

Sygn. akt: KIO 2168/11

WYROK

z dnia 18 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – **Konsorcjum: Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy „Pochbud” Sp. z o.o., Zenon Kubicki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą firmy Biuro Projektowo-Wykonawcze „Drogi i Ulice” Zenon Kubicki, „Zyko-Dróg” Sp. z o.o., ul. Myśliwska 1A, 27-200 Starachowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Gminę Skarżysko-Kamienna, ul. Sikorskiego 18, 26-110 Skarżysko-Kamienna,**

przy udziale wykonawcy **Tomasza Grzybowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą firmy F.U. TOMBUD Tomasz Grzybowski, ul. Rejowska 99 pok. 310, 26-110 Skarżysko-Kamienna** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej;
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Skarżysko-Kamienna, ul. Sikorskiego 18, 26-110 Skarżysko-Kamienna** i:
 - 2.1. 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 publicznego – **Konsorcjum: Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy „Pochbud” Sp. z o.o., Zenon Kubicki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą firmy Biuro Projektowo-Wykonawcze „Drogi i Ulice” Zenon Kubicki, „Zyko-Dróg” Sp. z o.o., ul. Myśliwska 1A, 27-200 Starachowice** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Miasto Skarżysko-Kamienna, ul. Sikorskiego 18, 26-110 Skarżysko-Kamienna** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – **Konsorcjum: Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy „Pochbud” Sp. z o.o., Zenon Kubicki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą firmy Biuro Projektowo-Wykonawcze „Drogi i Ulice” Zenon Kubicki, „Zyko-Dróg” Sp. z o.o., ul. Myśliwska 1A, 27-200 Starachowice** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty 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 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 **Kielcach**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2142/11

Stan faktyczny

Odwołanie zostało wniesione przez Odwołującego - Konsorcjum w składzie: Zakład Produkcyjno-Usługowo- Handlowy „POCHBUD" Sp. z o.o. ze Starachowic (lider konsorcjum) oraz Biuro Projektowo- Wykonawcze „DROGI I ULICE" Zenon Kubicki z Kielc oraz ZYKO-DRÓG sp. z o.o. z Radomia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gmina Skarżysko – Kamienna w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.)

[dalej ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Rewitalizacja osiedla Rejów w Skarżysku-Kamiennej - Etap 1, Zadanie 1 - roboty budowlane i prace remontowe - drogi, Zadanie 2 - Infrastruktura sportowo-rekreacyjna, w systemie zaprojektuj i wybuduj". Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Firmy Usługowej „TOMBUD Tomasz Grzybowski, pomimo niewniesienia przez niego wadium oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania uczestników postępowania i art. 7 ust. 3 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy. Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz wykluczenie z postępowania Firmy Usługowej „TOMBUD" Tomasz Grzybowski, nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu wykonawca podał, że w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w pkt 12 SIWZ, zobowiązał każdego wykonawcę do zabezpieczenia oferty wadium w wysokości 500 000,00 zł (pkt 12.1). Firma Usługowa „TOMBUD" Tomasz Grzybowski dołączyła do oferty gwarancję bankową udzieloną przez Południowo - Mazowiecki Bank Spółdzielczy w Jedlińsku z siedzibą w Jedlińsku, ul. Warecka 7, 26 - 660 Jedlińsk, Oddział Chlewiska, ul. Czachowskiego 53, tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium w wysokości 500.000 zł. W gwarancji tej wskazano, że „Bank (..) zobowiązuje się niniejszym nieodwołalnie i bezwarunkowo dokonać na rzecz Państwa płatności do kwoty 500.000 zł (słowni: pięćset tysięcy złotych na pierwsze pisemne żądanie zapłaty zawierające oświadczenie, że Zleceniodawca nie zapłacił w ustalonym terminie należności wynikających z umowy będącej przedmiotem gwarancji " i dalej „... gwarancja jest ważna jedynie w stosunku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia; jakkolwiek zmiana warunków specyfikacji unieważnia gwarancję. Każda zmiana warunków specyfikacji wskazanej w niniejszej gwarancji powinna być nam przedstawiona do uzgodnienia. " W dniu 28 września 2011r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę nr 5 złożoną przez Firmę Usługową „TOMBUD " Tomasz Grzybowski, ze Skarżyska Kamiennej. W uzasadnieniu wyboru wskazano, iż w/w oferta zawierała najniższą cenę brutto spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu, a w związku z powyższym uzyskała najwyższą /maksymalną / liczbę punktów w wyniku oceny ofert przeprowadzonej przez Zamawiającego na podstawie kryterium wskazanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. cena brutto-100%. Wykonawca wskazując na art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stwierdził, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert. Przepis ten nie może być interpretowany w oderwaniu od przepisów ustawy, regulujących instytucję wadium. Przyjęta w ustawie konstrukcja wadium czyni je

