

**WYROK**  
z dnia 6 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2011 r. przez wykonawcę **Transprojekt Gdański Sp. z o.o., 80-254 Gdańsk, ul. Partyzantów 72a** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe Centrum Realizacji Inwestycji S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74, reprezentowane przez oddział w Gdańsku, 80-958 Gdańsk, ul. Dyrekcyjna 2/4**

przy udziale wykonawcy **Halcrow Group Limited, W6 7EF London Great Britain, Elms House, 43 Brook Green** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1.** uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego się wykonawcy z postępowania i czynności odrzucenia jego oferty oraz nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty;

**2.** kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe Centrum Realizacji Inwestycji S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74, reprezentowane przez oddział w Gdańsku, 80-958 Gdańsk, ul. Dyrekcyjna 2/4** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Transprojekt Gdański Sp. z o.o., 80-254 Gdańsk, ul. Partyzantów 72a** tytułem wpisu od odwołania,

---

2.2. zasądza od **PKP Polskie Linie Kolejowe Centrum Realizacji Inwestycji S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74, reprezentowane przez oddział w Gdańsku, 80-958 Gdańsk, ul. Dyrekcyjna 2/4** na rzecz **Transprojekt Gdański Sp. z o.o., 80-254 Gdańsk, ul. Partyzantów 72a** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm.) [ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z Warszawy Oddział w Gdańsku na wykonanie usługi: "Nadzoru autorskiego nad modernizacją linii kolejowej E65 w obszarze LCS Łława od km 184,800 do km 236,920 w ramach projektu nr POLiŚ 7.1-1.3 Modernizacja linii kolejowej E65/C-E 65 na odcinku Warszawa - Gdynia - obszar LCS Łława, LCS Malbork" i dotyczy

wykluczenia odwołującego - Transprojekt Gdański Sp. z o.o. z Gdańska z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyboru oferty konsorcjum firm - Halcrow Group Limited, Elms House Wielkiej Brytanii i Halcrow Group sp. z o.o. z Warszawy mimo

Podjęte czynności - zdaniem niespełnienia kryteriów do

uznania za najkorzystniejszą.

wykonawcy naruszają art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego bez ważnej przyczyny, poprzez przyjęcie, że odwołujący nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert oraz art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp przez przyjęcie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu. Ponadto wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niespełniający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także przepisów art. 46 ust 4a i ust 5 ustawy Pzp przez przyjęcie, że przesłanki w nich wymienione winne być enumeratywnie wyciszone w dokumencie gwarancji oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 45.1 i ust. 6 pkt 4 przez niewłaściwą ich interpretację i przyjęcie, że przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa nie spełnia wymogów do uznania jej za prawidłowo zabezpieczającą uprawnienia zamawiającego, pomimo że złożona została w jednej z form przewidzianych w przepisach Pzp i zawierała treść zgodną z przepisami ustawy Prawo Bankowe. Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, czynności odrzucenia oferty i uchylenie zaskarżonej czynności wyboru oferty oraz nakazanie ponowne badanie i ocenę ofert i przeprowadzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty według wymogów zawartych w SIWZ. W uzasadnieniu wykonawca podał, że zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania i odrzucił jego ofertę przyjmując, że nie spełnił on warunków, gdyż z dokumentu gwarancji nie wynika jednoznacznie, iż wszystkie przypadki zatrzymania wadium wynikające z art. 46 ust.4a i ust. 5 ustawy Pzp są objęte zobowiązaniem gwaranta do wypłaty roszczenia. Wobec takiej oceny dokumentu gwarancji zamawiający

3

---

uznał, iż odwołujący nie spełnił wymogów, nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert. Zdaniem zamawiającego udzielona gwarancja dotknięta jest wadą, ponieważ z dokumentu gwarancji nie wynika jednoznacznie, iż wszystkie przypadki zatrzymania wadium wynikające z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy są objęte zabezpieczeniem gwaranta do wypłacenia roszczenia. Wykonawca wskazując na przepisy ustawy Pzp stwierdził, że przepisy nie określają wymogów, jakie winna spełniać gwarancja, zatem w zakresie tym zastosowanie mają przepisy art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Prawo bankowe. Stwierdził także, że z dokumentu gwarancji przetargowej nr 02GG03/0044/11/0039 z dnia 22 lipca 2011 r. złożonej przez wykonawcę Transprojekt Gdański Sp. z o.o. w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w punkcie pierwszym zawarte jest oświadczenie, że „InterRisk Towarzystwo ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group w Warszawie działając na zlecenie Transprojektu Gdańskiego zwanego dalej zobowiązany niniejszym gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta gwarancji zapłaty kwoty 27.000,00 PLN z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r. Gwarancja jest ważna w okresie od 27.07. 2011r. do 26.09.2011r.” Zdaniem wykonawcy w treści dokumentu gwarancji jednoznacznie wskazano wszystkie przypadki zatrzymania wadium określone w art. 46 ust 4a i ust. 5 ustawy Pzp, albowiem treść gwarancji może, choć nie musi posługiwać się dosłownym przytoczeniem art. 46 ust 4a i ust 5 ustawy Pzp i nie decyduje to o jej skuteczności, skoro jednoznacznie z dokumentu gwarancji wynika, że wszystkie przypadki zatrzymania wadium określone w ustawie Prawo zamówień publicznych są zabezpieczone. Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że „oczywiście treść gwarancji może, choć nie musi posługiwać się dosłownym przytoczeniem treści art. 46 ust.4a i ust. 5 ustawy Pzp i nie decyduje to o jej skuteczności, o ile jednoznacznie z dokumentu gwarancji wynika, iż wszystkie przypadki zatrzymania wadium z art. ust. 4a i ust. 5 są objęte zobowiązaniem gwaranta do wypłaty roszczenia. Dalej podał, że dokument gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Transprojekt Gdański Sp. z o.o. zabezpiecza w pełni interes zamawiającego, gwarancja obejmuje bowiem wszystkie przypadki w których zgodnie z treścią art. 46 ust 4a i ust 5 ustawy Pzp zamawiający ma prawo zatrzymać wadium. W konkluzji odwołania stwierdził, że bezzasadne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty spowodowało przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i w konsekwencji udzielono zamówienia

wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Halcrow Group Limited Wielkiej Brytanii wnosząc o oddalenie odwołania.

4

---

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

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł wymagania odnoszące się do kwoty wadium oraz jego formy, a w przypadku gwarancji wymagał, aby taka gwarancja była co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwoalną i płatną na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego {pkt 11.2}. Z kolei w pkt 11.6 siwz wskazał jakie elementy powinna zawierać gwarancja, nie wymagając w tym punkcie enumeratywnego wskazania postanowień art. 46 ust.4a i ust.5 ustawy Pzp, a w pkt 11.12 siwz stwierdził m.in., że (...) Okoliczności przypadku wadium określa Ustawa. Z kolei w podstawie faktycznej wykluczenia wykonawcy z postępowania Zamawiający wskazał na art. 46 ust.4a i ust.5 ustawy Pzp [cytując treść przepisu] oraz stwierdził, że samo odwołanie się do przepisów ustawy Pzp w sposób ogólny nie wystarcza dla przyjęcia prawnej skuteczności zobowiązania gwaranta. Stwierdził także, powołując się na orzecznictwo KIO i orzecznictwo sądowe, że w treści przedmiotowej gwarancji nie określono wyraźnie i jednoznacznie zakresu zobowiązania gwaranta poprzez wskazanie przypadków, w których zobowiązuje się on do realizacji roszczenia z tytułu gwarancji. Zdaniem Zamawiającego (...) ogólne przywołanie przepisów ustawy Pzp nie jest wystarczające, gdyż z dokumentu gwarancji nie wynika jednoznacznie, iż wszystkie przypadki zatrzymania wadium wynikające z art. 46 ust.4a i 5 ustawy Pzp są objęte zobowiązaniem gwaranta do wypłaty roszczenia. Izba ustaliła także, że w kwestionowanej ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium [nr 02GG03/0044/11/0039] w ust. 1 wskazano, że Inter Risk S.A., działający na zlecenie Transprojekt Gdański sp. z o.o. z Gdańska (...) gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta Gwarancji zapłatę kwoty 27.000 zł z tytułu zatrzymania wadium w związku z zaistnieniem co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo Zamówień Publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r." Z kolei w pkt 5 ust.5 gwarancji wskazano, że żądanie wypłaty gwarancji powinno wskazywać przypadek określony w ust.1 gwarancji, stanowiący przyczynę wystąpienia z żądaniem zapłaty.

Mając na względzie tak ustalony stan faktyczna Izba w pierwszej kolejności nie uznała za dowód w niniejszej sprawie projektu gwarancji ubezpieczeniowej z załączonym aneksem do gwarancji ubezpieczeniowej, wystawionym w innym postępowaniu na rzecz innego wykonawcy, które został przedłożony w toku rozprawy przez przystępującego wykonawcę. Przedstawiony formularz może bowiem tylko co najwyżej potwierdzać, że konkretny wykonawca wymagał gwarancji określonej treści, nie może natomiast potwierdzać, że

5

---

dokument gwarancyjny przedłożony przez wnoszącego odwołanie nie odpowiada wymaganiom specyfikacji i jest niezgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych. Izba zwraca także uwagę, że powoływane przez Zamawiającego i przystępującego wykonawcę wyroki KIO jak również wyroki sądowe wiążą w konkretnej sprawie i jak słusznie przyznawał Zamawiający w toku rozprawy dotyczyły one innych stanów faktycznych.

Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniu Izba stwierdziła, że gwarancja ubezpieczeniowa przedłożona przez Odwołującego do oferty spełnia wymagania określone specyfikacją, jak również nie pozostaje w sprzeczności z ustawą Prawo zamówień publicznych. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że ustawa Pzp nie zawiera szczegółowych regulacji dotyczących treści i formy gwarancji bankowej czy – jak w tej sprawie - ubezpieczeniowej. Zdaniem Izby we wskazanych okolicznościach faktycznych oraz mając na uwadze wymagania specyfikacji [pkt 11], z treści udzielonej gwarancji wyraźnie wynika zabezpieczenie uprawnień zamawiającego do zatrzymania wadium w przypadku zaistnienia co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo zamówień

publicznych. Ustalenie zatem przez zamawiającego, że gwarancja jest dotknięta wadą jest nieprawidłowe i nie znajduje potwierdzenia w dokumencie gwarancji przedłożonej w ofercie przez Transprojekt Gdański sp. z o.o., która w swej treści zawiera wymagania określone pkt 11 specyfikacji i z jej treści nie wynika, aby wyłączono jakkolwiek przypadek, o którym stanowi art. 46 ust 4a i ust 5 ustawy Pzp.

Mając powyższe ustalenia na uwadze Izba stwierdziła, że czynności Zamawiającego - naruszają art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Z tego też względu orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. W związku z § 3 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 rozliczenia nie uwzględniono wniosku pełnomocnika o zasądzenie kosztów według norm przypisanych, albowiem uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego Izba zasądza na podstawie rachunków przedkładanych do akt sprawy, w tym przypadku, do czasu zamknięcia rozprawy.

.....