

WYROK
z dnia 16 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Luiza Łamejko
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Renata Łuba

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A., 41-800 Zabrze, ul. Wolności 337** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A., 07-401 Ostrołęka, ul. Elektryczna 5** protestu z dnia 10 grudnia 2009r.

przy udziale wykonawcy **PKP Cargo S.A., 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A., 41-800 Zabrze, ul. Wolności 337

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A., 41-800 Zabrze, ul. Wolności 337,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A., 41-800 Zabrze, ul. Wolności 337**

Uzasadnienie

Odwołujący Przedsiębiorstwo Transportu Kolejowego Holding S.A. w Zabrzu uczestniczący w postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na usługę transportu kolejowego w prowadzonego w trybie

negocjacji bez ogłoszenia

zakresie przewozu węgla energetycznego na bocznice Zamawiającego, którym jest ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A. w roku 2010, zarzucił Zamawiającemu, że rozstrzygając protest wniesiony przez PKP Cargo S.A. poprzez jego uwzględnienie, naruszył 1/ art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 w zw. z art. 46 ust. 4a ustawy poprzez ich niezasadne zastosowanie,

2/ art. 65 kc w zw. z art. 14 pzp poprzez uznanie, że gwarancja ubezpieczeniowa nie umożliwia zaspokojenia Zamawiającego we wszystkich sytuacjach przewidzianych ustawą.

Przedstawiając zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania, powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału

w części obejmujące wniesienie wadium (ocena gwarancji ubezpieczeniowej), unieważnienie czynności wyboru oferty PKP Cargo S.A. oraz powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i wybór oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty zakwestionował stanowisko Zamawiającego, który w wyniku uwzględnienia protestu PKP Cargo, unieważnił czynność wyboru oferty Odwołującego, dokonał oceny jego gwarancji ubezpieczeniowej oraz wykluczył Odwołującego z postępowania i wybrał ofertę protestującego.

2

Odwołujący stwierdził, że złożona przez niego gwarancja ubezpieczeniowa przewiduje możliwość zaspokojenia we wszystkich sytuacjach przewidzianych ustawą, a tym samym umożliwia realizację obowiązku zamawiającego związanych z przypadkiem wadium umożliwia zaspokojenie ewentualnych roszczeń określonych w art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5. Odwołujący wskazał, że dokument gwarancji nie musi zawierać dosłownego odwzorowania zapisów ustawy. Zauważył, że niniejszej sprawie zgodnie z gwarancją ubezpieczeniową, gwarant zobowiązał się, że zapłaci nieodwołalnie i bezwarunkowo kwotę odpowiadającą wysokości wadium wymaganego w przetargu z dnia 20.11.2009 r. na usługę transportu kolejowego w zakresie przewozu węgla energetycznego na bocznice ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A. w roku 2010, a podstawą do wystąpienia z roszczeniem o wypłatę jest tylko i wyłącznie oryginał gwarancji. W ocenie odwołującego z treści gwarancji wynika, że daje ona możliwość zaspokojenia we wszystkich sytuacjach przewidzianych ustawą, a dokument gwarancji nie może być interpretowany w oderwaniu od uwzględnianej przez ubezpieczyciela okoliczności, że gwarancja była udzielana w celu ubiegania się o zamówienie publiczne i dotyczy sytuacji określony przepisami ustawy prawo zamówień publicznych. Odwołujący stwierdził, że Zamawiającemu prawo zatrzymania wadium przysługuje z mocy. Zauważył, że odmienne poglądy powoływane przez protestującego dotyczą gwarancji warunkowych, a nie bezwarunkowej złożonej w niniejszej sprawie. Wskazał, że postanowienia § 5 ust. 2 gwarancji nie oznaczają warunków realizacji uprawnień przez Zamawiającego i nie stanowią przesłanek wypłaty wadium lecz mają na celu ułatwienie procedury badania zasadności zgłoszonego roszczenia wskazując m. in. wymóg podpisania żądania zapłaty przez osoby upoważnione, czego nie wskazuje ustawa Pzp. W konsekwencji stwierdził, że postanowienia § 5 nie ograniczają możliwości zaspokojenia Zamawiającego, lecz ułatwiają dochodzenie jego roszczeń. Wskazał ponadto, że postanowienia SIWZ powołują przesłanki zatrzymania wadium z art. 46 ust. 5 z pominięciem wymienionych w art. 46 ust. 4a ustawy, a oświadczenia wskazane w gwarancji ubezpieczeniowej dotyczą przypadków wskazanych wprost w SIWZ. Tym samym Odwołujący zauważył, że gwarancja odwołuje się wprost do postanowień SIWZ w związku z czym powołał wyrok KIO sygn. KIO/UZP 209/09 gdzie stwierdzono m. in., że skoro wykonawca złożył gwarancję wadialną o treści wymaganej przez Zamawiającego, niesłuszne byłoby uznanie, że nie wniósł wadium i obarczenie go odpowiedzialnością za zaniedbanie Zamawiającego.

Zamawiający uznał zarzuty za nieuzasadnione i wniósł o oddalenie odwołania.

W wyniku rozpatrzenia protestu wniesionego przez obecnego Przystępującego stwierdził, że zachodzi podstawa wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 46 ust. 4a ustawy. Wskazał na orzeczenia KIO w podobnych sprawach, w których stwierdzono m. in.:

3

- gdy z treści gwarancji bankowej wynika, że nie obejmuje ona pełnego zakresu przypadków, w których Zamawiający uprawniony jest do zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5, taką sytuację uznaje się za równoważną niezłożeniu wadium (209/09),
- gwarancja wadialna, która nie przewiduje możliwości zaspokojenia we wszystkich możliwych sytuacjach przewidzianych ustawą uniemożliwia realizację uprawnień Zamawiającego związanych z przypadkiem wadium, a wadium w takim przypadku należy uznać za nie złożone (283/09),
- wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji zgodnego z przepisami ustawy nie była kwestionowana (579/09)

- brak faktycznego wymienienia w treści gwarancji dwóch spośród czterech przesłanek realizacji wadium oblige Zamawiającego do uznania, że wadium nie zostało wniesione (594/09).

Przystępujący PKP Cargo S.A. wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na uwzględnienie przez Zamawiającego wniesionego protestu, w którym zawarta została argumentacja merytoryczna mająca wskazywać na zasadność wykluczenia Odwołującego z postępowania. Podniósł również brak interesu prawnego w złożeniu odwołania.

Uwzględniając dokumentację postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz treść gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej wadium wniesione przez uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium.

Wadium wraz z odsetkami zatrzymywane jest w przypadku, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw (art. 46 ust. 4a Pzp). Ponadto zamawiający zatrzymuje wadium zgodnie z art. 46 ust. 5 ustawy jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

4

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W ocenie Izby za prawidłowo wniesione wadium należy uznać jedynie takie wadium, które zabezpiecza możliwość jego zatrzymania we wszystkich sytuacjach, o których mowa w art. 46 ustawy, tj. zarówno w ustępie 4a, jak i 5 tego przepisu. Celem regulacji ustawowej jest właśnie zapewnienie i zabezpieczenie uprawnień zamawiającego poprzez konsekwencję przepadku wadium w przypadku zaistnienia określonych w powołanych ww. przepisach działań lub zaniechań wykonawców.

Zamawiający tworząc specyfikację istotnych warunków zamówienia, w celu umożliwienia skutecznego wniesienia wadium w postępowaniu, zobowiązany jest jedynie do określenia jego wysokości oraz podania numeru rachunku bankowego, na który wykonawcy będą mogli wносить wadium w formie pieniężnej. Zamawiający nie musi powielać i powtarzać zapisów ustawy dotyczących form wnoszonego wadium czy okoliczności jego zwrotu i przepadku. Tym bardziej zamawiający w siwz nie może tworzyć własnych regulacji i stawiać wymagań niezgodnych z postanowieniami ustawy w tym zakresie. Również wykonawcy powinni zadbać, aby wnoszone przez nich wadia były zgodne z ustawą, czyli np. w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji, z treści tych dokumentów musi wynikać zobowiązanie gwaranta do zaspokojenia zamawiającego we wszystkich przypadkach przewidzianych ustawą.

Ustawa prawo zamówień publicznych nie określa, jak powinna brzmieć treść gwarancji wadium składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy przyznać rację Odwołującemu, że dokument gwarancji nie musi zawierać dosłownego odzworowania zapisów ustawy. Dopuszczalne jest na przykład ogólne odesłanie w treści gwarancji do przepisów prawa zamówień publicznych. Natomiast w sytuacji, gdy w treści gwarancji wskazuje się na konkretne przypadki zatrzymania wadium, uznać należy, że są to, w braku odmiennych, przypadki stanowiące enumeratywne tj. pełne wyliczenie.

W przedłożonym dokumencie wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej gwarant zadeklarował, że zapłaci kwotę na pierwsze pisemne żądanie zapłaty, przedłożone przez Beneficjenta w okresie ważności gwarancji. Pisemne żądanie zapłaty musi być złożone w siedzibie Generali T.U. S.A. w Warszawie, przy ul. Postępu 15b. Śądanie zapłaty winno być podpisane przez osoby upoważnione do podejmowania w imieniu Beneficjenta zobowiązań finansowych, a także winno zawierać:

1/ oświadczenie, iż:

- a. ubezpieczający odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, lub
- b. ubezpieczający nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub

5

c. zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;
2/ potwierdzenie autentyczności podpisów osób uprawnionych do reprezentowania Beneficjenta, sporządzone przez bank, prowadzący główny rachunek Beneficjenta lub potwierdzone notarialnie.

Z powyższego należy wnioskować, że określono przesłanki wypłaty wadium, które co do zasady pokrywają się z przesłankami zawartymi w art. 46 ust. 5 ustawy, a jednocześnie nie wskazano przesłanek zatrzymania wadium wymienionych w art. 46 ust. 4a ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż w siwz w pkt 13.8 zamawiający podał, iż wykonawca, którego oferta została wybrana, traci wadium wraz z odsetkami na rzecz zamawiającego, jeżeli:

- odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia na warunkach określonych w ofercie,
- nie wnieśli wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Jak wynika z przytoczonego fragmentu siwz zamawiający poinformował wykonawców jedynie o utracie wadium przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana. Do możliwej utraty wadium przez wykonawców, których oferta nie zostanie wybrana siwz się nie odnosi, czyli brak w niej informacji na temat zatrzymania wadium w przypadku wypełnienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4 a ustawy.

Brak powyższej informacji nie oznacza jednak, iż zamawiający nie będzie zobligowany i uprawniony do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4 a Pzp, a wadia wnoszone przez wykonawców mają mu to umożliwić.

W odniesieniu do powyższego Izba stwierdza, że cytowane zapisy siwz nie mają charakteru normatywnego i w żadnym razie nie określają, jak ma wyglądać gwarancja ubezpieczeniowa wnoszona jako wadium lub jakie zapisy i postanowienia ma zawierać. Zamawiający podał jedynie niepełny katalog okoliczności, których zaistnienie skutkuje przepadkiem wadium, czym rzeczywiście mógł wprowadzać wykonawców w błąd, co do rzeczywistego katalogu okoliczności skutkujących utratą wadium. Zamawiający nie zobowiązał jednak wykonawców do nadania gwarancji określonego kształtu lub ograniczenia katalogu przepadku wadium do podanego w siwz.

Jak zostało już podniesione zamawiający nie jest uprawniony do modyfikowania okoliczności skutkujących przepadkiem wadium. Jednakże w przypadku, gdyby zamawiający *contra legem* tego dokonał i zobowiązał wykonawców do uwzględnienia powyższego we wnoszonych przez nich wadiach, hipotetycznie rozważać można skutki prawne realizacji przez wykonawców obowiązków nakładanych na nich przez postanowienia siwz. Natomiast

6

w przypadku błędnej informacji czy pouczenia, z jakimi mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku, wykonawcy i zamawiający nie są zwolnieni ze stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy.

W związku z powyższym, wobec braku wadium umożliwiającego zaspokojenie się zamawiającego w przypadku wystąpienia wszystkich okoliczności, o których mowa w art. 46 Pzp, uznać należy, iż Zamawiający zasadnie przyjął, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* -

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....