bowiem integralnym składnikiem stosunku przetargowego wynikającego z dodatkowego zastrzeżenia Zamawiającego w SIWZ. Wskazał także na dwie funkcje wadium. Pierwsza z nich (warunek uczestnictwa w przetargu) - stworzona bariera finansowa zapewnia udział w przetargu wyłącznie wykonawców rzeczywiście zainteresowanych zawarciem określonej umowy. Wadium realizując tę funkcję ma, w szczególności zabezpieczyć Zamawiającego przed brakiem aktywnego uczestniczenia w postępowaniu przez wykonawców w sytuacji, gdy oferta wykonawcy jest obciążona wadami w postaci braku dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw. W takim przypadku Zamawiający musi mieć bowiem możliwość zatrzymania wadium (art. 46 ust. 4a ustawy). Druga z kolei - (zabezpieczenie zawarcia umowy) jest wyraźnie widoczna w przypadkach, gdy wykonawca, mimo wyboru jego oferty, uchyla się od zawarcia umowy, nie wnosi zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (art. 46 ust. 5 ustawy). W takim przypadku Zamawiający może pobraną sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia. Obie funkcje powinien zatem realizować dokument gwarancji bankowej złożony przez Firmę Usługową „TOMBUD” Tomasz Grzybowski. Podniósł także, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treści zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie zabezpieczonego rezultatu, co następuje poprzez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy. Gwarancja bankowa przedłożona przez Firmę Usługową „TOMBUD” Tomasz Grzybowski nie realizuje żadnej z opisanych wyżej funkcji. Nie zabezpiecza ona bowiem warunku udziału w postępowaniu, jak również nie zabezpiecza zawarcia umowy. Gwarancja ta zabezpiecza bowiem Zamawiającego wyłącznie na okoliczność, gdyby wykonawca nie zapłacił w ustalonym terminie należności wynikających z umowy będącej przedmiotem gwarancji". Mając na uwadze powyższe – zdaniem Odwołującego - nie może budzić wątpliwości, iż Firma Usługowa „TOMBUD” Tomasz Grzybowski nie wniosła wadium, gdyż przedłożona gwarancja bankowa nie zabezpiecza interesów Zamawiającego opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy. Wykonawca wskazał także, że gwarancja bankowa zawiera także błąd polegający na niewłaściwym wskazaniu beneficjenta tj. Gminy Skarżysko, zamiast Gminy Skarżysko-Kamienna. Podobnie zapis w gwarancji, iż: gwarancja jest ważna jedynie w stosunku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia; jakkolwiek zmiana warunków specyfikacji unieważnia gwarancję. Każda zmiana warunków specyfikacji wskazanej w niniejszej gwarancji powinna być nam przedstawiona do uzgodnienia - niewłaściwie zabezpiecza interesy Zamawiającego tzn. nie spełni żadnej z funkcji gwarancji wadium wskazanych

powyżej. Można bowiem uznać, iż kreuje dodatkowy warunek, który w razie zajścia okoliczności określonych ustawą nie pozwoli na skorzystanie z niej przez Zamawiającego w celu realizacji jego słuszych roszczeń. Tym samym Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty naruszył art. 7 ust. 3 ustawy, gdyż za najkorzystniejszą ofertę została uznana oferta Wykonawcy, który został wyłoniony niezgodnie z przepisami ustawy. Wobec tego wykonawcy Zamawiający zaniechał bowiem dokonania czynności wykluczenia z postępowania do czego był zobowiązany, jak wykazano wyżej, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Oferta ta nie powinna zostać poddana merytorycznej ocenie, a w konsekwencji uznana za najkorzystniejszą. Zaniechanie w zakresie wykluczenia wykonawcy z postępowania doprowadziło również do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy), zgodnie z którą do każdego wykonawcy powinny być stosowane te same zasady oceny jak również te same reguły i zasady prowadzenia postępowania. Wykonawca jak i złożone przez niego dokumenty nie powinny być również oceniane w sposób inny niż to wynika z przepisów prawa i reguł określonych postanowieniami SIWZ. Tymczasem złożona przez Firmę Usługową „TOMBUD” Tomasz Grzybowski gwarancja bankowa została przez Zamawiającego przyjęta pomimo, iż nie zabezpiecza ona interesów Zamawiającego opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy. Odwołujący stwierdził także, że ma interes we wniesieniu odwołania albowiem, gdyby Zamawiający prowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy to jego oferta musiałaby być uznana za najkorzystniejszą. Jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu była bowiem cena, a oferta odwołującego miał najniższą cenę po ofercie Firmy Usługowej „TOMBUD” Tomasz Grzybowski Ponadto działanie jak i zaniechanie Zamawiającego w postępowaniu doprowadziło do sytuacji, w której Odwołujący poniesie szkodę. Odwołujący nie może bowiem uzyskać zamówienia pomimo, iż oferta spełnia wymagania Zamawiającego określone postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca FU. „TOMBUD” Tomasz Grzybowski ze Skarżyska-Kamiennej, stwierdzając, że złożona przez wykonawcę bezwarunkowa gwarancja bankowa (gwarancja zapłaty wadium) nr 01/11/CH w pełni zaspokaja możliwości zabezpieczenia interesów Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Rewitalizacja osiedla Rejów w Skarżysku-Kamiennej - Etap I”. Do przystąpienia dołączył także załączył oświadczenie Banku, który wystawił gwarancję.

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

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Tak jak ustaliła Izba w treści gwarancji załączonej do oferty [nr 01/11CH z dnia 13.06.2011 r.] wystawionej dla Beneficjenta – Gmina Skarżysko wskazano, że Bank zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo dokonać na rzecz Beneficjenta [Gminy Skarżysko] płatności do kwoty 500.000 zł na pierwsze pisemne żądanie zapłaty, które to żądanie ma zawierać oświadczenie, że Zleceniodawca [Tomasz Grzybowski (...)] nie zapłacił w ustalonym terminie należności wynikających z umowy będącej przedmiotem gwarancji " oraz, że (...) gwarancja jest ważna jedynie w stosunku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jakakolwiek zmiana warunków specyfikacji unieważnia gwarancję, a ponadto, że każda zmiana warunków specyfikacji wskazanej w niniejszej gwarancji powinna być przedstawiona bankowi do uzgodnienia. Niewątpliwie taka treść gwarancji bankowej mającej stanowić zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego tytułem wadium ani bezpośrednio ani nawet pośrednio tych roszczeń nie zabezpiecza. Nie nawiązuje przede wszystkim w ogóle do funkcji wadium związanej z warunkami uczestnictwa w postępowaniu o zamówienie publiczne, o której stanowi art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jak również przywołane oświadczenie w treści tej gwarancji Banku pozostaje bez związku z zabezpieczeniem zawarcia umowy po wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy, o której stanowi art. 46 ust.5 ustawy Pzp. Izba zgadza się, że gwarancja bankowa nie musi powtarzać brzmienia konkretnego przepisu ustawy Pzp, w tym przypadku przepisu art. 46 ust. 4a i ust.5 tej ustawy, jednakże z jej treści bezspornie powinno wynikać jakie spełnia funkcje. W tym przypadku wystawiający gwarancję Bank odwołał się do bliżej nieokreślonych – niezapłaconych w ustalonym terminie należności wynikających także z jakiejś nieokreślonej umowy będącej przedmiotem gwarancji. Powołano się także – z niewiadomego w tym przypadku powodu - na ważność tej gwarancji jedynie w stosunku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazując na unieważnienie tej gwarancji z powodu jakiegokolwiek zmiany warunków specyfikacji, wymagając także, aby każda zmiana warunków specyfikacji była przedstawiana bankowi do uzgodnienia. Izba zwraca uwagę, że dokument gwarancyjny jako forma wadium w postępowaniu o zamówienie publiczne jest składana wraz z ofertą. Tylko do upływu terminu składania ofert możliwa jest zmiana specyfikacji. Ponadto, uzależnianie ważności tej gwarancji od treści specyfikacji powoduje, że taka gwarancja przestaje być bezwarunkowa. Ponadto uczestnictwo w postępowaniu o zamówienie publiczne, na gruncie ustawy Pzp nie nakłada na wykonawcę zapłaty należności na rzecz Zamawiającego. W postępowaniu o zamówienie publiczne wymagane jest wyłącznie wniesienie wadium w określonej kwocie i tylko określone okoliczności wymienione w ustawie Pzp powodują przepadek tej kwoty. Podobnie specyfikacja stanowi na etapie oceny ofert i przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego o wadium, a nie o

należnościach z tytułu umowy będącej przedmiotem gwarancji. Izba nie podzieliła także stanowiska Przystępującego wykonawcy jak i Zamawiającego, że nie ma większego znaczenia, w niniejszej sprawie - przy wskazaniu siedziby i podaniu dokładnego adresu Gminy Skarżysko-Kamienna - wpisanie jako Beneficjenta „Gminę Skarżysko”, w miejsce „Gminy Skarżysko – Kamienna”, albowiem wiadomym, jest, że tego beneficjenta miał na myśli Bank wystawiając gwarancję”. Zdaniem Izby prawidłowe podanie adresu Gminy Skarżysko-Kamienna nie jest równoznaczne z prawidłowym oznaczeniem podmiotu Beneficjenta. Ta okoliczność, celem usunięcia istotnych wątpliwości, wymagałaby – w przypadku uznania, że treść gwarancji jest prawidłowa - także ustalenia przez Zamawiającego, że gwarancja bankowa przedłożona w tym postępowaniu rzeczywiście dotyczy podmiotu, któremu jest przedkładana. Izba stwierdza także, że oznaczenie spornej bankowej jako gwarancja zapłaty wadium w żadnym stopniu nie może rozstrzygać o funkcji tego dokumentu. O funkcji bowiem – jak już wskazano - rozstrzygające znaczenie, w tych okolicznościach faktycznych, ma nie tytuł ale treść dokumentu.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp uwzględniając § 3 pkt 2 lit. b 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.

.....