

Sygn. akt: KIO/2115/10

WYROK
z dnia 12 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Członkowie: Katarzyna Prowadzisz
Katarzyna Ronikier-Dolańska
Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 września 2010 r. przez **PER AARSLEFF POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 131** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Ełku, 19-300 Ełk, ul. Suwalska 64,**

przy udziale wykonawcy **TECO Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 51-502 Wrocław, ul. Mydlana 1,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. uwzględni odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Ełku, 19-300 Ełk, ul. Suwalska 64 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez PER AARSLEFF POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 131,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Ełku, 19-300 Ełk, ul. Suwalska 64** na rzecz **PER AARSLEFF POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-952 Warszawa, ul. Wiertnicza 131**, stanowiącej uzasadnione koszty strony 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 na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Ełku, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Przebudowę kolektorów sanitarnych wschodniej części miasta Ełk”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 sierpnia 2010 r., nr 2010/S 149-230880.

Pismem z dnia 24 września 2010 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający poinformował wykonawcę PER AARSLEFF POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy TECO Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „TECO”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 29 września 2010 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 29 września 2010 r.) wobec czynności:

1. wyboru oferty wykonawcy TECO jako najkorzystniejszej, mimo iż oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
2. zaniechania wykluczenia wykonawcy TECO na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jako wykonawcy, który nie złożył w terminie składania ofert wadium w formie wskazanej przez Zamawiającego, a tym samym odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp;
3. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy TECO na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na to, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. uchylenie decyzji o wyborze oferty wykonawcy TECO jako najkorzystniejszej,

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert,
3. wykluczenie wykonawcy TECO, a tym samym odrzucenie jego oferty,
4. odrzucenie oferty wykonawcy TECO,
5. zwrot kosztów postępowania według spisu złożonego na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż.:

1. gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez wykonawcę TECO nie spełnia warunków wskazanych przez Zamawiającego w treści SIWZ i określonych w ustawie Pzp. Zakres złożonej gwarancji jest niezgodny z przepisem art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, dlatego też należy uznać, iż wykonawca TECO nie wniósł wadium, co winno skutkować jego wykluczeniem, a w konsekwencji odrzuceniem oferty tego wykonawcy;
2. Zamawiający określił wymagania dotyczące rękawa uszczelniającego, określając iż wymagany jest moduł sprężystości krótkoterminowy nie mniejszy niż 2100 MPa. Natomiast wykonawca TECO, udzielając wyjaśnień, wskazał parametr dla rękawa „POLTEC 3 moduł sprężystości E przy zginaniu > 1800 MPa. Parametr ten jest zbyt niski w stosunku do wymagań Zamawiającego określonych w STWiOR, tj. mniejszy niż wymagane 2100 MPa.

W dniu 30 września 2010 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę TECO o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania oraz wezwał wykonawcę do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 2 października 2010 r. (pismem z dnia 1 października 2010 r.) wykonawca TECO przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut dotyczący niewniesienia wadium potwierdził się.

Izba ustaliła, iż wykonawca TECO w załączeniu do oferty, na potwierdzenie wniesienia wadium, złożył Ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium nr 02GG10/0079/10/0023 z dnia 8 września 2010 r. wystawioną przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group Oddział Wrocław, w treści której m.in. wskazano zobowiązanego, beneficjenta gwarancji, postępowanie, którego ono dotyczy poprzez wskazanie jego nazwy oraz określono kwotę, do zapłacenia której nieodwołalnie i bezwarunkowo zobowiązuje się gwarant „w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. wraz z późniejszymi zmianami, tj.:

1. Zobowiązany, którego oferta została wybrana odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
2. Zobowiązany, którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
3. Zobowiązany, którego oferta została wybrana 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 ustawy Prawo zamówień publicznych lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie,
4. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego, którego oferta została wybrana”.

W ocenie Odwołującego przedmiotowy dokument nie został prawidłowo wystawiony.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje.

Istotnie – jak słusznie podniósł Odwołujący – gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez wykonawcę TECO nie zabezpiecza w pełni roszczeń Zamawiającego. Kwestionowana gwarancja nie obejmuje bowiem wszystkich przypadków, w których zgodnie a treścią art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium. O powyższym nie może przesądzać – wbrew twierdzeniom Zamawiającego – wyłącznie ogólne odwołanie się

do przepisów ustawy Pzp, jak również sformułowanie „co najmniej jednego z przypadków”, które – zdaniem Izby - nie oznacza, iż jest to jedynie wyliczenie przykładowe. Z treści złożonej przez wykonawcę TECO gwarancji ubezpieczeniowej (pkt 1) jednoznacznie bowiem wynika, że zarówno sformułowanie „co najmniej jednego z przypadków”, jak i „tj.” wskazuje na to, iż zapłata z tytułu zatrzymania wadium nastąpi „w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych (...), tj.”, a więc odnosi się jedynie do przypadków enumeratywnie wyliczonych w treści gwarancji pkt 1 ppkt 1-4. Nie obejmuje więc przypadków, które nie zostały w niej wymienione. Niemożliwym jest więc wskazanie w żądaniu zapłaty, kierowanego zgodnie z punktem 5 ppkt 5 przedmiotowej gwarancji, przypadku określonego w treści tej gwarancji, stanowiącego podstawę roszczenia Zamawiającego. Tak więc Zamawiający – w myśl przedłożonej gwarancji – nie mógłby wystąpić z roszczeniem o zapłatę określonej kwoty tytułem zatrzymania wadium na skutek zaistnienia okoliczności niewymienionych w treści złożonej gwarancji ubezpieczeniowej. Nadto Izba stwierdziła, iż pismo ubezpieczyciela z dnia 30 września 2010 r. nie może sanować błędnej gwarancji ubezpieczeniowej, a tym bardziej zmieniać warunków przedłożonej wraz z ofertą gwarancji, a w przedmiotowym piśmie poprzez użycie sformułowania „zobowiązał się w przypadku zaistnienia jednego z przypadków utraty wadium określonych w art. 46 ust. 4a i art. 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych do wypłaty sumy gwarancyjnej na rzecz Zamawiającego”, ubezpieczyciel niewątpliwie to uczynił.

Tym samym Izba uznała, iż przedmiotowy zarzut potwierdził się.

Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty z treścią SIWZ potwierdził się.

Izba ustaliła, co jest bezspornym pomiędzy Stronami, iż Zamawiający w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (STWiOR), stanowiącej załącznik do SIWZ wyspecyfikował wymagania dotyczące rękawa uszczelniającego, wskazując iż wymagany jest moduł sprężystości krótkoterminowy nie mniejszy niż 2100 MPa.

Wykonawca TECO, w odpowiedzi na pismo Zamawiającego wzywające do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, przedłożył m.in. Opis techniczny surowców i materiałów używanych w technologii POLTEC®, w treści którego wskazał dane techniczne dla rękawa POLTEC®, w tym „moduł sprężystości E przy zginaniu > 1800 MPa”.

Zdaniem Odwołującego powyższe oznacza, iż parametr ten jest zbyt niski w stosunku do wymaganego przez Zamawiającego w STWiOR.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż Zamawiający wymagał aby dla rękawa uszczelniającego kwestionowany parametr był nie mniejszy niż 2100 MPa. Bezspornym jest także, iż poza ogólnym oświadczeniem dotyczącym zrealizowania zamówienia zgodnie z wymogami przedstawionymi w specyfikacji, a zawartym w Formularzu oferty Zamawiający nie wymagał

przedłożenia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających spełnienie wymogów określonych w STWiOR. Tym niemniej stwierdzić należy, iż faktycznie z treści wyjaśnień złożonych przez wykonawcę TECO jednoznacznie wynika, iż dla oferowanego przez niego rękawa POLTEC® parametr modułu sprężystości E przy zginaniu wynosi „> 1800 MPa”, podczas gdy Zamawiający wymagał aby wynosił on nie mniej niż 2100 MPa. Izba nie podziela w tym względzie stanowiska Zamawiającego, który podnosił, iż przedłożony wraz z wyjaśnieniami z dnia 17 września 2010 r. Opis techniczny surowców i materiałów używanych w technologii POLTEC® jest jedynie informacją ogólną dotyczącą produktów zastosowanych do produkcji rękawa POLTEC®. Zamawiający, co prawda w piśmie wzywającym do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, prosił o dostarczenie m.in. „specyfikacji materiałowej przedmiotu oferty ze szczegółowym opisem technicznym lub kartami katalogowymi zawierającymi parametry techniczne i hydrauliczne: konstrukcji rękawa wypełniającego; elementów konstrukcji i materiałów przeznaczonych do przebudowy studni kanalizacyjnych oraz rur, komór i armatury związanej z przewiertem sterowanym pod rzeką Ełk”, jednak informacje te miały dotyczyć rękawa, stanowiącego przedmiot oferty, a nie jakiegokolwiek rękawa. Tak więc wskazany w ww. piśmie przez wykonawcę TECO rękaw POLTEC® nie posiada parametrów wymaganych przez Zamawiającego w STWiOR. Wobec powyższego rodzi się pytanie czy w tym konkretnym stanie faktycznym należało dokonać oceny spełnienia wymagań oferowanych produktów także w oparciu o udzielone przez wykonawcę TECO wyjaśnienia. Zdaniem Izby w przypadku ujawnienia się okoliczności wskazujących na sprzeczność oferty danego wykonawcy z treścią SIWZ, co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym, nawet jeżeli informacje te wynikają z dokumentacji danego postępowania (w tym wszelkich dokumentów składanych w postępowaniu przez wykonawców) to jednak ujawniona sprzeczność winna skutkować odrzuceniem oferty takiego wykonawcy.

Tym samym zarzut ten należy uznać za zasadny.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumenty złożone przez Strony do akt sprawy, uznając przedłożone dokumenty za stanowiska Strony je składającej.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego i ograniczając je do wysokości 3.600,00 zł.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....