

Sygn. akt: KIO 1840/12

WYROK
z dnia 13 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **Kolbet sp. z o.o. w Kielczowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,**
2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Kolbet sp. z o.o. w Kielczowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu** na rzecz wykonawcy **Kolbet sp. z o.o. w Kielczowie** kwotę **13.600 zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „przebudowa Mostu Słodowego we Wrocławiu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 lipca 2012 r., poz. 150237.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu z udziału w postępowaniu odwołującego, odrzucenia oferty odwołującego a w konsekwencji czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawca Kolbet sp. z o.o. w Kiełczowie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł w dniu 29 sierpnia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 i ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp. przez błędną ich błędną wykładnię prowadzącą do bezpodstawnego przyjęcia, że odwołujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert i w wyniku tego do bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty,
- 2) art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentu załączonego do oferty: „Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium Nr 1502/Wr/3156/2012” wystawionego przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych TUZ z siedzibą w Warszawie albo do złożenia polisy potwierdzającej zawarcie umowy ubezpieczenia będącej podstawą udzielenia przedmiotowej gwarancji wadialnej lub do złożenia poprawnej jego zdaniem nowej wersji tego dokumentu gwarancji wadialnej,
- 3) art. 7 ustawy Pzp przez naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie unieważnienia wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że ustalenie zamawiającego, iż przedłożona przez odwołującego do oferty gwarancja wadialna opiewa na kwotę niższą niż wymagana w zapisach SIWZ jest ustaleniem sprzecznym z zebraniem w sprawie materiałem.

Przywołał fragment złożonego wraz z ofertą dokumentu wystawionego przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych TUZ w Warszawie tj. „Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 1502/Wr/3156/2012” zgodnie z którym:

Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo na zasadach przewidzianych w niniejszej gwarancji do zapłacenia na pierwsze pisemne żądanie każdej kwoty do wysokości nie przekraczającej sumy gwarancyjnej 100.00,00 zł (słownie: sto tysięcy złotych 00/100) stanowiącej kwotę wadium. (...) (pkt. 2. przedmiotowej Gwarancji).

Wywodził, że powyższe stanowi oczywistą omyłkę pisarską gwaranta w zakresie pisowni cyfrowo kwoty wymaganego wadium poprzez przypadkowe pominięcie jednej cyfry 0 (słownie: zero) na końcu cyfr określających ilość złotych przed przecinkiem oddzielającym te cyfry od cyfr określających ilość groszy - nie zauważoną tak przez gwaranta, jak i odwołującego. Podkreślenia wymaga przy tym, iż kwota zapisana słownie w obu ww. fragmentach gwarancji jest zapisana zgodnie z wymogami SIWZ a nieprawidłowy cyfrowy zapis kwoty gwarancji jest jedyną niezgodnością w treści oferty odwołującego z treścią SIWZ.

Odwołujący argumentował, iż jeśli ktokolwiek zamierza napisać przy pomocy cyfr arabskich liczbę dziesięć tysięcy stosując oddzielenie setek od tysięcy złotych kropką oraz oddzielenie pełnych złotych od groszy przecinkiem, to kropkę stawia po drugiej cyfrze („10.000.00 zł”). Jeżeli natomiast ktoś zamierza napisać cyframi arabskimi liczbę sto tysięcy złotych z zastosowaniem tych samych zasad pisowni, to stawia kropkę po trzeciej cyfrze („100.000,00 zł”). Skoro więc gwarant zapisał w dokumencie gwarancji wadialnej „100.00,00 zł”, to oczywistym jest iż miał on zamiar napisać cyframi arabskim „sto tysięcy złotych” i jedynie omyłkowo przeoczył napisanie jednej cyfry 0 (słownie: zero) na końcu cyfr określających ilość złotych przed przecinkiem oddzielającym te cyfry od cyfr określających ilość groszy. Podniósł, iż zapis liczb przy pomocy cyfr arabskich jest zapisem „międzynarodowym” (liczbie zapisanej cyframi nie da się przypisać, że została napisana w jakimś języku narodowym). Dopiero zapis liczby w sposób słowny poddaje się takiej ocenie. Zamawiający w SIWZ zapisał wymóg, że oferta ma być sporządzona w języku polskim. Skoro tak, to dla zamawiającego decydujące powinny być zapisy w gwarancji kwot wadialnych napisane słownie po polsku i to na ich podstawie powinien on weryfikować zapisy tych kwot napisane cyfrowo, a nie odwrotnie.

Wywodził, że skoro z treści dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 1502/Wr/3156/2012 wynika, że zarówno odwołujący jak i gwarant znają postanowienia SIWZ, w szczególności obaj znają kwotę wymaganego przez zamawiającego wadium - to

trudno wyobrazić sobie sytuację, iż odwołujący świadomie zleca udzielenie gwarancji wadialnej na kwotę niższą albo że gwarant świadomie udziela gwarancji wadialnej na kwotę niższą pomimo zlecenia wystawienia gwarancji na kwotę odpowiadającą SIWZ.

Podniósł, że udzielenie gwarancji jest oświadczeniem woli gwaranta skierowanym do beneficjenta gwarancji (dokonanym na zlecenie wykonawcy). Oświadczeń woli nie można interpretować (dokonywać ich wykładni) w sposób oderwany od woli stron faktycznie wyrażonej w treści zawartej umowy. Odwołujący wyjaśnił, że już od dnia 24.07.2012 r. (jeszcze przed terminem składania ofert) dysponował polisą uniwersalną serii UA nr 0085118 TUW „TUZ” w Warszawie, z której treści jednoznacznie wynika, że zawarł z tym Towarzystwem umowę ubezpieczenia na wypadek realizacji gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 1502/Wr/3156/2012 na sumę ubezpieczenia w wysokości 100.000.00 zł (a nie 10.000,00 zł) oraz trzema aneksami do tej polisy zawartymi także przed terminem składania ofert zmieniającymi jedynie okres ubezpieczenia. Wszystkie te aneksy stanowią, że pozostałe postanowienia zawartej umowy ubezpieczenia - a więc i suma ubezpieczenia - pozostają bez zmian. Ponadto w dniu udzielenia przez zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty (24.08.2012 r.) gwarant złożył oświadczenie adresowane do zamawiającego, że w związku z zaistnieniem oczywistej omyłki pisarskiej w gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 1502/Wr/3156/2012 wydanej dnia 24.07.2012 r., potwierdza iż gwarantowana kwota to 100.000,00 (słownie: sto tysięcy złotych 00/100).

Podniósł, iż do wykładni gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego, w szczególności przepis art. 65 § 1 k.c. Przywołał kilka orzeczeń Izby i SN w oparciu o które wywodził, że brak jest podstaw do uznania, iż oferta odwołującego nie została zabezpieczona wadium, w sposób należyty gwarantujący zamawiającemu zaspokojenie się z przedmiotowej gwarancji. W konsekwencji podniósł, że zaskarżone przez niego czynności zamawiającego były niezgodne z prawem.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę odwołującego, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została

wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono nadto, że stosownie do postanowienia Części VII SIWZ pkt 1 wykonawca zobowiązany był wnieść wadium w kwocie 100.000,00 zł.

Odwołujący złożył wraz z ofertą gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr 1502/Wr/3156/2012 z 24.07.2012 r. W gwarancji tej, w pkt 2, zastrzeżono, iż *Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo na zasadach przewidzianych w niniejszej gwarancji do zapłacenia na pierwsze pisemne żądanie każdej kwoty do wysokości nie przekraczającej sumy gwarancyjnej 100.00,00 zł (słownie: sto tysięcy złotych 00/100) stanowiącej kwotę wadium.*

Zamawiający w dniu 24 sierpnia 2012 r. poinformował, że oferta odwołującego została odrzucona stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Poinformował, że w związku z tym, że wniósł wadium w kwocie 100.00,00 zł, a zatem wywodził, że odwołujący nie wniósł wymaganego wadium do upływu terminu składania ofert. Z tego powodu został wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty okazały się zasadne.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że odwołujący nie wniósł wadium w wysokości wymaganej w SIWZ. Izba stwierdziła, że okoliczność ta nie wynikała z zebranego w sprawie materiału dowodowego. Faktem jest, że w złożonej przez odwołującego gwarancji wadium w pkt 2, zastrzeżono, iż *Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo na zasadach przewidzianych w niniejszej gwarancji do zapłacenia na pierwsze pisemne żądanie każdej kwoty do wysokości nie przekraczającej sumy gwarancyjnej 100.00,00 zł (słownie: sto tysięcy złotych 00/100) stanowiącej kwotę wadium.* Pominięcie jednej cyfry „0”

na końcu cyfr określających ilość złotych przed przecinkiem oddzielającym te cyfry od cyfr określających ilość groszy w sposób oczywisty i na pierwszy rzut oka należało ocenić jako oczywistą omyłkę pisarską. Świadczyło o tym kilka okoliczności. Po pierwsze kwota wadium zapisana słownie była prawidłowa. Nie ulega zaś wątpliwości, że kwota zapisana cyfrowo bardziej podatna jest na błędy wynikające chociażby z pominięcia jednej z ciągu cyfr, zwłaszcza gdy są to te same cyfry, zaś kwota podana słownie rzadziej poddaje się tego typu omyłkom. Po drugie w samej gwarancji wadialnej gwarant nawiązywał do postanowień SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, w której w rozdziale VII SIWZ wadium określono na poziomie 100.000,00 zł. Po trzecie na ewidentną omyłkę pisarską wskazywał sposób dokonania zapisu cyframi arabskimi „100.00,00 zł”. Gdyby intencją gwaranta było wystawienie gwarancji wadialnej na kwotę dziesięciu tysięcy złotych to kropka znalazła by się po cyfrze „10”, a przed cyframi „000”. Natomiast w analizowanym dokumencie kropka oddzielająca tysiące, znajdowała się po cyfrze 100, a więc ewidentnie można było przyjąć, że intencją gwaranta było wystawienie gwarancji wadialnej na kwotę 100.000,00 zł, zaś omyłka polegała na przypadkowym pominięciu jednej cyfry „0” przed przecinkiem, który oddzielał w zapisie złote od groszy.

W ocenie Izby, w zaistniałym stanie faktycznym, zamawiający winien był dokonać wykładni złożonego przez gwaranta oświadczenia woli kierując się regułami wynikającymi z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, który w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się wprost z mocy art. 14 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu *oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje*. Izba stwierdziła, że jednym ze zwyczajowo przyjętych zapisów cyfr arabskich jest zapis polegający na tym, iż tysiące oddziela się kropką. Zatem cyfra „100” znajdująca się przed kropką musiała oznaczać chęć wpisania cyfrowo kwoty stu tysięcy, a nie dziesięciu tysięcy. W konsekwencji gdyby zamawiający dokonał prawidłowej wykładni oświadczenia woli gwaranta powinien dojść do wniosku, że wykonawca zabezpieczył swoją ofertę wadium w prawidłowej i zgodnej z SIWZ wysokości.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że sprzecznym z zebrany w sprawie materiałem dowodowym było ustalenie zamawiającego, iż odwołujący nie wniósł wadium przez upływem terminu składania ofert. Zatem zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, gdyż nie zostały wypełnione przesłanki wymienione w tym przepisie. Konsekwencją naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp było także naruszenie wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający nierówno względem innych wykonawców potraktował odwołującego, gdyż wykluczył go z postępowania, pomimo że powody takiej czynności nie zaistniały.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że zasadnym jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie. Zgodnie z utrwalonym piśmiennictwem i orzecznictwem „*Norma z art. 24 ust. 4 dotyczy w szczególności ofert, które zostały złożone przez wykonawców w postępowaniach jednoetapowych (przetarg nieograniczony, zapytanie o cenę, zamówienie z wolnej ręki), którzy składając ofertę, nie mieli wiedzy, że zostaną wykluczeni z postępowania. Przepis zawarty w art. 89 ust. 1 pkt 5 odnosi się również do ofert złożonych przez wykonawców, którzy zostali we wcześniejszej części postępowania poinformowani o wykluczeniu (np. na podstawie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), a mimo to złożyli oferty*” (Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata Komentarz, LEX 2010, Komentarz do art. 89 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV). Analizowane postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a więc w trybie jednoetapowym. Decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego nie była poprzedzona uprzednią decyzją o wykluczeniu z udziału w postępowaniu, co pozwalałoby na zastosowanie normy wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zatem skoro zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu, to do złożonej przez niego oferty mógłby co najwyżej znajdować zastosowanie przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła również, że niezasadnym okazał się podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp. Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przywoływanych przepisów ustawy Pzp. Przepisy te odpowiednio, obligują lub uprawniają zamawiającego do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy zaś dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nie zalicza się natomiast do żadnej z ww. kategorii. W konsekwencji zamawiający nie był uprawniony do skorzystania z instytucji uregulowanych w art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp i nie naruszył ww. przepisów nie wzywając odwołującego do uzupełnienia względnie wyjaśnienia dokumentu gwarancji wadialnej.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze

wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie. Stwierdzone naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego, pomimo że odwołujący niezasadnie został wykluczony z postępowania, a złożona przez niego oferta była ofertą korzystniejszą od wybranej.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu. Jednocześnie Izba oddaliła wniosek o zasądzenie zwrotu kosztów stawiennictwa na rozprawę pełnomocników odwołującego, uznając że wniosek taki był nie znajdował oparcia w brzmieniu ww. przepisów. Izba wzięła pod uwagę, że skoro strona wystąpiła o zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocników, to koszty stawiennictwa pełnomocników na rozprawę winny mieścić się w kwocie wynagrodzenia pełnomocnika, zaś zwrot kosztów stawiennictwa na rozprawie przysługiwać mógłby, w okolicznościach niniejszej sprawy, wyłącznie stronie, która nie była reprezentowana przez pełnomocnika.

Przewodniczący: