.o., w szczególności czy przedsiębiorca ten działa w imieniu własnym czy też jako pełnomocnik (brak wskazania w treści gwarancji, że działa jako Lider Konsorcjum),
- grupy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, których ofertę zabezpiecza gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium,
- związku pomiędzy wystawieniem gwarancji na wniosek Poleko Budownictwo Sp. z o.o. a zabezpieczeniem konkretnej oferty przetargowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Usunięcie obiektów podwodnych znajdujących się na dnie*

Martwej Wisły w Gdańsku w ramach projektu pn. „Modernizacja wejścia do portu wewnętrznego (w Gdańsku). Etap IIIA” (brak możliwości przypisania danej gwarancji do oferty Konsorcjum wykonawców Poleko Budownictwo Sp. z o.o. oraz PC DIVERS W.S., a nawet do oferty własnej Poleko Budownictwo Sp. z o.o.).

Odwołujący podniósł, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp są wszystkie podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia, nie zaś poszczególni członkowie konsorcjum. Wynika to bezpośrednio z art. 23 ust. 1 i 3 ustawy, zgodnie z którym wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odwołujący podniósł, że prawidłowo wniesione wadium powinno zostać ustanowione przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i przywołał orzeczenia Izby potwierdzające to stanowisko. Wskazał na abstrakcyjny charakter gwarancji, który powoduje, że zakres odpowiedzialności gwaranta kreuje wyłącznie treść gwarancji, jakiej udzielił, która podlega ścisłej i literalnej wykładni (m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 stycznia 1997 r. w sprawie o sygnaturze akt I CKN 37/96)”. Wynika to wprost z art. 81 ustawy Prawo bankowe, definiującego gwarancję bankową (gwarancja ubezpieczeniowa nie ma własnej definicji, stąd też zasadne jest stosowanie posłkowo pojęć związanych z gwarancją bankową). Zgodnie z przywołanym powyżej przepisem, gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku – gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio lub za pośrednictwem innego banku. Tym samym warunkiem spełnienia przez gwaranta świadczenia z gwarancji jest spełnienie przez beneficjenta gwarancji określonych warunków zapłaty i to jedynie warunki zapłaty określone treści gwarancji są istotne z punktu widzenia zobowiązania. Jeżeli zatem w dokumencie gwarancji w sposób nieprawidłowy określono podmiot, którego działania lub zaniechania mogą skutkować wystąpieniem podstaw do żądania zapłaty z tytułu udzielonej gwarancji, nietrudno jest wyobrazić sobie sytuację, w której bank czy ubezpieczyciel (na ogół rygorystycznie podchodzące do oceny zdarzeń i do odpowiedzialności nimi spowodowanej) odmawiają wypłaty świadczenia z uwagi na naruszenie treści gwarancji przez czynności lub zaniechania innych podmiotów, o których w tej treści nie ma mowy, powołując się na brak tożsamości podmiotowej. Sytuacja taka nie jest zgodna z istotą wadium zawartą w jej definicji (art. 704 § 1 kodeksu cywilnego), zgodnie z którą zabezpieczenie zapłaty sumy ma być odpowiednie. Natomiast zabezpieczeniu, które

jest niepewne i potencjalnie sporne, w żadnym wypadku nie można nadać przymiotu zabezpieczenia „odpowiedniego”. Powołując się na orzecznictwo Izby Odwoławczy podniósł, że wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej musi mieć taką samą płynność, jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione, wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Dlatego też umowa winna zawierać precyzyjnie określone elementy przedmiotowo istotne, które nie będą dawały jej stronom, czyli beneficjentowi i gwarantowi, pola do interpretacji. Ponadto Odwoławczy podniósł, że złożenie wspólnej oferty nie powoduje powstania solidarności biernej po stronie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż zgodnie z art. 369 k.c. powstaje ona na mocy ustawy lub z czynności prawnej. Źródłem natomiast solidarnej odpowiedzialności w przepisach prawa jest art. 141 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy ponoszą taką odpowiedzialność za wykonanie umowy w wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a przepisy o solidarności nie mogą być interpretowane rozszerzająco (nie można domniemywać solidarności). Wobec powyższego przepis art. 141 ustawy nie ma zastosowania na etapie wnoszenia wadium i składania oferty przetargowej.

Zdaniem Odwoławczego, abstrahując nawet od faktu, że ustanowiona gwarancja zawiera nieprawidłowości dyskwalifikujące ją jako odpowiednie zabezpieczenie zapłaty wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wynikające z braku ujawnienia w treści gwarancji wszystkich członków konsorcjum, to gwarancja ta zawiera błędy jeszcze dalej idące, gdyż w ogóle nie określa, czyją ofertę zabezpiecza (brak możliwości zidentyfikowania podmiotu, którego działania lub zaniechania w okolicznościach wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy, mogą skutkować wystąpieniem z żądaniem zapłaty z gwarancji). Tym samym dokument gwarancji ubezpieczeniowej, zważywszy na szczególne cechy gwarancji, w tym przede wszystkim abstrakcyjny charakter zobowiązania gwaranta z niej wynikającego oraz mające do niej zastosowanie reguły ścisłej wykładni oświadczeń woli zawartych jej treści, nie czyni zadość wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ oraz w przepisach ustawy Pzp, co przesądza o ziszczeniu się przesłanek odrzucenia oferty Konsorcjum Poleko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 b ustawy Pzp.

Odwoławczy wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia Konsorcjum Poleko z postępowania, po ewentualnym wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów i oświadczeń przedstawionych na potwierdzenie spełniania przez nich warunku udziału w postępowaniu, odrzucenia oferty Konsorcjum Poleko na podstawie

art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz 7b ustawy Pzp oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum: Poleko Budownictwo Sp. z o.o., W.S.prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PC DIVERS W.S., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium.

W tym zakresie Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przystępujący wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej 28 grudnia 2017 r. przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group z siedzibą w Warszawie. W treści gwarancji wskazano, że została wystawiona dla Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni tytułem wadium w przetargu na *Usunięcie obiektów podwodnych znajdujących się na dnie Martwej Wisły w Gdańsku w ramach projektu pn. „Modernizacja wejścia do portu wewnętrznego (w Gdańsku). Etap IIIA*. Zgodnie z punktem 1 gwarancji InterRisk działając na wniosek Poleko Budownictwo Sp. z o.o. zwanego dalej zobowiązany, gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Beneficjenta gwarancji w terminie związania ofertą, kwoty 40.000,00 zł z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w art. 46 ust, 4a i 5 ustawy Pzp. Ponadto w gwarancji wskazano okres jej ważności (od 02 stycznia 2018 r. do 02 marca 2016 r.). Zgodnie z punktem 4 gwarancji zapłata kwoty, o której mowa w ust. 1, nastąpi w terminie do 30 dni od dnia doręczenia do InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group przez Beneficjenta gwarancji pisemnego żądania wypłaty wraz z pisemnym oświadczeniem, że kwota roszczenia jest należna w związku z zaistnieniem jednego z przypadków zatrzymania wadium określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. wraz z późniejszymi zmianami. Pkt 5 gwarancji określa wymagania dotyczące żądania zapłaty.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Po pierwsze wskazać należy, że wniesienie wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. Art. 45 ust. 6 ustawy Pzp określa dopuszczalne formy wadium, z których wszystkie powinny w jednakowy sposób zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalna jak wadium wniesione w gotówce. Aby tak się stało nie może być jakichkolwiek wątpliwości, co do tego w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada.

Dalej podkreślić należy, że zobowiązanie gwaranta jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielny (nieakcesoryjny), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Istnienie i zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji. W odniesieniu do gwarancji bankowej, jej abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter potwierdza regulacja zawarta w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1376, z późn. zm.). Zgodnie z art. 81 tej ustawy gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Co istotne, art. 87 ust. 2 tej ustawy stanowi o wymagalności roszczeń z tytułu gwarancji bankowej, choćby zobowiązanie, z którym gwarancja była związana, już wygasło. Oznacza to, że sposób ukształtowania i treść stosunku prawnego podstawowego (tj. między zamawiającym a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia) nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta, ta bowiem jest wyznaczona samą treścią gwarancji. Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu. Analogiczne uwagi należy odnieść do gwarancji ubezpieczeniowej, która swoim charakterem jest bardzo zbliżona do gwarancji bankowej.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że prawidłowe wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wymaga określenia w treści tej gwarancji tych wszystkich elementów, które determinują skuteczność ewentualnych roszczeń zamawiającego.

W niniejszej sprawie zgodzić należy się z Odwołującym, że gwarancja ubezpieczeniowa przedstawiona przez Przystępującego w ogóle nie określa wykonawcy, którego ofertę ma zabezpieczać. W treści tej gwarancji wskazano jedynie beneficjenta, wystawcę gwarancji, nazwę postępowania przetargowego oraz wskazano podmiot, na wniosek którego gwarancja jest udzielana. Wnioskodawcy nie można jednak utożsamiać z podmiotem, który składa ofertę, czym innym jest bowiem wnioskowanie o wydanie gwarancji, a czym innym jej zakres podmiotowy, tj. czyją ofertę zabezpiecza. Nie ma żadnych przeszkód prawnych, aby określony podmiot wnioskował o wydanie gwarancji w celu zabezpieczenia oferty innego podmiotu, a podnoszone przez Zamawiającego niewielkie prawdopodobieństwo takiej sytuacji w praktyce nie może być okolicznością rozstrzygającą o skuteczności wadium, nie ma bowiem żadnej pewności, że brak precyzyjnego określenia wykonawcy, którego wadium dotyczy, nie stałby się podstawą odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej.

W treści złożonej przez Przystępującego gwarancji nie można znaleźć żadnego powiązania między wnioskodawcą a ofertą, której gwarancja dotyczy. Mimo że we wstępie gwarancji wnioskodawcę jako zobowiązanego, to lektura całości dokumentu nie pozwala zdefiniować tego określenia, nie wiadomo o jakiego zobowiązanego (względem kogo i z jakiego tytułu) chodzi. Nie wynika z niego, aby podstawą wypłaty sumy gwarancyjnej były zdarzenia dotyczące udziału w postępowaniu podmiotu określonego jako wnioskodawca. Towarzystwo ubezpieczeniowe stwierdza jedynie, że gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Beneficjenta gwarancji w terminie związania ofertą z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, nie zostało jednak określone, o czyją ofertę chodzi i w odniesieniu do jakiego podmiotu mają zaistnieć okoliczności określone w ww. przepisach. Tymczasem określenie, czyją ofertę gwarancja ma zabezpieczać, jest jej elementem niezbędnym, który nie może być wyinterpretowany z okoliczności ani potwierdzany późniejszymi oświadczeniami gwaranta, jest to bowiem element tworzący treść zobowiązania gwaranta i warunkujący skuteczność ewentualnych roszczeń z tytułu wadium.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że wadium Przystępującego jest wadliwe z powodu braku możliwości jego powiązania z ofertą, którą ma zabezpieczać. W związku z tym kwestia podniesiona w odwołaniu, a dotycząca nieobjęcia gwarancją wszystkich członków Konsorcjum, nie jest w niniejszej sprawie rozstrzygająca, wadium

Przystępującego jest bowiem obarczone wadą dalej idącą. Dopiero w sytuacji, gdyby były podstawy do powiązania gwarancji z ofertą spółki Poleko, rozstrzygnięcia wymagałoby czy prawidłowo zabezpiecza ona ofertę złożoną przez tę spółkę wspólnie z innym podmiotem. W niniejszej sprawie takiego powiązania nie można odnaleźć.

Odnosząc się do złożonego przez Przystępującego oświadczenia gwaranta (które zostało złożone na okoliczność wiedzy gwaranta o złożeniu oferty wspólnej, ale powinno też zostać ocenione pod kątem ustalenia, czy w ogóle można gwarancję powiązać z ofertą spółki Poleko) stwierdzić należy, że oświadczenie to nie może świadczyć o prawidłowości wadium. Po pierwsze Izba ocenia czynność zamawiającego, tj. stwierdza czy zamawiający na podstawie informacji jakimi dysponował oceniając ofertę uprawniony był do wniosku, że wadium jest prawidłowe. W niniejszej sprawie Zamawiający takim oświadczeniem gwaranta nie dysponował, zostało ono złożone dopiero w postępowaniu odwoławczym. Po drugie, oświadczenia złożone ex post, w celu określenia tak istotnego elementu, jak wskazanie wykonawcy, w przypadku takich umów jak gwarancja ubezpieczeniowa, należy uznać za wykraczające poza granice dopuszczalnej wykładni oświadczeń woli.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego. W związku z tym, że stwierdzone naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało w tym zakresie uwzględnieniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła w tym zakresie następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem V pkt 1.2.c SIWZ o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy wykażą spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, przy czym warunek będzie uważany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie - jedną usługę (pod pojęciem usługi zamawiający uzna również robotę) polegającą na usuwaniu obiektów podwodnych o wartości co najmniej 100.000,00 zł brutto.

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku udziału Przystępujący złożył wykaz usług zawierający jedną usługę wykonaną przez PC DIVERS W.S., pn.: „Usunięcie wraków HORDAFOR V oraz usunięcie zatopionego doku suchego „DOCK No. 1” w Stocznia Remontowa Nauta S.A. Gdynia, Polska, zgodnie z protokołem robót z dnia 28 lipca 2017

roku”, o wartości 29 000 EUR, zrealizowaną w lipcu 2017 roku na rzecz SMIT SALVAGE B.V. z siedzibą w Holandii. Do wykazu Przystępujący załączył protokół wraz z tłumaczeniem na język polski, w którym wskazano następujący zakres prac: „Nurkowanie i zapewnienia bezpieczeństwa podczas operacji ratowniczych. Usunięcie wraków tankowca „HORDAFOR V” i pływającego doku suchego „DOCK nr 1” w Stoczni Remontowej NAUTA S.A. Gdynia, Polska”. Ponadto Przystępujący złożył wydane przez Urząd Morski w Gdyni zezwolenie nr PM-755-530617 na wykonywanie prac podwodnych na obszarach morskich wydane na rzecz PC DIVERS W.S..

Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia (pkt 12),
- wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17).

Odwołujący z jednej strony zarzucił Zamawiającemu naruszenie powyższych przepisów, z drugiej strony – w uzasadnieniu odwołania oraz na rozprawie stwierdził, że złożone przez Przystępującego dokumenty wywołują wątpliwości, a zatem istotą zarzutu jest zaniechanie ich wyjaśnienia.

Odnosząc się do zarzuczonego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 ustawy Pzp wskazać należy, że Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu nie wykazał, nie podjął nawet próby wykazania podstaw do wykluczenia. Podstawą taką nie jest istnienie wątpliwości co do zakresu prac. Wątpliwości takie – na których opierały się zarzuty odwołania – byłyby okolicznością uzasadniającą przeprowadzenie procedury wyjaśniającej, ewentualnie wezwanie do uzupełnienia dokumentów, a bez tego wykluczenie wykonawcy byłoby przedwczesne. Tym bardziej Odwołujący nie wykazał, aby w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawione zostały informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, znamiona tego czynu odnoszące się do strony podmiotowej zostały przez Odwołującego całkowicie pominięte.

