

Sygn. akt: KIO 1806/14

WYROK

z dnia 15 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2014 r. przez **SOLARTEC S.R.O. Televizni 2618, 756 61 Roznov pod Radhostem, Czechy reprezentowany przez: radcę prawnego A. Z. z Kancelarii Prawnej A. Z., Al. Kasztanów 28, 05-501 Piaseczno** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Ustronie Morskie, ul. Rolna 2, 78-111 Ustronie Morskie**

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty odwołującego

2.kosztami postępowania obciąża Gminę Ustronie Morskie, ul. Rolna 2, 78-111 Ustronie Morskie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **SOLARTEC S.R.O. Televizni 2618, 756 61 Roznov pod Radhostem, Czechy reprezentowany przez: radcę prawnego A. Z. z Kancelarii Prawnej A. Z., Al. Kasztanów 28, 05-501 Piaseczno** tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od **Gminy Ustronie Morskie, ul. Rolna 2, 78-111 Ustronie Morskie** na rzecz **SOLARTEC S.R.O. Televizni 2618, 756 61 Roznov pod Radhostem, Czechy reprezentowanego przez: radcę prawnego A. Z. z Kancelarii Prawnej A. Z., Al. Kasztanów 28, 05-501 Piaseczno** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy 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 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Ustronie Morskie, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę elektrowni słonecznej z ogniw fotowoltaicznych o mocy do 1,0 MW, stacji transformatorowej, linii kablowej SN, NN i kanalizacji światłowodowej wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną na terenie nieczynnego wysypiska śmieci obręb Ustronie Morskie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 2 lipca 2014 r., poz. 220924.

W dniu 28 sierpnia 2014 r. (pismem z dnia 27 sierpnia 2014 r.) zamawiający poinformował wykonawcę SOLARTEC s.r.o. z siedzibą w Czechach, zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z postępowania, a tym samym o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia podał m.in., iż wadium winno obejmować okres od 25 lipca 2014 r. do 23 sierpnia 2014 r. Wykonawca SOLARTEC wniósł wadium w postaci gwarancji bankowej. Z treści tego dokumentu wynika, iż gwarancja ważna jest do 5 sierpnia 2014 r. i automatycznie wygasa po upływie tego terminu. Wykonawca nie wniósł więc wadium na okres obejmujący termin związania ofertą. Jego oferta podlega więc wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

W dniu 1 września 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 1 września 2014 r.), zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego
3. nakazanie zamawiającemu zwrócić się do wyjaśnienia/uzupełnienia dokumentów złożonych przez odwołującego w zakresie obejmującym treść dokumentów potwierdzających wniesienie wadium
4. dokonanie ponownego badania i oceny złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż złożył wadium w postaci gwarancji bankowej na kwotę 50.000 euro. Zamawiający w piśmie informującym o

wykluczeniu go z postępowania wskazał, iż złożona gwarancja bankowa ważna jest do dnia 5 sierpnia 2014 r., podczas gdy wymagania dotyczące wadium wskazane w SIWZ skutkowały koniecznością zabezpieczenia oferty wadium do dnia 23 sierpnia 2014 r. Tymczasem złożona wraz z ofertą gwarancja bankowa - w oryginale w języku czeskim - wystawiona przez Bank VUB BANKA wskazuje jako datę ważności dzień 5 września 2014 r. („tato zaruka je platna do 5. septembra 2014“). Fizycznie gwarancja została wystawiona i złożona, a tym samym oferta została zabezpieczona wadium.

W przypadku jakichkolwiek wątpliwości związanych z ewentualną rozbieżnością treści oryginalnego dokumentu gwarancyjnego i jego tłumaczenia bądź konieczności jego uzupełnienia zamawiający winien przed odrzuceniem oferty wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień / uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 11 września 2014 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, 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, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

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

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 9 SIWZ podał jakie dokumenty i załączniki składają się na ofertę. W punkcie 5 wskazał „dowód wniesienia wadium”.

Odwołujący wraz z ofertą złożył gwarancję bankową w języku słowackim (str. 78-79 oferty) oraz jej polskie tłumaczenie (str. 80-81 oferty). Z treści polskiego tłumaczenia gwarancji wynika, iż „(...) Gwarancja jest ważna z datą wystawienia i dalej do 5.sierpieńia 2014 r. Po tym terminie wygasa automatycznie i w pełnej wysokości (...)”.

W treści oryginalnej gwarancji ww. fragment tłumaczenia brzmi następująco „Tato zaruka je platna do 5.septembra 2014. Po tomto termine platnost tej to Zaruby zanikne automaticky a v plnej Vysoke (...)”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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.”. Tak więc negatywne konsekwencje dla wykonawcy – w postaci wykluczenia z postępowania – występują jedynie w sytuacji nie wniesienia przez wykonawcę wadium. Zamawiający nie jest więc uprawniony do wykluczania wykonawcy z uwagi na niejasności zawarte w tłumaczeniu gwarancji wadialnej, gdyż istotą wadium jest zabezpieczenie zamawiającego poprzez możliwość zatrzymania przedmiotu wadium na wypadek niezawarcia umowy przez wykonawcę, w sytuacji gdy jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Dokumentem potwierdzającym wniesienie wadium jest bowiem gwarancja wadialna, a nie jej tłumaczenie. Tłumaczenie treści gwarancji bankowej ma charakter wtórny i nie wpływa na stosunek zobowiązaniowy zawarty w oryginale złożonej gwarancji wadialnej. Niezasadne jest zatem wykluczanie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdy z okoliczności sprawy bezsprzecznie wynika, że wadium zostało przez wykonawcę wniesione.

W tym konkretnym stanie faktycznym odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowej. Oryginał gwarancji bankowej został sporządzony w języku słowackim, a do oferty załączono jego tłumaczenie. W treści oryginalnej gwarancji wskazano „Tato zaruka je platna do 5.septembra 2014.(...)” (str. 78-79 oferty). Z treści załączonego do oferty tłumaczenia gwarancji dokonanego przez samego odwołującego (str. 80-81 oferty) jednoznacznie wynika, iż gwarancja ta ważna jest do 5 sierpnia 2014 r. Natomiast z treści tłumaczenia złożonego na rozprawie i sporządzonego przez tłumacza przysięgłego wynika, iż „gwarancja bankowa jest ważna do 5 września 2014 r.”. Oznacza to, iż oryginalna gwarancja wadialna złożona przez odwołującego w języku słowackim potwierdza wniesienie przez niego wadium. Wskazana w oryginalnej gwarancji nazwa miesiąca („septembra”), jak i odpowiednik miesiąca września w języku angielskim (september) pokazuje już, iż załączone do gwarancji bankowej tłumaczenie nie jest sporządzone w sposób prawidłowy. Powyższe powinno więc wzbudzić wątpliwości zamawiającego i spowodować wyjaśnienie tej kwestii. Zamawiający nie może bowiem wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z uwagi na niejasności wynikające z tłumaczenia gwarancji wadialnej. „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)” (wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 23/07). Tak więc zamawiający, badając czy oferta wykonawcy została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy, nie może pomijać oryginału treści gwarancji wadialnej ani też całokształtu okoliczności danej sprawy i opierać się tylko i wyłącznie na jej tłumaczeniu. Treść oryginalnej

gwarancji bankowej potwierdza bowiem ważność jego oferty, a kwestie związane z tłumaczeniem gwarancji nie przekładają się na skuteczność samej gwarancji. Podstawą dochodzenia roszczeń jest gwarancja, nie zaś jej tłumaczenie. Dlatego też wadliwe przetłumaczenie nazwy miesiąca nie rodzi dla zamawiającego jakichkolwiek negatywnych skutków w sferze ochrony jego praw. Tym samym nie może być podstawą do wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut nieuprawnionego wykluczenia odwołującego z postępowania i nieuprawnionego odrzucenia jego oferty potwierdził się.

Podobne stanowisko wyraziła Izba m.in. w sprawach o sygn. akt: KIO 54/11, KIO 150/12 i KIO 1507/12 i 1508/12).

Natomiast nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie miał obowiązku wezwania odwołującego do złożenia dokumentu dotyczącego gwarancji bankowej czy to samej gwarancji, czy też jej tłumaczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ani też wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż wezwania na gruncie tego przepisu dotyczą uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast gwarancja bankowa i jej tłumaczenie nie są dokumentami składanymi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu ani też na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Tym samym w tym stanie faktycznym nie było możliwym zastosowanie tego przepisu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez odwołującego na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: