

Sygn. akt: KIO 2369/14

## WYROK

z dnia 27 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Marta Polkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2014 r. przez wykonawcę: **NBQ sp. z o.o. w Szczecinie (70-660), ul. Gdańska 3c** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Miasto Lublin – Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie (20-401), ul. Krochmalna 13j**

przy udziale wykonawcy: **DDG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w Białej Podlaskiej (21-500), ul. Warszawska 100** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

### orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **NBQ sp. z o.o. w Szczecinie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **NBQ sp. z o.o. w Szczecinie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy: **NBQ sp. z o.o. w Szczecinie** na rzecz zamawiającego: **Gminy Miasta Lublin – Zarządu Dróg i Mostów w Lublinie** kwotę **3 892 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt dwa złote zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *„Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór i rozliczanie robót przy realizacji zadania: Budowa i rozbudowa drogi powiatowej nr 2399L — ul. Lubelskiego Lipca '80 w Lublinie, na odcinku od skrzyżowania z ul. Muzyczną do skrzyżowania z al. J. Piłsudskiego wraz z obiektem mostowym nad ul. Dworcową, rozbudowa drogi powiatowej nr 2372L - ul. Młyńskiej, na odcinku od skrzyżowania z ul. Dworcową (łącznie ze skrzyżowaniem) do zakończenia jej przebiegu w rejonie PL Bychawskiego (bez połączenia ulic), przebudowa drogi gminnej nr 106246L - ul. Dworcowej, na odcinku od wjazdu na teren Targów Lubelskich do ul. Młyńskiej”* zostało wszczęte przez Gminę Miasto Lublin – Zarząd Dróg i Mostów w Lublinie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (336100-2014) w dniu 9 października 2014 r.

W dniu 12 listopada 2014 r. odwołanie wniósł wykonawca: NBQ sp. z o.o. w Szczecinie, zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji również wobec uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

- *„art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw z art. 46 ust. 4a, art. 7 ust. 1 i 3, art. 36 ust. 1 pkt 8 - poprzez wykluczenie Odwołującej z udziału w postępowaniu z uwagi na bezzasadne uznanie, iż zapisy zawarte w przedłożonej przez Wykonawcę gwarancji są niezgodne z warunkami SIWZ, podczas gdy przedmiotowa gwarancja w pełni odpowiada wymogom określonym przez Zamawiającego w pkt 8 ppkt 8.5, w tym w szczególności 8.5.1. SIWZ,*
- *89 ust. 5 PZP, poprzez odrzucenie oferty Odwołującej, pomimo iż Odwołująca nie podlega wykluczeniu”.*

Odwołujący stał na stanowisku, że przedstawiona przez niego, jako wadium, gwarancja ubezpieczeniowa odpowiada w pełni wymaganiom określonym w tak w pkt 8 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), jak i w ustawie Pzp. Uważał on, że literalna treść tejże gwarancji nie ogranicza Zamawiającemu możliwości zaspokojenia się z niej jedynie do okoliczności, do których odwołuje się przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym od 19 października 2014 r. W jego ocenie sporna między Stronami treść gwarancji winna być odczytywana przez pryzmat przepisów, które znajdują zastosowanie do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, a zatem tych sprzed nowelizacji. Niezależnie od powyższego, Odwołujący twierdził, że nawet, gdyby uznać treść przedstawionej przez niego gwarancji wadium za wadliwą, to i tak wada taka nie mogłaby przesądzić o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu. W jego ocenie, zestawienie brzmienia przepisu art. 46 ust. 4a sprzed i po nowelizacji, która weszła w życie z dniem 19 października 2014 r. pozwalało bowiem stwierdzić, że w tym konkretnym postępowaniu Zamawiający, nawet przy uwzględnieniu dopisanego nowelizacją zastrzeżenia o możliwości zatrzymania wadium jedynie wykonawcy, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę, mógłby również Odwołującemu to wadium zatrzymać. A to z uwagi na fakt, iż złożona przez niego oferta była drugą pod względem ceny spośród ofert złożonych w tym postępowaniu, a oferta najtańsza została przez Zamawiającego odrzucona.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu i odrzucenia złożonej przez niego oferty, a także czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 17 listopada 2014 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył wykonawca: DDG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w Białej Podlaskiej, zwany dalej Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane na wezwanie Prezesa Izby przez Zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem, a także te, które zostały załączone do odpowiedzi na odwołanie.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, na podstawie pisemnego protokołu postępowania, Izba ustaliła, że ogłoszenie o zamówieniu Zamawiający zamieścił w dniu 9 października 2014 r. w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie, a także na stronie internetowej. W tym samym też dniu ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Zgodnie z pkt 8.1 SIWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy składający ofertę wnieśli również wadium. Zgodnie z pkt 8.5.1 SIWZ, *„wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej będzie akceptowane pod warunkiem, że jest zgodne z ustawą Pzp, a w szczególności gwarancja będzie zawierała wszystkie przypadki utraty wadium przez wykonawcę określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp”*

Termin składania ofert, który zgodnie z pisemnym protokołem postępowania, upłynął w dniu 20 października 2014 r. o godz. 11:30. Przed jego upływem Odwołujący (jako jeden z pięciu wykonawców) złożył Zamawiającemu swoją ofertę, wraz z którą, jako wadium, przedstawił gwarancję ubezpieczeniową nr 998A442491 z dnia 17 października 2014 r. wystawioną przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Wystawca tejże gwarancji zobowiązał się do zapłacenia na pierwsze wezwanie Beneficjenta (Zamawiającego) kwoty nie wyższej niż suma gwarancyjna, m.in. wtedy gdy *„Zobowiązany [Odwołujący], z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokumentów i oświadczeń, o których mowa w obowiązującym (na dzień złożenia ofert) art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych”*.

W ocenie Zamawiającego tak skonstruowana gwarancja wadialna była niezgodna z pkt 8.5.1 SIWZ, albowiem jej treść odwoływała się do przepisów ustawy Pzp w brzmieniu, które nie znajdowały zastosowania do postępowania przez niego prowadzonego. Mając to na wadze Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, a złożoną przez niego ofertę odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Wobec powołanych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Istotną dla rozstrzygnięcia okolicznością była data wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia i wynikające z tej daty konsekwencje.

Zgodnie z art. 40 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wszczyna postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej. I to ten dzień, zgodnie z powołanym przepisem, uznany zostać powinien za dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis art. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z dnia 18 września 2014 r. poz. 1232) przesądza, że do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie z art. 5 powołanej ustawy, weszła ona w życie po 30 dniach od dnia ogłoszenia, a zatem w dniu 19 października 2014 r. Skoro zatem, zgodnie z powołanym art. 40 ust. 1 ustawy Pzp, za dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia uważać należy dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej (w rozpoznawanej sprawie miało to miejsce w dniu 9 października 2014 r.), do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego nie znajdowały zastosowania przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r., które, jak to już wskazano, weszły w życie z dniem 19 października.

W kontekście przywołanych przepisów, Izba uznała, że użyte w gwarancji ubezpieczeniowej przedstawionej przez Odwołującego wyrażenie „dokumentów i oświadczeń, o których mowa w obowiązującym (na dzień złożenia ofert) art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych” rozumieć należy, jako odwołanie się przez gwaranta do brzmienia przepisów, jakie jest obowiązujące w dniu składania ofert, tj. w dniu 20 października 2014 r. Wynika to w ocenie Izby w szczególności z poczynionego wyrażenie w nawiasie zastrzeżenia: „w obowiązującym (na dzień złożenia ofert) art. 46 ust. 4a ustawy”. Jak to już wskazano, w dniu 20 października 2014, co do zasady – a brak w treści gwarancji odpowiednich zastrzeżeń wyłączających tę generalną zasadę – obowiązującym było brzmienie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp ustalone przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. Dlatego też Izba uznała, że ze spornej gwarancji wadialnej wynika, iż jej wystawca odwołał się do brzmienia powołanego przepisu już po nowelizacji.

Konsekwencją takiej oceny, przy uwzględnieniu faktu, że do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego znajdują zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu sprzed powołanej nowelizacji, musiało być uznanie, że gwarancja ubezpieczeniowa odwołuje się do niewłaściwego brzmienia przepisów ustawy Pzp – co istotne, ocenę tę, choć tylko pośrednio, podzielał również Odwołujący, który w toku rozprawy przed Izbą stał na stanowisku, że tak skonstruowany zapis gwarancji należy traktować jako błąd formalny. To z kolei rodziło po stronie Izby obowiązek rozstrzygnięcia, czy zasadnie podnosił Odwołujący, że nawet przy odwołaniu się do niewłaściwego brzmienia przepisów ustawy Pzp, interesy Zamawiającego zostały zabezpieczone na takim samym poziomie, na jakim byłby zabezpieczone przy odwołaniu się do art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w brzmieniu sprzed tej nowelizacji.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Uwzględniła przy tym, m.in. pogląd wyrażony w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 2227/13 KIO 2229/13, gdzie stwierdzono: *„Owszem, ustawa Prawo zamówień publicznych nie reguluje expressis verbis, jakie dokładnie postanowienia powinny się znaleźć w treści gwarancji bankowej, ubezpieczeniowej czy poręczenia, jednak w sposób oczywisty wynika to z całokształtu okoliczności faktycznych i prawnych związanych w postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego i celu gwarancji. Gwarancja powinna więc obejmować te same okoliczności, w których zamawiający może zatrzymać wadium wpłacone w formie pieniężnej, czyli opisane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oczywiście, mogą być one przywołane w różny sposób, np. poprzez samo odwołanie się do art. 46 ustawy Prawo zamówień publicznych albo ogólnie «okoliczności wskazanych w ustawie Prawo zamówień publicznych».* (...) *Jednak gwarancja wciąż musi obejmować okoliczności opisane w obu tych przepisach (art. 46 ust. 4a i ust. 5), w przeciwnym wypadku jest niekompletna, a więc nieprawidłowa.*” Pamiętać przy tym należy, że składana Zamawiającemu gwarancja odwoływać się musi do brzmienia przepisów ustawy Pzp, które jest obowiązującym w postępowaniu przez tego Zamawiającego prowadzonym – w innym przypadku trudno bowiem uznać, że odwołuje się ona do wszystkich okoliczności w przepisach wskazanych – do takiego wniosku prowadzi bowiem zestawienie brzmienia art. 46 ust. 4a sprzed i po nowelizacji. Faktem jest, że nowelizacja ta rozszerzyła katalog dokumentów, których niezuzupełnienie przez wykonawcę doprowadzić może do utraty wniesionego wadium. Niemniej jednak zauważenia wymaga również to, że tą samą nowelizacją ustawodawca ograniczył krąg wykonawców, którym utrata wniesionego wadium zagraża, a także, co równie istotne, zmienił rozkład ciężaru dowodu co do przyczyn, z których wykonawca nie uzupełnił w terminie odpowiednich dokumentów. Przed dniem 19 października 2014 r., to wykonawca, który nie złożył dokumentów, oświadczeń lub

pełnomocnictw, jeżeli chciał uniknąć zatrzymania przez Zamawiającego złożonego przez siebie wadium zobowiązany był udowodnić, że zaniechanie wykonania wezwania wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie. Tymczasem, po dniu 19 października 2014 r. (co oczywiście z uwzględnieniem odpowiednich przepisów przejściowych), to na Zamawiającym (w przypadku gdy zamierza on takiemu wykonawcy zatrzymać wadium) spoczywa obowiązek wykazania, że przyczyny nie złożenia przez wykonawcę odpowiednich dokumentów lub oświadczeń leżały po stronie tego wykonawcy.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami Izba uznała, że w rozpoznawanej sprawie, nawet przy uwzględnieniu tego, że oferta złożona przez Odwołującego była drugą co do kolejności pod względem ceny, a oferta najtańsza została przez Zamawiającego odrzucona, nie uzasadnionym było twierdzenie, że gwarancja ubezpieczeniowa przedstawiona przez Odwołującego była dla Zamawiającego korzystniejszą, aniżeli ta jakiej wymagał on w SIWZ przekazanej wykonawcom.

Mając to na uwadze, Izba uznała, iż nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp wykluczając Odwołującego z udziału w postępowaniu, a tym samym aby naruszył on przepis art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym w toku rozprawy przed Izbą nie było jego zamiarem zarzucanie Zamawiającemu naruszenia przepisów art. 36 ust. 1 pkt 8 przez nieprawidłową redakcję postanowień SIWZ i art. 87 ust. 1 przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień, stąd Izba uznała, że twierdzenia te nie podlegały jej rozpoznaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.

**Przewodniczący:** .....