

**WYROK**

**z dnia 26 kwietnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Piotr Ceglowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 26 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 11 marca 2021 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Rohde Nielsen A/S, DC Industrial N.V., Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Danii** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni z siedzibą w Gdyni**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Rohde Nielsen A/S, DC Industrial N.V., Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Danii i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Rohde Nielsen A/S, DC Industrial N.V., Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Danii** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od **Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Rohde Nielsen A/S, DC Industrial N.V., Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Danii** kwotę **3 829 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące osiemset dwadzieścia dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni z siedzibą w Gdyni** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni z siedzibą w Gdyni prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn. Budowa toru podejściowego wewnętrznego (do Portu w Gdańsku) wraz z obrotnicą”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Rohde Nielsen A/S, DC Industrial N.V., Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Danii (zwani dalej: „Odwołującym”) w dniu 11 marca 2021 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na czynność odrzucenia ich oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp oraz w konsekwencji unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 7 b w zw. z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp polegające na bezzasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 b ustawy Pzp, będącym konsekwencją uznania, iż gwarancja wadialna złożona przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie zawierała wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, albowiem zakresem swym nie objęła przypadku, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, mimo iż treść gwarancji wniesionej przez Odwołującego została sformułowana w sposób prawidłowy, a przesłanki wypłaty sumy wadialnej w niej określonej zostały zredagowane w taki sposób, ażeby Zamawiający mógł skutecznie, bezwarunkowo i w pełnym zakresie zrealizować przysługujące mu uprawnienia;
- 2) art. 65 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na zaniechaniu dokonania wykładni treści ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium wniesionej przez Odwołującego i ograniczeniu badania treści gwarancji do Sprawdzenia, czy zacytowano w niej wszystkie przesłanki zatrzymania wadium określone w normie art. 46 ust. 4a i ust 5 ustawy Pzp, podczas gdy z okoliczności, w których została złożona gwarancja, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów, a

także z brzmienia zapisów analizowanej gwarancji odczytanych zgodnie z zasadami logicznego rozumowania, wykładni funkcjonalnej i celowościowej, wynika, iż zabezpiecza ona w pełni interes Zamawiającego, albowiem zakres odpowiedzialności gwaranta obejmuje wszystkie przypadki działań i zaniechań wykonawcy, które zostały uznane przez ustawodawcę za uprawniające do zatrzymania wadium; względnie,

3) art. 65 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego wykładni treści gwarancji wadialnej złożonej przez Odwołującego w sposób niepełny i z naruszeniem dyrektyw wykładni oświadczeń woli, co było następstwem przyjęcia zasady, iż skoro gwarancja zawiera odesłanie do przepisu art. 25a ust. 1 ustawy, to a contrario - brak wyszczególnienia w jej treści przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp - wskazuje, iż w dokumencie gwarancji pominięto przesłankę zatrzymania wadium obejmującą przypadek, o którym mowa w tym przepisie, co skutkowało bezzasadnym przyjęciem, węższego rozumienia oświadczeń woli w niej zawartych, niż wynika to z rezultatu zabezpieczenia, a nawet z literalnego brzmienia dokumentu gwarancji,

4) art. 26 ust 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie tj. : zaniechanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentu wadialnego, stanowiącego „inny dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania”, o którym mowa w naruszonym przepisie, o którego wyjaśnienia i uzupełnienia Zamawiający musi się zwrócić do wykonawcy, gdy uzna, że dokument jest niekompletny lub budzi wątpliwości;

5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na zastosowaniu w stosunku do Odwołującego surowszych kryteriów oceny treści gwarancji wadialnej aniżeli wynika to z przepisów ustawy Pzp oraz z wymagań określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nadto poprzez dokonanie błędnej i nierzetelnej oceny gwarancji wadialnej wniesionej przez Odwołującego; a w konsekwencji:

6) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie w stanie faktycznym sprawy, pomimo iż w postępowaniu przetargowym ogłoszonym przez Zamawiającego nie zachodziły przesłanki do unieważnienia postępowania z przyczyn określonych w dyspozycji przywołanej normy prawnej, albowiem gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium wniesionej przez Odwołującego i nie odrzucił oferty Konsorcjum z przyczyn wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 7 b ustawy Pzp, oferta Konsorcjum zostałaby najwyżej oceniona przez Zamawiającego i podlegałaby dalszemu badaniu na zasadach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w przepisach ustawy Pzp, albowiem cena tej oferty nie przewyższała kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp,
- 2) uznania, iż wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Odwołującego, zostało wniesione w sposób prawidłowy, lub alternatywnie wezwania wykonawcę do wyjaśnień lub uzupełnień dokumentu wadialnego oraz jego ponownej oceny
- 3) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,
- 4) powtórzenia czynności badania oferty Odwołującego i podjęcia czynności stosownie do art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z uznaniem oferty Odwołującego za ofertę najwyższej ocenioną.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania w sprawie udzielenia zamówienia,
- 2) dopuszczenia i przeprowadzenia dowodów z dokumentów załączonych do odwołania,
- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenia na rzecz Odwołującego kosztów związanych z uczestnictwem w posiedzeniu i na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą (koszty zastępstwa przez profesjonalnego pełnomocnika oraz koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę zgodnie z rachunkami, które zostaną przedłożone w toku postępowania).

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Rohde Nielsen A/S, DC Industrial N.V., Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Danii jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto ustalono, że do niniejszego postępowania odwoławczego w po stronie Zamawiającego w terminie przewidzianym w ustawie Pzp nie zgłosił przystąpienia żaden z wykonawców.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Bezspornym jest, że Odwołujący w złożonej gwarancji wadialnej nie objął przesłanki niezłożenia przez wykonawcę dokumentów z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 2 marca 2021 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. W konsekwencji Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał, że przedmiotowa oferta Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego — Konsorcjum Rohde Nielsen A.S. oraz DC Industrial NM. i Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. (dalej jako „Wykonawca” lub „Konsorcjum Rohde Nielsen A.S.”) - podlegała odrzuceniu w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium, stanowiące warunek udziału w postępowaniu. Jak wskazał Zamawiający złożony przez Odwołującego dokument gwarancji ubezpieczeniowej, w swej treści pomijał przesłankę wskazaną w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, a ściślej przypadek, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepis – jak wskazał Zamawiający - do którego odsyła ta regulacja określa, że zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego oraz brak podstaw wykluczenia, a więc pominięty fragment stanowi całe clue problemu, a brak ten stoi w opozycji do istoty samego wadium. Zamawiający dodał, że już w chwili otwarcia ofert Zamawiający musi mieć pewność, że w razie zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium otrzyma sumę gwarancyjną w całości. Ponadto gwarancja jest dokumentem, który nie podlega ani uzupełnieniu ani wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp lub art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej, gwarancja ta musi wyraźnie, jasno i konkretne określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium - tak, by

nie występowały żadne wątpliwości, co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Zamawiający dodał również, że spełnienie powyższych wymogów może nastąpić, czy to poprzez odesłanie do właściwych przepisów, czy opisowo, jednak niezależnie od przyjętej metodyki składana gwarancja musi jednoznacznie określać zakres odpowiedzialności gwaranta, który to zakres (wyznaczający jednocześnie zakres uprawnień zamawiającego w relacji beneficjent - gwarant) musi pokrywać się z wszystkimi przypadkami działań i zaniechań wykonawcy, które zostały uznane przez ustawodawcę za uprawniające do zatrzymania wadium. Przytoczone przepisy prawa oraz opisany stan faktyczny – w ocenie Zamawiającego wskazują, że oferta Konsorcjum Rohde Nielsen A.S., pomimo złożenia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

W ocenie Izby decyzja Zamawiającego była prawidłowa. Zamawiający zasadnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że z treści gwarancji/poręczenia winno wynikać bezwarunkowe, na każde pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie Gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp Zamawiający ma prawo zatrzymania wadium jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że prawidłowo wniesione wadium musi obejmować wszystkie okoliczności wskazane we wspomnianym przepisie. Tymczasem, złożony przez Odwołującego dokument wadium nie zabezpiecza Zamawiającego przed brakiem złożenia przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że skoro w treści gwarancji wskazał, że chodzi o oświadczenia i dokumenty to należy domniemywać, że swoim zakresem wykonawca objął również przypadek wynikający z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby – zgadzając się z Zamawiającym – wskazać należy, że treści gwarancji nie można domniemywać, a Zamawiający musi mieć pewność, że jego interesy zostaną w sposób

prawidłowy i zgodny z przepisami ustawy zabezpieczone. Odwołujący w treści gwarancji nie wskazał, że chodzi o dokumenty lub oświadczenia wymienione ogólnie w ustawie Pzp a odniósł się do dokumentów i oświadczeń wynikających z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby – przyjęcie wykładni gwarancji przedstawionej przez Odwołującego nie prowadziłyby do zabezpieczenia interesów Zamawiającego, gdyż Zamawiający w okolicznościach opisanych powyżej nie mógłby skutecznie dochodzić swoich roszczeń w sytuacji nieuzupełnienia przez wykonawcę dokumentów wynikających z przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że w świetle ustawy Pzp jak również orzecznictwa KIO niedopuszczalne jest przyjmowanie wykładni liberalnej, elastycznej co do zakresu zobowiązania gwaranta.

Owszem zgodzić należało się, że treść gwarancji nie musi być wiernym odwzorowaniem przepisów ustawy, niemniej musi wyraźnie z niej wynikać, że swym zakresem obejmuje wszystkie okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, a w niniejszym stanie faktycznym gwarancja nie objęła przesłanki niezłożenia przez wykonawcę dokumentów z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji wadium, nie dające pewności zabezpieczenia roszczeń zamawiającego – tak jak w niniejszym stanie faktycznym - jest wadium nieskutecznym, a zatem wniesionym w sposób nieprawidłowy, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie istnieją również podstawy prawne do uzupełniania gwarancji wadialnej w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji – zasadnym było również w okolicznościach niniejszej sprawy unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wobec nie potwierdzenia się zarzutów odwołania Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**

.....