

WYROK
z dnia 26 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Stanisław Sadowy
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Lidia Ziółkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach* 26.06.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane "DROTECH", Mińsk Mazowiecki, ul. Warszawska 211/2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Powiatowych, Gliwice, ul. Zygmunta Starego 17** protestu / protestów* z dnia 3 czerwca 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1. oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane "DROTECH",**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane "DROTECH",**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane "DROTECH"** na rzecz **Zarząd Dróg Powiatowych**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:.....)~~
~~przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na~~
~~rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane "DROTECH"**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Zarząd Dróg powiatowych w Gliwicach, na "Remont drogi powiatowej nr 2982S ul. Kosmonautów w Knurowie na odcinku od ul. 1-go Maja do ul. Szpitalnej", opublikowanym w dniu 22.04.2008r. w Biuletynie Zamówień Publicznych poz. 82771, DROG – BUD Sp. z o.o. (dalej DROG – BUD) w dniu 27.05.2008r., został poinformowany o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane „DROTECH” (dalej DROTECH).

Pismem z dnia 02.06.2008r., doręczonym Zamawiającemu w dniu następnym, tj. 03.06.2008r. faksem, DROG - BUD złożył protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie **art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp oraz żądając:

1. uwzględnienia protestu,
2. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. dokonanie ponownej oceny ofert,
4. dokonanie wykluczenia z postępowania wykonawcy DROTECH i odrzucenia jego oferty,
5. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty DROG - BUD.

W uzasadnieniu protestu DROG - BUD podał, że zgodnie z pkt. 10 ppkt 3 (str. 10) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), w przypadku wnoszenia wadium w innej formie niż pieniądź, dostarczona gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa winna zawierać: „zobowiązanie wypłaty kwoty wadium w przypadkach określonych w art. 46 ust. 5 pkt 1, 2 i 3 prawa zamówień publicznych. Gwarant zobowiązany jest do wypłaty wadium w dniu następnym po otrzymaniu wezwania od zamawiającego” .

Wskazał, że gwarancja ubezpieczeniowa wydana przez Towarzystwo Ubezpieczeń InterRisk S.A., wniesiona przez DROTECH, zawiera zapis: „Zapłata przez InterRisk S.A. kwoty, o której mowa w pkt. 1 nastąpi w terminie do 30 dni od dnia złożenia przez beneficjenta gwarancji pisemnego żądania wypłaty wraz z pisemnym oświadczeniem, że Zobowiązany jest zobowiązany do zapłaty powyższej kwoty w związku z zaistnieniem którejkolwiek z okoliczności określonych w pkt. 1”.

W ocenie DROG - BUD gwarancja ta nie spełnia wymagań Zamawiającego i wykonawca, który ją złożył winien być wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł nadto, że dokument gwarancji nie może podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a więc wada jest nieusuwalna.

Ze względu na takie czynności Zamawiającego DROG - BUD zarzucił także Zamawiającemu naruszenie **art. 7 ust. 1** oraz **art. 2 pkt 5** ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający tym samym nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu tego przepisu. Stwierdził także, że Zamawiający w oparciu o taki wybór nie może zawrzeć umowy, gdyż stanowiłoby to naruszenie **art. 7 ust. 3** ustawy Pzp.

Jako uzasadnienie swojego interesu prawnego DROG - BUD wskazał to, że zaniechanie odrzucenia oferty DROTECH spowodowało, że to oferta tego wykonawcy została wybrana, co w konsekwencji pozbawiło DROG - BUD możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ oferta DROG - BUD jest najkorzystniejsza – przedstawia najniższą cenę spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W dniu 05.06.2008r. (pismem z dnia 04.06.2008r.) do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił DROTECH, wnosząc o oddalenie protestu ze względu na bezzasadność podnoszonych w nim zarzutów.

Przystępujący podniósł, że wniósł wadium, które zabezpiecza interesy Zamawiającego, zaś wobec konieczności literalnego odczytywania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nie może on stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Przywołał wyrok ZA o sygnaturze akt UZP/ZO/0-690/07, w którym zawarto stwierdzenie, że: „Z faktu, że wadium było złożone w inny niż opisany sposób nie można bowiem wyprowadzić tezy o braku wniesienia wadium”.

Przystępujący zwrócił także uwagę na fakt, że sformułowanie o wypłacie w terminie do 30 dni nie wyklucza, że może ona nastąpić chociażby w dniu następnym od otrzymania stosownego wezwania.

Zamawiający pismem z dnia 11.06.2008r., doręczonym wykonawcom w dniu 12.06.2008r., poinformował, że protest uwzględnia.

W dniu 16.06.2008r. pismem z tego samego dnia, z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, Przystępujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych poprzez jego nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego, żądając nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu jego oferty. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie **art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 i 24 ust. 4 ustawy Pzp.**

Wykazując swój interes prawny Przystępujący stwierdził, że bezzasadne wykluczenie go z postępowania, w sytuacji, gdy w świetle kryteriów oceny jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą, odbiera mu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołujący podtrzymał zarzuty oraz argumentację przytoczoną w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego dodając, iż wskazanie w gwarancji ubezpieczeniowej terminu na zapłacenie kwoty gwarancji, innego aniżeli określony w SIWZ lub nie wskazanie go wcale, nie jest podstawą prawną do wykluczenia wykonawcy, ponieważ jest to tylko wynikający z SIWZ formalny wymóg, którego uchybienie nie niweluje materialnoprawnego skutku, jakim jest zabezpieczenie oferty wadium w wyznaczonym terminie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron , złożonych w toku rozprawy

I. skład orzekający lzby ustalił, co następuje:

Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku protestu złożonego przez P.I.B. DROTECH i odwołania, ponieważ nie potwierdzenie się zarzutu odnośnie wadium oznaczałoby uzyskanie zamówienia przez Odwołującego.

Wymagania Zamawiającego dotyczące wadium znalazły się w Rozdziale II Instrukcja dla wykonawców pkt 10 SIWZ. W zakresie wadium wnoszonego w formie innej niż pieniężna Zamawiający, w ostatnim fragmencie pkt. 10.3 SIWZ, zawarł zdanie o treści „Gwarant zobowiązany jest do wypłaty wadium w dniu następnym po otrzymaniu wezwania Zamawiającego”.

Ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium, złożona przez Odwołującego w tym postępowaniu, a wystawiona na rzecz Zarządu Dróg Powiatowych Gliwice, została udzielona przez Towarzystwo Ubezpieczeń InterRisk S.A. w dniu 13.05.2008r. i zawiera w pkt. 4 postanowienie o treści „Zapłata przez InterRisk S.A. kwoty, o której mowa w pkt 1, nastąpi w terminie do 30 dni od dnia złożenia przez Beneficjenta gwarancji pisemnego żądania wypłaty wraz z pisemnym oświadczeniem, że Zobowiązany jest zobowiązany do zapłaty powyższej kwoty w związku z zaistnieniem którejkolwiek z okoliczności określonych w pkt. 1”.

II. Skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Poza sporem jest fakt złożenia przez Odwołującego gwarancji ubezpieczeniowej z terminem zapłaty do 30 dni od dnia złożenia przez beneficjenta pisemnego żądania wypłaty. Sporne natomiast jest przypisanie konsekwencji tego faktu dla Odwołującego w świetle postanowień pkt. 10.3 Rozdziału II SIWZ.

Ustawodawca nałożył na zamawiających obowiązek zawarcia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagań dotyczących wadium (art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). Gdyby obowiązek ten miał sprowadzać się do wskazania przez Zamawiającego danych co do terminu, miejsca czy też numeru rachunku, na który należy wnieść wadium, to konstrukcja pkt. 8 art. 36 ust. 1 byłaby bardzo konkretna, podobna do konstrukcji pkt. 1,4,9 czy 11 art. 36 ust. 1. W ocenie składu orzekającego Izby wymagania, o których mowa w art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp winny precyzować kwestie, które zawarto już w przepisach ustawy (w art. 45 i 46 ustawy Pzp) lub regulować te kwestie, które nie zostały w niej ujęte. Oczywiście przy tym jest, że wymagania dotyczące wadium, artykułowane przez zamawiających, nie mogą naruszać zasad prowadzenia postępowania, w tym przede wszystkim zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, czy też ograniczać form wnoszenia wadium poprzez takie konstruowanie wymagań dodatkowych, które możliwość wniesienia wadium, w którejkolwiek z ustawowo dopuszczonych form, czyniłoby iluzoryczną.

W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający – Zarząd Dróg Powiatowych na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp był uprawniony do objęcia treścią SIWZ kwestii odnoszącej się do terminu realizacji uprawnień z gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej.

Wykonawcy mogli zapoznać się z treścią SIWZ od dnia jej zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego i poddać ją, jak każdą inną czynność Zamawiającego, ocenie pod kątem zgodności z przepisami ustawy Pzp, zwłaszcza zaś czy szczegółowe postanowienia w zakresie wadium nie naruszyły ich interesu i nie uniemożliwiły ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Ponieważ jednak treść SIWZ nie została zakwestionowana to stała się w takim brzmieniu wiążąca dla Zamawiającego i wykonawców.

Uznając zatem niepodważalność treści SIWZ, zawierającej wymóg wypłaty w dniu następnym po otrzymaniu wezwania oraz porównując ten wymóg z terminem zapłaty do 30 dni, wskazanym w gwarancji ubezpieczeniowej, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że nie spełnione zostały wymogi SIWZ odnośnie wadium.

W ocenie składu orzekającego Izby przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie może być odczytywany w oderwaniu od wymogów Zamawiającego odnośnie wadium zawartych w SIWZ, a jedynie przez pryzmat regulacji ustawowej w tym zakresie, tj. art. 45 i 46 ustawy Pzp, którym nie można przypisać wyczerpującego charakteru. Stałoby to w sprzeczności z obowiązkiem i jednocześnie uprawnieniem Zamawiającego takiego precyzowania wymagań dotyczących wadium, które zabezpieczać będą jego interesy. Z punktu widzenia Zamawiającego możliwość jak najszybszego wyegzekwowania uprawnień z gwarancji, tj. już następnego dnia po żądaniu wypłaty leży w jego interesie. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, niekwestionowanym przez Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu 5 na 7 wykonawców złożyło wadium w formie gwarancji z terminem wypłaty żądanym przez Zamawiającego, w tym, a jak ustalił skład orzekający Izby np. wykonawca WADROX S.A. złożył gwarancję ubezpieczeniową, którą wystawił InterRisk S.A., a więc ta sama spółka, która wystawiła gwarancję dla Odwołującego. Uznać zatem należy, że rynek gwarancji bankowych i ubezpieczeniowych jest w stanie sprostać wymaganiom Zamawiającego.

Odwołujący w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego i w odwołaniu podnosił, że możliwym jest wypłata wadium, na podstawie pkt. 3 złożonej przez niego gwarancji ubezpieczeniowej, choćby w dniu następnym od otrzymania stosownego wezwania. Skład orzekający Izby przyznaje, że teoretycznie możliwość taka istnieje, jednakże wypłata w dniu następnym nie jest w tym przypadku obowiązkiem banku, Zamawiający zaś nie może uznać spełnienia wymogu z tego powodu, że ziszczenie się wypłaty w dniu następnym nie jest wykluczone. Musi mieć w tym zakresie pewność.

Przywołany przez Odwołującego w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego fragment wyroku Zespołu Arbitrów o sygnaturze akt UZP/ZO/0-690/07 nie odnosi się do treści gwarancji, jak ma to miejsce w tym sporze, ale dotyczy błędów w zakresie wnoszenia wadium w sensie czynności natury technicznej.

Skład orzekający Izby wskazuje także, że samo wniesienie wadium jest wymogiem formalnym i jako wymóg o takim charakterze jest oceniany pod kątem wykluczenia wykonawców na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp.

Reasumując zatem, w ocenie składu orzekającego Izby wniesienie wadium, które nie spełnia wszystkich wymogów SIWZ oznacza w istocie, że wadium nie zostało wniesione, co obliguje Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W konsekwencji uznania zasadności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznał za uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*