

**WYROK**  
**z dnia 7 października 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:**     **Aneta Mlącka**  
**Protokolant:**         **Patrycja Kaczmarek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **04 października 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24 września 2010 r. przez firmę **Przedsiębiorstwo Robót Melioracyjnych i Ochrony Środowiska Ekomeł sp. z o.o. ul. Angowicka 47, 89-600 Chojnice**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Brusy, ul. Na Zaborach 1, 89-632 Brusy**

przy udziale wykonawcy **Hydrobudowa Gdańsk SA, ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje:**

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia oferty Odwołującego
- 2) powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Hydrobudowa Gdańsk SA, ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez firmę **Przedsiębiorstwo Robót Melioracyjnych i Ochrony Środowiska Ekomeł sp. z o.o. ul. Angowicka 47, 89-600 Chojnice**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez wykonawcę **Hydrobudowa Gdańsk SA, ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** na rzecz wykonawcy - **Przedsiębiorstwo Robót Melioracyjnych i Ochrony Środowiska Ekomeł sp. z o.o. ul. Angowicka 47, 89-600 Chojnice** stanowiącej uzasadnione koszty strony 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 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Słupsku**.

### **Skład orzekający Izby**

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Gmina Brusy prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę i rozbudowę oczyszczalni ścieków w Brusach -1 etap”. Ogłoszenie ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2010 r. pod numerem 2010.

W dniu 22 września 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania przetargowego. Jako podstawę wykluczenia zamawiający podał powód, iż treść załączonej do oferty Bankowej Gwarancji Zapłaty Wadium nie odpowiada wymaganiom określonym w rozdziale VIII pkt. 6 SIWZ.

Zgodnie z treścią pkt. 6 VIII SIWZ w przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji, z jej treści musi 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 Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł wadium w wymaganej wysokości w formie Bankowej Gwarancji Zapłaty Wadium.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, wskazując, iż brak jest w załączonym przez Odwołującego dokumencie - Bankowej Gwarancji Zapłaty Wadium - odniesienia się do art. 46 ust. 4a ustawy.

Odwołujący w dniu 24 września 2010 r. wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 24 ust 2 pkt 2 Pzp, przez wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Wskazał, iż treść art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych jest tożsama z punktem 3 Bankowej Gwarancji Zapłaty Wadium, załączonej w dniu 27 sierpnia 2010 r. w przedmiotowym przetargu, zatem zawiera, wymagane w SIWZ, odniesienie do art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z powyższym, zdaniem Odwołującego,

wniesione przez niego wadium w postaci Bankowej Gwarancji Zapłaty Wadium spełniło warunki określone w rozdziale VIII SIWZ.

Odwołujący wniósł zatem o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W dniu 01 października 2010 r. Zamawiający wniósł pismo do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym uwzględnił w całości zarzuty podniesione przez Odwołującego. Zamawiający przyznał, iż dokonał ponownej oceny wniesionego przez Odwołującego wadium w formie Bankowej Gwarancji Zapłaty Wadium i stwierdził, iż gwarancja ta spełnia postawione w SIWZ warunki, także w zakresie odniesienia się do art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec powyższego Zamawiający postanowił m. in. unieważnić czynność wykluczenia wykonawcy Odwołującego i unieważnić czynność odrzucenia jego oferty, a także postanowił dokonać powtórzenia badania ofert.

W dniu 29 września 2010 r. wykonawca Hydrobudowa Gdańsk SA zgłosił swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania. Żadna ze stron w niniejszym postępowaniu nie zgłosiła opozycji przeciw przystąpieniu Wykonawcy – Hydrobudowa Gdańsk SA.

Przystępujący wniósł także sprzeciw co do uwzględnienia (przez Zamawiającego) w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. W treści uzasadnienia sprzeciwu co do uwzględnienia (przez Zamawiającego) w całości zarzutów zawartych w odwołaniu Przystępujący podniósł, iż pomimo tego, iż w treści gwarancji wadialnej wniesionej przez Odwołującego zostało zawarte uprawnienie Zamawiającego do żądania wypłaty wadium w sytuacji opisanej w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, to jednak przywołany zapis, zdaniem Przystępującego, nie może być uznany za spełniający warunki dla uznania wadium za prawidłowe. Jak podkreśla Przystępujący, Zamawiający winien był wykluczyć Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w konsekwencji odrzucić jego ofertę w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5, gdyż wadium nie spełnia warunków określonych w treści SIWZ. Przystępujący uzasadnił, iż zgodnie z treścią SIWZ zobowiązanie Gwaranta do zapłaty pełnej kwoty wadium powinno być bezwarunkowe, tzn. w treści gwarancji nie mogą zostać sformułowane żadne dodatkowe warunki wobec ewentualnej wypłaty kwoty wadium na rzecz Zamawiającego. Gwarancja wadialna przedłożona przez Odwołującego nie spełnia wymogu zapisanego w SIWZ, dotyczącego bezwarunkowego charakteru wadium. Przystępujący wskazał, iż treść pkt 3 przedstawionej przez Odwołującego gwarancji wadialnej jest tożsama z przepisem art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, co powoduje, że gwarancja ta traci wymagany przez Zamawiającego bezwarunkowy charakter. Wskazuje w szczególności na sformułowanie „chyba, że udowodni, że wynikało to z przyczyn nieleżących po jego stronie”. Zapis ten, zdaniem Przystępującego, odwołuje się do kwestii dowodowych, subiektywnie ocennych. Wobec powyższego, Przystępujący podniósł, iż Zamawiający

podejmując decyzję o uwzględnieniu w całości zarzutów zawartych w odwołaniu naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a przede wszystkim art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 45 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5, a także własne postanowienia zawarte w rozdziale VIII SIWZ. Zdaniem Przystępującego, wadium wniesione przez Odwołującego nie spełnia bowiem warunków określonych w SIWZ, zatem Odwołujący powinien zostać wykluczony, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Strony złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Potwierdzenie okoliczności, iż Zamawiający bezzasadnie wykluczył Wykonawcę – Odwołującego, oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba podziela stanowisko zarówno Odwołującego, wyrażone w odwołaniu, jak i w piśmie Zamawiającego uznającym w całości zarzuty odwołania. Jak wynika bowiem z dokumentu załączonego przez Odwołującego – bankowej gwarancji zapłaty wadium, gwarancja ta zawiera odniesienie do art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Pkt 3 przedmiotowej gwarancji zawiera brzmienie art. 46 ust. 4a ustawy. Zatem zarzut wskazany przez Zamawiającego co do treści wadium (wyrażony w zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania) nie potwierdził się, co przyznały wszystkie strony postępowania.

Przystępujący w niniejszej sprawie przytoczył dodatkowy argument, iż złożona przez Odwołującego bankowa gwarancja zapłaty wadium nie spełnia wszystkich wymagań SIWZ, gdyż nie spełnia wymogu bezwarunkowości. Z tego też względu Przystępujący uważa, że Odwołujący winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2

ustawy i w konsekwencji jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie podziela powyższego stanowiska. Przytoczenie treści art. 46 ust. 4a ustawy powszechnie obowiązującej, w treści bankowej gwarancji zapłaty wadium, nie może powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Przytoczenie brzmienia tego artykułu w bankowej gwarancji zapłaty wadium ma charakter taki sam, jak powołanie się na ten artykuł w treści gwarancji.

Co więcej, przytoczenie powyższego artykułu w treści gwarancji nie powoduje, iż jest ona warunkowa.

Z przedłożonej przez Odwołującego bankowej gwarancji zapłaty wadium wynika, że gwarant wypłacić ma kwotę wadium Zamawiającemu w terminie 14 dni od dnia otrzymania od Zamawiającego oryginału pierwszego pisemnego żądania zapłaty. Żądanie zapłaty powinno zawierać oświadczenie, że spełnione są warunki zatrzymania wadium, określone w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wbrew twierdzeniom Przystępującego, złożonej przez Odwołującego bankowej gwarancji zapłaty wadium nie można postawić zarzutu, iż ma charakter warunkowy. Z treści pkt. 3 tej gwarancji wynika, że jest ona płatna na pierwsze żądanie beneficjenta (czyli Zamawiającego), ma więc ona charakter bezwarunkowy.

Wypłata sumy gwarancyjnej nastąpić ma na podstawie żądania zapłaty skierowanego przez beneficjenta do gwaranta. Żądanie to powinno zawierać oświadczenie beneficjenta, że spełnione zostały przesłanki możliwości zatrzymania wadium przez Zamawiającego, określone w art. 46 ust. 4a ustawy. Jednakże powołanie tego przepisu w treści gwarancji nie oznacza, że gwarancja przestała mieć charakter bezwarunkowy. Art. 46 ust. 4a ustawy określa przesłanki, po spełnieniu których Zamawiający może zatrzymać wadium. Decyzja o zatrzymaniu wadium jest samodzielną decyzją Zamawiającego, podejmowaną bez jakiegokolwiek udziału gwaranta i Zamawiający samodzielnie ponosi wszelkie konsekwencje jej podjęcia. Jeśli Zamawiający uzna, że przesłanki zatrzymania wadium zostały spełnione, kieruje do gwaranta żądanie wypłaty kwoty wadium. Z treści gwarancji przedstawionej przez Odwołującego wynika, że po skierowaniu przez Zamawiającego żądania wypłaty kwoty wadium, gwarant zobowiązany jest do jej wypłacenia. Wypłata kwoty wadium następuje wyłącznie na podstawie pisemnego oświadczenia Zamawiającego i nie są badane żadne inne przesłanki wypłaty wadium. W szczególności treść gwarancji nie daje podstaw do przyjęcia, iż gwarant zobowiązany jest do badania kwestii zawinienia wykonawcy i uzależnienia wypłaty kwoty wadium od braku winy wykonawcy. Treść gwarancji jednoznacznie wskazuje, że wypłata wadium następuje na podstawie pisemnego żądania

beneficjenta i jest to jedyna przesłanka wypłaty kwoty wadium.

Zatem złożona przez Odwołującego bankowa gwarancja zapłaty wadium spełnia warunki postawione w SIWZ, określone dla wadium.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz art. 186 ust. 6 pkt 4b) ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

**Skład orzekający Izby:**

.....