

WYROK
z dnia 26 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Klaudia Szczytowska - Maziarz**
Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Dobrowolski Sp. z o.o., ul. Obrońców Warszawy 26a, 67-400 Wschowa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Żagańskie Wodociągi Kanalizacyjne Sp. z o.o., ul. Bolesława Chrobrego 44, 68-100 Żagań**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Dobrowolski Sp. z o.o., ul. Obrońców Warszawy 26a, 67-400 Wschowa,**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Dobrowolski Sp. z o.o., ul. Obrońców Warszawy 26a, 67-400 Wschowa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Dobrowolski Sp. z o.o., ul. Obrońców Warszawy 26a, 67-400 Wschowa** na rzecz zamawiającego **Żagańskich Wodociągów Kanalizacyjnych Sp. z o.o., ul. Bolesława Chrobrego 44, 68-100 Żagań** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Żagańskie Wodociągi Kanalizacyjne Sp. z o.o., ul. Bolesława Chrobrego 44, 68-100 Żagań (dalej „zamawiający”) na „Dostawę sprzętu do obsługi Kanalizacyjnej Kontrakt nr 1 „Rozbudowa sieci kanalizacji sanitarnej” Etap II” wykonawca – Dobrowolski Sp. z o.o., ul. Obrońców Warszawy 26a, 67-400 Wschowa (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. wykluczenia go z części II postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia złożonej przez niego oferty,
2. wyboru oferty złożonej przez innego wykonawcę w części II,
3. wykluczenia go z części III postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia złożonej przez niego oferty,
4. wyboru oferty złożonej przez innego wykonawcę w części III.

Odwołujący zażądał:

1. unieważnienia czynności wykluczenia go przez zamawiającego z części II i III postępowania i odrzucenia złożonych przez niego w tych częściach ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru w części II i III postępowania najkorzystniejszych ofert złożonych przez innego wykonawcę,
3. powtórzenia przez zamawiającego w części II i III czynności badania i oceny złożonych ofert,
4. powtórzenie przez zamawiającego w części II i III czynności wyboru ofert najkorzystniejszych z udziałem ofert odwołującego,

wskazując, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”).

W uzasadnieniu odwołania podniósł, że UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. (dalej „UNIQA TU S.A.”) udzieliło gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz zamawiającego do wysokości sumy gwarancyjnej zgodnie z SIWZ, w której to SIWZ w pkt. 10 ust. 3

zamawiający określił wymagania dotyczące wadium - w punkcie 3e wskazał wszystkie przesłanki zatrzymania wadium wyszczególnione w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.

W ocenie wykonawcy UNIQA TU S.A., zapisując w gwarancjach ubezpieczeniowych, że udziela gwarancji zgodnie z SIWZ nie musiało wobec tego wskazywać żadnych przesłanek zatrzymania wadium.

Wskazał nadto, że oprócz gwarancji ubezpieczeniowych zamawiający w dniu 2 lipca 2012 r. otrzymał dodatkowe oświadczenie wystawcy gwarancji, datowane na dzień wystawienia gwarancji wadialnej, złożone w oparciu o art. 65 § 1 kc, w którym ubezpieczyciel potwierdził, że gwarancja wadialna z dnia 6 czerwca 2012 r. stanowi wymagane zabezpieczenie zapłaty ustalonej przez zamawiającego kwoty wadium.

Odwołujący podniósł, że ustawa Pzp nie określa, jaką treść powinna zawierać gwarancja wadialna; treść ta nie jest uregulowana przepisami, ale ukształtowana głównie przez praktykę i znajduje oparcie przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych. Uznał, że wadium powinno spełniać swoją funkcję, tj. zabezpieczać możliwość jego zatrzymania we wszystkich sytuacjach, o których mowa w art. 46 ustawy Pzp, podkreślając, że celem regulacji ustawowej instytucji wadium jest zabezpieczenie uprawnień zamawiającego, poprzez groźbę przepadku wadium, w przypadku zaistnienia określonych w ww. przepisie działań lub zaniechań wykonawcy.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odwołania z dnia 12 lipca 2012 r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 lipca 2012 r., a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Izba ustaliła, iż odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę w ramach części II oraz ofertę w ramach części III zamówienia z cenami wynoszącymi odpowiednio 772 440,00 zł brutto oraz 383 760,00 zł brutto. We wskazanych częściach ofertę złożył również inny wykonawca z cenami wyższymi, wynoszącymi odpowiednio 780 804,00 zł brutto oraz 380 894,00 zł brutto. Zarzut podniesiony w odwołaniu zmierza do przywrócenia odwołującego do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji dopuszczenia do oceny

złożonych przez niego w obu częściach ofert, co – biorąc pod uwagę fakt, że odwołujący złożył oferty z cenami niższymi niż ceny ofert uznanych przez zamawiającego za najkorzystniejsze, w sytuacji, gdy cena stanowiła jedyną kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 15 SIWZ) oznacza, że uwzględnienie odwołania umożliwi odwołującemu uzyskanie w części II i III zamówienia (w postępowaniu w części II i III nie wpłynęły, poza ofertą odwołującego i wykonawcy wybranego, żadne inne oferty).

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj:

1. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. Oferty odwołującego złożonej w ramach części II postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
3. Oferty odwołującego złożonej w ramach części III postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
4. Oświadczenia UNIQA TU S.A. Przedstawicielstwo w Poznaniu z dnia 6 czerwca 2012 r. dotyczącego gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998A202746,
5. Oświadczenia UNIQA TU S.A. Przedstawicielstwo w Poznaniu z dnia 6 czerwca 2012 r. dotyczącego gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998A202747,
6. Zawiadomienia o wynikach postępowania we wszystkich czterech częściach zamówienia z dnia 6 lipca 2012 r.,
7. Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego,

Zarzut bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z udziału w części II i III zamówienia, a w konsekwencji bezpodstawnego odrzucenia ofert odwołującego złożonych w tych częściach, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 24 ust. 4 oraz 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający w pkt 4 SIWZ dopuścił składanie ofert częściowych na opisane w pkt 3 SIWZ cztery części zamówienia (I-IV).

W pkt. 10. 3) SIWZ zamawiający zażądał, aby wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej zawierało w szczególności „kwotę gwarancji” oraz zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego

w przypadku, gdy wykonawca, którego ofertę wybrano:

- odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie lub
- nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub
- zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy lub
- 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, chyba , że udowodnił, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego SIWZ w zakresie postanowień odnoszących się do wadium nie była przez zamawiającego modyfikowana, co strony zgodnie potwierdziły na rozprawie.

Odwołujący w ramach części II zamówienia złożył Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 998A202747 z dnia 6 czerwca 2012 r., której wystawcą była UNIQA TU S.A. Przedłożona gwarancja przewidywała wybór, poprzez zakreślenie jednej z możliwych opcji, zgodności tej gwarancji z SIWZ albo regulaminem przetargu, przy czym – co istotne – wybór ten odnosił się do zgodności wysokości sumy gwarancyjnej, o czym przesądza odwołanie się – bezpośrednio przed miejscem wyboru (zakreślenia właściwego kwadratu), właśnie do wskazanej sumy (6 tys. zł dla części II).

W kolejnym zdaniu, po treści odnoszącej się do wysokości kwoty gwarancji, podano: „Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty nie wyższej, niż suma gwarancyjna na pierwsze pisemne wezwanie Beneficjenta, przedłożone w okresie obowiązywania gwarancji, zawierające oświadczenie, że wystąpiła jedna z następujących sytuacji:

- Zobowiązany odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia na warunkach określonych w ofercie,
- Zawarcie umowy w sprawie zamówienia stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”

W kolejnych zdaniach, po treści zacytowanej powyżej, podano: „Gwarant dokona zapłaty z tytułu niniejszej gwarancji w terminie 14 dni od dnia otrzymania wezwania. Wezwanie to powinno być podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania beneficjenta i składania w jego imieniu oświadczeń ze wskazaniem podstawy tego uprawnienia. Gwarancja niniejsza jest ważna w okresie (...) i wygasa automatycznie i całkowicie, jeśli wezwanie do zapłaty wraz z oświadczeniem Beneficjenta nie zostanie dostarczone do Gwaranta w ww. terminie.”

Tożsame postanowienia (z wyjątkiem kwoty – 4 tys. zł dla części III) zawierała Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr 998A202746 z dnia 6 czerwca 2012 r., wystawiona przez to samo towarzystwo ubezpieczeniowe, złożona przez odwołującego

w ramach części III zamówienia.

W dniu 2 lipca 2012 r. odwołujący złożył zamawiającemu Oświadczenia UNIQA TU S.A. z dnia 6 czerwca 2012 r. dotyczące gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998A202747 oraz nr 998A202746, w których gwarant oświadczył – odpowiednio do uprzednio wystawionych gwarancji – że zobowiązuje się do zapłaty sumy gwarancyjnej na wezwanie przedłożone w okresie obowiązywania gwarancji zawierające oświadczenie, że wystąpiła jedna z następujących sytuacji:

- „Zobowiązany odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie,
- Zobowiązany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- Zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego,
- Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie”.

Oświadczenia zawierały także zdanie: „Zgodnie z powyższym gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr (...) jest zgodna z zapisami SIWZ, a także art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo Zamówień Publicznych”. Niniejsze oświadczenie stanowi integralna część gwarancji nr (...).”

Pismem z dnia 6 lipca 2012 r. zamawiający powiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, zarówno w części II, jak i w części III na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, w konsekwencji wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wobec faktu, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo. W uzasadnieniu wykluczenia zamawiający podał, że złożone przez odwołującego wadium nie wymienia wszystkich przesłanek w przypadku zaistnienia, których zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium. W podsumowaniu zamawiający wskazał: „Reasumując, ponieważ gwarancja nie wymienia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium lub też ogólnego odesłania w treści gwarancji przepisów prawa zamówień publicznych, które by go zastępowały, Zamawiający nie ma pewności, że gwarancja prawidłowo zabezpiecza cele, dla których jest składana, a tym samym nie będzie miał możliwości uruchomienia, tj. żądania zapłaty oznaczonej nią kwoty, w wszystkich przypadkach, o których stanowi ustawa i jest uprawniony. Wadium nie zostało wniesione prawidłowo, co obliguje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.”

Izba zważyła, co następuje.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie, iż za prawidłowe należy uznać takie tylko wadium, które umożliwi

zamawiającemu, w przypadku wadium ustanowionego w formie gwarancji, uzyskanie sumy wadialnej w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Nie kwestionował tego odwołujący.

Izba podziela także stanowisko zamawiającego, że gwarancje ubezpieczeniowe zapłaty wadium złożone przez odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zabezpieczyły prawidłowo ofert w części II i III, tj. w częściach w których odwołujący przystąpił do postępowania, ponieważ nie zapewniały zamawiającemu uzyskania kwoty wadialnej na wypadek wystąpienia sytuacji, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Izba aprobeuje przy tym stanowisko prezentowane przez odwołującego, że treść gwarancji nie musi wiernie odtwarzać brzmienia przepisu art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Za wystarczające uznać należy opisanie sytuacji, w których bank będzie zobowiązany do zapłaty lub odesłanie do przepisów prawa warunki zapłaty określające, a nawet wskazanie, że bank zapłaci sumę gwarancyjną na zasadach określonych w ustawie Pzp. Jednak każdorazowo wskazanie warunków musi być na tyle precyzyjne, aby nie budzić wątpliwości beneficjenta gwarancji, co do możliwości zaspokojenia się z gwarancji.

W rozpoznawanym przez Izbę przypadku nie mamy do czynienia z odesłaniem do przepisów ustawy Pzp, ale z budzącym wątpliwości co do zakresu odesłaniem do postanowień SIWZ.

W orzecznictwie Izby wskazywano już, że ze względu na charakter prawny gwarancji, będącej zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego – stosunku przetargowego, do interpretacji treści gwarancji wadialnej nie można stosować liberalnych zasad wykładni oświadczeń woli wskazanych w art. 65 par. 1 kc. Izba podkreślała, że pewność co do wypłaty wadium musi zaistnieć już w chwili otwarcia ofert.

W rozpoznawanej przez Izbę sprawie brak pewności zamawiającego co do uzyskania sumy wadialnej wynikał z wątpliwości, do których to postanowień SIWZ odwołuje się treść gwarancji, tj. czy odwołuje się do pkt 10. 3) lit. e SIWZ zawierającej katalog przesłanek zatrzymania wadium, w sytuacji gdy jednocześnie w treści gwarancji podano niepełny – w stosunku do postanowień SIWZ – katalog.

W ocenie Izby analiza treści obu gwarancji złożonych w części II i III prowadzi do wniosku, że odwołanie się do postanowień SIWZ odnosi się wyłącznie do wysokości sumy gwarancyjnej żądanej w SIWZ, ponieważ bezpośrednio po wskazaniu sumy odwołanie to następuje. Przemawia za tym także fakt odrębnego wskazania przez wystawcę gwarancji przesłanek zapłaty sumy gwarancyjnej, ponieważ nie sposób w takim przypadku przyjąć, że ta sama kwestia jest w jednym, krótkim dokumencie regulowana dwukrotnie. Byłoby to nielogiczne, niekonsekwentne, zbędne.

Jednak nawet gdyby przyjąć, że odwołanie do postanowień SIWZ odnosi się także do

zawartego w SIWZ katalogu przesłanek zatrzymania wadium, to wątpliwą pozostawałaby kwestia, któremu katalogowi – zawartemu w SIWZ, czy zawartemu w gwarancji, należałoby przypisać pierwszeństwo. Wyjaśnienie tej kwestii, a tym samym jej rozstrzygnięcie, już po upływie terminu wniesienia wadium i składania ofert, byłoby niedopuszczalne, ponieważ do wadium, które nie stanowi treści oferty, ale jej zabezpieczenie, nie może mieć zastosowanie przepis art. 87 ustawy Pzp.

Wobec istnienia „dwóch katalogów zatrzymania wadium” wątpliwą jest także kwestia samego sposobu i skuteczności wskazania przez zamawiającego – na etapie realizacji uprawnień z tytułu gwarancji – podstawy żądania. Oświadczenie takie (podstawa żądania), zamawiający – beneficjent gwarancji, zgodnie z wymogiem samej gwarancji, musiałby złożyć.

W ocenie Izby Oświadczenia UNIQA TU S.A. dotyczące uprzednio wystawionych gwarancji ubezpieczeniowych zapłaty wadium z dnia 6 czerwca 2012 r., a zatem z tej samej daty, w jakiej wystawione zostały gwarancje stanowią w istocie ich zmianę, poprzez zobowiązanie się do zapłaty sumy gwarancyjnej na wypadek zaistnienia innych jeszcze niż w pierwotnej treści gwarancji przesłanek zapłaty, o czym świadczy zdanie ostatnie: „Niniejsze oświadczenie stanowi integralną część gwarancji nr (...)”.

Gdyby odwołujący Oświadczenia te przedstawił wraz z Gwarancjami ubezpieczeniowymi zapłaty wadium przed terminem składania ofert, jak wymaga tego przepis art. 45 ust. 3 ustawy Pzp (co było możliwe skoro Oświadczenia zostały złożone przez UNIQA TU S.A. w dniu 6 czerwca 2012 r.), nie zaś w dniu 2 lipca 2012 r., tj. po wyznaczonym na dzień 11 czerwca 2012 r. terminie składania ofert (pkt 13 SIWZ), zamawiający nie miałby podstaw do jego wykluczenia.

W tym stanie rzeczy zamawiający zobowiązany był do wykluczenia odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w części II i III na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji do odrzucenia złożonej przez niego oferty. Odrzucenia oferty winno w tym przypadku nastąpić na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, nie zaś art. 89 ust. 1 pkt 5 (przepis odnosi się do trybów wieloetapowych). Błędne wskazanie podstawy odrzucenia oferty odwołującego pozostaje jednak bez wpływu na ocenę prawidłowości czynności odrzucenia oferty przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż odwołanie należało oddalić.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego (15 000,00 zł) oraz poniesione przez zamawiającego koszty wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) i obciążyła nimi stronę odwołującą.

Przewodniczący: