

**Sygn. akt KIO/UZP 455 /09**

**WYROK**  
**z dnia 23 kwietnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Majstrowicz**

**Członkowie: Andrzej Niwicki**  
**Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 kwietnia 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ECM Group Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie ul. Ogrodowa 21, 20-075 Lublin** protestu z dnia **23 marca 2009 r.**

przy udziale **Konsorcjum firm: Mott MacDonald Limited (Lider) St. Anne House, 20-26 Wellesley Road, Croydon, Surrey CR9 2UL United Kingdom, Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o. ul. Jana Kiepury 6, 22- 400 Zamość, adres do korespondencji: Mott MacDonald Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny i badania ofert.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie ul. Ogrodowa 21, 20-075 Lublin i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ECM Group Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie ul. Ogrodowa 21, 20-075 Lublin** na rzecz **ECM Group Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ECM Group Polska Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 44, 00-024 Warszawa.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest sprawowanie nadzoru inwestorskiego w ramach zadania, „Budowa obwodnicy m.Kraśnik w ciągu dróg krajowych nr 19 Suwałki - Rzeszów i nr 74 Kielce-Kraśnik”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu opublikowane zostało 9 stycznia 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 5-005800.

Zamawiający pismem z dnia 16 marca 2009 r. powiadomił wykonawcę ECM Group Polska sp.z o.o. o wykluczeniu wykonawcy z postępowania z powodu nie wniesienia prawidłowego wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zgodnie z art.46 ust.4 a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ( Dz.U. z 2007 r. Nr 223,poz.1655 ze zm).

W dniu 23 marca 2009 r. wykonawca ECM Group Polska sp.z o.o. wniósł protest na czynność wykluczenia go z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. W proteście zarzucił Zamawiającemu naruszenie art.7 ust.1 oraz art.24 ust.2 pkt 4 oraz art.24 ust.4 ustawy. Protestujący zażądał unieważnienia czynności wykluczenia spółki ECM Group Polska sp.zo.o. z postępowania i unieważnienia czynności uznania oferty protestującego za odrzuconą, unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Mott MacDonald Limited i Zamojskiej Dyrekcji Inwestycji ZDI sp.zo.o., dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty protestującego oraz wyboru oferty protestującego jako oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu.

W uzasadnieniu protestu podniósł, iż wystawiona przez Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. gwarancja zapłaty wadium jest bezwarunkowa i zabezpiecza interesy Zamawiającego. Podniósł, iż w jego ocenie prawo zatrzymania wadium przez Zamawiającego wynika z mocy prawa i nie jest konieczne zamieszczanie w treści dokumentu gwarancji przesłanek wymienionych w art.46 ust.5 ustawy. Powołał się na wyrok KIO z 20 marca 2007 r. sygn. UZP/ZO/0- 270/07, który potwierdza jego stanowisko oraz załączył pismo Polskiego Towarzystwa Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie potwierdzające, iż Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium w przypadku wskazanym także w przepisie art.46 ust.4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w dniu 31 marca 2009 r. poinformował protestującego o rozstrzygnięciu protestu tj. o jego oddaleniu. W rozstrzygnięciu protestu wskazał ma niedopuszczalność uzupełniania treści dokumentu gwarancji po upływie terminu składania ofert, zaś przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa nie zapewnia ochrony Zamawiającego w sytuacji niedokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w przypadku uchylania się przez wykonawcę od złożenia dokumentów i oświadczeń na żądanie.

W dniu 9 kwietnia 2009 r. wykonawca ECM Group Polska sp.z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie do Prezesa UZP i przekazał w tym dniu kopię odwołania Zamawiającemu.

W odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów art.7 ust.1, art.24 ust.2 pkt 4 oraz art.24 ust.4, art.87 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp. W odwołaniu zażądał unieważnienia czynności wykluczenia spółki ECM Group Polska sp.zo.o. i czynności uznania oferty protestującego za odrzuconą, unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Mott MacDonald Limited i Zamojskiej Dyrekcji Inwestycji „ZDI” sp.zo.o., dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty odwołującego oraz wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu.

W dniu 26.03.2009 r. wykonawcy Konsorcjum firm: Mott MacDonald Limited (Lider) z siedzibą w Surrey CR9 2UL United Kingdom, Zamojska Dyrekcja Inwestycji „ZDI” Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu wniosło przystąpienie do postępowania protestacyjnego, zaś w dniu 22.04.2009 r. przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ofertą Odwoływającego, w szczególności dokumentem gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, postanowieniami ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron postępowania na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), gdyż w przypadku potwierdzenia się podniesionych zarzutów wobec Zamawiającego w zakresie bezzasadnego wykluczenia go z postępowania, jego interes prawny mógłby doznać uszczerbku, gdyż złożona przez Odwoływającego oferta zawierała niższą cenę od oferty wybranej przez Zamawiającego jako oferty najkorzystniejszej.

Bezsporne między stronami było przedstawienie przez Odwoływającego jako załącznika do oferty dokumentu Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr F 09010056 z dnia 16 lutego 2009 r. wystawionej przez Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie. Dokument ten stwierdza iż „ niniejsza gwarancja stanowi zabezpieczenie zapłaty wadium wystawione stosownie do przepisów określonych w art.45 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.)” i dotyczy przetargu na sprawowanie nadzoru inwestorskiego w ramach zadania „ Budowa obwodnicy m. Kraśnik w ciągu dróg krajowych nr 19 Suwałki-Rzeszów i nr 74 Kielce- Kraśnik”.

Krajowa Izba Odwoławcza analizując treść dokumentu Gwarancji ubezpieczeniowej stwierdziła, iż zamawiający naruszył art.7 ust.1 oraz art.24 ust.2 pkt 4) ww. oraz art.24 ust.4 ustawy wykluczając z postępowania wykonawcę, który wniósł wadium w formie wskazanej w ustawie tj. w formie gwarancji ubezpieczeniowej, który to dokument zabezpiecza interesy Zamawiającego.

Z treści dokumentu gwarancji wynika, iż gwarant tj. Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. zobowiązuje się nieodwołalnie, bezwarunkowo do zapłaty kwoty 50 tysięcy złotych na

pierwsze żądanie beneficjenta gwarancji tj. Zamawiającego, w przypadkach gdyby Zleceniodawca tj. Odwołujący – o ile jego oferta zostanie wybrana: odmówi podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, spowoduje, że zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. Z treści dokumentu gwarancji wynika także zobowiązanie do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty w przypadku nie złożenia Przez Zleceniodawcę na wezwanie Zamawiającego w trybie art.26 ust.3 oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art.25 ust.1 ustawy lub pełnomocnictw albo złożenia dokumentów z błędami lub wadliwych pełnomocnictw, chyba że mimo ich złożenia oferta Zleceniodawcy podlega odrzuceniu albo konieczne stanie się unieważnienie postępowania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej interes Zamawiającego został zabezpieczony poprzez wniesienie przez Odwołującego wadium w formie Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr F 09010056 z dnia 16 lutego 2009 r. wystawionej przez Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie. Treść dokumentu gwarancji wskazuje bowiem enumeratywnie przypadki, w której gwarant będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz beneficjenta gwarancji, kwoty 50 tysięcy złotych tj. odmówi podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, spowoduje, że zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie , a także w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art.26 ust.3 nie złoży dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw.

Krajowa Izba Odwoławcza analizując treść dokumentu gwarancji wzięła także pod uwagę załączone do protestu oświadczenie Polskiego Towarzystwa Ubezpieczeń z dnia 20 marca 2009 r., które jedynie potwierdza dokonaną przez Krajową Izbę Odwoławczą analizę prawidłowości przedstawionej gwarancji i zabezpieczenie interesów Zamawiającego wynikające z art. 46 ust.4 a i 5 cyt. ustawy. Oświadczenie to potwierdza zobowiązanie gwaranta od chwili wystawienia gwarancji do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium w przypadkach, w których zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wraz z odsetkami, a więc zarówno sytuację określoną w przepisie art.46 ust. 4 a ustawy, jak i w ust.5 tego przepisu.

Przepis art. 46 ust.4 a cyt. ustawy uprawnia Zamawiającego do zatrzymania wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. W ust.5 tego

przepisu ustawodawca przyznał Zamawiającemu także prawo do zatrzymania wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust.2 pkt 1 ustawy, gdyż przepis ten dotyczy obowiązku Zamawiającego poprawiania w ofercie oczywistych omyłek pisarskich. Gwarancja ubezpieczeniowa jako dokument załączony do oferty Odwołującego na potwierdzenie wniesienia wadium w wymaganej przez Zamawiającego formie, nie stanowi treści oferty i nie jest dopuszczalne w trybie art. 87 ust.2 pkt 1 cyt. ustawy dokonywanie poprawek w treści dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów pełnomocnika w kwocie 2 400 złotych z uwagi na nie przedłożenie przez Odwołującego rachunku do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 zmianami).

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 Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....