

Sygn. akt UZP/ZO/0-726/06

WYROK

600-2
24. MAR. 2006

Zespołu Arbitrów z dnia 15 marca 2006 r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów **Marek Andrzej Ratyński**

Arbitrzy: **Danuta Jaskulska**

Marcin Józef Sowula

Protokolant **Magdalena Sierakowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15.03.2006 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

WS Atkins-Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Nowogrodzka 11

od oddalenia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad,**

Warszawa, ul. Żelazna 59

protestu z dnia 23 lutego 2006 r.

orzeka:

1. *Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert.*

K. Michalski

APU/1873/

24. MAR. 2006

2. Kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Warszawa, ul. Żelazna 59**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 828 zł 79 gr**
(słownie: **dwa tysiące osiemset dwadzieścia osiem złotych siedemdziesiąt dziewięć groszy**)
z kwoty wpisu uiszczonego przez **WS Atkins-Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Nowogrodzka 11**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **5 708 zł 79 gr**
(słownie: **pięć tysięcy siedemset osiem złotych siedemdziesiąt dziewięć groszy**)
przez **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, Warszawa, ul. Żelazna 59**
na rzecz **WS Atkins-Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Nowogrodzka 11**
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr**
(słownie: **xxx**)
przez **xxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek środków specjalnych
UZF
- 4) dokonać zwrotu kwoty **1 915 zł 21 gr**
(słownie: **jeden tysiąc dziewięćset piętnaście złotych dwadzieścia jeden groszy**)
z rachunku środków specjalnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **WS Atkins-Polska Sp. z o.o., Warszawa, ul. Nowogrodzka 11.**

3. Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na : Zarządzanie i nadzór nad realizacją projektu „przebudowa Autostrady A4 na odcinku Balice – Opatkowice”. Pismem z dnia 20.02.2006r. Zamawiający powiadomił Odwołującego –WS Atkins-Polska Sp. z o.o. w

Warszawie – o wykluczeniu z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą z tego powodu, że złożona gwarancja wadialna nie zawiera wszystkich przesłanek zawartych w art. 46 ust. 5 Pzp. W szczególności jedna z przesłanek zatrzymania wadium, w treści gwarancji oznaczona jako (b), brzmi : „wykonawca (...) podpisał umowę i nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy”, zatem nie jest zgodna z przesłanką określoną w art. 46 ust. 5 pkt 2 Pzp.

Pismem z dnia 23.02.2006r. Odwołujący wniósł na tę czynność protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 4 Pzp. Zdaniem Odwołującego zawarta w gwarancji przesłanka (a) o treści : „Oferta została wybrana i odmówił on podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie” zabezpiecza interesy Zamawiającego przedstawione w art. 46 ust. 5 pkt. 1 Pzp. Natomiast zawarta w gwarancji przesłanka (c) o treści : „zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta” całkowicie zabezpiecza interesy Zamawiającego przedstawione w art. 46 ust. 5 pkt 2 i 3 Pzp.

SIWZ w pkt 19.1 nakłada obowiązek wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przed zawarciem umowy, zatem następstwem nie spełnienia tego warunku jest nie podpisanie umowy z przyczyn leżących po stronie Oferenta. Zdaniem Odwołującego brak wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest tożsamy z nie spełnieniem przesłanki (c) zawartej w gwarancji wadialnej, czyli interesy Zamawiającego są w pełni zabezpieczone.

Pismem z dnia 28.02.2006r. Zamawiający protest oddalił. Zamawiający nie podzielił poglądu, że brak wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy można interpretować jako okoliczność w której zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Oferenta – i na tej podstawie zatrzymać wadium. Gdyby tak było, to ustawodawca nie przewidywałby oddzielnej przesłanki na tę okoliczność. Nieodzowne jest zatem wskazanie w gwarancji wadialnej wszystkich przesłanek wymienionych w art. 46 ust. 5 Pzp. Zamawiający na potwierdzenie tej tezy cytuje fragment stanowiska Prezesa UZP wyrażone w informacji o wyniku kontroli uprzedniej w jednym z przetargów prowadzonych przez Zamawiającego. Ponadto

Zamawiający podkreśla, że wniesiona gwarancja wadialna nie zabezpiecza jego interesów, bowiem w przypadku nie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy ew. egzekwowanie prawa do wypłaty wadium uzależnione byłoby od sposobu interpretacji wadliwych zapisów gwarancji przez bank jej udzielający.

Pismem z dnia 3.03.2006r. odwołujący złożył odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i argumentację przedstawioną w proteście. Dodatkowo wyjaśnił, że kwestionowany zapis w gwarancji wadialnej pkt (b) dotyczy przypadków gdy Zamawiający ustala, że złożenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy następuje po podpisaniu umowy w terminie ustalonym przez Zamawiającego. Odwołujący przyznaje, że ten przypadek w tym postępowaniu nie ma miejsca, bowiem Zamawiający żądał wniesienia zabezpieczenia przed podpisaniem umowy, a więc zapis pkt (b) nie ma zastosowania. Jednak zdaniem Odwołującego niewątpliwie wadium wniesione w postaci gwarancji bankowej stanowi zabezpieczenie Zamawiającego do czasu wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Ostatecznie Odwołujący wnosi o: nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania, nakazanie przeprowadzenia ponownego badania ofert przy zachowaniu zasady równego traktowania wykonawców, zasądzenie kosztów postępowania na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.

Zespół Arbitrów na podstawie akt sprawy i oświadczeń złożonych na rozprawie uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ustawa Pzp ani SIWZ w tym postępowaniu nie precyzuje dokładnego brzmienia jakie powinna mieć gwarancja wadialna. Wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej należy uznać za spełnione, jeżeli z treści tego dokumentu wynika, że interesy Zamawiającego w zakresie roszczenia o wypłatę wadium są zabezpieczone w okolicznościach wymienionych w art. 46. Art. 46 ust. 5 wymienia 3 okoliczności, których Zamawiający ma prawo zatrzymać wadium tj. wówczas kiedy wykonawca:

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.

Okoliczności te powtarza również specyfikacja w pkt 17.9. Nie jest sporne między stronami, że okoliczność, o której mowa w art. 46 ust. 5 pkt 2 nie została wpisana do treści gwarancji bankowej w dosłownym brzmieniu ustawy. Jednak istotą gwarancji wadialnej nie jest spełnienie warunku dosłownego brzmienia z zapisem ustawowym, ale zagwarantowanie Zamawiającemu zatrzymania wadium w okolicznościach określonych ustawą.

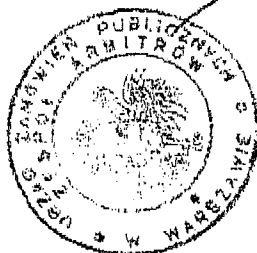
Zdaniem Zespołu Arbitrów okoliczność niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przed jej podpisaniem, uniemożliwia zawarcie umowy z przyczyny leżącej po stronie wykonawcy, czyli wypełnia przesłankę zawartą w art. 46 ust. 5 pkt 3, jak też przesłankę określoną w pkt c gwarancji wadialnej. W przypadku niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Zamawiający jest uprawniony do złożenia oświadczenia z uwzględnieniem klauzuli oznaczonej lit. c zgodnie treścią gwarancji wadialnej. W takim przypadku gwarant zobowiązany jest wypłacić żadaną kwotę wadium bez względu na sprzeciw oferenta, a interes Zamawiającego jest w ten sposób zapewniony.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do art. 191 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, uznając za uzasadnione koszty zastępstwa prawnego przedstawione w fakturze pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego wWarszawa.....¹

Przewodniczący Zespołu Arbitrów:[Signature].....

Arbitrzy:[Signature].....



¹ Nie dotyczy postępowań wszczętych przed dniem 2 marca 2004 r.