Sygn. akt: KIO 612/12

WYROK
z dnia 11 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2012 r. przez wykonawcę BBF Sp. z o.o., 60-451 Poznań, ul. Dąbrowskiego 461 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wodociągi Kieleckie Sp. z o.o., 25-701 Kielce, ul. Krakowska 64

przy udziale wykonawcy DHV POLSKA Sp. z o.o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 41 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 612/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez DHV POLSKA Sp. z o.o. i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert po uprzednim wykluczeniu z postępowania wykonawcy DHV POLSKA Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę DHV POLSKA Sp. z o.o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 41 i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BBF Sp. z o.o., 60-451 Poznań, ul. Dąbrowskiego 461 tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy DHV POLSKA Sp. z o.o., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 41 na rzecz wykonawcy BBF Sp. z o.o., 60-451 Poznań, ul. Dąbrowskiego 461 kwotę **18.600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset

---

złotych zero grosze) stanowiącą 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 612/12

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Wodociągi Kieleckie Sp. z o.o. na *KONTRAKT XIII POMOC TECHNICZNA NR 3. Opracowanie i przygotowanie kompletnych dokumentacji przetargowych na wybór Wykonawców robót budowlanych realizowanych w ramach Projektu p.n. „Kompleksowa ochrona wód podziemnych aglomeracji kieleckiej”,* wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawca BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, wniósł w dniu 28 marca 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 612/12). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 28 marca 2012 r. O czynności

zamawiającego, wnoszący odwołanie został powiadomiony w dniu 19.03.2012 r. pismem informującym o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2011/S 248-403791 w dniu 24.12.2011 r. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań przekraczających kwotę określoną w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla usług.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 i 4 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do których naruszenia doprowadziło zaniechanie wykluczenia z postępowania wybranego wykonawcy – DHV Polska Sp. z o.o.- a także zaniechanie odrzucenia tej oferty. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu faktycznym zarzutów odwołujący wskazał na podstawę do wykluczenia z postępowania wykonawcy DHV Polska Sp. z o.o. i odrzucenia tej oferty z uwagi na treść gwarancji przetargowej nr SLG6297IN/12, stanowiącej wadium zabezpieczające ofertę w postępowaniu. Treść gwarancji zawiera niepełne określenie przypadków utraty wadium, ponieważ brak jest wskazania okoliczności przewidzianej w art. 46 ust. 4a ustawy. Powoduje to, iż gwarancja jest niekompletna, co oznacza, iż wykonawca nie wniósł wadium w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto wybrany wykonawca w wykazie usług, tj. załączniku nr 6 (str. 14 oferty) wskazał usługę, której należyte wykonanie zostało potwierdzone załączonym na stronach 16-18 protokołem zdawczo-odbiorczym. Protokół nie potwierdza należytego wykonania usługi, a tym samym wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

W dniu 2 kwietnia 2012 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca DHV POLSKA Sp. z o.o.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia Izby złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości podniesione zarzuty.

Wykonawca DHV POLSKA Sp. z o.o. na wezwanie Prezesa Izby wniósł w terminie ustawowym sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez zamawiającego.

Stanowisko Izby

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778).

Na posiedzeniu niejawnym, w którym uczestniczyły strony i wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba uznała, iż w związku z uwzględnieniem w całości zarzutów przez zamawiającego i wniesieniem sprzeciwu przez uczestnika postępowania odwoławczego odwołanie podlegało rozpoznaniu na rozprawie na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dalszej kolejności Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła przesłanka jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i rozpoznała odwołanie merytorycznie po przeprowadzeniu rozprawy.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty złożonej przez DHV POLSKA Sp. z o.o. Izba uznała, iż odwołanie w części podlegało uwzględnieniu.

Zakresem zaskarżenia objęta została czynność oceny oferty wnoszącego sprzeciw – DHV POLSKA Sp. z o.o. - wybranej jako najkorzystniejsza, która zdaniem odwołującego, nie

została zabezpieczona wadium, a wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Wskazane okoliczności wypełniały, zdaniem odwołującego, przesłanki do wykluczenia wykonawcy DHV POLSKA Sp. z o.o.

z postępowania wskazane w art. 24 ust. 2 pkt 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania decydującym, z uwagi na dalej idące skutki dla oferty, był zarzut skierowany wobec treści gwarancji wadialnej, którego uwzględnienie prowadzić musiałoby do wykluczenia wykonawcy z postępowania niezależnie od wyniku oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z uwagi na powyższe Izba w pierwszej kolejności zajęła stanowisko w przedmiocie wadium wniesionego przez DHV POLSKA Sp. z o.o. w formie gwarancji bankowej.
Wykonawca DHV POLSKA Sp. z o.o. wniósł wadium w postaci gwarancji udzielonej przez ING Bank Śląski S.A. z siedzibą w Katowicach, zapłaty na rzecz zamawiającego każdej kwoty do łącznej wysokości nie przekraczającej 15.000,00 zł. Zobowiązanie banku miało charakter nieodwołalny i bezwarunkowy, a w treści gwarancji wskazano na okoliczności, których wystąpienie uprawniało zamawiającego do skierowania żądania zapłaty.
Wymienione w treści gwarancji przesłanki zaspokojenia się z gwarancji zostały wskazane wprost, jako wymagany element żądania zapłaty świadczenia i dotyczyły sytuacji, w której wybrany wykonawca odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie lub nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Wypełniało one zatem katalog podstaw do zatrzymania wadium wskazanych w przepisie art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. W treści gwarancji nie została natomiast uwidoczniona przesłanka opisana w art. 46 ust. 4 a ustawy, uprawniająca do zatrzymania wadium w sytuacji, kiedy w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, wykonawca nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.
Izba uznała, iż gwarancja, której treść nie pozwala na stwierdzenie w sposób niebudzący wątpliwości, iż zamawiający będzie mógł w każdym przypadku regulowanym ustawą Prawo zamówień publicznych skutecznie dochodzić zapłaty kwoty pieniężnej od ubezpieczyciela, nie może być uznana za wadium zabezpieczające ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wielokrotnie Izba zajmowała stanowisko, w którym wskazywano na konieczność dochowania staranności przy wnoszeniu wadium, w szczególności przy redagowaniu podstawy roszczenia zamawiającego, jeżeli wadium wnoszone było w formie gwarancji bankowej, czy też ubezpieczeniowej. W wyrokach z dnia 12.10.2010 r. (sygn. akt KIO 2115/10) oraz 28.10.2012 r. (sygn. akt KIO 2234/10) Izba uznała, iż w sytuacji, kiedy w treści gwarancji dokonywano enumeratywnego wymienienia przesłanek do zatrzymania wadium, pominięcie którejkolwiek z podstaw zatrzymania wadium określonej w ustawie

prowadzić musi do uznania, iż zatrzymanie wadium byłoby możliwe tylko w przypadkach opisanych w treści gwarancji. W takiej sytuacji uznawano, iż wadium nie zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Na takim samym stanowisku stoi skład orzekający w niniejszej sprawie. Wadium może być uznane za skutecznie wniesione jedynie wówczas, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeżeli w treści gwarancji dokonano wyszczególnienia okoliczności uprawniających do wystąpienia z żądaniem zapłaty wadium, które nie wypełniało w pełni katalogu przesłanek zatrzymania wadium, to nie ma podstaw do przyjęcie, iż zabezpiecza ona roszczenia zamawiającego wykraczające poza jednoznaczne zobowiązanie ubezpieczyciela. W dokumencie nie musi być cytowane brzmienie przepisów art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli rezultatem zabezpieczenia jest nieuzupełnienie dokumentów (oświadczeń) lub pełnomocnictw, uchylenie się wykonawcy od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, czy też niewniesienie wymaganego zabezpieczenia. W orzecznictwie uznaje się za nieprawidłowe odstępstwa w kształtowaniu

rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do ustawowej formuły zatrzymania wadium (tak Sąd Okręgowy we Wrocławiu, sygn. akt X Ga 81/09 z 09.04.2009 r.).
Izba jednocześnie uznała, iż treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której zamawiający wymieniając konieczne elementy wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia, wskazał jedynie na okoliczności zatrzymania wadium wymienione w art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie zmienia wcześniejszej oceny skuteczności wniesienia wadium. Należy bowiem mieć na uwadze, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące wadium mają charakter bezwzględnie obowiązujący i w sytuacji, kiedy zapisy specyfikacji pozostają w sprzeczności z tymi przepisami, pierwszeństwo zawsze należy przyznać przepisom ustawy. Podobne stanowisko zajęła Izba w sprawie oznaczonej sygnaturą akt KIO/UZP 1102/09, utrzymane przez Sąd Okręgowy w Poznaniu rozpoznający skargę wniesionej na wyrok Izby z dnia 9 września 2009 r. (sygn. akt X Ga 71/10).
Niezależnie od powyższego, w przedmiotowej sprawie nie zachodzi sprzeczność postanowień siwz z regulacją ustawową, można jedynie mówić o pewnej niedokładności zamawiającego, która nie może usprawiedliwiać przyjęcia jako prawidłowego wadium, które nie zabezpiecza ewentualnego żądania wypłaty kwoty stanowiącej zabezpieczenie oferty w sytuacji opisanej w przepisie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.
Mając na uwadze zaprezentowaną powyżej argumentację, Izba uznała, iż oferta złożona przez DHV POLSKA Sp. z o.o. nie była zabezpieczona wadium, co powinno prowadzić do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i uznania tej oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponieważ oferta DHV POLSKA Sp. z o.o. została uznana za

najkorzystniejszą, zachodziła podstawa do uwzględnienia odwołania z uwagi na naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Odnośnie zarzutu dotyczącego podstawy wykluczenia wykonawcy DHV POLSKA Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uznała, iż podnoszone okoliczności nie uzasadniały przyznania w tym zakresie zasadności twierdzeniom odwołującego.

Odwołujący opierał zarzut na stwierdzeniu, iż załączony do oferty dokument – protokół zdawczo-odbiorczy – nie potwierdza należytego wykonania usługi wskazanej w wykazie na stronie 14 oferty, dotyczącej przygotowania rozbudowy i modernizacji oczyszczalni ścieków Czajka. Zasadnicza kwestia, do jakiej sprowadzała się argumentacja odwołującego, dotyczyła stwierdzenia dopuszczalności przyjęcia, jako podstawy oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dokumentu, w którym nie znajdowało się potwierdzenie należytej realizacji usługi. W ocenie odwołującego w protokole zdawczo-odbiorczym brakuje stwierdzenia wskazującego na prawidłowe wykonania przedmiotu, a tym samym dokument ten nie mógł potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Po zapoznaniu się z treścią protokołu zdawczo-odbiorczego, jaki i informacją zamieszczoną w wykazie usług, Izba ustaliła, iż dokument ten dotyczył realizacji fragmentu prac objętych zamówieniem, w części odpowiadającej opisanemu przez zamawiającego warunkowi udziału w postępowaniu, jakim było wykonanie co najmniej 1 usługi, której przedmiotem było wykonanie usługi Pomocy Technicznej poprzez opracowanie i przygotowanie kompletnych dokumentacji przetargowych (Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) na wybór wykonawcy robót budowlanych z zakresu uzbrojenia liniowego (sieci wodociągowo-kanalizacyjnych) o wartości usługi nie mniejszej niż 600.000,00 PLN netto. Nie było sporu co do oceny wskazanej usługi, jako wystarczającej dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, odwołujący kwestionował jedynie dokument mający potwierdzać jej należyte wykonanie.

Izba uznała, iż zapis w protokole w części dotyczącej uwag komisji odbiorczej, w którym komisja odbiorcza potwierdziła przyjęcie wykonanej dokumentacji – etapu umowy, bez żadnych zastrzeżeń, potwierdza należyte wykonanie zamówienia. Podobnie Izba oceniła złożenie podpisów przez przedstawicieli stron umowy pod protokołem, jako potwierdzające prawdziwość złożonych oświadczeń, w tym w szczególności oświadczenia wykonawcy o kompletności dokumentacji i jej wykonaniu zgodnie z umową. W oparciu o powyższe, Izba

oddaliła zarzut odwołującego, którego zasadność nie została wykazana przez odwołującego dowodami, które potwierdzałyby tezę o nienależytym wykonaniu umowy, a załączony

dokument nie dostarczał informacji pozwalających na stwierdzenie okoliczności wywodzonej przez odwołującego.

W związku z przedstawionym uzasadnieniem, odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych podlegało uwzględnieniu, co prowadziło do konieczności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazania zamawiającemu wykluczenie z postępowania wykonawcy DHV POLSKA Sp. z o.o. i powtórzenia czynności oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego, a także poniesione przez odwołującego koszty wynagrodzenia pełnomocnika ograniczone do kwoty maksymalnej określonej w przepisach rozporządzenia.

Przewodniczący: ……