

Sygn. akt: KIO 1322/12

WYROK
z dnia 9 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **Prime Construction Sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 6B, 71-173 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Lotnicze Pogotowie Ratunkowe, ul. Księżycowa 5, 01-934 Warszawa**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Prime Construction Sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 6B, 71-173 Szczecin** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Prime Construction Sp. z o.o., ul. Wita Stwosza 6B, 71-173 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania.

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 w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Lotnicze Pogotowie Ratunkowe w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod tytułem „Budowa/rozbiórka budynków wraz z przyłączami bazy Śmigłowcowej Służby Ratownictwa Medycznego (HEMS) w Kielcach, Krakowie, Gdańsku i we Wrocławiu dla SP ZOZ Lotnicze Pogotowie Ratunkowe realizowane w ramach PO IiŚ 2007-2013, działanie 12.1 Rozwój systemu ratownictwa medycznego dla projektu kluczowego pod nazwą „Budowa i remont oraz doposażenie baz Lotniczego Pogotowia Ratunkowego - Etap 2”, współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego”.

W postępowaniu tym wykonawca Prime Construction Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) wniósł w dniu 25 czerwca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu w ramach Zadania nr 3 - Budowa Bazy SP ZOZ Lotnicze Pogotowie Ratunkowe w Gdańsku:

- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 24 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) przez zaniechanie wykluczenia Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A. i w konsekwencji zaniechanie uznania oferty ww. wykonawcy za odrzuconą, pomimo zaistnienia sytuacji skutkującej obowiązkiem wykluczenia Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A. z udziału w postępowaniu,
- naruszenie art. 2 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu powołanego przepisu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A. jako najkorzystniejszej,
- dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem wyników postępowania odwoławczego, w tym:
 - wykluczenia Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A. z postępowania i uznania oferty złożonej przez tego wykonawcę za odrzuconą,
 - dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
 - rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego przez przyznanie odwołującemu od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący stwierdził, że Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. nie zabezpieczyła skutecznie złożonej oferty wadium wymaganym przez zamawiającego w § 12 ust. 2 i 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Odwołujący wskazał, że z treści złożonego dokumentu „Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium” Nr GWo/54ai/12-031 wystawionego w dniu 14 maja 2012 r. wynika, iż zamawiający, będący Beneficjentem gwarancji, może zaspokoić się z przedmiotowej gwarancji, a więc zatrzymać wadium, tylko wówczas, gdy doręczone żądanie zapłaty będzie spełniało „wszystkie wymogi formalne określone w § 2 ust. 2 [...]”. Przedmiotowe postanowienie przewiduje, iż:

„Gwarant zapłaci w terminie 14 (czternastu dni) licząc od dnia otrzymania pierwszego pisemnego żądania zapłaty spełniającego wymogi określone w § 3 ust. 2 oraz zawierającego oświadczenie Beneficjenta, że:

- 1) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, lub pełnomocnictw oraz nie udowodnił, że wynikało to z przyczyn nieleżących po jego stronie;
- 2) Oferta Wykonawcy została wybrana, oraz że:
 - a) Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
 - b) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
 - c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.”

Odwołujący zauważył, że § 3 ust. 1 ww. gwarancji wymaga dla powstania obowiązku zapłaty z tytułu gwarancji spełnienia wszystkich wymogów formalnych określonych w cytowanym postanowieniu, co nie jest możliwe z uwagi na okoliczność, iż wymóg formalny, o którym mowa w § 2 ust. 2 ppkt 1 gwarancji dotyczy okoliczności występujących na etapie przed wyborem oferty, zaś przesłanki, o których mowa w ppkt 2 - po wyborze oferty.

Odwołujący wskazał ponadto, iż w treści gwarancji nie zdefiniowano „Wykonawcy”, o którym mowa w § 2 dokumentu - treść części wstępnej dokumentu gwarancji wymienia wyłącznie Oferenta (Uczestnika przetargu).

W ocenie Odwołującego, wymienione powyżej wady dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. skutkują niemożliwością zaspokojenia się z udzielonej gwarancji przez zamawiającego, bowiem

zamawiający nie może zatrzymać wadium (dokonać skutecznej wypłaty z tytułu gwarancji) wskutek niemożności spełnienia przesłanek określonych w gwarancji. W konsekwencji, jak stwierdził odwołujący, uznać należy, że Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. nie wniosła wymaganego w postępowaniu wadium. Brak zabezpieczenia oferty wadium wymaganym przez zamawiającego skutkuje obowiązkiem wykluczenia Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A. z postępowania oraz uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą.

Ponadto, odwołujący podzielił argumentację przedstawioną w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1525/11.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 marca 2012 r. pod nr 2012/S 50-081401.

Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. złożyła wraz z ofertą Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr GWo/54ai/12-031 z dnia 14 maja 2012 r. W ww. gwarancji jako Gwaranta wskazano Powszechny Zakład Ubezpieczeń Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie, jako Beneficjenta Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Lotnicze Pogotowie Ratunkowe w Warszawie, zaś jako Oferenta (Uczestnika przetargu) Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. z siedzibą w Olsztynie.

W § 1 ww. gwarancji stwierdzono, iż stanowi ona zabezpieczenie określone w art. 45 ustawy Pzp (ust. 1), zgodnie z wymaganiami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przetargu na wykonanie zadania: „Budowa/rozbiórka budynków wraz z przyłączami bazy Śmigłowcowej Służby Ratownictwa Medycznego (HEMS) w Kielcach, Krakowie, Gdańsku i Wrocławiu dla SP ZOZ Lotnicze Pogotowie Ratunkowe realizowane w ramach PO IiŚ 2007-2013, działanie 12.1 Rozwój systemu ratownictwa medycznego dla projektu kluczowego pod nazwą „Budowa i remont oraz doposażenie baz Lotniczego Pogotowia Ratunkowego - Etap 2, współfinansowanego z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego”- zadanie nr 3” (ust. 2).

Zgodnie z § 2 ust. 1 gwarancji Gwarant nieodwołalnie i bezwarunkowo gwarantuje na rzecz Beneficjenta zapłatę kwoty 70 000,00 PLN – suma gwarancyjna. W § 2 ust. 2 gwarancji uregulowane zostało, iż „Gwarant zapłaci w terminie 14 (czternastu dni) licząc od dnia otrzymania pierwszego pisemnego żądania zapłaty spełniającego wymogi określone

w § 3 ust. 2 oraz zawierającego oświadczenie Beneficjenta, że:

- 1) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, lub pełnomocnictw oraz nie udowodnił, że wynikało to z przyczyn nieleżących po jego stronie;
- 2) Oferta Wykonawcy została wybrana, oraz że:
 - a) Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
 - b) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
 - c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.”

Zgodnie z § 3 ust. 1 gwarancji obowiązuje ona od dnia 15 maja 2012 r. do dnia 15 lipca 2012 r. włącznie i tylko żądanie zapłaty doręczone Gwarantowi do tego dnia na wskazany w § 8 adres korespondencyjny, spełniające wszystkie wymogi formalne określone w § 2 ust. 2 będzie powodowało obowiązek zapłaty z tytułu gwarancji. W ust. 2 § 3 gwarancji wskazano, że żądanie zapłaty powinno zawierać wskazanie rachunku bankowego Beneficjenta, na który Gwarant powinien przelać żądaną kwotę oraz powinno być podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr GWo/54ai/12-031 z dnia 14 maja 2012 r. złożonej przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A., oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

Kwestią wymagającą rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie jest przede wszystkim odpowiedź na pytanie czy treść spornej gwarancji pozwala na zabezpieczenie interesów zamawiającego w przypadku zaistnienia jednej z podstaw zatrzymania wadium wskazanych w § 2 ust. 2 gwarancji.

Izba stwierdziła, iż z treści spornej gwarancji nie wynika, iż aby mogła zostać dokonana wypłata sumy gwarancyjnej Beneficjent zobowiązany jest złożyć oświadczenie o zaistnieniu wszystkich przesłanek określonych w § 2 ust. 2 gwarancji. § 3 ust. 1 gwarancji statuuje obowiązek zapłaty z tytułu gwarancji w przypadku spełnienia wszystkich wymogów formalnych wskazanych w § 2 ust. 2 gwarancji. Za wymogi formalne, w ocenie Izby, uznać należy w tym przypadku pisemność żądania zapłaty, wskazanie rachunku bankowego Beneficjenta, podpisanie żądania zapłaty przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta, oraz fakt złożenia przez Beneficjenta oświadczenia o podstawie żądania zapłaty.

Gwarancja ta w żadnym miejscu nie tworzy obowiązku złożenia oświadczenia o zaistnieniu wszystkich przesłanek wymienionych w § 2 ust. 2 gwarancji. Literalna wykładnia treści gwarancji wskazuje jedynie na określenie okoliczności, w jakich zachodzi podstawa do żądania zapłaty. W żadnym miejscu gwarancji nie zostało jednak stwierdzone, iż Beneficjent zobowiązany jest złożyć oświadczenie o zaistnieniu jednocześnie wszystkich przesłanek merytorycznych stanowiących podstawę do wypłaty sumy gwarancyjnej.

Na brak zasadności zarzutu odwołującego wskazuje dodatkowo odmienne ukształtowanie przez ustawodawcę sytuacji wykonawcy na etapie postępowania do wyboru oferty najkorzystniejszej i po dokonaniu tej czynności, co znalazło odzwierciedlenie w treści gwarancji - okoliczność wskazana w § 2 ust. 2 pkt 1) gwarancji może zaistnieć na etapie przed wyborem oferty najkorzystniejszej i może dotyczyć wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, zaś okoliczności wymienione w § 2 ust. 2 pkt 2) gwarancji mogą mieć miejsce wyłącznie po wyborze oferty najkorzystniejszej i dotyczą wykonawcy, którego oferta została wybrana przez zamawiającego. Przesłanki te w pełni odpowiadają podstawom zatrzymania wadium wskazanym w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Wobec powyższego, przesłanki wskazane w ww. punktach nie mogą zaistnieć jednocześnie, co dodatkowo potwierdza, iż wymóg z § 3 ust. 1 gwarancji dotyczy wyłącznie wskazanych powyżej wymogów formalnych, nie zaś podstaw merytorycznych zatrzymania wadium wymienionych w § 2 ust. 2 gwarancji.

Ponadto, dokonując wykładni oświadczenia woli wyrażonego w przedmiotowej gwarancji zgodnie z art. 65 § 2 kc, nie sposób pominąć celu złożonego oświadczenia. Niewątpliwie, celem ustanowienia wadium jest ochrona interesów zamawiającego w sytuacji zaistnienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium spowodowanych zachowaniem wykonawcy Warmińskiego Przedsiębiorstwa Budowlanego S.A. w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co jednoznacznie potwierdza treść § 1 gwarancji, gdzie stwierdzono, iż gwarancja stanowi zabezpieczenie zapłaty wadium zgodnie z wymaganiami Specyfikacji w wymienionym postępowaniu, a także wskazano jako podstawę art. 45 ustawy Pzp. Określony powyżej cel potwierdził Gwarant Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. w piśmie z dnia 5 lipca 2012 r. (znak: BUF-CUF6/469/2012/GP). Powyższe potwierdza także doświadczenie zamawiającego w wypłatach przez Gwaranta sum gwarancyjnych na podstawie wystawionych w ramach innych postępowań, analogicznie brzmiących gwarancji, czego dowodem są złożone przez zamawiającego na rozprawie:

- pismo SP ZOZ LPL skierowane do PZU S.A. z dnia 13 września 2011 r. (znak: LPL-83-265(1)/11/APO) wraz z kopią gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr GWo/289I/11-101-47-08-00 z dnia 3 sierpnia 2011 r.,
- pismo SP ZOZ LPL skierowane do PZU S.A. z dnia 13 września 2011 r. (znak: LPL-83-264(1)/11/APO) wraz z kopią gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr GWo/289H/11-101-47-08-00 z dnia 3 sierpnia 2011 r.,
- pismo SP ZOZ LPL skierowane do PZU S.A. z dnia 13 września 2011 r. (znak: LPL-83-263(1)/11/APO) wraz z kopią gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr GWo/289F/11-101-47-08-00 z dnia 3 sierpnia 2011 r.,
- pismo SP ZOZ LPL skierowane do PZU S.A. z dnia 13 września 2011 r. (znak: LPL-83-262(1)/11/APO) wraz z kopią gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr GWo/289E/11-101-47-08-00 z dnia 3 sierpnia 2011 r.,
- pismo SP ZOZ LPL skierowane do PZU S.A. z dnia 13 września 2011 r. (znak: LPL-83-266(1)/11/APO) wraz z kopią gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr GWo/289J/11-101-47-08-00 z dnia 3 sierpnia 2011 r.,
- odpowiedzi na wskazane powyżej pisma skierowane przez PZU S.A. do zamawiającego w dniu 27 września 2011 r.

Powyższemu nie przeczy, w ocenie Izby, okoliczność, iż w innym postępowaniu PZU S.A. wystawiło gwarancję o innej treści w spornym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że złożona przez Warmińskie Przedsiębiorstwo Budowlane S.A. gwarancja ubezpieczeniowa w pełni zabezpiecza interesy zamawiającego i stanowi skuteczne zabezpieczenie złożonej oferty wadium.

Izba za niezasadny uznała również zarzut braku zdefiniowania w treści gwarancji „Wykonawcy”. W ocenie Izby, treść gwarancji nie pozostawia wątpliwości, iż pod pojęciem „Wykonawcy” należy rozumieć ten sam podmiot, który w innym fragmencie gwarancji określa się jako Oferenta (Uczestnika przetargu).

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

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: