

**WYROK**  
**z dnia 25 marca 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2013 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2013 roku przez wykonawcę GETINSA INGENIERIA S.L, Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa

przy udziale wykonawcy SAFEGE S.A. Parc de l'île, 15/27 rue du Port 92022 Nanterre, Francja (adres do korespondencji: SAFEGE S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie przy ulicy Solec 22, 00-410 Warszawa) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy GETINSA INGENIERIA S.L, Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania oraz dokonanie wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę GETINSA INGENIERIA S.L, Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa na rzecz wykonawcy GETINSA INGENIERIA S.L, Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sto sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego.

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

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Nadzór nad modernizacją linii E 20/CE 20 na odcinku Siedlce (91,489 km) - Biała Podlaska (170,300 km) w ramach projektu POIiŚ 7.1-9.1 „Modernizacja linii kolejowej E 20/CE 20 na odcinku Siedlce Terespol, etap II* opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 4 września 2012 roku pod numerem 2012/S 169-280088.

26 lutego 2013 roku Zamawiający przekazał informację *Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej*. Zamawiający poinformował, że jako oferta najkorzystniejsza została wybrana oferta SAFEGE S.A. Parc de l'île, 15/27 rue du Port 92022 Nanterre, Francja (dalej: Safege), wykonawca GETINSA INGENIERIA S.L, Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania (dalej: Getinsa) został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) podając jako podstawę faktyczną, że wadium złożone w formie gwarancji bankowej wystawionej przez hiszpański bank CAIXABANK SA nie spełnia wymagań ustawy.

5 marca 2013 roku Odwołujący, działając na podstawie przepisów art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy, złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

- niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty SAFEGE jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,
- niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy, pomimo iż Odwołujący wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, a następnie przedłużył okres związania ofertą oraz wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą,
- zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

- naruszenie przepisu 24 ust. 2 pkt 2 ustawy przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo iż Odwołujący wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, a następnie przedłużył okres związania ofertą oraz wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą,
- naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór oferty Safege jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Safege nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz naruszenie innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert, w tym w szczególności unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu prowadzenia postępowania, w szczególności zaś dokonania oceny ofert, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert, z udziałem oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust 1 ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku rozstrzygnięcia Zamawiającego polegającego na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Getinsa, a w konsekwencji - zaniechania wyboru oferty Getinsa jako najkorzystniejszej - Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Gdyby Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów ustawy - oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza, gdyż Odwołujący zaoferował najniższą cenę.

Działania Zamawiającego naruszają interes Odwołującego. Oferta Odwołującego została sporządzona zgodnie z przepisami ustawy i SIWZ, a co za tym idzie w sytuacji,

gdy w postępowaniu nie zostały złożone żadne inne oferty niepodlegające odrzuceniu, to oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący ma więc realne szanse na uzyskanie niniejszego zamówienia, a co za tym idzie niezgodne z prawem odrzucenie jego oferty i w ślad za tym unieważnienie przez Zamawiającego całego postępowania o zamówienie publiczne pozbawia Odwołującego możliwych do oszacowania korzyści finansowych wynikających z wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu przetargowym i realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił stanowisko:

Zamawiający w piśmie z dnia 26 lutego 2013 roku wskazał, że mając wątpliwości co do tłumaczenia dokumentu gwarancji bankowej dokonanej przez Odwołującego (gwarancja bankowa została wystawiona w języku hiszpańskim) dokonał tłumaczenia przysięgłego tego dokumentu. W tym miejscu należy podkreślić, iż Zamawiający dokonał tłumaczenia przysięgłego jedynie tego jedynego dokumentu. W szczególności - pomimo iż także inni wykonawcy przedstawiali szereg dokumentów obcojęzycznych - innych tłumaczeń przysięgłych Zamawiający nie dokonał. Co więcej - Zamawiający nie dokonał także tłumaczenia innego dokumentu wadium w formie gwarancji bankowej przedstawionego w języku hiszpańskim, a mianowicie wadium Konsorcjum KV Projekty Inżynieryjne i Architektoniczne Sp. z o.o. oraz KV Consultores de ingenieria, proyectos y obras. Niewątpliwie jest przejaw nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego. Nie jest zrozumiałe, dlaczego akurat ten jeden dokument został przez Zamawiającego przetłumaczony przysięgle, przy tak dużej ilości dokumentów obcojęzycznych złożonych przez wykonawców w trakcie postępowania. Wskazać należy, iż w samej ofercie Safage, wybranej jako najkorzystniejsza, znajduje się wiele takich dokumentów obcojęzycznych, jednakże Zamawiający nie dokonał przysięgłego tłumaczenia ani jednego z tych dokumentów. Zamawiający wskazał, iż „*powziął wątpliwości*” co do jednego stwierdzenia z gwarancji bankowej znajdującej się w ofercie Odwołującego, ale nie jest jasne, dlaczego akurat to sformułowanie wzbudziło jakiegokolwiek wątpliwości i na jakiej podstawie Zamawiający powziął te wątpliwości, Zamawiający nie wyjaśnił tego. Zamawiający nie wskazał także, dlaczego inne nieprzysięgłe, zwykłe tłumaczenia znajdujące się w pozostałych ofertach nie wzbudziły jego wątpliwości. Odwołujący nie sądzi bowiem, aby akurat w zakresie języka hiszpańskiego Zamawiający posiadał jakieś szczególne wiadomości specjalne, był specjalistą w tym zakresie. Zdaniem Zamawiającego przedmiotowe zachowanie Zamawiającego wynikało z chęci wykluczenia

Odwołującego z postępowania, a nie z rzeczywistego zamiaru prowadzenia postępowania w sposób należyty.

Odwołujący wskazuje, iż gdyby Zamawiający ocenił ofertę Getinsa zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - oferta Getinsa otrzymałaby największą ilość punktów spośród wszystkich ofert nie podlegających odrzuceniu. Jedynym kryterium oceny ofert była cena, zaś oferta Odwołującego ma najniższą cenę spośród ofert nie podlegających odrzuceniu: oferta Getinsa - 5.839.425 złotych, oferta Safege - 6.199.200 złotych.

Naruszenie przez Zamawiającego przepisu art 24 ust 2 pkt 2 ustawy.

W pierwszej kolejności Odwołujący oświadcza, iż wadium w formie gwarancji bankowej dołączone do oferty Getinsa jest w pełni zgodne z przepisami ustawy, w szczególności - obejmuje wszystkie przypadki zatrzymania wadium określone w art. 46 ust 5 ustawy (Zamawiający błędnie wskazał przepis art. 48 ust. 5). Odwołujący podkreśla, iż tłumaczenie załączone przez niego do oferty jest tłumaczeniem prawidłowym, zaś zwrot: „EL EJECUTOR NO HA APROBADO GARANTIA SUFICIENTE DE LA REALIZACION CORRECT DEL CONTRATO” należy przetłumaczyć „NIE WNIÓSŁ WYMAGANEGO ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY”. Odwołującemu nie są znane przyczyny, dla których tłumacz przysięgły Dominika Urbańska przetłumaczyła w inny sposób przedmiotowe wyrażenie. Być może wynika to z możliwości różnego tłumaczenia tego wyrażenia. Jednakże Getinsa oświadcza, iż tłumaczenie znajdujące się w jej ofercie jest tłumaczeniem prawidłowym, poprawnym i w pełni zgodnym z wersją hiszpańską.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślił, iż nawet gdyby przyjąć, że tłumaczenie przysięgłe posiadane przez Zamawiającego jest jedynym możliwym i dopuszczalnym (czemu Odwołujący przeczy), to i tak umieszczenie przedmiotowego sformułowania w ofercie w żaden sposób nie dyskwalifikuje przedmiotowego wadium w formie gwarancji bankowej. Otóż dla oceny prawidłowości wadium najistotniejsze jest, aby Zamawiający był zabezpieczony w sposób należyty - a w tym przypadku miał możliwość zatrzymania wadium (czyli skorzystania z gwarancji bankowej) w przypadku, gdyby Getinsa nie wniosła zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Niewątpliwie jednak przedmiotowe sformułowanie gwarancji bankowej nawet w brzmieniu wynikającym z tłumaczenia dokonanego przez Zamawiającego daje Zamawiającemu

takie uprawnienie - tj. Zamawiający byłby uprawniony do zatrzymania wadium w sytuacji określonej w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy. Otóż niedostarczenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy mieści się w sformułowaniu w wersji tłumaczenia Zamawiającego - tj. mieści się w sytuacji „wykonawca nie zgodził się na dostarczenie w odpowiedniej wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy”. Skoro bowiem dany wykonawca „nie wniósł zabezpieczenia”, to oczywiste jest, że „nie zgodził się na dostarczenie zabezpieczenia”. Nie można zgodzić się z wywodami Zamawiającego, iż sformułowanie „nie zgodził się na dostarczenie” należy rozumieć tylko w kategorii oświadczenia woli. Zamawiający wywodzi, iż w przypadku, gdyby wykonawca najpierw zgodził się na dostarczenie zabezpieczenia, a następnie nie dostarczył tego zabezpieczenia - to Zamawiający nie mógłby zrealizować gwarancji bankowej. Wywody Zamawiającego są całkowicie błędne. Otóż, gdyby dany wykonawca najpierw zgodził się na dostarczenie zabezpieczenia, a następnie nie dostarczył tego zabezpieczenia - to tym samym musiałby się uchylić od skutków swojego oświadczenia woli, a do tego nie byłby uprawniony, gdyż nie miałby podstaw prawnych, aby się uchylić. Zatem - samo „zgodzenie się” przy jednoczesnym braku „dostarczenia” - nie realizuje przesłanki określonej w gwarancji bankowej w tłumaczeniu Zamawiającego. Tym samym przedmiotowe sformułowanie gwarancji bankowej nawet w tłumaczeniu Zamawiającego realizuje przesłanki zatrzymania wadium określone w ustawie.

Po trzecie zaś - należy wskazać, że nawet gdyby przyjąć, iż na podstawie brzmienia gwarancji bankowej w tłumaczeniu Zamawiającego nie można zatrzymać wadium w przypadku nie wniesienia/nie dostarczenia zabezpieczenia wykonania umowy to Zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium na podstawie kolejnej przesłanki gwarancji bankowej, tj. gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących o stronie wykonawcy. Niewątpliwie bowiem dostarczenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy przed podpisaniem umowy jest zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. A zatem - jeśli dany wykonawca nie dostarczy przed podpisaniem umowy owego zabezpieczenia, to zawarcie umowy jest niemożliwe z przyczyn leżących po stronie takiego wykonawcy. Tym samym - Zamawiający jest w pełni zabezpieczony. Na podstawie gwarancji bankowej znajdującej się w ofercie Getinsa Zamawiający będzie uprawniony do żądania od banku będącego wystawcą gwarancji wypłaty kwoty wadium w sytuacji, gdyby oferta Getinsa została wybrana jako najkorzystniejsza a Getinsa nie dostarczyłby zabezpieczenia należytego wykonania umowy

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania, które zostało wniesione w ustawowym terminie tj. 5 marca 2013 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego:

- dowód z dokumentu: tłumaczenie przysięgłe z języka hiszpańskiego Gwarancji wadialnej nr 9340.03.1565162-03 sporządzone przez tłumacza przysięgłego na okoliczność treści przedmiotowej gwarancji wadialnej,
- dowód z dokumentu: pismo Odwołującego do CAIXABANK SA (wystawcy gwarancji wadialnej) z dnia 7 marca 2013 roku oraz odpowiedź CAIXABANK SA z dnia 8 marca 2013 roku wraz z tłumaczeniem przysięgłym na okoliczność wykazania przez CAIXABANK SA przesłanek określonych w gwarancji wadialnej, w przypadku ziszczenia których kwota objęta gwarancją zostanie wypłacona na rzecz Zamawiającego.

19 marca 2013 roku do Prezesa KIO wpłynęło *Pismo procesowe odwołującego* wraz z wnioskami dowodowymi opisanymi powyżej i załączonymi kserokopią gwarancji wadialnej i kserokopią tłumaczenia przysięgłego gwarancji wadialnej potwierdzonej za zgodność z oryginałem oraz kserokopią pisma z 7 marca 2013 roku i kserokopią odpowiedzi z 8 marca 2013 roku wraz z kopiami tłumaczeń przysięgłych tych dokumentów potwierdzonymi za zgodność z oryginałem.

Izba dopuściła dowody z dokumentów złożone przez Zamawiającego tj. trzy różne gwarancje wraz z tłumaczeniami, trzech różnych banków na okoliczność wykazania, iż gwarancje te zawierają inną treść niż treść w gwarancji wadialnej Odwołującego, a odzwierciedlającą treść art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy.

Na posiedzeniu uczestnik postępowania odwoławczego złożył pismo w sprawie *Pismo procesowe przystępującego* wraz z załączoną do pisma kopią tłumaczenia poświadczonego z języka hiszpańskiego gwarancji wadialnej Odwołującego.

Izba dopuściła dowód z dokumentu złożonego przez uczestnika postępowania odwoławczego tj. tłumaczenie z języka polskiego na język hiszpański treści art. 46 ust.5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy - *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą z uwagi na wykluczenie Odwołującego z postępowania mimo, że Odwołujący wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, a następnie przedłużył okres związania ofertą oraz wniósł*

wadium na przedłużony okres związania ofertą Izba uznała, iż odwołanie w podniesionym przez Odwołującego zakresie podlega uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że wymagania dotyczące wniesienia wadium w postępowaniu zostały przez Zamawiającego zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w punkcie 11. Zamawiający wymagał wniesienia wadium w kwocie 400 000,00 zł. (pkt 11.1 SIWZ). Zgodnie z punktem 11.5 SIWZ Zamawiający wskazał, że *w przypadku wnoszenia przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja ma być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwoalną i płatną na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego*. Zgodnie z punktem 11.12 SIWZ *okoliczności przepadku wadium oraz zasady jego zaliczenia na poczet zabezpieczenia należytego wykonania umowy określa ustawa*.

Zamawiający zrealizował ustawowy obowiązek wynikający z art. 45 ust. 1 ustawy - *Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8*.

Odwołujący wraz z ofertą złożył dokument *Gwarancja wadialna* nr 9340.03.1565162-03, (11 października 2012 roku), której gwarantem jest CAIXABANK SA w Madrycie, który udzielił gwarancji na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Targowej 74, 03-734 Warszawa tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez GETINSA INGENIERIA S.L, Ramon de Aguinaga 8, 28028 Madryt, Hiszpania. Wadium zostało wniesione w jednej z form dopuszczonych przez ustawę (art. 45 ust.6 ustawy).

Zgodnie z art. 46 ust. 5 ustawy *Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:*

- 1) *odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;*
- 2) *nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;*
- 3) *zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.*

Argumentacja Zamawiającego, dotycząca wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy w rozpoznawanej sprawie ogniskowała się wokół użytego w złożonej przez Odwołującego gwarancji wadialnej zwrotu o treści: *El ejecutor no ha aprobado garantía suficiente de la realización correct del contra to*, tłumaczonego przez Odwołującego w załączonym do oferty tłumaczeniu w następujący

sposób: *nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy*. Zwrot ten w ocenie Zamawiającego został jednak nieprawidłowo przez Odwołującego przetłumaczony. Zdaniem Zamawiającego prawidłowy przekład z języka hiszpańskiego na język polski spornego fragmentu gwarancji wadialnej zawiera sporządzone 8 lutego 2013 roku, na zlecenie Zamawiającego, przez tłumacza przysięgłego tłumaczenie. W tłumaczeniu tym kwestionowany fragment gwarancji wadialnej przetłumaczono następująco: *Wykonawca nie zgodził się na dostarczenie w odpowiedniej wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy*. Tym samym w ocenie Zamawiającego gwarancja wadialna złożona przez Odwołującego nie spełnia wymagań ustawy.

CAIXABANK SA w Madrycie – zgodnie z tłumaczeniem Odwołującego przedstawionym w ofercie (tłumaczenie wykonawcy) – zobowiązał się *nieodwołalnie, bezwarunkowo i na pierwsze żądanie do zapłacenia (Wam) Zamawiającemu każdej kwoty do wysokości 400 000, 00 PLN (...) na każde (Wasze) pisemne żądanie zapłat (...), właściwie podpisane, zawierające pisemne oświadczenie Zamawiającego i deklarację, że zaszło przynajmniej jedno z następujących zdarzeń: 1) Wykonawca, którego oferta została wybrana:*

- a) *odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,*
- b) *nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;*
- c) *zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy lub (...)*

Zgodnie z tłumaczeniem gwarancji wadialnej sporządzonym przez tłumacza przysięgłego 7 marca 2013 roku na zlecenie Odwołującego (załączone do *Pisma procesowego* Odwołującego), kwestionowany przez Zamawiającego zwrot (*El ejecutor no ha aprobado garantia suficiente de la realizacion correct del contra to*) został przetłumaczony: *nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub*.

W tłumaczeniu poświadczonym z języka hiszpańskiego z 8 lutego 2013 roku, przedstawionym na posiedzeniu przez uczestnika postępowania odwoławczego przy *Piśmie procesowym* przystępującego zwrot: *El ejecutor no ha aprobado garantia suficiente de la realizacion correct del contra to* został przetłumaczony: *W przypadku wybrania oferty Wykonawcy jako najlepszej, po podpisaniu zamówienia i wpłaceniu kaucji zabezpieczającej zamówienie*.

Z przedstawionego stanu faktycznego wynika zatem, iż sporny zwrot przez trzech tłumaczy przysięgłych został przetłumaczony w odmienny sposób.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 13 ustawy o zawodzie tłumacza przysięgłego z 25 listopada 2004 roku (Dz.U. nr 237 poz. 2702 ze zmianami), tłumacz przysięgły jest uprawniony do sporządzania i poświadczania tłumaczeń z języka obcego na język polski, z języka polskiego na język obcy, a także do sprawdzania i poświadczania tłumaczeń w tym zakresie, sporządzone przez inne osoby (ust. 1) a także sporządzania poświadczonych odpisów pism w języku obcym, sprawdzania i poświadczania odpisów pism, sporządzonych w języku obcym przez inne osoby (ust.2). Komentatorzy wskazują, że chodzi w tym przypadku o sporządzenie pisemnego tłumaczenia, a ustawa nie wskazuje wyraźnie rodzajów dokumentów i pism, jakie może tłumaczyć tłumacz przysięgły. Stosując zatem językową regułę interpretacyjną *lege non distinguente nec rostrum est distinguere*, tłumacz przysięgły ma co do zasady prawo dokonywać tłumaczeń wszelkich dokumentów i pism (Ustawa o zawodzie tłumacza przysięgłego. Komentarz, Mateusz Kaczocho, Marcin Mazuryk, str. 44). Zgodnie z art. 18 ust. 2 ustawy o zawodzie tłumacza przysięgłego na sporządzonych tłumaczeniach i odpisach pism należy stwierdzić, czy sporządzono je z oryginału, czy też z tłumaczenia lub odpisu, oraz czy tłumaczenie lub odpis jest poświadczony i przez kogo. Zgodnie z poglądami przedstawicieli doktryny przepis ten pośrednio wskazuje, że błędne jest założenie, z którego wynikałoby, że przedłożony tłumaczowi dokument, w celu jego przetłumaczenia, zawsze musi być oryginałem (Ustawa o zawodzie tłumacza przysięgłego. Komentarz, Mateusz Kaczocho, Marcin Mazuryk, str. 72). Uwzględniając powyższe Izba wskazuje, że złożone do akt sprawy tłumaczenia sporządzone lub poświadczane przez tłumaczy przysięgłych odpowiadają wymaganiom ustawy i nie potwierdziły się argumenty kwestionujące prawidłowość tych dokumentów podnoszone przez Strony i uczestnika postępowania ani w zakresie prawidłowości poświadczania tłumaczenia ani odnośnie dokumentu na podstawie którego sporządzone zostało tłumaczenie.

W ocenie Izby złożone trzy tłumaczenia, sporządzone przez trzech różnych tłumaczy przysięgłych (dwa tłumaczenia z języka hiszpańskiego i jedno tłumaczenie poświadczane z języka hiszpańskiego) wskazują jednoznacznie, że treść gwarancji wadialnej złożonej przez Odwołującego - *El ejecutor no ha aprobado garantia suficiente de la realizacion correct del contra to* - może być tłumaczona w różny sposób, i nie sposób wskazać, iż któreś z tych

tłumaczeń jest nieprawidłowe.. Faktem jest, że w złożonych na rozprawie przez Zamawiającego gwarancjach wystawionych w języku hiszpańskim przez inne podmioty został użyty inny zwrot - *El ejecutor no ha aportado garantía suficiente de la realización correct del contra to* – który tłumaczony jest w dołączonych tłumaczeniach następująco: wykonawca *nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy*. Jednakże w rozpoznawanej sprawie złożone przez Zamawiającego dokumenty nie dowodzą niczego poza tym, że w przedstawionych gwarancjach zostały użyte takie a nie inne zwroty a z pewnością nie dowodzą tego, że użyty w gwarancji wadialnej Odwołującego zwrot jest nieporwany przez co nie zabezpiecza interesów Zamawiającego co w konsekwencji powinno prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Złożone na rozprawie przez uczestnika postępowania odwoławczego tłumaczenie z języka polskiego na język hiszpański treści art. 46 ust.5 ustawy Prawo zamówień publicznych posługuje się zwrotem *aportado*, wskazuje na to, że takie tłumaczenie jest możliwe ale nie dowodzi tego, że gwarancja wadialna Odwołującego w której użyto innego zwrotu nie zabezpiecza Zamawiającego na wypadek nie wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Izba wskazuje również na to, że w części gwarancji wadialnej regulującej przypadki zwrotu gwarancji wadialnej (str. 2 gwarancji wadialnej) w punkcie 3, co nie było kwestionowane przez Zamawiającego, podano: *En caso de seleccion de la oferta del Ejecutor como la mejor, despues de la firma del contra to y paga de una fianza de aseguracion del contra to*; co w tłumaczeniu Odwołującego złożonym wraz z ofertą zostało przetłumaczone jako: *w przypadku gdy oferta Wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza, po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesiono zabezpieczenie należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano*.. W tłumaczeniu sporządzonym przez tłumacza przysięgłego, a przedstawionym przez Odwołującego, dokonano następującego tłumaczenia: *w przypadku gdy oferta Wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza, po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano*. W tłumaczeniu, którym posługiwał się Zamawiający, zwrot ten został przetłumaczony w następujący sposób: *w przypadku wyboru oferty wykonawcy jako najlepszej, po podpisaniu umowy i zapłacie wadium jako zabezpieczenia wykonania umowy*. Natomiast w poświadczeniu tłumaczenia, którym posługiwał się uczestnik postępowania odwoławczego czytamy: *w przypadku wybrania oferty Wykonawcy jako najlepszej, po podpisaniu zamówienia i wpłaceniu kaucji zabezpieczającej zamówienie*. Powyższe

potwierdza, że w różny sposób przez osoby dysponujące odpowiednimi kwalifikacjami i uprawnieniami (tłumacz przysięgły) może zostać przetłumaczony ten sam zwrot.

W ocenie Izby powyższe prowadzi do wniosku, że możliwe jest dla określenia przesłanki zwrotu wadium *nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy* użycie w gwarancji wadialnej różnych zwrotów, oraz że tłumaczenie gwarancji wadialnej złożonej przez Odwołującego – w zależności od tłumacza przysięgłego – może zostać sporządzone w różny sposób.

Dodatkowo należy wskazać, iż Odwołujący pismem z 7 marca 2013 roku skierował do wystawcy gwarancji wadialnej pytanie: *Wystawiona przez Państwa w dniu 11 października 2012 roku Gwarancja wadialna Kolejowe S.A., w zakresie sytuacji, w których Beneficjent będzie mógł skorzystać z tej Gwarancji. W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie następującej kwestii: jakie przesłanki muszą być spełnione, aby zapłacili Państwo na rzecz Beneficjenta kwotę 400.000,00 PLN w sytuacji określonej w pkt 1)b) przedmiotowej Gwarancji?* CAIXABANK SA pismem z 8 marca 2013 roku udzielił następujących wyjaśnień: *Wypłata kwoty 400.000,00 PLN (słownie: czterysta tysięcy złotych, 00/100) na rzecz Beneficjenta Gwarancji, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., nastąpi w przypadku wystąpienia którejkolwiek z sytuacji określonych w pkt 1) i/lub 2) przedmiotowej Gwarancji. Odnośnie punktu 1)b) wyjaśniamy, iż wypłata kwoty objętej gwarancją wadialną nastąpi w każdej sytuacji, w której Beneficjent nie otrzymała od Państwa zabezpieczenia należytego wykonania umowy, do dostarczenia którego to zabezpieczenia należytego wykonania umowy będą Państwo zobowiązani zgodnie z prawem, a Beneficjent zwróci się z żądaniem zapłaty zgodnie z postanowieniami gwarancji. Sytuacja ta wyraźnie przewidziana jest w treści przedmiotowej gwarancji.* W ocenie Izby dokument ten stanowi autentyczną wykładanie (wyjaśnienie) oświadczenia złożonego przez wystawcę gwarancji wadialnej i potwierdza, że złożone w gwarancji wadialnej oświadczenie gwaranta jest zgodne z wymaganiami ustawy. Pismo zostało podpisane przez osobę, która również podpisała gwarancję wadialną oraz zostało opatrzone pieczęcią z datą dzienną. Pismo to było kwestionowane przez uczestnika postępowania odwoławczego który podnosił, że nie wiadomo czy osoba ta jest uprawniona do podpisywania pism, jednakże uczestnik postępowania odwoławczego nie wykazał, aby osoba ta nie była uprawniona do podpisywania pism (ciężar dowodu spoczywał w tym przypadku na uczestniku postępowania).

Wadium wniesione przed terminem składania ofert, w odpowiedniej określonej przez Zamawiającego kwocie i formie, zgodnie z ustawą zawierające zabezpieczenie interesów Zamawiającego przez określenie sytuacji pozwalających na zatrzymanie kwoty wadialnej, (które wynikają z przepisów ustawy) nie może w rozumieniu przepisów ustawy być kwalifikowane przez Zamawiającego jako niezabezpieczające jego interesów i wypełniające treść art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. W rozpoznawanej sprawie gwarancja wadialna złożona przez Odwołującego zabezpiecza interes Zamawiającego i zostało dowiedzione przez Odwołującego, że Zamawiający będzie mógł żądać wypłaty wadium przez CAIXABANK S.A. w przypadku, gdy odwołujący nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Prawo i obowiązek Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy rodzi się jedynie wtedy, gdy dokument wadialny nie będzie wniesiony w ustawowo określonej formie lub nie będzie zawierał wymaganych w przepisach ustawy elementów, w żadnym innym przypadku nie jest uprawniony Zamawiający do wykluczenia wykonawcy. W kontekście powyższego bezprzedmiotowe są rozważania na temat wskazanej w uzasadnieniu odwołania argumentacji dotyczącej punktu 2 i punktu 3 art. 46 ust.5 ustawy.

Izba uznała, że zarzucane Zamawiającemu w tym stanie faktycznym sprawy naruszenia przepisu ustawy art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* miały miejsce.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*, Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 i § 6 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)

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....