

Sygn. akt KIO/UZP 259/10

WYROK
z dnia 25 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Sylwester Kuchnio

Emil Kuriata

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Tras Komunikacyjnych TRAKT w Szczecinie spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (lidera konsorcjum), PROMOST spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą dla lidera konsorcjum 70 – 656 Szczecin, ul. Energetyków 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, 00 – 848 Warszawa, ul. Żelazna 59**, protestu z dnia **22 stycznia 2009 r.**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKO-INWEST Spółki Akcyjnej, COWI A/S, COWI Polska Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera konsorcjum 71 – 281 Szczecin, ul. Lucjana Szenwalda 20** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Tras Komunikacyjnych TRAKT w Szczecinie spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (lidera konsorcjum), PROMOST spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą dla lidera konsorcjum 70 – 656 Szczecin, ul. Energetyków 9** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Tras Komunikacyjnych TRAKT w Szczecinie spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (lidera konsorcjum), PROMOST spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą dla lidera konsorcjum 70 – 656 Szczecin, ul. Energetyków 9;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 758 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Tras Komunikacyjnych TRAKT w Szczecinie spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością (lidera konsorcjum), PROMOST spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą dla lidera konsorcjum 70 – 656 Szczecin, ul. Energetyków 9** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, 00 – 848 Warszawa, ul. Żelazna 59** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10.556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Budowy Tras Komunikacyjnych TRAKT w Szczecinie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (lidera konsorcjum), PROMOST spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą dla lidera konsorcjum 70 – 656 Szczecin, ul. Energetyków 9;**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „zarządzanie Projektem w zakresie budowy obwodnicy m. Nowogard w ciągu drogi krajowej nr S6, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 listopada 2009 r., pod nr 2009/S 212-306057.

W dniu 22 stycznia 2010 r. Odwołujący się wniósł protest wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Biuro Projektowo-Inżynierskie REDAN Sp. z o.o., APIA XXI IAK Sp. z o.o., APIA XXI S.A. (dalej „Konsorcjum REDAN”) oraz zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych „EKO - INWEST” S.A., COWI A/S, COWI Polska Sp. z o.o. (dalej Konsorcjum EKO-INWEST), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 53, poz. 227 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”: art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1, art. 24 ust. 2 i wnosząc o wykluczenie wskazanych wykonawców oraz ponowne dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący się podnosi, iż oferta Konsorcjum REDAN nie zawiera dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków określonych w art. 24 ust. 1 pkt od 4 do 8 ustawy Pzp. Zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla Marcosa Jesusa P. P., Manuela P. S. i Alfredo D. A. są nieaktualne na dzień składania oferty.

Ponadto, osoba przedstawiona w ofercie Konsorcjum REDAN na stanowisko Inspektora ds. rozliczeń nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, ponieważ nie wskazano jej doświadczenia na stanowisku Inspektora ds. rozliczeń lub równoważnym. Określenie doświadczenia na zadaniu inwestycyjnym jako „nadzór nad budową obwodnicy” jest bardzo ogólne i w żadnym stopniu nie potwierdza zajmowanego stanowiska, ani zakresu obowiązków.

Zdaniem Odwołującego się, przedłożona przez Konsorcjum EKO-INWEST gwarancja wadium, nie spełnia wymogów, które zabezpieczają bezwarunkową zapłatę pełnej kwoty wadium, gdy zaistnieje potrzeba jego zatrzymania przez Zamawiającego. Z tych względów gwarancja jest niezgodna z SIWZ i jako taka nie może być przez Zamawiającego uznana jako prawidłowa forma wniesienia wadium i zaakceptowana jako spełnienie tego warunku przetargu, co powinno skutkować odrzuceniem oferty.

Przed wszystkim wystawiona gwarancja wskazuje jedynie na górną granicę odpowiedzialności gwaranta poprzez użycie w niej sformułowania „maksymalnie do kwoty 30.000,-PLN”, a ponadto zawarte jest w niej wskazanie, czy też obowiązek gwaranta „zapłaty kwoty głównej zobowiązania”, co w przypadku wadium określonego precyzyjnie i dokładnie

kwotowo nie może mieć miejsca. Gwarancja powinna bowiem dokładnie określać, że gwarant zapłaci kwotę równą, wymaganego przez Zamawiającego wadium, a nie maksymalnie określoną kwotę. Uruchomienie gwarancji oznacza bowiem bezwzględny obowiązek zapłaty całej kwoty wadium określonej w SIWZ. Gwarancja wystawiona przez ubezpieczyciela powinna być sformalizowana i jednoznaczna, co w przypadku użycia określeń „maksymalnie do kwoty” oraz „kwoty głównej zobowiązania”, rodzi wątpliwości co do jej bezwarunkowości.

Elementem istotnym gwarancji wadialnej jest wskazanie obowiązku zapłaty sumy gwarancyjnej, odpowiadającej wysokością dokładnie kwocie wymaganego wadium, określonej konkretnie i kwotowo, a nie „maksymalnie” tej kwoty, zakładając, że jakiś inny podmiot zapłaci jej inną część, a z pozostałej części zobowiązania gwarant zostanie zwolniony. Przy takim sformułowaniu wystawionej gwarancji w rzeczywistości doszło do braku wyraźnego i precyzyjnego oznaczenia sumy gwarancyjnej, co czyni gwarancję wadliwą i niezgodną z wymogami SIWZ

Zdaniem Odwołującego się, za niedopuszczalne uznać należy również uzależnienie płatności z gwarancji od przedłożenia potwierdzenia autentyczności podpisów osób uprawnionych do reprezentacji Zamawiającego. Skoro owo potwierdzenie ma zostać dokonane przez bank prowadzący główny rachunek Zamawiającego, oznacza to, iż realizacja płatności z gwarancji została uzależniona od przedłożenia przez Zamawiającego dodatkowego dokumentu (zaświadczenia banku), który będzie przesądzał o autentyczności podpisów znajdujących się na żądaniu zapłaty gwarantowanej sumy. Powoduje to, iż wystawiona gwarancja traci cechę bezwarunkowej, bowiem jej uruchomienie - wypłatę gwarantowanej kwoty - uzależniono od spełnienia przez Zamawiającego dodatkowych warunków, polegających na przedstawieniu oprócz żądania zapłaty, również innych dokumentów pochodzących od innych instytucji, tj. w tym przypadku banku.

Nie stanowi gwarancji wadialnej, bezwarunkowej ten rodzaj gwarancji, który uzależnia wypłatę od przedłożenia wraz z żądaniem zapłaty innych dokumentów niż oświadczenie beneficjenta o wystąpieniu zabezpieczonego gwarancją zdarzenia.

Osoba przedstawiona w ofercie Konsorcjum EKO-INWEST na stanowisko Inspektora nadzoru robót mostowych, opinii Odwołującego się, nie spełnia wymagań dotyczących nadzorowania na samodzielnym stanowisku Inspektora robót mostowych budowy lub przebudowy obiektu mostowego o rozpiętości przęsła min. 30 m każde. Przedstawione dane są niezgodne z prawdą, ponieważ wiadukt w Koszalinie w ciągu ul. Monte Casino posiada 10 przęseł po 21 m rozpiętości, 217 m to długość obiektu. Natomiast most w Pile, nad rzeką Gwdą, w ciągu drogi nr 10, posiada 3 przęsła o długościach 15, 21,5 i 15 m, 60 m to w dużym zaokrągleniu długość mostu. W związku z powyższym przedstawiona osoba na stanowisko Inspektora robót mostowych nie spełnia wymagań SIWZ.

Dnia 25 stycznia 2010 r. Konsorcjum EKO-INWEST zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

W dniu 29 stycznia 2010 r. Zamawiający protest oddalił. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający stwierdził, iż zgadza się z Odwołującym się, że zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego wystawione dla Marcosa Jesusa P. P., Manuela P. S. i Alfredo A.są nieaktualne na dzień składania ofert, ponieważ ww. zaświadczenia wystawione zostały dnia 11 maja 2009 r., a termin na składanie ofert minął w dniu 10 grudnia 2009 r. Zgodnie z ppkt 7.1.3 Instrukcji dla Wykonawców (IDW), informacje z Krajowego Rejestru Karnego, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt od 4 do 8 ustawy Pzp, muszą być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W związku z tym, że Firma APIA XXI IAK Sp. z o.o. ma siedzibę na terytorium Polski, Wykonawca zobligowany był przedstawić informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ww. ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Zgodnie z ppkt. 6.2.2 IDW Zamawiający wymagał, aby Wykonawca dla funkcji Inspektor ds. Rozliczeń przedstawił osobę, która będzie posiadać co najmniej 3 - letnie doświadczenie w budownictwie, przy wycenie i rozliczaniu robót budowlanych, na samodzielnym stanowisku inspektora ds. rozliczeń lub równoważnym. Konsorcjum REDAN na formularzu „Potencjał Kadrowy”, załączonym do oferty dla funkcji Inspektor ds. Rozliczeń przedstawiło Panią Marie del Carmen G.. Informacje dotyczące Pani Maria del Carmen G. nie zawierają danych na temat zajmowanego przez nią stanowiska, ani zakresu jej obowiązków, bowiem w kolumnie pn. Doświadczenie i kwalifikacje, potwierdzające spełnianie wymagań wpisano jedynie: „Nadzór nad budową obwodnicy, CN-632 od Ribadesella a Luarca 133+560 do 155+880 ...”; „Nadzór nad budową obwodnicy Limpias, Ampuero i Rasines ...”

Mając powyższe na uwadze i odnosząc się do żądań Odwołującego się, Zamawiający poinformował, iż przed dokonaniem czynności wykluczenia Wykonawcy i w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą, zobowiązany jest wykorzystać dyspozycję art. 26 ustawy Pzp. Zgodnie zatem z art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający wezwie Konsorcjum REDAN do złożenia wyjaśnienia na temat doświadczenia Inspektora ds. Rozliczeń oraz uzupełnienia aktualnych na dzień składania ofert informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

W zakresie zarzutu dotyczącego rzekomo nieprawidłowej gwarancji ubezpieczeniowej Zamawiający wskazuje, iż gwarancja zawiera klauzulę o treści: „Gwarantujemy nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze pisemne żądanie zapłatę kwoty głównej zobowiązania, która stanie się w okresie ważności niniejszej gwarancji wymagalna, maksymalnie do kwoty 30.000,-PLN stanowiącej górną granicę naszej odpowiedzialności”. W gwarancji są także

zapisy: „Płatność z gwarancji zostanie niezwłocznie przekazana na rachunek wskazany w wezwaniu do zapłaty, jeżeli pisemne wezwanie do zapłaty zawierać będzie potwierdzenie autentyczności podpisów osób uprawnionych do reprezentowania Firmy, sporządzone przez Bank prowadzący główny rachunek”.

Zdaniem Zamawiającego powyższa gwarancja jest zgodna z ustawą Pzp i wymaganiami SIWZ. Ustawa Pzp nie precyzuje zakresu treści dokumentu, będącego podstawą ustanowienia wadium. Treść dokumentu musi być oceniana pod kątem celu wniesienia wadium, tj. skutecznego zabezpieczenia oferty. Zobowiązanie gwaranta zawarte w treści ww. dokumentu jest bezwarunkowe i nieodwołalne, obejmuje zapłatę na pierwsze pisemne żądanie. Na podstawie takiego dokumentu Zamawiający ma możliwość zatrzymania wadium w kwocie 30 000,00 zł. W związku z powyższym zarzuty dotyczące gwarancji wadialnej są niezasadne.

Co do zarzutu, że osoba przedstawiona w ofercie na stanowisko Inspektora nadzoru robót mostowych nie spełnia wymagań dotyczących nadzorowania na samodzielnym stanowisku Inspektora robót mostowych co najmniej 2 zadań, polegających na budowie lub przebudowie obiektów mostowych o rozpiętości przęsła min 30 m każde, Zamawiający wyjaśnia, iż Konsorcjum EKO-INWEST w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przyznaje, iż w ofercie nastąpiła oczywista pomyłka w zakresie parametrów wiaduktu. Wobec powyższego Zamawiający może uznać, że Konsorcjum EKO-INWEST nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego - Inspektor nadzoru robót mostowych. Z tych przyczyn, stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wezwie ww. Konsorcjum do uzupełnienia brakującego dokumentu.

Wobec powyższego, Zamawiający poinformował, iż działając zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp powtórzy oprotestowaną czynność lub dokona czynności bezprawnie zaniechanej po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Zamawiający zapowiedział, że powtórzy czynność badania i oceny złożonych ofert, a następnie dokona wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 11 lutego 2010 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty (doprecyzowując uzasadnienie prawne przez wskazanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp) i żądania zgłoszone w proteście. Dodatkowo poniósł zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz art. 183 ust. 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego powtórzenia oprotestowanych czynności, ponownej oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, pomimo iż złożone oferty wymagają uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień przez wykonawców oraz poprzez przyjęcie przez Zamawiającego, że powtórzy czynność badania i oceny złożonych ofert, a następnie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy dokonał oddalenia protestu, a powtórzyć oprotestowane czynności można wyłącznie w sytuacji uwzględnienia

protestu, albowiem w wyniku oddalenia protestu Zamawiający pozbawił się możliwości powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, które staną się prawomocne, a w konsekwencji zobligują Zamawiającego do zawarcia umowy w wybranym oferentem i jednocześnie uniemożliwią wezwanie oferentów do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń oraz złożenia wyjaśnień, co do nich w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Zamawiający oddalił protest, stwierdzając jednocześnie, że powtórzy czynność badania i oceny złożonych ofert, a następnie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzedzając je zwróceniem się do ww. wykonawców o uzupełnienie brakujących dokumentów oraz złożenie wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, których brak zdaniem Odwołującego się, kwalifikował złożone przez nich oferty do odrzucenia i wykluczenia.

Decyzja Zamawiającego dotycząca rozpatrzenia protestu wniesionego przez Odwołującego się jest wewnętrznie sprzeczna, albowiem z jednej strony Zamawiający dokonuje oddalenia protestu w całości (nie uwzględniając żadnego ze sformułowanych w nim żądań), uznając tym samym, że braki - które zdaniem Odwołującego - dyskwalifikują oferty ww. wykonawców - mogą zostać uzupełnione i wyjaśnione w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a jednocześnie Zamawiający - powołując się na treść art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp stwierdza, iż powtórzy oprotestowaną czynność badania i oceny złożonych ofert, a następnie dokona wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem Odwołującego, brak uwzględnienia złożonego przez niego protestu uniemożliwia Zamawiającemu powtórzenie oprotestowanych czynności i obliguje go do zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający nie jest uprawniony do powtarzania czynności dokonywanych w postępowaniu przetargowym z własnej inicjatywy, a jedynie w wyniku interwencji oferentów - konkretnie w wyniku uwzględnienia żądań zawartych we wniesionym proteście.

Stąd też - w ocenie Odwołującego się - zaniechanie złożenia odwołania, prowadzące do prawomocności oddalenia protestu spowoduje niemożność powtórzenia oprotestowanych czynności, a w konsekwencji doprowadzi do zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza z rażącym naruszeniem postępowania w sprawie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego decyzja Zamawiającego jako wadliwa nie powinna się ostać i z tych względów wskazane jest wydanie orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, w wyniku którego powtórzenie czynności badania i oceny ofert, które być może zostanie poprzedzone trybem przewidzianym w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz wyboru najkorzystniejszej oferty stanie się w ogóle możliwe i prawnie dopuszczalne.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Potwierdziło się stanowisko Odwołującego się, iż zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego wystawione dla Marcosa Jesusa P. P., Manuela P. S. i Alfredo D. A. są nieaktualne na dzień składania ofert. Przedmiotowe zaświadczenia wystawiono bowiem w dniu 11 maja 2009 r., podczas gdy termin na składanie ofert został wyznaczony na dzień 10 grudnia 2009 r. Nie został więc dochowany wymóg ppkt 7.1.3. IDW, zgodnie z którym informacje z Krajowego Rejestru Karnego, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, muszą być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Prawdą jest też, że w formularzu „Potencjał kadrowy”, dołączonym do oferty, w odniesieniu do p. Marie del Carmen G., zaproponowanej na stanowisko Inspektora ds. Rozliczeń, brak, wbrew wymaganiom sformułowanym w ppkt 7.2.3 IDW, informacji, które potwierdzają spełnianie warunku, o którym mowa w pkt 6.2.3 IDW. Nie sposób bowiem uznać, iż ze stwierdzeń „nadzór na budowę” określonej obwodnicy wynika, że wskazana osoba zajmowała stanowisko Inspektora ds. Rozliczeń i realizowała zakres obowiązków, wymagany przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Zaś, z informacji dotyczących osoby zaproponowanej na stanowisko Inspektora nadzoru robót mostowych nie wynika, iż kandydat zaproponowany do pełnienia tej funkcji posiada doświadczenie, o którym mowa w ppkt 6.2.2 IDW, w postaci nadzorowania co najmniej 2 zadań, polegających na budowie lub przebudowie obiektów mostowych o rozpiętości przęsła min. 30 m każde.

Jednakże dla oceny postępowania Zamawiającego rozstrzygające znaczenie ma okoliczność, iż w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający w przedmiotowym zakresie przyznał rację Odwołującemu się i zapowiedział, iż „działając zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych powtórzy oprotestowaną czynność lub dokona czynności bezprawnie zaniechanej: po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.” W istocie Zamawiający nie czekał z dokonaniem wskazanych czynności do podanego terminu i w dniu 11 lutego 2010 r. unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty, dokonany w dniu 12 stycznia 2010 r., uzasadniając to okolicznością, że „Zamawiający nie wezwał Wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, do czego był zobligowany zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.” W ślad za tym wezwał Konsorcjum REDAN (pismo z dnia 11 lutego 2010 r.), w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia „wyjaśnień potwierdzających czy Pani Marie del Carmen G. na ww. zadaniach pełniła funkcję na samodzielnym stanowisku inspektora ds. rozliczeń lub równoważnym.” Zaś, w dniu 15 lutego 2010 r. Zamawiający wezwał tego wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt od 4 do 8 ustawy Pzp, w odniesieniu do osób wskazanych przez Odwołującego się.

Wezwanie do uzupełnienia dokumentu, który potwierdza spełnianie warunku posiadania odpowiedniego potencjału kadrowego w odniesieniu do Inspektora robót mostowych otrzymało również Konsorcjum EKO-INWEST. W istocie więc Zamawiający uwzględnił część żądań Odwołującego się i w tych okolicznościach stwierdzenie naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 nie jest możliwe.

Rację zaś należy przyznać Odwołującemu się, iż wobec wskazania Zamawiającego, że oddał protest, Odwołujący się mógł mieć uzasadnione wątpliwości, czy Zamawiający faktycznie dokonała zapowiadanych czynności. Jakkolwiek w późniejszym etapie postępowania potwierdził swoje stanowisko, dokonując odpowiednich wezwań. Zatem, powyższe zachowanie Zamawiającego należy rozpatrywać jedynie w świetle przepisu art. 183 ust. 5 ustawy Pzp. Analiza przedmiotowego przepisu prowadzi do przekonania, że postępowanie Zamawiającego było nieprawidłowe. Zauważyć należy, iż zgodnie ze wskazanym przepisem, zamawiający zobowiązany jest do uwzględnienia protestu w sytuacji, w której co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań zostało uwzględnione (argumentacja *a contrario* na podstawie art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp). O uwzględnieniu protestu decyduje więc uwzględnienie żądań wykonawcy, a nie jedynie zarzutów. W niniejszym stanie faktycznym oznacza to, iż Zamawiający uwzględniając żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert powinien był uwzględnić protest w tym zakresie. Co więcej, na mocy art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp winien to uczynić po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Jednakże przedmiotowe naruszenie, nie miało istotnego wpływu na wynik postępowania i skutkuje, na mocy przepisu art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, brakiem możliwości uwzględnienia odwołania.

W celu dokonania prawidłowej oceny zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp niezbędne jest odwołanie się do treści kwestionowanej gwarancji wadialnej, z której wynika, iż HDI Gerling Polska Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. gwarantuje „nieodwołalnie i bezwarunkowo na Państwa pierwsze pisemne żądanie zapłatę kwoty głównej zobowiązania, która stanie się w okresie ważności niniejszej gwarancji wymagalna, w związku z rozpisaniem przez Państwa przetargiem nieograniczonym na realizację projektu w pod nazwą: „Zarządzanie Projektem w zakresie budowy obwodnicy m. Nowogard w ciągu drogi krajowej nr S6, w tym pełnienie nadzoru nad realizacją robót;” Oznaczenie postępowania: GDDKiA O/SZ-R-2/4401/36/2009, maksymalnie do kwoty 30.000,- PLN (...) stanowiącej górną granicę naszej odpowiedzialności.(...) Płatność z gwarancji zostanie niezwłocznie przekazana na rachunek przez Państwa wskazany w wezwaniu do zapłaty, jeśli Państwa pisemne wezwanie do zapłaty zawierać będzie potwierdzenie autentyczności podpisów osób uprawnionych do reprezentowania Państwa Firmy, sporządzone przez bank, prowadzący główny Państwa rachunek. Każda płatność dokonana z gwarancji pomniejsza całkowitą

kwotę gwarancji aż do jej wyczerpania. Podobnie każda płatność dokonana przez naszego Klienta na poczet przedmiotowej wierzytelności zmniejsza kwotę naszej odpowiedzialności.”

Na tym tle powstaje pytanie, czy przedmiotowa gwarancja zabezpiecza roszczenie Zamawiającego w wysokości 30.000,00 zł, taką bowiem kwotę, na podstawie SIWZ (pkt 10.1 IDW) zobowiązany był wnieść wykonawca, tytułem zapłaty wadium. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi wątpliwości, iż w przypadku zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, Zamawiającemu będzie przysługiwało skuteczne roszczenie o zapłatę 30.000,00 zł. Nie stoi temu na przeszkodzie, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, sformułowanie, iż gwarant zobowiązał się do zapłaty kwoty maksymalnie oznaczonej. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż górna granica odpowiedzialności gwaranta odpowiada wysokości wadium, określonego przez Zamawiającego. Użycie słowa „maksymalnie” ma jedynie to znaczenie, iż gdyby płatność następowwała w transzach, w sytuacji, w której dla przykładu Zamawiający wystąpiłby z żądaniem zapłaty kwoty mniejszej niż wysokość wadium, to nie oznaczałoby to zwolnienia gwaranta ze zobowiązania, a zobowiązanie trwałoby dopóki, dopóty kwota stanowiąca granicę odpowiedzialności gwaranta nie zostałaby wypłacona. Postanowienie to ma jeszcze takie znaczenie, że gdyby część zobowiązania uregulował dłużnik (wykonawca), to zobowiązanie gwaranta uległoby umniejszeniu o sumę, odpowiadającą kwocie wpłaconej przez dłużnika. Nie oznacza to jednak, że zobowiązanie gwaranta nie odpowiada wysokości wadium. Stanowi raczej wyraz zabezpieczenia interesów dłużnika i gwaranta, bez uszczerbku dla interesów Zamawiającego.

Co do sformułowania „zapłaty kwoty głównej zobowiązania” stwierdzić należy, iż użycie wskazanej konstrukcji słownej również nie niweczy możliwości zaspokojenia się przez Zamawiającego. Jest jedynie podstawą do żądania kwoty odpowiadającej kwocie wadium, która stanowi kwotę główną zobowiązania i wyklucza możliwość zapłaty należności ubocznych (odsetek, odsetek od odsetek) na pierwsze pisemne żądanie beneficjenta. Rozwiązanie to nie sprzeciwia się ustawie i instytucji wadium. Co więcej, obowiązek zapłaty należności ubocznych w ogóle nie powstanie. Skoro bowiem Zamawiający wystąpi do gwaranta z pierwszym żądaniem zapłaty i gwarant to żądanie spełni, to nie może być w ogóle mowy o powstaniu po stronie Gwaranta zobowiązania do zapłaty należności ubocznych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela również stanowiska Odwołującego się, iż przedmiotowa gwarancja nie ma charakteru gwarancji bezwarunkowej, bowiem dokonanie płatności z gwarancji uzależnione jest od potwierdzenia autentyczności podpisów widniejących pod wezwaniem do zapłaty, przez bank prowadzący główny rachunek Beneficjenta. Jak trafnie zauważa Zamawiający, powyższy wymóg nie stanowi warunku w rozumieniu art. 89 k.c. Zgodnie z powołanym przepisem, przez warunek rozumie się zawarte

w treści czynności prawnej zastrzeżenie, które uzależnia powstanie lub ustanie skutku prawnego od zdarzenia przyszłego lub niepewnego. Zaś, w powołaniu na publikację Z. Radwańskiego „Prawo cywilne. Część ogólna”, zdarzenie przyszłe, od którego zależy skutek czynności prawnej jest niepewne nie tylko wówczas, gdy strony nie mają wpływu na jego ziszczenie się (np. wybuch wojny, klęska żywiołowa, uzyskanie zezwolenia administracyjnego na prowadzenie określonej działalności gospodarczej), ale także wtedy, gdy od decyzji jednej lub obu stron zależy jego spełnienie się (np. zawarcie związku małżeńskiego). Mając na uwadze zaprezentowane stanowisko, nie sposób zastrzeżenia w postaci uzależnienia płatności od potwierdzenia autentyczności podpisów osób działających w imieniu Beneficjenta gwarancji, zakwalifikować jako zdarzenia niepewnego.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż interpretowaniu przedmiotowej gwarancji jako warunkowej przeczy również wprost użyte w niej sformułowanie „gwarantujemy nieodwołalnie bezwarunkowo”.

W tych okolicznościach nie sposób twierdzić, iż gwarancja nie odpowiada postanowieniom SIWZ i wymaganiom ustawy Pzp, co oznacza, że brak podstaw do wykluczenia wykonawcy Konsorcjum EKO-INWEST.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy uznać za bezprzedmiotowy, bowiem został sformułowany w sposób wadliwy. Hipotezą normy zawartej we wskazanym przepisie nie jest objęta okoliczność braku dysponowania odpowiednią kadrami. Spełnianie tego wymogu, jako odnoszącego się do warunków udziału w postępowaniu, należy oceniać jedynie w świetle art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, Izba nie podjęła rozstrzygnięcia w zakresie naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, bowiem wskazane zarzuty nie były zawarte w proteście.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty Zamawiającego w kwocie 3.758,00 zł, stanowiące koszty dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....