Przyjmując natomiast, zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego, że mimo dokonanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej istotą zarzutu jest zaniechanie wyjaśnienia wątpliwości, stwierdzić należy, że o zasadności takiego zarzutu można by mówić w sytuacji, gdyby Odwołujący wykazał istnienie obiektywnie uzasadnionych wątpliwości. W ocenie Izby istnienie takich wątpliwości nie zostało nawet uprawdopodobnione. Zarzuty w tym zakresie

opierają się na domysłach Odwołującego, bazujących na artykułach publikowanych w internecie. Podkreślenia wymaga, że protokół złożony przez Przystępującego zawiera informację, że zadanie wskazane na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu obejmowało usunięcie wraków tankowca „HORDAFOR V” i pływającego doku suchego „DOCK nr 1” w Stoczni Remontowej NAUTA S.A. Odwołujący natomiast zakwestionował powyższą informację opierając się na własnych domysłach. Odwołujący z góry przyjął, że przywrócenie pływalności obiektu, którego dotyczyło zadanie wskazane przez Przystępującego w wykazie, musiało się odbyć przy pomocy sprzętu, który podniósł zatopiony obiekt. Odwołujący nie wziął natomiast pod uwagę możliwości wykonania zadania przy pomocy innej technologii, nie uprawdopodobnił nawet, że nie byłoby to możliwe. Tymczasem nawet w przedłożonym przez Odwołującego artykule znajduje się informacja, że zadanie zostało wykonane metodą odzyskiwania pływalności poprzez opróżnianie i napełnianie zbiorników statku w odpowiedniej sekwencji. Natomiast stwierdzenie w tej i innych publikacjach, że zadanie wykonali *specjaliści z konsorcjum firm holenderskich* nie potwierdza zarzutów odwołania, okolicznością bezsporną jest bowiem to, że generalnym wykonawcą zadania było właśnie to konsorcjum, natomiast członek konsorcjum Przystępującego był w tym zadaniu podwykonawcą. Jego udział został potwierdzony przedłożonym o protokołem, a dowodem przeciwnym, potwierdzającym brak takiego udziału, nie mogą być publikacje internetowe, w których mowa jest tylko o holenderskim konsorcjum.

Zdaniem Izby nieuzasadniona jest prezentowana przez Odwołującego interpretacja protokołu potwierdzającego wykonanie zadania. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, jego treść wprost odnosi się do usunięcia wraków tankowca i pływającego doku suchego, a stwierdzenie, że udział PC DIVERS ograniczał się do nurkowania i zapewnienia bezpieczeństwa podczas operacji ratowniczych, nie ma oparcia w tym dokumencie.

Źródłem uzasadnionych wątpliwości nie może też być informacja w publikacji internetowej, że w pracach uczestniczył *żuraw spółki LTM 1130*, trudno bowiem z tego faktu wnioskować, że członek konsorcjum Przystępującego nie wykonał zadania wskazanego w wykazie.

Ponadto Odwołujący powołał się na bliżej nieokreśloną dysproporcję między wartością prac wykonanych przez członka konsorcjum Przystępującego, a wartością prac wykonanych przez generalnego wykonawcę. Twierdzenie o tym, że wartość prac wykonanych przez PC DIVERS jest niewspółmiernie niska do skali przedsięwzięcia po pierwsze nie zostało poparte żadnymi dowodami, po drugie – nie wykazano, że ewentualna dysproporcja nie ma uzasadnienia.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał, aby istniały uzasadnione wątpliwości wymagające zwrócenia się o wyjaśnienia czy to do wykonawcy, czy też do podmiotu, na rzecz którego zadanie zostało wykonane.

Dodatkowo zauważyć należy, że Odwołujący dopiero na rozprawie podniósł takie okoliczności, jak brak podpisu wykonawcy na protokole czy też to, że zadanie nie dotyczyło obiektu całkowicie zatopionego. Okoliczności te nie były przedstawione w odwołaniu jako podstawa faktyczna zarzutów, wobec czego nie mogły być przedmiotem oceny Izby, Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

W związku z powyższym Izba nie dopatrzyła się podstaw do stwierdzenia, że oceniając doświadczenie Przystępującego Zamawiający naruszył przepisy ustawy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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 z późn. zm.).

Przewodniczący: