

Sygn. akt: KIO 235/13

WYROK
z dnia 14 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2013 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., 05 – 800 Pruszków, ul. Parzeniewska 10** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich, 20 – 207 Lublin, ul. Turystyczna 7A**

przy udziale wykonawcy **Doren Sp. z o.o., 02 – 496 Warszawa, ul. Warszawska 58C/56** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., 05 – 800 Pruszków, ul. Parzeniewska 10** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o., 05 – 800 Pruszków, ul. Parzeniewska 10** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o., 05 – 800 Pruszków, ul. Parzeniewska 10** na rzecz wykonawcy **Doren Sp. z o.o., 02 – 496 Warszawa, ul. Warszawska 58C/56** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 835 Lublin — Wysokie — Biłgoraj — Sieniawa — Przeworsk — Kariczuga — Dynów — Grabownica Starzeńska na odcinku od km 43+750 do km 70+643,25 o dł. 26,89325 km (z wyłączeniem odcinka od km 70+406 do km 70+599,50 realizowanego przez GDDKiA w ramach budowy obwodnicy miasta Frampol w ciągu drogi krajowej nr 74 Janów Lubelski — granica państwa)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 20 października 2012 r., poz. 2012/S 203-333607 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 4 lutego 2013 r. STRABAG Sp. z o.o. z Pruszkowa (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Doren Sp. z o.o., a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia złożonej przez niego oferty, pomimo, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania tj. informacje dotyczące doświadczenia zawodowego pana K..... B, wskazanego do pełnienia funkcji kierownika budowy — zawarte dokumencie pn. „Załącznik do druku „Wykaz osób”, na stronie nr 130 oferty Wykonawcy Doren Sp. z o.o.

ewentualnie

art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust.1 pkt 3) i art. 24 ust.4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty, wykonawcy Doren Sp. z o.o., pomimo że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami, zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. nie wykazał dysponowania osobą przewidzianą na stanowisko kierownika budowy, posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności drogowej

uprawniające do kierowania budową drogi klasy minimum GP z doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robot branży drogowej polegającym na udziale w realizacji minimum 1 inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. „Prawo budowlane” Dz. U. z 2003r. Nr 207 poz. 2016 z późn. zm.) drogi klasy nie niższej niż GP o wartości robot drogowych co najmniej 20 000 000 zł (netto); w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego K..... B..... podano nieprawdziwe informacje - nie był kierownikiem robót przy budowie autostrady A2, a przy budowie drogi wojewódzkiej 252 nie był kierownikiem budowy, a kierownikiem robót, ponadto droga ta nie ma klasy GP, a klasę G, nie wskazano innej osoby do pełnienia funkcji kierownika budowy, posiadającej odpowiednie doświadczenie – a więc Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

- b) art. 24 ust 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty, wykonawcy Doren Sp. z o.o. pomimo, że nie wniósł on wadium, które w sposób prawidłowy zabezpieczałoby ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu – w załączonej do oferty bankowej gwarancji wadialnej błędnie została oznaczona nazwa postępowania, i jako przedmiot zabezpieczenia gwarancja wskazuje czynności powodujące zatrzymanie wadium dokonane jednak nie przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, ale przez niezdefiniowanego w dokumencie gwarancji Zobowiązanego,
- c) art. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegającej na przeprowadzeniu oceny klasyfikacji oferty Doren Sp. z o.o. wraz z ofertami innych wykonawców, w tym Odwołującego pomimo, i wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania oraz nie zabezpieczył oferty wadium. W wyniku nieprawidłowej oceny oferty złożonej przez Doren Sp. z o.o. Zamawiający dopuścił ofertę tego wykonawcy do oceny i uznał ją za najkorzystniejszą.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty Doren Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, dokonanie powtórnej oceny ofert, wykluczenie wykonawcy Doren Sp. z o.o. z postępowania oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła Doren Sp. z o.o. z Warszawy (dalej: Przystępujący), która następnie wniosła sprzeciw od uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a Przystępujący zostałby wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego oferta była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający wymagał dysponowania m.in. osobą do pełnienia funkcji kierownika budowy posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności drogowej uprawniające do kierowania budową drogi klasy min GP z doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót branży drogowej polegającym na udziale w realizacji minimum 1 inwestycji drogowej polegającej na budowie lub przebudowie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. „Prawo budowlane” Dz. U z 2003r. Nr 207 poz. 2016 z późn. zm.) drogi klasy nie niższej niż G o wartości robót drogowych co najmniej 20 000 000 zł (netto) – zgodnie z (pkt V.2.2) lit a) SIWZ zmienionym odpowiedzią na pytanie wykonawcy w dniu 6 grudnia 2012 r. (kopia SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy).

2. Przystępujący do oferty załączył dokument zatytułowany „Załącznik do druku >>Wykaz osób<<”, w którym opisał doświadczenie zawodowe K..... B....., przewidzianego na funkcję kierownika budowy. W pkt 1 tabeli wskazano, że pełnił on funkcję kierownika robót przy budowie autostrady A2, w pkt 2 – że pełnił on funkcję kierownika budowy przy przebudowie drogi wojewódzkiej nr 252, droga ta ma klasę GP, a wartość robót wyniosła 71 500 000 PLN netto.

