

Sygn. akt: KIO 2396/10

WYROK
z dnia 17 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Marek Szafraniec
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 2 listopada 2010 r. przez **Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A., ul. J.M. Iturrioz 26, Beasain, Guipuzcoa, Hiszpania** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Wielkopolskie z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego, Al. Niepodległości 18, 61-713 Poznań**

przy udziale wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A., ul. J.M. Iturrioz 26, Beasain, Guipuzcoa, Hiszpania**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Construcciones**

y **Auxillar Ferrocarriles S.A., ul. J.M. Iturrioz 26, Beasain, Guipuzcoa, Hiszpania**, stanowiący koszt postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 134 zł 50 gr** (słownie: cztery tysiące sto trzydzieści cztery złote pięćdziesiąt groszy) przez **Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A., ul. J.M. Iturrioz 26, Beasain, Guipuzcoa, Hiszpania** na rzecz **Województwa Wielkopolskiego z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego, Al. Niepodległości 18, 61-713 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie i noclegu,
- 3) zwrot Urzędowi Zamówień Publicznych z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Construcciones y Auxillar Ferrocarriles S.A., ul. J.M. Iturrioz 26, Beasain, Guipuzcoa, Hiszpania** kwoty **500 zł 00 gr** (słownie: pięćset złotych zero groszy), wpłaconej przez **Construcciones y Auxillar Ferrocarriles S.A., ul. J.M. Iturrioz 26, Beasain, Guipuzcoa, Hiszpania** ponad wysokość przewidzianego prawem wpisu.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący

.....

Członkowie

.....

.....

UZASADNIENIE

do wyroku z dnia 17 listopada 2010 r. o sygn. akt: KIO 2396/10

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na dostawę nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych do wykonywania kolejowych przewozów pasażerskich wykonawca Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. wyboru oferty złożonej przez spółkę Pesa jako najkorzystniejszej, mimo że powinna podlegać odrzuceniu, ewentualnie spółka powinna zostać wykluczona z postępowania,
2. zaniechania dokonania prawidłowej oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu,
3. zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
4. zaniechania odrzucenia oferty spółki Pesa z postępowania, mimo że treść tej oferty jest niezgodna z treścią SIWZ oraz może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji,
5. zaniechania wykluczenia spółki Pesa z postępowania wobec złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania,
6. zaniechania dokonania badania skuteczności i zgodności z prawem zastrzeżenia informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa w ofercie spółki Pesa,
7. zaniechania dokonania wezwania spółki Pesa do złożenia wyjaśnień i udowodnienia, że informacje zastrzeżone w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
8. zaniechania udostępnienia odwołującemu wszystkich załączników do protokołu postępowania, w tym w szczególności opinii biegłego, który dokonywał oceny złożonych ofert w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”):

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 91 ust. 1, poprzez dokonanie wyboru oferty spółki Pesa jako najkorzystniejszej, pomimo że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ i powinna podlegać odrzuceniu; ewentualne naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz 24 ust. 2 pkt 2 wobec zaniechania odrzucenia oferty Pesa lub wykluczenia Pesa w związku z bezpodstawnym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa przez Pesa,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2, wobec zaniechania odrzucenia oferty Pesa, mimo że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, w szczególności przez brak przedłożenia przez Pesa wszystkich wymaganych przez zamawiającego dokumentów wraz z ofertą,
3. art. 91 ust. 1, poprzez wybór oferty Pesa, która nie jest ofertą najkorzystniejszą oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej

w postępowaniu na podstawie przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, ewentualnie art. 24 ust. 2 pkt 3, poprzez zaniechanie wykluczenia Pesa z postępowania w razie przesądzenia, że Pesa zaoferowała ilość stałych miejsc siedzących w jednym EZT w formularzu ofertowym (204), mimo że konstrukcja pojazdu Pesa oferowanego zamawiającemu nie pozwala, aby w EZT Pesa znajdowała się taka ilość stałych miejsc siedzących,

4. art. 7 ust. 1, poprzez brak zachowania przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegający na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z badaniem skuteczności dokonanego przez Pesa zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i tym samym uniemożliwienie odwołującemu weryfikacji złożonych ofert,
5. art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1, poprzez brak zachowania przejrzystości i jawności prowadzonego postępowania na skutek bezkrytycznego uwzględnienia zastrzeżenia informacji przez Pesa, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Pesa bez uprzedniego dokonania badania, czy informacje te faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
6. art. 96 ust. 2 oraz 3, a także art. 8 ust. 1, poprzez nieudostępnienie odwołującemu po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu wszystkich załączników do protokołu, mimo że są one jawne, w szczególności opinii biegłego, który dokonywał oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

1. rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie,
2. opuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania na okoliczności wskazane odwołaniem, w szczególności w zakresie wadliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechania odrzucenia oferty Pesa, ewentualnie wykluczenie Pesa, jak również bezpodstawności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Pesa,
3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii jednostki badawczo rozwojowej, Instytutu Kolejnictwa z siedzibą w Warszawie na okoliczność dokonania oceny zgodności oferty Pesa i parametrów technicznych zaoferowanego pojazdu przez Pesa z parametrami technicznymi określonymi przez zamawiającego w treści SIWZ i ich wzajemnej zgodności, w szczególności w następującym zakresie:
 - przedłożenia przez Pesa wraz z ofertą wszystkich dokumentów wymaganych przez zamawiającego, które pozwalają na ocenę oferty Pesa w zakresie zgodności parametrów technicznych wskazanych przez zamawiającego w SIWZ,

- posiadania przez pojazd zaoferowany przez Pesa wskazanej ilości 204 stałych miejsc siedzących, w tym technicznej możliwości rozmieszczenia takiej ilości miejsc w zaoferowanym pojeździe, z uwzględnieniem wszystkich obowiązujących w tym zakresie norm technicznych i rozwiązań technicznych pojazdu Pesa oznaczonego jako 22Wea oraz parametrów technicznych wskazanych przez zamawiającego w SIWZ,
- ustalenia czy w ramach 204 stałych miejsc siedzących, Pesa zaoferowała również miejsca odchylnie/składane,
- ustalenia masy służbowej zaoferowanego pojazdu, w szczególności czy masa służbowa pojazdu Pesa jest prawidłowa, biorąc pod uwagę, obowiązujące w tym zakresie normy techniczne i rozwiązania techniczne pojazdu Pesa oznaczonego jako 22Wea oraz parametrów technicznych wskazanych przez zamawiającego w SIWZ, w tym również w kontekście zaoferowania w pojeździe oznaczonym jako 22Wea, 204 stałych miejsc siedzących.

Odwołujący wniósł także o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanej oceny ofert,
- dokonania ponownej oceny i badania złożonych ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- dokonania czynności odrzucenia oferty Pesa z uwagi, iż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, ewentualnie wykluczenie Pesa z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania,
- ujawnienia informacji zastrzeżonych w ofercie Pesa w przypadku przesądzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, alternatywnie, w razie przesądzenia, że Pesa zastrzegła informacje w sposób nieuprawniony, nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Pesa na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp lub wykluczenia Pesa na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.
- nakazanie wykluczenia Pesa z postępowania na mocy przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w razie przesądzenia, że Pesa zaoferowała ilość stałych miejsc siedzących w jednym EZT w formularzu ofertowym (204), mimo że konstrukcja pojazdu Pesa oferowanego zamawiającemu nie pozwala, aby w EZT Pesa znajdowała się taka ilość stałych miejsc siedzących,
- udostępnienie odwołującemu na rozprawie treści oferty Pesa w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa,

- udostępnienia odwołującemu na rozprawie załączników do protokołu prowadzonego postępowania w zakresie opinii biegłego, który oceniał i badał oferty złożone w postępowaniu.

Izba ustaliła, iż w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, odwołującemu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie przysługiwało prawo wniesienia w dniu 2 listopada 2010 r. odwołania.

Izba wskazuje, że zgodnie z powołanym przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma on lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dla przyznania zatem odwołującemu prawa do wniesienia odwołania konieczne jest, aby odwołujący wykazał, iż łącznie spełnione zostały dwie przesłanki uznania jego prawa do wnoszenia odwołania, tj. odwołujący zobowiązany jest wykazać, iż ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, a jednocześnie, iż poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba stoi na stanowisku, iż wypełnienie obu przesłanek uznania prawa wykonawcy do wniesienia środków ochrony prawnej jest zobowiązana badać z urzędu.

Izba ustaliła, iż w pkt 8.13. i 8.14. SIWZ zamawiający wskazał następujące przesłanki zatrzymania wadium wykonawcy, którego oferta została wybrana:

1. wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, iż wynikało to z przyczyn nieleżących po jego stronie (pkt 8.13. SIWZ),
2. wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie niniejszego zamówienia na warunkach określonych w ofercie (pkt 8.14. SIWZ),
3. wykonawca nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy (pkt 8.14. SIWZ),
4. zawarcie umowy w sprawie niniejszego zamówienia stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (pkt 8.14. SIWZ).

Jednocześnie, na podstawie treści dokumentu gwarancyjnego złożonego przez odwołującego w języku angielskim wraz z tłumaczeniem przysięgłym (Gwarancja

przetargowa nr 9340.03.1084403-71) Izba ustaliła, że gwarancja ta przewiduje następujące okoliczności uprawniające zamawiającego do żądania otrzymania płatności:

1. zleceniodawca, w odpowiedzi na wezwanie określone w art. 26 ust. 3 polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń wymienionych w art. 25 ust. 1 pkt 2 lub pełnomocnictw, chyba, że wykaże, iż wynikało to z przyczyn od niego niezależnych,
2. wystąpiła jedna lub kilka następujących okoliczności zgodnie z art. 46 ust. 5 polskiego Prawa zamówień publicznych:
 - zleceniodawca odmawia podpisania umowy o zamówienie publiczne,
 - zleceniodawca nie przedstawił wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
 - nie można było podpisać umowy o zamówienie publiczne z winy leżącej po stronie zleceniodawcy.

Izba uznała, iż analiza przywołanej treści gwarancji uzasadnia tezę, iż odwołujący nie wypełnił ciążącego na nim obowiązku zabezpieczenia w sposób należyty, poprzez wadium w formie gwarancji złożonej przez siebie oferty.

Izba uznała, że w treści tejże gwarancji gwarant nie wskazał wszystkich okoliczności zatrzymania wadium, które zostały wskazane przez zamawiającego w pkt. 8.14. SIWZ, co oznacza, że oferta nie została prawidłowo zabezpieczona.

W ocenie Izby ocena postanowień dokumentu wadialnego może opierać się wyłącznie na jego literalnym brzemieniu i to z treści dokumentu gwarancyjnego powinien wynikać nie budzący wątpliwości interpretacyjnych katalog przesłanek zatrzymania wadium.

Treść gwarancji bankowej złożonej przez odwołującego wraz z ofertą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zawiera katalogu przesłanek zatrzymania wadium, który nie budziłby wątpliwości interpretacyjnych. Z jednej bowiem strony gwarant odwołuje się do przepisu art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, z drugiej strony ewidentnie modyfikuje w sposób przekreślający tożsamość znaczeniową przesłankę dotyczącą niemożności podpisania umowy.

Izba stoi na stanowisku, że kwestia zamiany sformułowania „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” na sformułowanie „z winy leżącej po stronie zleceniodawcy” ma

znaczenie kluczowe i przesądza o konieczności uznania, że w treści gwarancji doszło do ograniczenia zakresu zabezpieczenia zamawiającego.

Odwołanie się w gwarancji do art. 46 ust. 5 ustawy Pzp z jednoczesnym wskazaniem, jaką treść przypisuje gwarant temu przepisowi nie pozwala przyjąć, że gwarant podjął zobowiązanie na wypadek innej przesłanki niż wprost przez niego opisana, poprzez sformułowanie „nie można było podpisać umowy o zamówienie publiczne z winy leżącej po stronie zleceńodawcy”.

Izba podziela pogląd, iż z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika obowiązek przenoszenia do treści gwarancji treści przepisów art. 46 ust. 4a i 5, a w konsekwencji, że wystarczającym jest odwołanie się do wskazanych przepisów ustawy.

Jednak w przypadku gwarancji złożonej przez odwołującego nie mamy do czynienia z sytuacją, w której gwarant odwołuje się do odpowiedniego przepisu ustawy i poprzestaje na takim odwołaniu, co pozwoliłoby takiemu odwołaniu przypisać znaczenie wynikające z brzmienia przepisu, ale przypisuje mu własne, ograniczające odpowiedzialność gwaranta znaczenie.

Ograniczenie to wynika z różnicy pomiędzy pojęciem „wina” a pojęciem „przyczyny leżące po stronie wykonawcy”. Jak wskazywano już w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej „przyczyny leżące po stronie wykonawcy” nie muszą być zawsze przez niego zawinione, pojęcie „przyczyny leżące po stronie wykonawcy” jest pojęciem szerszym niż pojęcie „wina”, gdyż przyczyny te nie muszą wynikać z winy wykonawcy, ale mogą być również wynikiem działań osób trzecich.

Złożenie nieprawidłowej gwarancji oznacza, że wadium nie zostało wniesione i stanowi to, w ocenie Izby, realizację przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym rodzi po stronie zamawiającego obowiązek wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia złożonej przez niego oferty.

W konsekwencji oferta ta nie może być przedmiotem badania i oceny przez zamawiającego.

Dlatego też Izba, dokonując oceny na chwilę wnoszenia odwołania, uznała, iż odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz nie poniósł i nie mógł ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba stoi na stanowisku, powstrzymując się jednocześnie od oceny zasadności podnoszonych przez odwołującego zarzutów, iż nawet gdyby przyjąć, iż powołane zarzuty były zasadne, a tym samym uznać, że zamawiający naruszył swym postępowaniem przepisy ustawy Pzp, to i tak odwołujący swoim działaniem spowodował, iż takie zachowanie zamawiającego nie może wyrządzić mu szkody. Poprzez wniesienie wadium w sposób wadliwy spowodował bowiem, iż po stronie zamawiającego zrodził się obowiązek wykluczenia go z postępowania. Sam zatem odwołujący przyczynił się do utraty przez siebie interesu w uzyskaniu danego zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie.

Ze względu na brak legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania, oznaczającego jednocześnie niemożność merytorycznego rozpoznania odwołania przez Izbę, Izba oddaliła wniosek dowodowy odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając koszty zastępstwa zamawiającego przez pełnomocnika w maksymalnej kwocie 3 600,00 zł oraz koszty dojazdu i noclegu w kwocie 534,50 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący

.....

Członkowie

.....

.....