3. Nie było sporne, że droga wojewódzka nr 252 była droga klasy G, wartość robót przekraczała 20 000 000 zł, a K..... B..... pełnił tamże funkcję kierownika robót. W odwołaniu nie kwestionowano uprawnień K..... B....., a jego doświadczenie zawodowe, opisane przez Przystępującego w załączniku do oferty.

4. Przystępujący do oferty załączył bankową gwarancję wadialną, w której przedmiot postępowania opisano jako „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 835 Lublin — Wysokie — Bilgoraj — Sieniawa — Przeworsk — Kariczuga — Dynów — Grabownica Starzeńska na odcinku od km 43+750 do km 70+643,25 o dl. 26,89325 km (z włączeniem odcinka od km 70+406 do km 70+599,50 realizowanego przez GDDKiA w ramach budowy obwodnicy miasta Frampol w ciągu drogi krajowej nr 74 Janów Lubelski — granica państwa)”

Na jej wstępie jako „Beneficjenta” gwarancji wskazano Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie, jako „Zleceniodawcę” – Przystępującego. Bank Spółdzielczy w Nadarzynie, wystawca gwarancji, nazywany był „Bankiem”. W punkcie 6 gwarancji wprowadzono pojęcie „Zobowiązanego” w następujący sposób: „Zgodnie z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, działając na zlecenie (zwanego dalej „Zobowiązanym”), niniejszym gwarantuje nieodwołanie i bezwarunkowo na zapłatę kwoty 1300000,00zł, do wpłacenia której na rzecz Beneficjenta gwarancji Zobowiązany jest zobowiązany z tytułu wadium zgodnie z warunkami przystąpienia o przetargu (specyfikacja przetargu), a do której zwrotu Zobowiązany traci prawo w przypadku następujących okoliczności: 1) Zobowiązany odmówił podpisania umowy (...)” i dalej wymieniono kolejne ustawowe przesłanki zatrzymania wadium.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, Izba stwierdziła, co następuje.

Odnosnie zarzutu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, względnie podania w tym zakresie nieprawdziwych informacji, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie został potwierdzony w świetle dokumentacji postępowania. O ile rzeczywiście w odniesieniu do budowy autostrady A2 doświadczenie K..... B..... jako kierownika robót może budzić wątpliwości (jednak rozstrzygającego dowodu, którym byłby dziennik budowy, żadna ze Stron nie przedstawiła), to Izba uznała, że posiada on doświadczenie wymagane przez Zamawiającego, nabyte przy przebudowie drogi wojewódzkiej nr 252, jako kierownik robót. Wydaje się, że argumentując w tym zakresie zarzuty odwołania, Odwołujący pominął odpowiedź Zamawiającego z dnia 6 grudnia 2012 r., dopuszczając doświadczenie przy budowie/przebudowie drogi klasy G (a nie GP, jak w pierwotnym brzmieniu SIWZ). Nie było sporne, że droga wojewódzka nr 252 była drogą klasy G, wartość robót drogowych przekraczała 20 000 000 zł, a K..... B..... pełnił tamże funkcję kierownika robót – w takim razie wymóg Zamawiającego co do posiadania określonego doświadczenia zawodowego został spełniony. Rzeczywiście informacje podane przez Odwołującego w ofercie odbiegają od rzeczywistości (droga klasy GP, kierownik budowy). Jednak, skoro do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczyła droga klasy G, i wystarczające było pełnienie funkcji kierownika robót, to Odwołujący warunek spełnił; „zawyżenie” klasy drogi i pełnionej funkcji nie jest w takim przypadku informacją, która

miałyby wpływ na wynik postępowania, podobnie jak nie miały wpływu informacje (co najmniej wymagające wyjaśnienia) odnoszące się do doświadczenia przy budowie autostrady A2 – zgodnie z opisem sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczające było doświadczenie nabyte przy realizacji jednej drogi. Co do wartości robót drogowych przy przebudowie drogi nr 252, również nie było wątpliwości, że wartość ta przekracza 20 000 000 zł (opis sposobu spełnienia warunku w postępowaniu, wskazywał wymaganą minimalną wartość robót drogowych przy budowie lub przebudowie drogi, a nie wartość nadzorowanych robót). Reasumując, K..... B..... miał wymagane doświadczenie, nabyte przy przebudowie drogi nr 252, a więc Odwołujący warunek udziału w postępowaniu spełnił.

Skład orzekający oddalił wniosek Odwołującego oparty o art. 248 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego o zobowiązanie Autostrady Wielkopolskiej do przekazania odpisu z dziennika budowy, ponieważ ustalenia w tym zakresie, jak wynika z powyższych wywodów nie miałyby znaczenia dla rozstrzygnięcia; zauważyć też należy, że do postępowania odwoławczego nie stosuje się przepisów Kodeksu postępowania cywilnego.

Izba również nie podzieliła stanowiska Odwołującego co do bankowej gwarancji wadialnej – w ocenie Izby jest ona skuteczna i zabezpiecza interesy Zamawiającego. Odwołujący ma rację, że gwarancja wadialna jest takiego rodzaju dokumentem, który nie może podlegać liberalnej wykładni. Niemniej jednak podlega wykładni (każdy dokument podlega wykładni, rozumianej jako proces dochodzenia do rozumienia jego treści) – tyle, że nie może ona być zbyt daleko idąca. Faktycznie, w opisie nazwy postępowania znalazła się omyłka pisarska – powinno być „z wyłączeniem”, jest „z włączeniem” [odcinka drogi realizowanego przez GDDKiA]. Cześć drogi, która jest przedmiotem postępowania realizowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad nie jest przedmiotem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego. Zamawiający nie prowadzi równoległego postępowania na rozbudowie drogi wojewódzkiej nr 835 z „włączeniem” odcinka drogi realizowanego przez GDDKiA, zatem nie można twierdzić, że nazwa podana w gwarancji bankowej jest myląca – oczywiście jest więc, że została popełniona omyłka pisarska i oczywiście jest, jak powinna brzmieć właściwa nazwa postępowania – dlatego taka omyłka jest nieistotna dla skuteczności gwarancji.

Większą wagę, zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym przez Odwołującego na rozprawie, przywiązywał on do drugiego dostrzeżonego uchybienia w gwarancji wadialnej – mianowicie treści punktu 6 gwarancji. Odwołujący twierdził, że w złożonym dokumencie wykonawca Doren występuje jako Zleceniodawca. Zapisy pkt 6 złożonego dokumentu wiążą tymczasem obowiązki banku gwaranta z zachowaniem podmiotu określanego jako „Zobowiązany” - przy jednoczesnym braku wskazania kogo rozumie się przez Zobowiązanego oraz jednoznaczny

określeniem wykonawcy Doren jako Zleceniodawcy. Nadanie w treści gwarancji firmie Doren nazwy „Zleceniodawca” wyklucza zdaniem Odwołującego możliwość jednoczesnego uznania, że pod pojęciem „Zobowiązanego” rozumieć należy również tego wykonawcę. Byłoby to niezgodne – zdaniem Odwołującego - nie tylko z treścią samego dokumentu gwarancji, ale również i oznaczeniem stron stosunku prawnego, jakim jest gwarancja bankowa. Zgodnie bowiem z art. 81 ustawy z 29 sierpnia 1997 Prawo bankowe (t.j. Dz.0 z 2012 nr 1376 z późn. zm.) gwarancja bankowa jest to jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogły być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączył do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Z przywołanego przepisu art. 81 prawa bankowego wynika, że w stosunku prawnym gwarancji bankowej podmiotem zobowiązanym jest bank — gwarant, podmiotem uprawnionym zaś do żądania wykonania zobowiązania przez gwaranta jest beneficjent gwarancji. Oznacza to zdaniem Odwołującego, że pod użytym w dokumencie gwarancji pojęciem Zobowiązanego rozumieć można — jeżeli już uznamy za dopuszczalne dokonywanie jego wykładni, tylko i wyłącznie podmiot zobowiązany do spełnienia świadczenia z tytułu gwarancji tj. Bank Spółdzielczy w Nadarzynie.

Z takim stanowiskiem Odwołującego nie można się zgodzić wobec przytoczonego wyżej pkt 6 gwarancji. Nawet Odwołujący nie miał wątpliwości, że pkt 6 określa obowiązek Banku spełnienia świadczenia w określonych okolicznościach. Zdaniem Odwołującego jednak, skoro zobowiązanym z gwarancji, jak wynika z prawa bankowego, jest Bank, to „Zobowiązanym” z pkt 6 też musi być Bank. Jednak należy zauważyć, że pkt 6 gwarancji wprowadził własną definicję „Zobowiązanego”, co było wyraźną wolą wystawcy dokumentu – wprowadzono cudzysłowy przy definiowanym, pisany dużą literą, określeniu oraz zastosowano wyrażenie „zwanego dalej”, w taki sam sposób, jak przy wprowadzaniu definiowanych pojęć na wstępie gwarancji. Wyrażenie „działając na zlecenie (zwanego dalej „Zobowiązanym)”” określa udzielającego zlecenie („Zleceniodawcę”, którym jest Przystępujący zgodnie z definicją z pkt 1 gwarancji) jako „Zobowiązanego”, a więc oczywiście jest, że nie jest nim Bank, choć to on, stosując prawidłową prawną nomenklaturę, jest „zobowiązany” z gwarancji. A zatem po zabiegu definicyjnym (nie da się zaprzeczyć, że nieco niefortunnym stylistycznie) z pkt 6 gwarancji, „Zobowiązanym” nazwano inny podmiot („Zleceniodawcę” czyli Przystępującego), niż podmiot „zobowiązany” z gwarancji (czyli Bank). Pomijając niedoskonałość stylistyczną gwarancji, jest ona w ocenie Izby zrozumiała, a jej treść nie budzi wątpliwości; zabezpiecza zatem skutecznie interesy Zamawiającego.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych wskazywanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....